

ORGANIZAÇÃO
JANETE RICKEN LOPES DE BARROS
MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES

GRANDES TEMAS DA GRADUAÇÃO: TCC DA GRADUAÇÃO DE DIREITO DA EDAP/IDP TURMA II/2013

AUTORES:

Bruna Cristina Ventura Moreira
Igor Lázaro Pires Neto
Isabelle Maritza de Oliveira Gomes
João Paulo Santos Fernandes
Mariana Gomes Pereira
Marta Ingrid da Silva Teodoro
Rhafael Varela da Silva

Organização
Janete Ricken Lopes de Barros
Marcelo Cama Proença Fernandes

**GRANDES TEMAS DA GRADUAÇÃO:
TCC DA GRADUAÇÃO DE DIREITO DA EDAP/IDP
TURMA II/2013**

1^a edição

Autores:

Bruna Cristina Ventura Moreira
Igor Lázaro Pires Neto
Isabelle Maritza de Oliveira Gomes
João Paulo Santos Fernandes
Mariana Gomes Pereira
Marta Ingrid da Silva Teodoro
Rhafael Varela da Silva

IDP
Brasília
2018

CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA

MEMBROS EFETIVOS:

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes

Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer

Coordenador-Geral: Walter Costa Porto

Coordenador Executivo da Série IDP: Sergio Antonio Ferreira Victor

- | | |
|---|---|
| 1. Afonso Códolo Belice (discente) | 18. José Roberto Afonso – FGV |
| 2. Alberto Oehling de Los Reyes – Universitat de lês Illes Balears/Espanha | 19. Janete Ricken Lopes de Barros – IDP/DF |
| 3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho – IDP/SP | 20. Julia Maurmann Ximenes – IDP/DF |
| 4. António Francisco de Sousa – Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Portugal | 21. Katrin Möltgen – Faculdade de Políticas Públicas – FhöV NRW/Alemanha |
| 5. Arnoldo Wald | 22. Lenio Luiz Streck – Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS |
| 6. Atalá Correia – IDP/DF | 23. Ludger Schrapper |
| 7. Carlos Blanco de Moraes – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal | 24. Marcelo Neves – Universidade de Brasília – UNB |
| 8. Everardo Maciel – IDP/DF | 25. Maria Alicia Lima Peralta |
| 9. Fabio Lima Quintas – IDP/DF | 26. Michael Bertrams |
| 10. Felix Fischer | 27. Miguel Carbonell Sánchez – Universidade Nacional Autônoma do México – UNAM |
| 11. Fernando Rezende | 28. Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP/DF |
| 12. Francisco Balaguer Callejón – Universidad de Granada/Espanha | 29. Pier Domenico Logroscino – Università degli studi di Bari Aldo Moro/Itália |
| 13. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense Madrid/Espanha | 30. Rainer Frey – Universität de Münster/Alemanha |
| 14. Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS | 31. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch – IDP/DF |
| 15. Jacob Fortes de Carvalho Filho (discente) | 32. Rodrigo de Oliveira Kaufmann – Universidade de Brasília – UNB |
| 16. Jorge Miranda – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal | 33. Rui Stoco |
| 17. José Levi Mello do Amaral Júnior – Universidade de São Paulo – USP | 34. Ruy Rosado de Aguiar – IDP/DF |
| | 35. Sergio Bermudes |
| | 36. Sérgio Prado |

B277g Barros, Janete Ricken Lopes de (Org.).

Grandes temas da Graduação: TCC da Graduação de Direito da EDAP/IDP turma II/2013. / Organizadores Janete Ricken Lopes de Barros, Marcelo Cama Proença Fernandes. – Brasília: IDP, 2018.

241 p.

Inclui notas explicativas e bibliográficas e referências ao fim dos capítulos.

ISBN: 978-85-9534-029-9

1. Direito - coletânea. 2. Direito Constitucional. 3. Judiciário. I. Título. II. Fernandes, Marcelo Cama Proença (org.).

CDD: 340.81

CDU:34(81)

APRESENTAÇÃO

“Grandes temas da Graduação: TCC da graduação de Direito da EDAPB/IDP Turma II/2013”

*Janete Ricken Lopes de Barros
Marcelo Cama Proença Fernandes*

A Escola de Direito e Administração de Brasília/EDAP inaugurada em 2011 vem obtendo destaque nos diversos processos avaliativos do MEC e no exame de ordem. Vários fatores contribuem para esse sucesso, tais como, o corpo de professores altamente qualificados, uma metodologia de ensino moderna, a internacionalização da Escola, a estrutura física, a qualidade dos alunos e o engajamento da comunidade acadêmica.

A EDAP implementa diversos mecanismos de apoio e incentivo à pesquisa e à produção de conhecimento. Visa, especialmente, a formação de alunos reflexivos, capazes de resolver efetivamente problemas da sociedade.

Nessa esteira, a presente obra compila alguns dos trabalhos mais destacados elaborados pela competente e promissora turma de graduação em Direito que concluiu o curso no primeiro semestre de 2018. Os alunos escolheram temas bastante variados e atuais, preparando pesquisas de inegável qualidade e que oferecem importante contribuição para variadas áreas do direito.

Cuida-se de pesquisas inegavelmente profícuas, elaboradas por um rol de estudantes extremamente talentoso, ético e responsável, que nos enche de orgulho, orientados pelo destacado corpo de professores da EDAP: Cristiane Damasceno Leite Vieira; Ricardo Lourenço Filho; Guilherme Pereira Pinheiro; Marcus Firmino Santiago; Fernando Hugo Rabello Miranda; Fabrício Juliano Mendes Medeiros.

A presente obra demonstra que a Escola de Direito e Administração de Brasília está no caminho certo, focando em ensino e pesquisa do mais alto nível e formando um ambiente acadêmico moderno, qualificado e vibrante. Desnecessário dizer que o nosso maior ativo e a razão de nossas conquistas são os nossos alunos e professores.

É, então, com grande satisfação que apresentamos esta edição do ebook “Grandes temas da Graduação: TCC da graduação de Direito da EDAP/IDP Turma II/2013”, desejando a todos uma ótima leitura!

SUMÁRIO

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DAS MULHERES ENCARCERADAS GESTANTES E MÃES COM BEBÊS NA PENITENCIÁRIA FEMININA DO DISTRITO FEDERAL.....	07
Bruna Cristina Ventura Moreira	
<i>Orientadora: Profa. Cristiane Damasceno Leite Vieira</i>	
O CARATER PUNITIVISTA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO HC Nº 126.292/SP.....	44
Igor Lázaro Pires Neto	
<i>Orientadora: Profa. Cristiane Damasceno Leite Vieira</i>	
A TARIFAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COM A REFORMA TRABALHISTA E SUA INTERPRETAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	73
Isabelle Maritza de Oliveira Gomes	
<i>Orientador: Prof. Ricardo Lourenço Filho</i>	
CRIPTOMOEDAS: PERSPECTIVAS DE REGULAÇÃO.....	118
João Paulo Santos Fernandes	
<i>Orientador: Prof. Guilherme Pereira Pinheiro</i>	
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTREITAMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	146
Mariana Gomes Pereira	
<i>Orientador: Prof. Marcus Firmino Santiago</i>	
REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO ART. 507-A DA CLT.....	179
Marta Ingrid da Silva Teodoro	
<i>Orientador: Prof. Fernando Hugo Rabello Miranda</i>	
AUTONOMIA POLÍTICA ESTADUAL E MUNICIPAL: UMA ANÁLISE ACERCA DO ART. 224, § 4º, DO CÓDIGO ELEITORAL À LUZ DO PACTO FEDERATIVO.....	208
Rhafael Varela da Silva	
<i>Orientador: Prof. Fabrício Juliano Mendes Medeiros</i>	

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DAS MULHERES
ENCARCERADAS GESTANTES E MÃES COM BEBÊS NA PENITENCIÁRIA
FEMININA DO DISTRITO FEDERAL**

UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS OF ENCARCERATED PREGNANT
WOMEN AND MOTHERS WITH BABIES IN THE WOMEN'S PENITENTIARY OF THE
FEDERAL DISTRICT

Bruna Cristina Ventura Moreira

RESUMO

O presente artigo busca estudar a situação atual das mulheres grávidas e mães com bebês que estão presas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal e em que medida os direitos fundamentais desse grupo são violados. O objetivo é evidenciar que o estado de coisas inconstitucional se configura no caso vívido pelas presas gestantes, lactantes e os bebês na Penitenciária Feminina do Distrito Federal. O método utilizado neste trabalho foi o dogmático, tendo ênfase na avaliação e leitura de doutrinas, leis e análise da jurisprudência, sendo o último concretizado com o estudo das decisões da Corte Constitucional da Colômbia, a qual reconhece, em diversas situações, à violação de direitos fundamentais e determina a adoção de diversas providências para amenização do estado de coisas inconstitucional vivenciado pela população. Assim, este trabalho visa demonstrar como a omissão do Poder Público na adoção de medidas para concretização dos direitos fundamentais das mulheres grávidas e mães com bebês que estão presas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal se enquadra no conceito de estado de coisas inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; penitenciária; mulheres gestantes; mulheres com bebês; estado de coisas inconstitucional; violação.

ABSTRACT

The present article studies the current situation of pregnant women and mothers of babies incarcerated in the Women's Penitentiary of Distrito Federal, and, in what measure, the fundamental rights of this group is violated. The main objective is to demonstrate that the unconstitutional state of affairs is configured on the situation experienced by the pregnant, the nursing and the babies in the Women's Penitentiary of Distrito Federal. The methodology used in this work was dogmatic, with emphasis in the appraisal doctrine, legislative and jurisprudence, been the last one based on the study of the Constitutional Court of Colômbia decisions, which recognizes, on several situations, the violation of fundamental rights and determines the adoption of several providences in order to mitigate the unconstitutional state of affairs experienced by the population. Therefore, this work seeks to demonstrate how the public power omission on the adoption of materialization measures of the fundamental rights of arrested pregnant women and women with babies, in Women's Penitentiary of Distrito Federal, adhere to the unconstitutional state of affairs concept.

KEY WORDS: Fundamental Rights; penitentiary; pregnant women; mothers of babies; unconstitutional state of affairs; violation.

INTRODUÇÃO

A partir do Relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOOPEN) de 2016 e das notícias do estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nos presídios femininos, verifica-se o estado precário do sistema prisional feminino brasileiro. Salienta-se que o cenário é mais crítico com as mulheres gestantes e com filhos que vivem lá dentro.

Recentemente a doutrina brasileira começou a estudar o estado de coisas inconstitucional – ECI que é uma categoria teórica surgida na Colômbia no caso Sentença de Unificação (SU) 559, quando um grupo de professores instaurou uma ação de tutela contra os prefeitos dos seus municípios, pois estavam contribuindo com um valor de 5% de seus salários para serem filiados ao Fundo de Prestação Social e os prefeitos não os filiaram, sendo que tal filiação é uma determinação legal estabelecida pelo Decreto 196 de 1995 e outras legislações. Dessa forma, alegaram violação aos seus direitos à vida, saúde, segurança social e trabalho. Outro caso de declaração do estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional da Colômbia foi em relação as prisões do país, na sentença T-153 de 28 de abril de 1998, que se deu quando alguns presidiários solicitaram a tutela de seus direitos humanos, saúde, vida, igualdade e privacidade, tendo em vista a superlotação presente nos presídios de Bogotá e Bellavista de Medellín à época.

Diante da minha experiência acadêmica, em uma visita ao presídio, surgiu tal inquietação em relação a essa realidade social vivenciada pelas mulheres encarceradas. Assim, o presente trabalho de pesquisa tem como finalidade responder o seguinte problema: em que medida o instituto colombiano do estado de coisas inconstitucional se enquadra na situação vivida pelas presas grávidas, lactantes e os bebês no Presídio Feminino do Distrito Federal?

A análise foi feita a partir do Relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOOPEN) de 2016 e das notícias do estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nos presídios femininos brasileiros, tendo em vista terem sido feitos estudos presenciais e recentes no Presídio Feminino do Distrito Federal. A hipótese deste trabalho é que a situação vivida pelas presidiárias no Distrito Federal pode consistir em uma violação massiva e permanente de direitos fundamentais advinda de uma ação ou omissão por partes de órgãos e/ou autoridades do Poder Público, se enquadrando no estado de coisas inconstitucional, de modo que é necessária a atuação estatal para resolução da situação.

Para alcançar a resposta da inquietação acima exposta, foi adotada a metodologia de

natureza exploratória, consistindo em análises de pesquisa bibliográfica de livros sobre o sistema prisional, artigos, estudo da legislação brasileira e análise de decisões da Corte Constitucional Colombiana.

Dentro desse contexto, no primeiro capítulo será estudada a história das prisões no Brasil e a situação em que novas prisões foram criadas para mulheres, seguindo o modelo adotado para os presídios masculino e mantendo reflexos das prisões que não observam condições humanitárias dos presos.

Em seguida, será feita uma análise das legislações do sistema brasileiro para verificar os direitos relacionados à maternidade e à infância, bem como os direitos fundamentais essenciais para as mulheres encarceradas gestantes, lactantes e seus bebês dentro dos presídios.

A terceira parte do presente trabalho consiste no estudo do instituto colombiano denominado de estado de coisas inconstitucional (ECI), que merece destaque no presente trabalho. Sendo assim, é de suma importância a conceituação e identificação de características do instituto, para que haja uma melhor identificação da situação vivenciada, ou não, pelas mulheres no presídio, sendo que o ECI se caracteriza por uma situação estrutural na qual uma omissão ou ação de mais de um órgão ou autoridade do Poder Público faz com que haja uma violação massiva dos direitos fundamentais de um grupo de pessoas.

No último capítulo serão verificados os dados do Relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOOPEN) de 2016 e das notícias do estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre a situação das mulheres encarceradas gestantes, lactantes e seus bebês no Presídio Feminino do Distrito Federal e se os seus direitos são violados em razão das condições da prisão em que vivem. Por fim, será apresentada a conclusão do presente trabalho e resposta a inquietação.

1 O SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

Inicialmente, cabe analisar um breve histórico dos presídios no Brasil, a fim de verificar se o modelo prisional criado é capaz de proteger os direitos das mulheres, especialmente as gestantes. Diariamente, notícias são divulgadas de horrores e descaso de uma forma geral no sistema carcerário brasileiro, não havendo garantias do mínimo necessário para uma vivência digna de uma pessoa.¹

¹ SOARES, Danyele. **Cartas do Cárcere: presos relatam violações de direitos em presídios brasileiros.** Disponível em: <<http://radioagencianacional.ebc.com.br/direitos-humanos/audio/2018-05/cartas-do-carcere-presos-relatam-violacoes-de-direitos-em-presidios>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

O relatório do Relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOOPEN de 2016 e as notícias do estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nos presídios femininos demonstram que os presídios femininos não mantêm uma estrutura mínima para recebimento e acolhimento de mulheres, especialmente das mulheres gestantes e mães com crianças que necessitam de cuidados especiais, como creche, dormitório adequado e local para aleitamento materno ideal.²

Dessa maneira, percebe-se que há uma falha na proteção do Estado em relação aos direitos dessas mulheres encarceradas, tendo em vista que, por falta de efetivação de direitos relacionados à maternidade e à infância, como veremos mais a frente, há uma violação aos direitos fundamentais dessa massa que vive encarcerada.

A pena de prisão tem como objetivo manter o indivíduo que comete o ilícito em poder do judiciário para que ele responda pelo crime ou infração cometida, satisfazendo, assim, a sociedade e, também, a função de ressocialização.³

Porém, toda essa situação vivida nos presídios, de violação de direitos, leva a não concretização da função de ressocialização da pena, tendo em vista as más condições que o preso é submetido.

Como afirma Mirabete “A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação.”.⁴ Desta forma, cabe destacar que somente no século XVIII que a prisão ficou estabelecida como uma forma de penalizar a pessoa com o encarceramento. A prisão torna-se uma maneira de satisfação e defesa da sociedade em desfavor do indivíduo que ameaçam a sua propriedade e vida.⁵

Na visão de Michelle Perrot, entende-se que

no centro irradiador do sistema penitenciário, na própria medida em que a pena privadora de liberdade constitui o essencial, a prisão assume uma tripla função: punir, defender a sociedade isolando o malfeitor para evitar o contágio do mal e inspirando o temor ao seu destino, corrigir o culpado para reintegrá-lo à sociedade, *no nível social que lhe é próprio*.⁶

Assim, nota-se que o objetivo do encarceramento foi pensado de forma mais ampla,

² Os dados serão analisados no capítulo 3. O relatório sobre o estudo do CNJ ainda não foi disponibilizado, motivo pelo qual se trabalhará com as notícias disponibilizadas pelo órgão. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro de grávidas e lactantes do CNJ mostra 514 presas**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86516-cadastro-de-gravidas-e-lactantes-do-cnj-mostra-514-presas>>. Acesso em: 17 mai. 2018); INFOOPEN. **Relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOOPEN mulheres**. Junho/2016.

³ MAIA, Clarissa Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: ROCCO, 2009. v. 1.

⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24.

⁵ MAIA, Clarissa Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: ROCCO, 2009. v. 1.

⁶ PERROT, M. **Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros**. 3. ed. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 262.

não buscando apenas a punição do agente e a sua ressocialização, mas a proteção da sociedade. Dessa forma, busca-se analisar o histórico das prisões no Brasil para se verificar em que medida a falta de estrutura e proteção dos presos pelo Estado, após o encarceramento, se enquadra ao instituto latino americano chamado de estado de coisas inconstitucional, situação de uma massiva violação aos direitos fundamentais.

Segundo Clarissa Maia, as prisões do século XVIII e XIX tinham o objetivo de disciplinar os criminosos em pessoas mansas e de fácil controle. A pena de prisão, quando iniciada, foi entendida como uma evolução da moral da sociedade, que não iria mais tolerar a残酷da⁷de das penas.⁷

No Brasil, até o século XIX, existiam estabelecimentos prisionais que mantinham pessoas isoladas sem um caráter ressocializador, isto porque nem sequer existia nas Ordenações (lei do tempo) a pena de prisão. Estes estabelecimentos eram usufruídos, muitas vezes, para o cumprimento de penalidades diversas da prisão, como, por exemplo, o pagamento de multa. Esta seria uma forma de forçar o cumprimento do pagamento e, também, quando condenados a outras penas – morte, por exemplo - os indivíduos eram mantidos em prisões para que se garantisse a execução das penas.⁸

Percebe-se que havia um abuso do poder do Estado, já que utiliza de uma medida tão drástica para recebimento de pecúnia por parte da sociedade, de modo que mantinham pessoas encarceradas em estabelecimentos sem estruturas mínimas para manter os presos, violando os seus direitos.

Com o decorrer do tempo, estes estabelecimentos foram utilizados como uma maneira de penalizar outras condutas. Um exemplo disso foi quando em 1765, o Governador de São Paulo determinou que todos os índios que lá estivessem deveriam viver em suas respectivas aldeias. Assim, quando qualquer desordem ocorria, arbitrava-se a responsabilidade ao índio e, ainda, determinaram que os índios que fosse encontrado fora de sua aldeia, seriam presos e castigados.⁹

Aqui se visualiza o arbitramento e残酷da⁸ por parte do Estado, que incriminavam pessoas para mantê-las afastadas da cidade, sem que houvesse uma prova ou flagrante para justificar a prisão do indivíduo em razão da conduta que lhe era imputada.

As prisões não tinham um local definido, sendo em uma casa, posteriormente em um cômodo, entre outros, mas sempre sem condições suficientes de segurança, higiene e

⁷ MAIA, Clarissa Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: ROCCO, 2009. v. 1.

⁸ SALLA, Fernando, **As prisões em São Paulo: 1822-1940**. São Paulo: ANNABLUME, 1999, p. 34.

⁹ SALLA, Fernando, **As prisões em São Paulo: 1822-1940**. São Paulo: ANNABLUME, 1999, p. 35.

iluminação. Nas cidades com mais recursos, existia a Casa de Câmara e Cadeia, que consistia em um prédio de dois andares que tinha a prisão embaixo e a Câmara, composta por um conjunto de oficiais, conforme Fernando Salla.¹⁰

Em 1810, a cadeia apresentou a necessidade de reparos e solução da precariedade existente há anos. Ainda, existia a falta de funcionários, o que facilita a fuga. Outro ponto importante a se destacar é a falta de higiene que era evidente no cárcere.¹¹

A falta de cuidado com os presos, até mesmo com a saúde, é clara nessa situação. A falta de organização do Estado fazia com que não fosse fornecido o serviço necessário para manter a ordem e organização dentro do cárcere, de modo que atingia os direitos dos presos, não sendo respeitadas as condições mínimas de vivencia desde essa época.

Em 23 de maio de 1821, em Decreto, foram estipuladas algumas mudanças na conduta de autoridades judiciárias e policiais, entre as quais estava à proibição de encarceramento de pessoa livre sem ordem judicial e sem que fosse percebida a culpa.¹²

Percebe-se, com tal Decreto, que as penas de prisão eram arbitrárias por parte das autoridades. É nítido que nasce o olhar mínimo do Estado para com o prisioneiro, ainda que não eficaz. Isso porque há uma determinação de uma visão menos autoritária para a decretação e a função da prisão. Por mais que, até hoje, não haja a efetividade e observância do princípio da dignidade da pessoa humana, como veremos mais a frente, este Decreto é uma legislação que mudou um pouco do observar dos cidadãos, ainda que só os livres.

Após a emancipação política do Brasil, nota-se um novo olhar em relação às prisões. Porém, em relação aos relatórios do período de 1829 até 1833 e de 1837 até 1841, da comissão de cidadãos que visitavam as prisões, que analisavam as cadeias de São Paulo, relatava-se precariedade das instalações e funcionamento da prisão, como demonstrado por Fernando Salle.¹³

O relatório de 1829, afirmava que havia violação ao que estava estabelecido na Constituição do Império de 1824, que determinava cadeias seguras, limpas e bem arejadas, separando os presos pela natureza dos crimes, tendo em vista ser a Cadeia imunda e desarranjada, havendo alimentação e assistência médica precária, ausência de água e muita sujeira.¹⁴

¹⁰ Ibidem, p. 37.

¹¹ Ibidem, p. 39.

¹² BRASIL. Decreto de 23 de maio de 1821. Dá providencias para garantia da liberdade individual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm>. Acesso em: 12 mai. 2018.

¹³ SALLA, Fernando, *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: ANNABLUME, 1999, p. 48.

¹⁴ Idem.

O relatório de 1831, além de manter os relatos anteriores, dispôs sobre a falta de trabalho para os presos para que eles fossem ressocializados e na mistura que havia entre os presos em perfeitas condições mentais com os com problemas mentais, de modo que a comissão sugeriu que fosse criada uma nova cadeia para os presos com problemas.¹⁵

No mesmo ano, foi emitido relatório por novos membros da comissão que expressavam o tremendo horror em que esta se encontrava, que demonstra que homens e mulheres eram presos no mesmo estabelecimento, que era sujo, com pouca comida, sendo os presos tratados com desumanidade, ressaltando a necessidade de reforma da prisão.¹⁶

Ao analisar o que foi verificado por Fernando Salla nos relatórios desse período, torna-se notório o quanto os direitos constitucionais e mínimos dos presos eram violados, mesmo com determinações expressas das condições humanas que deveriam ser respeitadas, de modo que a comissão expressa extremo horror às prisões e condições que os prisioneiros eram submetidos, havendo violação aos direitos constitucionais dos presos de ficarem em cadeias seguras, limpas, arejadas e com separação dos réus. O cenário de violação aos direitos constitucionais dos cidadãos presos permanece, como demonstrado pelo relatório do INFOPEN e estudo que vem sendo desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Em 1841, a comissão apresenta sugestões para uma nova casa de Correção, sendo que, nesse período, “ocorrem as primeiras mudanças no sistema penitenciário brasileiro com a introdução de oficinas de trabalho, pátios e celas individuais, por conta da implantação de modelos estrangeiros como o Sistema da Filadélfia e o de Auburn.”¹⁷

O Código Penal de 1890 aboliu as penas de morte, perpétuas, açoite, as galés e estabelecia as penas de duração máxima de 30 anos, conforme seu artigo 43. Ainda, instituía os estabelecimentos em que as penas seriam cumpridas e a prisão disciplinar para os menores de até 21 anos, em seu artigo 49.¹⁸

Acontecia que o que era previsto em lei não era atendido. Um exemplo é a condenação à prisão celular de 976 presos em 1906, quando existiam apenas 160 vagas para cumprimento dessa pena.¹⁹

¹⁵ Ibidem, p. 49.

¹⁶ Ibidem, p. 50.

¹⁷ SANTIS, Bruno; ENGBRUCH, Werner. **A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo**. Disponível em:<https://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/11/integra.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2018.

¹⁸ BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulgava o Código Penal de 1890. Publicado na Coleção de Leis do Brasil - 1890, Página 2664 Vol. Fasc.X (Publicação Original). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

¹⁹ SANTIS, Bruno e ENGBRUCH, Werner. **A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo**. Disponível em:<https://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/11/integra.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2018.

Visualiza-se, assim, que havia o problema de superlotação nas prisões, sendo um caminho para a violação de diversos direitos fundamentais. A superlotação não é uma realidade apenas atual. Essa cultura brasileira de deixar os presídios com mais presos do que suporta vem de mais de 100 anos, como demonstrado no histórico acima, de modo que os presidiários passam por situações que violam sua dignidade humana por, entre outras, faltas de estrutura no sistema carcerário. Como veremos adiante, foi um dos casos de declaração do estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional da Colômbia, pois esse fator levou há condições desumanas nas prisões do país.

Em 24 de dezembro de 1905, aprovou-se a Lei 267-A para a construção de uma nova penitenciária com capacidade para 1.200 pessoas, oportunidade de trabalho, celas adequadas, arejadas e iluminadas, que foi entregue em 1920. A penitenciária do Estado de São Paulo, Carandiru, seguiu o regime de progressão de regime que eram em quatro fases “(i) reclusão absoluta, diurna e noturna; (ii) isolamento noturno, com trabalho coletivo durante o dia, mas em silêncio; (iii) cumprimento em penitenciária agrícola, com trabalho extramuros; e (iv) concessão de liberdade condicional ao sentenciado.”.²⁰

A penitenciária foi vista como um modelo a ser adotado. Porém, não eram observadas as condições de saúde, por exemplo, de modo que 12% dos presos morreram por causa da tuberculose. A situação piorava quando alguns dos doentes eram mantidos em celas fechadas e alimentados com pão e água.²¹

Assim, verifica-se que o modelo a ser seguido já não era ideal, tendo em vista que não obedeciam as determinações legais, como condições e cuidados à saúde, alimentação e, até mesmo, de arejamento, existindo, desde essa época citada, violações de direitos, como a vida, que levavam o prisioneiro à morte. Destaca-se, dessa forma, que o que ocorre nos dias de hoje nos presídios, vem enraizado dos modelos e problemas existentes ao longo da história dos presídios brasileiros, não tendo o Estado no decorrer dos anos, em sua maioria, mudado o seu cuidado com os cidadãos que vivem encarcerados.

O Código Penal de 1940 manteve o sistema de progressão de regime, estabelecido em seu artigo 33, § 2º, sendo que o preso progrediria de acordo com o seu mérito.²² Logo após, em 1941/1942, o Estado começa a ver a necessidade de separação entre os presos homens e mulheres, como veremos adiante, tendo em vista determinação expressa do Código Penal.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

²² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União - Seção 1 - 31/12/1940, Página 23911. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

Com o advento da Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984, Lei de Execuções Penais – LEP, houve a efetivação da execução penal, de forma que foi reconhecida a condição de pessoas com direitos dos presos, sendo estabelecida em seu “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”.²³

Da evolução do sistema prisional, pode-se perceber que a partir da Lei de Execuções Penais de 1984 é que o Estado começou a demonstrar preocupação com os direitos mínimos do preso, numa tentativa de garantir que o prisioneiro tenha efetivados os seus direitos. Destaca-se a proximidade temporal entre a Lei de Execuções Penais e a Constituição Federal de 1988, que traz um número expressivo de direitos fundamentais, sendo um período de redemocratização do país, trazendo, inclusive, alguns reflexos da Lei de Execuções Penais.

1.1 O sistema prisional feminino

Conforme visto no histórico apresentado, a criação e separação do presídio feminino se fez necessária por uma questão muito maior do que a segurança da prisioneira. Está associado à ideia de manter a ordem interna do presídio masculino.²⁴

Até a criação das prisões femininas do Distrito Federal (1942), à época no Rio de Janeiro, e de São Paulo (1941), as mulheres eram mantidas nos mesmos estabelecimentos que os homens. Quando possível eram mantidas ambientes separados, quando não, ficavam com os homens, sem que nenhuma de suas necessidades femininas fossem observadas e atendidas.²⁵

Foi apenas em 1940, com o novo Código Penal, que se estabeleceu que devesse haver a separação por sexo dos presidiários. Assim, restou estabelecido:

Art. 29. A pena de reclusão e a de detenção devem ser cumpridas em penitenciária, ou, à falta, em secção especial de prisão comum.

(...)

§ 2º As mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em secção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno.²⁶

²³ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.** Diário Oficial da União - Seção 1 - 13/7/1984, Página 10227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

²⁴ LIMA, Elça Mendonça. **Origens da Prisão Feminina no Rio de Janeiro. O Período das Freiras (1942-1955).** Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 1983, p. 47.

²⁵ LIMA, Elça Mendonça. **Origens da Prisão Feminina no Rio de Janeiro. O Período das Freiras (1942-1955).** Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 1983, p. 48.

²⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Diário Oficial da União - Seção 1 - 31/12/1940, Página 23911. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.

Nasce, assim, a preocupação e o olhar para a mulher presidiária, ainda que não de uma forma absoluta, mas um primeiro passo para o início da mudança de suas histórias. Muitos direitos ainda devem ser observados e atendidos. Apenas a separação dos presos não foi suficiente para fazer efetivar os direitos fundamentais dessas mulheres, como se verá adiante.

A Penitenciária do Rio de Janeiro, criada em 1942, “constava, na data de sua inauguração, de um prédio de formato retangular de dois andares, circundado por um muro e, contínuo a este muro, uma Capela.”. Com o tempo, ocorreram mudanças significativas na estrutura original do presídio, como as celas individuais e as de castigo, novos pavilhões para separação das próprias internadas por categoria e as instalações de creches para os filhos menores de três anos, que ocorreu posteriormente à época da inauguração.²⁷

Outro passo que foi pensado era como se faria para disciplinar essas mulheres, tornando-as obedientes às regras, fazendo-as trabalhar e, ainda, deixando-as sem vida sexual ativa. Foi com esse pensamento e acreditando que o ensino religioso seria a melhor maneira para chegar ao objetivo pretendido, que determinaram que freiras, com a autorização do Ministério da Justiça, seriam encarregadas do presídio feminino. Apenas em 1966 que foi adquirida uma autonomia administrativa no presídio e este, atualmente, chama-se Penitenciária Talavera Bruce.²⁸

Percebe-se, assim, como o Estado sempre quis dominar as mulheres impondo-lhes condições que vão contra a sua natureza. Queria controlar o jeito das mulheres, tornando-as exemplares para serem como a sociedade achava ideal e queria coibir a sexualidade que existe nas pessoas, de modo a querer interferir até mesmo na construção de uma família dessas mulheres.

Os presídios femininos foram sendo reformados de uma forma geral, tanto estruturalmente, como disciplinarmente para chegarmos à realidade dos dias de hoje.

No Instituto Talavera Bruce há relatos de horror ocorridos no final da década de 60 e em 1976 em relação aos serviços médicos. Uma presidiária perdeu sua filha por falta de um bom atendimento ginecológico. Quando estava em trabalho de parto o médico mandou-a voltar após um mês, pois não havia dilatação. Ao retornar, teve que ser operada para tirar a criança que estava morta, pois havia passado o tempo. Outra quase morreu por causa de restos de placenta que ficaram dentro dela após o parto. Também teve que ser operada em 1976.²⁹

²⁷ LIMA, Elça Mendonça. **Origens da Prisão Feminina no Rio de Janeiro. O Período das Freiras (1942-1955)**. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 1983, p. 57/59.

²⁸ SOARES, Bárbara Musumeci. ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras. Vida e Violência atrás das Grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 57.

²⁹ LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres de mulheres**.

Uma violação ao direito à saúde ocorre nas situações supramencionadas. A omissão do Estado na prestação de serviços mínimos, como a saúde, à população encarcerada faz com que haja um estado de coisas constitucional nos presídios brasileiros.

Dessa forma, nota-se como a situação dentro dos presídios é precária, não sendo, em sua maioria, distinta nos dias de hoje. Os direitos fundamentais da população carcerária, garantidos constitucionalmente, vêm sendo violado por parte do Estado, destacando-se, no presente trabalho, às mulheres e crianças encarceradas, como veremos mais a frente.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSOCIADOS À MATERNIDADE E À INFÂNCIA

O sistema prisional deve estar preparado para proteger os direitos fundamentais da população carcerária, de modo a manter estruturas e organizações básicas para efetivação dos direitos. Dessa forma, ao analisar os cuidados que uma gestante e uma criança devem ter, chegamos aos direitos fundamentais que lhes são assegurados constitucionalmente. Os direitos à maternidade e à infância são cruciais para que haja uma tutela, destacando o contexto prisional, das vidas dos cidadãos encarcerados.

Os direitos sociais, elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, são direitos que o Estado deve garantir para que possa haver uma igualdade e dignidade da sociedade como um todo, sendo necessários para uma garantia de uma dignidade mínima para a sociedade.

Os direitos sociais são os direitos fundamentais de segunda dimensão, nos quais o Estado fica obrigado a uma prestação positiva, de modo a atender a sociedade igualmente, corrigindo os problemas sociais existentes.³⁰

Ao analisar a maternidade, classificada como um direito social, e os cuidados inerentes a essa fase, nota-se que o direito à saúde tem uma grande relevância nesse âmbito, estando associado, ainda, ao direito à vida, sendo imprescindível a sua efetivação para assegurar à mãe e ao bebê um desenvolvimento adequado.

O pré-natal e o cuidado pós-parto, por exemplo, são essenciais para que haja saúde da mãe e do bebê durante e após a gravidez, tendo em vista a possibilidade de prevenção e tratamento de possíveis doenças e problemas nesses períodos. Dessa forma, o Ministério da

^{2ª} edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 36.

³⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos Humanos: novas dimensões e novas fundamentações**. Revista Direito em Debate, Ijuí, v. 11, n. 16-17, p. 9-32, jan./jun. 2002.

Saúde desenvolveu um estudo no qual indica o parâmetro a ser seguido pelos Estados e Municípios no pré-natal, como primeira consulta em até cento e vinte dias; seis consultas, no mínimo, sendo a primeira no primeiro trimestre; esclarecimentos necessários à mulher; exames obstétricos; exames laboratoriais; aplicação de vacinas para imunizar; avaliação, prevenção e tratamento do estado nutricional da gestante; classificações de risco gestacional; e atendimento à mulher e ao recém-nascido na primeira semana após o parto e realização da consulta puerperal (entre a 30^a e 42^a semanas pós-parto), entre outros.³¹

Nota-se, assim, que existem procedimentos a serem seguidos durante e após a gestação para garantir que a mãe e bebê tenham boas condições de saúde. A saúde é um direito que está diretamente relacionado ao direito à vida, tendo em vista que os cuidados com a saúde podem prevenir doenças e condições fatais para os seres humanos.

Em uma análise inicial a Constituição Federal de 1988 (CF), logo em seu artigo 1º, inciso III, fica evidente um direito que deve ser assegurado a todos, sem exceção, que é dignidade da pessoa humana.³²

A dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil, devendo ser utilizada como base para todas as normas Constitucionais e, também, para as demais normas do ordenamento brasileiro, necessitando ser observada pelo legislador na criação de leis.

Na Constituição Federal, o direito à vida está elencado no *caput* do artigo 5º, sendo um direito garantido para todos os residentes no Brasil. Já o direito à saúde, está previsto no artigo 6º, onde estão elencados alguns dos artigos sociais. Ainda no artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, indica que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”, sendo um direito fundamental, havendo uma complementação de tal direito no artigo 196 da Constituição Federal, que dispõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais (...)³³”

Fica evidente que é dever do Estado proporcionar saúde a toda população, sendo pessoas que se encontram em liberdade ou não, devendo ser implementadas políticas sociais para a efetivação desse direito tão importante e essencial para as pessoas, levando a sociedade a viver com melhor qualidade de vida e por um período maior.

³¹ FILHO, Adauto Martins Soares. **Pré-natal e Puerpério. Atenção Qualificada e Humanizada.** Brasília: Ministério da Saúde, 2005, p. 8/9.

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União - Seção 1-5/10/1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm>. Acesso em 08 mai. 2018.

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União - Seção 1-5/10/1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm>. Acesso em 08 mai. 2018.

Com as pessoas encarceradas não seria diferente. A previsão da Lei de Execuções Penais – LEP, Lei 7.210/1984, elenca alguns cuidados e direitos relacionados à saúde que devem ser garantidos às presas e aos seus bebês.

O artigo 11 da Lei de Execuções Penais, em seu inciso II, dispõe que haverá assistência à saúde ao preso pelo Estado. Ressalta-se que o artigo 14, § 3º vai além. Destaca um ponto importante para o presente trabalho, ao tratar que a assistência à saúde do preso será médica e “§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.”.³⁴

Fica muito claro qual o dever do Estado previsto constitucionalmente e como a legislação protege, ainda mais, esses hipossuficientes que estão com os seus direitos a mercê do Estado e precisam de um cuidado tão delicado nessa fase de gravidez, infância e pós-parto.

Ademais, o artigo 5º, L, da Constituição Federal, dispõe que “L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” e no artigo 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, (...) o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”.³⁵

Evidencia-se, assim, com os direitos constitucionalmente aqui elencados, que deve ser assegurado para a encarcerada gestante e lactantes condições ideais de cuidado e amamentação, devendo obedecer a condições mínimas de higiene e conforto, sendo, como exposto anteriormente, necessário um cuidado com a alimentação da gestante para que haja uma boa qualidade nutricional.

Desta forma, o artigo 203 da Constituição Federal esclarece que “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância (...); II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;”³⁶, sendo evidente que deve ser prestado no âmbito do presídio, para que haja uma efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos que estão encarcerados, pois a condição de encarcerado não pode fazer com que os presos tenham os seus direitos violados.

³⁴ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execuções Penais.** Diário Oficial da União - Seção 1 - 13/7/1984. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em 08 mai. 2018.

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União - Seção 1- 5/10/1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm>. Acesso em 08 mai. 2018.

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União - Seção 1- 5/10/1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm>. Acesso em 08 mai. 2018.

Ainda falando em direitos constitucionais, o artigo 229 da Constituição Federal dispõe que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”³⁷, sendo que, no Presídio Feminino do Distrito Federal as crianças só podem permanecer com as mães até o 6º mês.³⁸

Esse período de 6 (seis) meses é o prazo mínimo estabelecido na Lei de Execuções Penais, em seu artigo 83, § 2º, na medida que os estabelecimentos prisionais femininos devem manter um berçário para que as mulheres possam cuidar dos bebês e amamentá-los.³⁹

Assim, devem ser adotadas medidas para assegurar uma amamentação saudável e segura para as mães e crianças que estão dentro do presídio, ainda mais quando se analisa os direitos fundamentais que estão perenes, podendo haver uma violação a esses direitos.

Em conformidade com o exposto acima, a Regra 48 de Bangkok (Regras das Nações Unidas Para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade Para Mulheres Infratoras), dispõe da seguinte maneira:

1. Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças.
2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.⁴⁰

A Organização das Nações Unidas segue o entendimento da grande relevância do leite materno para as crianças e, ainda, vai além. Reconhece a importância de uma boa alimentação para a mãe, que gera excelente alimentação para o filho.

Nota-se, assim, que as Regras de Bangkok, que foram recepcionadas pelo ordenamento Brasileiro em 08.03.2016, trazem uma grande proteção a essas mulheres, de modo que a Organização das Nações Unidas as criou para garantir um mínimo de dignidade para as mulheres encarceradas, em conformidade com os direitos humanos.

Há ainda o estabelecido no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) –

³⁷ Idem.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 5.969, de 16 de agosto de 2017. Institui o Código Penitenciário do Distrito Federal.** Diário Oficial do Distrito Federal - 24/8/2017. Disponível em:<http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/167305020d434795bcacf1f5cbc3541c2/Lei_5969_16_08_2017.html>. Acesso em 25 mai. 2018.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execuções Penais.** Diário Oficial da União - Seção 1 - 13/7/1984. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em 08 mai. 2018.

⁴⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok).** Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em 10 mai. de 2018.

Lei 8.069/1990 e no artigo 3º da Lei de Execuções Penais:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.⁴¹

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.⁴²

Não pode haver uma falta de efetivação dos direitos fundamentais, como notamos que é estabelecido nas legislações infraconstitucionais, apenas por razão de uma condição que se encontram essas pessoas. A dignidade o que lhes é garantida na Carta Magna do Estado não pode ser violada.

O artigo 227 da Constituição Federal dispõe sobre a prioridade absoluta relacionada às crianças, tratando sobre o direito à vida, saúde, alimentação, dignidade e à convivência familiar, entre outros, sendo “(...) dever da família, da sociedade e do Estado (...).”⁴³

Dessa forma, se extrai dois preceitos importantes do dever de prioridade absoluta da criança:

1. Deve haver convivência familiar da criança. Mãe é família;
2. É dever do Estado, também, assegurar os direitos às crianças.

Tendo em vista o dever de Estado de legislar sobre direito penitenciário, conforme artigo 24, inciso I da Constituição Federal⁴⁴, enquanto a crianças convive com a mãe em uma prisão, deve adotar medidas para lhes garantir efetividade do direito à saúde, atendimento médico, dignidade da pessoa humana e criar meios para que ela receba uma boa alimentação através do leite materno ou, em sua ausência, de outros alimentos.

Ainda em relação à prioridade absoluta das crianças, a Regra 51, 1 estabelece que “Crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.** Diário Oficial da União - Seção 1 - 16/7/1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 08 mai. 2018.

⁴² BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execuções Penais.** Diário Oficial da União - Seção 1 - 13/7/1984. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em 08 mai. 2018.

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União - Seção 1- 5/10/1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm>. Acesso em 12 mai. 2018.

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União - Seção 1- 5/10/1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm>. Acesso em 08 mai. 2018

saúde comunitários”. Ainda mais importante é o estabelecido no segundo ponto da Regra, na medida em que “O ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão.”.⁴⁵

Não restam dúvidas de que não deve haver diferenciação entre o tratamento e prioridade das crianças que estão em estabelecimentos prisionais e as que não estão. Essa determinação fica evidente tanto da análise da Constituição Federal brasileira, quanto das Regras de Bangkok aqui expostas.

A criança não pode ser penalizada por ter nascido dentro de uma prisão ou por lá se encontrar por conta de uma sanção imposta à sua mãe. Tão pouco pode uma mulher encarcerada sofrer por não receber um tratamento digno e permanecer em condições desumanas e violadoras aos seus direitos fundamentais e legais.

Quando isso acontece, estamos diante de uma dupla punição, já que além de ficar encarcerada para receber a sanção que lhe foi imposta, ainda sofre tratamentos que violam os seus direitos, sendo uma segunda punição.

Para melhor atender o interesse das crianças, ainda existe a Regra 68, que visa estabelecer pesquisas para avaliar o impacto sobre as crianças em relação às suas mães estarem presas, para que haja criação de políticas públicas e programas que contribuam para solução de tal problema.⁴⁶

Mais uma Regra que evidencia a importância da convivência da criança com a mãe, e como deve ser pesquisado e analisado o impacto que o encarceramento e a separação da família podem causar para a criança, sendo que uma observação dessa regra pode evitar problemas futuros para os filhos das detentas.

Analisando, ainda, as Regras de Bangkok, destaca-se importantes normas que protegem as mulheres encarceradas. Entre elas, está a regra que trata sobre as presidiárias grávidas, como se vê adiante:

23. 1) Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento.
- 2) Quando for permitido às mães reclusas conservar os filhos consigo,

⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok).** Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em 10 mai. de 2018.

⁴⁶ Idem.

devem ser tomadas medidas para organizar um inventário dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães.⁴⁷

Outra Regra que traz medidas a serem adotadas para que as presas possam participar de atividade, até mesmo como medida de remir a pena é a Regra 42, ponto 2, que dispõe:

2. O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as. Nas prisões serão oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais.⁴⁸

Destaca-se que as Regras de Bangkok não protegem apenas as mulheres encarceradas, mas determina, ainda, proteção às crianças que são filhas dessas mulheres, demonstrando um olhar mais humanitário e protetor para com elas.

Assim, a Regra 9 estabelece que “Se a mulher presa for acompanhada de criança, esta também deverá passar por exame médico, preferencialmente por um pediatra, para determinar eventual tratamento ou necessidades médicas. (...).”⁴⁹

Analizando todas essas normas de proteção mínima e os direitos fundamentais, percebe-se que são inerentes às mulheres encarceradas gestantes e mães com bebês, devendo haver uma proteção do Estado. Ademais, muitas são para proteção da criança que devem ter seus direitos efetivados e garantidos, independente de onde se encontram, tendo em vista o dever da família e do Estado de buscar a concretização desses direitos.

Mais adiante, com os dados do relatório do INFOOPEN, será analisado a situação vivenciada no Distrito Federal e os direitos efetivados e violados dessas mulheres, sendo observado se o caso se enquadra no instituto chamado de estado de coisas inconstitucional.

3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A situação de violação a direitos fundamentais de um grupo de forma permanente por falta de aparato do Poder Público se enquadra no chamado estado de coisas inconstitucional, instituto nascido na Colômbia como se verá mais adiante.

O estado de coisas inconstitucional surgiu na Colômbia com a Sentença de Unificação

⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok).** Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em 10 mai. de 2018.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

(SU) – 559 de 1997, quando um grupo de professores instaurou uma ação de tutela contra os prefeitos dos seus municípios, pois estavam contribuindo com um valor de 5% de seus salários para serem filiados ao Fundo de Prestação Social e os prefeitos não os filiaram, sendo que tal filiação é uma determinação legal estabelecida pelo Decreto 196 de 1995 e outras legislações. Dessa forma, alegaram violação aos seus direitos à vida, saúde, segurança social e trabalho.⁵⁰

O artigo 3º da Lei 91 de 1989 previa a criação do Fundo Nacional de Benefícios Sociais do Magistério, sendo uma garantia que seria usada, entre outras, para “efetuar o pagamento dos benefícios sociais do pessoal afiliado; garantir a prestação de serviços de assistência médica, que serão contratados com entidades de acordo com as instruções dadas ao Conselho de Administração do Fundo; (...).”⁵¹

A situação configurava violação aos direitos fundamentais dos professores, pois o Estado arrecadava um valor que deveria ser usado para trazer algumas garantias mínimas para os contribuintes, como saúde, e, na verdade, não estava filiando-os a nenhum fundo, de modo que eles se sentiram desamparados e com seus direitos lesionados.

Em sua decisão, a Corte Constitucional Colombiana entendeu que a atitude das autoridades competentes pela filiação dos professores configurava um estado de coisas e ia contra a Constituição, violando os direitos fundamentais dos professores que contribuíam para serem associados ao fundo e não o eram.⁵²

Além disso, dispôs que deveria haver uma colaboração harmoniosa entre os órgãos do Estado, de forma que deveria haver a notificação das autoridades competentes para informar sobre a violação aos direitos fundamentais que vinha ocorrendo, até para que fossem evitadas novas ações com o mesmo pedido de tutela, sendo dever da Corte a guarda da integridade da Constituição e da eficácia dos seus mandatos. Dessa forma, seria possível garantir a tutela para outras que não autores da ação.

De acordo com Carlos Alexandre Azevedo Campos:

... o ECI consiste em situação extrema de omissão estatal, configurada como “falhas estruturais”. Essas falhas nada têm a ver com dispositivos constitucionais específicos ou ordens expressas de legislar ou de regulamentação, e sim com a omissão ou ineficiência do aparato estatal que resulta na proteção deficiente de direitos fundamentais.⁵³

⁵⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia SU.559/97**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 15 mai. 2018.

⁵¹ Idem.

⁵² Idem.

⁵³ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1ª Edição. ABDR: 2016.

Em outras palavras, o estado de coisas inconstitucional consiste na violação pelo Estado, por intermédio de ação ou omissão, dos direitos fundamentais de uma determinada massa. Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional.⁵⁴

No mesmo sentido, Clara Hernandez, ex-magistrada da Corte Constitucional da Colômbia, entende que quando decidido pela declaração do estado de coisas inconstitucional, fica caracterizado a existência de uma ordem de proteção aos direitos fundamentais; e uma situação estrutural, permanente, de ação ou omissão, por diferentes órgãos do Poder Público, que lesiona o exercício dos direitos de um número amplo ou indeterminado de pessoas que, às vezes, nem se quer instauraram a demanda. Nesse sentido, esclarece, ainda, que a tutela tem um efeito preventivo geral, que tem como finalidade determinar que o Poder Público corrija, dentro de suas funções, a situação que vai contra a constituição, e que seja feito em um prazo razoável.⁵⁵

Dessa forma, o Poder Público, mais de um órgão ou autoridade, faz, por meio de suas ações ou omissões, que haja uma violação aos direitos fundamentais de uma massa, um grupo, de uma forma permanente, devendo ser declarado o estado de coisas inconstitucional para que haja a correção, efetiva, da situação que contraria os mandamentos da constituição.

É nesse ponto que cabe destacar a relevância dos capítulos anteriores, na medida em que se nota que ao longo de toda história as mulheres encarceradas tinham os seus direitos fundamentais violados, sem que fossem observadas as peculiaridades de uma mulher, mantendo-as, grávidas e com filhos em ambientes com estrutura pensada para homens, sem higiene básica, atendimento médico, alimentação adequada, etc., de forma a sofrerem por tais condições.

Outro caso de declaração do estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional da Colômbia foi em relação as prisões do país, na sentença T-153 de 28 de

⁵⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

⁵⁵ VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. *La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional"*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 1, nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, p. 214.

abril de 1998, que se deu quando alguns presidiários solicitaram a tutela de seus direitos humanos que estavam vulneráveis, pois o Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário - INPEC e o Ministério da Justiça não adotavam medidas para solucionar a situação de superlotação presente nos presídios de Bogotá e Bellavista de Medellín à época, havendo violação aos direitos humanos, saúde, vida, igualdade e privacidade, ainda mais com a reforma das celas que haveria na prisão, deixando os presos durante a obra em um espaço ainda menor que o anterior e, após a obra, quatro presos em 6,60 m².⁵⁶

A Corte entendeu que havia uma violação massiva aos direitos fundamentais dos presos, tendo em vista a superlotação dos presídios que levou à violação aos direitos da dignidade humana, vida, saúde, família, trabalho, presunção de inocência e a integridade pessoal, por conta da não separação dos presos por acusado e condenado, primário de reincidente, os membros da Força Pública, funcionários públicos e os povos indígenas dos demais prisioneiros; a inexistência dos serviços de saúde e das visitas familiares em situações decentes; de modo que a superlotação não fazia cumprir o objetivo da prisão de ressocialização, como os estudos e o trabalho.⁵⁷

Em sua decisão, a Corte declarou o estado de coisas inconstitucional; determinou que alguns órgãos elaborassem um plano de construção e reparação das prisões para que os presos tivessem uma vida digna e que o Ministério da Justiça, o Departamento Nacional de Planejamento e o INPEC realizassem o plano de construção de presídios e o renovassem no máximo em quatro anos; ordenou que o INPEC, dentro de três meses, separasse os membros da Força Pública que estavam presos ficassem em estabelecimento especiais, para garantir seu direito à vida e à integridade pessoal e que, no máximo em quatro anos, separassem completamente os presos acusados e condenados.⁵⁸

Ordenou, ainda, ao INPEC, ao Ministério da Justiça e ao Ministério das Finanças que adotassem as medidas necessárias para resolver a escassez de pessoal especializado nas prisões e na Guarda Prisional; determinou que o governo financiasse as despesas para a execução das medidas; determinou que os governadores, prefeitos e presidentes das assembleias que criassem e mantivessem presídios próprios; solicitou ao Presidente da

⁵⁶ VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. *La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional"*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 1, nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, p. 217; COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-153/98**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em 31 jun. 2018.

⁵⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-153/98**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em 31 jun. 2018.

⁵⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-153/98**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em 31 jun. 2018.

República que adotasse medidas para que fosse assegurada aos presidiários do país a efetivação de seus direitos; entre outras medidas.⁵⁹

Conforme Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a adoção de uma posição de supremacia judicial da Corte levou ao não absoluto sucesso na declaração do estado de coisas inconstitucional no caso dos presídios, tendo em vista a inflexibilidade do que foi ordenado, principalmente em relação dos departamentos locais e o não acompanhamento por parte da corte no momento de efetivação da decisão proferida, de modo que faltou diálogo entre as instituições, o que não veio ocorrer no caso emblemático do deslocamento forçado, como veremos adiante.⁶⁰

Dessa forma, foi reconhecida pela Corte a violação massiva aos direitos fundamentais dos presos da Colômbia, sendo gerada por omissão dos diversos órgãos e autoridades do Poder Público, de modo que houve a necessidade de declaração do estado de coisas inconstitucional e determinadas algumas medidas para a tentativa de efetivação dos direitos dos cidadãos presos.

Como veremos mais a frente, partir do relatório do INFOPEN e das notícias sobre o estudo do Conselho Nacional de Justiça nas prisões, que serão tratados no próximo capítulo, essa é uma realidade vivenciada nos presídios brasileiros, uma violação aos direitos fundamentais dos cidadãos encarcerados e que estão invisíveis aos olhos do Estado. O que ocorre nos dias de hoje não é tão diferente do que ocorreu na história dos presos do Brasil, como demonstrado anteriormente. Na realidade, a situação e estrutura atual dos presídios brasileiros são reflexos do ocorrido em toda história, de modo que os direitos dos presos não são observados.

Desde os relatórios de 1829 a 1831 da comissão de cidadãos que visitavam as prisões, nota-se que os direitos constitucionais dos presos, trazidos na Constituição Imperial de 1824, eram violados, como saúde e segurança, sendo dever do Estado desenvolver políticas públicas para garantir a efetivação dos direitos dos presidiários, de modo que, desde essa época, há um estado de coisas inconstitucional nos presídios brasileiros.

O caso emblemático de estado de coisas inconstitucional da Corte Constitucional da Colômbia é da Sentença T-025 de 2004, conhecida como o caso do deslocamento forçado de pessoas de suas residências e de seus trabalhos, tendo em vista a violência urbana em que o país vivia gerado, muitas vezes, pelo conflito armado interno.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

A ação foi movida por 108 pedidos de tutela, sendo representadas 1.150 famílias, todos integrantes da população deslocada, sendo que na maioria eram mulheres chefes família, pessoas da terceira idade, menores e indígenas. Alegaram que estavam sendo violados os seus direitos de moradia, assistência à saúde, educação e ajuda humanitária, tendo em vista o fato de os órgãos e autoridades competentes não estarem cumprindo o dever de proteção aos deslocados e não responderem aos seus pedidos.⁶¹

Tal situação violava de forma massiva os direitos fundamentais de moradia, saúde, educação e assistência humanitária das pessoas deslocadas, tendo em vista que os diversos órgãos e autoridades responsáveis pela tutela dos direitos dessa população desamparada não adotavam medidas e políticas públicas para que a situação fosse resolvida ou amenizada.

A Corte Constitucional da Colômbia declarou o estado de coisas inconstitucional e determinou que fosse estabelecido um orçamento para que fossem cumpridas as políticas públicas para proteger os direitos fundamentais da população deslocada; que o Conselho Nacional para a Atenção Integral a População Deslocada pela Violência verificasse a dimensão do estado de coisas inconstitucional e adotasse um plano de ação para superá-lo; aos órgãos e autoridades que adotassem as medidas necessárias, dentro de suas competências e dos prazos estipulados, para solução dos problemas gerados pela violência aos deslocados para solução do estado de coisas inconstitucional; comunicou ao Procurador Geral sobre a decisão para que ele acompanhasse o cumprimento das ordens e a atuação das autoridades; entre outras medidas.⁶²

Segundo César Gravito, a diferença entre o fracasso das sentenças anteriores sobre estado de coisas inconstitucional e a T-025 está no fato de a Corte Constitucional não ter encerrado o seu trabalho no momento que proferiu a decisão, mas ter monitorado o cumprimento das ordens nos anos seguintes, sendo que um dos mecanismos utilizados foi a realização de audiências públicas. A Corte ainda solicitou informações de entidades, associações, das pessoas afetadas pela sentença, entre outras. Mais uma providência foi a expedição de processos de acompanhamento das medidas, de modo a dar continuidade às ordens emitidas.⁶³

Nota-se, assim, que foi mantido um diálogo da Corte com os órgãos, autoridades e população afetada pela sentença do processo, sendo possível acompanhar e implementar

⁶¹ COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025/04**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#_ftn26>. Acesso em: 04 jun. 2018.

⁶² Idem.

⁶³ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 85.

medidas com o decorrer dos anos, podendo participar na elaboração de políticas públicas ao dirigir ordens aos órgãos e autoridades, mas sem fixar particularidades, ficando a cargo dos órgãos o plano de ação, resultando na efetividade da decisão tomada pela Corte.

Desse modo, percebe-se que o caso do deslocamento forçado foi o marco do sucesso das decisões de estado de coisas constitucional adotadas pela Corte Colombiana, demonstrando que o diálogo entre os poderes e autoridades e o acompanhamento e adoção de medidas para cumprimento do que foi determinado é essencial para a efetivação da decisão.

A doutrina brasileira já vem estudando sobre o estado de coisas constitucional. Um dos autores que trata a questão, citado mais acima, é o Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Essa ideia já vem ganhando voz no poder judiciário do Brasil, como, por exemplo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) solicitou que fosse reconhecida a violação dos direitos fundamentais dos presos e o estado de coisas constitucional do sistema carcerário brasileiro, na medida em que ações e omissões do Poder Público violam os preceitos fundamentais dos presos; e que fossem adotas medidas estruturais para solução dos problemas. Apenas a cautelar foi decidida, no sentido de determinar aos juízes e tribunais que realizem, no prazo de 90 dias, as audiências de custódia, de modo a viabilizar apresentação do preso perante a autoridade do judiciário, no máximo, em 24 horas e determinou à União que liberasse o valor do Fundo Penitenciário Nacional para que fosse utilizado para o que foi criado.⁶⁴

O Ministro Relator, Marco Aurélio, entendeu que para afastar o estado de coisas constitucional tem que haver uma mudança real no Poder Público e que o ponto que se encontram os presídios é responsabilidade dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, da União e Estados, havendo problemas de políticas públicas e de interpretação e aplicabilidade da legislação penal. O Ministro entendeu, ainda, que o papel do Supremo é o de provocar a elaboração de novas políticas públicas, devendo haver o monitoramento das políticas implementadas, de modo que haja sua efetividade.⁶⁵

Assim, nota-se a relevância de se pesquisar sobre o instituto do estado de coisas constitucional, tendo em vista que os Ministros do Supremo Tribunal Federal estão usando essa categoria teórica em suas decisões, sendo o caso acima em relação aos presídios do país,

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 347/DF.** Relator: AURÉLIO, Marco. Data do Julgamento: 09.09.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

tema relacionado a presente pesquisa.

Uma crítica feita ao instituto é sobre o ativismo do judiciário ao declarar o estado de coisas inconstitucional e determinar implementação de políticas públicas para resolução dos problemas que levam ao ECI. Para Lenio Luiz Streck, “quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe.”.⁶⁶ Entendendo o autor, assim, que a declaração do estado de coisas inconstitucional ameaça a separação dos poderes.

Com o exame dos dados no próximo capítulo, se verá que caso haja a violação massiva aos direitos fundamentais como maternidade, infância, saúde, alimentação, assistência social, entre outros das presas gestantes e com bebês no Presídio Feminino do Distrito Federal, a situação vivida por elas poderá se enquadrar no instituto colombiano denominado de estado de coisas inconstitucional, tendo em vista a omissão dos órgãos responsáveis pela tutela desses cidadãos na falta de implementação de políticas públicas.

4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DAS MULHERES ENCARCERADAS GESTANTES E MÃES COM BEBÊS NA PENITENCIÁRIA FEMININA DO DISTRITO FEDERAL

Analisar-se-á no presente capítulo os dados divulgados no relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOOPEN) de 2016 e das notícias sobre o estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para que seja verificado se há um estado de coisas inconstitucional das presas gestantes e com bebês no Presídio Feminino do Distrito Federal.

O Conselho Nacional de Justiça realizou de janeiro a abril de 2018 vistorias em prisões femininas do Brasil com o intuito de verificar a situação das gestantes, lactantes e seus bebês nas prisões. A presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmén Lúcia determinou que fosse criado o Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, além de que fossem elaboradas recomendações a serem seguidas e padronizadas no sistema prisional de cuidados com a saúde das presas gestantes, lactantes e de seus bebês.⁶⁷

Em consulta ao Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes no dia 06.06.2018, constavam, na atualização do mês de maio, cadastradas 368 presas no Brasil, sendo 155

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

⁶⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cármén Lúcia cria protocolo e cadastro de presas grávidas e lactantes.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86931-carmen-lucia-cria-protocolo-e-cadastro-de-presas-gravidas-e-lactantes>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

lactantes e 213 gestantes. Cabe destacar que no Distrito Federal, na mesma data, havia um total de 20 presas cadastradas, das quais 12 eram lactantes e 8 gestantes.⁶⁸

Dessa forma, nota-se que havia um número significativo de mulheres gestantes e lactantes e de crianças dentro do Presídio Feminino do Distrito Federal, de modo que deveria haver uma estrutura para o acolhimento dessas cidadãs, que se encontram no poder do Estado para cumprimento de uma pena ou a espera de um julgamento, e de seus filhos.

No relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOOPEN) Mulheres de 2016, disponibilizado em maio de 2018, constam informações sobre estruturas da Penitenciária Feminina do Distrito Federal e dados sobre as mulheres encarceradas gestantes e lactantes com seus bebês relevantes para o presente trabalho.

Destaca-se que o relatório classifica o Presídio Feminino do Distrito Federal como misto, tendo em vista informações prestadas pelo próprio Estado. Ademais, na informação constante de unidade com celas/dormitórios adequados para o acolhimento de gestantes, o Distrito Federal atende totalmente essa estrutura. Aparece, também, como estabelecimento prisional que tem berçário, como capacidade para 11 bebês. O relatório aponta, ainda, a inexistência no presídio de uma creche para as crianças filhas das mulheres encarceradas.⁶⁹

A juíza Andremara dos Santos, coordenadora das visitas nos presídios pelo Conselho Nacional de Justiça, destaca que:

Em São Paulo, por exemplo, algumas unidades têm brinquedoteca, berços e carrinhos de bebês disponíveis para as lactantes cedidos pelo Depen. Em outras unidades, encontramos estes equipamentos encaixotados. Em outras, como no DF, nem isso. Os berços encontrados na unidade da capital foram doados pela VEP (Vara de Execução Penal)⁷⁰

Do número de presas lactantes no Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes em junho de 2018, já não haveria estrutura para acolhimento adequado de todas elas e seus bebês, considerando que todas tiveram uma gravidez de um único bebê. A estrutura mantida no Distrito Federal, não corresponde ao necessário para atendimento adequado de crianças e lactantes, tendo em vista que, nessa primeira, por exemplo, uma lactante não teria espaço para

⁶⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes**. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpaineljnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa>. Acesso em: 06 jun. 2018.

⁶⁹ INFOOPEN. **Relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOOPEN mulheres**. Junho/2016, p. 30, 32 e 33.

⁷⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Presídios femininos: o descaso com saúde e alimentação de grávidas e crianças**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86269-presidios-femininos-o-descaso-com-saude-e-alimentacao-de-gravidas-e-criancas>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

o seu bebê.⁷¹

Dessa forma, a omissão do Estado e dos diretores do estabelecimento prisional feminino do Distrito Federal em não usar os recursos para o atendimento adequado das necessidades dessas mulheres e crianças viola as Regras 23 e 42 de Bangkok⁷², bem como o artigo 83, § 2º da Lei de Execuções Penais, as quais dispõem sobre a estrutura que os presídios devem manter para acolhimento adequado das grávidas e das mães com bebês. Fica claramente caracterizado o instituto colombiano denominado estado de coisas inconstitucional, tendo em vista a violação massiva e permanente aos direitos fundamentais desse grupo de mulheres e crianças.

Ademais, a Regra 51 de Bangkok, no ponto 2, destaca que o ambiente oferecido para a educação das crianças que estão na prisão, deve ser o mais próximo possível do ambiente das crianças que não estão na prisão. No Presídio Feminino do Distrito Federal nem se quer há creche, de modo que a omissão do Poder Público infringe a determinação da Regra 51.⁷³

O Conselho Nacional de Justiça vem noticiando, tendo em vista os estudos que realizou, a situação vivenciada pelas presas lactantes e gestantes nas penitenciárias femininas do Brasil, tendo estudado, também, à situação vivenciada diariamente no Presídio Feminino do Distrito Federal, objeto de pesquisa do presente trabalho, demonstrando a precariedade presente no local.

Na visita feita à Penitenciária Feminina do Distrito Federal, em um primeiro destaque, duas situações de inobservância e omissão aos direitos fundamentais à saúde e alimentação das presas e crianças por parte do Estado foram observadas. Dos recém-nascidos presentes na penitenciária, quatro não estavam vacinados com a BCG, vacina de prevenção da tuberculose a qual a recomendação é que seja dada o quanto antes.⁷⁴

Com relação à alimentação das grávidas, duas notícias diferentes apontam a violação existente a esse direito fundamental. Um dado aponta que as presas gestantes e lactantes eram alimentadas com a mesma comida das presas doentes. A outra aponta que a qualidade da

⁷¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes**. Disponível em:
https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa. Acesso em: 06 jun. 2018.

⁷² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok)**. Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>. Acesso em 10 mai. de 2018.

⁷³ Idem.

⁷⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cármel Lúcia cria protocolo e cadastro de presas grávidas e lactantes**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86931-carmen-lucia-cria-protocolo-e-cadastro-de-presas-gravidas-e-lactantes>. Acesso em: 06 jun. 2018.

comida é baixa e não são observadas as dietas para lactantes, bebês e gestantes, havendo, muitas vezes, até comida estragada.⁷⁵

Nota-se, assim, que dois direitos fundamentais são violados, tanto das grávidas e lactantes, quanto das crianças, que são os direitos à saúde e alimentação, tendo em vista uma omissão do Poder Público de prestar uma alimentação saudável e prestação de serviços médicos para a população encarcerada, sendo violados os artigos 6º e 196 da Constituição Federal, o artigo 3º, 11, inciso II e 14, § 3º da Lei de Execuções Penais, bem como as Regras 48 e 51 de Bangkok.⁷⁶ Tais violações não são uma novidade no sistema carcerário brasileiro, pelo contrário.

Esse cenário é um reflexo do que acontecia desde os primeiros presídios, pois a legislação se tornou mais protetora e mudou, de maneira formal, o seu olhar para o preso, mas a efetivação dessas leis que asseguram direitos para os presos não ocorre, como se pode notar das notícias recentemente publicadas. O estado de coisas inconstitucional se perpetuou no decorrer desses mais de 100 anos, sendo evidente nos dias de hoje nos presídios do Brasil e na Penitenciária Feminina do Distrito Federal.

Outro ponto destacado no presente trabalho é que as mães lactantes devem ter uma alimentação balanceada e saudável para que se possa propiciar aos filhos, por intermédio do leite materno, uma boa alimentação. Com as notícias sobre os alimentos das presas no Presídio Feminino do Distrito Federal, nota-se que o direito da criança de ser amamentado é violado, tendo em vista a alimentação oferecida às lactantes. Os direitos dessas mulheres lactantes e gestantes nunca foram respeitados e, nem se quer, eram observadas as peculiaridades vivenciadas por essas mulheres, desde as primeiras prisões. Elas não eram separadas dos homens até o Código Penal de 1940, quem dirá teriam observadas as questões de alimentações e estrutura para acolhê-las, sendo a situação vivenciada nos dias de hoje carregada dos históricos das prisões brasileiras, de violação de direitos fundamentais, de estado de coisas inconstitucional.

Ainda em análise à Constituição Federal, o artigo 5º, L determina que deve ser garantido às presidiárias condições para que permaneçam com seus filhos durante a amamentação. Dessa forma, deve haver tanto condições físicas, psicológicas, como de

⁷⁵ Idem; **Presídios femininos: o descaso com saúde e alimentação de grávidas e crianças.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86269-presidios-femininos-o-descaso-com-saude-e-alimentacao-de-gravidas-e-criancas>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

⁷⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok).** Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em 10 mai. de 2018.

alimentação adequada, garantindo uma integridade física e mental às presidiárias. Ainda, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que as crianças gozam de todos os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos. A situação vivida hoje em dia no Presídio Feminino do Distrito Federal, não permite que haja a fruição de todos os direitos que deveriam ser garantidos. A criança sofre uma penalização que não deveria. No caso da Penitenciária Feminina do Distrito Federal, nota-se que há uma omissão do Poder Público na prestação de serviços adequados e medidas para garantia e efetivação dos direitos fundamentais das mulheres presas gestantes e com bebês, de modo que, mais uma vez, o retrato do estado de coisas inconstitucional é demonstrado.

O relatório do INFOPEN destaca que de acordo com a Lei de Execuções Penais os presos devem ter assistência à saúde, devendo ser garantido pelo Estado. Em relação ao estabelecimento prisional feminino do Distrito Federal, o relatório aponta que a unidade tem módulo de saúde. Na indicação dos profissionais que atuam nas unidades prisionais, estes podem ter ou não vínculo empregatícios e estarem vinculados à Administração Prisional ou à Secretaria Estadual de Saúde.⁷⁷

Os profissionais constantes do relatório como atuantes na Penitenciária Feminina do Distrito Federal são: 5 enfermeiros, 8 técnicos de enfermagem, 2 dentistas, 2 técnicos odontológicos, 2 clínicos gerais, 1 psiquiatra e nenhuma ginecologista e pediatra. No que tange ao atendimento médicos realizado no primeiro semestre de 2016, considerando que haviam 681 mulheres encarceradas, foram realizadas 1,1 consultas por prisioneira.⁷⁸

Nota-se, assim, que não há atendimento especializado para essas mulheres gestantes e lactantes, tão pouco de seus filhos, tendo em vista não haver ginecologista/obstetra, pediatra e nutricionista que possam oferecer atendimento adequado e de forma integral dentro da unidade de reclusão, de modo que são violados os direitos fundamentais à saúde, alimentação, dignidade da pessoa humana e até vida. Depreende-se fortemente que há um estado de coisas vivido por essa população, estando concretizadas todas as características do instituto colombiano. Não muito diferente era a situação das prisioneiras nas prisões do Brasil durante os anos passados, sendo que não havia atendimento médico, cuidados com a saúde e alimentação, de modo que muitos presos até morriam.

Destaca-se que o número de consultas por presa no Distrito Federal é de 1,1. A gestante, como sugerido pelo Ministério da Saúde, deve ter, no mínimo, seis consultas durante

⁷⁷ INFOPEN. **Relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN mulheres.** Junho/2016, p. 61.

⁷⁸ Ibidem, p. 61 e 62.

a gestação. Pelos números analisados, ou cada presa passa pelo menos por uma consulta de rotina durante o semestre e as gestantes não fazem o pré-natal na forma sugerida pelo Ministério da Saúde, ou as gestantes fazem a seis consultas de pré-natal e outras presas nem se quer uma consulta ao longo de seis meses. Além de violação ao artigo 6º da Constituição Federal, que dispõe sobre o direito à saúde, o artigo 14, § 3º da Lei de Execuções Penais dispõe sobre o atendimento médico à mulher, principalmente de pré-natal e pós-parto.

O pré-natal e o pós-parto são essenciais durante a gravidez, podendo evitar e tratar doenças e problemas nesse período, tanto na mãe, quanto do bebê. Quando há omissão por parte do Poder Público no oferecimento de consultas, vacinas e acompanhamento desses cidadãos, violando de forma massiva os direitos à dignidade da pessoa humana, vida, saúde e alimentação, estamos diante de um estado de coisas inconstitucional, sendo preenchidos os requisitos do instituto colombiano.

A Regra 9 de Bangkok determina que quando a mãe chegar na prisão acompanhada de um bebê, a crianças deve passar, também, por atendimento médico, sendo preferencial que seja por um pediatra, para que os cuidados médicos necessários para o bebê sejam determinados e atendidos.⁷⁹ Ainda, o artigo 227 da Constituição Federal determina a prioridade absoluta da criança relacionada ao direito à vida, saúde, alimentação e à convivência familiar, sendo um dever tanto da família, quanto do Estado (Poder Público). Assim, estando a mãe com seu bebê dentro do presídio, deve o Poder Público criar políticas públicas para atender os direitos dessas crianças, de modo a garantir a efetivação de seus direitos fundamentais, e não se omitir e leva-los à um estado de coisas inconstitucional, como é o presente caso.

Em relação ao convívio familiar da mãe e o filho, a Constituição Federal é bem clara quanto à proteção que deve existir. No artigo 203 dispõe que deve ser prestada assistência social para proteção da família, maternidade e infância e o amparo para crianças e adolescentes. Já o artigo 229 dispõe que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os seus filhos menores.”. Assim, quando há a separação das mães de seus filhos, ainda mais de uma forma repentina, sem que haja o desamamento, os direitos fundamentais acima são violados. A violação acontece ainda, quando o Poder Público não presta assistência às mães e bebês, ao não adotar medidas que garantam o direito à maternidade, infância e família. Como

⁷⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok).** Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em 10 mai. de 2018.

disposto no artigo 3º da Lei de Execuções Penais, todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei são garantidos aos presos, de modo que a não efetivação de direitos como saúde, assistência à família, infância, maternidade, dignidade da pessoa humana e vida torna a situação vivenciada no Presídio Feminino do Distrito Federal um estado de coisas inconstitucional. Os relatórios de 1829 a 1831 da comissão de cidadãos já demonstravam que as condições dos presos vivenciadas nas prisões eram de horror, sendo ambientes sujos, mal arejados, sem segurança, com má alimentação e o tratamento era desumano, estando algumas dessas características presentes ainda hoje, cerca de 180 anos depois.

Destaca-se, ainda, que a Regra 68 de Bangkok⁸⁰ determina que sejam realizadas pesquisas para avaliar o impacto que o aprisionamento da mãe causa na criança, para que sejam criadas políticas públicas e programas para solucionar o problema. Dessa forma, avaliamos que o encarceramento da mãe pode ser muito prejudicial à criança, de modo que essas regras internacionais tratam a questão e determinam medidas para amenizar o problema, tratando a criança como prioridade, pois não pode haver violação ao direito à maternidade, infância e família.

Nas notícias do Conselho Nacional de Justiça e tendo em vista as visitas realizadas pelo órgão nos presídios femininos do Brasil foram classificados como presídios modelos, que contém uma estrutura e boa prática para com a Mulher apenas 4 em todo o país, sendo a Unidade Materno Infantil (RJ), Penitenciária Feminina de Cariacica (ES), Presídio Feminino Santa Luzia (AL) e Colônia Penal Feminina do Recife (PE).⁸¹ Assim, provavelmente pelos problemas elencados dentro do Presídio Feminino do Distrito Federal, ele não está presente como modelo de presídio a ser seguido.

A Ministra Carmén Lúcia no Conselho Nacional de Justiça determinou a “elaboração de um protocolo de recomendações ao sistema prisional para cuidados padronizados à saúde das detentas gestantes, das lactantes e de seus recém-nascidos nas prisões.”⁸² Após as visitas realizadas e tendo em vista a situação vivenciada por essas mulheres, a Ministra determinou que houvesse a padronização da estrutura para as presas gestantes, lactantes e bebês.

⁸⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok).** Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em 10 mai. de 2018.

⁸¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.. **Vistoria do CNJ identifica penitenciárias femininas modelo no Brasil.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86378-vistoria-do-cnj-identifica-penitenciarias-femininas-modelo-no-brasil>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

⁸² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cármen Lúcia cria protocolo e cadastro de presas grávidas e lactantes.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86931-carmen-lucia-cria-protocolo-e-cadastro-de-presas-gravidas-e-lactantes>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

Um recente remédio constitucional que demonstra o quanto precária é a situação nos presídios e a importância da convivência dos filhos com as mães, principalmente fora dos presídios, é o *Habeas Corpus* Coletivo n.º 143.641 de São Paulo impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de todas as mulheres presas preventivamente que estivessem gestantes, puérperas e mães com crianças pelas quais são responsáveis e das crianças. Foi alegado que:

a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa.⁸³

A impetrante destacou que com a Lei n.º 13.257/2016 foi possibilitada a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para as presas gestantes e com bebês nos presídios, não tendo a metade dos casos obtido êxito na demanda. Frisou o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional nas prisões do Brasil pelo Supremo Tribunal Federal e, ainda, que as condições vividas nos presídios relacionadas às mulheres gestantes e com bebês não atendem as determinações legais, havendo violações de seus direitos fundamentais, tendo, inclusive, o Brasil sido condenado pelo Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Dessa forma, solicitou que fossem revogadas as ordens de prisão preventiva para gestantes, puérperas e mães com filhos, ou a substituição por prisão domiciliar.⁸⁴

O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a situação vivenciada pelas mulheres e crianças nos presídios femininos é degradante, de modo que há uma deficiência estrutural que agrava a “cultura do encarceramento” em relação a essas mulheres presas, como exposto na Arguição de Preceito Fundamental n.º 347. Reconheceu que as Regras de Bangkok determinam que deve haver priorização de soluções judiciais alternativas ao encarceramento e que a situação vivenciada viola dos direitos fundamentais das mulheres encarceradas.⁸⁵ Dessa forma, entre outras medidas, determinou que:

XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas,

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143641/SP**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143641/SP**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes.

XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.⁸⁶

Assim, nota-se pelas informações publicadas do estudo do Conselho Nacional de Justiça, relatório do INFOPEN expostos e pela ordem de *Habeas Corpus* decidida pelo Supremo Tribunal Federal, que os direitos fundamentais dessa população que vive encarcerada no Presídio Feminino do Distrito Federal e de seus filhos, como vida, dignidade da pessoa humana, saúde, alimentação, maternidade, infância, família, educação, integridade física e moral, assistência social e condições de uma estrutura adequada para mantê-los, são violados diariamente de forma massiva por omissões do Poder Público, restante caracterizado, assim, o instituto colombiano denominado de estado de coisas inconstitucional em relação a essas mulheres e crianças. Essa situação é um espelho da história dos presídios brasileiros que se perpetua até os dias de hoje, como demonstrado no decorrer do presente trabalho.

CONCLUSÃO

As prisões surgiram no Brasil como uma forma de manter as pessoas que cometiam delitos em poder do Estado e, formalmente, como uma maneira de ressocialização dos prisioneiros. A Constituição do Império de 1824 estabeleceu direitos que deveriam ser observados em relação à condição dos presos na Cadeia, que não eram efetivados.

Apenas em 1940, com o Código Penal, foi estabelecido que as mulheres fossem mantidas em estabelecimentos prisionais distintos dos homens, sendo criados Presídios Femininos no Rio de Janeiro e em São Paulo para atender a determinação legal. Outros direitos surgiram com a Constituição Federal de 1988, que elenca diversos direitos fundamentais inerentes aos cidadãos brasileiros, inclusive aos presidiários.

Diante do número de mulheres gestantes, lactantes e bebês que se encontram na Penitenciária Feminina do Distrito Federal e as notícias sobre a situação vivenciada por essa população, o presente trabalho teve como finalidade analisar em que medida instituto

⁸⁶ Idem.

colombiano denominado estado de coisas inconstitucional se enquadra na situação vivenciada pelas presas grávidas, lactantes e os bebês no Presídio Feminino do Distrito Federal.

O estado de coisas inconstitucional é um instituto nascido na Corte Constitucional da Colômbia que tem como característica a violação massiva e permanente a direitos fundamentais de uma população por ação ou omissão de mais de um órgão ou autoridade do Poder Público. Por diversas vezes e situações o instituto foi declarado na Colômbia, inclusive no caso dos presídios, sendo que, o grande marco de efetivação da sentença se deu em relação à população deslocada, quando a Corte monitorou o cumprimento das medidas determinadas, estabelecendo um diálogo com os demais órgãos e autoridades.

Das conclusões extraídas da análise do relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOOPEN) de 2016 e das notícias sobre o estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no Presídio Feminino do Distrito Federal, em relação às mulheres encarceradas gestantes, lactantes e mães com bebês, constata-se que os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal; as Regras de Bangkok – tratado recepcionado pelo Brasil –; e demais direitos elencados nas legislações infraconstitucionais são diariamente violados por omissões do Poder Público, tendo em vista a não adoção de medidas e implementação de políticas públicas que poderiam levar a efetivação dos direitos desses cidadãos que vivem em poder do Estado.

Com a falta de disponibilidade e atendimento médico no Presídio Feminino do Distrito Federal há a violação ao direito à saúde das presas, lactantes e crianças, sendo de suma importância para essa população, tendo em vista os cuidados necessários para que haja um bom desenvolvimento e amparo na fase em que estão vivendo, de maternidade e infância.

De igual modo, a precariedade na alimentação, sem que seja observada a nutrição necessária ou, até mesmo, a adequada conservação dos alimentos, viola o direito fundamental à alimentação, situação que vem sendo perpetrada pela história dos presídios brasileiros. Ademais, a precariedade estrutural do presídio, como falta de creche, berços suficientes, entre outros meios adequados a uma vivência sadia, viola o direito à educação, maternidade e infância, pois não mantêm uma estrutura mínima para que esses direitos fundamentais sejam integralmente efetivados.

Dessa forma, a omissão estatal no fornecimento de condições básicas às mulheres no cárcere viola o princípio basilar da Constituição Federal, qual seja a dignidade da pessoa humana, tendo em vista a não garantia e efetivação de direitos fundamentais, direitos de todos os cidadãos, em decorrência de uma situação vivida por essas mulheres, o encarceramento.

Com base nas informações colhidas no presente trabalho e dos conceitos e

características subtraídas do instituto colombiano, concluiu-se que a situação vivenciada pelas mulheres encarceradas gestantes, lactantes e das crianças no Presídio Feminino do Distrito Federal é de um estado de coisas inconstitucional, tendo em vista a omissão do Poder Público por meio de seus diversos órgãos e autoridades responsáveis por essa população em implementar medidas e políticas públicas para a cessação de violação aos direitos fundamentais mínimos à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União - Seção 1-5/10/1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 mai. 2018.

BRASIL. Decreto de 23 de maio de 1821. Dá providencias para garantia da liberdade individual. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm>. Acesso em: 12 mai. 2018.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulgava o Código Penal de 1890. Publicado na Coleção de Leis do Brasil - 1890, Página 2664 Vol. Fasc.X (Publicação Original). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União - Seção 1 - 31/12/1940, Página 23911. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.969, de 16 de agosto de 2017. Institui o Código Penitenciário do Distrito Federal. Diário Oficial do Distrito Federal - 24/8/2017. Disponível em:<http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/167305020d434795bcacf1f5cbc3541c2/Lei_5969_16_08_2017.html>. Acesso em 25 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União - Seção 1 - 13/7/1984, Página 10227. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União - Seção 1 - 16/7/1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 08 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 347/DF. Relator: AURÉLIO, Marco. Data do Julgamento: 09.09.2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143641/SP**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1ª Edição. ABDR: 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025/04**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#_ftn26>. Acesso em: 04 jun. 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-153/98**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em 31 jun. 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia SU.559/97**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 15 mai. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro de grávidas e lactantes do CNJ mostra 514 presas**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86516-cadastro-de-gravidas-e-lactantes-do-cnj-mostra-514-presas>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes**. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpaineicnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa>. Acesso em: 06 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cármel Lúcia cria protocolo e cadastro de presas grávidas e lactantes**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86931-carmen-lucia-cria-protocolo-e-cadastro-de-presas-gravidas-e-lactantes>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Presídios femininos: o descaso com saúde e alimentação de grávidas e crianças**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86269-presidios-femininos-o-descaso-com-saude-e-alimentacao-de-gravidas-e-criancas>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok)**. Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6>>

086.pdf>. Acesso em 10 mai. de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.. Vistoria do CNJ identifica penitenciárias femininas modelo no Brasil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86378-vistoria-do-cnj-identifica-penitenciarias-femininas-modelo-no-brasil>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

FILHO, Adauto Martins Soares. Pré-natal e Puerpério. Atenção Qualificada e Humanizada. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.

INFOOPEN. Relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOOPEN mulheres. Junho/2016.

LEMGUBER, Julita. **Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres de mulheres.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

LIMA, Elça Mendonça. **Origens da Prisão Feminina no Rio de Janeiro. O Período das Freiras (1942-1955)**. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 1983.

MAIA, Clarissa Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: ROCCO, 2009. v. 1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 200.

PERROT, M. **Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros**. 3. ed. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SALLA, Fernando, **As prisões em São Paulo: 1822-1940**. São Paulo: ANNABLUME, 1999.

SANTIS, Bruno; ENGBRUCH, Werner. **A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo**. Disponível em:<https://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/11/integra.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2018.

SOARES, Bárbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras. Vida e Violência atrás das Grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SOARES, Danyele. **Cartas do Cárcere: presos relatam violações de direitos em presídios brasileiros**. Disponível em: <<http://radioagencianacional.ebc.com.br/direitos-humanos/audio/2018-05/cartas-do-carcere-presos-relatam-violacoes-de-direitos-em-presidios>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. *La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional"*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 1, nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos Humanos: novas dimensões e novas fundamentações**. Revista Direito em Debate, Ijuí, v. 11, n. 16-17, p. 9-32, jan./jun. 2002.

O CARATER PUNITIVISTA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO HC N° 126.292/SP

Igor Lázaro Pires Neto

RESUMO

O presente estudo teve o desígnio de realizar uma análise da decisão do STF no julgamento do HC 126.292/SP, enfocando nessa análise o punitivismo na decisão desse HC. Essa decisão da Suprema Corte Brasileira desencadeou intenso debate sobre a possível violação do princípio constitucional da presunção de inocência ao permitir a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, quando esváidas as discussões fáticas sobre o crime que se discute. Dentro desse enfoque, o entendimento firmado no HC 126.292/SP suporta o seguinte questionamento: em que medida a decisão do STF ao restringir o princípio constitucional da presunção de inocência e afirmar que os juízes podem aplicar a prisão provisória após o julgamento em segunda instância e antes do transito em julgado do processo possui caráter punitivista? Na seara desse estudo, uma reflexão sob a aplicação do Direito Penal no Brasil, o punitivismo e a aplicação do direito penal do inimigo observados nas decisões do Judiciário foram fundamentais para a compreensão do assunto, abordado a partir de um estudo de caso a respeito do tema que auxiliou na conclusão do estudo investigativo realizado para elaboração deste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes. Direito. Lei. Pena. Punivitismo. Direito penal do inimigo. Execução Provisória. Presunção da inocência.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal é um forte instrumento para a manutenção da ordem social, pois dele decorre as normas necessárias para a segurança e a paz nas relações que os homens estabelecem no âmbito da sociedade. Ao mesmo tempo, é por meio das ações humanas que o Direito vai sendo moldado, criando leis diferentes para se adaptar às constantes alterações de conduta dos indivíduos no convívio social.

Esse instrumento teve um caráter de punição, servindo para penalizar a quem comete um crime. Portanto, o Direito Penal tem natureza coercitiva na sociedade, inibindo a prática de crimes por parte dos indivíduos, justamente pela existência de leis que proíbem certas atitudes que são consideradas ilícitas.

Esse artigo visa demonstrar como o punitivismo está presente no HC nº126.292/SP e, ainda, a forma como o punitivismo pode interferir nas decisões do poder judiciário, a exemplo da execução provisória da pena após o julgamento do réu em segunda instância. Objetiva-se, de maneira geral, analisar o punitivismo como parâmetro de controle

social⁸⁷. De forma específica, o propósito é expor alguns argumentos que são utilizados para aplicar a execução provisória após a condenação do réu em segunda instância, detalhando a aplicação das sanções, especialmente das penas privativas de liberdade.

A metodologia aplicada para a elaboração desse artigo foi basicamente a pesquisa bibliográfica, com levantamento da doutrina e jurisprudência sobre o tema nos tribunais superiores e de consulta a diversos autores reconhecidos que tratam do assunto, além de uma breve pesquisa documental de artigos, de leis e documentos publicados em sites e em revistas especializadas referentes à temática abordada.

Justifica-se o desenvolvimento desse tema pela forma como os julgadores vem se posicionado frente aos problemas decorrentes do punitivismo e pela execução provisória da pena recentemente discutida pelo Supremo Tribunal Federal, destacando o direito penal do inimigo que rompe com princípios básicos garantidos pela Constituição Federal, a exemplo da presunção de inocência. Justifica-se, ainda, este estudo, sobretudo para a análise crítica dessa vertente punitivista que vem ganhando destaque na sociedade, especialmente pelos meios de comunicação que veiculam o fortalecimento desse princípio jurídico, coadunando com uma mídia mais voltada para sensacionalismos, do que propriamente para a produção de matérias informativas para a sociedade.

Os resultados dos estudos realizados para a elaboração deste artigo possibilitaram o entendimento do tema e a resposta à pergunta que orientou o percurso investigativo.

A primeira parte do artigo, que se delineia, trata da execução penal no Brasil, citando os tipos de pena existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Passando-se à segunda parte, encontra-a discussão do Direito Penal do Inimigo e do punitivismo. A terceira parte apresenta uma análise que evidencia o caráter punitivista da execução provisória da pena no HC Nº 126.292/SP.

1. A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E OS TIPOS DE PENA EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

⁸⁷ Neste artigo, controle social está sendo entendido como “conjunto de métodos pelos quais a sociedade influencia o comportamento humano, tendo em vista manter determinada ordem”. Conforme: MANNHEIM, K. **Sociologia Sistemática: uma introdução ao estudo de sociologia**. 2.ed. São Paulo: Pioneira, 1971.p.178

Se, num primeiro momento, o direito é fruto das relações humanas, sendo moldado a partir dessas relações, no segundo momento, as pessoas têm suas condutas reguladas pelas normas imanadas do direito, o que estabelece uma relação de reciprocidade entre direito e sociedade. A noção de direito é adquirida pelo sujeito desde o nascimento e esta vai sendo ampliada com as experiências de vida, com a compreensão do que é certo e do que é errado. Esse discernimento adotado como forma de agir é a manifestação do direito natural.

Enquanto o Brasil foi colônia de Portugal, o direito instituído aqui seguia o que era vigente em Portugal, os mesmos princípios e leis impostos pela Coroa Portuguesa. As primeiras leis propagadas no Brasil seguiam as Ordenações Afonsinas, posteriormente as Manuelinas e por fim as Ordenações Filipinas, como preceitua Capez⁸⁸.

Não existia uma proporcionalidade entre o crime praticado e a pena que o criminoso poderia receber, avaliava-se somente a condição da pessoa, este era o parâmetro para imposição da pena, sendo muito comum naquela época castigos corporais. A pena de morte também era admitida e aplicada para uma série de crimes. Um dos casos que mais chamou a atenção na história do período colonial no Brasil foi o de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, que, acusado de traição pelo Coroa Portuguesa, depois da delação feita por Joaquim Silvério, recebeu a pena de morte, tendo sido decapitado⁸⁹.

Durante a fase do império, já após a independência do Brasil em relação a Portugal, houve uma mudança na forma de controle social no território brasileiro. Tais mudanças foram influenciadas pelo iluminismo que propugnava novos valores a nível mundial, como a disseminação da busca pela liberdade, que passou a ser um propósito seguido pela maioria dos países, e a luta contra algumas penas até então bem difundidas, como a pena de morte. Naquela época foi elaborado o primeiro Código Penal Brasileiro então chamado de Código Criminal, promulgado no ano de 1830⁹⁰.

Ainda nos dizeres do autor acima citado, sob a influência dos ideais propagados pelos iluministas foram diminuídos os crimes que tinham a pena de morte como sanção, tendo sido instituído pelo Direito Penal da época as penas privativas de liberdade, que eram vistas

⁸⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 528.

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. – 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 530.

sob a ótica moral, pois representava uma resposta à sociedade, uma ação contra a pessoa que infringia os valores sociais existentes.

Ainda no período do Brasil Império foi alterado o Código Criminal de 1830, criando-se o Código Criminal de 1890, considerado por muitos como um dos piores textos do ramo penal brasileiro, justamente por trazer a pena privativa de liberdade, considerada como grande alteração do direito penal brasileiro na época. As penas aplicadas, decorrentes da imposição desse novo código criminal, foram a prisão, o banimento, a interdição, a suspensão e perda de emprego público e multa. Mas, contrariamente, houve avanços no direito instituído naquela época, como a abolição da pena de morte, assim como a busca de correção do infrator por meio da reclusão penitenciária⁹¹.

Posteriormente, o direito brasileiro teve outra mudança que ocorreu em 1940, ano que representa a criação do Código Penal Brasileiro, ainda em vigor, representando o terceiro Código Penal criado no Brasil. O Código Penal Brasileiro foi promulgado em um período de grave violação de direitos, posterior à II Guerra Mundial, sendo dividido em uma parte geral e parte especial. Dentre as mudanças trazidas por esse Código, destaca-se a individualização da pena⁹².

Com advento do regime militar em 1964, novamente mudou-se algumas leis referentes ao ramo penal no Brasil, voltando a existir dentro do Direito brasileiro as penas de morte e de prisão perpétua. Representavam essas mudanças um reflexo do momento histórico vivido pelo Brasil à época, com constante retirada de direitos das pessoas pela ditadura militar, sendo esta uma das sanções mais aplicadas naquele momento⁹³.

Entretanto, as mudanças mais evidentes no texto do Código Penal, desde 1940, foram aquelas instituídas com a Lei 7.209 de 1984. Essa lei criada em 1984 trouxe novamente o fim da pena de morte, a valorização da prisão como uma forma de resposta pelo crime praticado, dando nova configuração às medidas de segurança e destacando bastante em seu texto as leis voltadas para a execução das penas. Com essa Lei deixou de existir a distinção entre penas principais e penas acessórias, criando somente três tipos de penas a serem seguidos por quem cometer um crime: as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de

⁹¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 890.

⁹² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 897.

⁹³ Ibidem. p. 899.

direito e as penas de multa⁹⁴. Nos dias atuais, permanecem no Direito Penal Brasileiro essas três formas de punição.

As primeiras são direcionadas à detenção dos agentes criminosos. O segundo grupo de penas, as restritivas de direito, são menos fortes, referindo-se a crimes de menor potencial. E por último, as multas, que são mais utilizadas em crimes menores, com a conversão da pena em valores a serem pagos pelo criminoso.

Afinal, por um lado, o processo penal, uma vez instaurado, tramita por impulso oficial, competindo ao juiz conduzi-lo à fase da sentença mediante o cumprimento do procedimento previsto em lei. Por outro, não se pode esquecer que vigora na ação penal pública o princípio da indisponibilidade, o que impede o Ministério Público de sua desistência⁹⁵.

Essas três penas existentes no Código Penal Brasileiro encontram muitos problemas quanto à sua efetivação pela falta de condições oferecidas pelo Estado, o que dificulta o cumprimento das penas pelos condenados. As que mais têm problemas quanto à sua aplicação são as penas privativas de liberdade, justamente pela precariedade do sistema carcerário brasileiro.

As penas privativas de liberdade surgiram como uma alternativa eficaz no combate à propagação de penas severas para os crimes, representando uma visão mais proporcional de penalização dos condenados, impedindo que fossem impostas aos criminosos penas que não fossem condizentes com o crime cometido. O art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal determina que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”⁹⁶. Entretanto, a realidade dos estabelecimentos penais brasileiros encontra-se muito distante do ideal da legislação processual penal. As unidades prisionais neste país são marcadas pela insuficiência e ineficiência no cumprimento das exigências legais, não havendo uma diferenciação entre os presos pela periculosidade dos crimes praticados, entre outros problemas.

⁹⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal:** esquematizado. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 1920

⁹⁵ Ibidem, p. 3340

⁹⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 12.^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 96

Feitas essas considerações, torna-se necessário apresentar uma análise da execução provisória da pena. Vejamos como ensina o doutrinador:

Vencida a fase instrutória, de conhecimento, e julgada procedente a ação penal, total ou parcialmente, faz-se necessária a execução do título executivo judicial. É preciso “cobrar” do condenado o resgate de sua dívida com a sociedade e, para tanto, transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução⁹⁷.

Essas penas representam a restrição da liberdade do criminoso à medida em que eles são encaminhados, após a condenação, para presídios e outros estabelecimentos penais para que cumpram a pena de acordo com o regime estabelecido no momento da cominação da pena, definida pelo juiz que julga o caso. Nesse liame, no início do cumprimento da pena tem-se, na visão de Marcão, que: “Incumbe ao juiz, por ocasião da sentença condenatória, estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade eventualmente aplicada.”⁹⁸

Como dito anteriormente, o primeiro Código a prever a instauração das penas privativas de liberdade foi o Código Criminal de 1830, no qual era proposto para alguns crimes a restrição do direito de liberdade dos criminosos, vista como uma alternativa para dar à sociedade uma resposta à afronta moral cometida pelo criminoso ao praticar o crime. As penas privativas de liberdade foram a forma encontrada para substituição de penas mais severas, buscando assim uma maior valorização dos direitos dos criminosos, restringindo somente seu direito de liberdade, direito que foi se consolidando após a segunda guerra mundial. Nesse sentido, há de se compreender que:

Nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a concessão de liberdade condicional fica condicionada ao exame de cessação de periculosidade, não é possível a liberdade provisória mediante fiança, entre tantas outras⁹⁹.

⁹⁷ Ibidem. p. 115

⁹⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 12^a ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p.110

⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal.** - Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 98

A privação da liberdade é um tipo de pena utilizada constantemente como a melhor maneira de punir um transgressor penal pois representa, ao mesmo tempo, uma penalização ao infrator e uma proteção à sociedade, ao retirar o criminoso do convívio social, impedindo-o de praticar novos crimes durante o cumprimento da pena.

Atento à execução da pena no Brasil e à atuação do juiz no início de cumprimento da pena, Badaró (2012) declara:

Todavia, é de observar que o processo de execução normalmente começa ex officio, não havendo, pois, ação de execução penal. No caso de pena privativa de liberdade, é o juiz quem determina a expedição da guia de recolhimento para a execução (LEP, art. 105)¹⁰⁰.

Se observadas por essa ótica, as penas privativas de liberdade são bastante eficazes, pois de fato retiram as pessoas que cometem crimes do convívio social, representando assim uma maneira de proteção principalmente às vítimas e suas famílias e um impedimento de novas ações desses criminosos.

A diferenciação na forma de se punir os crimes é importante para que seja aplicada uma penalização mais justa a quem praticar os crimes, evitando a penalidade excessiva e indicando a pena de acordo com a ação criminosa praticada pelo acusado. Crimes de menor potencial ofensivo à sociedade devem receber penas mais brandas, por outro lado, as penas mais fortes devem ser aplicadas aos crimes de maior potencial.

Diante disso, vale ressaltar o que diz Badaró sobre as penas no Processo Penal Brasileiro:

Tem prevalecido o entendimento de que, no tocante à alínea a, por infração mais grave deve-se considerar aquela cuja pena é de natureza mais grave. A pena mais grave é a privativa de liberdade, depois a restritiva de direitos e, por último, a pena de multa¹⁰¹.

As penas privativas de liberdade se dão com a detenção e a reclusão do acusado, sob a forma de três regimes: o regime fechado, o semiaberto e o regime aberto. Esses regimes são diferenciados de acordo com o local de cumprimento da pena.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 144.

¹⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. - Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 207

O regime fechado é cumprido em penitenciárias de média e máxima segurança. O regime semiaberto é fixado em colônia agrícola, aceitando também o cumprimento em local semelhante. O regime aberto é imposto em casa de albergado ou estabelecimento com a mesma função.

Serão recolhidos em estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena na modalidade semiaberta os condenados oriundos do regime fechado, por progressão, cumprindo assim uma função de transição, daí a denominação de regime intermediário, bem como aqueles a quem se impôs, desde o início, o cumprimento de pena privativa de liberdade a ser resgatada no regime semiaberto, em atenção às disposições dos arts. 33 e 59 do Código Penal. Acrescente-se, por fim, que também irão cumprir pena no regime semiaberto os condenados que, estando no regime aberto, obtiverem regressão. O cumprimento de pena em regime semiaberto deve ocorrer em colônia agrícola, industrial ou similar¹⁰².

Deve-se observar que as penas privativas de liberdade não podem ser concomitantes com penas restritivas de direito e que, ao contrário, se aceita a penalização com privação da liberdade e a aplicação de multa, assim como a restrição de direitos e aplicação de multa.

Existe uma série de possibilidades relacionadas a essa forma de cumprimento de pena. A progressão de regime, a regressão de regime, a remição da pena, entre outras formas de alteração na execução da pena durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Mas, são observados vários requisitos essenciais para que os condenados tenham direito de requerer certos benefícios. “Quanto à imposição de pena não privativa de liberdade, sua principal manifestação é a possibilidade de transação penal, consistente na proposta e aceitação de cumprimento de uma pena de multa ou pena restritiva de direito (art. 76)”¹⁰³

As penas de multa são uma forma diferente de cumprimento de uma pena, e visam ajudar na resolução dos problemas observados nas penas privativas de liberdade, dando ao Poder Judiciário Brasileiro uma alternativa viável de imposição de pena a um condenado. Avena salienta que “A fixação da pena de multa pode ocorrer a título de sanção principal,

¹⁰² MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12^a ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 102

¹⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 110

alternativa ou cumulativamente com a pena de prisão, podendo ser, ainda, aplicada em substituição desta”¹⁰⁴.

Os primeiros relatos de utilização das penas de multa são bem anteriores à institucionalização do Direito brasileiro, remontando à época do Direito grego e do Direito romano, sendo formas de penalização usadas para que o condenado pudesse reparar o dano causado à sociedade ou ao particular.

No Brasil, o primeiro conjunto de leis a trazer a pena de multa foi justamente o Código Criminal de 1830, quando o Brasil deixou de ser Colônia e se tornou independente de Portugal, passando a ser um Império. Com a formação dos novos Códigos, a multa continuou a ser aplicada, voltando a ser usada com a reforma de 1984 trazida pela Lei nº 7.209.

Mediante isso, nota-se que as penas de multa nos primeiros momentos de sua aplicação tinham um caráter de resarcimento sobre o dano causado, voltadas para o pagamento do patrimônio lesionado pela ação do criminoso que, em decorrência das leis, deveria pagar pelo malefício feito à sociedade.

Uma das características que de certa maneira obriga ao pagamento dessas penas de multa é justamente a possibilidade de que, não havendo o não cumprimento do pagamento da prestação pecuniária, o condenado possa ser levado ao cumprimento da pena de uma outra maneira, neste caso sendo direcionado para a privativa de liberdade.

A reforma de 1984 com a Lei 7.209 atribuiu à pena de multa um caráter personalíssimo, configurando a necessidade da pena ser cumprida pela pessoa condenada, não dando margem para que essa pena possa atingir outras pessoas com as quais ele se relaciona. Foi a partir dessa reforma que as penas privativas de liberdade de menor duração puderam ser substituídas por penas de multa, o que veio auxiliar na diminuição da população carcerária. Fixou-se com essa reforma o pagamento em forma de dias-multa.

De acordo com essa reforma, a multa poderia ser cobrada mediante o desconto no pagamento do condenado por serviço prestado, desde que fosse garantido que esse condenado conseguisse se sustentar, mesmo com a retirada de parte do valor que ele teria a receber, não tornando mais precárias suas condições financeiras.

Os condenados que tiverem a pena privativa de liberdade imposta por um período não superior a seis meses de duração, podem, de acordo com essa reforma, requerer que a pena seja transformada em multa, substituindo assim a forma de cumprimento da pena.

¹⁰⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal:** esquematizado. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 3345

Para que seja alterada a forma de cumprimento da pena devem ser observados os requisitos dispostos pelo artigo 44 da Lei 7.209 de 1984. O juiz deverá analisar esses requisitos, observando os motivos que levaram à prática do crime, antes da concessão da substituição da pena.

As penas de multa estão previstas no Código Penal Brasileiro no artigo 49, estabelecendo que o juiz, mediante análise dos requisitos dispostos no referido artigo, analisará a possibilidade da aplicação da pena de multa. Além de diminuírem a população carcerária, com a substituição das penas para crimes de menor potencial, as penas de multa auxiliam na arrecadação de fundos para a manutenção desse sistema, ajudando o Estado a custear as despesas com os presídios.

Badaró¹⁰⁵ se manifesta a respeito do assunto: “Assim, nas hipóteses legais, é possível a aplicação de uma pena restritiva de direito ou de multa, sem que tenha havido um prévio processo penal”.

Ainda a respeito das penas privativas de liberdade:

Mediante isso, as penas restritivas de direito são uma forma alternativa de punição, cabendo ao juiz aplicá-las em alguns casos. Essa aplicação acaba por auxiliar o Poder Judiciário na redução do número de presos no sistema penitenciário brasileiro. Badaró (2012, p. 400) sinaliza: “Depois de fixada a pena, o juiz deverá estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena (CP, art. 59, III). Por fim, deverá o juiz verificar se a pena privativa de liberdade pode ser substituída por pena restritiva de direitos (CP, art. 44) ou pena de multa (CP, art. 60, § 2º)”¹⁰⁶.

As penas restritivas de direito, além de trazer uma aplicação de pena mais humanizada, são ligadas ao processo de reintegração do preso à sociedade, como uma tentativa de criar meios que busquem recolocar os criminosos em contato com as pessoas, dando-lhes a possibilidade de desenvolverem atividades que os insiram novamente no convívio social. Esse tipo de pena foi imposto ao Código Penal Brasileiro pela lei 7.209/84.

Mediante o exposto, o estudo apresentado nessa parte do trabalho auxiliou na compreensão do tema desta pesquisa, permitindo explicitar como os tipos de pena existentes no ordenamento jurídico brasileiro são importantes para se compreender como a legislação brasileira entende a aplicação da pena de acordo com o crime praticado, a partir dos três tipos

¹⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 404

¹⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 400

de penas existentes: a pena privativa de liberdade, as penas restritivas de direito e as penas de multas.

Passa-se agora, no próximo item deste artigo, à discussão do punitivismo e do direito penal do inimigo como novas facetas jurídicas existentes na sociedade, atreladas às ideias de contenção da criminalidade, mediante a modificação da legislação e a imposição de penas mais severas como meio de coerção social da transgressão penal.

2. PUNITIVISMO X DIREITO PENAL DO INIMIGO

Atualmente, vivencia-se em muitos países ocidentais um caráter punitivista, onde as pessoas tendem a repetir discursos voltados para uma penalização mais severa, desencadeando uma sequência de debates veiculados pela mídia, com ênfase na necessidade de se implantar maior controle social, como forma de contenção da onda de crimes. Acerca do punitivismo afirma Carvalho:

O *sintoma contemporâneo vontade de punir*, que atinge os países ocidentais e que desestabiliza o sentido substancial de democracia, propicia a emergência das macropolíticas punitivistas (populismo punitivo), dos movimentos político criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância zero) e das teorias criminológicas neoconservadoras (atuarismo, gerencialismo e funcionalismo-sistêmico)¹⁰⁷.

Esse punitivismo estaria atrelada à ideia de controle social como maneira de fortalecer a moral da sociedade, consternada pela atuação de criminosos que, segundo esse ideário, deveria ser punido para que as demais pessoas tenham a ciência da validade das leis, da sua importância para se manter a ordem e, ainda, pelo entendimento de que quanto maior a punição, maior seria a resposta ao crime, dada pelo Estado. “O expansionismo punitivo, inserido no quadro emotivo da demanda social por medidas emergenciais, inscreve-se na cultura contemporânea às expensas do devido processo e das liberdades públicas.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo:** o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 23

¹⁰⁸ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo:** o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 21

O punitivismo, então, estaria ligado a uma formalização e legalização de condutas criminosas que até então passavam despercebidas ou não eram recepcionadas juridicamente como crimes, ou seja, a sociedade passaria a entender que novos crimes tenham que ser juridicamente considerados para conter as ondas de violência e condutas maléficas surgidas. Diante disso, avalia-se essa concepção:

Não obstante, indicadores de análise como sentimento de impunidade e sensação de insegurança, comumente expostos pelos meios de comunicação de massa como conteúdo de demandas criminalizantes, poderiam indicar baixo grau de punitivismo decorrente de alta taxa de ineficiência do sistema penal ou da alta tolerância da comunidade com práticas delituosas¹⁰⁹.

Passa-se portanto a questionar os moldes processuais penais estabelecidos na sociedade, vistos como impróprios para conter o alto índice de criminalidade encontrado hoje na sociedade, havendo a necessidade de se estabelecer um parâmetro social mais amplo de penalização. “Essas questões – insegurança, violência, medo – ganharam destaque no cotidiano das pessoas, na imprensa e mesmo nas universidades em virtude da maior sensibilidade a elas e da aparente falta de controle por parte dos órgãos públicos”.¹¹⁰

Esse ideal punitivista encontra evidência ainda maior quando se observa os valores propagados pelos meios de comunicação que tendem a repassar à sociedade uma visão pautada justamente na necessidade de se severizar ainda mais as penas, distorcendo a opinião popular e criando concepções que às vezes tornam a realidade um tanto quanto diferente do que de fato se vivencia. Quanto a isso, entende-se como Carvalho:

Viável concluir, pois, que a formação do imaginário social sobre crime, criminalidade e punição se estabelece a partir de imagens publicitárias, sendo os problemas derivados da questão criminal, não raras vezes, superdimensionados. A hipervalorização de fatos episódicos e excepcionais como regra e a distorção ou incompreensão de importantes variáveis pelos agentes formadores da opinião pública,

¹⁰⁹ Ibidem, p. 23.

¹¹⁰ PASTANA, Debora Regina. **Os contornos do estado punitivo no Brasil.** Perspectivas, São Paulo, v. 31, p. 29-46, jan./jun. 2007. p. 38

notadamente os meios de comunicação de massa, densificam a vontade de punir que caracteriza o punitivismo contemporâneo¹¹¹.

Nesse sentido, o direito penal do inimigo se enquadra perfeitamente e se refere a uma teoria desenvolvida dentro do Direito Penal, criada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs, que defende que haja uma diferenciação entre direitos e proteções a serem dadas às pessoas de acordo com sua conduta social e os malefícios praticados.

Sendo assim, existiria um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo, havendo uma possibilidade de utilização de quaisquer meios possíveis para que haja uma punição justa à esses inimigos da sociedade. Ante isso, entende o autor:

O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em "outro sentido. Certamente o Estado tem direito a procurar a segurança frente aos indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica¹¹².

A figura do transgressor penal da sociedade estaria consequentemente ameaçada por uma contenção decorrente da implantação da lei fazendo com que eles paguem e tenham uma regulamentação diferenciada daqueles que atuam de maneira firme, proba, correta no seio da sociedade.

Deste modo, as pessoas que cometem crimes e consequentemente são tidas como ameaça à sociedade, teriam que receber um tratamento diferenciado, fazendo com que passem a ser recebidas de maneira diferente, correspondente ao mal que provocaram à sociedade pelas suas atitudes ilegais. Sobre esse assunto, afirma Jakobs:

Portanto, o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: podevê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. Ambas perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao

¹¹¹ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo:** o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 43

¹¹² JAKOBS, Gunther. **Direito Penal no inimigo:** noções e críticas / Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 06

mesmo tempo, que também possam ser usadas em um lugar equivocado¹¹³.

Nesse contexto, implementar-se-iam uma punição de acordo com o mal praticado pelo transgressor penal, ou seja, as penalizações surgiriam da forma como os criminosos cometessem o delito, partindo para punições mais severas, reforçando o sentimento de controle mais rígido da sociedade.

Se, por um lado, haveria a severidade nas punições e a aplicação de penas de acordo com o grau de nocividade do crime, distinguindo a forma como essa pena seria aplicada, por outro, representaria também uma afronta às garantias de proteção que determinados criminosos possuem, mesmo que sendo reconhecidamente transgressores legais.

Essa violação da lei causada pelo ato ilícito praticado seria fundamento para que se privasse de maneira mais específica essas garantias que, dentro dos ordenamentos jurídicos, seriam destinadas aos violadores da lei, independente dos crimes que eles viessem a praticar, validando a retirada de algumas proteções garantidas pela lei ao criminoso.

Ao relatar a existência de um crime se formaria um inimigo, ou seja, o transgressor da lei, que não mereceria ser tratado da mesma forma pela sociedade, cabendo a esse um tratamento diferenciado, sobretudo no aspecto legal, sendo tratado de forma mais efetivamente mais severa pela legislação. Sobre essa questão esclarece Jakobs :

Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custodia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não leni por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz¹¹⁴.

O direito penal do inimigo estaria ligado a uma resposta à sociedade, para que se tivesse uma concepção de proteção da mesma com a atuação ríspida do Estado, ou seja, ao se punir o transgressor da pena, transformando a pena em uma medida de segurança para a sociedade, evitar-se--se que o mal representado pelo criminoso fosse mantido e propagado no meio social.

¹¹³ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal no inimigo:** noções e críticas / Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 07

¹¹⁴ Ibidem, p. 43.

3. CARATER PUNITIVISTA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO HC N° 126.292/SP

O *habeas corpus* é uma forma de remédio constitucional contra decisões que possam levar à prisões ilegais. Pode ser impetrado pelo paciente, que é contra quem a decisão ilegal foi determinada, com a finalidade de reaver a decisão que o privou da liberdade de locomoção de forma ilegal, sem fundamentação correta para a sua determinação. O que se configura como uma decisão injusta tem a possibilidade de reversão mediante a concessão do *habeas corpus* para sanar o erro da autoridade que decretou a prisão. Moraes assim conceitua o *habeas corpus*:

Portanto, o *habeas corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar. Ressalte-se que a Constituição Federal, expressamente, prevê a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (CF, art. 5º, XV). A lei exigida pelo referido inciso deverá regulamentar tanto as restrições ao direito de locomoção interna, em tempo de guerra, quanto ao direito de locomoção através das fronteiras nacionais em tempo de guerra ou paz, uma vez que o direito de migrar é sujeito a maiores limitações¹¹⁵.

A impetração do *habeas corpus* pode ser feita de forma preventiva, com o *habeas corpus* preventivo, ou posterior à prisão, quando se faz o *habeas corpus* liberatório. O preventivo é aquele que visa inibir a ação da autoridade, impedindo que alguém seja preso de forma ilegal. De modo contrário, o liberatório é impetrado posterior à prisão, com a finalidade de suspender a prisão, retirar da prisão quem foi preso de forma ilegal.

Algumas particularidades existem na ação de *habeas corpus*, como o fato dela não exigir a presença de advogado, podendo ser realizado o pedido e impetrado pelo próprio preso. Outra particularidade remete ao fato de a ação de *habeas corpus* não possuir um custo, é uma ação gratuita de natureza constitucional. Moraes elenca essas particularidades:

O *habeas corpus* é uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas² e que visa *evitar ou cessar*

¹¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 109

violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se trata, portanto, de uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinado no Código de Processo Penal.¹¹⁶

O *habeas corpus* nº 126.292 provocou uma mudança considerável dentro do Direito Processual Penal brasileiro e precisou da interferência do Supremo Tribunal Federal para proferir entendimento sobre a constitucionalidade da execução da pena em segunda instância e o possível desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

O *habeas corpus* 126.292 mencionado foi impetrado com a finalidade de reaver a decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que ao analisar o caso que motivou a condenação (roubo majorado) indeferiu o pedido de liminar, por meio do Habeas Corpus nº 313.021/SP.

A interpretação constitucional deve ser feita de forma unitária, não podendo haver uma diversificada interpretação sobre as normas ou princípios constitucionais. Quanto a isso, o Supremo Tribunal Federal assume uma função de real importância, sendo responsável pelo parecer final em determinadas discussões da aplicabilidade de normas e decisões referentes ao texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal com o controle de constitucionalidade atua como um filtro para decisões proferidas por outros juízes e tribunais e para a aplicabilidade de normas infraconstitucionais, podendo se posicionar contrário a essas aplicabilidades e normas, declarando a inconstitucionalidade das mesmas, fazendo cumprir o texto constitucional ou proferindo decisão favorável a essas medidas. Lenza preceitua sobre a função de intérprete da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal:

O intérprete máximo da Constituição, no caso brasileiro o STF, ao concretizar a norma constitucional, será responsável por estabelecer a força normativa da Constituição, não podendo alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo constituinte originário, como é o caso da separação de poderes, no sentido de preservação do Estado de Direito¹¹⁷.

¹¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 247

¹¹⁷ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 3^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014

O *habeas corpus* em análise teve como relator o Ministro Marco Aurélio, que conduziu o julgamento tendo como partes, de um lado, o condenado Márcio Rodrigues Dantas e, de outro lado, o Relator do HC 313.021 no STJ. Relator que durante o julgamento no STJ indeferiu o pedido de liminar contra a prisão do condenado, determinada pelo Tribunal de Justiça.

Em uma primeira análise, realizada no STF, foi acatada o *habeas corpus* nº 126.292/SP pelo relator Ministro Teori Zavascki e definida a liberação do paciente que impetrou *habeas corpus*, reconhecendo que houve prisão ilegal desse condenado, pois não teria transcorrido o trânsito em julgado da decisão. A primeira decisão então acabou concedendo a liminar ao impetrante, pondo-o em liberdade.

Porém, após uma nova análise dos demais membros do Supremo Tribunal Federal, ficou decidida a possibilidade de execução da pena privativa de liberdade em segunda instância, contrariando a primeira decisão proferida pelo relator, o que deu início a uma polêmica sobre a aplicabilidade dessa decisão e a afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Alguns elementos devem ser elencados para a discussão dessa polêmica: a decisão do Supremo Tribunal Federal, o artigo 283 do Código de Processo Penal, o princípio da presunção de inocência e a posição de diferentes setores, como a OAB, que se manifestaram contrariamente à decisão tomada pelo STF.

O tema merece cautela, pois pode influenciar diversos julgamentos em andamento no Poder Judiciário e provocar uma onda de alterações que acabaria por trazer efeitos imediatos para a atuação do Poder Judiciário e a aplicação das leis processuais e dos princípios processuais. O 283 do Código de Processo Penal prescreve que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva¹¹⁸.

Pelo artigo acima transcrito fica o entendimento de que não pode ser determinada a prisão do condenado em segunda instância sem que haja o trânsito em julgado da decisão.

¹¹⁸ BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de Maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em 08 de jun. 2018.

Sendo admitida somente sem o trânsito em julgado a prisão temporária ou preventiva, o que não foi verificado no caso em análise pelo *habeas corpus* nº 126.292/SP.

Uma breve análise dos votos proferidos pelos Ministros do STF demonstra uma divergência de opiniões entre alguns dos Ministros e, mediante a votação, a maioria decidiu por acatar a constitucionalidade da prisão em segunda instância sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Vejamos como dispõe o professor Pacelli:

No julgamento do HC 126292 (posteriormente referendado pelo Plenário nas ADC nos 43 e 44, em 05.10.2016), porém, o Supremo Tribunal Federal modificou radicalmente a sua posição sobre o princípio da não culpabilidade, permitindo a execução provisória da condenação já após a decisão do Tribunal de segundo grau. A decisão, como se vê, desconsidera a exigência do trânsito em julgado, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão da qual não caiba mais recurso¹¹⁹.

O primeiro dos Ministros a votar e emitir seu parecer sobre o caso foi o Ministro Edson Fachin, que se pronunciou favorável à execução da pena em segunda instância, proferindo voto contrário ao do relator do *habeas corpus*, Ministro Teori Zavascki. Para o Ministro Edson Fachin, não se trata de uma análise do que o condenado acha justo ou injusto sobre a decisão da prisão, mas sim uma alternativa para os tribunais superiores uniformizarem uma decisão, alinhando pensamento com o deferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça. Para terminar seu voto, o Ministro ponderou que a revisão da decisão pelo STF não prejudica o réu, pois a irretroatividade das leis e decisões é aplicável somente ao Direito Penal.

O Ministro Roberto Barroso foi favorável à posição do Ministro Edson Fachin, corroborando sua decisão ao dizer que a presunção de inocência pode ser revista, não sendo aplicada de forma expressiva, adequando-se à situação em análise e verificando os outros princípios constitucionais.

A presunção de inocência no ver desse Ministro não é uma lei, regra a ser seguida, podendo ser valorada de outra forma, pois a prisão em segunda instância consistiria na efetivação do Direito Penal e na valorização dos bens jurídicos que foram afetados. O

¹¹⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
p. 39

Ministro Barroso ainda demonstrou preocupação quanto à consequente impetração de recursos no intuito de atrasar o trânsito em julgado da decisão, o que causaria descrédito da sociedade em face do Poder Judiciário.

Relator do *habeas corpus*, o Ministro Teori Zavascki, no início da apreciação do pedido de liminar, se fez favorável ao pedido e concedeu a liminar, determinando a soltura do condenado. Porém, após nova análise entendeu que essa prisão não era ilegal, pois a decisão sobre a apelação, pelo Tribunal, já teria posto fim à análise do direito.

A mudança de posição do Ministro Teori Zavascki se fez com o argumento de estar em defesa da função do Direito Processual Penal, que dá ao Estado o direito de punir, garantindo a pacificação social por meio da determinação da punição a quem infringir as normas e princípios penais e processuais. Assim, o Ministro Zavascki se posicionou do mesmo modo que os Ministros Fachin e Barroso, votando pela execução da pena em segunda instância.

Diferente da opinião dos outros Ministros, a Ministra Rosa Weber não proferiu entendimento focado no que a Constituição Federal descreve, emitindo relatório e entendimento de forma dispare dos demais Ministros. Segundo ela, não podendo ir contra o texto constitucional e, não podendo desprender a condenação transitada em julgado do princípio da presunção de inocência, não aceitaria a legalidade da prisão em segunda instância.

O Ministro Luiz Fux defendeu a prisão em segunda instância ao entender que se deve dar efetividade à justiça, e que, ao legislar sobre a Constituição, o legislador não teve intenção de impedir que fosse determinada a prisão em segundo grau de jurisdição.

O Ministro Dias Toffoli teve um parecer de aceitação parcial sobre a decisão, acatando em parte o pedido e entendendo que para determinação da condenação tem de haver a certeza de culpa do agente, fato em que se vê contrário à prisão em segunda instância sem o trânsito em julgado da decisão condenatória.

O Ministro Ricardo Lewandowski, com base na Constituição Federal, não acatou a determinação da prisão em segunda instância, fazendo uma interpretação do caso nos limites da legislação. Defendeu o artigo 283 do Código de Processo Penal que foca o trânsito em julgado da decisão para que seja executada a pena privativa de liberdade.

O Ministro Gilmar Mendes entendeu que a aceitação da execução da pena em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência, defendendo que não há o que se discutir quanto à culpabilidade até o momento da condenação em segunda instância, como foi o caso apreciado nos *habeas corpus* em comento.

O Ministro Celso de Melo entendeu que a decisão viola a presunção de inocência, no que tange a um direito que já se faz presente na Constituição Federal e na legislação penal e processual brasileira e que, portanto, não se admite a condenação em segundo grau, entendida por ele como um retrocesso penal.

Nessa mesma linha de raciocínio, Távora e Alencar dizem:

Entendemos que tal decisão ofende o postulado da presunção da inocência. Ninguém deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Admitir a execução provisória da pena em momento anterior à formação de coisa julgada, com base em argumento de eficiência do sistema e só pelo fato de ter sido afirmada a condenação em outro tribunal, esbarra no texto da Constituição (art. 5º, LVII), no CPP (art. 283), assim como no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, n.º 2)¹²⁰.

O último voto foi da Ministra Carmen Lúcia, que afastou a arbitrariedade alertada por outros Ministros contrários à decisão pois, segundo ela, o fato da condenação em duas instâncias já se faz motivo suficiente para início à execução da pena, o que não violaria a presunção de inocência. Ao proferir o entendimento, a Presidente da Corte relembrou que a ausência de execução, como foi determinada, poderia levar a uma falta de confiança da sociedade perante as decisões dos tribunais.

A votação realizada em fevereiro de 2016 foi polêmica e apertada, com a divergência entre a posição dos Ministros, mas foi favorável ao início da execução da pena privativa de liberdade por condenação em segunda instância, sem o trânsito em julgado dessa sentença. Avena assim define a decisão do STF:

Todavia, em 17.02.2016, o Plenário do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, modificou essa orientação, deliberando no sentido de que a execução provisória da pena após confirmação da sentença condenatória (e isto se estende, por óbvio, à hipótese de reforma da sentença absolutória) em Segundo Grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo indiferente a presença ou não dos pressupostos da prisão preventiva¹²¹.

¹²⁰ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** JusPODIVM, Salvador, 2016, p. 08

¹²¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal:** esquematizado. 6.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 50.

Ponderou-se na tomada de decisão pela maioria dos votos do plenário que a questão de provas e fatos se deixa decidida na segunda instância, não sendo necessária sua rediscussão após duas sentenças sobre o mesmo feito serem condizentes.

Houve, com essa decisão, uma mudança de parecer do Supremo Tribunal Federal, que tinha decidido desde o ano de 2009 que não poderia ser aplicada o início da execução da pena privativa de liberdade sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Foi atenta a esse parecer do próprio Supremo Tribunal Federal, ao princípio da presunção de inocência e no artigo 283 do Código de Processo Penal, que a defesa buscou a reanálise do caso. Porém, o entendimento do STF foi favorável ao empreendido pelo Tribunal de Justiça e pelo STJ, reafirmando a mudança de posição do STF e uma nova visão sobre a execução da pena em segunda instância.

O maior argumento daqueles que são contrários à execução da pena em segunda instância é justamente a invocação do princípio da presunção de inocência e a sua consequente violação por essa decisão. Capez faz uma análise consistente sobre esse princípio:

O princípio da presunção de inocência deve ser considerado em três momentos: na instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; na avaliação da prova, impondo-se seja valorada em favor do acusado, quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado; e, no curso do processo penal, como parâmetro de tratamento acusado, em especial no que concerne à análise quanto à necessidade ou não de sua segregação provisória¹²².

O relator do julgamento do *habeas corpus*, Ministro Teori Zavascki é firme ao defender que a presunção de inocência se exauri na segunda instância, quando a partir dela se pode determinar a culpa, ou seja, ser determinado culpado o condenado e que tenha início a execução da pena, como foi o caso do *habeas corpus* analisado.

A decisão de seis votos contra cinco é controversa e polêmica, até mesmo pelo posicionamento que o próprio STF já teve, e que agora se posiciona de forma contrária. Não se discute a função do STF em resguardar a Constituição Federal e impedir que se tenham posições divergentes entre os tribunais, uniformizando essa decisão para os órgãos inferiores do Poder Judiciário.

¹²² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44

Postos e analisados todos os fatos desde a polêmica decisão do STF em fevereiro de 2016, a jurisprudência sobre a execução da pena privativa de liberdade, o artigo 283 do CPP e o princípio constitucional da presunção da inocência, tem-se um parecer geral sobre o tema. Admite-se agora a prisão em segunda instância, sem que haja o trânsito em julgado da decisão, realçado pela função do STF de última instância do Poder Judiciário e de guardião da Carta Magna Brasileira, uniformizando essa decisão para os demais tribunais.

O *Habeas Corpus* 126.292/SP foi marcante, tendo inclusive sua decisão revigorada por um posicionamento idêntico por parte do STF em decisões posteriores sobre o tema, como nas ADC (s) 43 e 44, movidas pelo Partido Nacional Ecológico e o Conselho Federal da OAB, e ainda o Recurso Extraordinário nº 964.246/SP, que manteve a decisão de execução da pena em segunda instância. Destaca-se que, recentemente, o Partido Ecológico Nacional desistiu da ação, tendo prosseguimento somente a ação movida pelo Conselho Federal da OAB. Nesse sentido Avena esclarece:

Posteriormente, em 05.10.2016, pronunciando-se acerca das liminares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 propostas, respectivamente, pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da OAB em relação ao art. 283 do CPP, o STF ratificou o entendimento adotado no julgamento do referido HC 126.292/SP, compreendendo, pela apertada maioria de 6 votos a 5, que o referido art. 283 não impede o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias. Mais recentemente, em 11.11.2016, no julgamento do Recurso Extraordinário 964.246/SP, o Plenário virtual do STF, novamente por maioria, reafirmou a mencionada orientação. Tratando-se, neste caso, de deliberação meritória realizada após reconhecimento da repercussão geral da matéria, a tese firmada pelo Excelso Pretório, doravante, deverá ser aplicada nos processos em curso nas instâncias inferiores¹²³.

Exauridas todas as vias de análise sobre a possibilidade de execução da pena em segunda instância, o STF é claro ao determinar que a presunção de inocência não é afetada por esse início de cumprimento da execução da pena, sem transitar em julgado a decisão, pondo fim a esse argumento aclamado pelos contrários a essa decisão.

Conclui-se que a discussão sobre a validade ou não dessa execução e a sua constitucionalidade sai do campo do Poder Judiciário, pois teve entendimento pela instância máxima, passando, portanto, para o campo doutrinário, mesmo com os posicionamentos e

¹²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45

opiniões contrárias de reconhecidos doutrinadores de Processo Penal, Direito Penal e Direito Constitucional.

Interessou especificamente para este trabalho analisar a execução da pena privativa de liberdade e a discussão sobre o *habeas corpus* nº 126. 292 de São Paulo. Discussão que permite formar um convencimento acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a execução da pena condenatória em segunda instância, discutida sua constitucionalidade e desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

A decisão do Supremo Federal sobre o tema é o ponto máximo da discussão sobre a constitucionalidade da execução da pena em segunda instância sem observar o trânsito em julgado da decisão criminal, tendo como referência a opinião dos Ministros quando fundamentaram as suas posições e votos, decidindo a respeito do tema.

Mediante essa análise do caráter punitivista da execução da prisão em segunda instância, tem-se uma recorrente discussão acerca da legalidade dessa medida e da constitucionalidade dessa prisão, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, sob a égide da Constituição Federal. A discussão então passa da possibilidade de prisão em segunda instância, para se observar a satisfação da condenação depois de haver a condenação na primeira instância e a confirmação dessa condenação pela segunda instância, não havendo mais debate fático sobre o caso que se investiga e julga. O punitivismo, nessa ótica, se enquadra como foco central da justificativa para que se possa ter uma aplicação mais direta e pomposa da lei, respondendo de maneira mais rápida e estabelecendo um início de cumprimento de pena pelo criminoso, mesmo que ainda lhe reste possibilidades jurídicas quanto aos recursos a serem impetrados.

Permitir a prisão em segunda instância pode agregar um sentido punitivista à prisão, pois traz uma visão de satisfação do crime em decorrência da análise do caso em concreto, com a ratificação da punição pelo tribunal, refletindo no caráter criminoso do ato praticado¹²⁴.

Ao argumentos utilizados pelos que defendem a admissão da prisão em segunda instância permitem interpretar que, para estes, mediante uma efusiva polêmica acerca da

¹²⁴ STUCKERT, Ricardo. **Como conciliar a prisão em 2ª instância com o HC de Lula, por Luis Nassif.** Disponível em:< <https://jornalggn.com.br/noticia/como-conciliar-a-prisao-em-2%C2%AA-instancia-com-o-hc-de-lula-por-luis-nassif>>. Acesso em 14 de jun. 2018.

criminalidade e da ausência de resposta congruente para o aumento criminal que expõe a sociedade, essa medida demonstraria para a sociedade a certeza de atuação do Estado¹²⁵.

Recentemente, esse tema do punitivismo a partir da segunda instância veio à discussão principalmente pela prisão do Presidente da República Brasileira por dois mandatos, Luís Inácio Lula da Silva, denunciado pela uma série de crimes e que teve sua prisão decretada, depois de analisados essa possibilidade pelo Supremo Tribunal Federal¹²⁶. Nesse caso específico, viu-se uma cobrança social enorme, clamor social que tinha duas vertentes, de um lado defendia-se a prisão do ex-presidente, após a condenação em segunda instância e por outro lado, defendia-se que fosse esperado o trânsito em julgado da decisão, para que houvesse a prisão¹²⁷.

Sendo assim, a situação dos estabelecimentos penais brasileiros afetaria diretamente na maneira como que essa prisão em segunda instância deve ser discutida e na

Cria-se, baseado no punitivismo, uma concepção de que é necessário encontrar o culpado e puní-lo de qualquer forma, quanto mais célere possível, o que pode ser concretizado com a prisão em segunda instância, que traz a noção de que a condenação já tenha surtido efeito, privando a liberdade do condenado antes do fim do processo¹²⁸.

O punitivismo engendrado nessa aplicabilidade da prisão em segunda instância torna o tema ainda mais importante, pois encontra-se na debate popular e no entendimento leigo uma ótica compartilhada pelas redes sociais de que se faça justiça, dando ao criminoso uma punição forte e rápida¹²⁹.

¹²⁵ CARAM, Bernardo. **STJ manteve 'posição punitivista' e perdeu chance de 'evoluir', diz advogado de Lula.** Disponível em:< <https://g1.globo.com/politica/noticia/advogado-de-lula-diz-que-stj-manteve-posicao-punitivista-e-perdeu-chance-de-evoluir.ghtml>>. Acesso em 14 de jun. 2018.

¹²⁶ Ibidem, 2018.

¹²⁷ JESUS, Damásio Evangelista. **Porque o Direito Penal do Inimigo é perigoso.** Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/columnas/porque-o-direito-penal-do-inimigo-e-perigoso/16820>. Acesso em 14 de jun. 2018.

¹²⁸ STUCKERT, Ricardo. **Como conciliar a prisão em 2ª instância com o HC de Lula, por Luis Nassif.** Disponível em:< <https://jornalggn.com.br/noticia/como-conciliar-a-prisao-em-2%C2%AA-instancia-com-o-hc-de-lula-por-luis-nassif>>. Acesso em 14 de jun. 2018.

¹²⁹ CARAM, Bernardo. **STJ manteve 'posição punitivista' e perdeu chance de 'evoluir', diz advogado de Lula.** Disponível em:< <https://g1.globo.com/politica/noticia/advogado-de-lula-diz-que-stj-manteve-posicao-punitivista-e-perdeu-chance-de-evoluir.ghtml>>. Acesso em 14 de jun. 2018.

Do mesmo modo, o direito penal do inimigo se enquadra nessa questão, especialmente quando este difunde a ideologia de se atribuir um tratamento diferenciado para uma conduta praticada ilícita pelo agente que está sendo julgado¹³⁰.

O próprio fato do desenvolvimento do agente criminoso já traria um tratamento diferenciado, pois este passaria a ser entendido de maneira diferente mediante as normas a serem aplicadas, ou seja, o direito penal do cidadão seria substituído pelo direito penal do inimigo, que por ser considerado um inimigo da sociedade teria um tratamento mais ríspido.

O Direito Processual Penal Brasileiro observa normas processuais e especiais, incorporando princípios específicos do Processo Penal e advindos da Constituição Federal, obedecendo, entre outros, o devido processo legal, contraditório e a ampla defesa. Marcão aduz a respeito do assunto:

Adotado o sistema vicariante pelo legislador penal, e considerando que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, conforme anuncia o art. 1º da Lei de Execução Penal, constitui pressuposto da execução a existência de sentença criminal que tenha aplicado pena, privativa de liberdade ou não, ou medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico¹³¹.

Depois de transcorrido todo processo de conhecimento e de se proferir a sentença, dá-se início à fase de execução da pena com o trânsito em julgado dessa decisão judicial. A fase de execução da pena é quando se fará o cumprimento da pena de multa, pena restritiva de direito ou a pena restritiva de liberdade.

São duas fases distintas, mas consecutivas, pois a sentença proferida tem que ser executada, seguindo a Lei de Execuções Penais, fazendo-se efetivar a decisão do juiz após o julgamento do réu e a consequente condenação deste por um ato ilícito praticado. Sobre a execução penal Marcão afirma que:

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria *mista* ou *ecléctica*, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas

¹³⁰ Ibidem, 2018.

¹³¹ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p. 26.

também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar¹³².

O desenvolvimento de uma visão humanista atenta para o caráter de reintegração do condenado desde a fase inicial da execução da pena, devendo este ser preparado para a reintegração na sociedade para que possa ser recolocado no convívio social depois de executada a pena.

A partir do exposto, esta pesquisa permitiu evidenciar que a execução provisória da pena, realçada pela posição do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292 de São Paulo, ganha um escopo pautado na manutenção do punitivismo, ou seja, na manifestação do ideal punitivista de controle da sociedade.

Nesse sentido, a garantia da possibilidade de prisão após a discussão em segunda instância reforça o entendimento punitivista ao dar à sociedade o sentido de uma resposta mais célere, mais rápida à punição do infrator penal, trazendo a execução de pena antes do final dos recursos possíveis de serem aplicadas, sem o trânsito em julgado.

CONCLUSÃO

A existência de três penas privativas de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro traz uma possibilidade de discussão sobre a validade e eficácia dessas penas. Nesse contexto, as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direito e as penas de multa são avaliadas quanto à sua funcionalidade e assim sejam questionadas à medida que não se tem os objetivos alcançados.

A pesquisa que deu origem à este artigo apresentou uma questão referente às penas privativas de liberdade, especialmente no tocante à execução da pena em segunda instância, admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Esta pesquisa permitiu explicitar que as penas privativas de liberdade ao serem destinadas àqueles crimes que possuem uma nocividade maior, requisitam que o infrator penal tenha uma pena mais severa, implementada pelo Estado, que seja recluso para cumprimento da pena estabelecida e sem o contato social, visto a ameaça que este representa para a sociedade, restringindo-se assim sua liberdade. Ficou evidenciado, ainda, que atualmente as penas privativas de liberdade constituem um sistema de pena bastante debatido, especialmente quanto à sua eficácia.

¹³² Ibidem, p. 26

O desenvolvimento de uma visão humanista de aplicação da pena tem se esbarrado ultimamente na valorização do punitivismo, entendido como meio mais eficiente de controle social, pela própria sociedade, que passa a entender essa ideologia como solução, em decorrência da necessidade de se aplicar penas mais severas aos crimes praticados.

O crescimento da criminalidade no meio social tende a aumentar a concepção social de ideologias como punitivismo e o direito penal do inimigo, expressa na forma como as pessoas têm se posicionado sobre determinados assuntos em redes sociais e na mídia, deixando a omissão de lado quanto às ocorrências criminosas e partindo para uma formação de opinião pautada em ideais impregnados pela tentativa de criar medidas mais severas e partindo para uma cobrança por punições cada vez mais fortes e rápidas.

Dois conceitos passam a ser discutidos dentro dessa ótica, o punitivismo e o direito penal do inimigo, como formas da sociedade cobrar uma maior efetividade estatal no cumprimento das leis e no combate à criminalidade, fazendo com que os criminosos tenham a ciência que responderão pelos crimes praticados.

Essa severidade imposta pelo punitivismo seria a forma do Estado responder à sociedade, chegando as pessoas ao entendimento de que dar ao infrator penal uma pena mais severa seria a forma ideal de se mostrar a ele que a prática criminosa foi respondida na medida correta, causando-lhe um sofrimento maior no cumprimento da pena.

O direito penal do inimigo reforça essa ideia, com a formação de uma diferenciação entre a aplicabilidade das penas de acordo com a conduta das pessoas, onde se teria um direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, sendo este último voltado para aquele que não se enquadra dentro das normas.

O Supremo Tribunal Federal ao se posicionar e, de acordo com o voto dos Ministros, defender a execução provisória da pena através da análise do *Habeas Corpus* nº 126. 292 de São Paulo, veio a reforçar as ideias punitivistas, visto que, até então, somente poder-se-ia iniciar a execução da pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória proferida pelo juiz.

Em suma, comprehende-se que o punitivismo está presente na decisão do HC nº 126.1292/SP, como penas mais severas, associado a isso, a decisão do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a possibilidade de prisão em segunda instância veio a reforçar esse caráter punitivista. Além disso, o que merece mais reflexão por parte do judiciário brasileiro é que essa decisão contribuiu para reforçar o caráter punitivista da pena, pois instaurou-se uma chance das penas serem cumpridas bem mais cedo, e por réus que podem ser perfeitamente inocentes, não havendo um prolongamento para sua execução, durante a fase recursal,

esperando portanto o trânsito em julgado da sentença. O que prevalece é a punição do réu e não a reeducação e a reintegração desse indivíduo na sociedade. Nesse sentido, a presunção de inocência presente no texto constitucional estaria violada, tomando por base a Constituição Federal e o Código de Processo Civil, pois ficou definido pelo *habeas corpus* em questão que as penas possam ser executadas sem que haja o trânsito em julgado da decisão proferida pelo juiz, causando uma inaplicabilidade da previsão legal trazida pelas normas brasileiras quanto ao momento correto de início de cumprimento da pena.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado.** 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal.** Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.
- BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de Maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em 08 de jun. 2018.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARAM, Bernardo. **STJ manteve 'posição punitivista' e perdeu chance de 'evoluir', diz advogado de Lula.** Disponível em:<<https://g1.globo.com/politica/noticia/advogado-de-lula-diz-que-stj-manteve-posicao-punitivista-e-perdeu-chance-de-evoluir.ghtml>>. Acesso em 14 de jun. 2018.
- CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo:** o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- JAKOBS, Gunther. **Direito Penal no inimigo:** noções e críticas / Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- JESUS, Damásio Evangelista. **Porque o Direito Penal do Inimigo é perigoso.** Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/porque-o-direito-penal-do-inimigo-e-perigoso/168_20. Acesso em 14 de jun. 2018.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 890.
- MANNHEIM, K. **Sociologia Sistemática: uma introdução ao estudo de sociologia.** 2.ed. São Paulo: Pioneira, 1971.
- MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 12^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PASTANA, Debora Regina. **Os contornos do Estado punitivo no Brasil**. Revista da AJURIS, a. 34, n. 75, dez. 2007.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 3^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. JusPODIVM, Salvador, 2016.

STUCKERT, Ricardo. **Como conciliar a prisão em 2^a instância com o HC de Lula, por Luis Nassif**. Disponível em:<<https://jornalgg.com.br/noticia/como-conciliar-a-prisao-em-2%C2%AA-instancia-com-o-hc-de-lula-por-luis-nassif>>. Acesso em 14 de jun. 2018.

**A TARIFAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COM A REFORMA
TRABALHISTA E SUA INTERPRETAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS**

**THE CHARGING OF EXTRAPATRIMONIAL DAMAGES IN THE LABOR
REFORM AND ITS INTERPRETATION IN THE LIGHT OF THE
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES**

Isabelle Maritza de Oliveira Gomes

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o disposto acerca da tarifação dos danos extrapatrimoniais incluído na CLT no art. 223-G §1º, pela Lei nº 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista, que passou a ter como parâmetro o último salário recebido pelo empregado para fixação do *quantum* indenizatório. A análise tem por escopo averiguar se a tarifação assegura a isonomia e se está em consonância com o ordenamento jurídico em virtude do previsto no art. 5º, V e X, da CF/88, que garante a proteção aos bens da personalidade, bem como a reparação integral do dano, proporcional ao agravo. Ademais, a constitucionalidade do disposto na Reforma Trabalhista foi questionada pela doutrina, tendo em vista que o STF julgou, em 2009, a ADPF 130, por meio da qual declarou a Lei de Imprensa incompatível com a ordem constitucional, afastando os arts. 52 e 56, que versavam sobre a tarifação dos danos morais. Com a vigência da Reforma Trabalhista, as relações de trabalho passaram a ser as únicas tuteladas por norma que tarifa e impõe limites à compensação dos danos extrapatrimoniais. Nesse sentido, o artigo busca apresentar alguns princípios constitucionais essenciais à ordem jurídica e a Teoria da Hermenêutica como meios manifestamente possíveis para interpretação da norma diante do caso concreto, adequando-se meios e fins, de forma a conceder a ampla reparação e a tutelar a dignidade da pessoa humana e a isonomia dos trabalhadores.

PALAVRAS-CHAVE: Dano Extrapatrimonial. Reforma Trabalhista. Tarifação. Teoria da Hermenêutica. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the off-balance damages rate included in the CLT in art. 223-G § 1, by Law nº. 13.467/17, a so-called Labor Reform, which became the last incident in the world to fix the indemnification quantum. The analysis has an investigated scope of an exemption and its rate, in line with the legal system by virtue of the provided for in art. 5, V and X, of CF/88, which guarantee the protection of the physical integrity, as well as the integral reparation of the damage, proportional to the grievance. In addition, the constitutionality applied in the Labor Reform was questioned by the doctrine, considering that the STF judged, in 2009, an ADPF 130, by which declared the Press Law incompatible with a constitutional order, refusing of arts. 52 and 56 of the Press Law, which deal with the charging of moral damages. With the validity of the Labor Reform, labor relations began to be attributed to the rules by tariff and imposed to the compensation of the off-balance- sheet damages. In this sense, the desire to write constitutional principles is essential for the understanding of the

law of hermeneutics, for example, the forms of application by magistrates for interpretation of the norm in the concrete case, adapted the ways and means, to grant ample compensation and protect the dignity of the human person, and the equality of the workers.

KEY-WORDS: Off-balance sheet damage. Labor Reform. Charging. Hermeneutic Theory. Constitucional Principles.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu art. 5º, V e X, assegura a todos o direito à indenização pelos danos morais e materiais, de forma a proteger a honra, imagem, intimidade e vida privada de todos, indistintamente. Assim, todas as pessoas (compreendidas também as pessoas jurídicas) terão direito a reparação de quem os causar danos quando tiverem atingidos seus direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são direitos inerentes, natos, dizem respeito à boa fama, à imagem, à honra, ao prestígio e visam a resguardar a dignidade da pessoa humana. Assim, são direitos imateriais (extrapatrimoniais ou morais), de difícil dimensão valorativa, mas que são compensados por meio de indenização como forma de compensação da dor moral.

A corrente negativista entende ser inconcebível que dano moral seja compensado por meio de pecúnia, pois acredita não haver preço para a dor que há imoralidade na tentativa de se pagar a lesão acarretada; que não há possibilidade de se provar os reflexos do dano moral; e, que há subjetividade na fixação do *quantum*. Nesse sentido, Alexandre Agra:

Segundo os negativistas (SAVIGNY, GABBA), contraria à moral a atribuição de valor pecuniário à dor, à honra e outros direitos personalíssimos, para os quais inexiste preço, havendo, por outro lado, impossibilidade prática de sistematizar, mensurar e provar os reflexos negativos provocados, em concreto, nas pessoas atingidas em tais valores, pelo que o juiz fixaria, de forma arbitrária, eventual valor indenizatório¹³³.

No entanto, esse não é o entendimento aplicado no direito pátrio. A doutrina e a jurisprudência majoritariamente remetem a compensação dos danos morais à pecúnia.

Acrescenta-se que, para a configuração do dano extrapatrimonial, não se faz necessária a comprovação do dano sofrido, o qual exige apenas a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato gerador.

¹³³ BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos Morais no Direito do Trabalho.** – Rio de Janeiro, São Paulo e Recife. Ed. Renovar, 2007.p. 97.

Nas relações de trabalho, o espaço para ofensa à moral é demasiadamente propício. Numa relação de subordinação, em que o empregador exerce o poder de direção, tem-se a possibilidade da exorbitância dos poderes sobre o empregado. Isto porque, de um lado, encontra-se a parte subordinada e, do outro, aquele que detém o poder econômico e de direção. Dessa forma, consagra-se absolutamente compatível com o direito do trabalho a aplicação da indenização quando os direitos de personalidade acham-se atingidos de forma negativa, visto que o direito do trabalho tem como princípio a busca pelo equilíbrio das relações, e *compensar* o dano sofrido corresponde ao menos a uma forma de minimizar a lesão.

A Justiça do Trabalho empregava as normas do direito civil na aplicação da indenização do dano moral. Buscava a justiça com a reparação do dano extrapartimonal, porém na proporção do dano com base no art. 944 do CC/02, evitando-se a “indústria do dano moral” com o enriquecimento ilícito de quem pleiteia e a ínfima condenação incapaz de compensar o dano sofrido.

Entretanto, a Reforma Trabalhista, aprovada pela lei nº 13.467/2017¹³⁴, trouxe substancial

alteração no tocante à estipulação do dano extrapartimonal. Com a mudança, o dano passa a ser tarifado, ou seja, há uma prévia estipulação do *quantum* a ser indenizado. O valor da indenização será de acordo com o grau da lesão e calculado com base no último salário do empregado. Assim, se lesão de natureza leve, a indenização será até três vezes o último salário do empregado ofendido; se de natureza média, será até cinco vezes; se grave, será de até vinte vezes o salário; e, se gravíssima, até cinqüenta vezes, de acordo com o art. 223, §1º, da CLT. Caso o ofendido seja pessoa jurídica, observar-se-ão os mesmos parâmetros, porém, em relação ao salário do ofensor (do trabalhador), conforme o §2º do mesmo artigo.

Em decorrência do texto aprovado, surgiram diversas indagações acerca da constitucionalidade do dispositivo. Com isso, o trabalho visa averiguar se esta tarifação assegura as devidas compensação e isonomia e se há constitucionalidade do dispositivo acerca da tarifação dos danos de natureza imaterial, indicando-se qual a interpretação mais adequada a ser adotada.

¹³⁴ Após a entrada em vigor da lei, foi aprovada a Medida Provisória 808/2017, com vigência a partir do dia 14 de novembro de 2017, a qual apresentou algumas alterações à lei. No que se refere aos danos extrapartimoniais, especificamente no campo do *quantum* da indenização, passou a fixar as indenizações não mais com base no último salário do empregado, mas pelo teto do RGPS (Regime Geral da Previdência Social). No entanto, não houve a conversão da Medida Provisória em lei no tempo hábil, deixando de ter efeitos jurídicos e retornando a previsão anteriormente fixada na Lei nº 13.467/2017.

1. O DANO MORAL E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

1.1. CONCEITO DE DANO MORAL

O dano moral, com previsão expressa no art. 5º, V e X, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e no Código Civil de 2002 (CC/02), corresponde ao dano ocasionado ao íntimo, à essência, à personalidade do ser humano. Os direitos da personalidade são direitos inerentes, natos, dizem respeito à boa fama, à imagem, à honra, ao prestígio e visam a resguardar a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, uma vez atingidos tais direitos, considerados absolutos e abrangidos como cláusula pétreia, deve ser arbitrada a reparação integral do dano garantida pela CF/88. A reparação integral é dada por meio de pecúnia como forma de se compensar o dano e de se evitar os abusos e reincidências por parte do ofensor. No que tange aos danos *moraes*, não se cogita a possibilidade de a reparação redimensionar ao *status quo ante*, visto que a dor uma vez sofrida, jamais se apaga. No entanto, esta reparação resulta como medida de punição, prevenção e inibição dos atos¹³⁵.

Para José Cairo Júnior, “o dano moral corresponde ao resultado de uma ação ou omissão que implique, de forma necessária, ofensa a um bem não avaliável economicamente”¹³⁶.

O citado autor aponta como pressuposto do dano moral:

O pressuposto do dano moral é a dor experimentada pela vítima que interfere diretamente em seu perfeito estado físico e psicológico, não só no momento da ofensa, mas sempre que se recorde dela, bem como pelo sentimento de reprovação das pessoas que passam a observá-la com desdém¹³⁷.

Há correntes que entendem que o dano moral tem conceito residual, ou seja, é tudo aquilo que não tem caráter patrimonial; outras correntes interligam o dano moral àquilo que causa dor moral à vítima; e, para outras correntes, este dano é ocasionado quando da

¹³⁵ Salienta-se que há outras formas de reparação dos danos morais. Mauro Schiavi, em sua obra “Ações de Reparação por Danos Morais decorrentes da relação de trabalho”, afirma: “Duas são as formas de reparação dos danos morais: a) em dinheiro; b) *in natura*. (...) A reparação do dano moral *in natura* consiste no deferimento à vítima de uma prestação diversa de dinheiro, ou seja, determinar que o ofensor realize uma obrigação de fazer ou não para reparar o dano. (...) Na esfera trabalhista, há possibilidade de utilização da reparação *in natura* com resultados efetivos. Podemos citar por exemplo: a) retratação do empregador quando há alguma acusação que atente contra a honra do empregado; b) direito de resposta do empregado; c) reintegração no emprego, quando a dispensa for discriminatória; fornecimento de carta de referência do empregado; fixação de obrigação pelo empregador, de arrumar emprego para o empregado em outra empresa, quando tal providência for possível; imposição ao empregador de conceder tratamento médico ao empregado vítima do acidente de trabalho, inclusive custear um plano de saúde para tal desiderato.

¹³⁶ CAIRO Jr., José. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Ed. JusPODIVM, 2014. p. 850.

¹³⁷ CAIRO Jr., José. **O acidente de Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador**. 8. Ed. LTr, 2015. p.52.

violação aos direitos da personalidade. Essas teorias foram destacadas na obra de José Affonso Dallegrave Netto, nos seguintes termos:

A doutrina hesita em conceituar e classificar o dano moral. Há autores que adotam uma conceituação residual de danos extrapatrimoniais, declarando serem todos aqueles “danos que não têm repercussão de caráter patrimonial”. Há uma segunda corrente, encabeçada pelos irmãos Mazeaud, que vincula o dano extrapatrimonial como “aquele que causa uma dor moral à vítima”. Em posição intermediária a essas duas correntes, há aqueles que, como Savatier, sustentam ser todo sofrimento humano não resultante de uma perda pecuniária (*toute souffrance humaine ne résultant pas d'une perte pecuniaire*) [...]. Finalmente, há uma terceira corrente que sustenta que a dor não é a causa da reparação nem mesmo é ela que configura o direito violado, não havendo, pois, outras hipóteses de danos morais “além das violações aos direitos de personalidade”, nas palavras de Paulo Netto Lôbo.¹³⁸

Em suma, dano moral é aquilo que causa perturbação, angústia, sofrimento ao indivíduo que tem seus bens de personalidade atingidos de maneira negativa, ocasionando agressão aos direitos e garantias fundamentais assegurados pela CF/88 como cláusula pétrea.

Diante das circunstâncias, resta a indagação de como se dá a responsabilização do ofensor de direitos irrenunciáveis e quais os critérios empregados pela doutrina e pela jurisprudência para fixar a indenização relativa aos danos morais.

1.2. A RESPONSABILIZAÇÃO DO OFENSOR DOS DIREITOS IMATERIAIS

Com a evolução histórica e cultural, com o desenvolvimento tecnológico e industrial, elevaram-se os danos e, com isso, surgiram novas teorias com o fito de regular as condutas das pessoas, de forma a inibir atuações ilícitas ou aquelas que, ainda que lícitas, pudessem ocasionar riscos ao indivíduo. A conduta do agente passou a ser disciplinada pelo ordenamento jurídico de forma a assegurar justiça e resguardar os direitos dos indivíduos, assegurando-se, com isso, a reparação total da vítima em razão do dano sofrido, aplicando-se a responsabilidade civil ao ofensor. Assim, a responsabilidade civil tem por objetivo que um agente, em razão de sua conduta, repare os danos que tenha causado a outro indivíduo. Etimologicamente, a palavra *responsabilidade* significa obrigação, contraprestação; enquanto a palavra *civil* refere-se aos cidadãos, à vida em sociedade. Para a formação da responsabilidade civil, pressupõe-se três requisitos, quais sejam: a conduta (comissiva ou

¹³⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. – 6. Ed. – São Paulo : LTr, 2017.p. 158-159.

omissiva), o dano (no campo do dano moral é a violação aos atributos da personalidade) e o nexo de causalidade entre ambos (relação de causa e efeito entre conduta e o resultado).

Cabe destacar dois relevantes desdobramentos da responsabilidade civil: a responsabilidade civil objetiva e a subjetiva. A primeira (objetiva) ocorre nos casos previstos em lei ou nos casos em que a atividade desenvolvida pelo autor do dano ocasionar riscos para os direitos de outrem. É o que dispõe o parágrafo único do art. 927 do CC/02: "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Dessa forma, a responsabilização do agente independe de comprovação da culpa (culpa em sentido *lato*). A culpa, em sentido *lato*, refere-se ao dolo (caso em que o agente tem a intenção de praticar o dano) ou culpa em sentido estrito (agente pratica ato por negligência, imperícia ou imprudência). Portanto, no caso da responsabilidade civil objetiva, que independe de comprovação de culpa, caberá a compensação em pecúnia mesmo que o autor do dano não tenha tido a intenção de causá-lo nem tenha agido com imperícia, imprudência ou negligência.

Sob esta seara, foi consagrada a Teoria do Risco, subdividida majoritariamente pela doutrina em seis tipos. Em linhas gerais, tem-se a teoria do risco proveito, em que será responsável pelo dano aquele que se beneficia com atividade econômica, por isso deve suportar os riscos que dela surgem; do risco criado, em que responde pelos danos quem os cria, independente de culpa, apesar de atividade lícita; risco profissional, inerente às relações de trabalho, em que o empregador deve reparar os danos causados aos empregados em razão da atividade profissional, não apenas empresarial; do risco excepcional, o qual ocorre quando o empregado é sujeitado a riscos além do comum, elevados; risco integral, em que responde pelos danos aquele que emprega a atividade, independente de culpa ou de excludentes da responsabilidade civil; risco administrativo, o qual o Estado responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, salvo casos de exclusão, quais sejam: a exclusão de caso fortuito ou força maior ou por culpa exclusiva da vítima. Assim, na **responsabilidade civil objetiva** o dano é gerado por atividade lícita, no entanto, atividade esta que acarreta riscos a outrem, devendo o autor reparar ou compensar o dano¹³⁹.

¹³⁹ A responsabilidade objetiva tem sido aceita pela jurisprudência, como se pode verificar no seguinte precedente: **DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. ÓBITO DO TRABALHADOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. CONFIGURAÇÃO.** O ordenamento jurídico brasileiro adota, como regra, a responsabilidade subjetiva do empregador nas demandas em que se pleiteia

Salienta-se que a Justiça Trabalhista aplica as teorias do risco proveito, do criado, do profissional e do excepcional nos casos previstos em lei ou nos casos em que a atividade de alto risco submete o empregado a um patamar extremo de vulnerabilidade. Entende-se que o empregador, em razão de sua lucratividade, deve assumir os riscos aos quais expõem seus empregados quando de suas atribuições¹⁴⁰.

indenização decorrente de acidente de trabalho. Em tal modalidade, deve ser provado o dano, o nexo de causalidade e a culpa patronal. Em relação à culpa, o texto constitucional (art. 7º, XXVIII) é expresso ao exigir-la, para fins de responsabilização do empregador. Este o teor do mencionado preceito: "**São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.**" (sublinhei) Excepcionalmente, há situações em que a culpa é inerente à própria atividade desenvolvida, surgindo a possibilidade de responsabilização objetiva do empregador. Essa é a inteligência do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, ao dispor que "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (grifei). Reporto-me à segura lição da professora Maria Helena Diniz ("Código Civil Anotado", São Paulo: Editora Saraiva, 2003, págs. 579/580): "**A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade. (...) substitui-se a culpa pela idéia do risco. Essa responsabilidade civil objetiva funda-se na teoria do risco criado pelo exercício de atividade lícita, mas perigosa, como produção de energia nuclear ou produtos químicos; manuseio de máquinas ou a utilização de veículos.**" Assim, no caso de responsabilidade objetiva, tendo em vista o exercício de atividade de risco na execução do contrato de trabalho, dispensável o exame da culpa *lato sensu* do empregador, bastando a demonstração do dano e do nexo causal, como requisitos da indenização (TST – AIRR – 3-76.2014.5.04.0664, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/06/2016)

¹⁴⁰ A Teoria do Risco tem sido aplicada pela jurisprudência majoritária do TST, em consonância com o seguinte exposto: **RECURSO DE REVISTA - ACIDENTE DE TRABALHO - DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - RISCO NA ATIVIDADE - TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGAS - MARINHEIRO**.¹ Na forma do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, é possível a **responsabilização objetiva** - dispensada a culpa daquele a quem se imputa o evento lesivo - quando houver determinação legal nesse sentido e nos casos em **que a atividade do causador do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem**.² Somente o dano decorrente do risco voluntariamente criado e assumido pelo empreendedor é passível de reparação. O empresário, na execução de suas atividades, **cria um risco e expõe outrem a perigo de dano (risco criado)**, além de **se beneficiar e tirar proveito financeiro do risco por ele próprio gerado, auferindo lucros (risco proveito)**.³ No caso, verifica-se que a atividade empresarial da reclamada, por sua própria natureza, apresenta alto risco. A empresa, ao exercer atividade de transporte marítimo de cargas, **assumiu voluntariamente o risco inerente ao negócio empresarial** e passou a expor, diferenciadamente, a vida e a integridade física dos trabalhadores cuja força de trabalho contrata e dirige.⁴ Consta nos autos que o reclamante trabalhava embarcado em navio na função de tarifeiro - garçom a serviço do comandante do navio - e sofreu uma queda a bordo da embarcação no "paiol de víveres", batendo a cabeça no chão. Em resultado da queda o reclamante teve traumatismo crânioencefálico, passou a sofrer quadro convulsivo e adquiriu

No que tange à responsabilidade civil subjetiva, esta é configurada pelo ato ilícito, o dano, a culpa (elemento subjetivo) e o nexo de causalidade entre conduta e resultado. Ao contrário da responsabilidade civil objetiva, observa-se se o agente agiu com culpa. Consoante o art. 186 do CC/02, configura-se ato ilícito toda ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que gerem dano a outrem, mesmo que exclusivamente moral. Ademais, conforme *caput* do art. 927 do CC/02, aquele que comete ato ilícito contra outro indivíduo é obrigado a repará-lo. Assim, na **responsabilidade civil subjetiva** é necessário que o agente tenha agido com culpa (em sentido lato), ou seja, com dolo (praticou o ato por deliberação), ou com imperícia, imprudência ou negligência (culpa em sentido stricto).

Tem-se, então, que a responsabilidade civil é invocada para se aferir a responsabilização do autor da ofensa e que os parâmetros fixados pelo direito comum nesse contexto eram aplicados pela justiça trabalhista por serem plenamente compatíveis com a CF/88 e com a legislação trabalhista, que sempre previu o direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho, conforme art. 8º, §1º, da CLT.

A despeito de a CF/88 e o CC/02 não adotarem critérios objetivos para a fixação da indenização, com base na responsabilidade civil e de acordo com o caso concreto, o aplicador do direito fixa o *quantum* da indenização do dano moral, valendo-se do que estipula o art. 944 do CC/02: “A indenização mede-se pela extensão do dano.” Em correspondência ao estabelecido, a doutrina e a jurisprudência trabalhistas empregam alguns critérios na fixação da indenização, como: capacidade financeira do ofensor, condição pessoal da vítima, gravidade da conduta e extensão do dano.

Para Georgenor de Sousa Franco Filho:

Para a fixação do valor da indenização devem ser levados em conta diversos fatores, dentre os quais: (1) o bom senso, (2) a razoabilidade, (3) a gravidade do dano, (4) sua extensão, (5) a reincidência do ofensor, (6) a posição profissional e social do ofendido, (7) a condição financeira do ofensor e do ofendido, e (8) a finalidade pedagógica da punição para evitar a reincidência da prática delituosa¹⁴¹.

epilepsia (incapacidade total para a sua atividade profissional).5. Dessarte, considerando a **atividade empresarial de risco**, o infortúnio com nexo de causalidade (queda no interior do navio durante o serviço) e o dano sofrido pelo obreiro (incapacidade para o trabalho exercido), imperiosa a **responsabilização objetiva** da reclamada e a **condenação ao pagamento de danos morais**, restabelecendo a sentença no ponto. (TST - RR - 4700-56.2005.5.12.0043, Data de Julgamento: 06/09/2017, Redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/09/2017.).(grifo nosso)

¹⁴¹ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Curso de Direito do Trabalho.** – 4. ed. – São Paulo : LTr, 2018. p.293.

Para Antônio Umberto de Souza Júnior *et al*:

[...] doutrina e jurisprudência compreenderam que a tarifação de reparações por danos extrapatrimoniais deve ser feita segundo o **prudente arbítrio do juiz**, de acordo com as **peculiaridades do caso concreto**, atentando, a um só tempo, para as funções **compensatória** e **pedagógica** da reparação, e para os princípios da **razoabilidade** e **proporcionalidade**, sempre recordando que a técnica reparatória não pode servir ao propósito de **mero enriquecimento pessoal da vítima**, nem pode perder sua capacidade de instigar **séria reflexão ao ofensor**. A conjugação sábia e fundamentada de todos esses fatores deve conduzir, portanto, a **condenações justas e razoáveis**, na perspectiva de cada situação concreta, evitando-se, assim, tanto condenações pífias quanto condenações exorbitantes.¹⁴²(grifo original)

Portanto, o magistrado trabalhista, em consonância com esses critérios, fixava as indenizações por meio de sua prudência e bom senso, pela gravidade da conduta e extensão do dano, permitindo que houvesse a reparação integral¹⁴³, assim como no direito comum, pois se destinava a fixar os valores de acordo com o caso concreto, pressuposto fundamental para cumprir o estabelecido pela CF/88.

É importante destacar que, no que tange aos direitos imateriais, cabe à vítima a prova dos *fatos*, porém não necessita da prova do *dano*, visto que por se tratar de prejuízo imaterial, impossível a sua comprovação. Nesse sentido, para José Affonso Dallegrave Neto:

Particularmente, entendo que o dano moral se caracteriza pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos (presunção *hominis*) de tal lesão e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo.¹⁴⁴

¹⁴² SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto.*et al*. **Reforma Trabalhista: uma análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017.** – São Paulo: Rideel, 2017.p. 134.

¹⁴³ A Jurisprudência majoritária considera os seguintes aspectos para a fixação da indenização dos danos morais: **DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO.** A indenização por dano moral guarda conteúdo de interesse público. O valor fixado deve observar a extensão do dano sofrido, o grau de comprometimento dos envolvidos no evento, os perfis financeiros do autor do ilícito e da vítima, além de aspectos secundários pertinentes a cada caso. Incumbe ao juiz fixá-lo com prudência, bom senso e razoabilidade. (TST – AIRR – 3-76.2014.5.04.0664, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/06/2016)

¹⁴⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Controvérsias sobre o dano moral trabalhista.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 73, n.2, p. 186-202, abr./jun. 2007.

Ressalta-se que as indenizações têm caráter punitivo, compensatório e preventivo. É o que prevê o Enunciado n. 51, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: “O valor da condenação por danos morais decorrentes da relação de trabalho será arbitrado pelo juiz de maneira equitativa, a fim de atender ao seu caráter compensatório, pedagógico e preventivo”.

Portanto, na fixação do *quantum*, deve-se observar a compensação do sofrimento da vítima e penalizar o infrator, de forma a desestimular a reiteração dos atos lesivos, com a cautela de não gerar enriquecimento ilícito a alguma das partes. Esse entendimento é também consagrado pela jurisprudência do STJ ao afirmar a teoria do *Punitive Damage*¹⁴⁵ (Teoria do Valor do Desestímulo), quando da aplicação da punição ao ofensor em valor considerável, com o fito de inibir seu comportamento infrator por conduta de alta reprovabilidade. Ou seja, não se apresenta suficiente a indenização que visa apenas compensar o dano, mas a que seja num montante suficiente a ensejar a punição ao ofensor, para que o ato não seja reiterado. Esse entendimento, a despeito de ainda não pacífico, fora também aplicado pela Justiça Trabalhista, como se pode observar na decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DO TRABALHO CAUSADO POR TRANSPORTE PRECÁRIO FORNECIDO PELO EMPREGADOR. APLICAÇÃO DA TEORIA DA “PUNITIVE DAMAGES”. Concretizada a gravidade da conduta ilícita, não se deve apenas ter por viável a concepção compensatória da indenização, pois esta, por vezes, apesar de buscar reparação completa dos prejuízos, se mostra ineficaz. O ofensor, mesmo depois de lhe ser imposto o pagamento compensatório, não

¹⁴⁵ O autor Raul Araújo Filho, Ministro do STJ, em uma publicação sobre “*Punitive Damages* e sua aplicabilidade no Brasil”, destaca o seguinte: Nos termos em que formulada, a doutrina do *Punitive Damages* informa que areparação decorrente do dano moral deve alcançar duas finalidades: uma de compensar a ofensa causada à vítima, e outra de punir o autor da lesão, desestimulando-o, de modo a não mais praticar semelhante conduta lesiva e, ainda, servindo de exemplo à sociedade, a fim de que nenhum outro integrante se sinta encorajado a praticar conduta de mesmo jaez. Assim, por meio de um acréscimo econômico significativo no valor da reparação do dano moral, busca-se, além de satisfazer o sofrimento do lesado, punir o ofensor com o pagamento de elevada quantia pecuniária, dando à reparação nítido caráter punitivo-pedagógico. [...] Mas, ao assegurar a indenização, com total resarcimento do dano sofrido, não proíbe seja também proporcionada à vítima reparação, pelo ofensor, considerando-se o aspecto punitivo-pedagógico com majoração do valor reparatório. Nesse contexto, a reparação punitiva deverá ser aplicada quando a conduta do agente que ocasionou o dano for considerada extremamente reprovável, caracterizando-se como dolosa ou praticada com culpa grave. [...] o caminhar no sentido de se ter como aplicável no ordenamento jurídico brasileiro o *Punitive Damages*, ou Teoria do Valor do Desestímulo, quando se tratar de conduta dolosa ou praticada com culpa grave, mostrando-se o comportamento do agente especialmente reprovável, com as adaptações necessárias à observância dos princípios e regras constitucionais e legais aplicáveis, inclusive da premissa da vedação ao enriquecimento sem causa.

raras vezes se mostra indiferente ao ocorrido, pois normalmente pode pagar o preço, gerando-lhe ganhos, tendo por consequência enriquecimento ilícito com a persistência da prática, a morosidade da prestação da justiça, uma vez que se protela o momento da quitação, tendo por prejudicado não só o ofendido, mas toda a sociedade. Constatando-se que a indenização fixada no juízo primeiro deixou de levar em conta o caráter punitivo-pedagógico, mister elevar-se o valor fixado, de modo a punir o ofensor, fazê-lo perceber o caráter odioso de sua conduta e, assim, desestimulá-lo da prática da ilicitude, no futuro. (TRT da 3^a Região; Processo RO 00448201105103000/0000448-25.2011.5.03.0051. Publicação: 08.03.2012, Disponibilização: 07.03.2012. DEJT. Página 123. Órgão Julgador 10^a Turma; Relator Convocada Ana Maria Amorim Rebouças).

Em suma, cabe destacar que o direito do trabalho aplicava, por analogia, todos os critérios acima mencionados pertinentes ao direito comum, pois, antes da reforma, a legislação trabalhista era silente quanto aos critérios para a fixação dos valores da indenização dos danos morais.

1.3. DANO MORAL (OU EXTRAPATRIMONIAL) PÓS REFORMA TRABALHISTA

A CLT vinha sendo alvo de polêmicas há anos. Havia os que defendiam que a norma deveria proporcionar maior autonomia de vontade das partes, afirmando-se que a norma se tornou obsoleta e que, por isso, defendiam maior flexibilização das relações trabalhistas. Assim pontuado em dossiê elaborado pela UNICAMP:

Para os defensores da reforma, a legislação trabalhista é uma excrescência, um anacronismo que “engessa” o mercado de trabalho porque impõe limites à livre contratação de trabalhadores. Ela estaria também ultrapassada à luz das mudanças promovidas na dinâmica do capitalismo internacional a partir das últimas décadas do século XX.¹⁴⁶

Outros defendiam que não se pode associar as relações de trabalho à competição mercadológica e que, por isso, alterar os direitos conquistados ao longo de muitos anos, representaria um abominável retrocesso. Ademais, havia afirmações também no sentido de que a CLT continha um caráter protetivo aos trabalhadores que inibia a possibilidade de contratações pelas empresas e que, por isso, o desemprego assombrava o país. De acordo com o mesmo dossiê acima citado:

¹⁴⁶ GALVÃO, Andréia *et al.* **Contribuição crítica à Reforma Trabalhista.** GT Reforma Trabalhista CESIT/IE/UNICAMP. – Campinas, 2017. p. 18. Disponível em: <<http://www.cesit.net.br/dossie-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

Chegam até a afirmar que a Justiça do Trabalho tem sido responsável pelo desemprego e que a interpretação das normas por parte de seus juízes e tribunais deve ser limitada para que a segurança jurídica seja recuperada e para que os investidores apostem no país.¹⁴⁷

Diante do cenário de crises econômicas e políticas, o projeto de lei nº 6.787/2016, nomeado como Reforma Trabalhista, foi encaminhado ao pretexto de que as mudanças possibilitariam a geração de emprego e de competitividade do mercado, assim como a modernização da norma "obsoleta". Aprovada no dia 11 de julho de 2017, com entrada em vigor em 11 de novembro de 2017, a Lei nº 13.457 de 2017 (Reforma Trabalhista) alterou substancialmente a CLT e reservou o Título II-A (art. 223 da CLT) destinado a tratar especificamente sobre os Danos Extrapatrimoniais.

Inicialmente convém apontar que, no texto da reforma trabalhista, o legislador viu por bem empregar o termo dano *extrapatrimonial* ao invés de dano moral. Ocorre que não se trata aqui de uma criação de nova modalidade de dano moral, mas se trata de um termo genérico aos danos que atingem os direitos de personalidade. Ou seja, dano *extrapatrimonial* é gênero, dos quais são espécies o dano moral, o dano moral coletivo, o estético, o existencial, entre outros. No entanto, o emprego do termo dano moral para se referir aos direitos da personalidade é tradicional na cultura jurídica brasileira, seja pela jurisprudência, doutrina ou leis. É o que se percebe na CF/88 nos arts. 5º, V e X e 114, VI; no CC, art. 186; no Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VI e VII. Portanto, é possível ambos termos sejam aplicados como sinônimos em demasiados casos, visto que a reforma trabalhista trouxe essa inovação antes não empregada pela CF/88 e demais legislações, porém, a mudança não altera o conteúdo essencial, pois ambos se referem aos direitos imateriais.

Um dos pontos que mais intrigaram a doutrina e juristas foi quanto à aprovação do art.

223-G da CLT, que passou a prever critérios que devem ser considerados pelos magistrados na apreciação dos pedidos para a configuração dos danos extrapatrimoniais e para fixação da indenização, antes não previstos na CLT. Insta salientar que as previsões no referido artigo no que tange à fixação do *quantum* da indenização dos danos morais vão de encontro ao estipulado pelo direito comum e, assim, modificou o que antes era empregado pelo direito do trabalho por analogia.

¹⁴⁷ GALVÃO, op., cit. p. 13.

Muitos eram os argumentos de que os meios empregados para a fixação da indenização dos danos morais (ou extrapatrimoniais) pelo direito comum são subjetivos e que, por isso, não conferem segurança jurídica. Nesse sentido, para Victor Tainah F. Dietzold:

[...] a fixação pecuniária da indenização por danos extrapatrimoniais se dá pelo arbitramento judicial, conferindo aos magistrados alto nível de discricionariedade na fixação das indenizações, trazendo, como consequência, a insegurança jurídica, notadamente em razão da existência de decisões díspares em casos similares. Não obstante a completa banalização do instituto em exame, importante destacar que em razão da ausência de critérios objetivos para quantificar a indenização por danos extrapatrimoniais, não raras vezes encontramos decisões no judiciário trabalhista acerca de casos semelhantes, mas com indenizações completamente díspares, o que reforça a instalação da insegurança jurídica sobre a matéria¹⁴⁸.

Em razão disso, foram estipuladas no *caput* do art. 223-G, incisos I a XII, da CLT, algumas condições a serem observadas na apreciação dos pedidos consideradas pelos defensores da reforma como condições objetivas. Em linhas gerais, muitas dessas condições elencadas no artigo eram observadas pela doutrina e pela jurisprudência, no entanto, agora as decisões devem ser fundamentadas em cada um dos aspectos.

As referidas condições a serem observadas são:

I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa.

Nesse sentido, Sebastião Geraldo:

Não se nega que a elaboração de um roteiro para o juízo apreciar o dano extrapatrimonial é positiva, porque indica para o julgador e para as partes os fatos mais importantes que deverão ser considerados, bem como as principais provas que deverão ser priorizadas. Na realidade, o julgador já fazia subjetivamente essa apreciação considerando os pontos indicados ou outros também

¹⁴⁸ DIETZOLD, Victor Tainah F. **Reforma Trabalhista o Impacto nas Relações de Trabalho – A tarifação dos danos extrapatrimoniais e a segurança jurídica.** – Belo Horizonte : Forum, 2018.p. 431.

relevantes, mas agora, ao positivar o rol, pelo menos estes quesitos não podem deixar de ser apreciados.¹⁴⁹

Alguns dos critérios elencados serão de difícil mensuração e motivação. Nessa seara, destacam-se algumas considerações no tocante ao critério estabelecido no inciso XI. O inciso determina que sejam observadas as situações social e econômica das partes envolvidas. Ocorre que a compensação do dano moral é empregada para compensar o dano à personalidade do ofendido. Dessa forma, elevar a condição financeira do ofendido a um dos requisitos para mensuração do valor da indenização não tem coerência com o estabelecido no art. 5º, V, da CF/88. A compensação do dano deve ser proporcional ao agravo, por isso, considerar a situação econômica do ofendido pode ocasionar violação ao princípio da isonomia e da reparação integral. Os abalos à moral independem da situação econômica da vítima, pois dizem respeito à sua imagem, à sua honra, à sua integridade como ser humano de dignidade. Nesse sentido, para Élisson Miessa e Henrique Correia: “Nota-se que alguns destes itens se apresentam como controversos, principalmente no que diz respeito à situação econômica das partes envolvidas. Questiona-se se o rico sofre mais o abalo moral que o pobre ou vice-e-versa”.¹⁵⁰

A despeito de o artigo elencar cada um dos critérios a serem observados para a fixação da indenização, muito haverá de ser discutido pela doutrina e pela jurisprudência, que ainda formarão determinados entendimentos acerca do cabimento e configuração deles. E mais, mesmo fixados os critérios, não se retira a subjetividade no todo, visto que cada magistrado pode compreender de maneiras distintas o enquadramento das lesões em graus leve, médio, grave ou gravíssima. Esse entendimento de Ana Claudia Schwenck dos Santos:

A classificação pelo juiz da ofensa como leve, média, grave ou gravíssima não retira a intenção da norma de estabelecer valores limites para a indenização por dano extrapatrimonial. Isto porque, a despeito da intenção do legislador em restringir o poder discricionário do juiz, os parâmetros indicados no caput do art. 223-G da CLT não são precisos, variando conforme a suscetibilidade maior ou menor de cada magistrado em valorar determinados critérios em detrimento de outros. [...] De outro lado, ainda que se possa argumentar que a ideia de tarifação pode oferecer uma possibilidade de mensuração do valor de possíveis perdas em juízo, do modo como foi estabelecido na lei, não há critérios seguros, pois

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **O dano extrapatrimonial trabalhista após a lei n. 13.467/2017.** Revista LTr, São Paulo – Ano 81 – n.9 – Setembro, 2017.

¹⁵⁰ MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **A Reforma Trabalhista e seus impactos.** – Salvador : JusPODIVM, 2017. p. 531.

juízes diferentes podem entender que o mesmo tipo de conduta se enquadraria como leve, média, grave ou gravíssima.¹⁵¹

Ademais, com a introdução do §1º do art. 223-G da CLT, as indenizações dos danos extrapatrimoniais passaram a ser tarifadas de acordo com o último salário do empregado e com o grau do dano mensurado pelas condições elucidadas nos incisos do caput do artigo. Assim dispõe o parágrafo:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

A aprovação do referido parágrafo causou estranheza à maioria dos doutrinadores e juristas. Isto porque fixar indenização com base no último salário do empregado pode acarretar flagrante desrespeito ao princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso. O *quantum* das indenizações pode ofertar graves desigualdades a empregados que porventura tenham sofrido danos similares. Conforme Antonio Umberto de Souza Júnior et al:

O legislador reformista comete o **incrível desatino científico** de fixar como fator determinante da fixação do *quantum* indenizatório de danos extrapatrimoniais – logo, violadores de bens jurídicos existenciais – um **referencial exclusivamente econômico**, a saber, “o salário contratual do ofendido”. Isso significa que a Lei nº 13.467/2017 implementou **paradoxal sistema resarcimento** em que a tutela jurídica de interesses extrapatrimoniais é prévia e abstratamente tarifada por um inflexível critério patrimonial, **independente da concreta extensão do dano e das particularidades do caso concreto**. Nada mais surreal¹⁵².

Ademais, em julgamento da ADPF 130, no ano de 2009, o STF declarou incompatíveis os dispositivos da Lei de Imprensa que previam a tarifação da indenização dos danos morais (o que será abordado mais detalhadamente no próximo capítulo).

¹⁵¹ SANTOS, Ana Claudia Schwenck. **Reforma Trabalhista reflexões e críticas – Dano Extrapatrimonial.** –LTr, 2018. p. 143-144.

¹⁵² SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto et al. **Reforma Trabalhista – Análise comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017.** – São Paulo : Rideel, 2017.p. 136.

Com isso, surgiu a indagação se os referidos critérios de fato promoverão a segurança jurídica alegada quando da aprovação da reforma trabalhista, visto que a tarifação pode acarretar a desigualdade entre os empregados, ou entre estes e aqueles que são amparados pelo direito comum. Indo além, suscitou-se a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade do artigo, pois a CF/88 assegura reparação integral do dano, o que possivelmente não será alcançado com a tarifação estipulada na CLT.

2. O ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A TARIFAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E SUA APLICAÇÃO NA REFORMA TRABALHISTA

Há muito se discute nos tribunais acerca da tarifação dos danos extrapatrimoniais. O STJ já firmou em sua jurisprudência a impossibilidade da tarifação, assim como aprovou a Súmula 281¹⁵³ que versa sobre o assunto. O STF também, em todas as ocasiões até então examinadas, firmou a jurisprudência pela inconstitucionalidade. Em casos como o RE 396386/SP¹⁵⁴, o STF, com base no art. 5º, V e X, da CF/88, decidiu que a indenização dos danos morais deve ser ampla e, por isso, revela-se incompatível com a tarifação. Outros julgados como AI 496406/SP, RE 447584/RJ e RE 240450/RJ também foram decididos nos mesmos termos: inconcebível a tarifação do dano moral de acordo com os termos da CF/88, pois a tarifação é incapaz de conceder a reparação integral e ampla assegurada pelos direitos fundamentais.

¹⁵³ Súmula 281 do STJ: A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.

¹⁵⁴ Cita-se o RE396386/SP decidido pelo STF pela impossibilidade de tarifação dos danos morais: **CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. LEI N. 5.250/67 - LEI DE IMPRENSA, ART. 52: NÃO RECEPÇÃO PELA CF/88, ART. 5º, INCISOS V E X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS A E B. I.** - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei n. 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei n. 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - CF, art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei n. 5.250/67

- Lei de Imprensa. (RE 396386/SP. Publicado em 13.8.2004. Relator: Min. Carlos Velloso)

Para melhor esclarecer acerca da amplitude da reparação dos danos morais assegurada nos termos do art. 5º, V e X, da CF/88, impende citar o entendimento de Kátia Magalhães Arruda:

Na fisionomia normativa da proteção do direito à integridade moral, ao qual serve o preceito de reparabilidade pecuniária da ofensa, a vigente Constituição da República não contém de modo expresso, como o exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como se concede para argumentar, nenhuma disposição restritiva que, limitando o valor da indenização e o grau consequente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela. A norma garantidora, que nasce da conjugação dos textos constitucionais (art. 5º, V e X), é, antes, nesse aspecto, de cunho irrestrito¹⁵⁵.

Acrescenta-se que a referida autora, no que se refere à possibilidade de lei ordinária estabelecer normas diversas ao disposto na CF/88 quanto à tarifação dos danos morais, entende o seguinte: “E, aqui, também é não menos negativa a resposta, porque o princípio por observar é que, **se não autoriza a Constituição ‘expressis verbis’, não pode lei alguma restringir direitos, liberdades e garantias constitucionais**”.¹⁵⁶ (grifo nosso).

O STF, em 2009, decidiu, em face da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), a ADPF 130¹⁵⁷ que declarou a lei incompatível com a ordem constitucional. Em análise da ADPF¹⁵⁸,

¹⁵⁵ ARRUDA, Kátia Magalhães. **A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista – Dano Moral no Direito do Trabalho. Tarifação e Jurisprudência do STF.** – São Paulo : LTr, 2017. p. 197.

¹⁵⁶ Ibid., p. 198.

¹⁵⁷ Destaca-se um trecho da decisão do Ministro Ricardo Lewandowski, da ADPF 130, quanto à inviabilidade de se tarifar os danos de natureza extrapatrimoniais, tendo em vista que esta não confere a devida compensação à vítima: “**No art. 5º, incs. V e X, a Carta Magna garante o direito individual de resposta, declarando, ainda, inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação. São direitos de eficácia plena e aplicabilidade imediata** - para usar a consagrada terminologia do Professor José Afonso da Silva - como foi acentuado pelo Deputado Miro Teixeira da tribuna, quando mais não seja, por força do que dispõe o art. 5º, § 1º, do texto magno. Não impressiona, data vénia, a objeção de alguns, segundo a qual, se a lei for totalmente retirada do cenário jurídico, o direito de resposta ficaria sem parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tarifação. É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o “direito de resposta, proporcional ao agravo”, vale dizer, **trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins**. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário. Ademais, **o princípio da proporcionalidade**, tal como explicitado no referido dispositivo constitucional, **somente pode materializar-se em face de um caso concreto**. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o

o STF declarou incompatíveis com a CF/88 os arts. 52 e 56 da lei¹⁵⁹, tendo em vista a previsão de um teto da indenização de danos morais com base nos salários mínimos da região. Ao decidir a ADPF em relação aos referidos artigos, o STF firmou entendimento no sentido de que o dano decorrente da liberdade de imprensa não pode ser limitado a valores fixados previamente quanto à indenização dos danos morais. Isto porque não se coaduna com a ordem constitucional que prevê, no art. 5º, V e X, da CF/88, a proteção aos bens da vida e a reparação integral proporcional ao agravo dos referidos bens. Dessa forma, decidiu que não resulta cabível que o legislador gradue minuciosamente os valores das indenizações, pois retira do magistrado a possibilidade de fixar uma indenização em consonância com o caso concreto, que seja proporcional ao dano sofrido pela vítima, que se adeque aos meios e fins, de forma a garantir a ampla compensação, tendo em vista que

universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. Em outras palavras, **penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito** de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia-a-dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos. [...] a **indenização por dano moral** - depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - **vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais**, sem quaisquer exageros, aliás, **com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade**, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal. Esta **Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça.** Cito, nessa linha, dentre outras seguintes decisões: o RE 396.386-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 447.484/SP, Rel. Min. Cesar Peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello. [...] Por essas razões, acompanho o eminentíssimo Relator para julgar integralmente a presente ADPF, de maneira a considerar que a nova ordem constitucional não recepcionou a Lei 5.250/67.” (ADPF130. Publicada em 6.11.2009. Ministro: Ricardo Lewandowski) (grifo nosso)

¹⁵⁸ A Lei, pretérita à CF/88, foi, por ora, objeto de apreciação de ADI, não sendo conhecida em razão de se tratar de lei anterior à CF/88, motivo pelo qual a ação cabível para a matéria foi a ADPF.

¹⁵⁹ Ressalta-se que o art. 51 da Lei de Imprensa também estabelecia teto às indenizações. Nesse sentido, salienta-se a transcrição dos referidos artigos: “Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitado, em cada escrito, transmissão ou notícia: I - a 2 salários mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado; II - a 5 salários mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém; III - a 10 salários mínimos da região, nos casos de -imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV - a 20 salários mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade. [...] Art . 52. A responsabilidade civil da emprêsa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vêzes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50. Art.56. A ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação do dano material, e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa.

diversos critérios devem considerados no momento da fixação do *quantum* indenizatório e, por isso, a tarifação afasta a possibilidade de se compensar integralmente a vítima, pois impõe limites que não alcançam a compensação adequada. Nesse sentido, a limitação prévia e abstrata mostra-se incompatível com a indenização irrestrita assegurada pela CF/88.

Em razão disso, muito se discute quanto à constitucionalidade da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) por prever a tarifação dos danos morais no §1º do art. 223-G da CLT.

Mesmo após demasiadas decisões, aprovação da Súmula no STJ e entendimentos jurisprudenciais nos tribunais superiores – inclusive decisão da ADPF 130, que tem peso relevante, visto que ADPF é ação que discute questões constitucionais, tão somente no âmbito do STF – os quais indiscutivelmente estabeleceram ser inconcebível, inconstitucional e incompatível com a CF/88 a tarifação dos danos morais, a reforma trabalhista insistiu em sua aprovação, sendo nítido o desrespeito ao direito fundamental dos trabalhadores de terem a reparação integral dos danos sofridos com o fito de ter resguardadas suas dignidades como humanos. A estranheza em ver a aprovação da reforma nesse aspecto, culminou em entendimentos, por diversos doutrinadores, de má-fé dos legisladores frente à classe de trabalhadores, em favor dos empregadores. Nesses aspectos, para Mauro de Azevedo Menezes:

Adiante, convém expor objeções severas ao conteúdo do § 1º deste artigo, que tem como fulcro a tarifação dos valores de indenização por danos morais e existenciais, conjuntamente avaliados. A noção de suscitar estes parâmetros financeiros máximos constitui inovação repetidamente expurgada na órbita da Justiça comum, não existindo motivo específico algum para vigorar exclusivamente na Justiça do Trabalho, salvo o interesse nefasto de prejudicar o trabalhador lesado em seus direitos de personalidade e preservar os cofres dos infratores, que muitas vezes destroem a vida dos seus subordinados com a exacerbação da exploração obreira, minando amiúde a saúde ou a vida dos trabalhadores vitimados.[...] Não houvesse a indisfarçável má intenção subjacente ao texto desse artigo, seria até comovente tanto empenho dos redatores da lei em oferecer amparo e alívio aos causadores de lesões morais aos trabalhadores. Diversas incongruências e impertinências sistêmicas residem nesse trecho da lei, lado a lado com a maior desfaçatez entre todas as aberrações contidas nesse título, qual seja, a tarifação dos valores de indenização dos danos.¹⁶⁰

¹⁶⁰ MENEZES, Mauro de Azevedo. **A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista.** In: Danos Extrapatrimoniais na Reforma Trabalhista Brasileira de 2017 – São Paulo : LTr, 2017. p. 285-286; 284.

Esse entendimento se deu em virtude da inexplicável insistência do legislador em acrescentar à legislação trabalhista uma tarifação pacificamente entendida como inconstitucional, visto ser a CF/88 clara quanto à necessidade de reparação integral ao dano.

Por isso, entende-se ser de substanciais desigualdade e desprezo à classe trabalhadora uma norma que aliena tão somente essa classe, afastando-se cabalmente a aplicação do CC/02, conforme o art. 223-A da CLT, conferindo distinções entre os empregados e as pessoas amparadas pelo CC/02; assim como, conferindo também distinções entre os próprios empregados que recebem salários distintos. Mais especificamente, especificando o trabalhador, de forma que aquele que recebe salário maior, terá maior “valor” e dignidade, em razão da tarifação estabelecida.

Para não acarretar diferenças entre as pessoas, e para que estas obtenham ampla reparação dos danos sofridos, o Poder Judiciário Brasileiro pacificamente aplica o sistema aberto para o arbitramento da indenização. Isso significa que nesse sistema cabe ao julgador a análise e atribuição do valor devido, por meio de seu prudente critério, sem limitações, de acordo com o caso concreto, aplicando aos casos os princípios constitucionais essenciais como o princípio da dignidade da pessoa humana (elemento pilar, central quanto aos direitos fundamentais), da proporcionalidade e razoabilidade, da reparação integral e da isonomia, com o fito de resguardar a todos a devida compensação e sem discrepâncias de valores da indenização.

Destaca-se para a relevante premissa de que a análise se dará de acordo com o caso concreto, pois cada caso tem sua peculiaridade e, por isso, deve ser analisado individualmente, sem previsões mínimas ou máximas de valores. Ou seja, não é de livre arbítrio do julgador a fixação dos valores, tampouco o arbitramento pura e simplesmente de acordo com sua conveniência. Devem ser observados critérios que conferem uma compensação isonômica e integral. Nesse sentido, para Mauro de Azevedo Menezes:

Em essência, os danos morais ou existenciais não dependem de comprovação do sofrimento como requisito indispensável para a sua constatação. Seu alcance e valoração advêm da apreciação de elementos preconizados a partir do texto constitucional, o que garante que o seu delineamento seja **aberto e ajustável, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e a análise prudente do magistrado** competente para efetuar o correspondente arbitramento.¹⁶¹ (grifo nosso)

Tendo em vista a expressa jurisprudência do STF, salienta-se que caberá à Justiça Trabalhista fazer a análise interpretativa dos casos e, se necessário, afastar a

¹⁶¹ MENEZES, op. cit., p. 280.

norma que prevê a tarifação, abrindo-se espaço para a Teoria Hermenêutica que cumpre um salutar e preponderante papel quando normas infralegais desrespeitam preceitos constitucionais. Assevera o autor citado acima:

Os magistrados da Justiça do Trabalho, decerto, enfrentarão sérias e insuperáveis dificuldades para aplicar friamente tais dispositivos da nova lei, haja vista a nítida desorientação desta em matéria de princípios e seu intuito subversivo da tendência natural emanada do que resta do texto original da CLT, dos dispositivos incidentes do Código Civil de 2002 e, sobretudo, da Constituição Federal. Ao que tudo indica, haverá uma inexorável e correta resistência à assimilação de tais regras, possivelmente condicionadora de sua aplicação à prévia e indispensável mediação interpretativa, que dê proeminência ao sistema legal e constitucional de tutela dos direitos da personalidade, claramente ameaçados pela redação deformada que resultou da aprovação de uma reforma legal que se encaminha para o malogro.¹⁶²

Dessa forma, caberá ao Judiciário a análise diante do caso concreto, aplicando as Teorias de Hermenêutica para afastar aquilo que for incompatível com a CF/88 ou mesmo inconstitucional, pautando-se pelos princípios constitucionais que devem ser ponderados entre si nos casos concretos e que podem se sobrepor às regras (infraconstitucionais) naquilo que contrariar a CF/88.

3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A JUSTIÇA TRABALHISTA E A RESPECTIVA APLICAÇÃO NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

A reforma trabalhista inovou demasiadamente a CLT em diversos aspectos, o que levou, especificamente em relação a tarifação dos danos extrapatrimoniais, a especulações da doutrina e jurisprudência quanto à constitucionalidade do disposto no art. 223-G, em razão de violações a princípios constitucionais que norteiam e alicerçam as decisões da Justiça Trabalhista.

Os princípios são normas aplicadas por meio da ponderação, que informam a compreensão do fenômeno jurídico e atuam como diretrizes centrais. Atribuem compreensão aos significados das normas do ordenamento e podem assumir *status* superior às demais normas sempre que estas forem incompatíveis com a CF/88, assim, derroga-se uma norma por um princípio na solução dos casos concretos. Na fase jurídica, ou seja, após a consumação da elaboração da norma, é que têm atuação mais relevante. Nesse contexto, o

¹⁶² MENEZES, op., cit. p. 280.

ordenamento é composto por normas, as quais são dotadas de regras e princípios. Dworkin¹⁶³ pontua os princípios da seguinte maneira:

Denomino “princípio” um padrão que **deve ser** observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade¹⁶⁴. (grifo nosso)

Nesse diapasão, cabe averiguar alguns princípios constitucionais que são importantes na análise dos dispositivos inseridos na CLT com a reforma trabalhista, suas principais características e o que a aplicação da reforma pode acarretar caso infrinja tais princípios.

3.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A esfera moral é intrinsecamente interligada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio, previsto no art. 1º, III, da CF/88, como um dos fundamentos do ordenamento jurídico, resguarda os valores humanos, protege a essência do ser, independente da classe social, da raça ou da religião. Para Christiani Marques:

A dignidade humana é um bem jurídico inerente e irrestrito a todo cidadão. É pressuposto para uma convivência harmônica e tolerante na sociedade, com a finalidade de atingir o bem-estar de todos, permitindo o desenvolvimento e a preservação de valores, como, por exemplo, sua intimidade e sua vida privada, a fim de que possa ter uma vida feliz. Essa foi a intenção do legislador ao elencar a dignidade humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito¹⁶⁵.

Doutrina e jurisprudência entendem que a dignidade da pessoa humana é um dos pilares essenciais para a conceituação do dano extrapatrimonial e para invocação deste direito, pois está intimamente adstrito às condições existenciais e valorativas do ser humano¹⁶⁶.

¹⁶³ Vide discussão do autor Dworkin no livro “*Levando os direitos a serio*”, p. 39;42-43, que define distinção entre princípios e regras, e aborda sobre a força normativa dos princípios.

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 36.

¹⁶⁵ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética.** São Paulo: LTr, 2002. p. 141.

¹⁶⁶ O princípio da dignidade da pessoa humana é empregado pela jurisprudência do TST como pilar do ordenamento e observado quando da fixação da indenização do dano moral, como se pode verificar no seguinte precedente:

REVISTA PESSOAL. ABUSO NO EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO. DANO MORAL.

CONFIGURAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. Os princípios e garantias constitucionais atuam, na contemporaneidade, em defesa do trabalhador, enquanto e em contrapartida, estabelecem freios para a conduta patronal. A ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988, quando dá destaque à dignidade da pessoa

Nas lições da professora Maria Celina Bodin Moraes:

O Direito do Trabalho nasceu para que se assegurasse a dignidade do trabalhador. Este bem personalíssimo, se for atingido, merece reparação. Amparam o direito do empregado ao recebimento de indenização por dano moral o inciso VI do artigo 114, o inciso III do artigo 1º e os incisos V e X do artigo 5º, todos da Constituição Federal. Cabe a indenização do obreiro por dano moral, quando, em razão da execução da relação de subordinação existente no vínculo de emprego, o empregador, mediante abuso ou uso ilegal do seu poder diretivo, atinge esses bens subjetivos inerentes à pessoa do trabalhador. Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana - dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, consubstanciada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. Circunstâncias que atinjam a pessoa negando a ela a sua essencial condição humana serão consideradas violadoras de sua personalidade e causadoras de dano moral a ser reparado¹⁶⁷.

Nessa esteira, o princípio da dignidade da pessoa humana é essencial na aplicação e interpretação das normas fundamentais, constitucionais e infraconstitucionais, e dos demais princípios. É princípio primordial que irradia todos os demais direitos fundamentais, pois, se violados, é a própria dignidade humana que acaba por ser ofendida. Assim, segundo Canotilho (2002 apud MIESSA, 2017. p. 432):

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, representa o “*valor constitucional supremo*”, o epicentro de todo o ordenamento jurídico

humana e tutela intimidade, privacidade e honra, vedando tratamentos degradantes, revela visível avanço em relação à situação pregressa: ergue a nível matricial a proteção que a classe trabalhadora reclama desde a Revolução Industrial. Fazendo concreto o ideal do Estado Democrático de Direito, este conjunto de princípios deita-se sobre a legislação ordinária, relendo os limites da atuação patronal no exercício do poder diretivo - de base restritamente contratual -, sobretudo naquilo que represente desnecessária exposição e ofensa aos seus subordinados. Somente como exceção e sob escasso olhar, o art. 373-A da CLT admite revistas, regra igualmente limitada para as mulheres e, por influência do princípio isonômico, para os homens: ao empregador incumbe adotar os meios que a tecnologia lhe oferece para defesa de seu patrimônio, sendo-lhe vedado, mesmo com tal aparato, violentar a esfera privada daqueles trabalhadores que contrata. Sendo a última de suas possibilidades, o empregador poderá recorrer às revistas pessoais, desde que o faça sob condições, mas sem jamais macular a privacidade e a intimidade dos empregados. O excesso a tais parâmetros desperta a sanção constitucional e **obriga à indenização do dano moral**, providência que empresta coerção e concretude **ao pilar da dignidade da pessoa humana** e delega expressão máxima ao vetor eleito pela Constituição Federal. Precedentes desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: ARR - 1360-80.2014.5.02.0039. Data de Julgamento: 18/04/2018, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/04/2018).

¹⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81.

em torno do qual gravitam as demais normas. Trata-se de um valor guarnecido por determinados direitos, como os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os próprios direitos sociais, com destaque ao direito ao trabalho em condições dignas.¹⁶⁸

Em razão disso, é dever do Estado conferir reparação integral e ampla sempre que os direitos de personalidade e da dignidade humana forem ultrajados. No entanto, com a Reforma Trabalhista, o princípio da dignidade humana, pilar de todo o ordenamento jurídico, foi tensionado.

Antes da reforma trabalhista, a Justiça do Trabalho aplicava por analogia as normas do direito comum no que tange ao arbitramento dos danos extrapatrimoniais. Por isso, a indenização era fixada de acordo com o caso concreto e com a prudência e bom senso do magistrado, conferindo reparação integral ao dano. A aplicação dessas normas dava-se em razão do permissivo no art. 8º, § único, da CLT, o qual previa: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.” Após a aprovação da lei, passou-se a estabelecer o tabelamento de mínimo e máximo da indenização, com base no último salário do empregado e de acordo com o grau da lesão, conforme exposto no capítulo anterior. Ou seja, passou-se a estipular a tarifação do valor do dano e uma especificação do trabalhador. Nestes termos, de acordo com Antônio Umberto de Souza Júnior *et al*:

[...] o legislador celetista promove inaceitável tarifação prévia da reparação por danos extrapatrimoniais na seara trabalhista. **Ora, a total discricionariedade do legislador é tão lesiva quanto a total discricionariedade do julgador.** Reputando-se válido tal regramento, doravante os trabalhadores serão os únicos cidadãos brasileiros cuja dignidade terá um preço prefixado em lei, assemelhando-se a uma simples peça de engrenagem empresarial, cujo custo econômico é previamente conhecido. Trata-se de medida, ademais, que promove **absurda coisificação do ser humano**, dando *preço* àquilo que, por sua natureza, só pode ter *dignidade*, à luz da consagrada filosofia kantiana.¹⁶⁹

Acrescenta-se que o art. 223-A da CLT restringiu todo o arcabouço jurídico no que tange aos danos extrapatrimoniais das relações trabalhistas somente ao previsto no Título II-A da CLT, conforme se constata na leitura do art. 223-A da CLT: “Aplicam-se à reparação

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. Ed. Portugal: Livraria Almedina, 2002. p. 85. apud MIESSA, Élisson. **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador:JusPODIVM, 2017. p. 432.

¹⁶⁹ SOUZA JÚNIOR, op. cit., p. 138.

de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.” Esta previsão rejeita qualquer possibilidade de aplicação do direito comum no que se refere à responsabilização dos danos de natureza extrapatrimonial no direito do trabalho. No entanto, é contrastante com a própria CLT, a qual ainda prevê, no art. 8º, §1º, que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

Na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em 10 de outubro de 2017, foi aprovado o Enunciado nº 5, nos seguintes termos:

Dano Extrapatrimonial: exclusividade de critérios. Aplicação exclusiva dos novos dispositivos do Título II-A da CLT à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho: inconstitucionalidade. A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do estado a respectiva tutela na ocorrência de ilícitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, V e X, da CF). A interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, caput e incisos V e X e 7º, caput, todas da Constituição Federal.¹⁷⁰

Sabe-se também, conforme exposto anteriormente, que a CF/88, no inciso V do art. 5º, prevê a reparação integral do dano proporcionalmente ao agravo. Este inciso tem eficácia plena e qualquer norma que seja incompatível com ele mitiga a dignidade humana e vai de encontro à CF/88 e, por isso, é considerada inconstitucional.

A dignidade não tem preço. É o princípio mais rígido e intocável do ordenamento jurídico. No entanto, a reforma, ao tarifar o dano e afastar a aplicação do direito comum das relações trabalhistas, infringe o princípio, pois reduz a tutela humana e restringe o bem da vida, por não conferir o devido amparo, além de precisar o ser humano. Para Augusto César Leite

de Carvalho:

O problema que se afigura e que terá que ser aferido pelo magistrado no caso concreto é que a **dignidade humana não é mensurável, não tem preço**, possui um valor inestimável em face da natureza insubstituível e única da personalidade humana, que nada tem a ver com as funções ou atribuição que cada um exerce no dia a dia, seja

¹⁷⁰ BRASIL. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Enunciados Aprovados. **Jornada Nacional**, 10 out. 2017. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

na vida profissional ou privada, daí a imponderabilidade de se usar idênticos parâmetros para todos os indivíduos. Em outras palavras, colocar todos na mesma balança.¹⁷¹ (grifo nosso)

3.2. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, DA REPARAÇÃO INTEGRAL E O JUÍZO DE EQUIDADE

Percebe-se que o dano extrapatrimonial possivelmente não será integralmente compensado em razão de sua tarifação. A indenização deve ser ampla, integral e proporcional à ofensa, de maneira que a conduta praticada pelo ofensor não seja reiterada, que sejam impostos limites a ele, e, assim, seja devidamente responsabilizado. Por essa razão, não é cabível que as indenizações sejam previamente estabelecidas, sem grau algum de flexibilidade à Justiça Trabalhista para a análise e aplicação diante do caso concreto. As indenizações devem adequar-se aos motivos e conforme a intensidade e gravidade do dano, resguardando o preceito constitucional de conferir a indenização proporcional ao agravo.

De acordo com João Oreste Dalazen:

Ao tarifar e estandardizar o valor da indenização por dano moral, o legislador, além de seguir na contramão da história e do Direito, contrapõe-se logicamente à exigência da norma constitucional de que a indenização seja proporcional ao agravo sofrido pela vítima. O vocábulo “proporcional” significa que o valor deve obedecer à dimensão da lesão, sobretudo do ponto de vista da gravidade e do bem personalíssimo atingido. Ora, isso é absolutamente incompatível com a predeterminação de um valor máximo para a indenização. De fato, impossível conciliar a estandardização do valor da indenização por dano moral com a exigência constitucional de proporcionalidade. Parece de lógica cartesiana irrefutável que “proporcional” não se com-padece jamais com a estipulação de um valor máximo a título de indenização, mormente levando em conta as múltiplas e heterogêneas formas de lesão moral que a dinâmica social e econômica suscita.¹⁷²

No mais, a aplicação do princípio da reparação integral confere uma reparação justa por meio da análise no caso concreto, nos moldes a seguir, conforme Antônio Umberto de Souza Junior *et al*:

¹⁷¹ CARVALHO, Augusto César Leite. **A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista – O Dano Extrapatrimonial da Lei nº 13.467/2918 da Reforma Trabalhista.** – São Paulo : LTr, 2017.p. 88.

¹⁷² DALAZEN, João Oreste. **Dano moral trabalhista e tarifação da indenização.** In: Lições de direito e processo do trabalho. – São Paulo : LTr, 2017.p. 138.

[...] desejo constitucional de garantir ampla reparabilidade dos danos extrapatrimoniais (art. 5º, V e X), o que dá concretude ao princípio da reparação integral, cujo conteúdo, vale dizer, é intrinsecamente flexível e dinâmico, admitindo um vetor geral mais denso, impondo máximo respeito à extensão do dano (CC, art. 944, *caput*), sem descurar, todavia, da sensibilidade para identificar detalhes do caso concreto importantes para um resultado final verdadeiramente justo e equo (CC, art. 944, parágrafo único).¹⁷³

Por meio dos referidos princípios, obtém-se, diante da análise do caso concreto, o valor adequado e devido da indenização, evitando-se uma fixação ínfima, incapaz de compensar o dano sofrido pela vítima, e se evitando ao mesmo tempo a promoção do enriquecimento ilícito desta por arbitramento de indenização demasiadamente onerosa ao empregador, injusta, excessiva. Nesse sentido, para João Oreste Dalazen:

[...] pautar-se, enfim, pela razoabilidade e equitatividade na estipulação, evitando-se: de um lado, um valor exagerado e exorbitante, ao ponto de levar a uma situação de enriquecimento sem causa, ou conduzir à ruína financeira o ofensor; de outro, evitando-se um valor que seja irrisório ou insignificante, ao ponto de não cumprir sua função pedagógica e inibitória.¹⁷⁴

Ou seja, os princípios refutam quaisquer legislação e decisão incompatíveis com a CF/88, no que tange ao arbitramento da indenização. Conforme Ana Claudia Schwenck dos Santos:

Esta tarifação fere diretamente o princípio da isonomia e da proibição de discriminação, estabelecidos no caput do art. 5º e no inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, respectivamente. Como se não bastasse, o princípio da reparação integral também não é observado, porquanto a necessidade de obedecer ao limite estipulado na lei pode gerar um valor inferior ao devido.¹⁷⁵ (grifo nosso)

Por essa razão, é fundamental que as decisões jurídicas sejam em conformidade com a equidade. O juízo de equidade visa a justiça no momento do emprego da norma ao caso concreto. Reflete correções das incongruências da lei, conferindo justiça e adequação dos preceitos abstratos e genéricos à cada particularidade fática, o que ameniza toda a rigorosidade da norma. Para Maurício Godinho Delgado:

Em que medida a equidade relaciona-se com o princípio da dignidade do ser humano? Na exata proporção em que torna a individualidade de qualquer pessoa humana relevante no processo de

¹⁷³ SOUZA JÚNIOR, op. cit., p. 135.

¹⁷⁴ DALAZEN, op. cit., p. 140.

¹⁷⁵ SANTOS, op. cit., p. 143.

incidência do comando geral, abstrato, impessoal e obrigatório do Direito à situação particular vivenciada por esse indivíduo. Embora o Direito labore com noções e medidas relativamente universais, é parte do conjunto do fenômeno jurídico respeitar- se a simplicidade às vezes diferenciadora das situações individuais, atribuindo-lhe também relevância no processo de concretização da norma. Não se trata de admitir a esterilização da norma em vista das peculiaridades de cada indivíduo, mas apenas produzir-se uma justa adequação.¹⁷⁶ (grifo nosso)

Nesse contexto, a tarifação legislativa pode infringir princípios e preceitos constitucionais, pois conforme a CF/88 faz-se mister que o empregado seja integral e amplamente reparado pelo dano sofrido, cabendo à Justiça Trabalhista a análise do caso concreto. Para Antônio Umberto de Souza Junior *et al*:

Por todos os fundamentos expostos e outros que este breve espaço de comentários não nos permite alinhavar, cumpre-nos proclamar nossa firme convicção jurídica de que tal tarifação é flagrantemente inconstitucional, haja vista que, como já referimos anteriormente, **nossa Constituição Federal assegura a ampla reparabilidade dos danos extrapatrimoniais**, do que se deduz um correspondente dever fundamental de **reparação integral** (art. 5º, V e X), tornando írrita, assim, qualquer apriorística tarifação legislativa quanto a reparações por danos extrapatrimoniais, como esta perpetrada pelo legislador reformista.¹⁷⁷(grifo nosso)

3.3. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Ademais disso, a reforma trabalhista ao tarifar a indenização viola o princípio da isonomia assegurado pela CF/88.

A CF/88 conferiu vasta previsão e amparo à isonomia entre os povos como direito essencial e fundamental. Desde o preâmbulo da CF/88 há previsão da igualdade, nos termos: “[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, *a igualdade* e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, [...].” Também, como objetivos da República Federativa, prevê o art.3º a redução de desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, refutando-se quaisquer formas de discriminação. No mais, o caput do art. 5º reconheceu o direito à igualdade como direito fundamental, assim disposto: “*Todos são iguais perante a lei*, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

¹⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 5ª ed. – São Paulo: LTr, 2017. p. 248.

¹⁷⁷ SOUZA JÚNIOR, op. cit., p. 139.

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:". (grifo nosso).

Ao garantir que todos são iguais perante a lei, a CF/88 confere *igualdade formal* às pessoas. A igualdade formal é a igualdade perante lei, ou seja, em que se deve ser dado tratamento isonômico a todos os indivíduos, independentemente da raça, cor, religião, idade ou sexo, incidindo-se os comandos gerais e abstratos das leis a todos eles. Assim, no processo de formação da norma não cabe a inclusão de discriminação a quaisquer indivíduos.

Nesse sentido, para Célia Peres Mara:

Quanto às concepções, a Constituição Federal de 1988 protegeu a igualdade formal, primeira concepção admitida pelos sistemas jurídicos no mundo, no momento em que reconheceu a igualdade de todos perante a lei, ou seja, o direito de todo cidadão ser tratado pela lei da mesma maneira, sem distinções de privilégios, consubstanciando-se essa obrigatoriedade nas características de generalidade e abstração da norma.¹⁷⁸

No entanto, em razão da insuficiente faceta da igualdade formal e com o fito de se proteger pessoas menos favorecidas, de igualar as pessoas e efetivar os direitos fundamentais, passou-se a se conferir a *igualdade material*. Esta igualdade visa estabelecer tratamento desigual aos desiguais, pois os indivíduos têm diferenças em suas essências, têm suas peculiaridades. Por isso, passou-se a tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais. Para Robert Alexy:

[...] o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção. É necessário questionar se e como é possível encontrar um meio-termo entre esses dois extremos. Um ponto de partida para esse meio-termo é a fórmula clássica: ‘O igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente’ [...]. Para se chegar a uma vinculação substancial do legislador, é necessário interpretar a fórmula ‘o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente [...] não no sentido de um dever formal, mas de um dever material de igualdade.’¹⁷⁹

¹⁷⁸ PERES, Célia Mara. **A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho.** – São Paulo: LTr, 2014. p.49.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** – São Paulo: Malheiros, 2008. p. 347 e 419.

A previsão de tarifação de indenizações na legislação trabalhista, dessa forma, acaba por excluir os empregados do direito à reparação integral resguardado pela CF/88, quando a Constituição na verdade consagra direitos igualitários a todos. Para Fátima Zanetti:

Quando se trata de direito extrapatrimonial que incide sobre todo e qualquer cidadão não pode haver uma regulamentação específica para uma classe de pessoas, no caso, os empregados. O direito nesse caso, repito, é da condição humana; é inegociável, e o trabalhador não pode ser considerado nem melhor, nem pior, nem inferior, nem superior a ninguém.¹⁸⁰

Nesse sentido, para Augusto César L. de Carvalho:

Quanto à observância do princípio da igualdade pelo legislador ordinário, é possível ilustrar o que sustenta Montilla Martos com base na premissa - que temos, para efeito de argumentação, como válida - de o postulado da igualdade não permitir que seja discriminado o trabalhador pobre, em razão desses seus atributos (empregado e pobre), no que concerne ao arbitramento de valor para os danos extrapatrimoniais que o vitimem ou quanto ao seu direito de acesso à justiça e ao contraditório com os recursos a ele inerentes.¹⁸¹

Perceba-se que a reforma trabalhista pontuou diferenças entre os empregados e aqueles assegurados pelo direito comum (civil, consumerista...) ao preconizar limites às indenizações. Imagine que em um restaurante haja um casal cliente em uma das mesas e um garçom a atendê-los. Caso haja uma explosão neste local que os atinja na mesma proporção, as indenizações do dano extrapatrimonial podem ser diferentes, mesmo tendo todos sofrido danos semelhantes. Isto porque o casal será tutelado pelo direito civil, que assegura ampla e devida indenização em consonância com a CF/88, a qual prevê o resarcimento proporcional ao agravo, de acordo com o caso concreto. No entanto, o garçom será tutelado pelo direito do trabalho que, com a reforma trabalhista, prevê um tabelamento de valores com base no último salário do empregado, de acordo com o grau da lesão sofrida. Assim, por haver uma limitação de valores nas relações trabalhistas, pode ocorrer que empregados que sofram o mesmo prejuízo daqueles amparados pelo direito comum, poderão receber indenizações inferiores, ferindo-se, dessa forma, a isonomia por acarretar distinções entre as pessoas.

Nesse sentido, para Fátima Zanetti:

¹⁸⁰ ZANETTI, Fátima. **Reforma Trabalhista de acordo com a Lei 13.467/2017.** – Indaiatuba, SP: Editora FocoJurídico, 2017. p. 96.

¹⁸¹ CARVALHO, Augusto César Leite. **A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista – O Princípio da Igualdade na Reforma Trabalhista: Tema tormentoso e atormentador.** – São Paulo : LTr, 2017. p. 47.

Quando se compara o trabalhador com o consumidor é perfeitamente claro que o primeiro, em relação ao seu empregador, encontra-se numa condição de vulnerabilidade, quase sempre, muito maior, dado que o bem objeto do contrato é o emprego de onde retira recursos para sua subsistência e de sua família. Qual a razão do trabalhador que, em regra, está em condições de subordinação, em condições de fragilidade de forças, ter um tratamento diferente daquele que é dado aos demais contratos, inclusive ao do consumidor, que também é considerado hipossuficiente e se alberga em um código específico?¹⁸²

Não se vislumbra, dessa maneira, o porquê da distinção entre empregados e aqueles amparados pelo direito civil.

Mais que isso, a reforma inovou diferença entre toda a categoria de trabalhadores. Isto porque ao prever a tarifação com base no *último salário do empregado*, preconiza desigualdades de indenizações. Significa que equipara a dignidade do trabalhador com sua capacidade de remuneração, fazendo com que quem recebe mais, tenha uma dignidade de maior valor do que o que recebe um salário inferior. Nas palavras de Eduardo Simões Neto:

Quantificar a indenização por dano moral considerando as condições socioeconômicas da vítima inverte a lógica do Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição de 1988, pois fornece maior proteção ao mais forte e menor proteção ao mais frágil. Também peca por ignorar que todo ser humano possui a mesma dignidade, pois seu valor não oscila de acordo com raça, credo, sexo ou condições socioeconômicas – a dignidade da pessoa humana preserva de forma igual todo ser humano, independente de seu patrimônio ou remuneração. Como se não bastasse, viola o princípio da igualdade por basear-se na ideia discriminatória de que a dignidade de quem possui um salário maior é superior à de quem possui um salário menor, sendo, portanto, inconstitucional.¹⁸³

Imagine que no mesmo exemplo citado acima, houvesse também o gerente do restaurante a atender aos clientes juntamente ao garçom, e houvesse sofrido danos semelhantes a todos os citados no exemplo. Certamente, o garçom recebe um salário inferior ao do gerente. Pensar, portanto, em uma indenização com base no último salário dos referidos empregados (garçom e gerente) não acarretaria uma indenização superior ao gerente? Sim, a indenização ofertada ao gerente que sofreu um dano semelhante ao do garçom será maior, tendo em vista que tem um salário maior que o do garçom.

¹⁸² ZANETTI, op. cit., p. 91.

¹⁸³ NETO, Eduardo Simões. **Dano Moral: (im)possibilidade de utilização dos critérios socioeconômicos do trabalhador-vítima para fixação do valor da compensação pecuniária.** Rev. TST, Brasília, vol. 79, nº 4, out/dez 2013. p. 53.

Para Maurício Godinho Delgado:

Ou seja, não cabe se valer, hoje, de parâmetro que incorpore discriminação ou valoração diferenciada injustificável entre pessoas humanas. A honra, a dignidade, a higidez física, a higidez psíquica e outros bens e valores de caráter moral são ínsitos a qualquer ser humano, independentemente de sua posição social, econômica, cultural, política, etc. Esse aspecto diferencial é tido como discriminatório, não podendo, assim, ser tomado em consideração na fixação do montante indenizatório.¹⁸⁴

Portanto, plenamente cabível a invocação do princípio da isonomia para se aferir a constitucionalidade da reforma trabalhista ou para aplicação adequada do direito. Dessa forma, para reafirmar as questões acima elencadas, cita-se o entendimento de Antônio Umberto de Souza Júnior *et al*:

Cumpre-nos reiterar: proposta desse nível suscita **patente violação ao postulado da isonomia** (CF, arts. 3º, IV, e 5º, *caput*), na medida em que opera distinção não justificada entre pessoas. Afinal, dignidade, honra, imagem e intimidade, por exemplo, são **atributos inerentes ao homem** que dão concretude à **dignidade humana** (CF, art. 1º, III). Logo, devem ser objeto de inteira e adequada proteção, **independentemente da posição social ou contratual do ofendido.**¹⁸⁵ (grifo original)

4. ANÁLISE INTERPRETATIVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os magistrados, antes do século XIX, desempenhavam seus papéis apenas como “boca da lei”. Ou seja, à época faziam tão somente a subsunção da lei ao caso concreto. Eram meros reprodutores, sem independência para aplicarem as normas de acordo com os preceitos das Constituições.

Hodiernamente, os juízes são dotados de independência funcional, conferindo a eles o encargo de aplicação das leis conforme os preceitos constitucionais. O juiz não é neutro (diferentemente de imparcial), é dotado de convencimento técnico-jurídico e de jurisdição que possibilitam a formação de seu convencimento dentro dos parâmetros constitucionais, desde que devidamente fundamentado. O juiz é a voz do direito. Aplica a lei, mas buscando harmonia com todo o ordenamento. Essa é a essência, pois as leis nem sempre estão

¹⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** – 17. ed. rev. atual. e ampl.. – São Paulo : LTr,2018. p. 747.

¹⁸⁵ SOUZA JÚNIOR, op. cit., p. 138.

alinhadas ao direito, no entanto, é necessária a ilustre coincidência entre lei, direito e justiça. Nesse sentido, para Guilherme Guimarães Feliciano:

A hipótese de um Poder Judiciário “não criativo”, com um corpo de magistrados que apenas repita os textos de lei e adapte a vontade histórica do legislador - ou a vontade histórica dos próprios tribunais - aos casos concretos, em modo de (quase) pura subsunção formal, não atende aos pressupostos políticos do Estado Democrático de Direito. Infantiliza o juiz, automatiza-o, quando não o bestializa (mais uma vez, a figura do papagaio). Sob tais pressupostos, a Magistratura torna-se incapaz de refletir a diversidade e a pluralidade do pensamento jurídico. E é menos apta a preservar as minorias contra os ímpetos das maiorias políticas, que ditam os textos de lei. É que tampouco a “lei” é um fenômeno empiricamente abstrato ou neutro.¹⁸⁶

Para tanto, os juízes se valem da Hermenêutica Jurídica que corresponde ao conjunto de mecanismos que direcionam a Interpretação das normas. Para Maurício Godinho Delgado “A Hermenêutica Jurídica, do ponto de vista estrito, corresponde, tecnicamente, à ciência (ou ramo da Ciência do Direito) que trata do processo de interpretação das normas jurídicas”¹⁸⁷. A Interpretação das normas consiste, na definição do autor acima citado, “Por interpretação conceitua-se o processo analítico de compreensão e determinação do sentido e extensão da norma jurídica enfocada”¹⁸⁸. Dessa forma, é a Hermenêutica Jurídica quem conduz a interpretação do Direito com o fito harmonizar todo o Sistema Jurídico, o qual é formado por um conjunto de regras e princípios jurídicos lógicos e coerentes tanto do ramo do direito do trabalho como do sistema da Constituição da República. Nesse sentido, conforme esclarecem Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

A Interpretação do Direito é regida por um conjunto de diretrizes estruturadas pela Hermenêutica Jurídica de maneira a propiciar que o processo interpretativo se torne objetivo, permitindo revelar sentido da norma interpretada que seja mais harmônico com a ordem jurídica circundante que lhe seja afeta. [...] Nesse contexto, constituem campos normativos próximos a que a norma jurídica interpretada se integra tanto o conjunto de princípios e regras componentes do ramo jurídico especializado (no caso, o Direito do Trabalho), como também o conjunto de princípios e regras

¹⁸⁶ FELCIANO, Guilherme Guimarães. **A Centralidade do Trabalho e os Rumos da Legislação Trabalhista: homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen** – O Novo Enigma da Esfinge: como os Juízes do Trabalho tratarão a Reforma Trabalhista? – São Paulo : LTr, 2018. p. 141.

¹⁸⁷ DELGADO, op., cit. p. 260.

¹⁸⁸ DELGADO, op., cit. p. 256.

componentes do sistema constitucional da República (a Constituição de 1988)¹⁸⁹

A interpretação se dá na fase pré-jurídica, no ato de elaboração da norma, e na fase jurídica, quando o operador do direito confere à norma o sentido e extensão dela.¹⁹⁰ Por isso, é devidamente pertinente que o juiz interprete e integre todo o sistema por meio da análise da norma diante do caso concreto.

Dessa forma, não cabe induzir os juízes ao papel de meros enunciadores da lei. As normas devem ser interpretadas histórica, sistemática, lógica e teleologicamente. Isso é a hermenêutica. É fenômeno que se prende à Constituição. Dá aos textos jurídicos os caminhos para a pertinente interpretação, dentro dos parâmetros constitucionais. E cabe aos magistrados exercerem essa função constitucional. Não se trata aqui de um espaço para uma criatividade desregrada dos magistrados, mas da possibilidade de empregar a norma adequadamente, dentro dos parâmetros de liberdade albergada pela independência funcional, que na verdade se dá para proteção dos cidadãos. Para Guilherme Guimarães Feliciano:

Pertencendo ao mundo do dever-ser - ou, dirá Habermas, no “nossa” mundo de sociedade -, uma interpretação jurídica apenas pode ser “certa” ou “errada” (= atitude conformativa), cabendo ao Poder Judiciário, intérprete último das fontes formais do Direito, dizer se determinada compreensão tem ou não “correção” no marco do sistema jurídico. Dirão, portanto, os tribunais. E, para dizê-lo - mesmo que na perspectiva dworkiniana da única resposta certa - , não prescindirão de sua liberdade.¹⁹¹

Nessa seara adentra a função dos princípios, que com a promulgação da CF/88, tornaram-se de fundamental relevância ao ordenamento jurídico brasileiro. Desde então, passou-se a definir e aplicar de maneira mais acurada a distinção entre regras e princípios e, com isso, as decisões do Poder Judiciário incorporaram argumentos mais sólidos e condizentes com os direitos fundamentais garantidos na CF/88.

Essa carga de importância dada aos princípios no Poder Judiciário deu início após a Segunda Guerra Mundial, pelas Teorias fundadas por Dworkin, nos anos 70. Ronald Dworkin definiu claramente a distinção entre regras e princípios, o que implicou no reconhecimento inexorável de que ambos estão no mesmo patamar como normas jurídicas.

¹⁸⁹ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** – São Paulo : LTr, 2017.p. 88.

¹⁹⁰ Maurício Godinho Delgado trata sobre essas definições em seu livro **“Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho”**. 5^a ed. – São Paulo: LTr, 2017, na p. 59.

¹⁹¹ FELICIANO, op., cit. p. 141.

No livro “Levando os Direitos a sério”, Dworkin distingue o papel de cada um. Em suas concepções:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do **peso ou importância**. Quando os princípios se intercruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar **que peso ele tem ou quão importante ele é**. As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes. [...] Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. [...] Os princípios são proposições que descrevem direitos¹⁹² (grifo nosso)

É imprescindível a distinção entre regras e princípios, tendo em vista o caráter de relevância que os princípios assumem na interpretação da norma. Pontuam Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

É que o direito está, antes de tudo, contido na norma jurídica, constituída não só pela regra, como também – e principalmente – pelos princípios jurídicos. Muito menos, a interpretação dessa regra deve se fazer a partir de seu aparente sentido literal. O sentido próprio da regra jurídica está determinado também pelo sentido da norma de Direito (regra e princípios jurídicos), sendo que esse sentido se encontra por intermédio do manejo científico dos métodos de exegese jurídica denominados métodos lógico, sistemático e teleológico.¹⁹³

¹⁹² DWORKIN, op., cit. p. 39; 42-43; 141.

¹⁹³ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** – São Paulo : LTr, 2017.p. 88.

Ademais, Dworkin entende que “As leis e regras do direito costumeiro (*common law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos”¹⁹⁴.

A Teoria de Dworkin passou a ser mais utilizada no Brasil apenas com o novo constitucionalismo de 1988, que deu nova roupagem aos princípios, os quais passaram a figurar não mais apenas como uma questão de moral, mas com o caráter de normatividade, do “dever- ser”. Registra-se que os mesmos preceitos são perfeitamente aplicados no ramo do Direito do Trabalho. Conforme José Felipe Ledur:

Nossa Constituição de 1988 abriu caminho semelhante após a ditadura militar, ao afirmar princípios, valores e regras jurídicas dirigidas a instituir Estado Democrático de Direito que, em síntese, assegure o exercício dos direitos sociais e individuais por todos. No âmbito do Direito do Trabalho, cujo núcleo transitou da lei (CLT) para a CF em vista do abrangente rol de direitos fundamentais dos trabalhadores, a proteção atualmente encontra fundamento constitucional.¹⁹⁵

Salienta-se que o Poder Judiciário, valendo-se de sua prerrogativa de aplicador e intérprete das leis, pode afastar as normas infralegais incompatíveis com CF/88 por meio da aplicação dos princípios. Essa é a essência dos princípios: são preponderantes em face das regras que desrespeitam os primados garantidos pela CF/88. Para Dworkin:

Quando, então, um juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor? Os princípios aparecem na resposta de duas maneiras distintas. Na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira o princípio justifica a modificação. [...] Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais

¹⁹⁴ DWORKIN, op., cit. 128

¹⁹⁵ LEDUR, José Felipe. **Barreiras Constitucionais à Erosão dos Direitos dos Trabalhadores e a Reforma Trabalhista.** Revista LTr., Vol. 81, Nº 10, Outubro de 2017.p. 5.

arraigada. Na segunda maneira de considerar o problema, um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios.¹⁹⁶

Apesar dos rumores de que após a vigência da Reforma Trabalhista os juízes iriam pura e simplesmente afastar os ditames da referida lei, por seu livre alvitre, cumpre ressaltar que a eles na verdade é conferida a prerrogativa e função de adequar as normas aos casos concretos, passando do papel de mero enunciador da norma, ao juiz que detém independência funcional para dar às normas o verdadeiro sentido e, se for o caso, afastá-las quando incompatíveis com a CF/88. Por isso, não se trata de afastar normas ao bel-prazer, mas de dar a elas a interpretação adequada e oferecer a devida prestação jurisdicional. De acordo com Valdete Souto Severo:

Na mesma linha, a “reforma” pretende atrelar os Juízes e Juízas do Trabalho ao texto da lei, impedindo a interpretação (parágrafo terceiro do art. 8º da CLT) ou estabelecendo a impossibilidade de julgamento com base em elementos que não estejam contidos em determinado dispositivo legal (art. 223-A da CLT). São regras destinadas ao fracasso, exatamente porque atuando no âmbito do discurso, a **norma jurídica será sempre o resultado de uma regra interpretada/complementada pelo intérprete no momento de sua aplicação/interpretação.** [...] de modo mais explícito, será preciso coragem e comprometimento com atos que viabilizem um convívio social menos excludente, e, nesse sentido, transformador. Havendo tal disposição, certamente serão úteis discursos jurídicos que convençam – dentro dessa esfera de linguagem - os aplicadores do Direito, acerca da **viabilidade de dar sentido e concretude a normas** que atuem para a “melhoria das condições sociais” de quem trabalha e, ao mesmo tempo, **afastar regras que traem a própria razão de existência do Direito do Trabalho, a partir de uma concepção diversa do que é princípio e de como aplicá-lo.** (grifo nosso)¹⁹⁷

Diante do contexto, percebe-se que são questões passíveis de aplicação no caso da Lei da Reforma Trabalhista, mais especificamente no que se refere à tarifação dos danos de natureza extrapatrimonial. Isto porque ao tarifar os valores de indenização, os trabalhadores passam a serem precificados e tratados de forma distinta, à medida que os trabalhadores que recebem salários menores terão indenização inferior em relação aos trabalhadores que recebem salários maiores e em relação às pessoas amparadas pelo direito comum, que têm reparação ampla e integral em razão do disposto no CC/02. A tarifação da indenização

¹⁹⁶ DWORKIN, op., cit. p. 59-60.

¹⁹⁷ SEVERO, Valdete Souto. **Interpretação e Aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro – A Proteção no Princípio: Elementos para a Resistência à “Reforma”.** – São Paulo : LTr, 2018. p. 54-55.

impede, portanto, a ampla compensação do dano sofrido pela vítima. Ora, dessa maneira, quando uma norma busca impedir a integral e ampla reparação dos danos, é de se notar que há infringência ao art. 5º, V e X, da CF/88, e aos princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da isonomia e o princípio da proporcionalidade. Por isso, viola, consequentemente, os direitos fundamentais que são de inquestionável relevância ao ordenamento e que assumem, inclusive, *status de cláusula pétrea*. Quanto à importância dos direitos fundamentais, Marco Aurélio de Mello pontua:

A Constituição de 1988 é exemplo destacado do constitucionalismo contemporâneo. Tem, como traço essencial, a disciplina dos direitos fundamentais individuais e coletivos, negativos e positivos, refletindo a tendência das constituições modernas de **centralidade dos direitos fundamentais**. [...] Os direitos fundamentais são a parte mais importante do projeto constitucional de 1988, envolvidos os valores da liberdade, igualdade e dignidade. A disciplina abrangente ensejou autêntica constitucionalização do ordenamento jurídico, o que implicou o reconhecimento inequívoco da normatividade dos princípios constitucionais.¹⁹⁸ (grifo nosso)

Diante disso, quando uma norma infraconstitucional infringe direitos fundamentais assegurados pela CF/88, faz-se mister a aplicação dos princípios que para Dworkin têm o sentido de “dever-ser”. Por isso, é possível que os princípios preponderem em face da regra contida no art. 223-G, §1º, da CLT, visto que esta prevê a tarifação dos danos extrapatrimoniais com base no último salário do empregado, o que impede a reparação integral proporcionalmente ao agravo e fere a isonomia.

Uma nação fundada em princípios constitucionais, é uma nação acolhedora. Nesse sentido, é essencial que diante das circunstâncias do caso concreto o magistrado não se olvide do peso que os princípios assumem para o ordenamento jurídico e não se abstenha da prerrogativa que detém de afastar normas que não condizem com a Lei Maior, aplicando os princípios constitucionais, que têm força normativa, capazes de zelar pela Constituição que prima pela proteção dos direitos fundamentais conquistados após diversas lutas civis na busca do ideal: reconhecimento da dignidade da pessoa humana e a isonomia de todos os povos.

Para Valdete Souto Severo: “Regras que negam proteção a quem trabalha podem ser qualquer coisa, menos norma jurídica trabalhista. Por isso, não podem ser aplicadas, sob

¹⁹⁸ MELLO, Marco Aurélio. **A Centralidade do Trabalho e os Rumos da Legislação Trabalhista: homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen** – A Força Normativa do Princípio da Proteção no Direito Constitucional do Trabalho – São Paulo : LTr, 2018. p. 205; 215.

pena de ruptura do sistema e comprometimento da ordem constitucional vigente”.¹⁹⁹ Não seria diferente, então, aos trabalhadores, uma vez que a CF/88 reservou um capítulo para tratar dos direitos assegurados aos trabalhadores, direitos esses abarcados no Título II da CF/88 que garante os Direitos e Garantias Fundamentais. E mais que isso, o art. 5º, V e X, da CF/88, o qual assegura a compensação integral do dano, não faz distinção a quem se aplica o preceito, pois, ao contrário disso, o amparo do artigo constitucional é concedido a todas as pessoas, indistintamente. Não cabe, dessa maneira, que aos trabalhadores seja dado um tratamento distinto que fira os núcleos centrais dos direitos fundamentais e, consequente, os princípios constitucionais, os quais são brindados a todos, indiscutivelmente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 5º, V e X, da CF/88 prevê a indenização proporcional ao agravo quando a esfera moral da pessoa é atingida. Em razão disso, o CC/02 dispõe sobre as responsabilidades objetiva e subjetiva do ofensor, no art. 927 e ss. No mais, o art. 944, do CC/02 prevê que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, o que condiz com o disposto na CF/88. Os referidos preceitos sempre foram aplicados às relações civis, consumeristas e trabalhistas. O Direito do Trabalho, por analogia, adotou os dispostos no CC/02 no tocante à responsabilização do ofensor e aos critérios para fixação da indenização dos danos morais. Dessa forma, as indenizações eram fixadas pela prudência do julgador, mas pautando-se sempre pela gravidade do dano de acordo com o caso concreto, tendo em vista que é garantia constitucional a indenização proporcional ao agravo.

Ocorre que, em 11 de novembro de 2017, entrou em vigor a Lei nº 13.467/2017, a Reforma Trabalhista, que reservou o Título II-A na CLT, que trata exclusivamente sobre danos extrapatrimoniais. O art. 223-A dispõe que se aplicam às relações trabalhistas apenas o disposto no Título no que se refere aos danos extrapatrimoniais. Assim, o que antes não havia legislação trabalhista específica que tratasse do assunto, com a aprovação da lei passou-se a vedar a aplicação de quaisquer outras normas às relações trabalhistas, como o CC/02.

O art. 223-G, §1º, da CLT, introduzido pela Reforma Trabalhista, passou a tarifar os danos de natureza extrapatrimoniais e com base no último salário do empregado. Diante disso, muito se questionou acerca da constitucionalidade e aplicação do referido artigo, tendo em vista que poderia ferir o princípio da isonomia, pois, com a tarifação, os empregados que recebem salários maiores receberiam indenização em maior valor. E mais, os empregados

¹⁹⁹ SEVERO, op., cit. p. 60.

poderiam ter indenizações em valores inferiores às demais pessoas, visto que no direito comum, amparado pelo CC/02, não há limitação de indenização. A indenização é estabelecida proporcionalmente ao agravo, há reparação integral do dano.

Ademais, o STF já decidiu reiteradas vezes, antes da aprovação da Reforma Trabalhista, acerca da constitucionalidade da tarifação dos danos morais. Em 2009, julgou a ADPF 130, que tratava sobre a Lei de Imprensa, e considerou incompatíveis com a CF/88 os arts. 51 e 52 que estabeleciais a tarifação dos danos morais. Acrescenta-se que o STJ também aprovou a Súmula 281, no sentido de não ser aplicável a Lei de Imprensa nas indenizações de danos morais.

Em razão disso, e diante da insistência do legislador em prever o §1º do art. 223-G da CLT, muito se indagou acerca da constitucionalidade do dispositivo e se a aplicação deste seria incompatível com o ordenamento jurídico.

A CF/88 tem como pilar dos direitos e garantias fundamentais a dignidade da pessoa humana. A dignidade é intrínseca ao ser humano e qualquer afronta à sua essência acarreta infringência à moral. Nessa seara, cabe a todo ser humano, ressalte-se que inclusive aos trabalhadores, a indenização proporcional ao agravo. Ou seja, a compensação ao dano deve ser integral e, uma vez não compensado integralmente, fere-se a dignidade da pessoa humana. No mais, fere o princípio da isonomia indenizações em valores distintos quando danos semelhantes. Uma, em relação aos trabalhadores frente às pessoas amparadas pelo direito comum. Outra, a distinção entre a própria categoria de empregados, pois os que recebem salários maiores receberão maiores indenizações, vendo que tendo sofrido danos similares. Um ataque à isonomia.

As indenizações devem ser ilimitadas para serem reparadas integralmente. Não há por que a distinção tão somente no ramo trabalhista. Nessas circunstâncias, a CF/88 e a Teoria da Hermenêutica Jurídica conferem aos julgadores a possibilidade de afastarem normas que sejam incompatíveis com a CF/88, a Lei Maior que deve ser obrigatoriamente obedecida pelas normas infralegais.

O ordenamento jurídico deve ser lógico, coerente e harmônico. Por isso, as normas infralegais que não estejam em harmonia com os preceitos constitucionais devem ser afastar, de forma a evitar o colapso da ordem constitucional. Esse é o papel, portanto, do julgador. Operar as normas em concreto, não como meros enunciadores das normas como “boca da lei”, mas como entes com prerrogativas de decidirem de acordo com o caso concreto e afastarem o que burla frontalmente os preceitos maiores.

As normas infraconstitucionais não são afastadas indistintamente pelos julgadores, pois decorrem, na verdade, da interpretação. E os princípios constitucionais adentram ao campo como mecanismos de interpretação das normas. Isso porque, os princípios constitucionais têm força normativa. Dworkin assevera que os princípios são dotados de força normativa assim como as regras e pode afastá-las quando incompatíveis com o ordenamento jurídico. Em razão disso, os princípios têm forças para afastarem regras que não condizem e burlam a ordem constitucional.

Portanto, em consonância com o exposto, registra-se que há possibilidade de os julgadores, no campo da interpretação, quando entenderem que a tarifação dos danos de natureza extrapatrimoniais fixados no art. 223-G, §1º, da CLT, é inconstitucional e inconcebível de aplicação no caso em concreto, poderão afastar o dispositivo para atender ao preceito constitucional previsto no art. 5^a, V e X, da CLT. Para uma norma estar compatível com a CF/88, quanto à indenização dos danos morais, é necessário que garanta o cumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da reparação integral e da proporcionalidade. Essas considerações não são e nem devem ser distintas aos trabalhadores, que devem ter seus direitos zelados, os quais são garantidos pela CF/88.

5. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** – São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARRUDA, Kátia Magalhães. **A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista – Dano Moral no Direito do Trabalho. Tarifação e Jurisprudência do STF.** – São Paulo : LTr, 2017.
- BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos Morais no Direito do Trabalho.** – Rio de Janeiro, São Paulo e Recife. Ed. Renovar, 2007.
- BRASIL. 2^a Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Enunciados Aprovados.
- Jornada Nacional**, 10 out. 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 10 mai. 2018.
- BRASIL. ADPF130. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>> Acesso em: fev. 2018.

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: mai. 2018.

BRASIL. Súmula 281 do STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf> Acesso em: mar. 2018.

CAIRO Jr., José. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Ed. JusPodivm, 2014.

_____. **O acidente de Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador**. 8. Ed. LTr,
2015.

CARVALHO, Augusto César Leite. **A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista – O Dano Extrapatrimonial da Lei nº 13.467/2018 da Reforma Trabalhista**. – São Paulo : LTr, 2017.

_____. **A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista – O Princípio da Igualdade na Reforma Trabalhista: Tema tormentoso e atormentador**. – São Paulo : LTr, 2017.

DALAZEN, João Oreste. **Dano moral trabalhista e tarifação da indenização**. In: Lições de direito e processo do trabalho. – São Paulo : LTr, 2017.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. – 6. Ed. – São Paulo : LTr, 2017.

_____. **Controvérsias sobre o dano moral trabalhista**. Revista do Tribunal Superior do

Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 73, n.2, p. 186-202, abr./jun. 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. – 17. ed. rev. atual. e ampl..

– São Paulo : LTr, 2018.

_____. **Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e**

Coletivo do Trabalho. 5ª ed. – São Paulo: LTr, 2017.

_____ ; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** – São Paulo : LTr, 2017.

DIETZOLD, Victor Tainah F. **Reforma Trabalhista o Impacto nas Relações de Trabalho**

–

A tarifação dos danos extrapatrimoniais e a segurança jurídica. – Belo Horizonte : Forum,

2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes,

2014.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **A Centralidade do Trabalho e os Rumos da Legislação Trabalhista: homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen – O Novo Enigma da Esfinge: como os Juízes do Trabalho tratarão a Reforma Trabalhista?** – São Paulo : LTr, 2018.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Curso de Direito do Trabalho.** – 4. ed. – São Paulo

: LTr, 2018.

GALVÃO, Andréia *et al.* **Contribuição crítica à Reforma Trabalhista.** GT Reforma

Trabalhista CESIT/IE/UNICAMP. – Campinas, 2017. p. 18. Disponível em:

<<http://www.cesit.net.br/dossie-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

LEDUR, José Felipe. **Barreiras Constitucionais à Erosão dos Direitos dos Trabalhadores e a Reforma Trabalhista.** Revista LTr., Vol. 81, Nº 10, Outubro de 2017.

MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética.** São Paulo: LTr, 2002.

MELLO, Marco Aurélio. **A Centralidade do Trabalho e os Rumos da Legislação Trabalhista: homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen – A Força Normativa do Princípio da Proteção no Direito Constitucional do Trabalho** – São Paulo : LTr, 2018.

MENEZES, Mauro de Azevedo. **A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista.** In: Danos Extrapatrimoniais na Reforma Trabalhista Brasileira de 2017 – São Paulo : LTr, 2017.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **A Reforma Trabalhista e seus impactos.** – Salvador

: JusPODIVM, 2017.

_____. **A Reforma Trabalhista e seus Impactos.** Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 432. apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.**

5. Ed. Portugal: Livraria Almedina, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NETO, Eduardo Simões. **Dano Moral: (im)possibilidade de utilização dos critérios socioeconômicos do trabalhador-vítima para fixação do valor da compensação pecuniária.** Rev. TST, Brasília, vol. 79, nº 4, out/dez 2013. p. 53.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **O dano extrapatrimonial trabalhista após a lei n. 13.467/2017.** Revista LTr, São Paulo – Ano 81 – n.9 – Setembro, 2017.

PERES, Célia Mara. **A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho.** – São

Paulo: LTr, 2014.

SANTOS, Ana Claudia Schwenck. **Reforma Trabalhista reflexões e críticas – Dano**

Extrapatrimonial. – LTr, 2018.

SEVERO, Valdete Souto. **Interpretação e Aplicação da Reforma Trabalhista no Direito**

Brasileiro – A Proteção no Princípio: Elementos para a Resistência à “Reforma”. – São Paulo

: LTr, 2018.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et al.* **Reforma Trabalhista – Análise comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017.** – São Paulo : Rideel, 2017.

TST. AGRAVO DE INSTRUMENTO NO RECURSO DE REVISTA : AIRR. 3-76.2014.5.04.0664, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3^a Turma, Data de Publicação: DEJT 16/06/2016.

TST. AGRAVO NO RECURSO DE REVISTA. ARR. 1360-80.2014.5.02.0039. Data de Julgamento: 18/04/2018, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3^a Turma, Data de Publicação: DEJT 27/04/2018.

TST. RECURSO DE REVISTA : RR. 4700-56.2005.5.12.0043, Data de Julgamento: 06/09/2017, Redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7^a Turma, Data de Publicação: DEJT 15/09/2017.

ZANETTI, Fátima. **Reforma Trabalhista de acordo com a Lei 13.467/2017.** – Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2017.

CRIPTOMOEDAS: PERSPECTIVAS DE REGULAÇÃO

CRIPTOCURRENCY: REGULATORY PROSPECTS

João Paulo Santos Fernandes

RESUMO

Este artigo trata da possibilidade de regulação das criptomoedas. Com o advento e uso desta tecnologia, passamos a experimentar um novo fato social. Diante disto, surge o problema de como o Direito irá se manifestar acerca deste. O trabalho encontra justificativa na notoriedade que o assunto tem recebido em razão do valor que têm alcançado as criptomoedas. O objetivo geral é definir se há necessidade de regulação estatal para as criptomoedas, para isso, será necessário compreender como se deu a evolução do sistema monetário até o desenvolvimento desta tecnologia, bem como, o seu conceito e funcionamento, em que se tomará como exemplo a moeda digital denominada Bitcoin, devido a sua notoriedade. Após, exporemos os modelos centralizados de regulação, em específico, a regulação estatal e os mecanismos de controle existentes no protocolo da tecnologia para, ao final, examinar a necessidade e a compatibilidade da regulação estatal. Utilizaremos o método bibliográfico utilizando bibliografia especializada e demais obras que contribuem ao desenvolvimento do artigo. Iniciamos com a hipótese que, devido ao caráter descentralizado da tecnologia em estudo, a regulação estatal centralizada pode criar empecilhos para o desenvolvimento da tecnologia.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação; Criptomoedas; Bitcoin.

ABSTRACT

This article deals with the possibility of regulation of cryptocurrencies. With the advent and use of this technology, we begin to experience a new social fact. Faced with this, the problem arises of how the law will manifest itself about it. The work finds justification in the notoriety that the subject has received because of the value that the cryptocurrencies have achieved. The general objective is to define if there is a need for state regulation of cryptocurrencies, it will be necessary to understand how the evolution of the monetary system has developed until the development of this technology, as well as its concept and functioning, which will be taken as an example the digital currency denominated Bitcoin, due to its notoriety. Afterwards, we will expose centralized models of state regulation and control mechanisms in the technology protocol, to examine the necessity and compatibility of state regulation. We will use the bibliographic method using specialized bibliography and other works that contribute to the development of the article. We start with the hypothesis that, due to the decentralized nature of the technology being studied, centralized state regulation may create obstacles to the development of technology.

KEYWORDS: Regulation; Cryptocurrency; Bitcoin.

INTRODUÇÃO

As criptomoedas são um campo fértil para o estudo em diversas áreas do conhecimento humano. Para o Direito não é diferente. Com o fato social das moedas digitais sendo cada vez mais comuns e com a expansão das funções de tecnologias como blockchain,

é difícil ignorar o impacto que a tecnologia tem representado na sociedade em geral. Temática que será tratada neste artigo.

Com o crescimento deste novo fato social, o uso da tecnologia como um instrumento financeiro como alternativa ao sistema financeiro tradicional, os Estados têm se debruçado sobre a possibilidade de regulá-la. Contudo, é necessário levar em consideração as características da tecnologia, antes de fazê-lo sob pena de excluir a população de acesso à mesma.

Assim, este artigo investiga a problemática da regulação estatal das moedas digitais a sua necessidade, conveniência e oportunidade. Por não possuírem aspecto legal definido, as moedas digitais geram dúvidas acerca de sua segurança jurídica e a necessidade, ou não, de haver um regramento para suas aplicações.

A incerteza acerca do tratamento legal que será oferecido ao fato social das moedas digitais em regulações estatais, notadamente centralizadas, justifica o problema tratado no artigo, pois, conforme afirma Ulrich, “as questões legais certamente afetarão a forma como o Bitcoin se desenvolve ao redor do mundo” (2014, p. 33).

A tecnologia das criptomoedas é descentralizada, distribuída e baseada no consenso dos usuários da rede. Levando em consideração estas características, foi delineado o problema tratado no artigo, procurando entender se as criptomoedas são compatíveis com regulações centralizadas estatais?

Com o alvo de esclarecer o problema proposto, o objetivo geral da pesquisa é verificar a necessidade de regulação estatal das moedas digitais e a compatibilidade desta tecnologia com a regulação centralizada fornecida por um Estado Soberano. Uma vez que, a tecnologia das criptomoedas é, naturalmente, distribuída, descentralizada e disciplinada pelo seu próprio código, este submetido ao consenso e a revisão por parte de seus usuários, a regulação estatal pode criar empecilhos a implementação do fato social ao invés de ampara-lo e dar-lhe segurança jurídica, fazendo com que haja uma fuga das relações para onde a tecnologia é aceita.

Para atingir o objetivo é necessário compreender como se deu a evolução do sistema monetário até o desenvolvimento desta tecnologia, bem como, o seu conceito e funcionamento, em que se tomará como exemplo a moeda digital denominada Bitcoin, devido

a sua notoriedade. Exporemos os modelos centralizados de regulação, em específico, a regulação estatal e os mecanismos de controle existentes no protocolo da tecnologia para, ao final, examinar a necessidade e a compatibilidade da regulação estatal.

A metodologia adotada para a realização do artigo é a revisão bibliográfica. Utilizaremos bibliografias especializadas para desenvolver a análise crítica acerca da temática proposta possibilitando a compreensão da necessidade de regulamentação das moedas digitais.

A hipótese é de que a tecnologia tem dificuldades em comportar uma regulação externa, não em razão de uma desobediência aos estatutos sociais, mas pela sua própria arquitetura, pois, uma vez que é descentralizada, baseada no consenso de seus usuários e não necessita de um terceiro intermediário, a regulação, por qualquer autoridade soberana, pode excluir sua população do acesso a nova tecnologia. A exclusão da tecnologia significa a exclusão da possibilidade de serviços bancários e financeiros que hoje é uma das maiores dificuldades ao desenvolvimento da riqueza, conforme expõe o relatório da Global Findex Database, onde narra que – *Globally, about 1.7 billion adults remain unbanked — without an account at a financial institution or through a mobile money provider.*²⁰⁰ (DEMIRGÜÇ-KUNT, KLAPPER, SINGER, ANSAR, & HESS, 2018, p. 53).

Compreendendo a origem social do dinheiro, o monopólio da emissão e controle pelo Estado, através de bancos centrais, até o desenvolvimento da moeda privada Bitcoin e como esta tecnologia fornece uma ferramenta útil ao desenvolvimento econômico mundial, o artigo pretende oferecer uma visão adequada ao atual estado social acerca da compatibilidade entre a regulação centralizada e a tecnologia descentralizada.

Por fim, o presente trabalho pretende averiguar se há ou não a necessidade de regulação das criptomoedas e quais os impactos uma regulação centralizada pode trazer ao Brasil em relação ao avanço de sua tecnologia e desenvolvimento econômico e humano.

O artigo é desenvolvido em três capítulos, permitindo que, no primeiro capítulo, seja visualizada a evolução da moeda até o momento atual. No segundo capítulo buscamos definir

²⁰⁰ No mundo, por volta de 1.7 bilhões de adultos permanecem sem serviços bancários – sem uma conta em uma instituição financeira ou provedor de dinheiro digital. (tradução livre)

uma caracterização jurídica das criptomoedas e como está a se firmar como moeda de fato. Para, ao final, apresentarmos como a tecnologia pode repercutir no âmbito jurídico.

1 Estado da Arte do Dinheiro

A necessidade fez evoluir a moeda. A sua forma, conteúdo e definição mudou com o passar do tempo. A evolução das relações humanas e as tecnologias mudaram a feição e a concepção da moeda.

Deste modo, para entender a origem das criptomoedas e as soluções que elas propõem é necessário expor como se sucedeu a origem e evolução do dinheiro. Da evolução social da divisão do trabalho, com trocas diretas, ao domínio dos metais e cunhagem das moedas, a invenção do papel moeda, o uso da informática e da internet no sistema financeiro, e, ao final a inovação das criptomoedas.

Iniciando com escambo e as trocas direitas, a humanidade percebia a necessidade de satisfazer seus interesses sem ter de produzir todos os itens. Contudo as relações devem ter encontrado diversos empecilhos, levando a escolha de bens que fossem mais passíveis de troca, conforme explica Smith em *A Riqueza das Nações*, no Capítulo IV, sobre a origem e o uso do Dinheiro, em que se lê:

Quando a divisão do trabalho estava em seu início, este poder de troca deve ter deparado com grandes empecilhos. Podemos perfeitamente supor que um indivíduo possua uma mercadoria em quantidade superior àquela de que precisa, ao passo que um outro tem menos. Consequentemente, o primeiro estaria disposto a vender uma parte de seu supérfluo, e o segundo a comprá-la. Todavia, se esta segunda pessoa não possuir nada daquilo que a primeira necessita, não poderá haver nenhuma troca entre as duas. [...] A fim de evitar o inconveniente de tais situações, toda pessoa prudente, em qualquer sociedade e em qualquer período da história, depois de adotar pela primeira vez a divisão do trabalho, deve naturalmente ter se empenhado em conduzir seus negócios de tal forma, que a cada momento tivesse consigo, além dos produtos diretos de seu próprio trabalho, uma certa quantidade de alguma(s) outra(s) mercadorias(s) - mercadoria ou mercadorias tais que, em seu entender, poucas pessoas recusariam receber em troca do produto de seus próprios trabalhos. (1996, p. 81)

As trocas diretas, ou escambo, dependiam da coincidência entre os objetos que se tinham domínio e aquilo que se desejava. Conforme nota Mosquera:

O processo de troca direta impunha aos agentes das respectivas relações a coincidência de interesses, o que lhe retirava a agilidade necessária. Para que a troca se efetivasse, mister seria encontrar um agente que pretendesse obter

a mercadoria ou serviço do outro agente do mercado. Tratava-se de um processo uno, no qual, por intermédio de uma única operação, a troca, supriam-se as necessidades humanas frente à produção e ao trabalho. Porém, o crescimento das comunidades e das grandes concentrações humanas impedia essa identidade de interesses. A dinâmica das relações econômicas e seu grande incremento alteraram tal panorama. (2006, p. 41)

Embora diversos bens tenham servido como meios de trocas – por exemplo, gado, sal, conchas, bacalhau, tabaco, açúcar, couros, pregos – Smith nota que houve uma preferência pelos metais:

Entretanto, ao que parece, em todos os países as pessoas acabaram sendo levadas por motivos irresistíveis a atribuir essa função de instrumento de troca preferivelmente aos metais, acima de qualquer outra mercadoria. Os metais apresentam a vantagem de poderem ser conservados, sem perder valor, com a mesma facilidade que qualquer outra mercadoria, por ser difícil encontrar outra que seja menos perecível; não somente isso, mas podem ser divididos, sem perda alguma, em qualquer número de partes, já que eventuais fragmentos perdidos podem ser novamente recuperados pela fusão - uma característica que nenhuma outra mercadoria de durabilidade igual possui, e que, mais do que qualquer outra, torna os metais aptos como instrumentos para o comércio e a circulação. (1996, p. 82)

Com o tempo, o ouro e a prata acabaram por se tornar meios de troca mais comuns e aceitos, em razão de suas características. Durante muito tempo se vinculou a moeda as características físicas. É o que afirma Oliveira:

Durante muito tempo os livros de economia discutiram alguns atributos materiais que a experiência havia mostrado como convenientes para que algum objeto pudesse funcionar como moeda. Era as chamadas *características econômicas e físicas da moeda*. (2009, p. 139)

A partir da eleição, o bem adotado como meio de troca mais usual passou a ser desejado não apenas pelo seu valor de uso, mas também pelo seu poder de compra. Com a evolução da sociedade passou-se a cunhar moedas com estes metais e estas moedas passaram a ser o meio de troca mais aceito.

Segundo Hayek, com a cunhagem das moedas surgia a prerrogativa governamental ou o direito exclusivo de fazer dinheiro significando, na prática, tão somente o monopólio da cunhagem de moedas de ouro, prata ou cobre. O monopólio não foi reivindicado ou concedido em nome do bem geral, mas usada como instrumento de poder, conforme:

As *regalias*, como eram, em latim, denominados os direitos e privilégios reais, dos quais a cunhagem, a mineração e os impostos alfandegários eram os mais importantes, foram, durante a Idade Média, a principal fonte de

renda dos príncipes, sendo examinados somente sob este prisma. É evidente que, à medida que se difundia a cunhagem, os governos, em toda parte logo descobriram que ela, além de ser uma atraente fonte de lucros, constituía em um importantíssimo instrumento de poder. Desde seus primórdios, esta prerrogativa não foi reivindicada nem concedida em nome do bem geral, mas usada, simplesmente, como um elemento essencial do poder dos governos. Na verdade, as moedas, tal como a bandeira, serviam largamente como símbolos de poder. Através delas o governante afirmava a sua soberania e mostrava ao povo quem era seu senhor: aquele cuja imagem as moedas levavam às mais remotas regiões do reino. (HAYEK, 2011, p. 33)

O dinheiro deixava de ser um fato social privado para ser uma representação do poder soberano, característica que mantém até os dias atuais. Contudo, o manuseio e o transporte das moedas de metal gerava um enorme risco aos seus portadores. Pela dificuldade ou pelo risco de transportar grandes somas de metais, foi introduzido o papel-moeda que representava seu equivalente em metal depositado em algum banco. Daí a designação de dinheiro representativo, pois representava a quantia depositada e, nela possuía lastro. O dinheiro representativo era apoiado pela promessa do governo ou do banco de efetuar o resgate da quantia de face da moeda em seu equivalente em ouro ou prata. Durante a maior parte dos séculos XIX e XX, a maioria das moedas baseou-se no dinheiro representativo que estava lastreado no padrão-ouro.

Contudo, o padrão-ouro não permaneceu. Conforme ressalta Ulrich:

Desde 1971, quando o então presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon suspendeu a conversibilidade do dólar, vivemos a era do papel-moeda fiduciário, em que bancos centrais podem imprimir quantidades quase ilimitadas de dinheiro, salvo o risco de que os cidadãos percam toda a confiança na moeda, recusando-se a usá-la em suas transações, como costuma ocorrer em episódios de hiperinflação. (2014, p. 36)

Com a suspensão da conversibilidade passamos a perceber uma moeda baseada na fidúcia, ou seja, na confiança. Nascia a moeda fiduciária. A moeda fiduciária é atualmente a regra para a emissão de moeda e seu controle é feito usualmente por bancos centrais que regulam sua impressão e seus índices, sendo, de país para país, mais ou menos independentes das decisões políticas.

Tal dinheiro é baseado, na confiança, conforme informa sua própria designação. Segundo Ulrich, na “confiança de que governos não inflacionarão a moeda, apoiada em leis de curso forçado que obrigam os cidadãos de aceitar a moeda como pagamento.” (2014, p. 75)

Além dessas formas de dinheiro, deve ser levado em consideração que boa parte do dinheiro que atualmente circula é meramente escriturário. Está presente somente na escritura virtual de saldos e débitos registrados em bancos. São intangíveis e digitais. Conforme conclui Oliveira:

O meio material que serve de suporte à moeda está cada vez menos importante, e quanto mais a tecnologia avançar, menor importância terá. Como intermediária de trocas, a moeda vale não por sua utilidade intrínseca, mas por sua capacidade de adquirir bens e serviços na economia. Ela não precisa existir no mundo tangível. Basta o impulso elétrico em um circuito integrado da memória do computador de um banco e ela já estará, pelo menos potencialmente, pronta para cumprir o seu papel. (2009, p. 139)

No atual uso corrente da moeda não é incomum que façamos uso de smartphones ou outros equipamentos eletrônicos para fazer transações. Segundo afirma Oliveira:

Em sociedades integradas com o sistema financeiro mais desenvolvido, a moeda de um país compreende não apenas o dinheiro em circulação, mas também os saldos das contas bancárias e toda uma variedade de transações eletrônicas pela Internet. (2009, p. 131)

A moeda digital não é uma novidade. Oliveira afirma que o aperfeiçoamento do sistema financeiro não mais exige a materialidade da moeda:

Sucedeu que o aperfeiçoamento do sistema financeiro mostrou que essas características somente são necessárias se e quando se pretende utilizar a moeda com objeto material. Entretanto, cada vez menos transações e transações de menor valor são feitas com a “coisa material” dinheiro. Cada vez mais os negócios são feitos por intermédio de transações eletrônicas, com as transferências de saldos entre contas bancárias em que uma única cédula seja trocada por qualquer das partes envolvidas. (2009, p. 139)

É nesse contexto que surgem as moedas digitais que, segundo Oliveira podem ser divididas em dois tipos:

Quanto à natureza dessa moeda eletrônica, deve-se registrar, também, que no atual estágio da tecnologia, existem dois tipos de modelos que estão sendo trabalhados pelas empresas dedicadas à pesquisa e desenvolvimento nesta área: moeda eletrônica identificada (às vezes chamadas de *e-money*) e moeda eletrônica anônima (também chamada de *digital cash*). (2009, p. 142)

O autor as descreve da seguinte forma:

A moeda eletrônica identificada guarda e transmite para os seus destinatários informações revelando o seu possuidor. Funciona, portanto de maneira muito semelhante aos cartões de créditos, que permitem plena rastreabilidade do seu usuário. A moeda eletrônica anônima não guarda nem

transmite informações que revelem seu possuidor, mas possibilita a descoberta de todas as transações efetuadas. (OLIVEIRA, 2009, p. 142)

Nakamura, distingue de forma mais apurada as moedas eletrônicas, ou *e-money*:

[...] a primeira já está pacificada, inclusive contando com uma definição oficial nacional disposta no art. 6º, inciso VI da Lei Federal nº 12.865 de 09 de outubro de 2013, que determina: “moeda eletrônica - recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”, portanto, inseridas dentro do Sistema de Pagamentos Brasileiro [...]. (2017, p. 14)

O objeto do presente trabalho é a criptomoeda, ou, uma moeda eletrônica anônima, em especial o Bitcoin. A tecnologia será melhor trabalhada ao longo deste artigo para demonstrar que as criptomoedas atendem de forma eficiente as funções esperadas de uma moeda.

Com a divulgação do *White Paper, Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system*²⁰¹, em 2008, pelo pseudônimo Satoshi Nakamoto, o fato social das criptomoedas passa a existir no mundo e abandona a mera especulação. Um sistema eletrônico de pagamento distribuído e descentralizado, independente de um terceiro intermediário para fornecer o registro das movimentações financeiras, garantindo ao usuário uma experiência mais livre e com a proteção de seus dados por meio de linguagem criptografada.

É nesse contexto que surge a possibilidade de adoção de uma moeda ou dinheiro que atenda as demandas dos usuários, desfazendo a dependência de um dinheiro estabelecido por um Estado. Por óbvio que não é uma moeda de curso forçado, mas uma faculdade de uso de uma moeda livre do controle monetário estatal. Conforme será exposto adiante, a tecnologia do Bitcoin permite a opção por parte dos indivíduos de escolher a moeda que melhor atende suas necessidades, desprendendo a prerrogativa milenar do Estado de controle do sistema financeiro e bancário.

Mas, antes de explorarmos as perspectivas da regulação do Bitcoin e demais criptomoedas, iremos definir o que é moeda e como o Bitcoin, pode ser definido como moeda. Como a tecnologia é controlada, por quem e onde ela é operada. Suas inovações podem esclarecer sobre a necessidade de controle e quem deve regulá-lo, além de suscitar a questão de qual o conceito legal que se tem sobre moeda e o que determina o seu valor, pois, sua

²⁰¹ Bitcoin: Um sistema ponto-a-ponto de dinheiro eletrônico (tradução livre).

definição legal não atende aos fatos devido à sua simplicidade, abandonando a teoria tridimensional do direito onde há o fato o valor e a norma e mantendo para a definição de moeda o valor e a norma ignorando o fato e sua evolução, se assemelhando à teoria estatal do dinheiro defendida pelo professor alemão Georg F. Knapp, em sua obra *The State Theory of Money* que mantém influencia na doutrina legal. (HAYEK, 2011, p. 34)

Com a possibilidade do uso das criptomoedas e com a evolução desse fato social poderemos obter respostas sobre como a tecnologia pode fornecer moedas mais justas e saudáveis em competição com as moedas estatais, sendo a aplicação do postulado defendido por Friedrich A. Hayek na obra, *A desestatização do Dinheiro*, que também será explorada no presente trabalho, para que possa ser ampliada as perspectivas de regulação do setor monetário de modo a propiciar uma maior liberdade e progresso.

Mantendo a atenção às dificuldades mencionadas por Oliveira para a adoção generalizada das moedas digitais:

As condições tecnológicas básicas para esta solução já existem, mas ainda encontram alguns obstáculos para sua adoção generalizada. A primeira dificuldade está na falta de um protocolo de segurança que inspire a confiança dos principais participantes deste mercado – bancos, companhias emissoras e administradoras de cartão de crédito, autoridades governamentais, grandes redes varejistas etc. A segunda, é a necessidade de se fazer instalar em centenas de milhões de pontos de vendas espalhados por todo o mundo as máquinas leitoras desses cartões. A terceira reside no fato de que esta solução até poderá ser viável para pagamentos em que o recebedor seja um comerciante, mas não é razoável se imaginar – pelo menos no atual estágio da tecnologia, embora o futuro esteja sempre aberto em um número ilimitado de possibilidades – que pessoas físicas andem portando nos seus bolsos máquinas leitora de cartões, de modo a tornar possível receber pagamentos oriundos de outras pessoas físicas. A quarta é de ordem regulamentar, pois muitos dos aspectos operacionais desafiam nova regulamentação, ainda não divisada pelo mercado e por suas autoridades reguladoras. (2009, pp. 141-142)

Passamos então a elucidar o que é moeda e por qual razão as criptomoedas se encaixa nesse fato social com repercussões jurídicas.

2 Moeda e Criptomoeda

Antes de definir o que são as criptomoedas, é preciso definir o que é moeda. A conceituação jurídica da moeda. Para assim compreendermos se as criptomoedas podem ser definidas como tal.

Mosquera afirma que:

O termo moeda é termo técnico, cuja significação tem sido construída ao longo do tempo pelos financistas e economistas, ligado às ciências econômicas, mais particularmente à economia monetária. Portanto, é instituto da realidade econômica. (2006, p. 39)

Explica que, como:

Objeto das relações humanas, a moeda surge como instrumento, universalmente aceito, para intermediar as transações que se verificam na sociedade. É por intermédio dela que realizamos o suprimento de nossas necessidades. A moeda, numa visão introdutória, é a ferramenta criada pelo homem para viabilizar o fluxo de bens e serviços entre as comunidades. Com ela, nossas necessidades são satisfeitas. E esse fluxo de bens e serviços, tendo a moeda como elemento de liquidação das obrigações e direitos, decorre do fenômeno da divisão do trabalho e da produção, característica típica da economia de mercado, da economia capitalista. (MOSQUERA, 2006, p. 39)

Dessa forma pode se dizer que moeda é um instrumento social que viabiliza o fluxo de bens e serviços. É instrumento intrínseco do sistema capitalista que vivemos hodiernamente. Ainda, conforme Oliveira:

A moeda é o bem se interpõe entre os dois desejos – o do vendedor e o do comprador. Este é o papel de “meio de pagamento” da moeda, ao qual se refere quando se coloca em destaque a função de “meio de troca” (2009, p. 135)

Mas, a conceituação jurídica importa ao trabalho na medida em que ela desencadeia consequências no Direito, sendo, portanto, o suporte fático da realidade jurídica. Mosquera afirma que:

A moeda, como realidade econômica, desencadeia várias consequências no campo jurídico, constituindo, portanto, o suporte fático de uma realidade jurídica. As funções econômicas da moeda provocam nas relações humanas um emaranhado de conflitos intersubjetivos. Tais conflitos, necessariamente, serão acolhidos e regulados pelo Direito. Portanto, a moeda e as relações decorrentes dela acabaram por criar um conjunto de normas jurídicas que as disciplinam, formando o Direito Monetário. (2006, p. 38)

Assim, a moeda é um fato que importa ao Direito. Conforme Oliveira:

Na sua essência, a moeda é um bem jurídico, mas não uma *coisa*, vez que o direito reserva conceito de “coisa” para objetos concretos, dotados de materialidade, enquanto o conceito de “bem jurídico” é gênero, compreendendo as espécies “coisas” e “bens em sentido estrito”, conceito este reservado para designar os objetos das relações jurídicas que sejam e

materiais ou abstratos. Moeda é um bem cultural, no sentido de ser uma criação da vida humana em sociedade, e incorpóreo. (2009, p. 154)

Oliveira, ainda sobre a definição de moeda, afirma que:

Considerada em si mesma, pode-se dizer que a moeda é um bem móvel, fungível, consumível, divisível e singular. Considerada na reciprocidade com o relacionamento com outros bens, a moeda poderá ser bem principal ou acessório. Quando analisada em relação a pessoa que seja dona da moeda, esta pode ser classificada como bem público ou privado. Finalmente, quanto à suscetibilidade de alienação, a moeda é um bem naturalmente disponível, mas que pode ser objeto de situações transitórias de indisponibilidade. (2009, p. 154)

Segundo Nakamura (2017, p. 23), “é pacífico classificar os bitcoins e qualquer outra moeda virtual como (i) um bem (ii) móvel, (iii) incorpóreo e (iv) passível de ser utilizado como um meio de troca”. Embora o bitcoin não se encaixe completamente na definição jurídica de moeda, ele certamente possui a característica econômica que ampara sua conceituação como tal. É o que afirma Nakamura ao narrar que:

Por conta da rede mundial de computadores e a consequente velocidade que ela confere a transmissão de informações, ainda que de forma velada, o bitcoin se difundiu rapidamente e já é aceito pelo mercado nacional e internacional como meio de troca, o que lhe confere o poder liberatório. Já a aptidão para ser uma unidade de conta, o bitcoin possui, mas assim como quaisquer novos projetos, demanda tempo para estabilização. Uma vez estabilizado, será natural sua maior liquidez e, consequentemente a conversibilidade para o que quer que seja. Atualmente, a moeda já não possui lastro em ativo como o ouro, tampouco é possível garantir sua unidade de valor, especialmente com a interligação econômica de um mercado globalizado. Ademais, o argumento de que o bitcoin não possui a capacidade de expressar uma unidade de conta, pois ao serem escrituradas depende de uma moeda de curso forçado é potencialmente temporário, até que se atinja uma maturidade do ativo e se alcance uma estabilidade de sua volatilidade. O mesmo ocorre quando da imposição de um novo plano econômico da autoridade, em que se procede a comparação da nova moeda criada usualmente com o dólar. (2017, p. 20)

Para o presente trabalho considerar-se-á moeda como bem jurídico móvel, fungível, consumível, divisível, singular, podendo ser principal ou acessório, bem público ou privado e naturalmente disponível. Levando em consideração as características da moeda, podemos compará-la com bitcoin, sendo este, bem móvel, fungível, consumível, divisível, singular, podendo ser principal acessório, bem público ou privado e naturalmente disponível, faltando-lhe, tão somente, ser disciplinado como bem jurídico.

Para a finalidade deste artigo o bitcoin apresenta as características de moeda. Contudo não basta ser um bem que corresponda com as características de moeda. É necessário que o bem possa exercer os papéis ou funções de moeda. Conforme elucida Oliveira:

Fruto de uma longa evolução sociológica, a moeda cumpre uma infinidade de papéis na economia. Os economistas usualmente classificam esses papéis em quatro grandes categorias: unidade de conta, meio de troca, reserva de valor e liquidez. (2009, p. 132)

Deste modo para que o bitcoin seja moeda de fato é necessário que ele apresente as funções: de unidade de conta meio de troca reserva de valores liquidez.

Acerca da função unidade de conta, Oliveira explica que:

Dizer que a moeda é uma unidade de conta equivale a dizer que ela é um padrão de valor. O padrão de valor não está no nome, mas na possibilidade de se realizar operações de contagem e mensuração do valor de troca das coisas de acordo com a regra comum a toda a sociedade. O valor de troca da moeda pressupõe uma comparação da utilidade de uma coisa em relação a outra. (2009, p. 133)

Conforme nos informam Ulrich:

as transações na rede Bitcoin não são denominadas em dólares, euros ou reais, como são no PayPal ou Mastercard; em vez disso, são denominadas em bitcoins. Isso torna o sistema Bitcoin não apenas uma rede de pagamentos decentralizada, mas também uma moeda virtual. (2014, p. 18)

Assim, pode-se concluir que, dentro da rede bitcoin, a unidade monetária é o próprio bitcoin, sendo, portanto, unidade de conta.

Ora, o bitcoin é, primordialmente, um sistema de pagamento eletrônico, distribuído, descentralizado e baseado em criptografia para proteger as informações que transitam pelo sistema, ao invés de confiá-las a um terceiro intermediário, como é feito no modelo convencional de pagamento. Como informa Ulrich, “o que é o Bitcoin: uma rede de pagamentos peer-to-peer e uma moeda virtual que opera, essencialmente, como o dinheiro online.” (2014, p. 18)

A função de reserva de valor é, conforme Oliveira:

A função “reserva de valor” diz respeito ao tempo em que os desejos são realizados. É por causa dessa função que se diz que a moeda é uma ponte entre o presente e o futuro. (2009, p. 136)

Oliveira complementa ao afirmar que:

Com a moeda, a estimativa de valor dos bens deixa de ser feita exclusivamente pela sua utilidade atual, em um momento determinado e para pessoas específicas, para considerar também todas as futuras possibilidades de utilização e estimação, por pessoas e em lugares e tempos indeterminados. A função “reserva de valor” implica uma certa descontextualização do valor dos bens. (2009, p. 136)

Como elucida Ulrich:

Um bem que ganha crescente liquidez no mercado tende a ser estocado, ou entesourado, como reserva de valor, de riqueza, para ser usado no comércio futuramente, quando será, então, empregado como meio de troca. Decorre, assim, que a moeda é também usada como preservação de poder de compra futuro. Isso nada mais é do que a função primordial de meio de troca manifestando-se no tempo e no espaço. Logicamente, a moeda não é o único bem escolhido como reserva de valor; outros ativos podem desempenhar esse serviço, como imóveis e metais preciosos. Mas ambos, com graus de liquidez claramente distintos, não são usados como meio de troca – o ouro já foi por milênios, mas atualmente é um ativo financeiro de proteção, de preservação de valor. O que um indivíduo decide entesourar como reserva de valor dependerá de suas necessidades monetárias frente aos seus dispêndios futuros e da liquidez e expectativa de valor das diferentes moedas e ativos disponíveis no mercado. Servir como reserva de valor é, portanto, uma função secundária do dinheiro. (2014, p. 93)

Por fim, a função de liquidez. A liquidez é, conforme Oliveira, “a qualidade que um bem qualquer tem de ser convertido em “caixa” de maneira rápida e sem perda de valor.” (2009, p. 137) Oliveira afirma que:

A moeda é o único ativo totalmente líquido no sistema financeiro. Na verdade, ela é o padrão em relação ao qual todos os outros são comparados para aferir sua liquidez relativa. A moeda é o mais líquido de todos os ativos porque não precisa ser convertido em nenhuma outra forma para ser consumida. (2009, p. 138)

Ora, não há empecilhos para que os indivíduos adotem o bitcoin ou qualquer outra criptomoeda. Como afirma Nakamura:

Ocorre que o bitcoin e outras criptomoedas já circulam livremente, inclusive por conta da ainda ausente legislação, já possuem o poder liberatório, são utilizadas como reserva de valor, como meio de troca mundial e possuem facilidade em conversão. (2017, p. 25)

Portanto, o amparo fático para que as criptomoedas como o bitcoin sejam considerados moeda já se fazem presente. Assim, as criptomoedas são, de fato, moeda, pois, conforme postula Oliveira:

Moeda não é relação jurídica. Moeda é padrão. Padrão de valor. Moeda é instrumento. Instrumento de troca. Padrão de valor que serve como instrumento de troca e acumulação de riqueza. Moeda não é sujeito, mas objeto de direitos. Moeda é bem jurídico, e, como tal, objeto de direitos. (2009, p. 153)

Contudo, subsistem algumas características que estão atreladas às moedas como o poder liberatório, o curso legal e o curso forçado. Ocorre que, à exceção do poder liberatório, as características do curso legal e do curso forçado são puramente legais, não encontram amparo nos fatos.

O curso legal e o curso forçado atingem a moeda como norma, pois o curso legal obriga os sujeitos a aceitar a moeda provida pelo Estado, enquanto o curso forçado define o seu valor.

Na conceituação de moeda postulada por Mosquera, é perceptível que o elemento da soberania estatal se faz presente para denominar o que é moeda, qual seja:

A moeda constitui um bem fungível, no sentido de que pode ser instrumento de troca na sociedade (a fungibilidade é que dá à moeda essa flexibilidade nas operações de troca), assim estipulado pelo Direito e aceito pela sociedade como tal. A moeda como conceito legal representa uma unidade ideal, que serve como instrumento de liquidação das relações obrigacionais e patrimoniais que se instauram na sociedade. (2006, p. 58)

Contudo, o Direito não pode negar os fatos, pois, ao assumir que a moeda é uma criação do Estado por lei, o conceito deixa de exprimir os fatos e não está aberto a receber inovações como as da nova tecnologia. Isso ignoraria o defendido por Miguel Reale, em sua obra a Teoria Tridimensional do Direito, onde postula que:

Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (tridimensionalidade como requisito essencial ao direito). [...] A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a “implicação polaridade” existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade). (1994, p. 57)

Por não possuírem tratamento legal, as moedas digitais geram dúvidas acerca da segurança jurídica e a necessidade, ou não, de haver um regramento para suas aplicações. A incerteza acerca do tratamento legal que será oferecido ao fato social das moedas digitais em

regulações estatais, notadamente centralizadas, é evidente, pois o Estado não tende a abrir mão de sua soberania e aceitar uma moeda privada em seu território que possa diminuir o uso de sua própria moeda que goza de monopólio e curso legal.

Importa ao artigo o fato de o bitcoin e outras criptomoedas já possuírem o poder liberatório, independente de uma determinação legal para forçar a aceitação e o valor da moeda. Mostra, assim, que a possibilidade de uso corrente de moedas privadas que não estão sujeitas a um controle central é possível.

Oportuno, então, definir o que é o Bitcoin e quais as suas características. Bitcoin é a primeira moeda digital descentralizada. A tecnologia do Bitcoin e das Criptomoedas surge na proposição do programador conhecido pelo pseudônimo Satoshi Nakamoto, em sua obra *Bitcoin: A peer-to-peer electronic Cash System*, na qual postula que o:

O que é preciso é um sistema de pagamentos eletrônicos baseado em provas criptográficas no lugar de confiança, que permita que duas partes interessadas em fazer transações diretamente, as façam sem a necessidade de um intermediário confiável. Transações que são computacionalmente impraticáveis de reverter protegeriam vendedores de fraude, e mecanismos de garantia poderiam ser facilmente implementados para proteger os compradores. Neste artigo, nós propomos uma solução para o problema do gasto duplo usando um servidor de “carimbos de tempo” (timestamp) distribuído ponto-a-ponto para gerar uma prova computacional da ordem cronológica das transações. O sistema é seguro desde que os nós honestos coletivamente controlem mais poder de processamento do que qualquer grupo cooperante de nós do invasor. (2017, p. 1)

O modelo proposto é um sistema de pagamento eletrônico, distribuído, descentralizado e baseado em criptografia para proteger as informações que transitam pelo sistema, ao invés de confiá-las a um terceiro intermediário, como é feito no modelo convencional de pagamento.

O sistema propõe a solução para o problema computacional do gasto-duplo e cria uma escassez da moeda previamente conhecido no número de 21.000.000,00 (vinte e um milhões de Bitcoins). Utilizando uma unidade monetária digital própria para realizar as transações, denominada de Bitcoin, a emissão é por meio de um esforço computacional denominado *hash* que é utilizado para registrar as transações feitas na rede. Essas transações, por sua vez, ficam registradas na Blockchain podendo ser auditada e conferida por qualquer usuário da rede Bitcoin.

Deste modo, as criptomoedas são unidades monetárias digitais que circulam na internet por meio da estrutura de blockchain. Quanto à existência das criptomoedas, estas existem no critoprotocolo onde foram delineadas. Fernando Ulrich ao define o Bitcoin da seguinte forma:

Bitcoin é uma moeda digital peer-to-peer (para a par ou, simplesmente, de ponto a ponto), de código aberto, que não depende de uma autoridade central. (2014, p. 19)

As criptomoedas são a unidade monetária do ambiente digital. Sua existência é intangível e se realiza no critoprotocolo da rede denominada de blockchain. A inovação do sistema proposto está na desnecessidade de um intermediário para impedir o gasto duplo. A proposta elaborada por Nakamoto para evitar o gasto duplo e disponibilizar o registro das transações foi a seguinte:

Nós precisamos de uma forma na qual o beneficiário saiba que os donos anteriores não assinaram nenhuma transação prévia. Para nosso propósito, a transação mais antiga é a transação que conta, então nós não nos importamos com tentativas subsequentes de gasto duplicado. A única forma de confirmar a ausência de uma transação é estar ciente de todas as transações. Em um modelo baseado em uma Casa da Moeda, a casa estava ciente de todas as transações e decidia qual delas chegou primeiro. Para que isso seja feito sem um intermediário confiável, as transações precisam ser publicamente anunciadas, e nós precisamos de um sistema para os participantes concordarem em um único histórico da ordem na qual elas foram recebidas. O beneficiário precisa de prova que na hora de cada transação, a maioria dos nós concordaram que ela foi a primeira recebida. (2017, p. 2)

Para evitar a necessidade de um terceiro intermediário, a rede, mantida pelos seus usuários, faz as vezes do intermediário permitindo a dinâmica financeira das criptomoedas. Ulrich narra como se dá a dinâmica na rede:

Todas as transações que ocorrem na economia Bitcoin são registradas em uma espécie de livro-razão público e distribuído chamado de blockchain (corrente de blocos, ou simplesmente um registro público de transações), que nada mais é do que um grande banco de dados público, contendo o histórico de todas as transações realizadas. Novas transações são verificadas contra blockchain de modo a assegurar que os mesmos bitcoins não tenham sido previamente gastos, eliminando assim o problema do gasto duplo. A rede global peer-to-peer, composta de milhares de usuários, torna-se o próprio intermediário; (2014, p. 18)

A estrutura que mantém a coesão da rede é denominada de blockchain. É um meio de registro eletrônico que armazena as informações, como um livro-razão, permitindo que as

transações sejam verificadas e o gasto duplo seja evitado. É uma espécie da tecnologia de livro-razão distribuído (Distribute Ledger Technology – DLT) que é um banco de dados distribuído entre nós ou de ponto-a-ponto mantida pela força computacional destes nós.

Sem a necessidade de um controle centralizado, a própria rede de seus usuários a mantém utilizando cada um dos nós como elemento de sua construção fornecendo força computacional para manter a integridade da rede e compõe o corpo social no ciberespaço.

Em razão de seu caráter descentralizado e por ser criptografada a blockchain oferece a segurança de que os dados inseridos na cadeia de blocos não poderão ser apropriados de forma indevida. Assim, é a linguagem computacional e o sistema descentralizado que garantem a segurança dos dados que circulam na rede, retirando a necessidade de um terceiro intermediário.

E, enquanto código computacional aberto (*open source*), ele pode ser revisado e alterado por qualquer usuário, mas a aprovação de tal alteração deve ser validada pelos usuários da rede para que possa entrar em vigência. Se tal consenso não for alcançado, a alteração não tem validade e não é integrada ao código.

Portanto, para a finalidade deste artigo, o bitcoin e outras criptomoedas serão considerados moedas. O que importa para análise sobre a possibilidade de regulação não são os conceitos jurídicos pretéritos à inovação tecnológica, mas a possibilidade de ser definido em lei futura que o discipline. Assim, o Direito não deve negar os fatos, mas considerá-los, valorá-los e, se necessário, dar-lhes a correta normatização.

3 Repercussão jurídica

Diante do exposto acerca da nova tecnologia, fica evidente que seu uso como instrumento financeiro é possível. Surge, porém, a dúvida sobre como o Direito vai se posicionar acerca dela. Algumas acepções jurídicas de moeda parecem divergir das acepções econômicas e ignorar os fatos.

Por não possuírem tratamento legal, as moedas digitais geram dúvidas acerca da segurança jurídica e a necessidade, ou não, de haver um regramento para suas aplicações. A incerteza acerca do tratamento legal que será oferecido ao fato social das moedas digitais em regulações estatais, notadamente centralizadas, é evidente, pois o Estado não tende a abrir

mão de sua soberania e aceitar uma moeda privada em seu território que possa diminuir o uso de sua própria moeda que goza de monopólio e curso legal.

Uma vez que, a tecnologia das Moedas Digitais é, por sua natureza, distribuída, descentralizada e disciplinada pelo seu próprio código, a regulação estatal pode criar empecilhos à implementação do fato social ao invés de ampara-lo e dar-lhe segurança jurídica, fazendo com que haja uma fuga das relações para onde a tecnologia é aceita.

Ocorre que a regulação pode oferecer um ambiente favorável ao desenvolvimento do fato ou proporcionar um recrudescimento do fato social que, ressalta-se, ainda está em desenvolvimento. Portanto, é necessário investigar a necessidade e compatibilidade de uma regulação estatal para a nova tecnologia, elucidando como se dá a regulação no âmbito estatal e como esta regulação pode atender a segurança jurídica sem que evite o avanço tecnológico.

É importante ressaltar, primeiramente, que a intenção de regular qualquer fato social em nosso estado de direito surge da vontade política e que essa, não necessariamente está ligada aos anseios dos usuários da nova tecnologia, o que pode gerar um desconforto naqueles que proveem a força computacional que mantém a tecnologia.

De todo modo, é importante estabelecer como é controlado atualmente o Sistema Financeiro tradicional e como a tecnologia é regulada para, após, mostrarmos qual o grau de compatibilidade com a regulação e qual regulação a tecnologia comporta para que não haja perdas para os cidadãos que serão submetidos à regulação.

É interessante, portanto, iniciar o estudo com o modelo legal vigente para que se entenda como o sistema financeiro atual é centralizado em figuras como Banco Central e como as instituições financeiras fornecem a coesão para o sistema. Depois, será exposto como a tecnologia traz um caráter descentralizado e a ausência de terceiros para intermediar as relações, deslocando o controle para a linguagem computacional submetida ao consenso dos usuários.

3.1 Regulação Estatal

Cabe dizer, inicialmente, que, segundo Mosquera:

Parece-nos que, para o conjunto de normas jurídicas que regulam a moeda já se pode falar em autonomia didática. Do conjunto de regras que disciplina as

relações humanas que envolvem a moeda, podemos extrair normas que norteiam e dão harmonia esse subsistema legal. (2006, p. 26)

Portanto, a tutela jurídica da moeda já está consolidada nos moldes atuais a ponto de ser considerada, ainda que de forma didática, uma disciplina autônoma.

O Sistema Financeiro Nacional (SFN) encontra seu fundamento primordial na Constituição Federal de 1988. Segundo Oliveira:

Os alicerces do sistema financeiro estão na ordem constitucional brasileira, que garante a livre iniciativa, a propriedade privada, a liberdade de funcionamento dos mercados e afirma que o mercado integra o patrimônio nacional, devendo ser incentivado “*de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país*” (art. 219 da Constituição Federal). (2009, p. 58)

A Constituição Federal atribui à União a competência exclusiva de emissão de moeda em seu artigo 21, VII, sendo da competência do Congresso Nacional dispor sobre as matérias de competência da União, em especial, acerca da moeda e seus limites de emissão, disposto no artigo 48, XIV.

O nosso modelo financeiro e monetário é centralizado e denominado por definições políticas. Conforme ressaltado por Ulrich “o atual arranjo monetário se baseia em dois grandes pilares: 1) monopólio da emissão de moeda com leis de curso forçado; e 2) Banco Central, responsável por organizar e controlar o sistema bancário.” (2014, p. 36)

A necessidade de ter um padrão de medida e um certificado da pureza da moeda serve como justificativa para o monopólio da emissão estatal. A prática posterior, de ter um papel-moeda em representação ao metal depositado, também justificava que a moeda emitida pelo Estado fosse aceita e submetidas ao controle. Conforme afirma Hayek, havia uma justificativa para o monopólio do Estado sobre a emissão e o controle da moeda:

Quando a economia monetária ainda estava expandindo-se lentamente nas regiões mais remotas e um dos principais problemas era ensinar a numerosos indivíduos a arte de fazer cálculos em dinheiro (o que não se deu há tanto tempo assim), nessa época, talvez, um único tipo de dinheiro, de fácil identificação, possa ter sido de considerável valia. E pode-se argumentar que o uso exclusivo de um único tipo uniforme de dinheiro auxiliou grandemente a comparação de preços, e, portanto, o crescimento da competição e o mercado. Do mesmo modo, quando a autenticidade do dinheiro metálico só podia ser comprovada através de um difícil processo de quilatação, para o qual a pessoa comum não dispunha nem da habilidade nem do equipamento necessários, era possível argumentar com segurança em favor de se garantir a pureza das moedas com a marca de uma autoridade amplamente

reconhecida que, fora dos grandes centros comerciais, só poderia ser o governo. Mas, hoje, essas vantagens iniciais, que poderiam ter servido de desculpa para que os governos se apropriassem do direito exclusivo de emitir dinheiro metálico, certamente não têm um peso maior do que o das desvantagens desse sistema. Seus defeitos são os mesmos dos de todos os monopólios: somos obrigados a consumir seus produtos mesmo que sejam insatisfatórios e, acima de tudo, tal sistema impede a descoberta de melhores métodos de satisfazer necessidades que não digam respeito ou não interessem ao monopolista. (2011, pp. 30-31)

Com a extinção do padrão-ouro, a moeda fiduciária ficou lastreada somente na confiança de que o Estado não depreciaria as moedas. Ocorre que com o advento da tecnologia das criptomoedas não há mais a necessidade de haver um monopólio sobre a emissão e controle da moeda. Entretanto, é preciso lembrar que o sistema legal hodierno não prevê tal tecnologia. As regulações ainda garantem o monopólio ao Estado, conforme afirma Andrade:

As diretrizes constitucionais pretéritas e atuais deixam claro que o Sistema Monetário no Brasil, assim como em boa parte do mundo, baseia-se em leis que garantem o monopólio estatal da emissão de moeda e a atribuição de um Banco Central como responsável por organizar e controlar o sistema bancário. Esses dois pilares estariam superados com a tecnologia de moedas virtuais como o Bitcoin, cujas normas de política monetária têm sua independência assegurada por regras matemáticas predeterminadas e pela natureza distribuída da rede peer-to-peer. (2017, p. 33)

Ainda segundo Andrade:

O problema é que, segundo a Teoria Estatal da Moeda, de Knapp, o valor da moeda deriva justamente de decreto governamental, sendo seu valor de compra estabelecido por lei. O dinheiro seria uma criatura do Direito. Analisado por essa Teoria, o Bitcoin e outras moedas virtuais privadas não possuiriam valor monetário algum, visto não serem emitidas por nenhum governo. (2017, p. 34)

O problema apontado é o objeto deste artigo. Ora, se a lei disciplina o que é a moeda e, somente o é o que a lei disciplina, a norma se afasta dos fatos que lhe deram origem. Andrade afirma que, “a interpretação da legislação brasileira deixa claro que as moedas virtuais não podem ter natureza jurídica nem de moeda nacional nem de moeda estrangeira.” (2017, p. 38)

Portanto, a regulação estatal centralizada não parece ser promissora em relação às criptomoedas. Entretanto, o fato das criptomoedas servirem como moeda não pede permissão ou autorização a qualquer autoridade soberana e o faz por sua própria natureza.

A discussão sobre a regulação de uma possível moeda privada é duvidosa, pois o monopólio do Estado é indiscutível para boa parte da doutrina jurídica. Isso independe da natureza da moeda privada, ou seja, não há qualquer discussão sobre a possibilidade de limitar o monopólio do Estado neste assunto. A possibilidade de regulação das criptomoedas que são moedas privadas, sem um órgão central emissor, distribuídas, descentralizadas e baseadas no consenso, não parece apontar para uma regulação otimizada que permita o avanço tecnológico e o aprimoramento da tecnologia.

A regulação ainda se depara com o fato de que as criptomoedas estão inseridas no ciberespaço, o que significa que, não estão, necessariamente, atreladas a um Estado Soberano. Isso não significa uma impossibilidade de regulação, mas leva a algumas considerações sobre o exercício de soberania sobre algo que não encontra fronteiras. Como afirma Souza:

O atlas geopolítico internacional é amparado sobre o viés espacial, que reconhece os limites dos territórios, que se confrontam, soberanos no campo interno e autônomos no campo externo, levando à conclusão de que a possibilidade legislativa pressupõe a existência do espaço material. Lado outro, a virtualidade do ciberespaço concebe todos os Estados ao mesmo tempo e a conjugação simultânea das múltiplas autonomias, sendo impossível o reconhecimento da prevalência de um único ente legislador: *par in parem no habet imperium.* (2017, p. 70)

A regulação das criptomoedas feita sem o apreço pela tecnologia, pode excluir a população de acesso a um meio de pagamento que promete ser mais seguro, barato e eficiente. Ainda que haja preocupações quanto ao seu uso para ilícitudes, não se pode confundir a ilicitude com o instrumento que não é intrinsecamente ligado à sua prática. A motivação para a regulação deve observar acima de tudo o próprio comando constitucional que privilegia o princípio da livre iniciativa.

Souza conclui que:

verificada a impossibilidade de se criarem leis para serem aplicadas no ciberespaço, uma alternativa seria a criação de normas para seus usuários. Porém, como há a conjugação de pessoas de diferentes nacionalidades, jungidas a diferentes ordenamentos jurídicos, não caberia a um único Estado tal possibilidade legislativa a ser aplicada a todos os usuários de criptomoedas, levando a duas possíveis alternativas: a criação de uma norma supraestatal; ou a concepção de uma prática costumeira entre os usuários. (2017, p. 72)

A criação de uma norma supraestatal parece mais viável que a regulação centralizada em um Estado soberano, pois a regulação estatal somente atingiria os seus próprios cidadãos.

3.2 *Regulação consuetudinária pelo Código*

Há ainda a possibilidade de as criptomoedas serem reguladas pelo próprio código, por meio de uma “prática costumeira entre os usuários”, conforme afirma Souza (2017, p. 72). O código das criptomoedas é, em regra, aberto e pode ser revisado por qualquer usuário da rede. Além disso, quando há alguma alteração no código é necessário que haja um consenso para se utilizar o novo código alterado. Sem o consenso não há alteração do código mantendo as regras vigentes até então.

Parte do postulado por Hayek, em a Desestatização do Dinheiro, é a possibilidade de se cogitar a extinção do monopólio da emissão e do controle do dinheiro. Hayek afirma que:

Ao analisarmos a abolição do uso exclusivo, dentro das fronteiras de cada território nacional, de uma única moeda nacional emitida pelo governo, acompanhada da admissão, em pé de igualdade, de moedas emitidas por outros governos, defrontamo-nos imediatamente com a questão de saber se não seria igualmente desejável eliminar totalmente o monopólio do governo sobre o fornecimento de todo o dinheiro e de permitir que a empresa privada forneça ao público outros meios de troca que este venha a preferir. (2011, p. 29)

Tal proposta é difícil de conceber, pois não estamos dispostos a cogitar uma forma de organização fora do Estado, ainda que possa nos trazer melhores possibilidades que a atual conjuntura. Conforme Hayek adverte:

Essa reforma, de muito maior alcance do que a proposta prática já sugerida, além de suscitar questões teóricas muito maiores, é demasiadamente estranha e invulgar para o público em geral, o que torna inviável sua aplicação no momento. Os problemas que essa reforma levanta ainda são, evidentemente, muito pouco entendidos – até mesmo por especialistas – de modo que é impossível predizer, com segurança, as consequências exatas de tal programa. Entretanto, é inteiramente provável que a hoje inquestionada e universalmente aceita prerrogativa do governo em relação a produzir dinheiro não seja nem necessária, nem mesmo vantajosa. É possível mesmo que ela se evidencie prejudicial, e que sua abolição passe a ser considerada uma grande vantagem que abra caminho para desenvolvimentos muito benéficos. Por esse motivo é que já não é sem tempo que se começa a debater esta ideia. Colocá-la em prática pode, realmente, ainda ser totalmente inviável – pelo menos enquanto o público não estiver mentalmente preparado e enquanto aceitar, sem crítica, o dogma da necessidade da prerrogativa governamental – mas este fato não deve ser tomado como empecilho para a exploração intelectual dos fascinantes aspectos teóricos que o programa suscita. (2011, p. 29)

Contudo, os códigos que dão forma à tecnologia das criptomoedas já trazem uma regulação em seu próprio protocolo. Operando em código aberto que está disponível para

revisão por qualquer de seus usuários devendo ser aprovada pela maioria da força computacional, a tecnologia e seu funcionamento dependem do consenso. Conforme afirma Ulrich, na obra Bitcoin: A moeda na Era Digital:

A política monetária do Bitcoin, por sua vez, foi estabelecida na sua criação e pode ser definida como uma política monetária baseada em regras, cuja independência é assegurada pela natureza distribuída da rede subjacente. Essa política monetária não discricionária pode ser mais bem descrita como “meta de oferta monetária assintótica” (MOMA). A unidade monetária chama-se bitcoin, e sua emissão ocorre por meio de subcontratados chamados de mineradores, os quais desempenham os cálculos de Prova de Esforço (PoE, ou Proof-of-Work, PoW), que garantem a independência da política monetária e processam os pagamentos. “A senhoriaagem subsidia o sistema de pagamento ao invés de beneficiar exclusivamente o emissor ou o vendedor/receptor de títulos negociados em operações de mercado aberto. A senhoriaagem da PoE e a MOMA trabalham de forma sinérgica causando três fenômenos monetários” : i) agentes econômicos racionais mantêm encaixe em bitcoins mesmo não tendo nenhum passivo denominado em bitcoins; ii) o mercado estabelece as taxas de câmbio e de juros, sem exceção; e iii) é altamente improvável o aparecimento das reservas fracionárias. (2014, pp. 76-77)

Da mesma forma se admite que o Bitcoin prescinde, para seu uso e funcionamento, de uma regulação estatal externa que discipline como ele pode ser usado. É que conclui Nakamura ao narrar que:

Admite-se que o bitcoin prescinde do processo de concentração de poder de uma determinada autoridade central capaz de dominar os instrumentos de coerção e violência física dentro de suas fronteiras político-territoriais. Justamente por estar aquém de uma autoridade, nos mercados de câmbio, seu valor e sua especulação não sofre interferência da intervenção estatal. Da mesma forma, o caráter de curso forçado não é e nem poderia ser peculiar do bitcoin, justamente pela sua origem de geração compartilhada, descentralizada, composta por milhares de membros anônimos da comunidade e desvinculada de qualquer autoridade. Ademais, admite-se que este ponto é sensível, pois não se vislumbra, nem mesmo no longo prazo, como viável que a soberania nacional relacionada diretamente ao poder econômico seja de alguma forma flexibilizada pela adoção de uma criptomoeda em detrimento da moeda criada pela autoridade central. (2017, pp. 23-24)

Conforme exposto, o bitcoin já é fato social. É necessário, tão somente, que a moeda possua o poder liberatório, sendo desnecessário que haja curso legal ou curso forçado para que seja admitida como meio de troca. O que ambas características últimas fazem é obrigar o usuário a utilizá-las e pelo valor definido pelo Estado.

A ausência de uma autoridade soberana para forçar a aceitação e o valor da moeda (curso legal e curso forçado) não se reveste em uma dificuldade para as criptomoedas, mas em uma possibilidade de se ter uma liberdade financeira sem os abusos de Bancos Centrais e independentes de influências políticas experimentais como já vivenciadas em várias partes do mundo e, em especial, no Brasil.

A possibilidade de haver uma norma que se baseia no consenso para o uso da moeda parece atender melhor os moldes desta nova tecnologia. Levando em consideração os fatos que lhe dão forma e a possibilidade de revisão do código por parte de seus usuários, as criptomoedas são proeminentes em dar uma normatividade independente de um poder soberano. Conforme ensina Reale:

A elaboração de uma determinada e particular norma de direito não é mera expressão do arbítrio do poder, nem resulta objetiva e automaticamente da tensão fático-axiológica operante em dada conjuntura histórico-social: é antes um dos momentos culminantes da experiência jurídica, em cujo processo se insere positivamente o poder (quer o poder individualizado em um órgão do Estado, quer o poder anônimo difuso no corpo social, como ocorre na hipótese das normas consuetudinárias), mas sendo sempre o poder condicionado por um complexo de fatos e valores, em função dos quais é feita a opção por uma das soluções regulativas possíveis, armando-se de garantia específica Constitucionalização ou jurisfação do poder na nomogênese jurídica). (1994, p. 61)

No caso das criptomoedas o poder de regulá-las está difuso no corpo social que interage no ciberespaço. A sua regulação pode nascer diretamente da prática consuetudinária de seus usuários, ao invés, de um órgão externo e centralizado. Sua constante normatização descentralizada, ao que parece atende o que foi defendido por Reale ao dizer que:

A norma jurídica, assim como todos os modelos jurídicos, não pode ser interpretada com abstração dos fatos e valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere, o que torna superados os esquemas lógicos tradicionais de compreensão do direito (elasticidade normativa e semântica jurídica). (1994, p. 62)

Deste modo, a regulação seria providenciada pelo próprio corpo social que lhe dá suporte e confiança. Não seria a imposição de um terceiro à uma coletividade unida por seu direito de livre associação.

Conclusão

As criptomoedas são um fato social consolidado. Existem e são praticados no dia a dia da sociedade. Para este fato ainda não há uma regulamentação específica que se possa exprimir de forma sistemática, ou seja, não é disciplinada pelo Direito.

Diante da revisão bibliográfica, é possível concluir que a tecnologia das criptomoedas é resultado de uma evolução humana que busca a melhor maneira de realizar as trocas em um ambiente social onde a divisão do trabalho se dá ao nível global e interconectado pela Internet, formando o ciberespaço.

De acordo com a bibliografia, as criptomoedas podem ser definidas como, bem móvel, fungível, consumível, divisível, singular, podendo ser principal acessório, bem público ou privado e naturalmente disponível, faltando-lhe, tão somente, ser disciplinado como bem jurídico.

É perceptível que as criptomoedas são, de fato, moedas em sua acepção econômica, mas a sua definição jurídica ainda carece de um amparo legal estatal. Este amparo legal estatal, para que seja adequado ao momento experimentado, deve considerar as características próprias das criptomoedas sob pena de excluir os seus próprios cidadãos de acesso à tecnologia.

Assim, a bibliografia aponta que as criptomoedas já possuem o poder liberatório, independente de uma determinação legal para forçar a aceitação e o valor da moeda. Mostra, assim, que a possibilidade de uso corrente de moedas privadas que não estão sujeitas a um controle central é possível.

A regulação estatal é possível, mas deve considerar a natureza das criptomoedas e dar-lhes segurança para suas transações. Muito embora seja possível a regulação, esta encontra dificuldade com relação aos aspectos de soberania devido ao fato das transações e as moedas circularem no ciberespaço e não em um território demarcado pelo Estado sobre o qual este exerce seu poder soberano.

A possibilidade de regulação centralizada das criptomoedas, pelo Estado parece não atender as características da nova tecnologia, tendo em vista que, são moedas privadas, sem um órgão central emissor, distribuídas, descentralizadas e baseadas no consenso, não apontando para uma regulação otimizada que permita o avanço tecnológico e o aprimoramento da tecnologia.

Dentro das possibilidades de regulação, se vislumbra duas possibilidades. A primeira é uma legislação supranacional que discipline as criptomoedas para sua livre circulação entre os usuários que são, invariavelmente, cidadãos de algum Estado. A segunda é uma legislação consuetudinária amparada no consenso que o próprio protocolo das criptomoedas oferece, ou seja, um regramento com validade jurídica feita pelas partes que compõem o sistema.

A criação de uma norma supraestatal parece mais viável que a regulação centralizada em um Estado soberano, pois, a regulação estatal somente atingiria os seus próprios cidadãos. Já a regulação consuetudinária seria providenciada pelo próprio corpo social que lhe dá suporte e confiança, não sendo, portanto, uma imposição de um terceiro a uma coletividade unida por seu direito de livre associação.

Assim, diante da revisão da literatura trabalhada no artigo, é possível entender a evolução da moeda até o surgimento das criptomoedas, compreender os conceitos de moedas e classificar as criptomoedas como uma moeda de fato e, por fim, apresentar possibilidades de regulação para as criptomoedas dando uma perspectiva acerca do panorama atual do debate jurídico acerca do tema proposto, concluindo por compatibilidade das moedas digitais com codificações abertas ou descentralizadas que permitam seu desenvolvimento e avanço diante das relações jurídicas no ciberespaço.

Referências

- ANDRADE, W. (21 de junho de 2017). Regulamentação Jurídica de Moedas Virtuais. Brasília, Brasil: Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.
- BURGOS, A. d., FILHO, J. D., Suares, M. V., & ALMEIDA, R. S. (2017). Distributed ledger technical research in Central Bank of Brazil. Brasília: Banco Central do Brasil.
- CARVALHO, C. E., PIRES, D. A., ARITOLI, M., & Oliveira, G. C. (2017). Bitcoin, Criptomoedas, Blockchain: Desafios Análíticos, Reação dos Bancos, Implicações Regulatórias. São Paulo: Mackenzie.
- COLUCCI, F., & MIYAKE, A. A. (23 de junho de 2017). A Tributação dos Bitcoins e Outras Moedas Virtuais. Acesso em 29 de maio de 2018, disponível em <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/tributario-ij/atributacao-dos-bitcoins-e-outras-moedas-virtuais>

COSTA, E. T. (2014). BITCOIN: ANÁLISE DA MOEDA VIRTUAL DESCENTRALIZADA E SUAS IMPLICAÇÕES. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro.

DEMIRGÜÇ-KUNT, A., KLAPPER, L., SINGER, D., ANSAR, S., & HESS, J. (2018). The Global Findex Database 2017: Measuring Financial Inclusion and the Fintech Revolution. Washington, DC: World Bank.

HAYEK, F. A. (2011). Desestatização do Dinheiro. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises.

LANNQUIST, A. B. (27 de junho de 2017). Blockchains, Cryptocurrencies & the New Decentralized Economy: Part 1 — A Gentle Introduction. Acesso em 29 de maio de 2018, disponível em <<https://blockchainatberkeley.blog/blockchains-cryptocurrencies-the-new-decentralized-economy-part-1-a-gentle-introduction-edcb4824b174>>

LESSIG, L. (2006). Code: version 2.0. Nova York: Basic Book.

MARGARIDO, H. (4 de agosto de 2017). Regime jurídico das moedas digitais no Brasil. Acesso em 29 de maio de 2018, disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blog/fausto-macedo/regime-juridico-das-moedas-digitais-no-brasil/>>

MENGER, C. (2009). On the Origins of Money. Auburn: Ludwig von Mises Institute.

MOSQUERA, R. Q. (2006). Direito monetário e tributação da moeda. São Paulo: Dialética.

NAKAMOTO, S. (04 de 12 de 2017). Bitcoin: Um sistema ponto-a-ponto de dinheiro eletrônico. Fonte: embaixadabitcoin.com: <http://www.embaixadabitcoin.com/wp-content/uploads/2017/11/Bitcoin-White-Paper-Portugues.pdf>

NAKAMURA, P. N. (2017). Desmistificando o Bitcoin: Análise da sua Natureza Jurídica, Uso e Impactos. São Paulo: Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa.

NÓBREGA, F. A. (2004). Da moeda ao ativo financeiro: uma leitura jurídica do ouro. Brasília: Brasília Jurídica.

OLIVEIRA, M. C. (2009). Moeda, juros e instituições financeiras - regime jurídico. Rio de Janeiro: Forense.

- POSNER, R. (1974). Theories Of Economic Regulation. Acesso em 29 de maio de 2018, disponível em Bell Journal of Economics: <<http://www.nber.org/papers/w0041>>
- REALE, M. (1994). Teoria Tridimensional do Direito. São Paulo: Saraiva.
- ROTHBARD, M. N. (2013). O que o governo fez com o nosso dinheiro? São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil.
- SCOTT, B. (2016). How can cryptocurrency and blockchain technology play a role in building social and solidarity finance? Genebra: UNRISD Working Paper.
- SMITH, A. (1996). A Riqueza das Nações (Vol. I). São Paulo: Nova Cultural.
- ŠURDA, P. (19 de novembro de 2012). Economics of Bitcoin: is Bitcoin an alternative to fiat currencies and gold? Acesso em 29 de maio de 2018, disponível em <<http://dev.economicsofbitcoin.com/masterthesis/masterthesis-surda-2012-11-19b.pdf>>
- SWAN, M. (2015). Blockchain: Blueprint for a New Economy. Sebastopol: O'Reilly Media, Inc.
- ULRICH, F. (2014). Bitcoin: a moeda na era digital. São Paulo, Brasil: Instituo Ludwig von Mises.
- VALADARES, M. C., & HUMBERT, G. L. (2017). Criptomoedas Transnacionais e o Marco Regulatório. Curitiba, Paraná, Brasil.

LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTREITAMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA SUPREMA CORTE BRASILEÑA: UNA ANÁLISIS A LA LUZ DEL ESTRECHAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN POPULAR

Mariana Gomes Pereira

RESUMO

O presente artigo trata do crescente fechamento do controle de constitucionalidade na esfera do Supremo Tribunal Federal, analisando a necessidade, a viabilidade e os usos dos mecanismos de participação democrática no processo decisório desta Corte. A objetivação do recurso extraordinário, a força vinculante das decisões do STF e a criação de súmulas têm o poder de esvaziar o controle difuso, fato que pode gerar o distanciamento da Constituição em relação aos seus destinatários. Dentro desse processo de concentração, surge a necessidade de repensar o princípio democrático no âmbito do Tribunal Constitucional brasileiro a fim de que a participação do povo, por meio das audiências públicas e dos *amici curiae*, além de uma fonte informativa quanto à realidade dos casos, seja reconhecida como uma fonte efetiva e necessária de legitimidade das decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional. Democracia. Supremo Tribunal Federal.

RESUMEN

El presente artículo trata del creciente cierre del control de constitucionalidad en la esfera del Supremo Tribunal Federal, analizando la necesidad, la viabilidad y los usos de los mecanismos de participación democrática en el proceso decisario de esta Corte. La objetivación del recurso extraordinario, la fuerza vinculante de las decisiones del STF y la creación de “súmulas” tienen el poder de vaciar el control difuso, hecho que puede generar el distanciamiento de la Constitución en relación a sus destinatarios. En este proceso de concentración surge la necesidad de repensar el principio democrático en el marco del Tribunal Constitucional brasileño a fin de que la participación del pueblo, por medio de las audiencias públicas y de los *amici curiae*, además de una fuente informativa en cuanto a la realidad de los casos, sea reconocida como una fuente efectiva y necesaria de legitimidad de las decisiones.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción Constitucional. Democracia. Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo desenvolve a temática da democracia no controle de constitucionalidade e busca responder, com o uso da metodologia de pesquisa dogmática interna, a seguinte problemática: Diante da concentração da jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal, em que medida a efetiva participação popular é considerada como critério de legitimidade das decisões do controle de constitucionalidade praticado pelo STF?

Objetivamente, os capítulos buscam identificar a organização da jurisdição constitucional e sua evolução que resultou no fechamento do controle de constitucionalidade na esfera do STF, analisar a necessidade e a viabilidade de participação popular no STF diante do cânones democrático brasileiro e verificar se há efetiva utilização dos mecanismos de participação popular já existentes no STF como critério de legitimidade das decisões.

A Constituição Federal brasileira de 1988, desde seu preâmbulo, impõe a noção de que o povo é quem constrói o Estado de Direito, é quem escolhe representantes e é o elemento de onde emana o poder exercido pelo Estado. Daí surge o conceito de que o povo é a fonte e o destinatário das normas constitucionais, por isso, a sensibilidade quando se trata de distanciar o povo das decisões do Estado acerca da interpretação do texto constitucional, sob pena de incorrer em falta de legitimidade democrática.

Nessa lógica, o controle de constitucionalidade brasileiro adota o modelo misto, que permite o exercício desta função por parte de qualquer juiz singular do Poder Judiciário e dá ao Supremo Tribunal Federal (STF) a função máxima de interpretar e defender a Constituição como última instância de julgamento. A forma como a jurisdição constitucional brasileira se organizou ao longo dos anos privilegiou o controle difuso, fato que deu origem à chamada “crise do recurso extraordinário”, que será posteriormente explorada.

O que se chama de estreitamento da jurisdição constitucional é produto da tentativa de escape da Suprema Corte diante da crise de massificação do recurso extraordinário. Entende-se que esse fenômeno começou com a objetivação do recurso extraordinário e se desenvolveu com a construção de instrumentos como o efeito *erga omnes*, as súmulas vinculantes e a repercussão geral, tudo isso à sombra de um forte discurso de segurança jurídica. Outro aspecto responsável pelo fechamento da jurisdição constitucional no âmbito STF é o ativismo judicial, que apesar de não haver sido premeditado pelo Judiciário, também é um mecanismo que pode concentrar no órgão *ad quem* um poder de decisão tipicamente democrático-representativo.

Com a verificação e a análise do fenômeno do estreitamento da jurisdição constitucional, é possível pensar as decisões do STF a partir do princípio democrático e do estudo do elemento povo como argumento de legitimidade. Entende-se que as últimas décadas proporcionaram ao STF uma atribuição muito semelhante à função legiferante, sobretudo em razão da enérgica construção jurisprudencial, esse protagonismo pode gerar o risco de atuação técnico-jurídica de cunho político capaz de fazer menção à vontade popular sem jamais oportunizar espaço para a participação do povo.

Nesse contexto, a democracia procedural e institucionalizada surge como forma de reaproximar o povo das decisões que incidirão diretamente sobre sua vida, sendo atribuída ao STF a função de efetivar a participação popular nos processos decisórios do controle de constitucionalidade. No modelo atual, a participação do povo é extremamente restrita, uma vez que os mecanismos existentes possuem entraves formais e servem apenas para informar a Corte sobre a realidade prática das questões em debate, logo, a função de legitimar democraticamente as decisões é menosprezada.

A presente pesquisa tenciona analisar o exercício da jurisdição constitucional dentro da ótica da legitimidade democrática, porquanto a concentração do controle de constitucionalidade no STF instituiu uma dialética apta a marginalizar as pessoas diante da Constituição. Para esse fim, é essencial que explore o fenômeno do estreitamento da jurisdição constitucional, as possibilidades de participação no processo decisório realizado pelo STF e os instrumentos processuais que permitem a democracia participativa na Suprema Corte, a fim de apresentar propostas que reaproximem a jurisdição constitucional de seus destinatários.

1 O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Fatos históricos massivamente estudados pelo Direito Constitucional constroem a lógica dos “atributos da constituição como instrumentos orientados para conter o poder, em favor das liberdades”.²⁰² A liberdade e a igualdade como fundamentos do Estado democrático devem ser amplamente garantidas mesmo diante das transformações da sociedade, da vanguarda legislativa e de outros tantos aspectos da vida que reivindicam a aplicação acertada da Constituição.

Justamente para fazer frente aos múltiplos significados da Constituição é que surge a jurisdição constitucional, com a finalidade de garantir e interpretar todo o sistema normativo conforme o pretendido pelo povo quando da edição da Constituição. A Constituição como parâmetro do controle das normas dentro do ordenamento jurídico é intimamente ligada aos valores que lhes são atribuídos, logo, se a Carta Magna é suprema, então, todas as leis estão a ela vinculadas. Ergue-se, portanto, a premência acerca do órgão apto a controlar a constitucionalidade das normas e quais os instrumentos hábeis para efetivar sua proteção.

²⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Teixeira Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

O Brasil confere ao órgão de cúpula do Poder Judiciário a competência para defender e interpretar, como *ultima ratio*, a Constituição. Esse modelo brasileiro é extremamente embebido nas ideias de Hans Kelsen, que coloca a jurisdição constitucional como órgão de contraponto à função legislativa, nesse sentido:

A independência desse órgão em relação ao Parlamento e ao governo é um postulado evidente, na medida em que são eles que, por serem órgãos participantes do processo legislativo, devem ser controlados pela jurisdição constitucional. Caberia, no máximo, examinar se o fato de a anulação das leis ser, ela também, uma função legislativa, não poderia acarretar certas consequências particulares em relação à composição e nomeação dos membros dessa instância. Mas, na realidade, tal não ocorre, pois todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo praticamente não têm mais peso quando se trata de anulação das leis. Aí aparece claramente a distinção entre a elaboração das leis e sua simples anulação. Essa anulação ocorre, no essencial, em aplicação das normas da Constituição. Nesse ato está quase totalmente ausente a liberdade de criação que caracteriza a legiferação. Enquanto o legislador só está vinculado à Constituição pelas normas processuais e, só excepcionalmente, pelo conteúdo das leis que deve ditar, devendo observar apenas princípios ou diretrizes gerais, a atuação do legislador da jurisdição constitucional, do legislador negativo, é totalmente determinada pela Constituição.²⁰³

O artigo 102 da Constituição Federal de 1988 atribui ao Supremo Tribunal Federal a guarda precípua da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, as ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e as arguições de descumprimento de preceito fundamental, julgar em única ou última instância os recursos extraordinários quando a decisão recorrida contrariar a Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, todos esses casos demonstram que o STF exerce a função de última instância no tocante ao controle de constitucionalidade.²⁰⁴

Ademais das competências originárias da Corte constitucional brasileira, os órgãos do Judiciário concorrem para o ajuste das leis para com Constituição. Como bem distingue Paulo Bonavides, o controle por via de exceção é aquele no qual a parte de uma ação judicial, incidentalmente, argui a inconstitucionalidade da lei que se reputa aplicável ao caso, essa é a possibilidade de controle concreto e difuso.²⁰⁵

²⁰³ KELSEN, Hans. A garantia Jurisdiccional da Constituição: A Justiça Constitucional. Doutrina Estrangeira. *Revista Direito Público*. Brasília: IDP. n. 1, p. 90-130, jul./ set. 2003.

²⁰⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 out. 1988.

²⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 309-314.

A congregação dos modelos europeu e americano dá origem ao sistema de controle de constitucionalidade misto, que permite sua realização em decisões de juízes singulares de primeira instância e em decisões de ministros membros do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Essa dicotomia concede à jurisdição constitucional um viés democrático e acessível, visto que qualquer cidadão pode ter acesso ao controle e à interpretação da Constituição frente a sua realidade.

A questão problemática aqui exposta deriva do aperfeiçoamento da sistemática do controle de constitucionalidade a partir da Constituição Federal de 1988, vê-se um verdadeiro fechamento da jurisdição constitucional na esfera do STF. A objetivação do recurso extraordinário, a repercussão geral, as súmulas vinculantes, o ativismo judicial e o efeito *erga omnes*, são alguns dos aspectos que evidenciam que o controle de constitucionalidade pode ser afastado do povo.

1.1 O estreitamento do controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade difuso foi inaugurado na Constituição de 1891, momento em que o Brasil migrava para a forma republicana de governo, naquele cenário, onde a principal preocupação residia na limitação dos poderes, a ideia era fazer com que o Supremo Tribunal fosse, essencialmente, uma corte de revisão.²⁰⁶ A coexistência entre modelo difuso e o concentrado só foi instaurada em 1965 com o advento da Emenda Constitucional n. 16.

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a prática corrente da judicialização de questões constitucionais se dava primordialmente pela via difusa com a interposição de recurso extraordinário, pois a representação de inconstitucionalidade dependia da iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República. Essa realidade foi radicalmente cambiada com a nova Constituição, já que o âmbito do recurso extraordinário foi reduzido e o controle abstrato aumentado a partir da ampliação dos legitimados.

O monopólio da representação intervintiva pelo Procurador-Geral da República recebeu diversas críticas ao longo de sua existência. Argumentava-se que, em caso de dúvida acerca de controvérsia constitucional, o ocupante do cargo, como *custos legis*, seria obrigado a ajuizar a ação; outra vertente afirmava que o ajuizamento estaria condicionado à personalidade do Procurador em exercício. Uma das críticas pujantes era a reunião do papel

²⁰⁶ LEAL, Aurelino de Araújo. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 246.

de “advogado da Constituição”, quando o Procurador-Geral da República atuava em prol de interesse da União, e da função de representante da vontade geral, em caso de controle judicial de normas estaduais ou federais.²⁰⁷

A Carta de 1988 alongou o direito de propositura da ação *in abstracto*, suprimindo o déficit relativo à legitimidade de agir e, simultaneamente, criando um novo problema consoante o que afirma Gilmar Mendes:

A outorga do direito de propositura a diferentes organizações sociais e partidos políticos não permite precisar o número exato de entes e órgãos autorizados a instaurar o controle abstrato. Segundo estimativas idôneas, pode-se afirmar que o novo sistema reconhece a legitimidade de mais de cem entes ou órgãos para instauração do controle do controle abstrato de normas. É de observar, ainda, que, através da outorga do direito de propositura a diferentes grupos sociais, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, confederações sindicais e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, instituiu-se a possibilidade de que qualquer segmento social submeta questão constitucional de seu interesse ao Supremo Tribunal Federal. Uma orientação menos criteriosa poderia imprimir ao sistema instituído pela Constituição de 1988 quase a amplitude de uma ação popular de inconstitucionalidade.²⁰⁸

As modificações no controle de constitucionalidade instauradas em 1988 começaram um processo de modernização, sobretudo no tocante às funções do STF e do STJ. É justamente nesse contexto que surge o fenômeno do estreitamento do controle de constitucionalidade, na medida em que o controle difuso se abrevia e dá espaço à força vinculante das decisões e ao refinamento dos requisitos de admissibilidade capazes de impedir a chegada dos recursos extraordinários no juízo *ad quem*.

Mesmo figurando como um dos meios mais significativos de acesso ao sistema de jurisdição constitucional antes de 1988, o recurso extraordinário não era regido pela regra do *stare decisis*, configuração que ocasionava a interposição de milhares de recursos dessa natureza. Como explica Manoel Gonçalves, no *stare decisis* “os juízos e tribunais pautam o seu entendimento quanto à definição do sentido da norma pela orientação dos órgãos judiciais que lhes são superiores”, por consequência, a falta desse princípio tão forte nos países do *common law* implica em possibilidade dos órgãos jurisdicionais proferirem decisões diferentes do entendimento fixado pelas instâncias superiores.²⁰⁹

²⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 105.

²⁰⁸ Ibid. p. 176.

²⁰⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 416.

O enorme quantitativo de recursos extraordinários da época que antecede a Constituição Federal de 1988 se dava, dentre outros motivos, pela “massificação das demandas nas relações homogêneas”, sobretudo as que diziam respeito aos planos econômicos, FGTS e INSS.²¹⁰ Atualmente, percebe-se que a grande procura pelo Judiciário acontece por causa da ineficácia dos direitos constitucionais, gerando a chamada “judicialização da política” e a massiva busca pela tutela judicial. Em texto de coautoria de Humberto Theodoro Júnior há a seguinte exposição:

E, em países como o Brasil, nos quais não são asseguradas políticas públicas adequadas de obtenção de direitos fundamentais, a chamada litigância de interesse público (*Prozeßführung im öffentlichen Interesse*), que consiste num dos fatores determinantes da geração de demandas repetitivas, não constitui uma exceção, mas, sim uma regra, de modo a conduzir inúmeras pessoas à propositura de demandas envolvendo pretensões isomórficas (v.g., contra o Poder Público), que merecem um tratamento diferenciado e legítimo.²¹¹

No contexto histórico da crise do recurso extraordinário, o socorro veio da lavra do Legislativo com a edição da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, dispondo acerca dos procedimentos para os processos que corriam perante o STF e o STJ. Ali foi inaugurada a competência do relator do recurso extraordinário para inadmitir o recurso que contrariasse súmula do Tribunal, essa regra foi incorporada pelo artigo 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, reforçando o caráter de vinculação das decisões proferidas em instâncias superiores.²¹²

A criação de requisitos de admissibilidade mais estreitos ou de instrumentos que defendam a Suprema Corte do excesso de recursos são movimentos que objetivam o controle difuso de constitucionalidade. Vê-se, portanto, que se de um lado o intuito é poupar a Corte da análise de causas repetidas, de outro existe o distanciamento da subjetividade tipicamente presente no recurso extraordinário.

A repercussão geral na qualidade de requisito de admissibilidade do recurso extraordinário que requer por parte do impetrante a demonstração da relevância jurídica, política ou social da questão constitucional veiculada. O intuito dessa sistemática é levar à apreciação da Corte Suprema apenas casos com relevância para os jurisdicionados em geral,

²¹⁰ MENDES, op. cit., p. 973.

²¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 34, n. 177, p. 9-43, nov. 2009.

²¹² Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrepostos na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior.

logo, se a repercussão geral inexiste, então, é atributo das demais instâncias a declaração de inconstitucionalidade adstrita ao caso concreto, revelando-se como mais um elemento de objetivação do controle concreto de constitucionalidade no STF.

Complementarmente, Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero expõem que a repercussão geral também se qualifica pela transcendência, isto é, a questão debatida deve transcender o interesse *inter partes* para alcançar o interesse de relativa coletividade.²¹³ O processo que outrora era concebido subjetivamente por causa da concretude da pretensão nele disposta, agora é visto com o mínimo grau de abstração e objetivismo, dado que se faz necessária a demonstração de repercussão geral para que os recursos extraordinários sejam conhecidos pelo STF.

Para o fortalecimento da sistemática de precedentes, a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que recebe o nome de reforma do Judiciário devido às significativas mudanças na estrutura jurisdicional, reorganizou o texto constitucional que desde a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, já previa a possibilidade de decisão definitiva de mérito proferida pelo STF com efeito vinculante. Com essa previsão legal as decisões declaratórias de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade em controle concentrado passaram a ter efeito vinculante contra todos e contra os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta.

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, também incluiu no caput do artigo 103-A a possibilidade de criação de súmulas com efeito vinculante depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional e pelo voto de dois terços dos membros do STF. Com a fixação de teses vinculativas fica clara a função criadora dos tribunais ou nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a função “paralegislativa” da Suprema Corte.²¹⁴

É relevante notar que a ideia de Hans Kelsen ao chamar o Judiciário de “legislador negativo” ocorreu em razão da atividade de anular as leis quando da declaração de inconstitucionalidade, ou seja, tirar o efeito positivo da ordem legislativa. Ainda nessa conjuntura, Kelsen abordou o caráter construtivo da decisão judicial, apontando a sutileza entre julgar e a legislar em alguns casos:

Neste caso, o tribunal não aplica uma tal norma geral, mas a norma jurídica que confere ao tribunal poder para esta criação ex novo de direito material.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 33-34.

²¹⁴ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 416.

Costuma-se dizer que o tribunal tem competência para exercer a função de legislador. Isto não é completamente exato quando por legislação se entenda a criação de normas jurídicas gerais. Com efeito, o tribunal recebe competência para criar apenas uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem perante si. Mas esta norma individual é criada pelo tribunal em aplicação de uma norma geral tida por ele como desejável, como “justa”, que o legislador positivo deixou de estabelecer. Somente enquanto aplicação de uma tal norma geral não positiva é possível afirmar como justa (correta) a norma individual estabelecida pelo tribunal.²¹⁵

A competência para produzir normas com força de precedente não é abertamente mostrada como função legislativa, mas na prática é um perfeitamente verossímil, visto que o “direito sumular” obriga todo o aparato estatal a seguir a mesma interpretação por ele firmada. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 103-A, §3º, fixa que o descumprimento de enunciado de súmula enseja reclamação ao STF, podendo resultar, além da edição de outra súmula, em cassação da decisão judicial reclamada ou na anulação do ato administrativo.

Outro ponto relevante sobre a força das decisões proferidas do STF pode ser potencializado pelo ativismo judicial, que segundo Luís Roberto Barroso, é capaz de conceder ao juiz uma expansão do poder criativo, muito se assemelhando ao exercício do legislador quando se está diante da interpretação de cláusulas constitucionais abertas. Ainda no entendimento de Barroso, o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição (...), com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”, enquanto a judicialização da política aponta para a decisão de órgãos do Poder Judiciário sobre questões de extensa repercussão político-social.²¹⁶

Diante do fenômeno da constitucionalização de direitos, os juízes ganham protagonismo decorrente da atribuição natural de exercer o controle das normas. Conforme Neal Tate e Torbjorn Vallinder, a judicialização da política é resultado do sistema de *checks and balances*, isto é, a possibilidade de a Justiça rever as decisões tomadas pelo Executivo e Legislativo acabam gerando a utilização de meios jurídicos para a resolução de demandas políticas.²¹⁷

²¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 170.

²¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis: **Cadernos do Centro de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

²¹⁷ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: University Press. 1995. p. 515-522. apud CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde**: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47-50.

A judicialização da política viabiliza a construção de significados acerca de direitos constitucionais e cria na instância que a recebe um novo lugar de discussão. Diante disso, a democracia constitucionalmente pretendida, a saber, aquela em que a casa legislativa edita leis, pode restar prejudicada, sobretudo no que diz respeito ao debate político que não é congênito no bojo dos Tribunais. Jorge Octávio Lavocat Galvão descreve que:

Os juízes discordam sobre interpretação judicial na mesma proporção em que as pessoas comuns discordam sobre a moralidade coletiva. Os termos vagos em que as Cartas Constitucionais não fornecem nenhuma resposta para os casos constitucionais difíceis, como aborto, eutanásia, pesquisa com células-tronco e ações afirmativas. A única certeza é que a população vai ser diretamente afetada por alguma decisão da Suprema Corte. Nessas questões de moralidade política, não há nenhuma garantia que o ponto de vista adotado pelos juízes seja superior ao dos outros membros da sociedade.²¹⁸

O ativismo judicial também pode representar o distanciamento do povo em relação à Constituição, uma vez que as decisões que deveriam ter cunho político participativo e democrático acabam sendo prolatadas por um juiz, isto é, a realização de políticas públicas, em regra, deveria ser perpetrada pelos eleitos por uma questão de representatividade e pluralismo. Nesse sentido, a escolha feita pelos eleitos permite a representação dos interesses gerais, enquanto a escolha judicial em matéria política pode significar a supressão da democracia.

O processo deliberativo pode ser perdido com o ativismo judicial e com a judicialização que competem tipicamente ao Poder Legislativo, agravando o cenário no qual a Suprema Corte decide de forma vinculante sobre questões políticas que afetam toda a sociedade. Nesse ponto, cabe citar que os atingidos por essas decisões merecem a oportunidade de contraditar as razões dispostas no processo, o que nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco é conceituado do seguinte modo:

O contraditório é, portanto, inerente ao conceito de processo, entendendo-se como imposição do Estado democrático a participação de cada um na formação dos provimentos que de alguma forma virão a atingir a sua esfera de direitos (assim como no processo político hão de participar os cidadãos interessados nos destinos do Estado, assim no processo jurisdicional ou administrativo terão oportunidade de participação aqueles a quem

²¹⁸ GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Concentração de Poder da Jurisdição Constitucional: Uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Batiste (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 382-383.

interessam, caso por caso, os resultados da atividade pública que ali se desenrola.²¹⁹

O poder de criação dado ao STF representa uma crescente desde a Constituição de 1988 e a segurança jurídica é um dos principais argumentos para a consolidação do sistema de precedentes. Esse arranjo aliado à competência de se imiscuir juridicamente em questões políticas e ao poder de proferir decisões com força vinculante em tais matérias revela a expansão do Poder Judiciário e a concentração das decisões constitucionais na figura da Corte, sendo indispensável à viabilização e reconhecimento da necessidade participação democrática.

1.2 A legitimidade do STF diante do alargamento do Poder Judiciário

Os critérios de legitimidade que cercam a atuação das cortes constitucionais perpassam pelos fundamentos de formação do Estado constitucional, sendo que a definição do seu papel político e institucional se relaciona às concepções e valores atribuídos pelo texto constitucional. Dessa forma, a compreensão acerca da legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal deve analisar os argumentos teóricos e legais que contornam a criação e a vivência da Corte.

A organização dos Estados contemporâneos encontra fundamento na separação de poderes enquanto forma de promover a limitação das diversas estruturas de poder e ao mesmo tempo de unificar a ordem jurídica. A proteção da liberdade individual é o que consagra a separação das funções do Estado, dado que reunião da magistratura, do poder legislativo e do poder executivo em um mesmo corpo ou pessoa, segundo Montesquieu, geram tirania e constante interferência na vida social.²²⁰

De forma expressiva, José Joaquim Gomes Canotilho descreve que o ponto mais relevante da separação de poderes para a experiência constitucional de um país não está na separação, mas sim na combinação dos poderes entre si.²²¹ A partir disso, vislumbra-se que a evolução dos poderes é resultado dos ajustes recíprocos que se desenrolam ao longo da

²¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 19.

²²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 115.

²²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2010. p. 115.

história para que um poder faça frente ao outro, em outras palavras, é bem possível que a configuração dos poderes abandone, ainda que parcialmente, o modelo pensado por Montesquieu para atender à realidade.

O modelo americano de separação de poderes é um dos responsáveis pela evolução da ideia de organização do Estado pensada por Montesquieu. De acordo com Anna Cândida, um dos parâmetros para adaptação da separação de poderes ao constitucionalismo presidencial foi a independência e a harmonia entre os poderes pensada pelos americanos, que se definem da seguinte forma:

(...) independência e harmonia entre os poderes, que significa que no desdobramento constitucional dos poderes deverá haver um mínimo e um máximo de independência para cada órgão, bem como um mínimo e um máximo de instrumentos que viabilizem o exercício harmônico dos poderes, para que não haja sobreposição de uns aos outros. As exceções somente podem ser justificadas se almejarem alcançar a finalidade do princípio, qual seja a de separar para limitar. Dessa forma, as interferências de um poder sobre os demais apenas serão admitidas para realizar a ideia-fim de impedir abusos, ou de propiciar real harmonia no relacionamento entre eles.²²²

No entendimento citado, a intervenção de um poder no outro é perfeitamente factível, desde que o pressuposto seja o alcance dos valores do próprio Estado. Esse conceito converge com a ideia de freios e contrapesos enquanto complemento mútuo entre os poderes. Uma das hipóteses brasileiras de aplicação desse princípio é a sistemática em que o Presidente da República e o Senado Federal participam da escolha dos ministros do STF, em tal caso é mantida a harmonia e a independência também previstas na Constituição Federal de 1988.

No contexto de separação de poderes, o alcance da Corte Constitucional como responsável pela defesa da Constituição em face dos feitos legislativos impõe a lógica de que revisão judicial das normas subentende que os juízes serão neutros quanto às questões políticas.²²³ Essa conjectura empregada como argumento de legitimidade parece não levar em conta o fato de que a interpretação jurídica constitucional se utiliza das concepções políticas do intérprete, nesse viés, Ronald Dworkin ratificou que a compreensão da intenção do constituinte está condicionada às escolhas históricas que se fazem por meio da teoria política, consequentemente, a neutralidade política é uma justificativa de legitimidade débil.²²⁴

²²² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 13-15.

²²³ BORK, Robert H. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. **Indiana Law Journal.** v. 47, n. 1, p. 1-35. 1971.

²²⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 54-55.

Da perspectiva positiva, a legitimidade das decisões começa com a teoria do poder constituinte, já que a criação da Constituição e a organização do Estado são oriundas de uma autoridade constituída para tal finalidade. Consoante a inteligência de Sieyès, descrita por Bonavides, “o poder constituinte, distinto dos poderes constituídos, é do povo, mas se exerce por representantes especiais”. Essa noção moderna de poder constituinte se realiza por meio do regime representativo, alçando o povo ou a nação como fonte da qual emana a soberania.²²⁵

No Brasil, a legitimidade democrática é o princípio que norteia a fundação do poder constituinte originário ou derivado, nesse sentido, a Assembleia Constituinte de 1987, apesar de não ter sido fruto de uma ruptura revolucionária, foi a concreta realização da democracia representativa, visto que ali se manifestou politicamente o poder constituinte derivado por meio do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. É justamente na Constituição de 1988 que as competências do STF são reafirmadas e que surge a ampliação da função jurisdicional.²²⁶

O simples fato de haver disposição expressa em Constituição reconhecidamente válida e legítima, além da promulgação de emendas constitucionais revestidas de regularidade formal e material, por si só já são parâmetros satisfatórios para a constatação da legitimidade dos trabalhos que vêm sido desenvolvidos pela Corte. No entanto, entende-se que a referida extensão das funcionalidades e dos mecanismos responsáveis por concentrar a jurisdição constitucional no STF pode ocasionar um descompasso tanto em relação ao processo político quanto no que toca ao acesso democrático ao controle de constitucionalidade.

É importante reconhecer que o fenômeno da objetivação do controle de constitucionalidade e as decisões vinculantes sobre matérias que exigem participação democrática, agregadas à criação da marginalização das pessoas perante a Constituição não são fatos atribuíveis aos ministros do Supremo Tribunal Federal. Luis Roberto Barroso assevera que os ministros não podem ser apontados como os responsáveis pela formação do modelo “juriscêntrico” ou de hegemonia judicial, já que a Corte simplesmente desempenha seu papel institucional.²²⁷

Notadamente, o acesso democrático ao controle de constitucionalidade constrói-se a partir da noção de que “quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional mais elevado

²²⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 142 - 145.

²²⁶ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 61-62.

²²⁷ BARROSO, op. cit., p. 24.

há de ser o grau de sua legitimidade”.²²⁸ Dentro dessa ótica, o controle de constitucionalidade difuso atende melhor ao critério de legitimidade citado, pois o juiz que há de julgar o caso conhece melhor a realidade na qual se insere devido à competência territorialmente mais restrita e está mais próximo à coletividade apta a postular a interpretação da Constituição.

2 A NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PERANTE O STF

Desde o seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 se refere à intenção de instituir no Brasil um Estado Democrático, no mesmo espírito, o caput do artigo 1º qualifica a República Federativa do Brasil como um “Estado Democrático de Direito”, daí em diante há a repetição de copiosas derivações da palavra democracia combinadas a termos como gestão, caráter, instituições, regime e Estado. Mais que a expressão explícita da palavra no texto constitucional, importa a análise dos significados que lhe podem ser atribuídos dentro do sistema.

Segundo Lenio Streck, o Estado Democrático de Direito tem por finalidade a conjugação das garantias jurídico-legais com a participação pública no processo decisório apto a construir a sociedade e modificar sua realidade.²²⁹ Nesse sentido, o princípio democrático impõe a permeabilidade dos interesses e necessidades dos indivíduos nas questões do Estado, fato que, conforme Böckenförde, é argumento de legitimação material das decisões estatais, pois é nesse espaço que as aspirações do povo são identificadas.²³⁰

O intuito da participação democrática da sociedade civil, citado por Norberto Bobbio, é a desagregação das estruturas de poder quando não correspondem à vontade popular.²³¹ Por esse ângulo, a participação democrática não é apenas o fundamento de criação, como também é o meio pelo qual todo o estrato de poder em torno do Estado pode ruir, ou seja, uma das justificativas mais sólidas do Estado é a soberania popular.

A concretização da participação do povo, entre outros modos, se dá pela reunião de vontades individuais, consubstanciando-se no consenso. Em países como Suíça, Bélgica e Holanda as decisões edificadas pelo consenso são efetivas, porquanto ali existem arranjos

²²⁸ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista Estudos Avançados**. São Paulo: Universidade de São Paulo. v. 18, n. 51, p. 127-150, Mai./Ago. 2004.

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 123.

²³⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y La democracia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 55-58.

²³¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade; para uma teoria geral da política**. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 36-37.

políticos que exigem e possibilitam essa concordância de ideias, ainda baseada na representatividade, de acordo com Robert A. Dahl:

Evidentemente, esses sistemas consensuais não podem ser criados ou não funcionarão bem, senão sob condições muito especiais, que incluem um talento para a conciliação: grande tolerância para a transigência; líderes confiáveis para negociar soluções para conflitos que ganhem o consentimento de seus seguidores; um consenso em relação a metas e valores básicos, amplo o suficiente para tornar os acordos viáveis; uma identidade nacional que desestimule as exigências de uma completa separação – e um compromisso relativo aos procedimentos democráticos que exclui os meios violentos ou revolucionários.²³²

Dahl alça a confiabilidade, a tolerância, o consentimento, o estabelecimento de princípios básicos e a identidade entre os interlocutores como atributos sem os quais os sistemas que buscam a democracia não podem ter êxito. É relevante ressaltar que tais peculiaridades dependem do entendimento esclarecido por parte da pessoa envolvida no processo decisório, que esses interlocutores tenham “oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e prováveis consequências”, além da abertura efetiva “para fazer os outros membros conhecerem as próprias opiniões” e do voto igualitário.²³³

Em verdade, o sistema ao qual Dahl se refere é posteriormente explorado por Jürgen Habermas que enxerga a forma deliberativa como um sistema onde a democracia deve ser considerada como um procedimento institucionalizado, isto é, a sua realização é possível apenas quando o poder social, por ser institucionalizado, interage obrigatoriamente nos fluxos dos processos decisórios.²³⁴ Desse modo, sem o posicionamento e o reconhecimento estatal de que institucionalizar a democracia é criar instrumentos internos, locais de debate, convocação real ao cidadão e utilização efetiva dos resultados das discussões, não existe democracia deliberativa e as menções ao “povo” podem se converter em meros selos de legitimização das decisões.

Em sua obra “Quem é o povo?” o jurista alemão e profundo conhecedor do sistema constitucional brasileiro, Friedrich Müller, tece um conjunto de ponderações quanto ao elemento povo dentro do constitucionalismo moderno e sua estreita vinculação com a democracia e a legitimidade. Na opinião de Müller, o conceito jurídico de povo está lastreado na chamada “instância global de atribuição de legitimidade”, isso significa que o povo

²³² DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 170.

²³³ Ibid., p. 49.

²³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2. Vol. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 57-58.

funciona como um ideal arquitetado para legitimar a ação dos agentes do Estado, construindo com isso uma “democracia de justificação”.²³⁵

O efeito da “objetificação” do povo é a dominação político-social que distancia o Estado das pessoas e acaba convertendo a citada “vontade popular” em simples adereço dentro da sistemática democrática, utilizado para afirmar que a escolha de poucos privilegiados emana do povo. O povo como objeto destoa fortemente da ideia esposada por Hans Kelsen segundo a qual a democracia é a “identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo”, logicamente há pouca ou nenhuma identidade entre o dominador e o subjugado quando estão em tais posições.²³⁶

Assim, a ideia de Robert A. Dahl acerca do consenso e de seus pressupostos não pode ser visualizada em lugares onde não há identidade entre o julgador e o povo, onde não se tem lugar de debate ou onde inexiste a oportunidade para influenciar na definição das causas. Por esse ângulo, e tendo em vista a função primordial do Judiciário na realização das disposições constitucionais dirigentes e as atribuições relativas ao controle de constitucionalidade com decisões que vinculam a todos, é inconcebível que uma Corte constitucional não considere as vozes além de seus recintos, sob pena de gerar exclusão social, o que segundo Müller:

(...)Trata-se aqui da discriminação parcial de parcelas consideráveis da população, vinculada preponderantemente a determinadas áreas; permite-se a essas parcelas da população a presença física no território nacional, embora elas não sejam excluídas tendencial e difusamente dos sistemas prestacionais [Leistungssystemen] econômicos, jurídicos, políticos, médicos e dos sistemas de treinamento e educação, o que significa ‘marginalização’ como subinteração. (...) Os direitos fundamentais não estão positivamente à disposição dos indivíduos e dos grupos excluídos, mas os direitos fundamentais e humanos destes são violados (de forma repressiva e de outras formas). Normas constitucionais manifestam-se para eles ‘quase só nos seus efeitos limitadores da liberdade’, seus direitos de participação política aparecem diante do pano de fundo a sua depravação integral – preponderantemente só no papel, assim como também o acesso aos tribunais e à proteção justiça. A constituição não pode impor o código direito/não-direito diante do metacódigo; ela fracassa na tarefa de acoplar de forma confiável o direito, a política e a sociedade. Os superintegrados dispõe exclusivamente da constituição; a inconstitucionalidade ou contrariedade ao direito da sua ação ou ação dos ‘seus’ políticos, peritos, milicianos não se torna objeto de procedimentos jurídicos normalizados e com isso nem se torna tema no sentido forte desse termo.²³⁷

²³⁵ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 48 - 52.

²³⁶ KELSEN, Hans. **A democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993. p.35.

²³⁷ MÜLLER, op. cit., p. 76-77.

Os “superintegrados” são parte de um grupo de pessoas que efetivamente usufruem de seus direitos fundamentais, que estão devidamente nutridas pelo sistema prestacional do Estado e que de algum modo estão mais próximas à Constituição. Conclui-se, assim, que aqueles que não fazem parte dos “superintegrados” estão marginalizados e, portanto, distante das pretensões constitucionais que estabelecem o regime democrático e o povo como fonte do poder, fragilizando o Estado de Direito e tornando o uso formal da palavra “povo” numa alusão que não se refere a alguém, mas que, apesar disso é capaz de legitimar as escolhas de alguém ou de alguns.

Como em uma função matemática donde se subtrai um conjunto que não participa de alguma regra, assim é o desmembramento da sociedade em relação às esferas de poder quando a democracia não é minimamente privilegiada, cria-se a exclusão social e o distanciamento do Estado em face das pessoas que passam a ser marginalizadas. Esse fenômeno de distanciamento também ocorre em relação ao controle de constitucionalidade, fato que pode ser atribuído à arquitetura do sistema constitucional brasileiro, ou seja, a maneira como a jurisdição constitucional se organizou até a contemporaneidade põe em risco o acesso dos indivíduos ao controle de constitucionalidade, marginalizando pessoas em relação à Constituição.

As cortes constitucionais devem cumprir com a função democrática e corroborar para a realização do princípio da soberania popular, porquanto o Tribunal Constitucional é quem racionaliza as questões políticas que se mostraram de algum modo problemáticas no parlamento, utilizando-se da técnica argumentativa jurídica em prol do povo. Nesse sentido, Robert Alexy discorre:

O princípio fundamental: ‘Todo poder estatal origina-se do povo’ exige-se compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela do parlamento. (...) Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional.²³⁸

No trecho citado, Alexy admite que a representação do povo no âmbito da Corte constitucional é idealística e que, na prática, o exercício da jurisdição constitucional é em prol

²³⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 179.

do povo e em seu nome, mas sem a presença ou a participação deste. Nesse contexto, no qual se reconhece que a democracia é apenas um ideal dentro da jurisdição constitucional, a perda da subjetividade presente no controle difuso devido a sua objetivação por meio da ampliação dos efeitos das decisões e do endurecimento dos requisitos de admissibilidade inibem ainda mais a manutenção do princípio democrático.

Quando o Judiciário estabelece entendimento com força de lei, aplicável a todos, com efeito, o que se está fazendo é suprir uma falta legislativa comissiva ou omissiva e determinando à sociedade um preceito que se entende de acordo com a Constituição. De igual modo, fazem os parlamentares ao editarem leis que esboçam o trajeto que se pretende dar ao Estado, todavia, os eleitos prestigiam a democracia representativa, enquanto o Judiciário fixa decisões com a mesma força, mas sem deferência à democracia.

Não é raro notar a sensibilidade do princípio democrático no bojo do Poder Judiciário, sobretudo para aqueles que veem na democracia representativa uma solução para sanar esta fragilidade. O modo de escolha dos juízes é o argumento mais tradicional quando se discute acerca da democracia no âmbito jurisdicional, no entanto, entende-se que esse tema demasiadamente estudado pelos acadêmicos deve ser superado, sendo imperativo que o debate evolua para o pensamento e a criação de saídas mais viáveis de estabelecimento da democracia na jurisdição constitucional.

É vetusta a ideia de que o poder legislativo, mesmo constituído por um sistema representativo, dotado de heterogeneidade e pluralismo, não consegue fazer frente aos direitos presentes na Constituição. Esse pensamento é complementado sociologicamente por Antoine Garapon, segundo o qual a falha do sistema representativo em assegurar os direitos e garantias da Constituição causam a procura pelo guardião das promessas constitucionais com o fito de se preservar os ideais democráticos. Esse recurso à tutela judicial apenas agrava a disfunção do princípio democrático.²³⁹

Como explica Ricardo Lewandowski, a Suprema Corte tem feito frente às questões de extrema importância para o país com a finalidade de compor uma realidade marcada pelo “vácuo de poder” deixado pelo Executivo e Legislativo, isso ocorre devido à falta de consenso para se decidir. Não obstante a atuação contrária ao padrão estabelecido na teoria da

²³⁹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia:** o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 260–270.

separação dos poderes, o ministro complementa que tais matérias “pela relevância, melhor seriam resolvidas por aqueles Poderes, após ampla discussão com a sociedade”.²⁴⁰

Entende-se que, diante dos argumentos expostos, o princípio democrático deve ser repensado e privilegiado no âmbito do controle de constitucionalidade de normas desenvolvido pelo STF, dado que a jurisdição constitucional ali centralizada se tornou um importante componente do sistema político. A edificação da democracia na Suprema Corte brasileira depende do empenho institucional e da virtude em se reconhecer que o povo está distante das interpretações constitucionais que lhes dizem respeito.

A participação popular como argumento de legitimidade das decisões do STF é extremamente sensível em razão da função dada ao Supremo que é a defesa da Constituição e, em alguma medida, proteger os direitos fundamentais das minorias não contempladas pelos núcleos representativos de poder. Dentro desse panorama, é factível que a opinião majoritária dos atores sociais no controle de constitucionalidade despreze a existência da vontade da minoria, esse seria um ponto reconhecidamente problemático quando o assunto é fazer com que o processo decisório do Tribunal constitucional tenha abertura e vinculação democrática corpulenta.

A participação democrática no STF, se viabilizada por meio da regra da maioria, colocará em perigo as minorias, que estarão sujeitas ao resultado da deliberação de um número muito superior de pessoas com vontade, provavelmente, oposta e não necessariamente coerente com a Constituição. Sobre o tema, Ronald Dworkin apregoa que a “igualdade de influência” como um valor supremo é um ideal inalcançável e prejudicial e que, para não oprimir a minoria, a Corte constitucional pode se esforçar no alcance da igualdade moral que prevê respeito e consideração.²⁴¹

2.1 A viabilidade da democracia participativa no STF

Não parece ser natural falar em abertura democrática na jurisdição constitucional, sobretudo quando o exercício desta vem da Suprema Corte, órgão que é visto tradicionalmente como garantidor dos direitos das minorias. Entretanto, é necessário conciliar

²⁴⁰ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Freios e contrapesos: Supremo tem sido instado a resolver questões de outros Poderes.** Folha de S. Paulo, São Paulo, 23 mai. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/05/ricardo-lewandowski-freios-e-contrapesos.shtml>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

²⁴¹ DWORAKIN, Ronald. **Freedom's law:** the moral Reading of the american constitution. Cambridge: Harvard University, 1996. p. 15-20.

a realização do Estado de Direito com a proposta de soberania popular trazida pela Constituição Federal de 1988. A viabilidade da democracia participativa no Supremo Tribunal Federal precisa considerar, tal como fez Jürgen Habermas, a filosofia política e a teoria social, a fim de que se possa visualizar a Corte como uma esfera de diálogo em prol da legítima defesa da Constituição.

A democracia como um procedimento onde o discurso é permitido a todos, na visão de Jürgen Habermas, é o que concede legitimidade às decisões. Nessa perspectiva:

(...) o processo democrático carrega o fardo da legitimação. Pois tem que assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos de direito; e para formular adequadamente os direitos privados subjetivos ou para impô-los politicamente, é necessário que os afetados tenham esclarecido antes, em discussões públicas, os pontos de vista relevantes para o tratamento igual ou não-igual de casos típicos e tenham mobilizado o poder comunicativo para a consideração de suas necessidades interpretadas de modo novo.²⁴²

Dentro da visão habermasiana do agir comunicativo, os cidadãos abandonam a função de mero ícone legitimador e assumem o papel de influenciadores ou atores dentro da ordem jurídica, pois passam a estar munidos de “poder comunicativo” que opera para a legitimidade democrática das decisões. Essa é uma das formas de inserir o povo nos julgamentos que lhes dizem respeito, o que faz com que a legitimidade se realize quando a soberania popular antecede as garantias constitucionais e as liberdades.

Complementarmente, John Hart Ely ataca a falta de democracia deliberativa nas cortes constitucionais com o argumento de que o juiz constitucional pode facilmente incorrer no chamado “paternalismo judicial” se a ele for dada a oportunidade de realizar ponderações valorativas diante das normas constitucionais abertas que atraem soluções políticas.²⁴³ O fato é que para a efetivação da Constituição é necessária à escolha política. Para Ely, o Tribunal Constitucional entra nesse mecanismo como ferramenta que promove a abertura do processo democrático de forma procedural. Nesse ponto, o objeto de análise do autor contempla tão somente o legislativo como o órgão responsável pela decisão sobre valores políticos, logo o guardião da Constituição figuraria como fomentador da participação dos interessados e da representação popular no processo decisório.²⁴⁴

²⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. 2. vol. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 310.

²⁴³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 5-6.

²⁴⁴ Ibid., p. 87.

Na perspectiva de Ely, a atribuição da jurisdição constitucional é marcadamente procedural quanto à garantia da democracia, tanto é que os juízes devem funcionar como “fiscais das regras” dentro do processo deliberativo. Essa condição de fiscal faz com que o autor compare a atividade do juiz constitucional com a função de uma agência antitruste que exerce regulação e fiscalização sobre a ordem econômica, em suas palavras, “(...) em vez de ditar resultados substantivos, a jurisdição constitucional intervém apenas quando o ‘mercado’, no nosso caso, o mercado político, está funcionando mal sistematicamente”.²⁴⁵

A centralização da jurisdição constitucional no STF e a crescente judicialização de questões políticas retratam empiricamente a metáfora do mau funcionamento do “mercado político” postulada por Ely. Em face desse problema o autor oferece a solução na qual as falhas do processo político não serão supridas diretamente pelos juízes, a propósito Conrado Hübner explica:

A corte deve fiscalizar a participação e combater eventuais discriminações. O fato de não ser eleita facilitaria essa atividade. Deve ser protetora de direitos civis e políticos inerentes à competição, ao funcionamento e à manutenção dos processos decisórios: liberdade de expressão, de reunião, de associação partidária, o direito de voto. Monitora a equidade procedural. Preocupa-se em dar voz a setores marginalizados da sociedade. A corte, nessa corrente, não pode imiscuir-se nas escolhas democráticas, nas grandes decisões do “povo”. Precisa somente garantir que o jogo de interesses seja disputado sob bases igualitárias. Extrapolar essa função e adentrar no domínio dos juízos morais substantivos da democracia equivaleria a um “regime de guardiões”, por meio do qual o “povo” é privado de governar a si mesmo e se infantiliza ao ter que se subordinar a uma elite que, supostamente, tem mais capacidade para fazer as escolhas por ele.²⁴⁶

Dentro dessa ótica que contraria a supremacia judicial existe uma reaproximação entre o povo e a Constituição por meio dos devidos procedimentos deliberativos institucionalizados e garantidos pela jurisdição constitucional. Com essa proposta, além do exercício pleno dos direitos de participação política, os cidadãos não seriam compelidos a cumprir decisões judiciais com força de lei e oriundas dos juízos morais dos interpretes.

Quando a decisão sobre normas constitucionais que dependem de valoração política e a própria criação do direito migra do Poder Legislativo para o Judiciário, o ponto de vista de uma Corte Constitucional que garante a dimensão participativo-deliberativa das decisões é exponencialmente alargada. A Corte que outrora fiscalizava e obrigava o Legislativo a

²⁴⁵ Ibid., p. 102-104.

²⁴⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71-72.

cumprir proceduralmente o princípio democrático, agora se vê – ou ao menos deveria – obrigada a ostentar algum tipo de ambiente democrático para a participação dos atores sociais.

O reconhecimento de que a democracia deve ser prestigiada dentro dos trabalhos da Suprema Corte brasileira é notório. A respeito disso, o ministro Marco Aurélio se pronunciou no sentido de que a democracia dentro do Poder Judiciário serve para compensar os déficits epistemológicos que podem rondar as decisões do STF.²⁴⁷ Entende-se aqui que a participação democrática no controle judicial de constitucionalidade não deve ser assinalada somente com a finalidade de corrigir a carência técnico-científica que juízes têm por não conhecerem os aspectos fáticos que circundam o objeto apreciado. O processo decisório do STF, aparelhado por instrumentos democráticos, é substancial devido ao argumento de legitimidade e à noção de que a Constituição pertence ao povo e a ele se destina.

Ao diferenciar a interpretação da Constituição em sentido amplo, Peter Härbele propõe a noção de que abrir o processo decisório aos cidadãos em matéria constitucional é ampliar o terreno de debate, que comumente é monopolizado pelo jurista, na função de hermeneuta técnico-profissional. Ainda em sua teoria, Härbele iça os cidadãos a condição de “legítimos intérpretes democráticos” dentro do que se pode chamar de “democracia de cidadãos”, sem desprezar que esse ato é útil para aproximar o juiz da realidade da ação a ser julgada.²⁴⁸

A viabilidade de participação democrática no STF foi inaugurada pela Lei 9.869 de 1999, que versa sobre o processo e o julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O parágrafo primeiro do artigo 7º da referida lei fixa que as audiências públicas são possíveis “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”. É interessante notar que positivamente não há menção à ideia de democracia, legitimidade ou participação, deveras, a lei pretende apenas esclarecer os fatos do mesmo modo em que procede a dilação probatória em um procedimento comum de primeira instância quando se ouve “pessoas com experiência e autoridade na matéria”.²⁴⁹

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notas Taquigráficas da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP**. Proibição de uso de Amianto. p. 486. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoesAmianto/anexo/Transcricoes_Audiencia_sobre_Amianto_Texto_consolidado.pdf>. Acesso em 18 mai. 2018.

²⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição:** os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985. p. 148-151.

²⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 11 nov. 1999.

A previsão legal de realização de audiências públicas também é encontrada no Regimento Interno do STF, contudo, ali há a extensão do instrumento e a inclusão de pré-requisitos, a saber, cria-se a possibilidade de realização de audiências públicas em todo tipo de ação de competência da Corte quando “necessário o esclarecimento e questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante”, conforme o artigo 13, inciso XVII, do Regimento.²⁵⁰

É incontestável que as audiências públicas são um excelente instrumento democrático dentro da jurisdição constitucional que se concentra no STF, o revés sobrevém quando a participação deliberativa esbarra na limitação dos adjetivos que o cidadão precisa dispor, a “experiente”, “especialista” ou “autoridade” no assunto. A manifestação do hermeneuta não profissional, ou seja, do cidadão comum dentro do processo interpretativo é demasiadamente improvável dada a seletividade da norma regimental.

Os requisitos subjetivos que restringem a participação em audiências públicas feitas pelo STF são mais um dos aspectos que cooperam para a marginalização do cidadão em relação ao processo de interpretação da Constituição. Naturalmente, a reivindicação dessa participação como critério de legitimidade da atividade de controle de constitucionalidade da Corte não seria tão manifesta se não fosse a progressiva proeminência política do STF, ainda mais intensificada pelas decisões com força de lei e pela abreviação do controle difuso.

Apesar da pretensão de vincular a democracia deliberativa amplamente aberta à sociedade, é válido notar que a participação de toda e qualquer pessoa é diametralmente diferente da opinião dos sujeitos identificados no artigo 13, inciso XVII, do Regimento Interno do STF. Conforme Leal, Herdy e Massadas:

(...) disputas científicas são cruciais para a determinação de respostas jurídicas para um problema. Os efeitos positivos da maior permeabilidade da jurisdição constitucional a inputs da sociedade produzem, no entanto, efeitos perversos para o enfrentamento dos desafios reais impostos por problemas de fato aos ministros da corte. Reunir diversas opiniões não significa necessariamente obter mais informações. Da mesma forma, há limites para que a pluralidade signifique melhor compreensão. É nesse ponto que democracia e ciência, participação e conhecimento devem ser compreendidos como dois mundos separados.²⁵¹

²⁵⁰ BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInternano/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

²⁵¹ LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol. 5, n. 1, jan./abr. 2018. p. 344-345.

Há que se reconhecer que a fala do cidadão comum enquanto “poder influenciador” está para a legitimidade democrática assim como a fala do especialista técnico está para a construção da verdade científica dos fatos. Entretanto, essa afirmação não induz à dispensa do cidadão comum no processo decisório interpretativo, mas sim, passa a demandar, no sentido deprecado pela teoria da democracia procedural, que a Corte encontre meios para utilizar, refinar e satisfazer o produto da deliberação dos atores sociais.

Além das audiências públicas, a Lei nº 9.868, de 1999, também criou em seu artigo 7º, §2º, a figura do *amicus curiae* como terceiro que pode intervir no controle abstrato de constitucionalidade, mostrando-se como mais uma forma de aproximar o STF da realidade do caso em julgamento que da abertura à participação democrática. A permissão dada ao relato para admitir a manifestação de entidades ou órgãos distintos dos postulantes requer que o ingressante comprove a representatividade, mitigando o efeito democrático do instituto.

Cassio Scarpinella Bueno sustenta que os *amici curiae*, apesar de atuar altruisticamente em benefício da sociedade, pleiteiam interesse jurídico próprio quando ingressam na ação abstrata.²⁵² Diversamente, pode-se interpretar que o *amicus curiae* permite a multiplicação de visões sobre os fatos e o direito discutidos, mesmo que essa perspectiva se limite à representação de um grupo específico, uma vez que existem na sociedade valores e experiências que ainda não contagiam a “verdade dos autos”.²⁵³

Do mesmo modo que nas audiências públicas, o entendimento do STF é que a contribuição do *amicus curiae* é para a solução de problemas epistêmicos e existe um tímido discurso sobre legitimidade democrática dentro da jurisdição constitucional concentrada no STF. Quase sempre o prisma da legitimidade democrática construída por meio da participação é secundário, abrindo espaço para a simples aproximação da Corte para com a realidade. No entanto, alguns ministros admitem esse vínculo, como no caso do ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2031, segundo o qual o ingresso do *amicus curiae*:

(...) valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que esse mesmo *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas

²⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 147.

²⁵³ MENDES, Geisla A. V. Haandel. A exigência de representatividade ao *amicus curiae*: abertura à participação democrática e a possibilidade de atuação dos movimentos Sociais como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Direito e Democracia**. Canoas, v. 13, n. 1, p. 138-157, jan./jun. 2012.

implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e inquestionável significação.²⁵⁴

Na narrativa do Ministro Celso de Mello que aceitou o ingresso da Associação dos Magistrados Catarinenses (AMC) na ADI 2130, é verificada a perfeita descrição da necessidade de participação democrática no controle de constitucionalidade, seja ele de origem difusa ou concentrada, o fato é que os efeitos das decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira alcançam a realidade de grupos significativos e, portanto, os atingidos devem participar. Obviamente que a proposta não é que todos os cidadãos possam simplesmente acessar a Corte e opinar, mas sim que o acesso dos reais afetados seja facilitado e que haja a efetiva utilização das vontades externalizadas por meio dos canais de democracia deliberativa já existentes do STF.

A democratização das decisões oriundas do controle judicial de constitucionalidade desempenhado pelo STF está vinculada ao resultado prático das vias discursivo-democráticas internalizadas pela Corte. Inútil seria um debate sem resultado prático, sem influência comprovada ou esclarecimento real dos interlocutores, isto é, se a opinião do cidadão hermeneuta não tocar de algum modo o julgador a argumentação é imprestável, por isso, passa-se a análise do comportamento prático e das previsões legais do STF diante dos instrumentos de democratização da jurisdição constitucional.

3 A UTILIZAÇÃO DO AMICUS CURIAE E DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Conforme o postulado de Müller já exposto no presente trabalho, para a verdadeira realização da democracia é indispensável que o resultado da participação popular produza algum efeito sobre a decisão. O mesmo ocorre em relação aos *amici curiae* e as audiências públicas enquanto lugares de interlocução dentro do STF e que fornecem substrato que podem ou não ser utilizados concretamente como fator de influência na decisão proferida. Em vista disso, cabe a investigação acerca da previsão legal, do entendimento da Corte e dos precedentes paradigmáticos relativos ao prestígio dos referidos mecanismos democráticos.

O sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal informa que já foram realizadas vinte e duas audiências públicas, versando sobre casos como a importação de pneus usados, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, as ações afirmativas de acesso ao ensino superior,

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2130/SC**, Relator Celso de Mello, Brasília, 03 de out. 2001, Publicação 11 out. 2001.

a proibição do uso de amianto, as pesquisas com células-tronco embrionárias, as queimadas de canaviais, as biografias não autorizadas, o ensino religioso nas escolas públicas, etc.²⁵⁵ As audiências públicas realizadas fomentaram o debate em dezoito Ações Diretas de Inconstitucionalidade, seis Recursos Extraordinários, quatro Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, além de dez pedidos de suspensão de segurança, liminar e de tutela antecipada.²⁵⁶ Algumas dessas temáticas, por serem extremamente relevantes, também admitiram a participação de amigos da corte para aumentar a pluralidade argumentativa dos debates.

Diante dos textos normativos do Regimento Interno do STF que permitem a realização de audiências públicas e o ingresso de *amicus curiae*, percebe-se que inexiste vinculação do ministro relator ou do presidente da Corte no sentido de se acolher os pedidos para participação via um dos instrumentos citados. Dessa maneira, o grau de pluralidade informativa e argumentativa está condicionado à decisão do relator, uma vez que este poderá discricionariamente admitir ou não os indivíduos que pretendem falar perante a Corte, criando-se o risco de um debate tendencioso.

Para a admissão de um participante ativo na audiência pública não existe um critério objetivo previamente fixado, com ressalva à previsão regimental relativa à qualidade subjetiva de possuir experiência e autoridade quanto o objeto da demanda, ainda assim, é verossímil cogitar que determinado sujeito experiente e autoridade na matéria sendo recusado discricionariamente pelo ministro relator. Justamente por causa da arbitrariedade na admissão de especialistas é que alguns ministros se deram ao trabalho de estipular regras ao próprio julgamento quando se trata dos participantes das audiências públicas.

Os participantes da audiência pública sobre o ensino religioso no Brasil, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, tiveram ciência prévia dos critérios para deferimento do pedido, porquanto desde o despacho convocatório o Ministro indicou que os expositores seriam selecionados, entre outros critérios, a partir da identificação de: “(i) representatividade da comunidade religiosa ou entidade interessada, (ii) especialização técnica e expertise do

²⁵⁵ Informação sobre as audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos 19 anos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp? tipo=realizada>> Acesso em: 23 mai. 2018.

²⁵⁶ Algumas audiências públicas contribuíram para mais de uma ação, a saber, as temáticas sobre o Marco Civil da internet (ADI n° 5.527 e ADPF n° 403), o novo Código Florestal (ADI n° 4.901, ADI n° 4.902, ADI n° 4.903 e ADI n° 4.937), as alterações no marco regulatório da Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Brasil (ADI n° 5.062 e ADI n° 5.065), o Programa “Mais Médicos” (ADI n° 5.037 e ADI n° 5.035), o marco regulatório para a televisão por assinatura no Brasil (ADI n° 4.679, ADI n° 4.756 e ADI n° 4.747), as políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior (ADPF n° 186 e RE n° 597.285) e a judicialização do direito à saúde (SL n° 47, SL n° 64, STA n° 36, STA n° 185, STA n° 211, STA n° 278, SS n° 2.361, SS n° 2.944, SS n° 3.345 e SS n° 3.355).

expositor, e (iii) garantia da pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista a serem defendidos”.²⁵⁷ Posteriormente, os mesmos critérios foram reproduzidos em outros atos convocatórios de audiência pública no STF.

Outro caso de definição de critérios para o deferimento da participação de expositores em audiências públicas veio da Ministra Cármem Lúcia que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, sobre a publicação de biografias não autorizadas, argumentou que “não foram acolhidos os pleitos daqueles que, conquanto podendo expor relatos pessoais e questões subjetivas, judicializaram casos de seu interesse”.²⁵⁸ O fundamento da Ministra Cármem Lúcia concorre parcialmente com a argumentação aqui assentada, na medida em que se percebe que o acesso ao controle judicial de constitucionalidade pela via difusa ou até mesmo ao próprio STF já é oportunidade para exposição de aspectos subjetivos que cooperam para o exame da constitucionalidade da tese sustentada. Contraditoriamente, a justificativa da julgadora não prospera, porquanto o espaço de exposição individualizado que o pretendente impedido possui será desmantelado com a ocorrência do julgamento da ação abstrata ou da questão em repercussão geral.

Da simples conferência no andamento das ações nas quais se convocou audiência pública é possível perceber que há despacho do relator aceitando o pedido de exposição dos interessados, contudo não se verifica a publicidade quanto aos pedidos indeferidos e seus motivos correlatos. Vê-se, portanto, que ademais da indefinição sobre os critérios de indeferimento, o relator tampouco precisa se ocupar com a publicidade dos pedidos negados, pois a prática do Tribunal Constitucional é expedir o cronograma da audiência pública com a referência ao nome dos habilitados, fato que dá amplíssima margem à arbitrariedade e, porventura, ao debate enviesado, pondo em cheque a intenção democrática almejada.²⁵⁹

O mesmo cenário de discricionariedade na fase de habilitação é constatado no julgamento dos pedidos de *amicus curiae*, no entanto, as decisões que contêm os argumentos do indeferimento são devidamente publicadas.²⁶⁰ O efeito prático da publicação é a oposição dos embargos de declaração pelos pretensos ingressantes em face do indeferimento, apesar da

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 27 de set. 2017, Publicação no DJe 29 set. 2017.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF**, Relatora Ministra Carmen Lúcia, Brasília, 10 de jun. 2015, Publicação no DJe 29 jun. 2015.

²⁵⁹ Foram consultados como referência os andamentos processuais e seus respectivos despachos e certidões das ações: ADI nº 5.527, ADI nº 4.901, ADI nº 5.062, ADI nº 5.037, ADI nº 4.679, ADPF nº 101 e ADPF nº 186.

²⁶⁰ As decisões tanto de deferimento quanto as de indeferimento de pedido de ingresso como *amicus curiae* são publicadas pelos relatores, como referência as ações e recursos a seguir: ADPF nº 216, RE nº 631.240 (MG), RE nº 651.703 (PR), ADI nº 4.425 (DF), ADI nº 5.384 (MG), RE nº 968.646 (SC), ADI nº 3.541 (DF), ADI nº 4.711 (RS), ADI nº 2.238 (DF), ADPF nº 501(SC), ADI nº 3.460 (DF).

expressa referência legal constante do artigo 7º, §2º, da Lei nº 9.868 de 1999, no sentido de que tais decisões são irrecorríveis.

Com o advento do Código de Processo Civil em 2015, foi incorporado ao seu artigo 138, caput, o entendimento que já havia sido fixado pelo STF no âmbito do Mandado de Segurança nº 32.033, segundo o qual pessoas naturais passaram a ter a faculdade de solicitar o ingresso como *amicus curiae*.²⁶¹ Com isso, entende-se que os entraves à participação diminuem, pois a viabilidade de participação da pessoa natural diminui a burocratização e o formalismo que se exige para a instituição de uma pessoa jurídica. Em síntese, o acesso ao debate foi facilitado, acontecimento que prestigia o princípio democrático em alguma medida.

Uma crítica que merece menção é a construída por Gualano Godoy, que diz respeito ao momento em que as deliberações em audiência pública e as manifestações são perpetradas. De acordo com o autor, as fases da decisão – que se dividem em deliberativa externa (pré-decisional e pós-decisional) e deliberativa interna (decisional) – e o modelo decisório do STF, que se tornou essencialmente dirigido pelo *pure seriatim* (decisões fracionárias individuais), influenciam diretamente no uso efetivo do produto das deliberações, visto que:

(...) da forma como o Supremo Tribunal Federal tem julgado os casos e se valido de audiências públicas e *amici curiae*, o potencial deliberativo da fase pré-decisional é reduzido pela restrição aos debates entre os expositores das audiências públicas e os *amici curiae*. A fase decisional, por sua vez, não possui um engajamento colegiado que encare as informações e os argumentos trazidos na fase anterior e permita a troca sincera de opiniões entre os ministros julgadores. Por fim, a fase pós-decisional carece de uma decisão deliberativa escrita que respeite ou corresponda aos pressupostos deliberativos anteriores.²⁶²

A aptidão que os mecanismos deliberativos têm para fornecer conhecimentos empíricos à Corte é incontestável, todavia, não se vê a notoriedade da participação popular enquanto meio de se legitimar democraticamente as decisões do STF, o que prevalece é a busca por soluções e razões epistêmicas. Na prática, muitos órgãos do governo, parlamentares, sociedade civil organizada na forma de pessoa jurídica e grandes grupos da iniciativa privada são os participantes mais frequentes das audiências públicas e dos assentos de *amici curiae*. Essa constatação revela que o cidadão comum terá sua opinião ouvida e, quiçá, utilizada como estrato da decisão de controle judicial de constitucionalidade centralizado no STF, apenas quando for capaz de se organizar coletivamente e participar de

²⁶¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 mar. 2015.

²⁶² GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dez. 2015.

um grupo com representatividade e expertise ou quando individualmente se tornar autoridade na matéria debatida.

CONCLUSÃO

A Suprema Corte brasileira agiu acertadamente ao viabilizar mecanismos de participação democrática, entretanto, o modo como o espaço de deliberação se organizou parece distanciar as pessoas e aproximar grupos específicos e organizados, tal como se faz ao limitar o acesso à provocação do controle de constitucionalidade, concentrando-a no STF. A manifestação popular permite a expressão da pluralidade de vontades e reconcilia os destinatários dos direitos fundamentais com a Constituição.

A extinção da marginalização dos indivíduos perante a Constituição se coaduna com a ideia de Kant que foi incrementada por Jürgen Habermas sobre o uso público da razão, segundo o qual a institucionalização de fluxos comunicativos oportuniza a participação direta e facilita a formação de consensos. Nesse sentido, a teoria habermasiana rechaça que a capacidade de agir do indivíduo seja colocada como condição indispensável para a efetivação de uma política baseada no discurso, pelo contrário, a institucionalização de procedimentos deliberativos é que viabiliza a participação democrática.²⁶³

Diante dos pontos estudados, comprehende-se que a ampliação da influência dos agentes sociais nas decisões do STF é possível por meio do aperfeiçoamento dos instrumentos processuais já existentes. Em um primeiro momento, a Corte pode começar pela definição de critérios objetivos para a habilitação de expositores em audiências públicas e de *amici curiae*. Em ambos os casos, a objetividade nos critérios de habilitação impede o cometimento de arbitrariedades e a tendenciosidade das deliberações, isso porque o ministro responsável pela apreciação pedido de ingresso decidiria em ato vinculado.

Se a ideia é institucionalizar a democracia deliberativa e maximizar a oportunidade de participação no seio da jurisdição constitucional, então a competência do ministro relator para admitir um terceiro interessado ou um expositor é totalmente contraproducente e impraticável humanamente. Esse monopólio só se justifica em um sistema onde a decisão depende da subjetividade argumentativa, por falta de critérios objetivos, ou da autoridade de quem ocupa o cargo de ministro do STF, caso contrário, é perfeitamente factível que qualquer agente

²⁶³ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 286-290.

público vinculado a este Tribunal ou ao Poder Judiciário analise o requerimento e certifique o ingresso do peticionante se preenchidos os requisitos objetivos.

Outra espécie de melhoria do canal comunicativo seria o incentivo ao acesso de pessoas naturais aos instrumentos processuais de democratização, porquanto, não raras vezes o acesso é obstado devido ao requerimento das condições de especialista, autoridade ou experto em determinada matéria. As qualidades atualmente solicitadas excluem socialmente as pessoas com baixa escolaridade, mas que pode ter experiência na matéria.

Como exemplo de exclusão social criada pelos requisitos de ingresso, tem-se as pessoas que fazem uso prescrito e contínuo de medicamentos ou tratamentos fora da lista do Sistema Único de Saúde, esses pacientes e seus responsáveis podem possuir baixo nível de escolaridade e ao mesmo tempo não estar representados por associações ou ONGs ingressantes. A hipótese suscitada afasta a jurisdição constitucional de seus destinatários, que terão seus casos julgados coletivamente e com efeito vinculativo e *erga omnes* sem ao menos se manifestar.

A democratização das audiências públicas e dos *amici curiae* passa pelo reconhecimento de que o efetivo do STF é limitado e, por isso, uma saída possível é a descentralização do procedimento que pela desburocratização e uso dos recursos tecnológicos poderia ser manejada por qualquer agente público ou pelo próprio cidadão via internet. É claro que o produto dessa participação deliberativa precisaria ser refinado até chegar ao STF, isso seria uma questão de mero procedimento.

Obviamente, que as proposições aqui sugeridas reivindicam uma mudança exponencial de cunho prático e teórico acerca do que se entende por democracia deliberativa no âmbito da jurisdição constitucional. Além da reorientação institucional e regimental do STF, tais iniciativas demandam, inclusive, a ação legislativa a fim de que quebrar o paradigma de que as audiências públicas e os *amici curiae* servem apenas com a finalidade de informar a Corte sobre a realidade, instaurando-se a nova lógica de que o modelo “juriscêntro” de controle e efetividade das normas constitucionais depende da participação popular para se legitimar e perpetuar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis: **Cadernos do Centro de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y La democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista Estudos Avançados**. São Paulo: Universidade de São Paulo. v. 18, n. 51, p. 127-150, Mai./Ago. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição**: os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

BORK, Robert H. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. **Indiana Law Journal**. v. 47, n. 1, p. 1–35. 1971.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade; para uma teoria geral da política**. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 16 mar. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 11 nov. 1999.

BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral Reading of the american constitution**. Cambridge: Harvard University, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Concentração de Poder da Jurisdição Constitucional: Uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Batiste (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dez. 2015.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2. vol. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- KELSEN, Hans. A garantia Jurisdiccional da Constituição: A Justiça Constitucional. Doutrina Estrangeira. **Revista Direito Público. Brasília**: IDP. n. 1, p. 90-130, jul./ set. 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEAL, Aurelino de Araújo. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol. 5, n. 1, jan./abr. 2018, p. 344-345.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Freios e contrapesos: Supremo tem sido instado a resolver questões de outros Poderes**. Folha de S. Paulo, São Paulo, 23 mai. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/05/ricardo-lewandowski-freios-e-contrapesos.shtml>>.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Geisla A. V. Haandel. A exigência de representatividade ao *amicus curiae*: abertura à participação democrática e a possibilidade de atuação dos movimentos Sociais como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Direito e Democracia**. Canoas, v. 13, n. 1, p. 138-157, jan./jun. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Teixeira Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: University Press. 1995. p. 515-522. apud CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde**: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 34, n. 177, p. 9-43, nov. 2009

**REFORMA TRABALHISTA:
UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO ART. 507-A DA CLT**

REFORM WORKER:
AN ANALYSIS ON THE APPLICABILITY OF ART. 507-A OF CLL

Marta Ingrid da Silva Teodoro

RESUMO

O presente trabalho aborda a reforma trabalhista. A opção contempla um recorte no qual se permite analisar a possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos individuais, especificamente sob a ótica de disponibilidade do direito. A pretensão é avaliar em que medida a ideia de indisponibilidade trabalhista subsiste afetando a aplicação da arbitragem. Em decorrência do estudo, propõe-se critérios extras a serem observados na instituição da cláusula arbitral.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Reforma Trabalhista; Indisponibilidade; Disponibilidade; Aplicabilidade.

ABSTRACT

This paper will focus in 2017 labor reform. The chosen design was aimed at analyzing the possibility of using arbitration in individual contracts, specially from the point of view of the idea of law availability. The intention is to assess to what extent the idea of labor unavailability continues to affect the application of arbitration. As a result of the study, extra criteria are proposed to be observed for the institution of the arbitration clause.

KEYWORDS: Arbitration; Labor Reform ; Unavailability; Availability; Applicability.

INTRODUÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) , criada pelo Decreto-Lei nº 5.452 (1/05/1943), foi sancionada pelo presidente Getúlio Vargas no período do Estado Novo. Sem dúvidas a CLT, foi um marco na consolidação dos direitos trabalhistas no Brasil.

Diante das demandas sociais brasileiras, e da tentativa de inserir o Brasil em um mercado competitivo internacional, foi sancionada a Lei nº 13.467/17, intitulada Reforma Trabalhista, que inseriu novos conceitos à sistemática laboral.

Como a Lei 13.467/17, resulta da transformação de mais de cem artigos, optou-se por um recorte que visa analisar uma questão que vem gerando inúmeros questionamentos e divergências, assim o tema do trabalho gira em torno da inserção do artigo 507-A à CLT. Esse

artigo inseriu a possibilidade de usar arbitragem na esfera individual.

Destaque-se que a arbitragem foi definida na Constituição Federal (CF) na esfera coletiva e que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) havia decidido pela impossibilidade da arbitragem na esfera individual; justamente por isso a inserção do artigo gera uma ideia de incompatibilidade com os direitos trabalhistas individuais.

Assim o objetivo do trabalho é a análise da inserção do artigo 507-A à CLT buscando definir a possibilidade de sua aplicabilidade ou não. A metodologia utilizada para alcançar os objetivos almejados foi a revisão bibliográfica, análise da Jurisprudência, análise legal e da doutrina.

E no momento em que se verificar se é possível definir sua aplicabilidade analisar através das hipóteses lançadas em que medida tal artigo é responsável por alterar a ideia de proteção, hipossuficiência e disponibilidade dos direitos trabalhistas.

Uma possível hipótese é de que a inserção do Art. 507-A que institui a cláusula de arbitragem veio apenas para ratificar uma possibilidade que já existia no ordenamento jurídico antes da decisão do TST de inaplicabilidade da arbitragem nos dissídios individuais.

Além disso outra hipótese que lançamos é que o empregado que se enquadre no Art. 444, parágrafo único, da CLT também pode se valer da arbitragem tendo em vista possuir os critérios estabelecidos no Art. 507-A da CLT e no Art. 1º da Lei de Arbitragem, e que esses empregados possuem uma esfera maior de disponibilidade.

No Brasil a arbitragem é regulada, pela Lei 9.307/96. Assim, para se entender o conceito de arbitrabilidade na seara trabalhista os critérios para sua viabilidade, vale *a priori*, analisar os critérios da lei de arbitragem, e posteriormente a alteração da Consolidação das Leis do Trabalho.

Diante da busca de definição acerca do tema, na primeira seção busca-se demonstrar os requisitos da lei de arbitragem que se encontram estabelecidos no Art. 1º da Lei 9.307/96, que são a capacidade e os direitos patrimoniais disponíveis revelando quais critérios devem ser observados na elaboração de um contrato em que se permita a instituição da cláusula arbitral.

A seção dois aborda a ideia de disponibilidade, de hipossuficiência e de proteção do direito do trabalho, que sempre foram vistas como empecilhos para se definir a arbitragem

viável na esfera individual. O tópico trata alteração da Reforma Trabalhista na lógica do Direito do Trabalho, e como isso repercute na sistemática trabalhista.

A seção três encerra o trabalho, debatendo o motivo da inserção dos artigos à CLT, conforme a definição do legislador destacando ainda que a inserção do artigo 507-A e do parágrafo único do artigo 444, alteram a lógica adotada até então no Direito do Trabalho, a par de propor, que além do que foi definido na lei, devem ser observados outros requisitos mínimos para que se estabeleça a arbitragem na esfera individual.

Assim, busca-se analisar ao final se a arbitragem é ou não viável na esfera trabalhista individual, conforme o que foi definido pela lei, se, diante de tal situação seria possível concluir que sempre foi possível a arbitragem. Além disso, é proposta a observação de outros critérios, sempre tendo em mente que ainda há muito que se discutir sobre essa questão, principalmente se houver alguma decisão judicial que inviabilize a arbitragem em alguma situação.

1 CRITÉRIOS DE ARBITRABILIDADE: A REGRA GERAL

A alteração do Decreto-Lei nº 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho) pela Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista) trouxe uma novidade à seara do estudo trabalhista, qual seja, a possibilidade de arbitragem nos contratos individuais.

A arbitragem, no âmbito trabalhista, foi pensada pelo constituinte na esfera dos direitos coletivos (art. 114, § 2º, da Constituição Federal), mas nada afirmado acerca da esfera individual.

Antes da Lei nº 13.467/17, significativa parte da doutrina²⁶⁴ e da jurisprudência²⁶⁵ se firmava no sentido contrário à permissão da arbitragem, principalmente pela afirmação de que permitir a arbitragem na esfera individual altera o paradigma de proteção²⁶⁶ das normas

²⁶⁴ Entre os doutrinadores, por exemplo, Maurício Godinho Delgado e Vólia Bomfim Cassar.

²⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo do Trabalho. E-ED-RR nº 25900-67.2008.5.03.0075, da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Brasília/DF, 16 de abril de 2015. Relator Ministro João Oreste Dalazen. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscjt=&numeroTst=25900&dígitoTst=67&anoTst=2008&orgãoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0075>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

²⁶⁶ “O princípio da proteção é peculiar ao processo do trabalho. Ele busca compensar a desigualdade existente na realidade socioeconômica com uma desigualdade jurídica em sentido oposto. O princípio da proteção deriva da

trabalhistas e da hipossuficiência do trabalhador, que sempre é visto como a parte vulnerável da relação.

O legislador, no entanto, independentemente da opinião da doutrina e da jurisprudência, inseriu o artigo 507-A²⁶⁷ na CLT, informando a possibilidade de uso da arbitragem nos contratos individuais de trabalho. Afirma, assim, a autonomia da vontade aos trabalhadores que possuem maior remuneração. Vale lembrar que a Lei nº 13.129/15 objetivava inserir no artigo 4º, o parágrafo 4º, que permitia a arbitragem no contrato individual de trabalho, mas esse ponto sofreu veto presidencial.

Diante dessa alteração, o primeiro posicionamento da doutrina²⁶⁸ é o de afirmar a impossibilidade da arbitragem, principalmente porque a lei de arbitragem define a atuação sobre direitos patrimoniais disponíveis. E, em regra, há uma defesa de que o direito do trabalho seria indisponível, apesar de ser considerado como natureza jurídica de direito privado.²⁶⁹

Assim, esse trabalho se propõe a analisar se os direitos trabalhistas se vestem de indisponibilidade, o que, sem dúvida, inviabiliza a arbitragem e faz com que a lei seja inaplicável, permanecendo a jurisprudência. Ou se há possibilidade de arbitragem, o que faz com que se admita que existe uma esfera de disponibilidade, havendo possível alteração de paradigma.

1.1 Arbitragem: Regra Geral (Lei 9.307/96)

A arbitragem é um método de resolução de conflitos, que, conforme o artigo 515,VII do Código de Processo Civil/2015 (CPC), possui a mesma legitimidade que uma sentença no Judiciário. E, portanto, a verba terá a mesma importância sendo julgada por um Juiz, por um

própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para realizar o Direito do Trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral.” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 76-79).

²⁶⁷ Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

²⁶⁸ SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de alii. **Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017. p. 233-242.

²⁶⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTR, 2014. p. 73.

Árbitro, ou mesmo definida por meio da conciliação.

Para Carmona, a arbitragem é método alternativo de resolução de conflitos, com a intervenção de uma ou mais pessoas que decidem com base em uma convenção privada (contrato) sem a intervenção estatal mas com a mesma eficácia de sentença judicial.²⁷⁰

Assim, pode-se definir que a arbitragem é uma forma de solução de conflitos (art. 359 do CPC/15), em que um terceiro alheio à lide denominado árbitro será um intermediador entre as partes para obter o consenso, ou para proferir uma sentença dando fim ao conflito (art. 13 da Lei de Arbitragem).

O artigo 1º da Lei nº 9307/96 dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”. É nessa ideia de disponibilidade dos direitos que surge a controvérsia acerca da aplicabilidade na esfera individual trabalhista.²⁷¹

Assim, o primeiro aspecto da lei para se permitir a arbitragem como resolução de conflitos diz respeito à capacidade das partes – arbitrabilidade subjetiva. E o segundo aspecto diz respeito aos direitos patrimoniais disponíveis – arbitrabilidade objetiva.

1.1.1 Arbitrabilidade Subjetiva: Capacidade

Conforme os critérios da Lei nº 9.307/96, podem utilizar a arbitragem pessoas capazes. O Código Civil Brasileiro (CCB/02) define, em seu artigo 1º, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. *A priori*, pode-se inferir do texto legal que, tendo capacidade na ordem civil, pode utilizar a arbitragem. Por outro lado, as pessoas constantes dos artigos 3º e 4º do Código Civil, não podem se valer da arbitragem, porque não possuem capacidade plena, no sentido de capacidade de fato e de capacidade de direito.

Capacidade, para os efeitos da Lei de Arbitragem, envolve a definição do artigo 1º do

²⁷⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96.** 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 51.

²⁷¹ “A Lei 9.307/1996, ao fixar o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, restringiu, no art. 1º, o campo de atuação do instituto apenas para os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre que, em razão do princípio protetivo que informa o direito individual do trabalho, bem como em razão da ausência de equilíbrio entre as partes, são os direitos trabalhistas indisponíveis e irrenunciáveis”. BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo do Trabalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. **E-ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028.** Brasília/DF, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, *DEJT* 30 de março de 2010. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23133499/embargo-em-recurso-de-revista-e-rr-2174001020075020069-217400-1020075020069-tst/inteiro-teor-111585009>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

CCB/02 e, conforme o artigo 104 do mesmo código, a pessoa poder realizar negócios jurídicos válidos. Assim, pode realizar um negócio jurídico válido e escolher o âmbito arbitral para solucionar a demanda.

A capacidade subdivide-se em capacidade de fato – possuir direitos e obrigações – e capacidade de direito – sujeito de direito –, sendo que a pessoa que possuir capacidade de fato e de direito pode utilizar a arbitragem. A incapacidade absoluta impede que a pessoa possa dirimir um litígio por meio da arbitragem, pois não teria o primeiro requisito para utilizá-la.²⁷²

Gagliano e Pamplona Filho entendem que “nem toda pessoa, porém, possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, praticando atos jurídicos, em razão de limitações orgânicas ou psicológicas.”. Mas se essas pessoas puderem realizar atos pessoalmente, possuem, conforme os autores, capacidade de exercício e de fato.²⁷³

Destaque-se que, com a alteração trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência²⁷⁴, não se encontram mais estes na esfera da incapacidade absoluta, restando incluídos apenas os menores de 16 anos, já que a incapacidade absoluta limita-se apenas à questão etária conforme o artigo 3º do CCB/02.

A partir dessa mudança na lei, as pessoas com deficiência são capazes, podendo se valer da arbitragem, conforme os critérios do CCB/02 e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Mas vale ressaltar que, quando se tratar de direitos patrimoniais, a curatela será necessária como medida extraordinária, conforme os critérios do artigo 85, § 2º, da Lei nº 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Assim, as partes envolvidas em um litígio, para poderem levá-lo para resolução na esfera arbitral, devem possuir o primeiro critério, que é serem as partes capazes na esfera civil, pois a incapacidade é a barreira inicial.

1.1.2 Arbitrabilidade Objetiva: Direitos patrimoniais disponíveis

²⁷² “[...] a incapacidade traduz a falta de aptidão para praticar pessoalmente atos da vida civil. Encontra-se nessa situação a pessoa a quem falte capacidade de fato ou de exercício, ou seja, que esteja impossibilitada de manifestar real e juridicamente a sua vontade” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral.19ed. São Paulo:Saraiva,2017.. p. 148).

²⁷³ Id., 2017. p. 146.

²⁷⁴ “[...] passou por verdadeira revolução com a lei 13.146, de 6 de julho de 2015- Estatuto da Pessoa com Deficiência.” Ibid., p. 147.

O segundo critério utilizado pela Lei nº 9.307/96, em seu artigo 1º, é que pode utilizar-se a arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, direitos que possuam caráter patrimonial, e que se cinjam de disponibilidade, ou seja, opção de transação.

Carmona descreve que “um direito é disponível quando ele pode ou não ser exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”.²⁷⁵

O objeto que a pessoa pode dispor ou a parcela de que pode dispor é, portanto, disponível. Uma pessoa pode, por exemplo, doar seu rim livremente, mas não pode vendê-lo (art. 15 da Lei nº 9.434/97), pois é uma parcela indisponível, o que já revela a ideia de que há uma esfera de disponibilidade e de indisponibilidade sobre o direito de dispor. Carmona conclui que se pode definir como disponíveis “aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”.²⁷⁶

Assim, a pessoa que possui capacidade, e que possua liberalidade sobre um determinado objeto – o objeto lhe pertence e não é ilícito –, pode escolher a arbitragem e utilizá-la como meio de resolução do conflito desde que não haja uma vedação legal.

Quanto à ideia de disponibilidade do direito, vale destacar o que Nelson Nery Junior explica

[...] os direitos patrimoniais em geral podem ser objeto de exame no procedimento do juízo arbitral. Estão deles excluídos os direitos indisponíveis (v.g., questões de estado e capacidade das pessoas, direitos difusos, falimentares, etc.), que somente poderão ser examinados na jurisdição estatal. É disponível o direito sobre o qual as partes podem dispor, transigir, abrir mão.²⁷⁷

Firmando-se na doutrina de Nery Jr., é possível chegar à conclusão de que, quando há possibilidade de transigir sobre o direito, ele é disponível e, sendo tal direito disponível, pode-se utilizar a arbitragem. Vale ainda destacar que muitos direitos possuem uma espécie de

²⁷⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96.** 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 50

²⁷⁶ CARMONA. Op. cit. p. 38.

²⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil comentado.** 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 893.

disponibilidade dentro dele. Ainda nas palavras de Nery Jr. “o direito de alimentos é indisponível, mas o *quantum* pode ser objeto de transação”.²⁷⁸

Direitos disponíveis, são portanto, aqueles que admitem transação, e sobre cuja utilização não há inviabilidade.

Conforme definido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, no REsp 1558015/PR²⁷⁹:

[...] transação é o negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinada relação jurídica, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia. 7. Uma vez concluída a transação, impossível é a qualquer das partes o arrependimento unilateral, mesmo que ainda não tenha sido homologado o acordo em Juízo. Ultimado o ajuste de vontade, por instrumento particular ou público, inclusive por termo nos autos, as suas cláusulas ou condições obrigam definitivamente os contraentes, de sorte que sua rescisão só se torna possível “por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa” (Código Civil de 2002, art. 849; CC de 1916, art. 1.030).

Os direitos que admitem transação são direitos disponíveis, e aqueles em que não se admite transação de nenhuma forma são completamente indisponíveis. A valoração que se dá a um direito, quando na esfera judicial, é uma esfera de disponibilidade – como a possibilidade de transação sobre o *quantum* –, ou seja, aquilo que se pode dispor.

Necessário é que estejam preenchidos os dois requisitos iniciais da Lei nº 9.307/96 para que seja possível levar o conflito para discussão e resolução na esfera arbitral. Primeiramente, define-se a capacidade das partes, e depois a questão da disponibilidade do direito que se vai discutir; somente então são estabelecidas as cláusulas de funcionamento. Como o artigo 507-A da CLT define, os requisitos da Lei de Arbitragem e essas questões de capacidade e de direitos patrimoniais disponíveis são importantes para a continuidade da discussão sobre a aplicabilidade de tal artigo.

²⁷⁸ Id., 2013. p. 893.

²⁷⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo Cível. REsp nº 1558015/PR. Quarta Turma, Rel: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 25 de nov. 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=transa%E7%E3o+de+direitos+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>. Acesso em: 15 maio 2018.

2 (IN)DISPONIBILIDADE NA SEARA TRABALHISTA: A ALTERAÇÃO DO PARADIGMA

O Direito do Trabalho, conforme Delgado²⁸⁰, possui historicamente um caráter protetivo do trabalhador, e uma ideia de indisponibilidade do direito. E, por isso, vislumbrou-se inicialmente a inviabilidade da arbitragem, tanto que o Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da Subseção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-I), órgão de pacificação do Tribunal, em um caso paradigmático decidiu pela impossibilidade de arbitragem nos dissídios individuais.²⁸¹

É verdade, no entanto, que antes de a SDI-I firmar esse entendimento, havia decisão no TST que preconizava a permissão da arbitragem nos dissídios individuais²⁸²

Diante da ideia de disponibilidade ou indisponibilidade do direito, é necessário definir se os direitos trabalhistas podem possuir uma parcela de disponibilidade, o que em regra viabiliza a arbitragem individual – e isso mesmo antes da edição do artigo 507-A da CLT –, ou se se cinge de indisponibilidade, o que inviabiliza a arbitragem, mesmo com o artigo 507-A.

Tendo em vista que a própria Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) define que só podem ser dirimidos litígios que tratem de direitos patrimoniais disponíveis, é válido o argumento de que permitir a arbitragem transforma o direito do trabalho em um direito disponível e altera o paradigma de proteção.

O direito do trabalho é um direito privado, em que impera o critério da celeridade e da conciliação, questões também levadas em consideração na esfera arbitral, que é procurada, por sua celeridade, discrição e, assim como o Judiciário, atender a demanda das partes.²⁸³

²⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13.ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 216-218.

²⁸¹ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. **RR 27700-25.2005.5.05.0611**. Brasília/DF, 26 março de 2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-determina-que-conselho-arbitral-nao-examine-conflitos-trabalhistas>. Acesso em: 15 maio 2018.

²⁸² BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. **AgRR 1475.2000-193-05-00.7**. Relator Ministro Pedro Paulo Manus, publicado no Diário Oficial da União em 17.10.2008. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=97659&ano_int=2002&qtd_acesso=2047165>. Acesso em: 14.mai.18

²⁸³ “Ainda dentro das relações ‘perde-ganha’, os Meios Heterocompositivos podem ser métodos de solução de conflitos de utilização voluntária, como é o caso, por exemplo, da Arbitragem, ou procedimento de submissão compulsória, por exemplo, a jurisdição estatal. Estas são caracterizadas pela intervenção no conflito, de um

Os direitos trabalhistas, em verdade, se revelam essencialmente patrimoniais e, por isso, admitem a transação na negociação coletiva (art. 114 da CF), na mediação (art. 42 da Lei nº 13.140/2015) e na conciliação tanto na esfera judicial (artigos 764, 831, 846, 850, 852-E, 860 da CLT) como na extrajudicial (artigos 625-A a 625-H da CLT). E também admite a arbitragem em algumas leis específicas.²⁸⁴

Conforme o artigo 841 do CC/02 “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Ou seja, o direito do trabalho, de caráter privado, se baseia no princípio da conciliação e, por isso, se revela transacionável. E ainda o artigo 840 do CC/02 diz que é lícito que as partes ponham fim ao litígio por concessões mútuas, justamente o que acontece no Judiciário.

Além do mais, o princípio da indisponibilidade (argumento sempre utilizado) não se revela absoluto. A própria Constituição Federal, no art. 7º, inciso XXIX, define que há extinção da exigibilidade se a ação não for ajuizada em dois anos, o que reflete na ideia de disponibilidade do crédito, ou seja, se fosse o direito indisponível absolutamente, não se poderia abrir mão dele com o tempo.

Além disso, existe dentro de um mesmo direito uma parcela de disponibilidade e de indisponibilidade, e o direito se torna disponível sempre que se possa transacionar, e que a ele se atribui um valor, conforme anteriormente demonstrado pela doutrina de Nelson Nery.²⁸⁵ E atribuir valor a um direito é o que Judiciário faz todos os dias.

Na esfera processual civil, o artigo 392 do CPC de 2015 nos informa que, quando se tratar de direitos indisponíveis, estes não admitem a confissão. Ocorre que, na esfera individual trabalhista, é admitida a confissão através de depoimento, conforme o art. 844 – tanto do autor, como do réu. E ainda corrobora com essa afirmação a Súmula 74 do TST. Assim, a indisponibilidade não se revela absoluta.

Destaque-se o artigo 844, § 4º, II, da CLT, introduzido pela Reforma Trabalhista, o qual revela que, tratando-se de direitos indisponíveis, não se aplicam os efeitos da revelia.

terceiro, que, diante dos fatos que lhe são levados, entregará a prestação jurisdicional às partes, impondo a estas, a sua vontade.” (PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fontini. Vianna Sapiens. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Junior.** v. 7. n. 1. Juiz de Fora. Jan./Jun. 2016 ISSN21773726. Disponível em: <www.viannasapiens.com.br/revista/article/download/185/170/p.3>. Acesso em: 15 maio 2018.

²⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 7.783/89 art. 7º. Dispõe sobre o exercício de greve.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 29. jun. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7783.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

²⁸⁵ NERY, op.cit., p. 893

Como não se refere a lei sobre quais são os entendidos como direitos indisponíveis, devemos considerar como tais o que convencionalmente entendemos dessa forma, como o direito à vida, à liberdade e ao salário, mas, aqui, com possíveis transações sobre o *quantum* devido. Sendo assim, não é possível nem no âmbito do Judiciário abrir mão de tais direitos, e muito menos no juízo arbitral. Dessa forma, o argumento de que os direitos trabalhistas são indisponíveis não é suficiente para afirmar a impossibilidade da arbitragem, ainda mais que hoje ela é permitida expressamente pela lei.

Quanto a essa questão da disponibilidade, destaque-se o comentário de Grinover e Watanabe acerca do antigo PL nº 7.169/14²⁸⁶:

Ora, é de conhecimento geral que os conflitos de família são os que mais se adequam e mais frequentemente são submetidos à solução conciliatória. A ideia aparentemente encampada pelo PL sobre a indisponibilidade de certos direitos é equivocada e ultrapassada, pois, mesmo em relação a certos direitos indisponíveis, existe disponibilidade a respeito da modalidade, forma, prazos e valores no cumprimento de obrigações, passíveis de uma construção conjunta, e que são, assim, perfeitamente transacionáveis (como, v.g., guarda dos filhos) e em que pode haver reconhecimento da pretensão (por exemplo, investigação de paternidade).²⁸⁷

A explanação dos autores demonstra que não há indisponibilidade absoluta, pois eles afirmam que, mesmo dentro de uma ideia de indisponibilidade do direito, existe uma esfera de disponibilidade.

Conforme Pontes de Miranda, “A transação modifica a relação jurídica de direito das obrigações ou de direito das coisas, pois, para se eliminarem litígios ou inseguranças, se fazem concessões. Não há reconhecimento puro, porque seria capitulação. Por isso mesmo, aos transatores exige-se o poder de dispor”²⁸⁸. Dispor, fazer concessões ou conciliar é uma das bases das normas trabalhistas.

Ainda, no artigo 8º da Consolidação Trabalhista há a definição de que, na falta de disposições legais ou contratuais, o caso pode ser decidido pela “jurisprudência, por analogia, por equidade ou outras normas e princípios do direito, principalmente do direito do trabalho”. Sendo assim, naquilo que não contravenha ao interesse público, e que não afeta a parcela de

²⁸⁶ Transformado na Lei Ordinária 13.140/2015.

²⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 13, n. 91, p. 71-92, set./out. 2014. p.13-14.

²⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial. **Direito das obrigações. Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação.** Outros modos de extinção. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 25, p.166-168.

indisponibilidade do direito, há possibilidade de que os direitos sejam transacionados.

E conforme a própria CLT, em seus artigos 764, 831, entre outros, há sempre a busca de conciliação entre as partes, o que torna a transação um dos pilares do direito do trabalho; ou seja, a possibilidade de um acordo entre empregado e empregador. Esses detalhes da lei revelam a ideia de disponibilidade do direito.

Sendo assim, há possibilidade de arbitragem dentro do próprio direito, ou seja, a parte disponível do direito indisponível. No caso dos alimentos, seria o valor pecuniário, e, na relação de trabalho, o valor do direito violado, quando se vai ao Judiciário ou ao juízo arbitral. Então existe uma parte passível de transação, negociação e, por isso, se afirma a possibilidade de arbitragem.

Existem direitos indisponíveis e esses nem mesmo no Judiciário podem ser objeto de transação. Entretanto, existem os direitos passíveis de transação, alguns em sua essência, outros de forma relativa. Assim, não se pode de plano afirmar a indisponibilidade do crédito trabalhista para inviabilizar a arbitragem.²⁸⁹

Já na doutrina trabalhista, Amauri Mascaro defende que:

Quando parte da doutrina sustenta que o crédito trabalhista não pode ser cedido, não refere-se a todos os créditos trabalhistas, mas, apenas, aos créditos de natureza salarial e no curso do contrato individual de trabalho. [...] O direito do trabalho admite, com restrições, a renúncia dos créditos trabalhistas, que é mais do que a cessão, desde que se verifique no momento ou após a rescisão do contrato individual de trabalho.²⁹⁰

Partindo da doutrina de Mascaro, pode-se inferir que, em se tratando do término do contrato, haveria a possibilidade de transação de uma verba. O que, em regra, parece ser o que ocorreria com a arbitragem. A diferença é que haveria uma cláusula compromissória, dizendo que as questões referentes ao contrato de trabalho seriam levadas à esfera arbitral e não ao Judiciário.

Ainda sobre essa questão de disponibilidade dos direitos trabalhistas, Sussekind afirma que:

Tais renúncias no momento ou depois da cessação do contrato de trabalho –

²⁸⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III: arts.270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 408-409.

²⁹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo, Saraiva, 2001. p. 356.

tem sido apreciadas pela jurisprudência brasileira com menos restrição do que as ocorridas nas demais fases da relação de emprego. [...] Neste caso, satisfeitas que sejam certas condições de liberdade de vontade, é lícito ao empregado renunciar, desde que se tratem de direitos já adquiridos, isto é, já incorporados ao patrimônio em consequência ou por força de lei.²⁹¹

Segundo então nesse pensamento, é possível afirmar que não são os direitos trabalhistas indisponíveis, principalmente quando se tratar do fim de um contrato, quando as partes buscam resolver quaisquer conflitos gerados pelo término do contrato, ou mesmo pela relação de trabalho. Vê-se, então, que é possível que um conflito individual seja levado à esfera arbitral, não podendo o argumento de que há indisponibilidade do direito ser a barreira.

Diante de tal questão, revela-se que, em algum momento, a ideia de indisponibilidade do direito se transforma em disponibilidade.

Não é possível *a priori* definir em que momento tal fenômeno ocorre, mas, adotando-se o posicionamento do Sussekind, esse fenômeno, na esfera trabalhista, parece ocorrer no término do contrato. Mas, por meio da Reforma Trabalhista, com o artigo 444, essa ideia de disponibilidade se realiza mesmo antes do término do contrato, o que leva à conclusão de alteração do paradigma protetivo.

Não há dúvidas de que o empregado possui capacidade de fato e de direito. Mais, como o contrato de trabalho é um contrato privado, impera sobre ele a autonomia da vontade²⁹², que quer dizer que, em um contrato, pode-se contratar o que quiser, com quem quiser e onde quiser, desde que não venha ferir a lei. Assim, sendo o objeto lícito, é possível contratar (art. 106, CCB/02).

Quanto ao fato de que ir para a esfera arbitral transforma o direito em disponível é uma questão complexa, isso porque, quando uma pessoa vai em busca de uma indenização²⁹³ pela violação de seus direitos, em regra, atribui-se valor a esta violação; e atribuir valor a essa violação significa que, quanto ao valor atribuído, há disponibilidade. Não se trata de

²⁹¹ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos. 1993, VOL.1, p.20

²⁹² Autonomia da vontade é “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 40-41).

²⁹³ Principalmente porque o Código de Processo Civil exige que o pedido seja certo. (art. 291, CPC/15).

disposição ou disponibilidade do direito da pessoa, mas sim do valor que se atribui a violação de tal direito.

Outra questão que corrobora para a ideia de disponibilidade dos direitos trabalhistas é o que Câmara aduz que os créditos de natureza alimentar:

é certo que o direito a alimentos é indisponível. Tal direito, porém, admite transação no que se refere ao quantum dos alimentos. Assim, se a controvérsia gira apenas em torno de valores (não quanto a própria existência da obrigação de alimentar, eis que aí a causa versará matéria indisponível), nada impede que as partes elejam um árbitro para decidir o conflito (mesmo porque nada impede que as partes se autocomponham e, obviamente, sendo possível a autocomposição, é também possível a heterocomposição). Nunca é demais lembrar que é perfeitamente possível a fixação de alimentos pela via negocial.²⁹⁴

Em busca de uma conclusão simples, isso significa que não se pode mensurar em um contrato o valor que se atribui ao direito, mas, quando este direito já foi violado, buscamos uma reparação à pessoa que sofreu a violação, e uma sanção a quem deu causa para que não venha a se repetir tal violação. Justamente por isso que é possível dar valor, porque o valor é disponível, não o direito em si. Nesse sentido corrobora a doutrina de Sussekind anteriormente mencionada.

Conclui-se que não é possível afirmar que a arbitragem não é viável pela indisponibilidade dos direitos, já que permitir a arbitragem não significa renunciar o direito. Mas apenas que os direitos serão discutidos fora do Judiciário, mas com a mesma seriedade e credibilidade, já que a arbitragem é um procedimento que também busca a justa reparação e solução de litígios. (art. 3º, § 1º, CPC/15).

Mas, sem dúvida, permitir que haja uma cláusula de arbitragem no contrato de trabalho significa dizer que a discussão acerca daquele direito é patrimonial e disponível.

Dessa forma, os argumentos anteriormente expostos demonstram que a arbitragem é possível e que o crédito trabalhista discutido em juízo não é indisponível.

2.1 Alteração do paradigma trabalhista

Além da questão de disponibilidade que permite a arbitragem, outra questão introduzida pela Reforma Trabalhista foi a alteração do paradigma da proteção e da

²⁹⁴ CÂMARA, Alexandre Feitas . **Arbitragem: Lei nº9.307/96.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 13.

hipossuficiência do trabalhador.

Acerca da doutrina protetiva trabalhista, Carmona afirma que “acaba sustentando uma ordem protecionista das regras inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho, tudo de modo a fazer crer serem indisponíveis os direitos ali regulados, o que impediria a utilização da arbitragem”.²⁹⁵

Carmona desenvolveu esse comentário antes da Reforma Trabalhista, inclusive afirmado que a doutrina protetiva firmava-se no sentido de que não poderia haver renúncia do direito trabalhista, por causa do artigo 444 da CLT.²⁹⁶

Todavia, levando-se em consideração essa afirmação de Carmona, a ideia de proteção e de hipossuficiência se alterou com a inserção do artigo 444 e 611-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que definiu critérios para a livre estipulação do contrato entre empregado e empregador. E também parece ter sido alterada a visão do trabalhador hipossuficiente²⁹⁷ pela inserção da arbitragem nos contratos individuais, conforme o artigo 507-A da CLT.

O artigo 444 da CLT estabelece que as partes interessadas (empregado e empregador) podem pactuar livremente sobre as relações contratuais, limitadas às hipóteses do artigo 611-A. Assim, revela-se alterada através dos artigos 444, 507-A e 611-A a sistemática trabalhista utilizada até então. Por meio de tais artigos se vislumbram a predominância do acordado, a possibilidade de arbitragem nos dissídios individuais e a limitação da esfera de atuação.

Essa análise parece levar à conclusão de que a alteração legal trazida pela Reforma Trabalhista não se firma apenas na ideia de relativização de hipossuficiência, quando permite a livre pactuação, mas no caráter patrimonial e privado atribuído ao direito do trabalho.

Carmona, a respeito da arbitrabilidade na seara laboral, nos conflitos individuais, informa que “embora não se deixe de reconhecer o caráter protetivo do direito laboral, é fato incontestável que nem todos os direitos inseridos na consolidação das leis do Trabalho assumiriam a feição irrenunciável pregada pela doutrina especializada mais conservadora”.²⁹⁸

²⁹⁵ CARMONA. op. cit., p. 40.

²⁹⁶ CARMONA, op. cit., p. 40.

²⁹⁷ “Princípio da proteção - informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”. (DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 196.

²⁹⁸ CARMONA, op. cit., p. 41.

A alteração da CLT serviu para justificar o comentário de Carmona, já que ficou definido por ela que não há indisponibilidade absoluta nos direitos trabalhistas, que o empregado não é hipossuficiente em todos os momentos e que o direito trabalhista é privado, nele imperando hoje – para alguns empregados – a autonomia da vontade. E diante de tal questão, vale pesquisar se esse critério adotado pelo legislador é suficiente para evitar vícios de consentimento.

3 A ESPECIFICIDADE TRABALHISTA DA LEI Nº 13.467/17: A REFORMA CRIA ALGUM CRITÉRIO OBJETIVO ESPECÍFICO?

O art. 853 do CC/02 informa que é admitido “nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.” Assim, a Lei de Arbitragem é uma lei especial, e a CLT uma lei específica, que é balizadora das relações trabalhistas. Se, portanto, tal lei diz ser possível a arbitragem individual, é possível chegar à conclusão de que, seguindo-se os requisitos da lei, não se pode negar sua eficácia, utilizando unicamente princípios.

O artigo 507-A da CLT informa que o empregado que receba duas vezes acima do Regime Geral da Previdência Social (RGPS)²⁹⁹ pode utilizar a arbitragem por meio de uma cláusula compromissória estabelecida por ele, ou com sua anuênciam expressa, seguindo os requisitos da Lei nº 9.307/96, anteriormente identificados.

O objetivo de inserção de tal artigo na lei, conforme a Comissão Especial³⁰⁰ da Câmara dos Deputados, foi desafogar o Judiciário, dar maior protagonismo aos acordos extrajudiciais. Além disso, diante da ideia de que há necessidade que haja equivalência entre as partes para que se eleja a arbitragem, fixou-se uma limitação de quais empregados poderia utilizá-la.

²⁹⁹ O Diário Oficial da União publicou, no dia 17 de janeiro de 2018, a portaria MF 15, de 16 de janeiro de 2018, que dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social – RPS. Sendo o teto do RGPS de R\$ 5.645,80.

³⁰⁰ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787, DE 2016. Relatório.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1548298&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 12 abr. 2018.

Dessa forma, usa-se o critério subjetivo da lei, qual seja, a capacidade das partes, mas vale lembrar que essa capacidade possui um requisito a mais, que é o salário. Ou seja, não é válida apenas a capacidade do empregado, mas que ele receba um salário específico, para poder definir em seu contrato que os problemas gerados por ele serão levados à esfera arbitral e não ao Judiciário.

Unindo-se o artigo 507-A da CLT e o artigo 1º da Lei de Arbitragem, pode-se inferir que a pessoa, ou empregado, que possua capacidade plena e que perceba duas vezes acima do RGPS poderá se valer da arbitragem; preenchido estará, dessa forma, o requisito subjetivo da arbitrabilidade, que é a capacidade das partes.

Também vale ressaltar que o artigo 507-A dá a permissibilidade para a cláusula compromissória, nada se falando acerca do compromisso arbitral. A Cláusula Compromissória é aquela inserida no contrato, antes de haver litígio; e o Compromisso Arbitral é aquele firmado pelas partes quando já existe um litígio (arts. 3º e 4º da Lei nº 9.307/96). Dessa forma, há um estabelecimento prévio, antes de qualquer instalação de conflito, de que, na possibilidade de surgir qualquer litígio, será ele dirimido pela Arbitragem.

É possível, assim, verificar que o critério subjetivo da lei de arbitragem é a capacidade das partes; e o critério objetivo é versar sobre direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º da Lei nº 9.307/96).

Quanto ao artigo 507-A, pode-se definir que ele não cria uma nova sistemática na arbitragem, mas apenas insere um requisito a mais para sua utilização, que é o valor recebido pelo empregado.

E isso se afirma porque a própria lei de arbitragem define, em seu artigo 4º, que, nos contratos de adesão³⁰¹, é obrigatório haver expressa anuência da parte. Assim, quando a lei informa que só pode ser por decisão ou anuência expressa da parte, ela não inaugura nenhuma ideia nova.

Já quando o artigo 507-A informa que deve haver um critério pessoal (subjetivo), que é o empregado receber duas vezes acima do RGPS, ela inaugura uma ideia nova, um critério a mais, utilizando-o como um “divisor de águas” para a ideia de proteção, hipossuficiência e indisponibilidade das normas trabalhistas.

³⁰¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Contrato de Trabalho: caracterização, distinção, efeitos**. São Paulo: LTR, 1999. p. 16.

Não se pode afirmar que seria impossível que o legislador defina critérios diferentes para aplicação da norma, mas não se pode deixar de notar que, quando se trata da arbitragem, não se identificou a necessidade de diploma de nível superior, sendo suficiente o critério censitário, contudo, quando se fala em livre estipulação no contrato individual, é necessário também o diploma de nível superior.

Isso revela a ideia de que, quando há uma cláusula arbitral, haverá um terceiro avaliando a questão, mas, quando a pessoa abre mão de seu direito por uma livre estipulação, seria obrigatório o diploma de nível superior como balizador de que a pessoa tenha consciência da situação.

Claro que não se pode definir, *a priori*, que não se deve utilizar a arbitragem unicamente pela indisponibilidade dos direitos trabalhistas, ou pela hipossuficiência do trabalhador, mas existem outras questões que também precisam ser analisadas quanto ao critério adotado pelo legislador.

3.1 O critério censitário adotado pela Lei 13. 467/17: Subjetivo ou Objetivo?

Os critérios subjetivos da Reforma Trabalhista são que o empregado (pessoa capaz) deve receber remuneração duas vezes acima do RGPS (Art. 507-A, CLT). Já o critério objetivo da reforma parece englobar tudo que tenha a ver com o contrato, e que se encontre dentro da ideia de direitos patrimoniais disponíveis.

O artigo 507-A define que os empregados que ganhem duas vezes acima do RGPS podem definir a cláusula de arbitragem, não define, contudo, a esfera de aplicabilidade da arbitragem, ou seja, qual parte do contrato pode ser resolvida por meio da arbitragem e qual não pode. Carlos Maximiliano informa que “quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente”. Dessa forma, em tese, seria dever do juiz, no caso concreto, avaliar onde seria possível a arbitragem.³⁰²

Em uma visão ampliativa, seria possível dizer que tudo que tenha a ver com o contrato de trabalho pode ser objeto da cláusula compromissória de arbitragem, desde que seja patrimonialmente disponível. Em uma visão mais restritiva, pode-se afirmar que deve olhar

³⁰² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 306-307.

para o artigo 444 da CLT para definir a esfera em que a arbitragem pode incidir, já que o referido artigo define a esfera em que o objeto do contrato de trabalho pode ser objeto de livre estipulação das partes interessadas – empregado e empregador.

Assim, seria acertado seguir a lição de Arenhart quando ele afirma:

No compromisso as partes devem definir e delimitar a matéria posta à consideração dos árbitros, o que constitui sua principal função. No compromisso dispensa-se a expressa opção pela arbitragem, uma vez que ele próprio já a revela, mas a “definição da matéria” deve ser expressa e clara, sob pena de nulidade. No compromisso, a “matéria” tem que ser fixada em seus exatos limites, pois estes, se não observados pelos árbitros, tornam viciada a sentença. Em resumo: admite-se que quando da celebração de um contrato estipule-se a cláusula – chamada de cláusula compromissória – de que os futuros e eventuais litígios que decorrerem do contrato devem ser submetidos à arbitragem. Mas quando o conflito já existe – e assim não é incerto e eventual no futuro –, deve-se firmar compromisso de arbitragem, definindo-se precisamente – como exige a lei de arbitragem – os limites da matéria que se pretende submeter à arbitragem.³⁰³

Assim, seria definido, no próprio contrato, aquilo que poderia ser passível de arbitragem, embora seja mais fácil acreditar que tudo o que aconteça em relação ao contrato de trabalho pode ser visto na esfera arbitral, exceto aquilo que não possa ser contratado, como a vida, saúde, etc.

Destaque-se que o legislador decidiu por bem definir um critério censitário³⁰⁴ para informar quem pode se utilizar da arbitragem (arbitrabilidade subjetiva). Uma questão que surge é, portanto, se esse critério se revela suficiente dentro de uma esfera de disponibilidade de direitos.

O critério censitário adotado pelo legislador se revela um critério subjetivo, pois ele diz respeito a uma especificidade que a pessoa deve ter para se valer da arbitragem, arbitragem essa que dispõe sobre o que está no contrato. Assim, essa pessoa que possua capacidade e que receba duas vezes acima do RGPS pode definir contratualmente o que será objeto da arbitragem. Portanto, não é o critério censitário objetivo, mas se revela algo

³⁰³ ARENHART, Sérgio Cruz, **Breves considerações sobre o procedimento arbitral**, Disponível em Academus:
https://www.academia.edu/214088/BREVES_OBSERVA%C3%87%C3%95ES_SOBRERO_PROCEDIMENTO_ARBITRAL?auto=download. Acesso em: 15 mar. 2018.

³⁰⁴ Censitário no sentido de possuir certa condição financeira. Disponível em:
<https://www.dicionarioinformal.com.br/censit%C3%A1rio/>. Acesso em: 5 maio 2018.

intrínseco à pessoa que pode utilizar a arbitragem, bem como à pessoa que possa individualmente relativizar certas normas.

O primeiro questionamento gerado pelos critérios da lei diz respeito ao critério econômico utilizado pelo legislador. O segundo questionamento é acerca da cláusula compromissória, e o terceiro firma-se em saber se, no momento em que foi definida a cláusula compromissória, não houve coação, ou qualquer outra situação que possa anular tal cláusula.

Mas o que em regra leva o legislador a definir que o critério censitário é porque entende que é o melhor para definir que não há hipossuficiência e que pode-se superar a proteção. Segundo a Comissão Especial da Câmara dos Deputados, que deu um parecer sobre o projeto:

Desse modo, diante da condição de hipossuficiência de boa parte dos empregados, estamos restringindo a utilização da arbitragem apenas aos empregados cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Em valores atuais, corresponderá, tão-somente, a um universo de aproximadamente dois por cento dos empregados. Além disso, a assinatura da cláusula compromissória de arbitragem dependerá de iniciativa do empregado ou, ao menos, de sua concordância expressa.³⁰⁵

Segundo a Comissão, uma pessoa que receba acima do teto está em plenas condições de igualdade com o seu empregador, e quanto a isso, para eles não há discussões. Vale aqui destacar também a escolha do legislador em não definir o diploma de nível superior como necessário. E destaque-se o parecer da Comissão³⁰⁶ anteriormente mencionada acerca do artigo 444: “Todavia não se pode admitir que um trabalhador com graduação em ensino superior e salário acima da média remuneratória da grande maioria da população seja tratado como alguém vulnerável, que necessite de proteção do Estado ou de tutela sindical para negociar seus direitos trabalhistas”.

Assim, conforme o definido pela comissão e que se transformou em lei, tais empregados não necessitam da proteção intensa do estado e possuem ampla liberdade para negociar diretamente com o empregador e podem definir a arbitragem. Mas, mesmo essas

³⁰⁵ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787, DE 2016. Relatório.** Comissão Especial. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1548298&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 12 abr. 2018..

³⁰⁶ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787, DE 2016.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1548298&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 12 abr. 2018.

pessoas recebendo, o que se considera suficiente para gerar igualdade, será que tal parcela salarial é suficiente para evitar vícios no momento de definição da cláusula?

3.2 Arbitragem do “hipersuficiente” do art. 444, parágrafo único, da CLT

Para o artigo 507-A, a lei não define sua esfera de aplicação e usa-se então a ideia de que tudo que possa ser contratado e está dentro da esfera de disponibilidade do empregado pode ser objeto da arbitragem.

Para o artigo 444, parágrafo único, a lei já revela uma situação diferente em que informa que a pessoa que ganha duas vezes acima do RGPS e possua diploma de nível superior pode, numa livre estipulação, dispor de seu direito.

Para esse empregado do artigo 444, parágrafo único, a lei criou uma ideia de que a disponibilidade é maior, quando definiu que pode se valer da livre estipulação o empregado que receba duas vezes acima do RGPS e que possua nível de diploma superior. Nesse caso, a lei define que essas pessoas possuem uma esfera maior de disponibilidade.

Isso porque a lei de arbitragem define sua atuação sobre direitos patrimoniais disponíveis o artigo 507-A não define uma parcela de aplicação, mas o artigo 444, define que podem ser pactuados livremente o que estiver no artigo 611-A , artigo que dispõe sobre acordos e convenções coletivas.

Quanto a isso, questiona-se acerca do critério adotado pelo legislador, porque há certa incongruência na lei, no sentido de que, quando o art. 444, parágrafo único, define que há possibilidade de livre estipulação no contrato das questões do artigo 611-A, ele define um critério a mais ao empregado, que é o diploma de nível superior. Mas, quando permite a arbitragem, esse requisito não é necessário, sendo apenas necessário que se atinja um patamar considerado “suficiente” de salário.

O legislador, em regra, pode se valer de qualquer critério, quando da elaboração da lei. Entretanto, em uma ideia de aplicação da lei, ou seja, de o aplicador da norma fazer uma interpretação da lei, pode-se perceber que as pessoas que se enquadram no artigo 444, parágrafo único, também podem se valer da arbitragem, já que são capazes e recebem duas vezes acima do RGPS.

Assim, utilizando a ideia de que podem se valer de arbitragem os empregados que possuam remuneração acima de duas vezes o RGPS, o empregado “hiperssuficiente” do parágrafo único do artigo 444 também pode utilizar a arbitragem como método de resolução de conflito, mas há uma definição de quais parcelas do contrato pode se valer da arbitragem.

Quando o artigo fala que as partes podem livremente decidir sobre o que está disposto no artigo 611-A, revela-se uma ideia maior de disponibilidade, ou seja, sobre essas questões pode o empregado dispor sem a necessidade de um juiz ou do sindicato pode abrir mão de algo ou pactuar situação diferente daquela definida em lei, pelo simples fato de um novo requisito pessoal, que é o diploma de nível superior.

Esse empregado do artigo 444, parágrafo único, pode escolher a arbitragem como método de resolução de conflitos, e mais do que pactuar sobre direitos patrimoniais disponíveis, pode dispor do que definido em lei. Revela-se, portanto, a disponibilidade do direito trabalhista ainda maior para os empregados que se inserem nesse artigo.

3.3 Arbitragem Trabalhista: proposta de critérios a serem observados

Primeiro se diz que o direito não é totalmente indisponível. Depois de se afirmar que existe uma esfera de disponibilidade, é necessário identificar onde se encontra essa disponibilidade, que, pelo estudo, revela ser na parte financeira, ou seja, o valor atribuído. Definida a esfera de disponibilidade, devem-se encontrar os limites da arbitragem e o que se deve ser minimamente observado.

A lei não definem, *a priori*, critérios para sua utilização, mas apenas faz-se uma definição genérica de aplicabilidade. Dessa forma, faz-se necessário que haja estabelecimento de parâmetros mínimos para que não haver problemas na aplicação.

Isso porque a esfera de indisponibilidade recai sobre o direito em si e não do valor patrimonial que se atribui a ele, ou seja, não é possível falar que, se uma pessoa que trabalha na linha de produção perder um braço, ela receberá uma indenização de R\$ 1.000,00 (mil reais), porque isso é dar cunho patrimonial, ao que não se cinge de patrimonialidade e

disponibilidade.³⁰⁷

A lei trabalhista cria alguns critérios para a utilização da arbitragem no artigo 507-A. São eles: (i) receber duas vezes acima do teto do RGPS, (ii) cláusula compromissória de arbitragem, (iii) por iniciativa do empregado ou por sua concordância expressa.

Válido pensar também sob a ótica do vício de consentimento, pois o Comitê Brasileiro de Arbitragem, em estudo realizado em 2007, identificou que:

Ainda, a PESQUISA 2007 identificou, dentre as decisões analisadas, que a causa mais recorrente de anulação de sentenças arbitrais foi o vício de consentimento – 43% dos casos tratavam de pessoas que foram, supostamente, (i) coagidas a assinar a convenção de arbitragem ou (ii) induzidas a erro. À época, concluiu-se que muitos dos casos de anulação diziam respeito a sentenças proferidas em procedimentos arbitrais administrados por instituições que se faziam passar por órgãos do Judiciário, lesando consumidores e pessoas físicas hipossuficientes.³⁰⁸

Revela-se que, na maioria das anulações, se identifica o vício de consentimento³⁰⁹. Assim, é crível que se analise como poderia se evitar tal discussão na esfera judicial, ou seja, requisitos mínimos, que, se observados, evitarão os vícios de consentimento. A validade do negócio jurídico se encontra definida no artigo 104 do CCB/02, bem assim as causas de anulação do negócio jurídico que importam à nossa análise: coação (arts. 151-155 do CCB/02), erro (arts. 138-144 do CCB/02) e dolo (arts. 145-150 do CCB/02).

Assim, se identificadas tais questões no estabelecimento da cláusula, poderia haver anulação. Não se encontrando nenhuma dessas possibilidades, a situação não seria de anulação, mas de plena validade da sentença arbitral.

Dessa forma, o que a lei fez foi apenas criar um critério para que a arbitragem venha se efetuar. Mas para além disso, visto a possibilidade de o empregado se submeter ao

³⁰⁷ Embora haja uma incongruência quanto a isso, já que o seguro DPVAT especifica o valor de qualquer vida em R\$ 13.500,00. Disponível em: <<https://www.seguradoralider.com.br/Pages/tabela-de-premios-completa-2018.aspx>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

³⁰⁸ BRASIL. Comitê Brasileiro de Arbitragem. **Relatório analítico. Invalidade de sentença arbitral.** Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/4-Relatorio-Invalidade-de-Sentenca-Arbitral-03.08.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2018.

³⁰⁹ Os vícios de consentimento, são aqueles que impedem que o negócio jurídico seja perfeito, ou seja, eles fazem com que a vontade das partes não seja respeitada, já que a vontade, estaria viciada e por isso o negócio é anulável.

contrato, sendo um contrato de adesão, e como a lei não criou nenhuma barreira, ou limite, vê-se necessidade de que sejam estabelecidos limites, para que não se permita margem a questionamentos que se voltem à disponibilidade ou hipossuficiência.

Vale lembrar que não é qualquer situação de índole pessoal que contém o poder de anular a transação, ou mesmo a cláusula de arbitragem. Destaque-se, por exemplo, o voto vista do Ministro Marco Aurélio Belize no REsp. 815018/RS: “não se revela capaz de nulificar a transação extrajudicial materializada por escritura pública o simples fato de a avença ter se dado poucos dias após a data da morte do cônjuge da parte interessada e signatária do referido pacto”.³¹⁰

Dessa forma, é válido que haja definições mínimas para se estabelecer a cláusula arbitral, evitando, assim, que cheguem demandas ao Judiciário com objetivo de verificar fraude ou qualquer outro vício no momento do pacto.

Por isso, a proposta aqui é ressaltar alguns limites mínimos que se deve observar, para que, assim, não haja inviabilidade da arbitragem, evitando que tais questões necessitem ser vistas pelo Judiciário. Até porque um dos objetivos da reforma é desafogar o Judiciário e de valorizar as convenções coletivas, bem como estimular os acordos individuais, que permitem ajustes entre as partes.

A proposta é que, além de seguir os requisitos da lei, haja a observação de mais requisitos que evitem vícios e possíveis questionamentos sobre a validade e aplicação da cláusula arbitral. Assim, deve-se observar: (i) que a inserção da cláusula no contrato não seja abusiva, ou obrigatória; (ii) que não seja caracterizado assédio, coação, dolo, erro na elaboração; (iii) que se de qualquer forma, ficar demonstrado que não houve liberdade de escolha, essa cláusula pode ser inválida; (iv) que se for verificado que foi estabelecida uma Câmara Arbitral excessivamente cara, definir que o ônus das custas seja do empregador.

Se não observados estes critérios, seria facilmente possível identificar uma inviabilidade para que o conflito seja solucionado no âmbito arbitral. Mas, se conforme tudo que foi pesquisado, forem seguidos os requisitos da lei de arbitragem e da CLT, e se observados os requisitos acima propostos, tudo estará amparado pela legalidade e não poderá a decisão ser revista pelo Judiciário.

³¹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo Cível. **REsp nº 815018/RS**. Brasília/DF, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=transa%E7%E3o+de+direitos+&b=ACOR&p=true&t= JURIDICO&l=10&i= 21>. Acesso em: 10 maio 2018.

CONCLUSÃO

O objetivo da presente pesquisa era o de investigar a possibilidade de aplicação do Art.507-A na sistemática laboral brasileira, e também a busca de demonstrar se a inserção de tal artigo seria capaz de alterar a lógica do direito de trabalho quanto à hipossuficiência e proteção do trabalhador.

Assim foi possível através da revisão bibliográfica concluir que a arbitragem também é uma forma de se alcançar solução ao conflito, que também é o que busca o judiciário, e não se pode inviabilizar sua validade e aplicação na Justiça Laboral. Possível também confirmar a hipótese inicial de que a arbitragem é viável e que a inserção dos Artigos 507-A e 444, parágrafo único, alteram a lógica do direito do trabalho.

Ainda, demonstrou-se através da análise que não se pode afirmar *a priori* a inviabilidade da arbitragem, pela afirmação de que os direitos trabalhistas são indisponíveis, já que através da pesquisa concluiu-se que existe uma esfera de disponibilidade, pois, o que em verdade ocorre é que a arbitragem vai analisar a questão quando instalar-se um conflito, e em regra os conflitos trabalhistas ocorrem após a demissão.

Através da pesquisa, verificou-se que dentro do ramo da indisponibilidade, existe uma esfera de disponibilidade e dentro dessa esfera de disponibilidade é onde há possibilidade de transação do direito. Havendo possibilidade de transação, há possibilidade de arbitragem.

Não se pode ignorar que existe uma esfera de hipossuficiência do trabalhador, e que não se pode afirmar total igualdade entre empregado e empregador, até mesmo porque não se pode ignorar que existem outros aspectos a serem observados quando se falar da arbitragem.

Mas não se pode usar unicamente o critério de que o direito trabalhista é indisponível, por isso demonstra-se a necessidade de observação de outros requisitos que não estão na lei.

Além disso, existem outras questões de índole pessoal, o que não foi possível analisar nessa pesquisa, mas que podem e devem ser levadas em consideração no momento de instituição da cláusula de arbitragem.

Através das hipóteses lançadas foi possível concluir que mesmo antes da inserção do artigo 507-A à CLT já era possível a arbitragem por haver na seara trabalhista direitos patrimoniais disponíveis. E para além disso demonstrou-se que os empregados que se enquadram no artigo 444, parágrafo único, também pode inserir uma cláusula no contrato

definindo que os litígios serão resolvidos na esfera arbitral e que eles podem dispor mais que os empregados constantes do Art. 507-A.

Em verdade, não há indisponibilidade absoluta, e portanto deve-se passar a uma análise posterior, qual seja a de definir os limites em que deve ser estabelecida a arbitragem, o que ficou demonstrado na última seção do trabalho.

Dessa forma demonstrou-se que há uma esfera de disponibilidade, e que é viável a arbitragem aos trabalhadores que recebem a remuneração acima do teto do RGPS, mas que além dos requisitos da lei, devem-se observar os limites estabelecidos no trabalho, que geram menos possibilidade de discussão judicial acerca da cláusula inserida no contrato.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz, **Breves considerações sobre o procedimento arbitral**, site Academus:<

https://www.academia.edu/214088/BREVES_OBSERVA%C3%87%C3%95ES_SO_BRE_O_PROCEDIMENTO_ARBITRAL?auto=download

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787, DE 2016. Relatório.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1548298&filename=Tramitacao-PL+6787/2016> Acesso em: 12.abr.2018

_____, Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787, DE 2016. Relatório.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1548298&filename= Tramitacao-PL+6787/2016> Acesso em: 12.abr.18

_____, Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787, DE 2016. Relatório.** Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1548298&filename=Tramitacao-PL+6787/2016> Acesso em: 12.abr.18

_____, Comitê Brasileiro de Arbitragem. **Relatório analítico. Invalidade de sentença arbitral.** Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/4-Relatorio-Invalidade-de-Sentenca-Arbitral-03.08.pdf>> Acesso em: 17/05/18

_____, Lei nº 7.783/89 art. 7º. Dispõe sobre o exercício de greve. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 29.jun.1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7783.htm> Acesso em 15.mai.2018

_____, Superior Tribunal de Justiça. Processo Cível. REsp nº 815018/RS, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=transa%E7%E3o+de+direitos+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=21> Acesso em: 10.abr.18

_____, Superior Tribunal de JustiçaProcesso Civil. **Resp nº 1558015.** Quarta Turma, Rel: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 25 de nov.2017.. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=transa%E7%E3o+de+direitos+&b=ACO R&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11> Acesso em: 15 Mai.18

_____, Tribunal Superior do Trabalho.Processo do Trabalho. **E-ED-RR, nº 25900-67.2008.5.03.0075.** Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Brasília,DF, 16 de abril de 2015. Relator Ministro João Oreste Dalazen. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=25900&dígitoTst=67&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0075>> Acesso em: 15.jun.2018

_____, Tribunal Superior do Trabalho. Processo do Trabalho. **E-ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028.**Subseção I Especializada em Dissídios Individuais..Brasília, DF, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 30 de março de 2010. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23133499/embargo-em-recurso-de-revista-e-rr-2174001020075020069-217400-1020075020069-tst/inteiro-teor-111585009>> Acesso em: 14.abr.2018

_____, Tribunal Superior do Trabalho.Processo Trabalho. **RR 27700-25.2005.5.05.0611.** Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Brasília, DF, 26 março de 2015. Disponível em <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-determina-que-conselho-arbitral-nao-examine-conflitos-trabalhistas> Acesso em: 15.mai.18

_____, Tribunal Superior do Trabalho. **AgRR 1475.2000-193-00.7.** 7ª Turma. relator Ministro Pedro Paulo Manus. Publicado no Diário Oficial da União em 17.10.2008. Disponível em

<http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=97659&ano_int=2002&qtd_ace_sso=2047165> Acesso em: 14.mai.18

CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 55

_____, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96/** Carlos Alberto Carmona.- 3. ed. Rev., atual. E ampl.- São Paulo: Atlas, 2009

CÂMARA, Alexandre Feitas . Arbitragem: Lei nº9.307/96 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 1997, p.13

DELGADO, Maurício Godinho. **Contrato de Trabalho: caracterização, distinção, efeitos.** LTR, 1999. P.16

_____, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 13. ed. - São Paulo: LTr, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.40-41

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 13, n. 91, p. 71-92, set. /out. 2014. P.13-14

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de direito civil,** volume 1:parte geral- 19.ed. Rev. e atual- São Paulo: Saraiva, 2017. P. 108-146

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho.** São Paulo: LTr, 2009. p. 76-79

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 306-307.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial.** Direito das obrigações. Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas.

Novação. Transação. Outros modos de extinção. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 25, p.166-168.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 17^a ed. São Paulo, Saraiva, 2001. p.356.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil comentado.**10. Ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.P. 893

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III: arts.270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 408-409.

PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. Vianna Sapiens. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Junior.**v.7.n.1. Juiz de Fora. Jan/Junh2016 ISSN21773726. Disponível em: <www.viannasapiens.com.br/revista/article/download/185/170/> P.3

SANTOS, Hélio Antônio Bittencourt. **Curso Básico de Direito do Trabalho,** 2000, p.55

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délia; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho.** Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos. 1993, VOL.1, p.20

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de... [et alli]. **Reforma Trabalhista: análise comparativa e critica da Lei 13.467/2017.** São Paulo:Rideel, 2017 p.233-242.

AUTONOMIA POLÍTICA ESTADUAL E MUNICIPAL: UMA ANÁLISE ACERCA DO ART. 224, § 4º, DO CÓDIGO ELEITORAL À LUZ DO PACTO FEDERATIVO

STATE AND MUNICIPAL POLITICAL AUTONOMY: AN ANALYSIS ABOUT THE ART. 224, § 4, OF THE ELECTORAL CODE IN LIGHT OF THE FEDERAL PACT

Rhafael Varela da Silva

RESUMO

A Lei Federal nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 – denominada “Minirreforma Eleitoral” – , promoveu, no âmbito do Código Eleitoral (CE), a inclusão dos §§ 3º e 4º em seu art. 224. A equação legislativa desse novo comando legal passou a sujeitar os entes estaduais e municipais ao seu regramento, o qual consiste na determinação de eleição suplementar na modalidade direta ou indireta (§ 4º), quando verificados determinados ilícitos eleitorais (§ 3º). Dentro desse contexto, o objetivo do presente trabalho será analisar se o dispositivo referente à determinação de eleições suplementares na modalidade direta ou indireta (§ 4º, I e II, do CE) consiste em matéria político-administrativa. Caso se constate isso, poderá estar presente a inobservância ao pacto federativo, porquanto os Estados-membros e Municípios possuem, conforme se verá, autonomia política para dispor acerca da matéria tratada no dispositivo em comento.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo; autonomia política; entes federados; eleições suplementares.

ABSTRACT

Federal Law nº 13.165, of september 29, 2015 – called "Electoral Mini-reform" – promoted, within the scope of the Electoral Code (EC), the inclusion of §§ 3 and 4 in its art. 224. The legislative equation of this new legal command began to subject state and municipal entities to their rule, which consists in the determination of supplementary elections in the direct or indirect modality (§ 4), when verified certain electoral offenses (§ 3). Within this context, the objective of this paper will be to analyze whether the system regarding the determination of supplementary elections in the direct or indirect modality (§ 4, I and II of the EC) consists of political-administrative matter. If this is noticed, it may be present non-compliance with the federative pact, since the Member States and Municipalities have, as it will be seen, political autonomy to dispose of the matter dealt with in the device in question.

KEYWORDS: Federalism; political autonomy; federated entities; supplementary elections.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a inserção de dispositivo federal no âmbito do ordenamento jurídico eleitoral, o qual passou a sujeitar os entes estaduais e municipais ao seu regramento. Para tanto, a fim de se chegar a uma resposta plausível acerca do problema que se lançará adiante, adotar-se-ão como base os institutos que

lastreiam o modelo federativo estatal, uma vez que neles residem os pilares da autonomia política inerentes aos entes integrantes do Estado Federal.

Partindo-se desse cenário, o tema da pesquisa será circunscrito à investigação acerca do regramento para determinar a modalidade de eleição suplementar – se direta ou indireta – relativa aos chefes dos Poderes Executivos estaduais e municipais. Desse modo, o objeto da pesquisa recairá sobre o novel art. 224, § 4º, do Código Eleitoral, que teve sua redação determinada pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, na denominada “Minirreforma Eleitoral”.

Dentro desse contexto, o tema sob análise se mostra relevante tanto do ponto de vista político quanto do ponto de vista jurídico. No campo político, tem-se que o novo comando legal passou a veicular regramento com interferência direta na chefia da Administração máxima do ente federado, que pode ensejar eventual perda ou assunção de mandato político, caso se configure a hipótese do dispositivo eleitoral em comento; na seara jurídica, a discussão se mostra relevante diante da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.525/DF, a qual não reconheceu a autonomia política dos entes estaduais e municipais para dispor acerca do preenchimento de cargos em hipóteses de vacância na respectiva chefia do Poder Executivo (eleição suplementar). Tal posicionamento da Corte não levou em consideração o que vinha sendo decidido acerca desse assunto, conforme se demonstrará a partir da análise das ADIs 1.057/BA, 3.549/GO e 4.298/TO.

Com base no quadro acima descrito, o objetivo deste Trabalho de Conclusão de Curso será responder ao seguinte problema: em que medida estaria autorizada a União a proceder com a edição de lei ordinária federal para tratar acerca de matéria supostamente confiada à autonomia político-administrativa dos entes estaduais e municipais?

Nesse sentido, propõe-se como hipótese a seguinte construção: a edição do normativo federal objeto desta pesquisa não guarda a devida observância ao princípio federativo. Tal raciocínio se explica uma vez que o referido princípio confere aos entes federados a necessária autonomia política para dispor acerca de matérias legislativas relacionadas à sua própria organização político-administrativa, que inclui, neste ponto, a edição de leis relacionadas à modalidade e ao prazo para reger suas próprias eleições, sem a indevida intromissão da União.

Como principal técnica adotada para abordar o problema, serão utilizadas as pesquisas bibliográfica e jurisprudencial, dado o caráter teórico-argumentativo somado à análise de decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em relação ao desenvolvimento analítico da pesquisa, adotar-se-á, como pilares, a conceituação substantiva dos seguintes termos: Estado Federal; autonomia política; e capacidades de auto-organização e de autolegislação dos entes federados.

Por fim, com o propósito de alcançar coerentemente a resposta ao problema lançado, o trabalho está assim estruturado: Capítulo 1, breves considerações sobre o modelo federativo; subcapítulo 1.1, síntese do federalismo adotado no Estado brasileiro; subcapítulo 1.2, autonomia e competências relativas aos entes estaduais; subcapítulo 1.3, autonomia e competências referentes aos entes municipais; Capítulo 2, análise do art. 224, § 4º, incluído no Código Eleitoral, visto sob a ótica da autonomia política dos entes estaduais e municipais; subcapítulo 2.1, competência legislativa privativa da União para dispor sobre matéria eleitoral; subcapítulo 2.2, competência estadual e municipal para legislar sobre a vacância de cargos no âmbito do Poder Executivo; subcapítulo 2.3, regime de sucessão na chefia do Poder Executivo estadual e municipal e sua não obrigatoriedade em face do modelo federal; por fim, Capítulo 3, posicionamento do STF acerca da autonomia política dos entes federados e o procedimento de escolha de seus mandatários políticos.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTADO FEDERAL

O termo Federação constitui uma das formas de Estado que, ao lado das demais configurações de formação Estatal – Unitário e Regional³¹¹ –, é responsável por determinar o grau de poder político a ser conferido à ordem juridicamente instituída. Em sua etimologia, Federação (do latim, *foedus*)³¹² significa união, pacto, tratado, aliança. Logo, Estado Federal corresponde a uma aliança ou união de Estados.

³¹¹ Conforme sustenta Dalmo de Abreu Dallari, alguns autores defendem, modernamente, a configuração dessa terceira espécie de Estado, qual seja: o Regional, em que se constata menor centralização em comparação com o Estado Unitário; e, por outro lado, relativa ou mitigada descentralização se comparado ao Estado Federal. O referido autor, citando Juan Ferrando Badia, exemplifica como sendo Estados Regionais a Espanha e a Itália. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 250).

³¹² TORRINHA, Francisco. **Dicionário Latino Português**. Porto: Porto Editora, 1942. p. 342.

A origem do Estado Federal remonta à Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787. Naquele contexto, o modelo confederativo já se encontrava debilitado, uma vez que não se conseguia suprir as necessidades de um governo comum e de grande dimensão territorial. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonçalves realçam a fragilidade da forma confederativa adotada pelos Estados Unidos àquela época:

Cada entidade componente da confederação retinha a sua soberania, o que enfraquecia o pacto. As deliberações dos Estados Unidos em Congresso nem sempre eram cumpridas, e havia dificuldades na obtenção de recursos financeiros e humanos para as atividades comuns. Além disso, a confederação não podia legislar para os cidadãos, dispendendo, apenas, para os Estados. Com isso não podia impor tributos, ficando na dependência da intermediação dos Estados confederados. As deliberações do Congresso, na prática, acabavam por ter a eficácia de meras recomendações. Não havia, tampouco, um tribunal supremo, que unificasse a interpretação do direito comum aos Estados ou que resolvesse juridicamente diferenças entre eles.³¹³

Diante desse cenário, os Estados que compunham a Confederação dos Estados Unidos da América reuniram-se, por intermédio de seus representantes, para revisarem os denominados Artigos de Confederação – tratado celebrado entre as treze colônias britânicas da América que, em 1776, declararam-se independentes –, a fim de corrigirem as falhas constatadas na prática. A reunião se deu em Convenção na Cidade de Filadélfia, em 1787, a qual resultou na conversão do modelo confederativo para a forma federativa, concebendo-se, assim, um Estado Federal. Em relação a esse registro histórico que culminou na concepção do modelo federativo, Dalmo de Abreu Dallari anota que:

O melhor documento para a interpretação autêntica da Constituição norte-americana são os artigos escritos por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, reunidos sob o título *O Federalista*. Esses artigos foram publicados na imprensa de Nova York, entre 27 de outubro de 1787 e 4 de abril de 1788, todos assinados com o mesmo pseudônimo de *Publius*, visando a explicar ao povo a nova Constituição e obter o seu apoio para a ratificação que deveria ser feita pelo Estado. Trata-se, na verdade, da mais preciosa fonte para conhecimento das ideais e dos objetivos que inspiraram a formação dos Estados Unidos da América.³¹⁴

³¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 801.

³¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 252-253.

Após esse panorama histórico, cumpre anotar as principais características do Estado Federal, as quais se resumem em: *i*) soberania do Estado e autonomia de seus entes integrantes; *ii*) existência de uma Constituição Federal; *iii*) repartição de competências constitucionalmente dispostas; *iv*) participação dos Estados-membros na vontade federal; *v*) inexistência de direito de secessão; *vi*) pacto entre as unidades autônomas; *vii*) descentralização político-administrativa; *viii*) órgão representativo dos Estados-membros; *ix*) possibilidade de intervenção federal; *x*) formação de Estados-membros; e *xi*) existência de um órgão de cúpula na figura do Poder Judiciário.

Tais características, consoante Dalmo Dallari, manifestam-se no Estado da seguinte maneira:

A união faz nascer um novo Estado e, concomitantemente, aqueles que aderiram à federação perdem a condição de Estados [...]. A base jurídica do Estado Federal é uma Constituição, não um tratado [...]. O tratado é mais limitado, porque só regula os assuntos nele previstos expressamente, além de ser possível sua denúncia por qualquer dos contratantes, o que não acontece com a Constituição [...]. Na federação não existe direito de secessão. Uma vez efetivada a adesão de um Estado, este não pode mais se retirar por meios legais [...]. Só o Estado Federal tem soberania. Os Estados que ingressarem na federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma autonomia política limitada [...]. No Estado Federal as atribuições da União e as das unidades federadas são fixadas na Constituição, por meio de uma distribuição de competências. Não existe hierarquia na organização federal, porque a cada esfera de poder corresponde uma competência determinada [...]. A cada esfera de competências se atribui renda própria [...]. O poder político é compartilhado pela União e pelas unidades federadas [...]. Os cidadãos do Estado que adere à federação adquirem a cidadania do Estado Federal e perdem a anterior. Não há uma coexistência de cidadanias, como não há também, em relação aos direitos de cidadania, um tratamento diferenciado entre os que nasceram ou residam nas diferentes unidades da federação. A Constituição Federal estabelece direitos básicos dos cidadãos, que as unidades federadas podem ampliar, não restringir.³¹⁵

Observa-se, portanto, que as características do modelo federal se manifestam de modo concatenado, revelando certa preocupação no sentido de manter a harmonia entre os integrantes de sua estrutura estatal. A partir dessa ideia, torna-se possível elencar argumentos favoráveis à sua adoção. Nesse sentido, num primeiro ponto, pode-se afirmar que o modelo

³¹⁵ Ibid., p. 253-255.

federativo possui alta carga democrática, uma vez que há acentuada aproximação entre governantes e governados, possibilitada pelo fácil acesso dos cidadãos aos órgãos locais que detêm uma parcela do poder político, os quais podem influir, desse modo, no poder central. Em segundo lugar, é possível constatar a dificuldade de concentração do poder na figura de um só órgão político, pois necessariamente haverá repartição de poderes e competências entre os entes integrantes da federação, fato que impõe barreiras aos governos totalitários e favorece, em última análise, a democracia. Por fim, pode-se argumentar no sentido da preservação das características regionais e locais das entidades federadas, ou seja, a unidade autônoma que adere ao federalismo não necessita renunciar aos seus valores, tampouco modificar suas peculiaridades socioculturais.³¹⁶

É bem verdade que, a despeito dos argumentos acima delineados, também são visualizados pontos desfavoráveis ao modelo federativo. Nesse sentido, pode-se apontar para a ausência de planificação do Estado, uma vez que é constitucionalmente proibido obrigar determinada unidade federada – em vista de sua autonomia – a se adequar num plano proposto pela União. Consequentemente, poderá haver, caso se constate um pacto federativo debilitado, ausência de ação racional e eficiente dos recursos financeiros disponíveis, que acabarão se dispersando nas várias unidades federativas, as quais desejarão executar seus próprios anseios em detrimento do Estado como um todo.³¹⁷

³¹⁶ Em sintonia com esse raciocínio, Dalmo Dallari acentua que “Essa forma de Estado, com seu governo peculiar, demonstrou ser capaz de dificultar, ainda que não impedir, a acumulação de poder num só órgão, dificultando por isso a formação de governos totalitários. A par disso, assegurou oportunidades mais amplas de participação no poder político, pois aqueles que não obtiverem ou não desejarem a liderança federal poderão ter acesso aos poderes locais. Além desses aspectos, a organização federativa favorece a preservação das características locais, reservando uma esfera de ação autônoma a cada unidade federada. Por tudo isso, o Estado Federal passou a ser visto como sendo mais favorável à defesa das liberdades do Estado centralizado.” (*Ibid.*, p. 255).

³¹⁷ Seguindo o magistério de Dalmo Dallari, O Estado Federal “dificulta, e às vezes impede mesmo, a planificação, pois é constitucionalmente impossível obrigar uma unidade federada a enquadrar-se num plano elaborado pela União. Paralelamente a isso, o Estado Federal, segundo se alega, provoca a dispersão dos recursos, uma vez que obriga à manutenção de múltiplos aparelhos burocráticos, sempre dispendiosos e desejando executar seus próprios planos. Argumentando-se ainda que a organização federativa tende a favorecer a ocorrência de conflitos jurídicos e políticos, pela coexistência de inúmeras esferas autônomas, cujos limites nem sempre podem ser claramente fixados.” (*Ibid.*, p. 256).

Contudo, a constatação dessa disfunção a que o Estado Federal está sujeito não é capaz, por si só, de impor barreiras à sua adoção. Isso se explica pelo fato de o modelo federativo ser tido como o mais adotado pelos países do mundo. Corroborando esse entendimento, Dalmo Dallari aponta que:

Apesar das críticas feitas, vê-se que há, no mundo atual, acentuada tendência para a organização federativa. Isso pode ser explicado pela conjunção de dois fatores, numa simbiose aparentemente ilógica e até contraditória. De um lado, procura-se a federação para aumentar o poder dos Estados. A necessidade de ação intensa e planificada, bem como as exigências de serviços e o custo de uma organização militar eficiente, tudo isso exige recursos que os pequenos Estados não podem obter sozinhos. E a federação, propiciando a conjugação de esforços, permite a integração dos Estados em unidades que são naturalmente mais fortes, em todos os sentidos. Outra razão de prestígio do Estado Federal é que ele preserva os particularismos. O Estado que adere a uma federação não precisa abrir mão de seus valores, nem modificar suas características. E é isso justamente que se considera conveniente: o Estado se torna integrante de uma unidade mais poderosa, convivendo, dentro da federação, em condições de igualdade com os demais integrantes, cada um preservando suas peculiaridades socioculturais.³¹⁸

Portanto, ainda que remanesçam eventuais obstáculos para a adoção do modelo federativo, observa-se uma nítida sobreposição de suas características fundamentais em detrimento de pontuais anomalias a que está sujeito, tornando-o, assim, o modelo mais adotado dentre os países do mundo.

Por fim, tendo sido apresentado, linhas acima, uma visão geral acerca do Estado Federal, remontando à sua origem nos Estados Unidos da América e perpassando por suas características elementares, com análise, ainda que superficial, dos aspectos favoráveis e desfavoráveis para sua adoção, pretende-se analisar, no próximo tópico, de que maneira o Estado brasileiro incorporou o modelo federativo.

1.1 Síntese do Federalismo brasileiro

O Federalismo brasileiro tem origem na Constituição de 1891. Antes disso, porém, a federação havia sido instituída, provisoriamente, pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, o qual transformou as províncias do Império em Estados da República, atribuindo

³¹⁸ Ibid., p. 256.

autonomia política a cada um deles. Posteriormente, o referido decreto se incorporou à Constituição Republicana de 1891, mantendo-se a forma federativa até os dias atuais.

O Federalismo, no Brasil, foi concebido por meio do processo denominado *segregação*, ou seja, o antigo Estado Unitário – instituído à época do Brasil Império – descentralizou-se para a formação de unidades autônomas. Assim, as províncias de outrora se converteram em ordens jurídicas parciais, conforme previa o art. 2º do Texto Constitucional de 1891. Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos dispõe que:

A federação brasileira formou-se de dentro para fora, num movimento centrífugo, pois tínhamos um Estado unitário que se descentralizou para formar unidades autônomas de poder. Se, na federação americana, os Estados independentes se despojaram para formar o Estado Federal, no Brasil ocorreu o inverso [...]. Vigora, no Brasil, pois, uma repartição regional de poderes autônomos, do contrário não teríamos um Estado Federal, mas sim um Estado unitário, a exemplo do que ocorre no Paraguai, no Chile, no Uruguai etc.³¹⁹

Analizando-se o contexto do ordenamento jurídico vigente, a Constituição brasileira de 1988 estabelece três ordens jurídicas integrantes do Estado Federal. Desse modo, no primeiro plano, é prevista uma ordem central visualizada na figura da União; no segundo, são consagradas as ordens regionais que residem na figura dos Estados-membros; no terceiro, são instituídas as ordens locais das quais fazem parte os Municípios.

Assim, constata-se que a Constituição Federal de 1988, além de instituir e organizar um poder central (União), também prevê e reconhece a coexistência de poderes regionais (Estados-membros) e locais (Municípios), conferindo-lhes competências e rendas. Nesse ponto, ao tratar do aspecto da distribuição de competências dispostas na Constituição Federal, Fernanda Dias Menezes de Almeida acentua que:

Aspecto fundamental a ser destacado é o relativo à repartição de competências entre os entes federados. Se a grande inovação do federalismo está na previsão de dois níveis de poder – um poder central e poderes periféricos –, que devem funcionar autônoma e concomitantemente, é manifesta a necessidade de tal partilha. A Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de

³¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 938.

competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas.³²⁰

Corroborando o raciocínio no sentido de que a repartição de competências é salutar entre os entes da federação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em precisa passagem acerca da divisão de rendas dispostas na Constituição Federal, pontua que:

A divisão de rendas é [...] a pedra de toque da Federação, pois é a medida da autonomia real dos Estados-Membros. Na verdade, essa partilha pode reduzir a nada a autonomia, pondo os Estados a mendigar auxílios da União, sujeitando-os a verdadeiro suborno. Como a experiência americana revela, pelo concurso financeiro, a União pode invadir as competências estaduais, impondo sua intromissão em troca desse auxílio.³²¹

Constata-se, portanto, que, no âmbito do modelo federativo adotado, é fundamental haver a repartição de competências entre os entes integrantes do Estado Federado, devendo essa repartição ser equânime, isto é, apta a garantir o exercício equilibrado de atribuições que compete a cada ente federado, sob pena de lhes amesquinhar a autonomia outorgada pelo modelo federal.

Por fim, após a explanação das três ordens jurídicas coexistentes no Estado Federal brasileiro, somado à constatação da necessidade de partilha dos poderes pertencentes a cada ente federal, serão abordadas, nos dois tópicos seguintes deste capítulo, a posição constitucional dos Estados-membros e dos Municípios, bem como a previsão de suas competências para o exercício das respectivas atribuições.

1.2 Autonomia e competências dos entes estaduais

Como já assinalado, cada ente da Federação brasileira possui poderes e competências previstos constitucionalmente para o exercício de suas respectivas atribuições. Nesse sentido, Raul Machado Horta, disponde sobre a autonomia do ente estadual, argumenta que “A autonomia do Estado-Membro pressupõe a repartição constitucional de competências para o

³²⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 14.

³²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 90.

exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa”.³²² Na mesma diretriz, José Afonso da Silva, ao se referir à Constituição Federal de 1988, leciona que:

A Constituição Federal assegura autonomia aos Estados federados que se consubstancia na sua capacidade de auto-organização, de autolegislação, de autogoverno e de autoadministração (arts. 18, 25 a 28). A capacidade de auto-organização e de autolegislação está consagrada na cabeça do art. 25, segundo o qual os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. A capacidade de autogoverno encontra seu fundamento explícito nos arts. 27, 28 e 125, ao disporem sobre os princípios de organização dos poderes estaduais, respectivamente: Poder Legislativo, que se expressa por Assembleias Legislativas; Poder Executivo, exercido pelo Governador; e Poder Judiciário, que repousa no Tribunal de Justiça e outros tribunais e juízes. A capacidade de autoadministração decorre das normas que distribuem as competências entre União, Estados e Municípios, especialmente do art. 25, § 1º, segundo o qual são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição, que contém, como se nota, o princípio de que, na partilha federativa das competências, aos Estados cabem os poderes remanescentes, aqueles que sobram da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22, especialmente) e dos indicados aos Municípios (art. 30).³²³

Assim, observa-se que as capacidades de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração conferem ao ente estadual a autonomia necessária para o exercício de suas atribuições. Nota-se, também, que compete aos Estados-membros tudo o que não se enquadrar nas competências da União e dos Municípios, nem incidir no espaço das vedações constitucionais que restringem a atuação das entidades federadas. É dizer: aos entes estaduais são conferidos poderes remanescentes ou residuais que não gravitem na órbita da competência da União e dos Municípios.

Cabe registrar, por oportuno, as críticas levantadas por Fernanda Dias Menezes de Almeida que, ao analisar as competências dos Estados-membros em cotejo com as da União, constata uma nítida sobreposição deste em relação àqueles:

De fato, realisticamente, a preponderância da União no federalismo contemporâneo é um dado com que se tem de aprender a conviver. O que é preciso impedir é uma hegemonia do poder federal que

³²² HORTA, Raul Machado. **A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Estabelecimento Gráfico Santa Maria, 1964. p. 50.

³²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 618.

desnature o sistema. Se pensarmos principalmente em termos da interação federalismo/democracia, o Estado federal tanto mais propiciará a democracia quanto mais perto dos destinatários estiver a sede do poder decisório. Raciocinando nestes termos é que CELSO BASTOS (1989: 249) pondera que “a regra de ouro (da Federação) poderia ser a seguinte: nada será exercido por um poder de nível superior desde que possa ser cumprido pelo inferior”.³²⁴

Logo, diante desse registro crítico, percebe-se que há certa preponderância da União em relação aos Estados-membros no que diz respeito à repartição de competências, fato que enseja o enfraquecimento do Estado Federal, uma vez que o substrato do modelo federativo está precisamente na repartição equânime das competências constitucionais. Não se quer defender aqui uma radical descentralização das competências dos entes federados – pois isso possivelmente geraria certa desordem em relação às atribuições endereçadas a cada ente federado, mitigando a harmonia necessária para o bem maior do Estado como um todo –, mas, sim, chamar a atenção para a grande concentração de poderes a cargo da União, que resulta em indesejada repartição residual de competências para os Estados-membros.

Ainda no tocante às competências constitucionalmente previstas, tendo por pressuposto a autonomia conferida aos entes estaduais, torna-se inescapável que a eles se imponham limites para o exercício de poderes, isso porque a esfera de sua autodeterminação (Estado-membro) é predeterminada pela Constituição (Poder Soberano).

Assim, a Constituição Federal determina aos entes estaduais a observância de certos princípios que devem ser adotados pelo constituinte estadual às particularidades locais, sob pena de intervenção federal. Tais princípios estão elencados no art. 34, VII, da CF e consistem em: *i*) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; *ii*) direitos da pessoa humana; *iii*) autonomia municipal; e *iv*) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. De igual forma, os princípios considerados intocáveis pelo constituinte originário – art. 60, § 4º – também são de observância obrigatória pelo constituinte estadual.

Ademais, não só os referidos *princípios* são responsáveis por condicionarem o exercício de poderes dos entes estaduais, mas também determinadas *regras* dispostas no corpo constitucional. A título de exemplo, tem-se a previsão dos arts. 27 (regramento acerca do Legislativo Estadual), 28 (regramento acerca dos Governadores), 125 (regramento acerca

³²⁴ Ibid., p. 75.

da Justiça estadual), 235 (regramento acerca da organização que devem adotar os Estados nos seus dez primeiros anos de criação), dentre outros que também servem de balizamento – e, frise-se, limitação – para o exercício de atribuições dos Estados-membros.

Merece destaque o apontamento crítico de Manoel Ferreira Filho no tocante aos denominados princípios implícitos decorrentes do texto constitucional, os quais também devem ser observados pelos Estados-membros:

Sem dúvida, o exame do texto constitucional mostrará, por indução, a existência de outros princípios a informá-la. Serão, sobretudo, princípios no sentido de normas generalíssimas, em que se subsumem as normas definidoras ou reguladoras de institutos constitucionais. Tais princípios “implícitos”, na verdade, são sempre duvidosos, na medida em que padecem de subjetivismo (pois, cada jurista acaba por estabelecer a sua relação de princípios “implícitos”), o que enfraquece a sua respeitabilidade científica. Cabe apontar, todavia, que esses princípios “implícitos” não podem ser invocados como limitadores da autonomia dos Estados. Se a Constituição explicitamente enumera limitações, se estas limitações, como exceções que são, devem ser interpretadas restritivamente, é descabido pretender que outros princípios também sejam imperativos para os Estados-membros.³²⁵

Portanto, tem-se que a autonomia política do ente estadual de fato é prevista e reconhecida pela Constituição Federal, em observância ao modelo federativo adotado. Entretanto, sua condição autônoma fica aquém do desejado, uma vez que as capacidades de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração, ínsitas ao ente estadual, são relativamente condicionadas por vários princípios e regras constitucionais vistos acima. Soma-se a isso, inclusive, a constatação de que suas atribuições são constitucionalmente tidas como competências residuais. Nesse sentido, segundo o referido raciocínio, Fernanda Dias descreve que:

Em relação aos Estados, foi mais aparente do que real a ampliação da sua capacidade auto-organizatória, ainda bastante condicionada por numerosos princípios e regras da Constituição, que se projetam também como condicionadores do exercício de suas competências materiais e legislativas privativas, reduz as praticamente a competências administrativas e financeiras.³²⁶

³²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 4-5, jan. 1990. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46167>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

³²⁶ Ibid., p. 144.

Com essa constatação, pode-se inferir que a autonomia do ente estadual é relativamente reduzida, fato que deságua negativamente no regular exercício de suas competências materiais (administrativas) e legislativas, garantidas pela Constituição da República.

1.3 Autonomia e competências dos entes municipais

Na mesma esteira da autonomia conferida aos entes estaduais, aos Municípios também foram atribuídos poderes constitucionalmente previstos. Dispondo sobre o assunto e apontando para nova condição de ente federativo, Ingo Sarlet destaca que:

Como já referido, a despeito da importância já assumida pelos Municípios no constitucionalismo republicano anterior, a CF inovou ao erigir o Município à condição de unidade (ente) federativa, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal. [...] ao passo que nas constituições federativas anteriores os Municípios tinham governo e competências próprios, cabendo aos Estados o poder de criar e organizar os Municípios, na Carta de 1988 os Municípios foram contemplados expressamente com o poder de auto-organização, mediante elaboração de uma Lei Orgânica, tal como disposto no art. 29 da CF.³²⁷

Assim, com a vigência da Constituição Federal de 1988, os Municípios passaram a ter as suas competências constitucionalmente enumeradas – art. 30 e incisos. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto é preciso ao afirmar que:

Finalmente, a competência municipal, tradicionalmente não enumerada nas cartas anteriores, passa a ser parcialmente enumerada: os incisos III, IV, V, VI, VII, VIII e IX discriminam competências específicas municipais, enquanto o inciso I, sob o conceito-chave de reserva de interesse local, autoriza a edição de quaisquer leis em que predomine este interesse. A predominância e não a exclusividade continua sendo, portanto, a justa interpretação desse novo conceito que substitui o tradicional peculiar interesse, que remontava ao artigo 68 da primeira Constituição republicana.³²⁸

Na mesma diretriz e atento ao aspecto do interesse local que compete ao ente municipal dispor, Celso Bastos pontua que:

³²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 782.

³²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, nº 100, out.-dez., 1988. p. 140.

Cairá, pois, na competência municipal tudo aquilo que for de seu interesse local. É evidente que não se trata de um interesse exclusivo, visto que qualquer matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional. Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o Município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte do todo acresce a este próprio todo. Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as suas necessidades gerais.³²⁹

Com isso, percebe-se que o ente municipal alçou, efetivamente, à condição de integrante da Federação brasileira. Assim, ao contrário do que se viu quando da análise das competências concernentes aos entes estaduais, a autonomia conferida aos municípios refletiu positivamente em relação às suas competências materiais e legislativas, uma vez que a Constituição Federal concedeu a estes uma série de competências que não se resumem a atribuições residuais. Ainda que aos entes municipais também se imponham limitações de ordem constitucional – tais quais impostas aos Estados –, o fato de as competências do ente municipal estarem previstas em rol relativamente extenso da Constituição Federal permite inferir que sua capacidade autônoma buscou ser realçada pelo constituinte originário. Fernanda Dias aponta que:

Quanto ao Município, saiu ganhando efetivamente, não só pelo reconhecimento expresso de sua condição de integrante da Federação brasileira, como pela capacidade de auto-organização que lhe foi deferida, também de modo expresso, com reflexos positivos no campo das suas competências matérias e legislativas.³³⁰

Deve-se registrar, por oportuno, que tal ganho de atribuições do ente municipal não se explica pela diminuição das competências a cargo da União, mas, sim, pela significativa diminuição de ingerência dos Estados-membros, aos quais cabiam, antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, legislar acerca da organização municipal.

Por fim, analisadas a autonomia política e as competências dos entes estaduais e municipais, inauguradas pela ordem jurídica vigente, adentrar-se-á no ponto fulcral da presente pesquisa, qual seja: verificar se a inclusão de dispositivo federal no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro guarda consonância com os ditames do modelo federativo,

³²⁹ BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 277.

³³⁰ Ibid., p. 144.

especificamente no tocante à autonomia política dos entes federais periféricos – Estados-membros e Municípios.

2 ANÁLISE DO ART. 224, § 4º, DO CÓDIGO ELEITORAL SOB A ÓTICA DA AUTONOMIA DOS ENTES ESTADUAIS E MUNICIPAIS

O regramento para determinar a modalidade de eleição suplementar – se direta ou indireta – relativa aos chefes dos Poderes Executivos estaduais e municipais encontra-se previsto no novel art. 224, § 4º, do Código Eleitoral, *in verbis*:

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

[...]

§ 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será:

I - indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato;

II - direta, nos demais casos.³³¹

Para melhor compreensão acerca desse preceito legal, faz-se necessário contextualizar a redação do art. 224, § 3º, do CE.³³² Este dispositivo faz menção, indistintamente, a “candidato eleito em pleito majoritário”. Tais candidatos são os chefes dos Poderes Executivos nas esferas federal, estadual e municipal, quais sejam: presidente, governadores e prefeitos. É de atentar-se que os senadores da República também são eleitos pelo sistema majoritário, porém, por serem cargos que não pertencem ao executivo estadual e municipal, não serão analisados na presente pesquisa.

Com a inserção desse novo comando legal, passou-se a disciplinar, por intermédio de lei ordinária federal, a dupla vacância na chefia do Poder Executivo de Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Nesse sentido, segundo Carlos Eduardo Frazão:

³³¹ O referido dispositivo foi inserido pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, na denominada “Minirreforma Eleitoral”.

³³² [...] § 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

a minirreforma eleitoral de 2015 produziu uma equação legislativa composta pelos §§3º e 4º do art. 224 do Código Eleitoral: presentes as situações descritas no §3º, a renovação do pleito dar-se-á na forma do §4º. Sucedе que [...] o §3º introduz, *a fortiori*, uma causa de dupla vacância. E não poderia ser diferente. Com efeito, o reconhecimento judicial de prática de ilícito eleitoral (*e.g.*, abuso de poder econômico, captação ilícita de sufrágio) impõe a cassação do registro ou do diploma do titular e do vice, corolário do princípio da indivisibilidade da chapa, materializado, processualmente, na formação de litisconsórcio passivo unitário e necessário. Vale dizer, a decisão de indeferimento do registro, de cassação do registro ou do diploma do titular reverbera, necessariamente, na esfera jurídica do vice integrante da chapa, maculando a “chapa completa”, inexistindo, bem por isso, candidatura independentemente de outra.³³³

Desse modo, seguindo o raciocínio acima, deverão ser realizadas novas eleições (suplementares) sempre que a decisão da justiça eleitoral acarretar o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato dos cargos de governadores e prefeitos e seus respectivos vices.

Acontece que o processo de escolha referente aos cargos de governador, vice-governador, prefeito e vice-prefeito no caso de eleições suplementares – hipótese veiculada no dispositivo analisado – consubstancia matéria pertinente à esfera auto-organizatória de Estados-membros e Municípios, de modo que tais entes federados possuem autonomia política para dispor acerca de matérias legislativas concernentes à sua organização político-administrativa, incluindo, nesse ponto, a competência para reger a modalidade e os prazos de suas próprias eleições suplementares. Isso implica inferir que o dispositivo em comento adentrou área destinada à atuação legislativa dos entes regionais e locais, o que pode abalar os pilares do pacto federativo.

Para embasar a referida afirmação, serão analisadas duas premissas nos próximos itens deste capítulo: *i*) a competência privativa da União para legislar acerca de matéria eleitoral (art. 22, I, da CF), a qual, ver-se-á, não alcança os Estados-membros e Municípios quando se tratar de eleição suplementar; e *ii*) a ausência de disposições no texto constitucional que obriguem os entes estaduais e municipais a observarem o regime de sucessão do Poder Executivo federal (art. 81, § 1º, da CF).

³³³ FRAZÃO, Carlos Eduardo. Aspectos controvertidos da Minirreforma Eleitoral de 2015: a inaplicabilidade do art. 224, § 4º, do Código Eleitoral, a eleições para o Poder Executivo. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral, Belo Horizonte**, ano 8, n. 14, p. 30-31, jan./jun. 2016.

2.1 Competência legislativa para dispor sobre Direito Eleitoral (art. 22, I, da CF)

De acordo com a Constituição Federal de 1988, compete privativamente à União legislar, dentre outras matérias, sobre direito eleitoral. Assim, a primeira análise que se faz necessária para aferição da (in)competência dos entes estaduais e municipais para legislar sobre o preenchimento dos cargos de governador, vice-governador, prefeito e vice-prefeito em hipóteses de vacância nos respectivos cargos diz respeito ao correto enquadramento do conceito que envolve o “Direito Eleitoral”.

Direito Eleitoral, consoante doutrina especializada, constitui o ramo do direito responsável por disciplinar, resumidamente, as seguintes matérias: sufrágio, alistamento, elegibilidade, inelegibilidade, partidos políticos, propaganda eleitoral e a organização dos órgãos estatais responsáveis por esse mister – mormente a Justiça Eleitoral e o Ministério Público, órgãos dotados de poder fiscalizatório para a manutenção da higidez do processo eleitoral.

Com base na doutrina de José Jairo Gomes, Direito Eleitoral:

é o ramo do Direito Públíco cujo objeto são os institutos, as normas e os procedimentos que regulam o exercício do direito fundamental de sufrágio com vistas à concretização da soberania popular, à validação da ocupação de cargos políticos e à legitimação do exercício do poder estatal.³³⁴

Dispondo, igualmente, acerca dessa matéria, Thales Tácito Cerqueira afirma que:

Direito Eleitoral é o ramo do Direito Públíco (Direito Constitucional) que visa o direito ao sufrágio, a saber, o direito público subjetivo de natureza política que confere ao cidadão a capacidade eleitoral ativa (de eleger outrem – direito de votar – alistabilidade) e a capacidade eleitoral passiva (de ser eleito – elegibilidade), bem como o direito de participar do governo e sujeitar-se à filiação, à organização partidária e aos procedimentos criminais e cíveis (inclusive regras de votação, apuração etc.) e, em especial, à preparação, regulamentação, organização e à apuração das eleições.³³⁵

Assim, devido à importância que assumem no regime democrático, os referidos assuntos são dotados de tratamento uniforme em todo o território nacional e devem ser, pois,

³³⁴ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 27.

³³⁵ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito eleitoral brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 34.

veiculados por legislação nacional, de competência da União.³³⁶ Segundo José Cretella Júnior, “Cabe à União legislar sobre direito eleitoral, material e processual, devendo ser igual para todo o território nacional [...].”³³⁷ Na mesma esteira, Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos pontuam que:

O direito eleitoral deve ser também nacional. As regras do exercício político de um Estado Democrático necessitam de clareza e deve ficar acima dos interesses ou ambições dos que postulam ou detém o poder.³³⁸

Entretanto, requer-se a atenção para o seguinte aspecto: tais assuntos não devem ser confundidos com o processo de escolha excepcional dos chefes dos Poderes Executivos estaduais e municipais.³³⁹ Tanto é assim que nenhuma lei de caráter eleitoral, com âmbito federal, regula a hipótese de preenchimento dos cargos quando estes restarem vagos. A Lei Complementar nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades) e o Código Eleitoral (frise-se, antes da minirreforma eleitoral de 2015) não disciplinam acerca de eventual vaga nos cargos de governador, vice-governador, prefeito e vice-prefeito. Diga-se o mesmo em relação à Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) e à Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos).

³³⁶ Nesse sentido, Djalma Pinto acentua que “A uniformidade das regras eleitorais, em qualquer país, é, assim, essencial para a garantia da segurança da votação e vital ao processo eletivo, cuja tramitação normal é dificultada por acentuada tensão, profunda desconfiança de todos os segmentos envolvidos na disputa, exigindo-se, por isso, regras claras, conduta transparente e firmeza na apresentação dos resultados. É através do Direito Eleitoral que se abre a porta que dá acesso ao poder político, materializando-se a alternância no seu exercício através do voto.” (PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 13.)

³³⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** v. II. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 1469.

³³⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil. Arts. 18 a 23.** v. III. t. I. São Paulo: Saraiva: 1992. p. 249.

³³⁹ Dispondo sobre a eleição suplementar, Jose Jairo Gomes leciona que “Dada a excepcionalidade do pleito suplementar, os prazos e outras formalidades devem ser adaptados, já que foram concebidos para a realização de eleições normais, preparadas com larga antecedência pela Justiça Eleitoral.” (GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral.** 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 873.)

Na realidade, esse problema excepcional da Administração regional e local, referente à hipótese de vacância dos cargos de chefe do Poder Executivo estadual e municipal, é matéria relacionada à manutenção de suas próprias instituições e relacionada, pois, à capacidade de auto-organização dos referidos entes, os quais se veem na necessidade de solucionar suas próprias questões internas. Nesse sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz afirma que:

Com efeito, a idéia de auto-organização implica, necessariamente, a idéia de Constituição, cujo conteúdo compreende ao mesmo tempo a formação e a organização interiores dos diferentes poderes públicos, sua correspondência necessária e sua independência recíproca. “É verdadeiramente impossível criar um corpo para um fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para fazê-lo cumprir as funções para as quais foi criado. Isto é o que se chama constituição deste corpo. É evidente que ele não pode existir sem ela”.³⁴⁰

Portanto, se a ruptura da Administração máxima de um ente federado se insere no campo político de sua própria estrutura governamental, nada mais coerente do que conferir aos Estados-membros e Municípios a necessária capacidade auto-organizatória e autolegislativa para reorganizar as estruturas de seu próprio Poder Executivo. O ato até pode ser eleitoral, pois requer a escolha de um mandatário político, mas o procedimento concernente no preenchimento do cargo vago seguramente constitui matéria administrativa, e não matéria eleitoral abarcada pelo Direito Eleitoral.

2.2 Competência estadual e municipal para legislar sobre a vacância de cargos do Poder Executivo

Conforme visto nas linhas iniciais deste trabalho, o regime de repartição de competências do federalismo brasileiro atribui aos entes estaduais e municipais poderes para o exercício de suas respectivas atribuições. A transferência dessas atribuições se dá por intermédio da Constituição Federal e constitui a denominada autonomia política dos entes periféricos. Segundo Luiz Pinto Ferreira, trata-se do “poder de ditar o seu próprio direito, determinar suas próprias instituições e ditar a sua própria Constituição”.³⁴¹

³⁴⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder constituinte dos estados-membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 54-55.

³⁴¹ FERREIRA, Luiz Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 117.

A autonomia política dos entes estaduais e municipais é analisada sob quatro aspectos, quais sejam: capacidade de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração. Contudo, interessam para esta pesquisa apenas os dois primeiros aspectos.

Esses dois traços da autonomia política correspondem a funções complementares do poder político. Conforme escreve Luiz Pinto Ferreira, “o poder político é uno, indivisível, porém se desdobra em diversas funções, para a realização de suas tarefas”³⁴². Desse modo, tal afirmação confere validade à existência de instrumentos legislativos à disposição do ente federado, bem como fundamenta a constituição de um órgão legitimado para a promulgação de leis.

É com base nisso que o federalismo brasileiro, por intermédio da Constituição Federal, atribui aos entes estaduais e municipais as capacidades auto-organizatória (poder para instituir Constituições Estaduais e Leis Orgânicas) e autolegalitativa (poder para editar leis próprias), que estão previstas, respectivamente, no art. 25, *caput*, e art. 29, c/c art. 30 e incisos. Vale dizer, é da competência dos Estados-membros e Municípios a edição de normas que estabeleçam um regime em que suas próprias instituições públicas sejam previamente definidas, cabendo a eles, igualmente, a organização de seus próprios Poderes e respectivos órgãos, representativos das funções dos poderes políticos.

Assim, diante da autonomia política conferida pela Constituição Federal às ordens jurídicas periféricas, percebe-se que, na excepcional situação em que vagarem os cargos dos chefes dos Poderes Executivos estaduais e municipais, deve a respectiva unidade federada encontrar soluções jurídicas que restabeleçam o equilíbrio de seu próprio campo político. Em outras palavras, na medida em que a acefalia de um Poder (Executivo) acarrete a desarmonia de suas instituições, é de interesse do próprio ente federado, em nome de sua sobrevivência, conceber mecanismos normativos que restaurem a ordem política do seu território.

Portanto, não há que se confundir (*i*) a competência privativa da União para legislar sobre a escolha ordinária dos chefes dos Poderes Executivos estaduais e municipais, que, no regime democrático brasileiro, residem no voto universal, secreto, direto e obrigatório – seara própria do direito eleitoral –, com (*ii*) a competência para criar mecanismos de solução relativos à excepcional crise interna de um Poder, ocasionada pela vacância de seus dirigentes

³⁴² Ibid., p. 37.

máximos (governadores, vice-governadores, prefeitos e vice-prefeitos), em que as estruturas do ente federado ficam comprometidas, sem a necessária capacidade de autorrecuperação.

2.3 Regime de sucessão na chefia do Poder Executivo estadual e municipal e sua não obrigatoriedade em face do modelo federal

Conforme historicamente já se constatou, é vedada a centralização do poder político nas mãos de uma única pessoa, havendo a necessidade, portanto, de se constituírem núcleos adequados de formação da vontade política. Nesse ponto, Nicola Matteucci é preciso ao escrever que “a afirmação de que todo poder político tem de ser legalmente limitado é a maior contribuição da Idade Média para a história do Constitucionalismo”.³⁴³

Nas modernas democracias, a Constituição adquire relevância fundamental como instrumento de organização do Estado, uma vez que é responsável por separar as instâncias de decisão governamental, impondo limites, a partir do estabelecimento das funções correspondentes a cada uma delas, ao poder político. Não é por outra razão que, segundo os ditames da Constituição Federal de 1988, a estrutura estatal brasileira se baseia em uma tríplice divisão de esferas de tomada de decisão.

Nesse passo, por representarem uma parcela de atribuições distintas de um mesmo poder político, os Poderes se revelam em condições de igualdade entre si, não havendo no plano constitucional brasileiro sobreposição de um em relação ao outro. Ao contrário, cada poder deve atuar de forma harmônica e independente com os demais, sempre visando ao bem maior do Estado.

A Constituição Federal prevê em seu art. 2º a independência e a harmonia entre os poderes da União, o que deve ser considerado, igualmente, para as Constituições e Leis Orgânicas dos demais entes federados. Extraí-se desses dois postulados do regime democrático – independência e harmonia – o necessário sistema de freios e contrapesos estabelecido entre os Poderes instituídos, tudo a evitar a intromissão excessiva na esfera de competência entre eles.

Dito isso, tem-se que a possibilidade de participação de um Poder em outro não é hipótese de todo estranha no corpo do texto constitucional. Dentro desse contexto, a

³⁴³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v. I. Trad. Carmen C. Varriale; *et alii*. 7. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 255.

Constituição Federal prevê, em relação à União, que, nos casos de impedimento ou vacância na chefia do Executivo federal, os chefes dos Poderes Legislativo e Judiciário poderão ser chamados para exercerem as funções daquele cargo (art. 80) e, logo em seguida, apresenta a solução para o posterior preenchimento do cargo vago (art. 81, § 1º). Indiscutivelmente, não se trata, aqui, de ingerência de um Poder sobre o outro, mas, sim, de meio necessário à própria sobrevivência do Estado e suas instituições.

No âmbito da esfera estadual e municipal, a sistemática é a mesma. Para os Estados, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 28, *caput*, o regime de sucessão do chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, segundo José Afonso da Silva:

A Constituição Estadual poderá designar-lhe outras atribuições, e deve definir, também, que, na falta do vice-governador, sejam chamados à governança, sucessivamente, o presidente da Assembléia Legislativa e o presidente do Tribunal de Justiça. Há que estabelecer, outrossim, a situação que decorrer de inexistência concomitante de governador e vice-governador.³⁴⁴

Noutra parte, em relação aos Municípios, a Constituição Federal prevê, em seu art. 29, II, a regra que dita a sucessão relativa à chefia do Executivo local. José Afonso da Silva, em igual abordagem, escreve que:

Com o prefeito é eleito um vice-prefeito, ao qual cabe substituí-lo no caso de impedimentos ocasionais e sucedê-lo no caso de vaga. Cabe à lei orgânica estatuir sobre os substitutos eventuais do prefeito quando ele e o vice estiverem concomitantemente impedidos, bem como estabelecer regras sobre quem assumirá a Prefeitura na hipótese de vacância de ambos os cargos.³⁴⁵

Nota-se, portanto, que a Constituição Federal não obrigou os entes estaduais e municipais a seguirem o modelo federal quanto da ocorrência de vacância na chefia do Poder Executivo. Na realidade, o modelo federal deve ser observado quanto ao procedimento ordinário de escolha dos integrantes do Executivo (art. 77 da CF), mas não em casos de vacância propriamente dita, em que se constata situação excepcional no procedimento de escolha dos chefes da Administração regional e local. Tal raciocínio é corroborado por José Afonso da Silva quando afirma que:

³⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 297.

³⁴⁵ Ibid., p. 304.

o presidente da Assembléia ou, no impedimento deste, o presidente do Tribunal de Justiça será chamado ao exercício do cargo, mas por quanto tempo? Pois esses substitutos eventuais não se transformam em governador. São presidentes da Assembléia ou do Tribunal de Justiça no exercício da governança. As Constituições Estaduais sempre deram solução diversificada a essa situação, umas prevendo nova eleição direta se a última vaga ocorrer nos primeiros três anos de mandato governamental, e eleição pela Assembléia de novo governador e vice, completando o eleito, em qualquer caso, o mandato em curso; outras estatuem que haverá eleição popular para governador e vice se a vaga se der nos três primeiros anos; e se no último ano, o substituto completará o período. A primeira hipótese está mais de acordo com o atual modelo federal, que não é obrigatório.³⁴⁶

Prosseguindo com o raciocínio, mas agora em relação aos entes municipais, José Afonso aponta que:

O normal é atribuir ao presidente da Câmara Municipal a competência para essas atribuições, mas não é raro ocorrer impedimento também do presidente da Câmara, pelo quê a lei orgânica deverá indicar quem responde pela Prefeitura; em tal caso tem sido atribuída essa incumbência ao secretário dos Negócios (ou Assuntos) Jurídicos, onde houver, ou ao secretário da Prefeitura, nas estruturas municipais mais simples. Cada lei orgânica disporá segunda a realidade local.³⁴⁷

Além disso, serve de arremate aos argumentos expostos o fato de que não há qualquer remissão do Texto Constitucional no sentido de obrigar os entes estaduais e municipais a adotarem o modelo federal disposto no art. 81 da Constituição Federal. Carlos Eduardo Frazão, em preciosa passagem acerca desse assunto, assinala que:

inexiste qualquer remissão na Constituição de que a regra sucessória da chefia do Executivo das demais entidades deva obedecer ao regime do art. 81, da Constituição. Houve um silêncio eloquente, aqui, do texto constitucional. Isso é corroborado quando se procede ao cotejo de outras disposições magnas, que empregam a técnica legislativa de remissão. Ilustrativamente, as regras de eleição de Governador de Estado, do Distrito Federal e de Prefeitos em municípios com mais de 200 (duzentos) mil eleitores seguem, no que couber, a disciplina do art. 77 (eleição presidencial).³⁴⁸

Assim, seja porque os Estados-membros e Municípios não se encontram alcançados pela norma privativa a cargo da União para legislar sobre direito eleitoral (art. 22, I, da CF), seja porque tais entes não estão obrigados a seguir o modelo federal relativo ao regime de

³⁴⁶ Ibid., p. 297.

³⁴⁷ Ibid., p. 304.

³⁴⁸ Ibid., p. 35.

sucessão da chefia do Poder Executivo (art. 81, § 1º, da CF), é possível chegar à seguinte conclusão: os entes estaduais e municipais possuem vocação normativa suficiente para legislar acerca do preenchimento de cargos vagos na chefia do Poder Executivo, porquanto esta constitui situação excepcional de vacância na estrutura de sua Administração máxima.

3 AUTONOMIA POLÍTICA DOS ENTES FEDERADOS E O PROCEDIMENTO DE ESCOLHA DE SEUS MANDATÁRIOS POLÍTICOS: A JURISPRUDÊNCIA DO STF

A autonomia política dos entes federados guarda íntima relação com os postulados do pacto federativo. Assim, tendo em vista que a matéria se reveste de caráter constitucional, e sabedor da função precípua de guardiã da Constituição Federal que compete ao Supremo Tribunal Federal, mostra-se pertinente a abordagem do posicionamento dessa Corte acerca do assunto tratado no presente trabalho.³⁴⁹

Serão analisadas as seguintes ações diretas de inconstitucionalidade, todas concernentes à autonomia política dos entes federados: ADI 1.057/BA, ADI 3.549/GO, ADI 4.298/TO e ADI 5.525/DF. Com relação às três primeiras, o entendimento prevalecente foi o de conferir aos entes estaduais e municipais a autonomia política que lhes é inherente. Já em relação à última, julgada recentemente, em março de 2018, o entendimento prevalecente foi o de conferir autonomia aos entes federados somente quando se tratar de causas não eleitorais, recorte que não guardou a devida consonância com os cânones do pacto federativo, conforme se verá.

³⁴⁹ Augusto Zimmermann afirma que a maior garantia de sobrevivência do sistema federativo reside na figura do Poder Judiciário, pois é ele o responsável por solucionar os possíveis conflitos existentes entre os entes integrantes do Estado Federal. Segundo o autor, “O Poder Judiciário tanto precisa proteger a União quanto defender os Estados-membros contra os excessos centralizadores. Na primeira tarefa ele protege a Constituição para preservar a unidade nacional; na segunda, ele conserva o princípio da autonomia estadual. Aqui estão, pois, as valorosas funções do Poder Judiciário para a manutenção do pacto federativo. É, sem mais delongas, que nós consideramos o controle judicial imbuído de grande capacidade moderadora, que se faz prevalecer para a solução dos conflitos dentre os entes federativos e a própria eficácia do federalismo”. (ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 114-115).

Pois bem, no âmbito da ADI 1.057/BA, a controvérsia cingia-se à verificação de validade constitucional de lei editada pelo Estado da Bahia, que tinha por finalidade a regulamentação de dispositivo previsto em sua Constituição. Tal dispositivo dispunha sobre a eleição parlamentar, pelos Deputados integrantes da Assembleia Legislativa, dos novos governador e vice-governador, na hipótese de dupla vacância desses cargos executivos.

Os Ministros chegaram à conclusão, por maioria, de que o ente federado estadual dispõe de competência para disciplinar o processo de escolha, por sua Assembleia Legislativa, do governador e vice-governador do Estado nas hipóteses em que se verificar a dupla vacância desses cargos nos últimos dois anos do período governamental. Assentaram, ainda, que essa competência legislativa do Estado-membro decorre da capacidade de autogoverno que lhe outorgou a própria Constituição Federal. Confira-se:

[...] O Estado-membro dispõe de competência para disciplinar o processo de escolha, por sua Assembléia Legislativa, do Governador e do Vice-Governador do Estado, nas hipóteses em que se verificar a dupla vacância desses cargos nos últimos dois anos do período governamental. Essa competência legislativa do Estado-membro decorre da capacidade de autogoverno que lhe outorgou a própria Constituição da República. [...] (ADI 1057 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/1994, DJ 06-04-2001 PP-00066 EMENT VOL-02026-02 PP-00302).

Merece destaque, devido ao seu teor didático, trecho do voto do Ministro Relator Celso de Mello quanto ao perfil da federação brasileira, em que há evidente outorga de autonomia política ao ente estadual:

Ao contrário do regime constitucional anterior, caracterizado por uma forte centralização espacial do poder político – que virtualmente deformava a organização federativa brasileira –, a nova Constituição da República, ao redefinir o perfil da Federação no Brasil, culminou por expandir o grau de autonomia conferida aos Estados-membros, outorgando a este um complexo mais abrangente de poderes jurídicos, em ordem a restringir a possibilidade de supremacia incondicional da vontade federal.³⁵⁰

Já no âmbito da ADI 3.549/GO, a discussão ficou a cargo da verificação de inconstitucionalidade de dispositivo constitucional estadual que, em cotejo com a Constituição Federal, não observou o regime de sucessão na chefia do poder executivo federal

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.057/BA**. Relator Ministro Celso de Mello. 20 abr. 1994, maioria. DJ, 6 abr. 2001, p. 12.

(art. 81, § 1º, da CF). Consignou-se, à unanimidade, o entendimento já exposto no item 2.3 desta pesquisa, qual seja, de que o modelo sucessório de cargos na chefia do poder executivo federal não se aplica aos entes estaduais e municipais. Veja-se:

[...] 1. O poder constituinte dos Estados-membros está limitado pelos princípios da Constituição da República, que lhes assegura autonomia com condicionantes, entre as quais se tem o respeito à organização autônoma dos Municípios, também assegurada constitucionalmente. 2. O art. 30, inc. I, da Constituição da República outorga aos Municípios a atribuição de legislar sobre assuntos de interesse local. A vocação sucessória dos cargos de prefeito e vice-prefeito põem-se no âmbito da autonomia política local, em caso de dupla vacância. 3. Ao disciplinar matéria, cuja competência é exclusiva dos Municípios, o art. 75, § 2º, da Constituição de Goiás fere a autonomia desses entes, mitigando-lhes a capacidade de auto-organização e de autogoverno e limitando a sua autonomia política assegurada pela Constituição brasileira. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3549, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2007, DJe-134 DIVULG 30-10-2007 PUBLIC 31-10-2007 DJ 31-10-2007 PP-00077 EMENT VOL-02296-01 PP-00058 RTJ VOL-00202-03 PP-01084).

O fundamento para o referido entendimento baseou-se, mais uma vez, nos postulados do modelo federativo. Em seu voto, a Ministra Relatora Cármel Lúcia realçou a importância do respeito aos espaços próprios dos entes federados, alertando-se para o risco de desvirtuando do ideário federativo. Confira-se:

Federativo há mais de um século, o modelo de federação brasileiro foi profundamente alterado pela Constituição de 1988, tendo-se nela definida nova relação a ser estabelecida entre os entes federados [...]. Não se há de esquecer, entretanto, que, mesmo no modelo de descentralização constitucionalmente adotado, o Estado brasileiro formou-se por entidades voltadas para o centro. Nesse contexto, perigosa é a interpretação constitucional – e mais ainda a prática constitucional – que conduz à restrição das autonomias das unidades federadas, por desvirtuar a própria idéia de federação.³⁵¹

Com relação à ADI 4.298/TO, o tema central versava, igualmente, sobre a eleição de governador e vice-governador veiculada por lei estadual. Privilegiou-se, uma vez mais, o exercício da autonomia dos entes federados. Nesses termos:

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.549/GO.** Relatora Ministra Cármel Lúcia. 17 set. 2007, unânime. DJe, 134, 31 out. 2007, p. 1.

[...] Ação direta. Lei nº 2.154/2009, do Estado do Tocantins. Eleição de Governador e Vice-Governador. Hipótese de cargos vagos nos dois últimos anos de mandato. Eleição indireta pela Assembléia Legislativa. Votação nominal e aberta. Constitucionalidade aparente reconhecida. Reprodução do disposto no art. 81, § 1º, da CF. Não obrigatoriedade. Exercício da autonomia do Estado-membro. Liminar indeferida. Precedente. Em sede tutela antecipada em ação direta de inconstitucionalidade, aparenta constitucionalidade a lei estadual que prevê eleição pela Assembléia Legislativa, por votação nominal e aberta, para os cargos de Governador e Vice-Governador, vagos nos dois últimos anos do mandato. (ADI 4298 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 07/10/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-01 PP-00093 RTJ VOL-00220-01 PP-00220).

Paralelamente à discussão do procedimento de eleição a ser adotado no âmbito estadual, questão importante abordada na referida ação – e que foi objeto do item 2.1 do presente trabalho – residia na competência para legislar sobre direito eleitoral. Nesse ponto, o Ministro Relator Cezar Peluso deixou assente que o procedimento de escolha para os cargos referentes à chefia do Poder Executivo constitui matéria político-administrativa dos entes federados, afastando, desse modo, a competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral:

Conquanto não deixem de revelar certa conotação eleitoral, porque dispõem sobre procedimento de aquisição eletiva do poder político, não há como reconhecer ou atribuir características de direito eleitoral *stricto sensu* às normas que regem a eleição indireta no caso de dupla vacância no último biênio do mando.

É que, em última análise, têm por objeto matéria político-administrativa que postula típica decisão do poder geral de autogoverno, inerente à autonomia política dos entes federados.³⁵²

Recentemente, o tema voltou a ser abordado no STF, dessa vez, no bojo da ADI 5.525/DF. Na referida ação de inconstitucionalidade, o Procurador-Geral da República (PGR) impugnou, em ponto específico, a inclusão do art. 224, §§ 3º e 4º no Código Eleitoral, argumentando que a minirreforma eleitoral de 2015, promovida pela Lei 13.165/15, usurpou a competência dos entes estaduais e municipais em relação à modalidade de eleição de seus mandatários, em hipóteses de vacância na segunda metade do mandato.

O PGR, nesse ponto, chegou à conclusão de que a sucessão de governadores e prefeitos constitui matéria pertinente à autonomia dos entes federados, de modo que devem

³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.298/TO**. Relator Ministro Cezar Peluso. 7 out. 2009, maioria. DJe 223, 27 nov. 2009, p. 19.

dispor sobre o tema em suas constituições e leis orgânicas. Fundamentou seu argumento da seguinte forma:

A questão, portanto, é de repartição das competências federativas e de respeito aos espaços próprios dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios. Lei federal, quanto de caráter nacional, como é o caso do Código Eleitoral, não pode suprimir esse espaço autônomo de deliberação dos entes federados. Não há inconstitucionalidade no critério de para escolha do sucessor.

É razoável haver uniformidade nacional sobre o tema, evitando que em uns lugares se vote novamente, em outros se escolha o próximo da lista dos mais votados. Inconstitucionalidade está na fixação da modalidade dessa eleição, quando deva ocorrer na segunda metade do mandato. Lei federal não poderia tê-lo feito; incidiu em inconstitucionalidade orgânica ao invadir a esfera de competências dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.³⁵³

Ora, conforme toda a argumentação desenvolvida ao longo do presente trabalho, que permeou o necessário reconhecimento da autonomia dos entes federados, em decorrência direta do pacto federativo, nota-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conferiu prestígio às capacidades auto-organizatória e autolegislativa dos Estados-membros e Municípios. Isso porque, nas ADIs 1.057/BA, 3.549/GO e 4.298/TO, percebeu-se nítido respeito à repartição das competências federativas e à observância aos espaços próprios dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

Entretanto, o entendimento acima não foi observado em relação à ADI 5.525/DF. Em que pese o seu acórdão ainda se encontrar pendente de publicação oficial, já se sabe, por meio de seu resultado publicado no sítio eletrônico do STF³⁵⁴, que a discussão em torno da dupla vacância nos cargos de governador e prefeito não guardou a devida observância ao modelo federativo brasileiro.

O raciocínio do Ministro Relator Roberto Barroso, na ADI 5.525/DF, ancorou-se no seguinte argumento: quando a dupla vacância nos cargos de governador e prefeito ocorrer por causas eleitorais, o legislador ordinário federal está autorizado à dispor sobre o procedimento de escolha dos futuros mandatários; de outro lado, somente se a dupla vacância desses cargos

³⁵³ Trata-se de parecer da Procuradoria-Geral da República juntado à Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.525/DF, que foi distribuída ao Relator Ministro Roberto Barroso e julgada parcialmente procedente, por maioria de votos. Registre-se que, até o presente momento, não houve a publicação oficial do acórdão.

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.525/DF**. Relator Ministro Roberto Barroso. 8 mar. 2018, maioria. DJe 46, 9 mar. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4982251>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

ocorrer por causas não eleitorais é que os entes estaduais e municipais estão autorizados a dispor sobre a matéria.

A despeito desse entendimento, a discussão conduzida pelo relator acerca de causas eleitorais ou não eleitorais não pode – nem deve – ser levada a cabo, porquanto seja a vacância do cargo determinada por *causa eleitoral*, seja a vacância do cargo determinada por *causa não eleitoral*, o resultado será somente um, qual seja: a vacância do próprio cargo. Com isso, seguindo a lógica do item 2.2 da presente pesquisa, é recomendável que a competência para criar mecanismos de solução relativos à excepcional crise interna de um Poder, ocasionada pela vacância de seus dirigentes máximos (governadores, vice-governadores, prefeitos e vice-prefeitos), encontre-se no espaço da autonomia político-administrativa do respectivo ente.

Além disso, deve-se ter em mente a observância do dever de coerência no que toca ao conjunto normativo integrante do ordenamento jurídico, que alcança não só o produtor do texto legal, mas também o seu aplicador. Norberto Bobbio, nesse ponto, esclarece que:

Uma regra que se refere às normas de um ordenamento jurídico, como é a proibição de antinomias, pode ser dirigida apenas àquelas que têm relação com a produção e aplicação das normas, em particular ao legislador, que é o produtor por excelência, e ao juiz, que é o aplicador por excelência. Dirigida aos produtores de normas, a proibição soa assim: “Não deveis criar normas que sejam incompatíveis com outras normas do sistema”. Dirigida aos aplicadores, a proibição assume esta outra forma: “Se vocês esbarrarem em antinomias, devem eliminá-las”.³⁵⁵

Desse modo, seria aconselhável ao Ministro Relator Roberto Barroso, na qualidade de aplicador das normas, afastar a aplicação do seu entendimento – referente às causas eleitorais e não eleitorais como justificativa para retirar dos entes estaduais e municipais a competência para dispor sobre o procedimento de escolha dos chefes do Poder Executivo – e conferir primazia ao postulado máximo do modelo federativo, que reside no reconhecimento da necessária autonomia política dos entes federados.

Com efeito, para além do dever de coerência do ordenamento jurídico, deve-se atentar, também, para o caráter finalístico a que se dirige o texto legislativo criado. Nesse sentido,

³⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014. p. 109.

Karl Larenz, sem se descuidar dos critérios interpretativos já elencados por Savigny – gramatical, lógico, histórico e sistemático –, atribui ao método teleológico-objetivo o caráter interpretativo responsável por retirar do texto legal os fins que o legislador intenta realizar:

Os fins que o legislador intenta realizar por meio da lei são em muitos casos, ainda que não em todos, fins objetivos dos Direito, como a manutenção da paz e a justa resolução dos litígios, o “equilíbrio” de uma regulação no sentido da consideração optimizada dos interesses que se encontram em jogo, a proteção dos bens jurídicos e um procedimento judicial justo. Além disso, todos nós aspiramos a uma regulação que seja “materialmente adequada”. Só quando se supuser esta intenção da parte do legislador se chegará, por via da interpretação, a resultados que possibilitem uma solução “adequada” também no caso concreto.³⁵⁶

Portanto, se o constituinte originário optou por conferir, expressamente em sua ordem jurídica, primazia à repartição de competências federativas, por intermédio de seu instrumento máximo de organização estatal (Constituição Federal), outorgando aos entes estaduais e municipais a necessária autonomia política para dispor, cada qual, acerca do procedimento de escolha de seus chefes do Poder Executivo, em casos excepcionais de ruptura da estrutura administrativa regional e local, não há razão para o aplicador da lei se desvair da coerência do ordenamento jurídico e dos fins que o constituinte originário quis alcançar, os quais residem precisamente no respeito aos espaços próprios dos entes federados e, em última análise, na manutenção e integridade do pacto federativo.

CONCLUSÃO

Os Estados Unidos da América conceberam, em 1787, a forma federativa de Estado. Sua instituição pode ser justificada devido à insuficiência das demais formações estatais em suprir as necessidades de um governo que, ao mesmo tempo que almeja a centralização do poder para assuntos estratégicos de caráter nacional, também busca a descentralização política para não se ver atarefado em relação a questões essencialmente regionais e locais.

Dessa constatação surge a necessidade de se conferirem às ordens jurídicas parciais poderes para o desempenho de suas respectivas atribuições político-administrativas. Assim, em observância ao modelo federativo, são conferidas aos entes integrantes do Estado Federal as capacidades de auto-organização, autolegislação,

³⁵⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 469.

autogoverno e autoadministração, que, somadas, integram a necessária autonomia política conferida a cada ente federativo do Estado.

No âmbito do Estado brasileiro não foi diferente. Por aqui, o federalismo foi concebido por meio do processo denominado *segregação*, ou seja, o antigo Estado Unitário – instituído à época do Brasil Império – descentralizou-se para a formação de unidades autônomas de poder. Resultado disso foi a instituição das três ordens jurídicas integrantes do Estado Federal, quais sejam: União, Estados-membros e Municípios.

Assim, tendo em conta que a cada ente federado são conferidos poderes autônomos para o exercício de suas atribuições, deve haver o devido respeito aos espaços próprios dos respectivos integrantes do Estado Federal. Quer-se dizer com isso que um determinado ente federado não pode adentrar à competência própria de outro ente. Caso se assim proceda, poderá haver o amesquinhamento das capacidades autônomas do ente federativo e, em última análise, a quebra do pacto federativo.

No presente trabalho, constatou-se que a inserção do art. 224, § 4º, no ordenamento eleitoral não obedeceu aos ditames do modelo federativo. Isso porque o dispositivo em comento passou a veicular o regramento para determinar a modalidade de eleição suplementar – direta ou indireta – relativa aos chefes dos Poderes Executivos estaduais e municipais. Como se observou, tal matéria se encontra no âmbito da competência dos Estados-membros e Municípios. Logo, se a norma em comento é produto de órgão legiferante da União, ela não pode sujeitar os entes regionais e locais aos seus ditames.

Além disso, diante da análise das ADIs 1.057/BA, 3.549/GO e 4.279/TO, verificou-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de conferir prestígio às capacidades auto-organizatória e autolegislativa dos entes estaduais e municipais. Não obstante esse entendimento, observou-se, também, que em julgamento recente, no bojo da ADI 5.525/DF, não foi dada primazia à autonomia política dos referidos entes, uma vez que não se autorizou aos Estados-membros e Municípios dispor acerca de matéria que se encontra afeta à sua competência legislativa.

Portanto, a hipótese lançada na pesquisa, consistente na inobservância do pacto federativo devido à inserção do objeto analisado (art. 224, § 4º, do CE), foi confirmada pelas seguintes conclusões: **a)** a competência legislativa privativa da União para dispor sobre direito

eleitoral não alcança a competência dos entes estaduais e municipais para dispor acerca do preenchimento de cargos vagos em situações de excepcional ruptura da estrutura governamental destes; **b)** a Constituição Federal de 1988 outorgou aos Estados-membros e Municípios a necessária capacidade auto-organizatória e autolegislativa para dispor acerca da vacância de cargos do Poder Executivo; **c)** o regime sucessório referente à chefia do Poder Executivo estadual e municipal não se submete ao regime adotado pela União (art. 81, § 1º, da CF); e **d)** o entendimento do Supremo Tribunal Federal se inclina no sentido de reconhecer e conferir às ordens periféricas a autonomia política outorgada pela Constituição Federal. Eventual desvio dessa diretriz – evidenciada diante da análise da ADI 5.525/DF – acarreta não só a deturpação do modelo federativo, mas também a inobservância do dever de coerência do ordenamento jurídico e o desvirtuamento da finalidade que se pretende alcançar com norma oriunda do constituinte originário, qual seja: respeito aos espaços próprios dos entes federados e, em última análise, manutenção e integridade do pacto federativo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.057/BA**. Relator Ministro Celso de Mello. 20 abr. 1994, maioria. DJ, 6 abr. 2001.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.549/GO**. Relatora Ministra Cármem Lúcia. 17 set. 2007, unânime. DJe, 134, 31 out. 2007.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.298/TO**. Relator Ministro Cesar Peluso. 7 out. 2009, maioria. DJe 223, 27 nov. 2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.525/DF**. Relator Ministro Roberto Barroso. 8 mar. 2018, maioria. DJe 46, 9 mar. 2018

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** v. I. Trad. Carmen C. Varriale; *et alii*. 7. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 2. ed. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito eleitoral brasileiro.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** v. II. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 1-10, jan. 1990. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46167>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder constituinte dos estados-membros.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira.** v. I. São Paulo: Saraiva, 1989.

FRAZÃO, Carlos Eduardo. Aspectos controvertidos da Minirreforma Eleitoral de 2015: a inaplicabilidade do art. 224, § 4º, do Código Eleitoral, a eleições para o Poder Executivo. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral, Belo Horizonte**, ano 8, n. 14, p. 25-36, jan./jun. 2016.

- GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- HORTA, Raul Machado. **A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Estabelecimento Gráfico Santa Maria, 1964.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil. Arts. 18 a 23**. v. III. t. I. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, nº 100, out.-dez., 1988.
- PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.
- TORRINHA, Francisco. **Dicionário Latino Português**. Porto: Porto Editora, 1942.
- ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.