REVISTA DOS ESTUDANTES DA FACULDADE DE DIREITO DA UFC (ONLINE)

Volume 3 – agosto/outubro 2007

REVISTA DOS ESTUDANTES DA FACULDADE DE DIREITO DA UFC (ONLINE)

Ano I Volume 3 – Agosto/Setembro 2007

Comissão Editorial

André Menescal Guedes

Bruno Cunha Weyne

Gustavo Beviláqua Vasconcelos

Gustavo César Machado Cabral

Conselho Editorial

Fernando Basto Ferraz

João Luís Nogueira Matias

Juvêncio Vasconcelos Viana

Lília Maia de Morais Sales

Marcelo Lima Guerra

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Paulo Antônio de Menezes Albuquerque

Uinie Caminha

Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito. Versão Eletrônica.
v.3-2007-Fortaleza,n.trimestral.
Órgão oficial do Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua.

ISSN - 1981-5387

1-Direito-periódico
1-Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito
Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua

Sobre os Autores

Antonio Samuel Carvalho Colares
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Caroline Câmara Duarte
Aluna da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Francisco Henrique Melo de Lacerda
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Márcio Anderson Silveira Capistrano
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Mário André Machado Cabral
Aluno da Graduação em Direito da Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Marta Andréa Matos Marinho
Aluna da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Pedro Rafael Malveira Deocleciano
Aluno da Graduação em Direito da Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor).
Bolsista PROBIC/FEQ.

Raynes Viana de Vasconcelos
Aluno da Graduação em Direito da Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Renato Leite Monteiro
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Sumário

A Constitucionalidade do Interrogatório do Acusado Via Videoconferência Sob a Luz do Princípio da Proporcionalidade
Raynes Viana de Vasconcelos.....5

A Cultura na Perspectiva Jurídica Brasileira
Marta Andréa Matos Marinho.....21

Limitação em Valores Fixos de Juros Legais e Convencionais Após a EC n° 40/2003
Márcio Anderson Silveira Capistrano.....26

O Assédio Moral na Relação de Trabalho
Caroline Câmara Duarte.....33

O Fulcro Legal da Liminar em Sede de *habeas corpus* no Brasil
Antônio Samuel Carvalho Colares.....44

Prescrição em Matéria Penal
Francisco Henrique Melo de Lacerda.....51

Prescrição *ex officio* no Processo Trabalhista e a Lei 11.280/06: Aspectos Processuais e Constitucionais
Pedro Rafael Malveira Deocleciano
Renato Leite Monteiro.....64

Relações entre a Educação, a Dignidade Humana e a Hermenêutica Filosófica: Paulo Freira e Gadamer
Mário André Machado Cabral.....77

A Constitucionalidade do Interrogatório do Acusado via Videoconferência sob a Luz do Princípio da Proporcionalidade

RAYNES VIANA DE VASCONCELOS[1]*

RESUMO

Passamos por um momento de relevantes transformações na interpretação dos direitos fundamentais. Época na qual, ao mesmo tempo em que as garantias do homem vêm se consolidando, entende-se admissível a restrição de direitos individuais para privilegiar bens coletivos.Atual discussão é sobre a possibilidade de realização de interrogatório do acusado via videoconferência. Neste contexto é que nos propomos a analisar a constitucionalidade de tal procedimento, com supedâneo, principalmente, no princípio da proporcionalidade. Para atingir os fins visados por nosso estudo, entendemos necessária a explicação primeiramente da distinção entre regras e princípios – o que é feito no primeiro tópico. Posteriormente, adentramos o aspecto principiológico dos direitos fundamentais, expondo quão importante é este aspecto para a resolução de conflitos entre tais direitos. No quarto ponto do nosso trabalho, abordaremos os aspectos referentes ao princípio da proporcionalidade, com o fito de explicitar a sua origem, desenvolvimento, subprincípios e aplicação. Por derradeiro, concluiremos com a defesa de que o princípio da proporcionalidade é idôneo para justificar a restrição do direito do réu a estar presente efetivamente ao seu interrogatório, visando garantir o bom andamento processual, a economia de recursos e, sobretudo, a segurança da sociedade.

ABSTRACT

We are passing by a moment of relevant transformations in the interpretation of the fundamental rights. These days, which, at the same time that the man's warranties are consolidating, it is understood the restriction of individual rights to privilege collective rights. The current discussion is about the possibility of accomplishment of the interrogation of the accused videoconferencing. In this context it is that we intend to analyze the constitutionality of such procedure, with support, mainly, in the principle of the proportionality. To reach the stamped ends for our study, we understood necessary the explanation firstly of the distinction between rules and principles - what is made in the first topic. Later, we penetrated to the aspect of the fundamental right's principle, exposing how important is this aspect for the resolution of conflicts among such rights. In the fourth point of our work, we will approach the aspects regarding the principle of the proportionality, with the intent to explicit its origin, development, sub principles and application. For last, we will conclude with the defense that the principle of the proportionality is suitable to justify the restriction of the defendant's right to be present

[1]* Aluno da Graduação em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC).

to his interrogation, seeking to guarantee the good procedural course, the economy of resources and, above all, the safety of the society.

1. Distinção entre regras e princípios

Para o bom desenvolvimento e entendimento do nosso estudo, faz-se mister delinear as diferenças entre regras e princípios para, após, inserir os direitos fundamentais entre uma ou outra categoria de norma. Isto porque o grau de eficácia e aplicabilidade de uma norma, bem como a forma por que se faz vinculante, depende diretamente de ser a norma regra ou princípio.

Depende, ainda, da diferenciação entre um e outro a solução entre os conflitos que venham a surgir, resolvendo-se de uma forma, caso seja entre regras, ou de outro modo, se forem entre princípios.

Por primeiro, temos a dizer que norma é gênero do qual regras e princípios são espécies.

Podemos afirmar que princípios são normas gerais, as quais determinam melhoramentos sobre determinados aspectos, que devem ser realizados, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, da forma que lhe confira a maior efetividade. Dizemos, ainda, que os princípios apresentam maior grau de abstração do que as regras, não se dirigindo a casos específicos, mas vinculando o legislador e o aplicador do Direito de forma a que esses não ajam de forma arbitrária, apresentando característica de maior proximidade das definições de Justiça e Direito.

De outro lado, regras são dirigidas a um fato determinado ou a pessoas determinadas, disciplinando situações fáticas palpáveis. Diferente dos princípios, as regras não podem ser aplicadas em uma ou outra medida, ao contrário, a depender da situação fática sob análise, ou determinada regra é aplicada ou não é.

No sentido da Teoria dos Princípios, "princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas e jurídicas."[2]

Outro importante aspecto que distingue princípios e regras é no que diz respeito às formas de solução em casos de colisão entre uns e outros.

Quando a aplicação de determinado princípio importa o prejuízo de outro, faz-se uso do método da ponderação para dirimir tal conflito. O que ocorre é que, a depender da conjuntura que

[2] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 64.

ora se apresenta, determinado princípio será aplicado com prioridade sobre outro, o que não quer dizer que este que ora fica em segundo plano seja totalmente afastado. Assim, quando um criminoso é preso em flagrante e tem sua prisão preventiva decretada em virtude da possibilidade de sua fuga, o seu direito à presunção de inocência – princípio expressamente previsto pela Carta Política vigente (art. 5˚, LVII) – não foi afastado por definitivo, mas sim colocado em segundo plano para que a segurança da sociedade não restasse prejudicada.

Quando o conflito é entre regras, tal ponderação não se faz possível. O que vai acontecer é a aplicação de uma ou de outra regra, o que será determinado, no caso concreto, por meio das regras de interpretação. Conflito aparente entre regras pode ser observado entre os artigos 121 e 123 do Código Penal Brasileiro. O primeiro comina pena àquele que mata alguém, enquanto o outro implica sanção à mãe que, sob influência do estado puerperal, mata o próprio filho durante ou logo após o parto. Um leigo que presenciasse uma mãe matar seu rebento durante o parto e sob a influência do estado puerperal poderia ficar em dúvida sob qual sanção aplicar – se a do art. 123 ou a do art. 121 do CPB -, uma vez que claramente a conduta se enquadra na tipificação do infanticídio, mas não deixa de exaurir também o tipo do homicídio. Utilizando-se do princípio da especialidade, chegamos à conclusão que a sanção aplicada será a do art. 123. Ora, o presente conflito entre regras foi resolvido com a prevalência absoluta de uma sobre a outra.

A diferenciação de resolução acima exposta é muito bem explicitada na doutrina do festejado doutrinador alemão Robert Alexy, assim vejamos:

> Un conflicto entre reglas solo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina o conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas. Las colisiones de principios devem ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción.[3]

2. A estrutura principiológica dos direitos fundamentais

[3] ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpresión. Madrid: El Derecho y La Justicia, 2002, p. 88.

Os direitos fundamentais, por sua natureza de mandamento de otimização, apresentam-se sob o manto de princípios.

Isto é da própria essência dos direitos fundamentais, uma vez que, ao invés de regular situações específicas, são declarados com o intento de que determinados direito sejam efetivados em grau mais alto quanto possível – observando-se as possibilidades fáticas e jurídicas -, de forma que se encaixam perfeitamente na conceituação dos princípios.

A qualificação dos direitos fundamentais é, também, de fundamental valor para a metodologia do deslinde de colisões entre tais direitos.

Vale transcrever o que entendeu Fabrício Barros, ao discorrer sobre o tema em dissertação. Confiramos abaixo:

> A concepção principiológica dos direitos fundamentais exerce papel decisivo na superação de colisões entre direitos fundamentais, haja vista que, por caracterizarem-se como mandados de otimização, seus conflitos resolvem-se por meio da dimensão do peso, em outras palavras, um princípio precede o outro, diante de certas circunstâncias, pois possuem pesos diferentes em cada caso concreto, não levando à nulidade daquele outro que estabeleceu a relação de colisão [4].

Alexy afirma que, não obstante os direitos fundamentais apresentarem-se, principalmente, sob as vestes de princípio, estes, por vezes, podem conter características de regras. Observe-se, entretanto, que, ainda que demonstrem caráter de regras, os direitos fundamentais têm sempre a sua fundamentação no campo dos princípios.

A doutrina do mestre alemão merece ser reproduzida:

> A teoria dos princípios não diz que catálogos de direitos fundamentais, no fundo, não contêm regras, portanto, no fundo, fixações. Ela acentua não só que catálogos de direitos fundamentais, à medida que efetuam fixações definitivas, têm uma estrutura de regras, mas realça também que o plano das regras precede prima facie o plano dos princípios. Seu ponto decisivo é que atrás das regras estão princípios[5].

Dessarte, direitos fundamentais não deixam de se revestir de forma de regras; o que não se pode deixar de observar, entretanto, é que sempre terão sua essência nos princípios. Tal afirmativa

---

[4] BARROS, Fabrício Barbosa. **O Recurso Extraordinário e a Tutela dos Direitos Fundamentais**. Fortaleza, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Faculdade de Direito-Universidade Federal do Ceará. p. 69.

[5] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.64/65.

se concretiza, por exemplo, no preceito do art. 5º, XXXVII, da Carta Política Brasileira, onde se enuncia que "não haverá juízo ou tribunal de exceção". Com base nas características das regras que foram anteriormente expostas, pode-se afirmar que o inciso acima é uma regra, uma vez que não pode ser aplicado em determinada medida (definitivamente não haverá tribunal ou juízo de exceção), bem como se dirige a uma situação concreta e bem delineada. Ocorre, que, embora apresentando caracteres, prima facie, de regras, a proibição da existência de juízo de exceção se fundamenta em vários princípios, entre eles o da igualdade, do julgamento pelo juiz natural e da segurança jurídica.

No mesmo sentido é a disciplina de Suzana de Toledo Barros, que com maestria e clareza discorre acerca da opção do legislador por dar uma estrutura mista aos direitos fundamentais. Vejamos:

> é possível asseverar que a nossa Constituição não optou por modelo estrutural único para as normas de direitos fundamentais. No texto da Carta Política de 1988, estas são dispostas tanto em forma de princípios – o da liberdade de profissão, do juiz natural, da presunção de inocência, da ampla defesa, da igualdade, etc. – como em forma de regras, *v.g.*, a obrigatoriedade de relaxamento da prisão ilegal ou a admissão de ação penal privada em caso de omissão do Ministério Público no prazo legal[6].

A professora faz a exposição acima, para, adiante, corroborar com o que aqui já foi dito a respeito da primazia dos princípios nos direitos fundamentais, aduzindo que "os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam a proteger"[7].

Esta abordagem demonstra quão importante é o caráter principiológico dos direitos fundamentais para a resolução de conflitos entre tais direitos. A partir daí é que se faz possível a aplicação do princípio da proporcionalidade como meio imediato na solução de conflitos.

3. O princípio da proporcionalidade

3.1. A origem e a evolução

[6] BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3.ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003, p.159

[7] Idem, ibidem, p.159.

Embora não possa ser desconsiderada a sua presença em todo o histórico de lutas pela efetivação dos direitos humanos, é na concretização do Estado de Direito que o princípio da proporcionalidade mostra sua presença de forma marcante.

Quando cai por terra a doutrina absolutista e o monarca passa a ser submetido às leis, mais precisamente em tempos dos séculos XVII e XVIII, é que o cânone da proporcionalidade se apresenta como medida de controle dos atos administrativos que violentassem liberdades individuais.

O direito penal se apresenta, também, desde tempos remotos, como ponto forte de aplicação da proporcionalidade, talvez de forma precedente ao âmbito administrativo. Quem pode deixar de perceber tal princípio presente na lei de Talião? O mandamento do olho por olho, dente por dente apresenta de forma cristalina uma proporção direta entre a pena aplicada e o delito cometido.

Ao curso do seu desenvolvimento, a proporcionalidade passou a se entranhar em todos os ramos jurídicos, tornando-se um dos principais métodos aplicados à interpretação constitucional, chegando a ser chamada por muitos de "princípio dos princípios".

A expansão da proporcionalidade alcança também o direito privado. O Código Civil de 2002, no art. 421, positivou que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da razão social do contrato". O artigo seguinte vem confirmar o dizer do anterior: "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Os dispositivos acima transcritos expõem que o legislador ordinário atual resolveu-se por limitar a liberdade de contratar, a qual não pode exceder limites que venham a prejudicar direitos alheios, sejam individuais ou de coletividade.

No que tange à jurisprudência, os tribunais internacionais[8] vem já há muito reconhecendo o cânone da proporcionalidade como modo de verificação da constitucionalidade de leis e de atos administrativos. No direito interno[9], embora a menção expressa do Supremo Tribunal Federal à proporcionalidade date de não muito tempo, é possível perceber em decisões antigas a referência a este princípio sobre outras denominações, principalmente como razoabilidade.

---

[8] Vários são os julgados do Tribunal Constitucional Alemão adotando o princípio da proporcionalidade para efetivar controle de constitucionalidade de normas. Neste diapasão pode-se citar a sentença LUTH, em que aquele Tribunal, em sentença de 1958, na qual se entendei que o direito geral à personalidade merecia proteção em detrimento do direito de manifestação de opinião. O Tribunal Constitucional português também merece referência.

[9] Suzana de Toledo Barros faz interessantes remissões às decisões do STF que tratam do princípio da proporcionalidade, transcrevendo votos e acórdãos e fazendo um retrospecto da jurisprudência do Pretório Excelso que passa a considerar o cânone da proporcionalidade. Ver "O princípio da proporcionalidade...", p. 104-130.

3.2. Subprincípios

A proporcionalidade tem eficaz aplicação na aferição da adequação de uma norma ou conduta à sua finalidade social.

O que se busca com a utilização deste cânone é efetivar um controle de constitucionalidade das normas e atos administrativos, bem como de ações de particulares, os quais poderão ser considerados inconstitucionais caso não sejam adequados, necessários ou proporcionais à finalidade que se deseja atingir.

Neste diapasão, a doutrina costuma dividir a aplicação do cânone em três etapas de verificação. Em um primeiro tempo, observar-se-á se o ato ou norma é adequado à finalidade, ou seja, se é idôneo a atingir o intento que se deseja[1012].

Em segundo tempo, verificado que a norma ou ato é idôneo a conseguir a finalidade almejada, far-se-á um exame para conferir se a medida é realmente necessária para atingir o fim. Assim, nesta segunda fase é quando se analisará se não há outra medida menos invasiva aos direitos individuais capaz de alcançar de forma tão eficaz o alvo visado.

A doutrina de Suzana de Toledo Barros ensina que "o principio da necessidade traz em si o requisito da adequação"[11 13], explicitando que, caso seja anteriormente verificado que a medida é inadequada, a aferição da necessidade perde seu objeto.

O texto da sábia doutrinadora está em conformidade com a afirmação do eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o qual afirma que "apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado"[12].

Quanto à adequação e exigibilidade, o professor Guerra Filho resume de maneira brilhante os subprincípios da adequação e da exigibilidade na assertiva que trasladamos agora:

> O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxilio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente

[10] Cf. Jose dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo. 13.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

[11] BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit., p.83.

[12] MENDES, Gilmar Ferreira. **A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania**: Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade de Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro, in: Seleções Jurídicas da COAD-08/93, pp. 11-25.

> eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental[13].

Após a verificação da adequação e da exigibilidade, é momento de considerar a proporcionalidade em sentido estrito. Esta é a fase da ponderação, é quando se avalia se a restrição imputada a um direito fundamental é justificada pela preservação ou efetivação de outro direito.

O que se faz aqui é um sopesamento de valores, uma ponderação entre o bem jurídico restringido ou colocado em segundo plano e o valor alcançado com a restrição.

Sobre a proporcionalidade em sentido restrito e o conceito de ponderação, Alexy apresenta assertiva clara que vale se mencionada. Vejamos: "No princípio da proporcionalidade em sentido restrito, que também pode ser designado como "princípio da proporcionalidade", trata-se, pelo contrário, da otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Este é o campo da ponderação"[14].

Acerca da ponderação, continua o mestre alemão:

> Uma relação forma o núcleo da ponderação, a qual pode ser designada como "lei da ponderação", e deixa formular-se como segue: Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro[15].

A proporcionalidade obriga todas as atividades estatais, devendo ser observada por todas as funções do Estado, seja pela judiciária, pela executiva ou pela legislativa.

Neste sentido, Pierre Muller, citado por Paulo Bonavides:

> É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptar em todas as suas atividades os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos dos seus atos. A proporção adequada torna-se assim condição de igualdade[16].

3. 3. Proibição de deficiência

[13] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1998, p.68.

[14] ALEXY, Robert. op. cit., p. 132.

[15] Idem. Ibidem. p. 133.

[16] Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, ed. 8. São Paulo: Editora Malheiross, 1999, p. 361.

O princípio da proporcionalidade, conforme já abordado, apresenta-se efetivamente quando da queda do *Ancien Régime* e da formação do Estado de Direito, momento histórico em que até mesmo o rei, o qual anteriormente se confundia com o próprio Estado, teve de se submeter à lei. Neste contexto histórico, a proporcionalidade se mostrava como meio de proibir intervenções excessivas nas liberdades individuais por parte do Estado, passando, por isso, a ser conhecida por proibição de excesso, modo pelo qual é chamado até hoje por muitos. Autores há que digam, inclusive, que o cânone da proporcionalidade se confunde com a proibição de excesso.

Ocorre que, em sentido contrário ao da proibição de excesso, nos deparamos com a proibição de deficiência, ainda tão pouco tratada e citada pelos doutrinadores.

Enquanto a proibição de excesso prediz que o Estado não pode fazer intervenções desproporcionais e desarrazoadas nos direitos individuais, a proibição de deficiência implica a obrigatoriedade de o Estado intervir de forma incisiva para garantir os direitos fundamentais, não podendo se abster de tomar medidas restritivas de direitos quando necessário.

Nesse sentido, Ingo Sarlet:

> A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados[17].

E continua o Professor Ingo Sarlet:

> A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo[18].

[17] SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.
[18] Idem. Ibidem. p. 132.

Assim, para a realização plena da proporcionalidade, não basta que o Estado deixe de interferir abusivamente nas liberdades individuais. Resta necessário que interfira em tais liberdades quando essencial para salvaguardar bens jurídicos relevantes ou proporcionar a efetivação de outros direitos fundamentais.

Ou seja, da mesma forma que o Estado não pode intervir excessivamente nos direitos fundamentais, também não pode deixar de restringir esses direitos quando imperativo para efetivar liberdades individuais ou, principalmente, coletivas constitucionais.

Aqui não se pode deixar de remeter à decisão do Tribunal Constitucional Alemão com relação à reforma penal de junho de 1974, na qual esta Corte considerou incompatível com a Lei Fundamental Alemã dispositivo que autorizava a interrupção da gravidez durante as doze primeiras semanas após a concepção[19].

Para concluir este tópico, façamos uma remissão à brilhante disciplina de Lênio Streck acerca deste aspecto:

> Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como conseqüência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador[20].

4. A constitucionalidade do interrogatório do preso por videoconferência

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em recente decisão[21] julgou inconstitucional a realização de interrogatório por meio de vídeo conferência por violar os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa e anulou o julgamento de condenado a 14 anos por crime de extorsão mediante seqüestro e roubo.

---

[19] Apud ALEXY, Robert. op. cit., p. 86.
[20] STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassveimrbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180
[21] STF, 2ª Turma, HC Nº 88914.

Tal decisão acirra ainda mais a discussão doutrinária sobre a constitucionalidade da realização da oitiva do réu por teleconferência.

Os contrários à utilização do método afirmam que os direitos individuais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal ficam abalados, prejudicando, assim, a defesa a que o acusado tem direito no processo penal.

Aqueles que são favoráveis à pratica sustentam que a segurança da sociedade ficaria ameaçada com o deslocamento de presos perigosos, bem como remetem ao grande dispêndio de recursos que se faz necessário para o transporte de presos que respondam a processos em lugares distantes àqueles em que estão presos.

A nossa defesa é no sentido da constitucionalidade do interrogatório por videoconferência por motivos que explicitaremos adiante.

A esta conclusão chegamos pela utilização do método da ponderação, levando em relevante consideração o princípio da proporcionalidade, principalmente, em sua faceta da proibição de deficiência.

Quando se trata da realização do interrogatório por teleconferência tem-se que lembrar que aí estão em conflitos bens jurídicos importantes e protegidos pela Carta Política pátria, quais sejam: os direitos do acusado ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório e o direito da sociedade à segurança.

Como vimos, direitos fundamentais tem natureza de princípios e, como tais, têm seus conflitos resolvidos pela ponderação, pela proporcionalidade.

Passemos a fazer análise da medida restritiva de direito (interrogatório por teleconferência) passo a passo, verificando adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito.

A medida é adequada ao fim que se almeja (garantir a segurança da sociedade e reduzir o dispêndio de recursos). Tal adequação é evidente, uma vez que o não deslocamento de um acusado perigoso preserva a segurança a sociedade, visto que aquele não sairá da unidade prisional, o que impossibilita tentativas de resgate e de fuga. Quanto aos recursos, não será deslocado pessoal, não será necessária a utilização de aeronaves e veículos, não se gastará combustível, etc.

Observando atendido o requisito da adequação, examinemos a medida quanto à necessidade. Para a aferição desta condição, mister se faz responder a uma pergunta: há outro meio menos restritivo e que alcance o fim objetivado de forma tão eficiente? A nossa resposta a esse questionamento é não. Somente a não-saída do acusado da unidade prisional em que se encontra é

medida tão eficaz para preservar o bem-estar social, uma vez que nenhuma outra alternativa é apontada como eficaz para a consecução de tal finalidade. Tem-se, então, a medida como exigível.

Agora, a fase mais complexa da aferição da proporcionalidade. A observação desta em sentido estrito.

Para constatar se a medida é proporcional em sentido estrito há que se fazer uma ponderação entre os bens jurídicos em conflito (os direitos individuais ou a segurança social).

É patente que os direitos constitucionais do acusado devem ser garantidos de maneira mais efetiva possível. Ocorre saber se tais garantias devem ser resguardadas a todo custo, colocando em cheque, inclusive, a segurança de toda uma coletividade, que pode ser prejudicada com uma possível – e muitas vezes provável – fuga ou tentativa de resgate, passando o preso a ser posto novamente em liberdade, ameaçando a ordem pública e impossibilitando a aplicação da lei penal.

Entendemos que os direitos mais precípuos da coletividade apresentam-se, neste caso concreto como na maioria dos outros, com peso superior as liberdades individuais, [22]que não podem ser utilizadas como salvaguardas de práticas ilícitas.

Importa relembrar aqui que o acusado se encontra submetido a uma relação especial de sujeição, não se achando apto a exercer de forma plena as suas garantias fundamentais.

Tal afirmação resta confirmada pela admissibilidade, pela 1ª Turma do Pretório Excelso, que admitiu a abertura da correspondência do encarcerado pela autoridade penitenciaria. Isto observando a situação peculiar do preso e por entender que "a inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas[22]"

Relações especiais de sujeição são aquelas em que se encontram determinadas pessoas em virtude de uma condição especial em relação a uma pessoa ou ao Estado. A sujeição à relação especial pode decorrer de decisão voluntária (o militar e o funcionário público, por exemplo) ou não.

Pessoas que se encontram subordinadas a tais relações têm algumas de suas liberdades individuais relativizadas, uma vez que o exercício pleno da mesma traria prejuízos em certos casos.

Um exemplo claro disto é a possibilidade da prisão cautelar do acusado de crime. Ora, se a liberdade, um dos bens mais importantes da pessoa humana, pode ser coloca do em segundo plano em certas situações, por que não pode o acusado ter seu interrogatório concretizado via

[22] STF, 1ª Turma, HC Nº. 70.814-5/SP.

videoconferência quando seu deslocamento para o juízo competente importar em grave perigo à segurança pública?

Queremos deixar claro que não admitimos tal expediente em todas as situações. Entendemos que, assim como todas as decisões judiciais, a determinação judicial da utilização da teleconferência deve ser motivada, sendo procedida somente em situações excepcionais. Desta forma, não se poderia instalar em todos os presídios salas de videoconferência para realizar a inquisição de todos os acusados indiscriminadamente. Deve-se recorrer a este recurso somente em situações que fiquem caracterizadas a necessidade do emprego deste método.

Não se pode olvidar também que o acusado se encontra nesta relação por conta de seus próprios atos, em virtude de ações nocivas à sociedade e não por uma decisão desarrazoada e sem motivo do Estado.

As restrições de direitos fundamentais são comuns quando necessário para preservar outros bens jurídicos que, no caso concreto, apresentem-se com peso maior. Assim acontece com a prisão preventiva – como já citado -, com a interceptação de conversas telefônicas, a abertura de cartas de presos em penitenciária, etc.

Corrobora para a nossa afirmação o voto do Ministro Paulo Medina, do STJ, enquanto relator do *Hábeas Corpus* Nº 41.241 - SC (2005/0011562-4), que passamos a reproduzir:

> (...) Isso porque os direitos e garantias constitucionais não podem ser interpretados como absolutos, de per si. Existem e interagem dentro de um sistema aberto de regras e princípios.
> A Constituição Federal não pode servir de salvaguarda para acobertar empreitadas criminosas. Não foi esse o intuito do Poder Constituinte Originário.
> As normas e princípios constitucionais devem ser analisados tendo em vista o princípio da proporcionalidade, ínsito à interpretação das normas jurídicas (...).

Em recente e inovadora decisão, o a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul aprovou a quebra do sigilo telefônico de executado em ação de execução de alimentos para descobrir o paradeiro do réu. A ação se encontrava para há mais de dois anos em vista das inúmeras malogradas tentativas de encontrar o requerido. A única forma para atingir a sua localização encontrada pelo Egrégio Tribunal foi através da interceptação do telefone do réu.

A decisão utilizou-se do princípio da proporcionalidade para autorizar a quebra do sigilo, considerando a proteção a crianças e adolescente com peso superior à intimidade do devedor. Vale ressaltar que os dispositivos da Constituição da República e da Lei Nº 9.296/96 somente autorizam a interceptação telefônica determinada judicialmente e para fins de instrução processual penal.

Sábia e sensata a decisão, que, para preservar o direito a alimentos dos autores, foi de encontro ao próprio texto constitucional.

Vale transcrever trecho do voto da eminente relatora do Agravo de Instrumento Nº 70018683508, Desembargadora Maria Berenice Dias:

> De acordo com o art. 5°, XII, regulamentado pela Lei n. 9.296/96, a interceptação telefônica somente pode ocorrer, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução penal.
> Contudo, o presente caso trata de situação excepcional.
> Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes, conforme tenho manifestado doutrinariamente:
>
> *O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A maior* ***vulnerabilidade*** *e* ***fragilidade*** *dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração do princípio da prioridade absoluta, de repercussão imediata sobre o comportamento da administração pública, na entrega, em condições de uso, às crianças e adolescentes, dos direitos fundamentais específicos que lhes são consagrados constitucionalmente.* (Manual de Direito das Famílias. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 57).
>
> A matéria aqui tratada confronta duas questões de ordem constitucional que merecem ser sopesadas: de um lado está o direito à intimidade do devedor de alimentos, e, de outro, o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes, a quem é destinada a verba alimentar.
> Ocorrendo choque entre dois princípios constitucionais, é certo que impossível a aplicabilidade de ambos, um deverá necessariamente ser afastado, a partir de uma análise e interpretação sistemática do ordenamento jurídico relativamente ao caso concreto, aplicando-se a este o princípio da proporcionalidade.
> A respeito ao princípio supracitados, merecem ser elencados os ensinamentos de Humberto Bergmann Ávila:
>
> *É exatamente do modo de solução da colisão de princípios que se induz o dever de proporcionalidade. Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas...*
>
> *Assim, o dever de proporcionalidade estrutura-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; necessária, se, todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; proporcional ou correspondente, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos".* (A *distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo, n. 215, p. 158/159, jan./mar. 1999).*
>
> Conforme bem posto pela Procuradora de Justiça, Drª Ida Sofia da Silveira (fl. 83): *no caso dos autos, por ocorrer a violação do alimentante com relação às suas filhas menores, o direito à sua intimidade não pode se sobrepor de forma absoluta ao direito das meninas de receberem a verba alimentar.*
> Assim, patente a sobreposição do direito à vida dos alimentados em frente à intimidade do executado. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia o caráter superior da verba alimentar, devendo sobrepor o direito do devedor à intimidade.
> Oportuno destacar que o deferimento de tal medida possui inclusive cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para inadimplirem a obrigação que lhes é imposta.
> Por tais fundamentos, o provimento do agravo se impõe.

5. Conclusão

Concluímos reafirmando que entendemos que o juiz pode (e deve) conduzir o interrogatório de acusado por meio de videoconferência em casos em que o deslocamento do preso até o juízo competente ponha em risco a segurança social e a ordem pública, uma vez que é medida restritiva proporcional à finalidade objetivada, qual seja: a segurança da sociedade. E entenda-se aí segurança com relação à tranqüilidade, ao patrimônio e à vida, visto que a possibilidade de fuga de preso durante seu transporte para audiência colocaria em risco todos esses citados bens jurídicos.

Impende ressaltar mais uma vez que tal procedimento deve ser medida de *ultima ratio*, devidamente justificada pela autoridade judicial e sujeita a controle jurisdicional.

Por fim, deixamos claro que entendemos os direitos fundamentais como vinculantes, devendo ser observados de modo a se atingir a maior eficácia possível. Ocorre que, no caso concreto descrito, o valor ordem pública se apresenta com peso superior ao direito à presença no interrogatório.

6. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpresión. Madrid: El Derecho y La Justicia, 2002.

BARROS, Fabrício Barbosa. **O Recurso Extraordinário e a Tutela dos Direitos Fundamentais**. Fortaleza, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Faculdade de Direito-Universidade Federal do Ceará.

BARROS, Suzana de Toledo. O **princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiross, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1998, p.68.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania**: Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade de Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro, in: Seleções Jurídicas da COAD-08/93.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Ano XXXII, nº 97, marco/2005.

SOUTO, Pedro de. **Direito à intimidade e a prova ilícita na apuração das hipóteses que configurem "Criminalidade Organizada" (Aplicação do Princípio da Proporcionalidade)**. Fortaleza, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito-Universidade Federal do Ceará.

A Cultura na Perspectiva Jurídica Brasileira

MARTA ANDRÉA MATOS MARINHO[1]*

RESUMO

O presente trabalho visa discutir que o Direito, dentro de suas atribuições protetivas e reguladoras do meio social, deve preocupar-se em delinear teoricamente as questões que compõem o universo dos direitos culturais, principalmente porque o pluralismo cultural, especialmente em um país de grandes proporções territoriais como é o nosso caso, demanda a construção de políticas culturais que integrem satisfatoriamente todas as microrregiões nacionais. A unidade acadêmica dos estudos realizados na área constitui importante fonte para a construção dessas políticas culturais, especialmente as de incentivo, as de proteção ao patrimônio e as de desenvolvimento econômico-cultural.

RÉSUMÉ

Le présent travail veut discuter que le Droit, en ces attributions de protection et de réglementation do moyen social, doit se préoccuper en ébaucher théoriquement les questions que fait le univers de les droits culturels, primordialment em un pays de grand proportions comme le notre, demande la construction de politiques culturels que intégrent satisfaisantment tout ses micro-régions. La unité académique de les études réalisent sont très importants pour la construction de ses politiques culturels, spécialment les de incitation, les de protection au patrimoine et les de développement économique-culturel.

O termo cultura pode ser tomado em diversos sentidos, variando consoante a sua aplicação em determinado ramo de estudo das ciências humanas.

Assim, podemos vislumbrar uma definição de cultura a partir de um enfoque antropológico, no qual cultura seria "o complexo que inclui conhecimento, crenças, arte, morais, leis, costumes e outras aptidões e hábitos adquiridos pelo homem como membro da sociedade"[2], tendo-se assim uma visão de cultura como sendo a totalidade de padrões aprendidos e desenvolvidos pelo homem. Para a Filosofia, cultura seria algo como o conjunto de manifestações humanas que contrastam com o comportamento natural. Já para as Ciências Sociais, cultura consiste nos valores de um dado grupo de pessoas, nas normas que seguem e nos bens materiais que criam: os valores são idéias abstratas,

[1]* Aluna da Graduação em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC).

[2] Edward Burnett Tylor, antropólogo britânico filiado à escola evolucionista e considerado o pai do conceito moderno de cultura, sob a luz da etinologia (ciência relativa especificamente ao estudo da cultura).

como costumes e tradições de um povo transmitidos de geração para geração que, a partir de uma vivência e tradição comum, se apresentam como a identidade desse povo, enquanto as normas são princípios definidos ou regras que se espera que o povo cumpra; as normas representam o permitido e o interdito da vida social.

No Direito, as manifestações culturais, em especial as tipicamente desenvolvidas na sociedade que determinado ordenamento jurídico regula, têm acentuada relevância como direitos sociais e, por que não dizer, diante da comprovação teórica do maior jurista cultural brasileiro Francisco Humberto Cunha Filho, direitos fundamentais.

No cotidiano do estudo jurídico, podemos observar que normalmente os doutrinadores conceituam de forma ampla o objeto de que tratam em suas obras, assim como também tecem considerações ainda mais largas sobre o conteúdo de tal objeto, pois é dado ao jurista exacerbar esclarecimentos acerca do tema de que ora cuida.

No entanto, quando se ocupam do tema cultura, a exceção de poucos que se interessam pela discussão da temática, como José Afonso da Silva, que possui compêndio sobre o assunto, nem os constitucionalistas mais prolixos de nossa doutrina se empenham em esboçar um estudo mais elevado relativamente aos dispositivos constitucionais elencados na Seção II: Da Cultura, do Capítulo III, Título VII da Carta Magna brasileira. Quanto menos, tratam do conceito de cultura na perspectiva do Direito, especificamente, do Direito brasileiro.

O já citado Professor Humberto Cunha Filho, douto nessa problemática, nos mostra em sua obra que em geral os doutrinadores, quando se referem aos direitos culturais, referem-se a estes quase sempre de forma específica. Assim, alguns destes são discutidos abundantemente no meio acadêmico, como os direitos autorais, enquanto outros são quase inexplorados, como é o caso dos incentivos fiscais à cultura. Relata ainda ter observado um traço comum a todos os direitos culturais: são todos tidos como *sui generis* no ramo jurídico a que se vinculam (ex: o tombamento é tido como *sui generis* nas intervenções na propriedade privada; da mesma forma o direito autoral, no campo do Direito Civil). De tais observações, conclui o brilhante jurista que:

Se vários direitos não se enquadram adequadamente nos ramos a que tradicionalmente são vinculados, e todos têm um elemento comum, a cultura, existe a forte possibilidade de serem perfeitas espécies do gênero, dentro de um novo ramo, constitucionalmente previsto, o dos direitos culturais.2

[32]CUNHA FILHO. Humberto Cunha. Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Dessa maneira, pode-se referir também à expressão **Direito Cultural**, sendo este, em uma breve definição, um conjunto de institutos jurídicos com a função de disciplinar a relação entre o homem e a cultura, por fim, com a função de disciplinar os direitos culturais.

Do exposto, deduz-se a pouca importância depositada pela doutrina jurídica brasileira em torno de matéria tão ampla em hipóteses de estudo e tão essencial ao desenvolvimento econômico e social de uma nação. Cultura é tema imprescindível na realidade atual de nosso país. Igualmente, não poderia deixar de ser assunto a demandar primordial relevo na esfera jurídica.

Analisando a questão cultural sob uma ótica sócio-econômica, por exemplo, tem-se que as atividades culturais, na sociedade contemporânea, ganham cada vez mais importância (estilos, qualidade de vida, meio ambiente, educação, turismo), o que reflete diretamente nas atividades econômicas em geral, impulsionando a economia de forma ampla, ao gerar empregos e renda, produção e demanda, promovendo arrecadação de impostos e incrementando o Produto Interno Bruto (PIB). Diversos estudiosos tratam da importância da cultura não apenas como um setor produtor de riqueza material, mas também pela singularidade de seu conteúdo simbólico, responsável pela formação das identidades dos indivíduos e dos povos.

Nota-se o crescente interesse pela temática, através do número significativo de países e organizações internacionais que vêm dedicando cada vez mais atenção à produção de conhecimento sobre as especificidades e potencialidades das atividades direta ou indiretamente relacionadas à cultura, dentro de um contexto de mundialização e de evolução crescente e rápida dos modos de produção, de distribuição, de consumo e de mudanças dos produtos culturais.

O investimento público e privado em cultura, notadamente para a formação de uma indústria da cultura, é um poderoso parceiro do Estado no desenvolvimento econômico e social. A Grã-Bretanha, por exemplo, desenvolveu uma ampla análise de estudo dos seus diferentes setores econômicos, na tentativa de encontrar um substituto para a sua indústria manufatureira, cada vez mais combalida pela concorrência internacional. Foi exatamente na cultura, através das chamadas indústrias criativas, que o Reino Unido lançou suas esperanças e investimentos. Desde então, novos estudos demonstram que o setor tem crescido a ritmo vertiginoso, garantindo o crescimento da economia nacional. De acordo com a imprensa oficial inglesa, entre 1997 e 2000, a taxa de crescimento das indústrias criativas foi de 7,9% do PIB, contra 2,8 de todo o restante da economia. Em 2000, o setor rendeu 8,7 bilhões de euros em exportações.

Tais dados chamam a atenção para um setor que em nosso país tem abundantes fontes de matérias-primas. Em sua dimensão continental, o Brasil acolhe a mais diversificada composição

físico-geográfica, paisagística, climática, folclórica e humana. Ao berço índio, português e negro, somam-se tantas outras etnias e nacionalidades, na convivência interativa de crenças, costumes e artes, a conformar um patrimônio simbólico expressivo e original.

Nossa diversidade cultural e a criatividade de nosso povo são, entre outros, traços distintivos da cultura brasileira, em todos os seus sentidos e manifestações, sendo estes reconhecidos e valorizados internacionalmente. O pouco ou quase nenhum estímulo dado até hoje a esse grande potencial criativo não obstou o país de conquistar, pelo esforço de seus talentos, posições de destaque no exterior, seja na música, na moda, na literatura, no futebol, na televisão, nas artes plásticas ou na promissora e já frutífera indústria nacional do cinema. Fonte de prestígio internacional, mas, sobretudo, portas abertas para negócios promissores, a cultura brasileira é uma marca forte na atualidade.

O Direito, por esses e outros tantos fatores, dentro de suas atribuições protetivas e reguladoras do meio social, deve preocupar-se em delinear teoricamente as questões que compõem o universo dos direitos culturais, principalmente porque o pluralismo cultural, especialmente em um país de grandes proporções territoriais como é o nosso caso, demanda a construção de políticas culturais que integrem satisfatoriamente todas as micro-regiões nacionais. A unidade acadêmica dos estudos realizados na área constitui importante fonte para a construção dessas políticas culturais, especialmente as de incentivo, as de proteção ao patrimônio e as de desenvolvimento econômico-cultural.

Apesar de todas essas transformações sociais, culturais e mercadológicas já estarem ocorrendo a largo espaço de tempo, a realidade normativa brasileira ainda nos incute uma concepção de cultura e de direitos culturais deveras limitada. O setor é, entre muitos outros, vislumbrado pela legislação constitucional e infraconstitucional. Talvez o primeiro passo na busca de seu desenvolvimento pleno resida justamente no interesse em fazer germinar um campo doutrinário específico para o estudo e a delimitação dos conceitos e conteúdos do Direito Cultural.

O campo de estudo é vastíssimo, dado que os instrumentos legais existentes em nosso Direito e referentes à cultura são numerosos na atualidade e, em virtude da dinamicidade do contexto sócio-cultural, estão sempre por demandar a atualização de seus textos e a propositura de novas disposições normativas. Certamente, diante da formação de um arcabouço jurídico diligente no sentido de responder questões como o que é a cultura para o Direito e o que seria o Direito Cultural, quais são os direitos culturais vislumbrados no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os princípios e as garantias deles resultantes, e o que seriam os instrumentos de efetivação dos

direitos culturais, as leis culturais alcançariam alto grau de efetividade. Mas, poucos são os autores que tratam de tais assuntos ou, ao menos, pequena é a publicidade de seus trabalhos nos meios acadêmicos brasileiros.

Portanto, de todo o exposto é conclusivo que o tema é dos mais férteis, dada a importância social, educacional, religiosa, econômica e especialmente humanística da cultura, já que esta se constitui em um dos grandes traços identificadores e, ao mesmo tempo, um dos grandes traços diferenciadores dos diversos tipos humanos e sociais.

E já que tudo aquilo ligado ao homem e a sua organização social interessa ao Direito, tem-se que a cultura, além de ter no Direito todos os seus meios de efetivação garantidos, seja para fins educacionais, seja para fins econômicos, por exemplo, deve ter garantida primordialmente a prerrogativa maior da dignidade da espécie humana como um todo e de cada um dos indivíduos para a realização do livre desenvolvimento e da diversidade cultural.

Referências Bibliográficas

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988**: Representação de Interesses e sua Aplicação ao Programa Nacional de Apoio a Cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988**: Representação de Interesses e sua Aplicação ao Programa Nacional de Apoio a Cultura. Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2004. Acervo da Biblioteca da Universidade de Fortaleza/UNIFOR.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Teoria e Prática da Gestão Cultural**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza Ed., 2002.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Análise da Concepção, Estrutura e Funcionamento da "Lei Jereissati"**. Fortaleza, 2002.

SAMPAIO CUNHA. Danilo Fontenele. **Patrimônio Cultural**: Proteção Legal e Constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

SILVA. José Afonso da. Ordenação **Constitucional da Cultura**: tentativa de interpretação das normas constitucionais sobre a Cultura. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMITAÇÃO EM VALORES FIXOS DE JUROS LEGAIS E CONVENCIONAIS APÓS A EC Nº 40/2003

MÁRCIO ANDERSON SILVEIRA CAPISTRANO[1]*

RESUMO

Este artigo objetiva demonstrar a existência de limites legais fixos para as taxas de juros no nosso ordenamento jurídico. A Emenda Constitucional nº 40/2003 retirou do Texto Maior o teto de 12% ao ano para as taxas de juros reais, mas subsiste a limitação precisa de 12% ao ano para juros legais e 24% ao ano para juros convencionais, obtida pela aplicação do atual Código Civil, do Código Tributário Nacional e da Lei de Usura. Assim, o Banco Central não pode regular livremente a matéria por meio de resoluções. Ainda, a redução de juros abusivos pelo Poder Judiciário com base apenas em princípios não é a melhor solução.

Palavras-Chave: Juros legais. Juros convencionais. Limites.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate that there are fixed legal limits for interest rates in Brazilian law. The 40th Constitucional Amendment withdrew the limit of 12% per year as for real interest rates in 2003, but there is still precise limitation of 12% per year as for interest in legislation and 24% per year as for interest in contracts, which can be concluded from the application of the current Civil Code, the Nacional Tributary Code and the Law of Usury. Therefore, Brazilian Central Bank cannot regulate this subject freely by publishing norms. Also, the reduction of usurial interest rates by the Judicial Power based on only principles is not the best solution.

Keywords: Interest in legislation. Interest in contracts. Limits.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 dispunha em seu art. 192, § 3º que as taxas de juros reais não poderiam ser superiores a 12% ao ano e que a cobrança acima desse limite seria conceituada como crime de usura, punido nos termos da lei. Essa previsão era aplicável, genericamente, a todas as formas de obrigações (GAGLIANO, 2005:329).

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 40 revogou todos os incisos e parágrafos do referido artigo, passando o *caput* a dispor que o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a

[1]* Aluno da Graduação em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC).

promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado por leis complementares.

A supressão do limite preciso de 12% ao ano para as taxas de juros fez surgirem as perguntas: Ainda há um limite? Esse limite seria baseado em princípios a serem sopesados em cada caso concreto ou há uma taxa expressa na legislação infraconstitucional?

2. Existência de limites legais fixos

Primeiramente, é necessário enfrentar o art. 406 do atual Código Civil, que estabelece: "Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional". A polêmica, que divide a doutrina e a jurisprudência, consiste em saber se a menção deve remeter à taxa Selic (Sistema Especial de Liquidação e Custeio) ou ao Código Tributário Nacional.

A Fazenda pratica a taxa Selic, prevista no art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Mas dita taxa embute outros elementos, como a correção monetária (VENOSA, 2005:163), por isso tem caído em desprestígio a tese que defende sua aplicação. A correção monetária, que apenas atualiza um valor no tempo[2], não se confunde com os juros, que constituem uma remuneração diante da utilização de capital alheio. Além disso, a referida taxa, de percentual constantemente mutável, atentaria contra a segurança jurídica. Por isso, sustenta-se a inconstitucionalidade da atuação da taxa Selic como taxa de juros (TARTUCE, 2006:206)[3].

O entendimento majoritário na jurisprudência está consubstanciado no Enunciado 20 da *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, para o qual a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 do Código Civil é a do art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês[4]. Ainda segundo o enunciado, a utilização da taxa Selic como índice de apuração de juros legais não é juridicamente segura, por impedir o prévio conhecimento dos

[2] O Superior Tribunal de Justiça, em valorosa lição, assentou a definição do instituto : "a correção monetária não se constitui em um *plus*, senão em uma mera atualização da moeda, aviltada pela inflação, impondo-se como um imperativo da ordem jurídica, econômica e ética. Jurídica, porque o credor tem o direito tanto de ser integralmente ressarcido dos prejuízos da inadimplência, como o de ter por satisfeito, em toda a sua inteireza, o seu crédito pago com atraso. Econômica, porque a correção nada mais significa senão um mero instrumento de preservação do valor do crédito. Ética, porque o crédito pago sem correção importa em um verdadeiro enriquecimento sem causa do devedor, e a ninguém é lícito tirar proveito de sua própria inadimplência (Revista do STJ 74/387)" (DIAS, Luiz Claudio Portinho. Correção monetária dos créditos trabalhistas em liquidação de sentença. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1262>. Acesso em: 31 ago. 2007).

[3] Cf. TARTUCE, 2006: 206. Ver também, nesse sentido: GAGLIANO, 2005:332.

[4] "Art. 161, § 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês".

juros, nem operacional, por ser inviável seu uso sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária.

Superada essa análise, passemos ao estudo de alguns outros dispositivos legais referentes à disciplina dos juros.

O Código Civil de 1916, em seu art. 1.062, dispunha que a taxa dos juros moratórios, quando não convencionada, seria de 6% ao ano. O artigo seguinte preceituava que o percentual seria o mesmo no caso de os referidos juros serem devidos por força de lei, ou se as partes os convencionassem sem taxa estipulada.

O Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura) proibiu, em seu art. 1º, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal[5]. Como a taxa em questão era de 6% ao ano, tinha-se um teto de 12% anuais. Seguindo esse posicionamento, veio o art. 192, § 3º da Constituição, revogado pela EC nº 40. A partir de 29 de maio de 2003, a Lei Maior passou a dispor que leis complementares regularão o sistema financeiro nacional.

Sobre a mudança, posicionam-se Pablo Stolze e Pamplona Filho: "Na prática, as coisas pouco mudarão, pois a atividade bancária continuará a ser regida por normas administrativas, até que se cuidem de implementar as referidas leis complementares" (2005:330). A nosso ver, com a devida vênia, essa postura adotada por alguns doutrinadores não é a melhor. Até que sejam editadas tais leis complementares, deverão ser aplicados o novo Código Civil, o Código Tributário Nacional e a Lei de Usura.

Não representa óbice o fato de os dois primeiros diplomas terem sido editados como lei ordinária e o último, como decreto. A nova ordem constitucional recepciona os instrumentos normativos anteriores, dando-lhes novo fundamento de validade e, muitas vezes, novo *status*. Assim, leis anteriores surgidas como ordinárias podem passar a complementares, decretos-leis podem passar a ter natureza de leis ordinárias e decretos podem obter a característica de leis ordinárias (TEMER, 1990:40).

Dessa forma, configura-se o panorama após a EC nº 40. Quanto aos juros legais, deve-se conciliar o art. 406 do Código Civil, o qual trata dessa espécie de juros, com o art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional. Tem-se, pois, o limite de 1% ao mês, ou 12% ao ano, para os juros moratórios legais[6]. Quanto aos juros convencionais, a Lei de Usura proíbe a estipulação de taxas de

[5] "Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal".

[6] Não há limite em valor preciso para os juros compensatórios legais. Mas esse tipo de juros representa exceção, sendo que parte da doutrina nem mesmo menciona sua existência. "Existem, por outro lado, juros compensatórios que derivam da lei. No entanto, os juros compensatórios geralmente decorrem da vontade das partes. A jurisprudência das

juros superiores ao dobro da taxa legal. Essa taxa não pode ser a que trazia o Código Civil de 1916, que foi expressamente revogado com a novel codificação. A taxa legal é justamente a que acabamos de encontrar. Para os juros convencionais, portanto, há o limite de 2% ao mês, ou 24% ao ano[7].

3. A Lei nº 4.595/64 e a Súmula 596 do STF

Cumpre discutir a polêmica Lei nº 4.595/64 (Lei da Reforma Bancária), com a previsão de competir ao Conselho Monetário Nacional limitar, sempre que necessário, as taxas de juros[8]. Logo surgiu uma corrente defendendo que tal dispositivo derrogou a Lei de Usura. Teria deixado de existir o limite nela previsto e estaria o Banco Central livre para regular os juros por meio de resoluções. Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 596, firmando entendimento de que "as disposições do Decreto 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional".

Mas, com a devida vênia, é inaceitável esse posicionamento. É bastante claro que *limitar* não é sinônimo de *delimitar*. A Lei da Reforma Bancária traz uma mera norma de competência[9], elegendo o Conselho Monetário Nacional para limitar as taxas de juros com obediência ao previsto na Lei de Usura. Nunca houve incompatibilidade entre as duas normas.

Além disso, o referido dispositivo da Lei nº 4.595/64 não foi recepcionado pela atual Constituição, o que decorre da interpretação sistêmica dos seus artigos 22 e 48 e do artigo 25, I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Estabelece o art. 22 que é de competência privativa da União legislar sobre "sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais"

---

desapropriações criou juros compensatórios devidos pelo poder expropriante desde quando este se imite na posse do imóvel". (VENOSA, 2005:160).

[7] "Ora, a atual redação do art. 192 da Constituição aponta para a necessidade de que as matérias relacionadas com o sistema financeiro sejam regulamentadas por leis complementares, o que até o momento não foi feito. Para os contratos bancários e financeiros, entendemos nós, deverá ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor, o novo Código Civil, bem como a Lei de Usura. Essas seriam as leis que complementam o Texto Maior, segundo a nossa opinião, mesmo sendo ordinárias". Partindo desse mote, Flávio Tartuce chega aos mesmos percentuais deste artigo. (2006:209).

[8] "Art. 4º. Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil (...)".

[9] "Assim, a regra do art. 4º, inc. IX, da Lei 4.595/64, apenas serve para delinear a atividade do CMN. Mas essa regra não se aplica aos contratos por que não é uma norma de conduta, apta a regrar as relações contratuais [...] Concluindo, é logicamente impossível aplicar-se a Lei nº 4.595/64, art. 4º, inc. IX, às relações contratuais, uma vez que são duas esferas distintas. A regra do referido dispositivo, eis que regra de competência, só se aplica ao CMN, no seu orbe administrativo, e a mais ninguém". (CASTILHOS, Everton Hertzog. Problema acerca dos juros remuneratórios . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1430, 1 jun. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9941>. Acesso em: 31 ago. 2007).

(inciso VI) e "política de crédito, câmbio, seguros e transferências de valores" (inciso VII). O art. 48 estabelece ser atribuição do Congresso Nacional dispor sobre matérias de competência da União, especialmente sobre "matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações" (inciso XII). Por fim, no artigo 25, I do ADCT, ficou determinada a revogação de todos os dispositivos que atribuíssem ou delegassem a órgão do Poder Executivo competência atribuída ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a ação normativa[10].

A Súmula 596 baseia-se em interpretação equivocada, fere o princípio da isonomia e está desatualizada. É expressivo o rol jurisprudencial que afasta sua aplicação, reconhecendo a eficácia da Lei de Usura também quanto a empresas financeiras[11].

4. Aplicação de princípios para juros convencionais

É comum encontrar na doutrina e na jurisprudência entendimento de que a controvérsia da limitação dos juros convencionais deve ser resolvida com a aplicação de princípios. Com a devida vênia, é preciso dizer que esta não é a melhor solução.

Conforme o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o juiz decidirá segundo os princípios gerais de direito apenas na omissão da lei. Assim, a redução de juros usurários abalizada apenas em princípios como a eticidade ou a função social dos contratos só seria possível se a lei já não trouxesse limites precisos.

Quando os princípios estão positivados, a questão é diferente. Destacam-se na jurisprudência dos tribunais, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, as normas principiológicas dos artigos 112 e 113 do Código Civil, as quais estabelecem que "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem" e que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". Assim, o Poder Judiciário faria a redução de juros abusivos caso a caso, segundo a média de mercado nas

---

[10] OLIVEIRA, Celso Marcelo de. A aplicação da lei de usura financeira aos contratos em discussão e a revogação da súmula 596 do Supremo Tribunal Federal . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2507>. Acesso em: 31 ago. 2007.

[11] Celso de Oliveira, op. cit., recolhe inúmeras ocorrências. Este é um exemplo emblemático: "Embargos à execução. Cédula rural pignoratícia. Aspectos históricos do combate à usura. Limitação da taxa de juros. O verbo 'limitar' contido no art. 4º da lei bancária significa ordenar obediência a um limite e este é o limite previsto na Lei de Usura: 1% ao mês. Equivocada a interpretação de que o verbo 'limitar' seria sinônimo de 'liberar'. A Súmula 596 do STF não pode ser aplicada por que esta fere o princípio da isonomia, além do mais, referida súmula estaria desatualizada. Precedente jurisprudencial. Negado provimento. (Embargos Infringentes Nº 195023114, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Ari Darci Wachholz, Julgado em 10/11/1995)". Confirmando a vigência da Lei de Usura, cf. MARTINS, Fran apud COELHO, 2005:435.

operações da espécie[12]. Também é natural que haja reserva quanto a esse posicionamento. Já se demonstrou que há no ordenamento pátrio limites fixos para as taxas de juros, conforme sejam legais ou convencionais. Esses limites fixos só podem ser afastados por alteração legislativa ou por controle de constitucionalidade.

Assim, pode-se defender que a existência de limites fixos não é conveniente à flexibilidade necessária ao capitalismo hodierno, devendo ser feita a análise de cada caso concreto. Mas seria igualmente possível sustentar que limites ostensivos coíbem a usura com maior força coercitiva e proporcionam maior segurança. No caso em tela, não compete ao Poder Judiciário deixar de aplicar leis vigentes com base em juízo de conveniência e oportunidade, sob pena de ferir o princípio da separação dos Poderes. Cabe apenas à discricionariedade do Poder Legislativo revogar ou não a limitação em valores fixos existente.

Também se pode argumentar que essa limitação rígida pode ser injusta em certos casos. É verdade, mas é preciso lembrar que a Constituição tem como unidade axiológica a dignidade da pessoa humana[13], protegendo a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. Dessa forma, não é exagero dizer que, no nosso sistema, toda lei injusta é inconstitucional. Se os limites de 12% e 24% ao ano causarem distorções em alguns casos, devem ser afastados por meio do controle de constitucionalidade difuso, concretizando-se os princípios do Texto Maior.

5. Considerações finais

Não se justifica o que tem sido feito: a aplicação de normas de resoluções administrativas do Banco Central dispondo livremente sobre os juros. Primeiro, porque esses instrumentos não têm a mesma força hierárquica ordenada pela Constituição e complementada pelo Código Civil, Código Tributário Nacional e Lei de Usura. Segundo, porque a Lei de Usura não foi revogada, continuando a haver o limite nela exigido. Terceiro, porque a elaboração de normas relativas aos juros é de competência privativa da União, não tendo havido recepção por parte da Constituição de 1988 da norma que delegava ao CMN a limitação das taxas de juros.

Para reduzir juros abusivos no caso concreto, não é o mais adequado aplicar apenas princípios gerais de direito ou normas principiológicas do Código Civil, já que há no nosso ordenamento limitação cogente de 12% ao ano para juros legais e 24% ao ano para juros

[12] SILVA, Luiz Cláudio Barreto. Juros após a Emenda Constitucional nº 40/2003: é cabível a sua limitação segundo a média de mercado para operações da espécie?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1393, 25 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9801>. Acesso em: 31 ago. 2007.
[13] Cf. MAGALHÃES FILHO, 2004.

convencionais, aplicável tanto a particulares quanto a pessoas jurídicas, incluídas as empresas financeiras.

6. Referências

CASTILHOS, Everton Hertzog. Problema acerca dos juros remuneratórios . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1430, 1 jun. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9941>. Acesso em: 31 ago. 2007.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

DIAS, Luiz Claudio Portinho. Correção monetária dos créditos trabalhistas em liquidação de sentença . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1262>. Acesso em: 31 ago. 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** (contém análise comparativa dos Códigos de 1916 e 2002). 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. A aplicação da lei de usura financeira aos contratos em discussão e a revogação da súmula 596 do Supremo Tribunal Federal . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2507>. Acesso em: 31 ago. 2007.

SILVA, Luiz Cláudio Barreto. Juros após a Emenda Constitucional nº 40/2003: é cabível a sua limitação segundo a média de mercado para operações da espécie?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1393, 25 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9801>. Acesso em: 31 ago. 2007.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. Série Concursos Públicos. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, v. 2.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: RT, 1990.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5. ed. v. 2. ão Paulo: Atlas, 2005.

O Assédio Moral na Relação de Trabalho

CAROLINE CÂMARA DUARTE*

RESUMO

O assédio moral na relação de trabalho, vislumbrado como um mal em ascensão no mundo moderno, carece de um enfoque mais contundente, no sentido de ser mais conhecido pela sociedade como um todo e, conseqüentemente, ser combatido de forma mais enérgica. Concebido como uma conduta abusiva, tanto por parte do superior hierárquico, como de outro trabalhador, o assédio moral caracteriza-se pela humilhação, inferiorização e constrangimento sofrido pela vítima no ambiente de trabalho. Muitas são as formas através das quais esse tipo de coação moral se manifesta, tendo, no entanto, como ponto em comum a agressão psicológica à qual é submetido o trabalhador. Apesar de ainda não integrar o ordenamento jurídico federal, estando apenas contido em esparsas leis estaduais e municipais, o assédio moral tem ensejado a Justiça do Trabalho a se posicionar diante de casos em que é alegado tal tipo de violência psicológica. Nesse contexto, o presente trabalho propõe-se a elucidar pontos essenciais caracterizadores do assédio moral, bem como mostrar o impacto gerado no mundo jurídico brasileiro diante da percepção dessa conduta como um fenômeno desestabilizador da relação de trabalho e gerador de repercussões na saúde do trabalhador.

Palavras-chaves: Assédio moral na relação de trabalho; visão histórica e internacional; ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT

The moral siege in the relation of work, glimpsed as one badly in ascension in the modern world, lacks of a more forceful approach, in the direction of more being known by the society as a whole and, consequently, to be fought of more energetic form. Conceived as an abusive behavior, as much by the part of the hierarchic superior, as by another worker, the moral siege is characterized by the humiliation, inferiorization and constaint suffered by the victim in the work environment. Many are the forms through which this type of moral coercion manifests, having, however, as point in common the psychological aggression which is submitted the worker. Although not yet integrate the federal legal system, being only contained in esparsas state and municipal laws, the moral siege has tried the Justice of the Work to decide cases which this type of psychological violence is alleged. In this context, the present work should elucidate the essential points that characterize the moral siege, as well as show the impact generated in the Brazilian legal world ahead of perception of this behavior as a desestabilizador phenomenon of the work relation and generator of repercussions in the health of the worker.

Keywords: Moral siege in the work relation; historical and international vision; Brazilian legal system.

1. Definição e caracterização do assédio moral

O assédio moral na relação de trabalho é identificado como toda conduta reiterada capaz de causar ofensa à personalidade, à dignidade humana ou mesmo à integridade física ou mental de uma pessoa, manifestada por comportamentos, palavras, gestos ou escritos originados do superior hierárquico ou de colegas de trabalho motivados pela competição ou pela discriminação pura e simples.

Recente julgado de um tribunal trabalhista elucida, em sua ementa[1], o conceito desse instituto jurídico:

> O assédio moral é caracterizado pela tortura psicológica imposta à vítima, de forma prolongada e premeditada, com o fim de provocar a marginalização, ocasionando abalo moral ou psíquico. O agente deve ser colega de trabalho, não necessariamente superior hierárquico. Pode se manifestar de diversas maneiras, sendo exemplos a determinação de realizar tarefas muito complexas ou inexpressivas, as críticas em público, insinuações pejorativas da pessoa do assediado e toda sorte de zombarias e ironias.

O assédio moral trata-se de uma agressão que se protrai no tempo, identificada pela sua repetição, o que conduz a um desgaste intenso da vítima. Não é classificado como tal, portanto, uma situação isolada, sendo essencial para sua caracterização a "perseguição" sistemática, tal como dispõe decisão recente de uma corte trabalhista[2]:

> [...] não se verifica a hipótese acima conceituada se a conduta tida como atentatória à dignidade do trabalhador, não se repete ou reitera no tempo. Um único e isolado episódio desagradável no interior da empresa, por isso, não obstante o inconveniente ou desconforto que este possa acarretar, não é suficiente para caracterizá-lo.

Conforme os ensinamentos do professor e cientista Heinz Leymann[3], para a caracterização do assédio moral é necessário que as condutas visando a humilhação da vítima se repitam pelo menos uma vez por semana durante pelo menos seis meses.

No entanto, segundo as sábias palavras de Mauro Vasni Paroski:

---

[1] BRASIL. TRT 24ª Região .RO- 408-2005-041-24-09. **Diário Oficial de Mato Grosso do Sul**. Mato Grosso do Sul, nº 6839, 31 out.2006.
[2] BRASIL. Segunda Turma do TRT 3ª Região .RO- 01645-2005-012-03-00-6-. DJMG. Minas Gerias, p.7, 20 out. 2006.
[3] LEYMANN, Heinz. **The mobbing encyclopaedia**. Disponível em: <http://www.leymann.se/English/frame.html>. Acesso em: 01 abr.2007.

> Não há, todavia, como aceitar, sempre, os requisitos mencionados por referido professor para a caracterização do assédio moral [...]. Com efeito, a depender da gravidade e intensidade da conduta que expõe a vítima à humilhação, não se pode sustentar a necessidade de reiteração mínima durante seis meses, com freqüência de pelo menos uma vez por semana[4].

Há elementos em torno dos quais a doutrina e a jurisprudência estão em consonância como caracterizadores do assédio moral**,** podendo ser citada a intensidade da violência psicológica. É necessário que ela seja grave na concepção objetiva de uma pessoa normal, sendo o elemento alusivo ao dano psíquico como indispensável ao conceito de assédio moral na construção da ilicitude da conduta.

O superior hierárquico, em seu sentido amplo, tem se mostrado como o agente mais freqüente do assédio moral. A esse fenômeno de violência moral imposto por chefes a subordinados, o professor Heinz Leymann atribuiu a denominação de *bossing* ou *mobbing* descendente. Esse estudioso o define como "*um conflito cuja ação visa à manipulação da pessoa no sentido não amigável*[5]". Segundo Leymann, essa ação pode ser verificada através de três grupos de comportamentos: 1) um grupo de ações se desenvolve quanto à comunicação com a pessoa atacada, tendendo à interrupção da comunicação; 2) outro grupo de comportamentos se assenta sobre tentativas de denegrir a reputação da pessoa atacada; 3) as ações do terceiro grupo tendem a manipular a dignidade profissional da pessoa agredida.

O assédio moral pode também ser percebido entre os próprios colegas de trabalho. Essa situação é denominada assédio horizontal e pode ser motivada por uma inveja do trabalho efetuado pela vítima, geralmente possível candidata à promoção, tornando-se alvo de competição, ou mesmo por discriminação por aspectos raciais, políticos, religiosos ou ideológicos. Na maioria das vezes, a conduta assediosa manifesta-se por comentários ofensivos ou desabonadores de sua honra, boatos sobre sua vida pessoal, acusações com o cunho de denegrir sua imagem perante o ambiente de trabalho e tentativas de prejudicar o bom andamento do serviço da vítima.

Tem-se incorporado ao conceito de assédio moral a culpa *in vigilandum* do empregador, cuja omissão em coibir condutas de assédio moral por parte de seus empregados pode fazê-lo responder pela indenização à vítima.

---

[4] PAROSKI, Mauro Vasni. Assédio Moral no Trabalho. **Suplemento Trabalhista**. São Paulo: LTr, ano 42, 122/06, p.512. 2006.

[5] LEYMANN, Heinz. The content and development of mobbing at work. **European Journal of Work and Organisational Psychology**, p. 165.1996.

A necessidade da comprovação da existência do dano psíquico, emocional ou psicológico ao assediado tem sido objeto de discussão na doutrina. Esse é um tema que ainda gera discórdia entre os doutrinadores. Há quem argumente que, caso a comprovação do dano seja considerada essencial para a configuração do assédio moral, restarão desprotegidas as vítimas que apresentarem uma estrutura psicológica mais preparada, o que impossibilitará a coibição de tais situações pelas autoridades.

Consoante defende Alice Monteiro de Barros, "[...] a se admitir como elemento do assédio moral o dano psíquico, o terror psicológico se converteria em um ilícito sujeito à mente e à subjetividade do ofendido[6]". Ao defender que o conceito de assédio moral deverá ser definido pelo comportamento do assediador e não pelo resultado danoso, posiciona-se a estudiosa pela dispensabilidade do dano psíquico.

Destarte, em que se pese a argumentação supra, a maioria dos estudos jurídicos e decisões da Justiça do Trabalho apontam no sentido da necessidade de comprovação do efetivo dano a fim de se caracterizar assédio moral, em consonância com o que dispõe o seguinte trecho de um julgado de segunda instância trabalhista[7]: "Para a configuração da culpa ensejadora da reparação do dano, é necessária a presença de três requisitos: o ato apontado como lesivo, o efetivo dano, além do nexo causal entre o ato e o evento danoso" (grifo nosso).

2. Visão histórica e internacional do assédio moral

O assédio moral na relação de trabalho existe desde tempos remotos. A desconsideração do trabalho humano e o autoritarismo, presentes na Antiguidade e manifestados pelo escravismo, refletem bem os primórdios desse fenômeno contra a dignidade humana. O trabalho realizado por escravos, geralmente prisioneiros de guerra, é considerado um subproduto do imperialismo das civilizações e da crescente expansão econômica.

A desvalorização de direitos inerentes ao ser humano, como a liberdade, integridade física e psíquica, decorrente da relação existente entre o detentor de poder e o subordinado, remonta a tempos antigos. Portanto, podemos afirmar que o assédio moral não surgiu, em sua essência, na era

[6] BARROS, Alice Monteiro. Assédio Moral no Trabalho. **Síntese trabalhista**. Porto Alegre, v.16, nº.184, p. 141, out. 2004.
[7] BRASIL. Terceira Turma do TRT 3ª Região .RO- 01269-2005-087-03-00-2-. DJMG. Minas Gerais, p.10, 02 nov. 2006.

da "globalização", visto que a tradição de maus tratos e humilhações resultante da relação de trabalho existe desde a Antiguidade.

Com o processo de intensificação das relações interpessoais, resultado da "globalização", surgiu um novo modelo de comportamento no ambiente de trabalho, gerando conflitos com uma nova "roupagem". O individualismo, a vaidade e a ambição tornaram-se mais aflorados e perceptíveis, contribuindo, juntamente com a competitividade exacerbada e a diminuição dos postos de trabalho do mundo moderno, um ambiente propício para o franco desenvolvimento do assédio moral.

Apropriadas e elucidativas são as palavras de Mauro Vasni Paroski[8]:

> O paradigma criado pela globalização é o do homem produtivo, que consegue não apenas alcançar, mas ultrapassar as metas fixadas, nem que para isso tenha que lutar contra sua própria condição humana, desprezando seu semelhante, tornando-se um sujeito insensível e sem condicionantes éticas. Valorizam cada vez mais o individualismo, colocando-se o trabalho em equipe em segundo plano[9].

A comunidade internacional tem voltado sua atenção para esse fenômeno. Estudos realizados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) indicam que cerca de 12 milhões de trabalhadores da União Européia convive com o tratamento tirânico de seus chefes, o que equivale a 8% do total da população em atividade[10].

Um informe da OIT[11], datado de 2000, estudou a saúde mental no trabalho em países como Alemanha, Estados Unidos, Finlândia, Polônia e Reino Unido. A pesquisa alerta para o crescimento acelerado na incidência de problemas psíquicos decorrentes do trabalho como a depressão, ansiedade e o estresse, gerando redução na capacidade profissional e até mesmo invalidade mental, seguida de aposentadoria. Esse quadro gera graves conseqüências, desde diminuição da produtividade a aumento dos custos na assistência médica e na seguridade social.

Recente pesquisa da OIT e da Organização Mundial da Saúde (OMS), reportada por Di Martino[12], aponta para a triste perspectiva nos próximos vinte anos, no que se refere ao impacto das

---

[8] PAROSKI, Mauro Vasni. Op. cit., nota 4, p. 510.

[9] PAROSKI, Mauro Vasni. Op. cit., nota 4, p. 510.

[10] SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. O assédio moral no Direito do Trabalho. In: **Revista do TRT da 9ª Região**. Curitiba, n. 47, p. 177-226, jan/jun 2002.

[11] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Un informe de la OIT estudia la salud mental en el trabajo en Alemania, Estados Unidos, Finlandia, Polonia y Peino Unido.Comunicado de Imprensa, Martes 10 out. 2000. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pr/2000/37.htm>. Acesso: em 03 abr. 2007.

[12] DI MARTINO V, Gold D. et all. **Managing Emerging health:** related problems at work. Geneva, Internacional Labour Office, 2002.

políticas de gestão do neoliberalismo na saúde psíquica dos trabalhadores. Segundo tal estudo, a perseguição moral no ambiente de trabalho será um dos principais responsáveis por doenças laborais, como depressão, estresse e angústia. Consoante dados dessa pesquisa, no Brasil, 39,5% das pessoas responderam que haviam tido experiências de abuso verbal no último ano.

A França é considerada o país pioneiro em inserir em seu ordenamento jurídico uma lei no sentido de coibir a prática de assédio moral. A Lei 2002-73 de Modernização Social altera vários dispositivos do Código do Trabalho francês, bem como do Código Penal. A citada lei veda o assédio moral no ambiente de trabalho, prevendo também a possibilidade de sanção disciplinar ao empregado infrator, cabendo ao empregador tomar as medidas preventivas necessárias (art. L. 122-53). No que tange à área penal, com a normatização supra, a conduta de assédio moral passa a ser crime, passível de um ano de reclusão e multa (art. 222-33-2).

A Suécia começa a atentar para o problema do assédio moral, através de medidas como a edição de normas preventivas veiculadas na Ordenação do Conselho Nacional Sueco de Saúde e Segurança Ocupacionais.

A jurisprudência na Itália, apesar da ausência de legislação específica nesse país, tem reconhecido vários casos de dano com responsabilidade do empregador em situações de notório assédio moral, como em situações de transferência de lotação não justificada do trabalhador e de ameaça freqüente e injustificada de demissão. Nesse país, é notório como o tema em questão vem sendo objeto de debates e discussões, podendo-se citar os estudos de Harald Ege*,* pesquisador fundador da PRIMA[13] (associação italiana contra o *mobbing* e *stress* psicológico).

3. O assédio moral no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, ainda é incipiente a discussão sobre assédio moral na relação de trabalho. O tema tornou-se evidente após pesquisa realizada pela médica do trabalho Margarida Barreto (2000), em sua dissertação de Mestrado em Psicologia Social na PUC-SP. Sob o título "*Uma jornada de humilhações"*, a pesquisadora revela dados que refletem o quadro preocupante: num universo de 2027 trabalhadores, na cidade de São Paulo, entre os anos de 1996 e 2000, 870 (41,99%) apresentam sérias histórias de humilhação no ambiente de trabalho ou assédio moral, em razão de terem sofrido acidente de trabalho ou simplesmente adoecido.

[13] PRIMA. **Associazione Italiana contro Mobbing e Stress Psicosociale**. Itália.. Disponível em: <http://www.mobbing-prima.it/princ_en.htm>. Acesso em: 21 abr. 2007.

No que tange à legislação, a primeira lei municipal a tratar do assunto adveio da cidade de Iracemápolis/SP: Lei 1.163/2000, que dispõe sobre a aplicação de penalidades à prática de assédio moral nas dependências da Administração Pública Municipal Direta por servidores públicos municipais.

Outros municípios também já legislaram sobre o tema, dentre eles Americana-SP, Campinas-SP, Cascavel-PR, Natal-RN, Guarulhos-SP, Porto Alegre-RS e São Paulo-SP. Todavia, ressalte-se que se trata de normas, cuja aplicabilidade se restringe, em geral, aos órgãos, repartições ou entidades da Administração Direta e Indireta dos três Poderes. Os destinatários de tais normas jurídicas seriam, por conseguinte, os servidores públicos municipais.

No âmbito estadual, apenas uma lei foi aprovada regulando o assunto em questão, qual seja a Lei 3.921, de 23 de agosto de 2002, do Estado do Rio de Janeiro. Tal norma estende a vedação do assédio moral também às concessionárias e permissionárias de serviços estaduais de utilidade ou interesse público.

Alguns projetos de lei que tratam do assédio moral na relação de trabalho estão em tramitação no Congresso Nacional. Podemos citar dentre eles o PL 4.742, de 2001, cujo autor foi o Deputado Marcos de Jesus (PL/PE). Essa proposição de lei encontra-se pronta para entrar em pauta e tem como proposta acrescentar o crime de assédio moral ao Código Penal Brasileiro. A versão final desse projeto de lei apresenta em seu texto[14]:

> Art. 136-A. Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou tratá-lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica.
>
> Pena – detenção de um a dois anos.

Tem-se como outro exemplo o PL 2.369, de 2003, que proíbe a prática de assédio moral nas relações de trabalho e prevê a indenização pelo empregador, com direito de regresso ao autor da conduta. A culpa *in vigilandum* prevista no projeto evidencia a responsabilidade de o empregador tomar, dentro do ambiente de trabalho, as providências necessárias à prevenção do assédio moral, desde medidas educativas ao estabelecimento de sanções disciplinadoras ao empregado, que pode chegar até mesmo à rescisão do contrato por falta grave.

[14] CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 4.742/01**. Relator: Marcos de Jesus. Brasília. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 10 abr. 2007.

Quanto à legislação trabalhista, foi realizado projeto de lei (PL 2.593/2003), da autoria da Deputada Maria do Rosário (PT/RS), visando acrescentar o assédio moral como motivo de rescisão indireta do contrato de trabalho. O texto da proposição dispõe[15]:

> Art. 1º - O artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto – Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido das alíneas "h, i e j", com as seguintes redações:
> Art. 483 [...}
> h) praticar o empregador ou permitir aos seus prepostos, o assédio moral contra ele, através de gesto ou palavra, que venha a atingir a auto-estima e a segurança da pessoa, fazendo-a duvidar de sua competência e capacidade laboral, prejudicando sua saúde, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do empregado;
> i) na caracterização do assédio moral do trabalhador, poderá o empregado pleitear rescisão de seu contrato e pagamento das respectivas verbas indenizatórias;
> j) para os casos em que se caracterize o assédio moral por razão de gênero, raça ou etnia, bem como por idade, poderá o empregado ou empregada pleitear recebimento em dobro das parcelas rescisórias a que fizer jus.

O ideal é a introdução de normas, que coíbam o assédio moral, na legislação trabalhista, à semelhança do ordenamento jurídico francês, cuja lei 2002-73 de Modernização Social, promulgada em 17 de janeiro de 2002, insere várias disposições sobre o assédio moral no Código do Trabalho francês.

Em decorrência de o assunto ainda ser tratado de forma incompleta a nível federal, seria salutar a implementação de dispositivos na CLT, no sentido de prescrever medidas de prevenção e de combate ao assédio moral, com a nulidade da demissão, transferência ou punição disciplinar nele fundada, facultando à vítima a rescisão indireta, sem prejuízo da indenização pelos danos sofridos.

Enquanto não é editada lei nacional sobre o tema, uma alternativa capaz de estatuir o conceito de assédio moral, prevendo as sanções e as infrações possíveis, seria através de convenções coletivas de trabalho, a exemplo da 51ª cláusula da Convenção Coletiva, celebrada em 2002, pelo Sindicato dos Trabalhadores do Ramo Químico Petroleiro do Estado da Bahia com o Sindicato das Indústrias de Material Plástico do Estado da Bahia.

No que se refere à jurisprudência, os primeiros passos já têm sido dados no sentido de coibir o assédio moral na relação de trabalho. Decisões de Tribunais Regionais do Trabalho, como os dos Estados da Bahia, Minas Gerais e Espírito Santo, têm aplicado multa ao empregador que pratique assédio moral. Um caso recente decorreu de acórdão do TRT da 21ª Região, que, em sede de ação

[15] CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 2.593/2003**. Relator: Maria do Rosário. Brasília. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 10 abr. 2007.

coletiva impetrada pela Procuradoria Regional do Trabalho, impôs uma multa à Companhia Brasileira de Bebidas (AmBev), no valor de um milhão de reais, em decorrência da prática pela empresa de assédio moral contra os vendedores.

Pode-se citar como um exemplo vitorioso no combate ao assédio moral a inserção, em agosto de 2003, do Código de Ética[16] na PETROBRÁS. Um de seus artigos dispõe que seus empregados "não se submetem a situações de assédio moral (entendido como o ato de desqualificar repetidamente, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a auto-estima, a segurança ou a imagem do empregado em função do vínculo hierárquico) e denunciam o assediador".

4. Conclusão

O assédio moral, caracterizado como uma agressão psicológica, tem se manifestado com freqüência no ambiente de trabalho. O atual modo de produção capitalista, a globalização e todas suas conseqüentes valoradas pelo individualismo potencializam a ocorrência desse mal. Tal quadro de desrespeito à dignidade humana e integridade física e psíquica reflete-se no aumento de casos de depressão e estresse decorrentes de relações de trabalhos infrutíferas.

Vários estudos e pesquisas, especialmente de órgãos oficiais internacionais, têm sido realizados. Os resultados conduzem os especialistas a concluir pela preocupante situação atual na relação de trabalho.

Por conseguinte, começam a surgir legislações que tratam do tema, com o intuito de coibir a prática do assédio moral. No Brasil, apenas alguns Municípios e o Estado do Rio de Janeiro apresentam leis referentes ao assunto, apesar de já existirem projetos de lei com o fito de introduzir no ordenamento jurídico normas que vedam ou mesmo criminalizam a conduta do assédio moral.

A jurisprudência já tem se posicionado a respeito do tema, gerando decisões que aplicam sanções pecuniárias aos empregadores que praticaram conduta de assédio moral, bem como a rescisão indireta do contrato de trabalho. Não obstante a escassa legislação que contemple explicitamente a questão, os magistrados não têm se esquivado em solucionar o problema, buscando fundamentação na Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos V e X, assim como na Consolidação das Leis do Trabalho no dispositivo que trata da rescisão indireta.

---

[16] PETROBRÁS. **Código de Ética da Petrobrás**. 2003. Disponível em: <http://www.br.com.br/portalbr/calandra.nsf#http://www.br.com.br/portalbr/calandra.nsf/0/834948ADFC2764FF03256CDA006FA756?OpenDocument>. Acesso em: 22 abr. 2007.

A subordinação jurídica existente entre o trabalhador e o superior hierárquico não deve ser interpretada como um consentimento para impor-lhe constrangimentos e humilhações. Faz-se necessário um comportamento ético por parte das pessoas no ambiente de trabalho, bem como a consciência de que as suas ações têm como limite as normas sociais de respeito.

Nesse sentido, oportunas são as palavras do líder Nelson Mandela, que na introdução ao Informe Mundial de Violência e Saúde, em 2002, da Organização Mundial da Saúde, afirma[17]:

> Muitos que vivem com a violência dia-a-dia assumem que é uma parte intrínseca da condição humana. Porém isto não é assim. A violência pode ser prevenida. As culturas violentas podem ser modificadas. Em meu próprio país e pelo o mundo, temos visto exemplos ilustrativos de como a violência há sido modificada. Os governos, as comunidades e os indivíduos podem fazer a diferença.

5. Referências

BARROS, Alice Monteiro. Assédio Moral no Trabalho. **Síntese trabalhista**. Porto Alegre, v.16, nº.184, p. 141, out. 2004.

BENHAME, Maria Lúcia. Assédio moral nas empresas. **Revista de Direito Trabalhista**. N. 9, set. 2006.

BRASIL. Segunda Turma do TRT 3ª Região. RO- 01645-2005-012-03-00-6-. DJMG. Minas Gerias, p.7, 20 out. 2006.

BRASIL. TRT 24ª Região .RO- 408-2005-041-24-09. **Diário Oficial de Mato Grosso do Sul**. Mato Grosso do Sul, nº 6839, 31 out.2006.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 2.593/2003**. Relator: Maria do Rosário. Brasília. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 10 abr. 2007.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do trabalho e assédio moral. **Revista do Direito Trabalhista- RDT**. Brasília, 10-06, p. 3-5, 30 jun. 2004.

DI MARTINO V, Gold D. et all. **Managing Emerging health:** related problems at work. Geneva, Internacional Labour Office, 2002.

FONTES, André Luiz Guedes Fontes. Assédio Moral no Contrato de Emprego. **Revista IOB trabalhista e previdenciária**, nº 208, out., p.12-21, 2006.

FREITAS, Maria Ester de. Assédio moral assédio sexual: faces do poder perverso nas organizações. **RAE- Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, v. 41, n.2, p. 8-19, abr.- jun. 2001. Disponível em: <http://www.rae.com.br/artigos/1033.pdf>. Acesso em 24 abr. 2007.

[17] OMS. *Introdução ao Informe Mundial de Violência e Saúde.* Geneva, 2002. Disponível em: <http://www.nesc.ufrj.br/assediomoral/documentos/oms%20acoso%202004.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2007.

HEMETÉRIO, Rilma Aparecida. Assédio Moral no Trabalho. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, nº208, out., p.7-11, 2006.

LEYMANN, Heinz. **The mobbing encyclopaedia**. Disponível em: <http://www.leymann.se/English/frame.html>. Acesso em: 01 abr.2007.

OLIVEIRA, Euler Sinoir de. Assédio Moral: sujeitos, danos à saúde e legislação. **Gênesis: Revista de Direito do Trabalho**. Curitiba, v. 23, nº. 134, p. 221-234, fev. 2004.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Un informe de la OIT estudia la salud mental en el trabajo en Alemania, Estados Unidos, Finlandia, Polonia y Peino Unido.Comunicado de Imprensa, Martes 10 out. 2000. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pr/2000/37.htm>. Acesso: em 03 abr. 2007.

PETROBRÁS. **Código de Ética da Petrobrás**. 2003. Disponível em: <http://www.br.com.br/portalbr/calandra.nsf#http://www.br.com.br/portalbr/calandra.nsf/0/834948ADFC2764FF03256CDA006FA756?OpenDocument>. Acesso em: 22 abr. 2007.

PAROSKI, Mauro Vasni. Assédio Moral no Trabalho. **Suplemento Trabalhista**. São Paulo: LTr, ano 42, 122/06, p.512. 2006.

PRIMA. **Associazione Italiana contro Mobbing e Stress Psicosociale**. Itália.. Disponível em: <http://www.mobbing-prima.it/princ_en.htm>. Acesso em: 21 abr. 2007.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. O assédio moral no Direito do Trabalho. **Revista do TRT da 9ª Região**. Curitiba, n. 47, p. 177-226, jan/jun 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Assédio moral e atuação do ministério público do trabalho. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 167, p. 27-38. jul./set. 2005.

STEPHAN, Cláudia Coutinho. Assédio moral nas relações de trabalho. **Revista do Direito do Trabalho**. Brasília, v.10, n. 4, p. 20-21, abr. 2004.

Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito da UFC (*on-line*), a. 1, n.3, agosto-outubro 2007.

O FULCRO LEGAL DA LIMINAR EM SEDE DE *HABEAS CORPUS* NO BRASIL

ANTONIO SAMUEL CARVALHO COLARES[1]*

RESUMO

A liminar em sede de *habeas corpus* no Brasil é vergastada. Aspira-se a saber se há lastro legal para a concessão dessa medida preventiva. Para tal intento, utilizou-se nuclearmente da pesquisa bibliográfica. Autores de renomada foram examinados. Como corolário, obtiveram-se resultados. Há quem defenda intransigentemente a impossibilidade de concessão *in limine* do *writ*, quer porque o *mandamus* seria uma ação de rápido tramitar, quer por não vislumbrarem fulcro em quaisquer diplomas normativos. Por outro lado, há os que defendem veementemente a possibilidade do deferimento de pronto e, até, *inaudita altera parte,* do remédio constitucional, quando ficar cristalina a presença do *periculum in mora*, apontando quilate nos códigos de processo civil e penal, bem como na lei n. 1.533/1951. Como poderá ser percebido, este tema é ainda bastante virgem e, por isso, incomensuravelmente polêmico. Mas, hasteando a bandeira do bem jurídico, liberdade, inclina-se pela tese que a assegura dos efeitos deletérios da morosidade judicial, qual seja a da ampla possibilidade da concessão de liminar em sede de *habeas corpus* no Brasil.

Palavras-chaves: *Habeas corpus*, liminar, polêmica.

RESUMÉ

Le seuil dans les sièges sociaux du *habeas corpus* au Brésil est analyse. Il est inhalé notamment s´il a le ballast legal pour la concession de ce mandat d´empêchement. Pour une telle intention, il a été employé nucléairement de la recherche bibliographique. Des auteurs de célèbre avaient été examines. Comme corollaire, ils se sont eus ont resulte. Dans a qui défend le limine d´impossibilité de concession impitoyable du mandat, veut parce que le *mandamus* serait une action rapide à déplacer, veut pour le point d´appui n´apercevant pas em tous les diplomes normatifs. D´une part, il a ceux qui défendent énergiquement la possibilite de l´octroi prêt d´e, jusqu´à, inaudita modifient la partie, du remède constitutionnel, quand être cristallin la présence du *periculum in mora* le paiement différé, dirigeant le carat dans les codes de processus civile et criminel, aussi bien que loi n. 1.533/1951. Car il pourrait être perçu, ce thème est toujours e suffisamment pur, donc, immense controversé. Mais, montrant le drapeau d´intérêt légalement protege, la liberte, une incline pour la thèse qui l´assure de l´effet délétère du lent juridique, qui est de la possibilite suffisante de la concession du seuil dans les sièges sociaux du *habeas corpus* au Brésil.

Clefs-mot: *Habeas corpus*, seuil, polemique.

[1]* Aluno da Graduação em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC).

1. Introdução

O Código de Processo Penal Brasileiro (CPPB) demonstra o caminho que os operadores do direito devem percorrer nas hipóteses em que a liberdade de alguém está patentemente ameaçada e ou conspurcada.

Tais normas processuais penais, portanto, mesmo que sob perspectivas distintas, devem ser adimplidas por membros da Advocacia, do Ministério Público e da Magistratura, isto é, pelo tripé que deve assegurar o direito a quem o tem.

Nesse diapasão, os artigos 647 a 667 desse diploma legal pátrio disciplinam o "farol da liberdade de andar, que é o *habeas corpus"*. [2]

Os 7 (sete) incisos do artigo 648 do CPPB denotam as hipóteses tipificadas de "coação ilegal" e que são passíveis de serem atacadas pelo remédio heróico.

Uma vez impetrado um *mandamus,* esse deveria ser analisado e decidido o mais prontamente possível; entrementes, na prática, o que se verifica é que o julgamento demora alargado tempo, às vezes, absurdamente, mais de 1 (um) ano.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) foi regalada com um princípio importantíssimo para um país que aspira a ser deveras democrático e justo, qual seja: o princípio da celeridade processual – artigo 5º, *LXXVIII.*

Nesse esteio, os processos precisam ser céleres. Principalmente, quando se discuti a liberdade de alguém; e, de forma irremediavelmente prioritária, quando se tem um caso em que alguém está preso, aguardando o deslinde do feito, que segue aos trancos e barrancos, praticamente imitando o ritmo alucinante de uma centenária tartaruga.

É de destacar que enquanto os magistrados, *permissa vênia,* no alto de suas torres de marfim, não dão a escorreita celeridade ao julgamento dos *writ*, nas proximidades do inferno, aqui mesmo na terra, a cada dia que passa, agiganta-se a coação ilegal de que são vítimas os pacientes "do metro da realidade jurídica." [3]

Para tentar reparar essa melancólica realidade, surgiu a tese doutrinário-jurisprudencial que defende a possibilidade de concessão *in limine* de *habeas corpus,* como maneira indispensável de proteger o patrimônio jurídico daqueles que estão expostos aos riscos do *periculum in mora.*

---

[2] HOLANDA, Marcos de. **O *habeas corpus* ao alcance de todos**: aspectos processuais e constitucionais. Fortaleza: ABC, 2004. p. 07.
[3] HOLANDA, Marcos de. **O *habeas corpus* ao alcance de todos**: aspectos processuais e constitucionais. Fortaleza: ABC, 2004. p. 07.

Apesar do brilhantismo dessa tese, há magistrados que relutam em aceitá-la, alegando nuclearmente que não há lastro legal para tal "cortesia".

Nessa linha de raciocínio, contrapondo-se a esse pensamento, *concessa vênia*, retrógrado, faz-se imperiosamente indispensável trazer a lume o fulcro legal que, ao talante dos magistrados, pode ser utilizado para fundamentar a concessão de liminar em sede de *habeas corpus*.

2. Da necessidade de concessão de liminar

Mencione-se, preambularmente, o entendimento de TOURINHO FILHO, citando vários autores de renomada:

> Liminar em "*habeas corpus*"
> Uma das mais belas criações da nossa jurisprudência foi a de liminar em pedido de *habeas corpus*, assegurando de maneira mais eficaz o direito de liberdade. (...)
> Se no mandado de segurança pode o Relator conceder a liminar até em caso de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a liminar, no *habeas corpus* preventivo, não pudesse ser concedida.
> Evidentemente que para a concessão da media extrema, [...]– como era e é de rigor – devem estar patentes os pressupostos das cautelares, isto é, *periculum in mora* e *fumus boni juris*.
> [...] Tornaghi, sobre a medida liminar em *habeas corpus*, registrou: "Conquanto a lei não se refira à concessão de liminar em processo de *habeas corpus*, alguns acórdãos vão insinuando essa medida em nossa vida judiciária. Necessidade de ordem prática a semelhança do Mandado de Segurança, em que a providência aparece como medida acautelatória (Lei nº. 1.533, de 31-12-1951, art. 7º, II) serve de base a essa prática".
> No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover: "De natureza cautelar, ao contrário, é a concessão de liminar em *habeas corpus* que, embora não expressamente autorizada pela Lei, se esboça em doutrina, na esteira da concessão *in limine* do Mandado de Segurança. (…) Inobstante os Regimentos Internos dos Tribunais, e, em especial o do STF, admitam decisão liminar em processo de habeas corpus [...]". [4]

É de excelso alvitre, nessa senda, demonstrar cabalmente: um, a possibilidade de concessão de medida liminar em sede de *habeas corpus*; dois, a necessidade premente de que essa salvaguarda seja destinada aos pacientes que se encontram na iminência de sofrerem prejuízos irremediáveis.

2.1 Liminar em *habeas corpus* no Código de Processo Penal Brasileiro (CPPB)

Os artigos 654, § 2º e 660, § 2º do CPPB entalham – *in verbis*:

[4] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. IV. pp.570-1.

> Art. 654. *Omissis*
> [...]§ 2º Os juízes e Tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso do processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.
> .....
> Art. 660. *Omissis*
> .....
> § 2º Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento.

Percebe-se da exegese do CPPB que o legislador dá ao magistrado o direito/ dever, ao deparar-se com uma colossal ilegalidade, de imediatamente ordenar que o constrangimento cesse, concedendo até mesmo de ofício a ordem de *habeas corpus,* em outros vocábulos, mandado "liberar-se o corpo de alguém".

Nessa linha de raciocínio, tendo em conta que a análise dos *habeas corpus* pode levar meses, mister que o magistrado, deparando-se com uma bizarra ilegalidade, conceda imediatamente a liberação do corpo do paciente, ministrando-lhe o remédio heróico.

Eis o entendimento do Professor José Frederico Marques sobre o tema em liça:

> O *habeas corpus* pode ser concedido de plano e liminarmente, sem necessidade de ser apresentado o paciente, ou de se requisitarem informações da autoridade coatora. Daí a regra expressa no artigo 649 do Código de Processo Penal, *in verbis***:** "O juiz ou o Tribunal dentro dos limites de sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora". E o artigo 600, § 2º, do Código de Processo Pena, ainda de modo mais claro estatui: "Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento." Na superior instância isto significa que o Tribunal dispensa a requisição de informações, ou a remessa destas, pois concederá a ordem, de imediato, para que cesse a coação ou a ameaça. [5]

2.2 Liminar em *habeas corpus* no Código de Processo Civil Brasileiro (CPCB)

O artigo 273, I, do CPCB vergasta sobre a antecipação dos efeitos da tutela, nos seguintes termos:

> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

[5] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. IV. pp.426-7.

O CPCB tem aplicação subsidiária ao direito processual de uma forma global, ou seja, quando determinado ramo do direito processual, quer penal, quer do trabalho, for lacunoso ou não for claro em um determinado posicionamento, pode-se recorrer ao CPCB para preencher tal brecha e evitar que um direito fique solto, sem um método de ser assegurado e sob o temor de ser sepultado.

É justamente o que acontece no caso em apreço. O CPPB não é deveras cabal em permitir a concessão de liminar em sede de *habeas corpus*, mas o direito do paciente à liberdade imediata não pode ser procrastinado, sob pena de padecer de danos irreparáveis. Nessa senda, recorre-se ao CPCB que brilhantemente possibilita a antecipação dos efeitos da tutela, uma vez adimplidos certos pressupostos, quais sejam o *fumus boni juris* e o *periculum in mora,* somados à verossimilitude das alegações.

2.3 Liminar em *habeas corpus* na lei federal de nº. 1.533/1951

Reza o artigo 7º, inciso II da lei federal de nº. 1.533/1951 - *in verbis*:

> Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
> (…)
> II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

Essa lei federal disciplina o mandado de segurança. E o mandado de segurança é, assim como o *habeas corpus,* um remédio constitucional. Entrementes, diferentemente deste, que visa a defender a liberdade; aquele defende, sobremaneira, direitos patrimoniais.

É notável que o artigo 7º, inciso II desta lei permite o deferimento de liminar em sede de mandado de segurança, isto é, quando se trata de defender, em síntese, a propriedade pode-se obter uma liminar.

Perquire-se, qual o bem de maior valia? A propriedade ou a liberdade?

A resposta é dada pelo Ordenamento Jurídico Pátrio, mais precisamente pelo Código Penal Brasileiro (CPB), que trata, na ordem sucessiva de importância, de prever punições aos que violarem os valores supremos da pátria Brasil.

Nesse esteio, depreende-se que: se a vida é o bem mais valorado; posteriormente, em ordem axiológica de importância vêm, respectivamente, a integridade física e a liberdade, em toda a sua amplitude. A propriedade surge, apenas, depois.

Acrescente-se que os bens: vida, integridade física e liberdade são tratados no mesmo título I, da parte especial do CPB, qual seja, "dos crimes contra a pessoa". A propriedade só é defendida no título seguinte, qual seja, "dos crimes contra o patrimônio".

O Ordenamento Jurídico Brasileiro não precisaria ter sido nem tão flagrantemente explícito para que fosse óbvio que: procedendo-se a um sopesamento entre propriedade e liberdade, a balança pende para o lado desta que, indubitavelmente, é mais valiosa; sendo inclusive, abdicada de ser exercitada em toda a sua robustez, para que seja possível a construção do Estado moderno e, consequentemente, de uma sociedade tal qual a brasileira.

Desta forma, se a lei pátria permite a concessão de liminar em sede de mandado de segurança, que tutela preponderantemente direitos patrimoniais; deve ser patente que é em sede de *habeas corpus* que a liminar é mais cabível, tendo em conta que, nessa senda, é que a liberdade está em cheque.

Se aos direitos de jaez patrimoniais é deferido a possibilidade de proteção dos efeitos deletérios do decurso do tempo, mais cabível e possível deve ser a proteção de um bem mais elevado, qual a liberdade.

Assim sendo pode-se, igualmente, aplicar-se subsidiariamente a lei federal de nº. 1.533/1951, no que diz respeito à concessão de liminar, para a proteção do bem liberdade dos efeitos nocivos do tempo.

3 Considerações finais

A criação do instituto do *habeas corpus*, indiscutivelmente, foi uma conquista de todos os que valorizam o bem jurídico liberdade. Entrementes, o remédio heróico que deveria surtir efeitos imediatos, para que os achaques combatidos fossem rechaçados; na prática, vem perdendo sua força, como corolário da morosidade judicial.

Como instrumento útil para agilizar a produção dos efeitos do *writ*, surgiu a figura do catalisador do remédio heróico, qual seja, a liminar em sede de ação habeascorpal.

Nesse diapasão, necessário asseverar que a liminar em sede de *mandamus* está para o *habeas corpus*, assim como os antibióticos de última geração estão para a Penicilina.

Explique-se: a Penicilina ainda serve bastante para combater a maioria das bactérias que parasitam e causam males ao corpo humano; contudo, há males, provocados por certas bactérias ultra-resistentes, que açoitam o organismo infectado de tal forma, que a Penicilina não serve mais para evitar/ reparar, a contento, os danos precipitados, sendo de indispensável necessidade a utilização de antibióticos de última geração.

E de última geração é a liminar em sede de *habeas corpus*, única medida capaz de debelar certos riscos corridos pelo bem preciso que é a **LIBERDADE**!

4. Referências

HOLANDA, Marcos de. **O *habeas corpus* ao alcance de todos**: aspectos processuais e constitucionais. Fortaleza: ABC, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 4.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4.

PRESCRIÇÃO EM MATÉRIA PENAL

FRANCISCO HENRIQUE MELO DE LACERDA[1]*

RESUMO

Prescrever, *in comum sense*, consoante Aurélio Buarque de Holanda, "é ordenar de maneira explícita previamente; indicar com precisão, determinar, fixar, limitar, marcar; cair em desuso". Origina-se do termo latino *praescriptio* derivado do verbo prescrever, significando um escrito posto antes. Constitui-se a prescrição penal um dos modos de extinção da punibilidade, prevista no Código Penal, artigo 107, IV, provocando a perca do direito do Estado exercer a *jus persequendi in juditio* ou a *jus punitionis*. No artigo exposto, abordaremos o tema da prescrição penal, seus tipos, prazos, características, efeitos, causas interruptivas e suspensivas, bem como a temática da prescrição na legislação especial e o fenômeno da imprescritibilidade que é uma exceção a prescritibilidade, fulcrando a aferição ideológica do artigo na compilação de idéias de vários autores de renome nacional, bem como numa didática objetiva e com adequação dos parâmetros teóricos com a jurisprudência.

Palavras-chaves: Efeitos. Interrupção. Suspensão.

ABSTRACT

To prescribe, *in comum sense*, as it affirms Aurélio Buarque de Holanda, "is to previously command in explicit way; to indicate with precision, to determine, to fix, to limit, to mark; to fall in disuse". *Praescriptio* derivative of the verb originates from the latin term to prescribe, meaning a writing rank before. It consists criminal prescription one in the ways of extinguishing of the punshability, foreseen in the Criminal Code, article 107, IV, provoking it loses it of right of the State to exert the *jus persequendi in juditio* or the *jus punitionis*. In the displayed article, we will approach the subject of the criminal prescription, its types, stated periods, characteristics, effect, interruption and

[1]* Aluno da Graduação em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC).

suspensive causes, as well as thematic of the prescription in the special legislation and the phenomenon of the imprescriptibility that is an exception, basing the ideological analysis of the article in the set of ideas of some authors of national reputation, as well as in an objective didactics and with adequacy of the theoretical part with the jurisprudence.

Keywords: Effect. Interruption. Suspension.

1. Conceito

Damásio E.de Jesus, define prescrição como "(...) extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo(...)"; Fernando Capez conceitua-a como "(...) perda do direito-poder-dever de punir pelo Estado em face da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de executá-la) durante certo tempo(...)"; Ney Teles obtempera que "(...) a prescrição é o instituto que extingue o direito de punir, em razão da perda do direito de continuar deduzindo em juízo o pedido condenatório, ou da perda do direito de executar a pena aplicada pelo julgador, pelo transcurso do tempo".

Posto as definições retrotranscritas, entendemos que, de uma forma mais categórica e generalizante, a prescrição é um instituto do Direito Penal que induz a extinção da punibilidade e, via de conseqüência, a extinção do processo, porquanto parte da doutrina também considera a prescrição como um instituto do Direito Processual Penal. Pode, pois, ocorrer que por meio da perca da prescrição da pretensão punitiva ou da pretensão executória, o Estado não possa exercer o direito a *jus persequendi in juditio* ou o *jus punitionis*.

2. Prescrição, decadência e perempção

Ab initio, cabe aqui exararmos que a prescrição extingue o direito de punibilidade, *jus puniendi*, por parte do Estado que é o detentor da titularidade da pretensão punitiva, *jus persequendi in juditio*, ou, após transitar em julgado a sentença condenatória, da pretensão executória, *jus punitionis*, enquanto a decadência atingiu o direito da vítima de impetrar ação penal privada. Logo, temos que a prescrição atinge *a priori* o direito de punir do Estado e, posteriormente, como efeito

de tal ato, extingue-se o direito de ação. Na decadência ocorre o inverso, primeiro atinge-se o direito de ação e, via de conseqüência, o Estado perde a pretensão punitiva.

Divergindo da prescrição e da decadência, a perempção não está relacionada ao decurso do tempo, esta ocorre antes da lide, não durante a ação. É, pois, considerada a inércia no processo, podendo ocorrer somente nas ações de iniciativa privada, estando regulada na maior parte dos casos nos termos do artigo 60 do Código de Processo Penal.

3. Fundamentos da prescrição

3.1. Fundamento lógico

O instituto da prescrição tem em *supra* importância um fundamento lógico, embora imoral sob certos aspectos, posto que seria descabida a aplicação de uma sanção penal após um longo período da prática do fato típico delituoso, tendo em vista que, no nosso entendimento a punição não tem por desiderato banir o agente da sociedade, mas, sim, tem uma função de coibir as infrações, sendo um meio de garantia da eficácia do direito e de um convívio social harmônico, objetivando que aqueles indivíduos desviantes, após sofrerem sanção, não reincidam nos mesmo delitos, nem praticam outros. Muito embora, parte da doutrina defenda que a pena não deve ser orientada com uma finalidade coerciva, única e exclusiva, para constranger ou coibir que novos atos desviantes sejam praticados. Destarte, a pena, nesta visão, tem um caráter inibitório, assim somos de acordo com a reestabilização e recuperação do indivíduo, não obstante nosso sistema penitenciário não apresentar as condições necessários para tais procedimentos.

Desse modo, defendemos a aplicação o mais breve possível das penas, visto que sua aplicação muito tempo após a infração penal fugiria dos seus propósitos de coerção imediata e inibição de novos atos. Cônscios desta possibilidade, é notório o crescimento da defesa da bandeira da moralidade contra a prescrição, porquanto um indivíduo infrator seria beneficiado por força do decurso temporal garantido na legislação penal, enquanto que os seus efeitos já seriam consumados e irretroativos.

3.2 Eficiência

Um segundo fundamento é de que o Estado deve agir dentro dos prazos determinados, sendo este uma forma de garantir uma maior eficiência, bem como passar uma maior credibilidade da justiça para a sociedade.

4. Tipos de prescrição

Há dois tipos de prescrição do Estado, que é o titular de tal direito, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, referentes, respectivamente, as pretensões de punir e de executar a punição dos delinqüentes.

4.1. Prescrição da pretensão punitiva

Asseveramos que o Estado é titular da pretensão punitiva antes de a sentença final transitar em julgado. Desse modo, na prescrição da pretensão punitiva, o Estado, com o decurso do tempo, perde o direito de punir, ou melhor, a aspiração da punição. Este tipo de prescrição ocorre antes da sentença transitar em julgado.

No caso de lesão corporal de natureza leve, "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem", artigo 129, caput, do Código Penal, que dispõe um ano como pena máxima privativa de liberdade, o prazo prescricional é de quatro anos, ou seja, não exercendo o Estado o *jus persenquendi in juditio* dentro do mencionado lapso temporal, ocorre à extinção da punibilidade.

4.1.1. Início da prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva começa de uma forma geral, nos crimes consumados, a partir da data da consumação do crime. Malgrado, muitas vezes, os efeitos do crime ocorrem em outro momento, deve-se considerar o instante da ação ou omissão.

Nos crimes tentados, a prescrição ocorre a partir do último ato de execução. É imprescindível que o agente tenha dado início aos atos executórios neste caso, ocorrendo à interrupção do fato típico por circunstâncias alheias a vontade do agente, caracterizando, desta forma, o crime tentado. Enquanto que nos crimes permanentes, ocorre a partir da cessação da

permanência, como, por exemplo, no crime de extorsão mediante seqüestro, definido no artigo 159 do Código Penal, "seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate". Logo, enquanto a vítima estiver no poder dos agentes o prazo prescricional não terá início, devendo esse advir somente depois de cessada a privação da liberdade do seqüestrado.

Na bigamia e na falsificação do registro civil, quando o fato se tornar conhecido de qualquer autoridade pública é que se inicia a contagem do prazo prescricional.

No crime continuado, no concurso formal e no concurso material, a prescrição incidirá isoladamente sobre cada crime como se não houvesse o concurso, conforme o artigo 119 do diploma penal vigente, "no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente".

4.1.2. Prazo prescricional na pretensão punitiva

Conta-se o prazo conforme as regras do artigo 10 do CP, "o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum". O prazo prescricional, ante a impossibilidade de determinar antecipadamente qual será a pena estipulada na sentença, considera, portanto, a pena máxima privativa de liberdade. Destarte, por exemplo, no crime de receptação simples, artigo 180 do CP, cuja pena privativa de liberdade máxima é de quatro anos, o prazo prescricional é de oito anos.

O prazo prescricional, é expresso e taxativo, corresponde, a quantidade máxima da pena em abstratamente cominada para cada delito cometido, assim consoante o artigo 109 do Código Penal, a prescrição, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 110 do diploma penal, verifica-se em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze; em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Quanto aos crimes previstos na lei de contravenções penais em face de não haver disposição em contrário aplica-se a mesma regra. No que tange as penas restritivas de direito, substitutivas da privativa de liberdade, ambas têm idêntico lapso temporal. porém prevalece a disposição do artigo 110 do diploma penal, posto que as penas são conhecidas apenas depois da sentença condenatória.

Ademais, as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do CP, bem como as agravantes e atenuantes dispostas respectivamente nos arts. 61 *usque* 62 e arts. 65 *usque* 66, independentemente de serem ou não favoráveis, não influem no cálculo da prescricional.

In fine, é notório que o prazo de prescrição da pretensão punitiva aumenta proporcionalmente a gravidade do crime.

4.1.3. Exceção no prazo prescricional na pretensão punitiva

Reza o artigo 115 do CP: "são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença, maior de setenta anos". Logo, o diploma penal impõe expressamente que o menor de vinte e um anos na data do fato e maior de setenta anos na data da sentença tem uma redução pela metade do prazo prescricional.

4.2. Prescrição da pretensão executória

Neste tipo de prescrição, que ocorre após a sentença transitar em julgado, com o decurso do tempo, o Estado perde o direito de execução da sentença condenatório imposta pelo Poder Judiciário.

No caso referido no item anterior, lesão corporal leve, conjecturemos, que o agente foi condenado a seis meses de detenção, destarte o Estado tem dois anos para iniciar a execução da pena, não ocorrendo, aplica-se a prescrição da pretensão executória, conforme o disposto no artigo 110 do CP.

4.2.1. Início da prescrição da pretensão executória

A prescrição da pretensão executória começa de uma forma geral a partir do dia do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Fernando Capez acerca disto assevera: "(...) é incrível! A condenação só pode ser executada após o trânsito em julgado para ambas as partes, mas a prescrição já começa a correr a partir do trânsito em julgado para a acusação(...)". Concordamos

com o pensamento transcrito, pois tal dispositivo, no nosso entendimento, é uma exacerbação do benefício *in bonna partem* em favor da parte ré, sem embargo de todos os protestos doutrinários e populares, tal prerrogativa continua mantendo um sentimento de injustiça e descredibilidade na lei por parte da sociedade.

Outrossim, podemos ter também o início da prescrição da pretensão executória no dia em que é proferida a decisão que revoga o livramento condicional ou o *sursis*, bem como no dia em que houver a interrupção da execução penal por qualquer motivo. Capez obtempera acerca destas duas últimas possibilidades que "no caso de interrupção da execução da pena pela fuga do condenado, e no caso de revogação do livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena".

4.2.2 Prazo prescricional na pretensão executória

Aqui, os prazos seguem a regra da pretensão punitiva, todavia tem por base a pena concreta, em face de já existir sentença condenatória irrecorrível, nos termos do artigo 110 caput do CP, "a prescrição depois de transitar em julgado a sentença regula-se pela pena aplicada...". Isto posto, no caso de o agente ser condenado a 1 ano e 6 meses de detenção por qualquer crime que comportar esta pena, e se esta não for executada em quatro anos, acontecerá a prescrição da pretensão executória, com espeque art. 109, V c/c 110 do CP.

No cômputo do prazo prescricional, as causas de majoração ou diminuição de pena são consideradas, exceto nos casos concurso formal e crime continuado, em que se desconsidera o acréscimo.

O artigo 71 do CP está em consonância com a Súmula 497 do STF, no qual aduzimos que "a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação". Vale salientar, porém que no concurso material, mesma com as penas na mesma sentença condenatória, os delitos devem ser considerados isoladamente para efeito de cômputo do prazo prescricional.

4.3. Efeitos da prescrição da pretensão executória versus da prescrição da pretensão executória

Diferentemente prescrição da pretensão punitiva, em que não há prejuízo para o agente considerando os efeitos da pena, na prescrição da execução estes ocorrem, posto que nessa o agente é inserido na rol dos culpados, além de, por exemplo, ter que arcar com as custas processuais.

5. Prescrição superveniente, subseqüente ou intercorrente.

É a que ocorre no espaço de tempo entre a data da publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado, nos termos §1º do art. 110 do CP. Oriunda-se na Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal. Assim, aplicada pena privativa de liberdade e não havendo recurso da acusação, o prazo da prescrição passa a ser estabelecido de acordo com a sanção imposta e não mais com fundamento no máximo da pena cominada ao crime.

A sentença só pode transitar em julgado para o condenado depois que este receber a intimação e, tomado conhecimento, possa exercer seu direito constitucional de recorrer à instância superior (princípio do duplo grau de jurisdição). Neste recurso pode ocorrer a prescrição superveniente, subseqüente ou intercorrente.

Logo, podemos concluir que até a sentença condenatória, a prescrição é calculada pela maior pena prevista no tipo penal; após transitar em julgado a sentença condenatória, considera-se a pena fixada na sentença.

No que tange aos efeitos, estes se assemelham da prescrição da pretensão punitiva, todavia, aqui, os efeitos poderão ser considerados a título de antecedentes, quando for feita aferição dos elementos do artigo 59 do diploma criminal.

6. Prescrição retroativa

Enquanto a prescrição intercorrente é a que ocorre no espaço de tempo entre a data da publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado para a defesa, a retroativa é contada da publicação dessa decisão para trás. Sem embargo a prescrição já ter sido contada com base no máximo da pena privativa de liberdade cominada no tipo penal incidente, ocorre uma recontagem com esteio na pena aplicada na sentença.

Segundo se tem decidido, reiteradamente, o aumento de um terço do prazo referente à reincidência prevista no artigo 110 do CP não se aplica à prescrição retroativa, mas apenas a pretensão da prescrição executória.

6.1. Princípios da prescrição retroativa

Tendo por base o pensamento de Damásio E. de Jesus elencamos alguns princípios da prescrição retroativa: primeiro, a prescrição retroativa não é impedida ante a falta de recurso do réu; o lapso temporal entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença poderá ser consignado na contagem do prazo; a prescrição retroativa é impedida ante a apresentação de recurso pela acusação que tem por desiderato agravar a pena, todavia caso o recurso da acusação seja julgado improcedente, continua a prevalecer o princípio retroativo; pena privativa de liberdade reduzida em 2ª instância são passíveis de consideração; a prescrição retroativa é considerado nas hipóteses de condenação em 2ª instância; a pretensão punitiva é alcançada pela prescrição retroativa e, via de conseqüência, provoca a rescisão de sentença condenatória, bem como de seus efeitos principais e subsidiários; sentença condenatória não poderá reconhecer a prescrição em análise, posto que tal reconhecimento é de competência de instância superior.

7. Causas interruptivas da prescrição

Havendo interrupção em face da incidência em um dos dispositivos taxados no rol do artigo 117 do diploma criminal, os prazos recomeçam a correr por inteiro. Estas causas, portanto, fazem com que o curso prescricional se reinicie do zero, com desconsideração do período já decorrido.

A prescrição é um instituto que provoca a extinção da punibilidade ou executoriedade, todavia com a realização tempestiva, por parte do Estado, de atos que deixem evidente que o exercício do poder punitivo está sendo exercido, o prazo prescricional é interrompido. Tais manifestações podem ocorrer através da ação de entes administrativos estatais, como a Polícia e o Ministério Público, mediante investigações, apurando a autoria dos delitos, bem como de sua ocorrência.

O prazo prescricional punitivo começa a ser considerado imediatamente após o cometimento da infração, porém, novo prazo passa a valer, quando se promove a ação penal,

persecutio criminis, apresentando ao Poder Judiciário a denúncia e, evidentemente, este a recebendo. Logo, o prazo passa a ser considerado a partir do momento do recebimento da denúncia.

A interrupção poderá ocorrer igualmente pela pronúncia e decisão confirmatória da pronúncia. Nos crimes dolosos contra a vida, recebida a denúncia e findada a fase instrutiva, o magistrado considerando a plausibilidade e suficiência da existência de provas da autoria e do delito, pronuncia o acusado e remete os autos para julgamento pelo Tribunal do Júri, que é o competente em caso de crimes dolosos contra a vida, neste momento ocorre a interrupção do prazo. Posteriormente, após a sentença de pronúncia, o prazo anterior é desconsiderado ao todo, sendo que seus efeitos só serão ilididos na hipótese de o ato ser anulado.

Na possibilidade de sentença condenatória passível de recurso, a publicação da sentença pelo escrivão interrompe o prazo da prescrição. O acórdão reformador da sentença interrompe o prazo prescricional a partir do dia em que o colegiado decidiu.

Outrossim, a prescrição é interrompida pelo início ou continuação do cumprimento da pena. Neste caso, com espeque no artigo 117, § 2º do CP, o prazo não começa a correr novamente. Embora moralmente condenável, havendo a fuga do agente a prescrição da pretensão executória flui, regendo-se pelo tempo restando da pena a ser cumprida.

In fine, a prescrição será interrompida, também, quando o infrator venha a ser novamente condenado pela prática de novo delito, caso não esteja cumprido pena aplicada anteriormente, nos termos do artigo 117, VI, do diploma penal vigente, que trata da reincidência.

O artigo 117 do Código Penal é taxativo, dispondo que:

> Art. 117. Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

8. Causas suspensivas da prescrição

São as que sustam o prazo prescricional, fazendo com que recomece a correr apenas pelo que restar, aproveitando o tempo anteriormente decorrido. Diferentemente do que ocorre com as causas interruptivas, o prazo não retorna a estaca zero. Nestas hipóteses, findado o efeito da causa suspensiva reinicia-se o prazo a correr por inteiro, computando o tempo decorrido anteriormente.

Assim, enquanto não resolvido, em outro processo questão que dependa para o reconhecimento do crime, o prazo prescricional não corre, porquanto é questão prejudicial, tratada nos art. 92 *usque* 94 do CPP.

Além dessa, temos a hipótese do agente que está cumprindo pena no estrangeiro, pois conforme a artigo 116, II, do CP, a prescrição não corre enquanto este estiver cumprindo pena em outro país e não houver possibilidade de extradição.

O artigo 116, parágrafo único, do Código Penal traz outra hipótese, referindo-se, por exemplo, a um cidadão que está preso cumprindo pena numa comarca, mas responde processo noutra, aqui o prazo prescricional não corre durante o tempo em que o condenado esteja preso por outro motivo.

9. Prescrição na legislação especial

No delito de abuso de autoridade, por exemplo, a prescrição da pretensão punitiva é regida pelo máximo da pena privativa de liberdade, esta não é superior a um ano, o prazo prescricional, dessa forma, é de dois anos. No tangível à prescrição da pretensão executória, o lapso temporal é igualmente de dois anos.

Nos crimes contra a segurança nacional, o prazo de prescrição da pretensão punitiva é regulado pelo máximo da pena privativa de liberdade (CPM, art. 125), enquanto a prescrição da pretensão executória é determinada de acordo com a pena aplicada na sentença condenatória.

Nas contravenções penais, nos delitos contra a economia popular e nos crimes eleitorais se aplica o disposto no artigo 10 do CP, "dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum".

Nos crimes falimentares, Fernando Capez ensina em sua doutrina que:

> (...) de acordo com a regra do art. 182 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 - que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária-, a prescrição regula-se pelo CP, e tem início a partir do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial. Concedida à recuperação judicial ou a homologação do plano de recuperação, a prescrição será interrompida pela decretação da falência.

Nos crimes de imprensa, o prazo de prescrição da pretensão punitiva é de dois anos após a data da publicação ou transmissão incriminada, enquanto a prescrição da pretensão executória é determinada de acordo com a pena fixada em dobro, com espeque no artigo 41 da Lei de Imprensa.

Nos crimes militares, o prazo de prescrição da pretensão punitiva é regulado pelo máximo da pena privativa de liberdade (CPM, art. 125), enquanto a prescrição da pretensão executória é determinada de acordo com a pena aplicada na sentença condenatória. A excepcionalidade se encontra nos casos de sentença condenatória com apelo exclusivo do réu, o prazo prescricional, da data de sua publicação em diante, é disciplinado pela quantidade da pena imposta.

10. Imprescritibilidade

A prescritibilidade é regra e a imprescritibilidade a exceção. A Carta Magna consagrou a regra da prescrição como direito individual do agente, malgrado existirem duas hipóteses de não ocorrência da prescrição penal: nos crimes de racismo, "a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito á pena de reclusão, nos termos da lei", regulado no art.5, XLII, da CF/88, bem como na possibilidade do inciso XLIV do retrocitado artigo, "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação penal de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático".

11. Conclusão

Não obstante a temática de a prescrição penal gerar algumas divergências, em face de suas seus peculiaridades e modificações que sofridas, ao longo dos anos, é o tema de grande relevância para o estudo do Direito.

Extraímos que a prescrição é um meio de viabilizar a justiça penal com a realidade fática e não um estímulo à impunidade ou criminalidade. Ademais, o próprio Estado deve submeter-se a cumprimento de prazos, como fazem os operadores jurídicos, porquanto o indivíduo não pode ser submetido a uma demora indefinida de um Estado negligente que resolve, através da persecução penal, exercitar o *jus puniendi* de forma arbitrária, desrespeitando os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

12. Referências

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**. v.1. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. v.1. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. v.1. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. v.1. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. **Código Penal Anotado**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal**. v.1. 30 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Código Penal Interpretado**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

_____. **Manual de Direito Penal**. v.1. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

PRESCRIÇÃO *EX OFFICIO* NO PROCESSO TRABALHISTA E A LEI 11.280/06: ASPECTOS PROCESSUAIS E CONSTITUCIONAIS

PEDRO RAFAEL MALVEIRA DEOCLECIANO[1]*

RENATO LEITE MONTEIRO[2]**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discorrer sobre a possibilidade da apreciação da prescrição *ex officio* no âmbito do Processo Trabalhista, ante a modificação introduzida pela lei 11.280/06, que decretou ao magistrado a sua suscitação, independente de qualquer condição, com o claro propósito de efetivação e celeridade processual, dogma que vem sendo seguido pelo legislador desde a publicação da Emenda Constitucional 45, que elevou o direito à razoável duração do processo ao patamar de garantia fundamental. Para tanto, abordam-se os aspectos constitucionais e principiológicos, trazendo à colação jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, concluindo-se pela não aplicação do art. 219, §5°, do CPC à justiça juslaboral.

Palavras-chaves: direito processual do trabalho, prescrição, lei 11.280/06, aplicabilidade.

ABSTRACT

The present work has the objective to discourse about the possibility of the appreciation of the *ex officio* lapsing in the scope of the Labor Process, in face of the modification introduced by the law 11.280/06, that conceived to the magistrate the right to decreed it, independent of any condition, with the clearly intention of effectuation and procedural celerity, dogma that has being followed by the legislator since the publication of Constitutional Amendment 45, that raised the right to a reasonable duration of the process to the status of basic guarantee. For that, one approaches the constitutional and principle aspects, bringing up jurisprudence of the Regional Courts of Work,

[1]* Aluno da Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Monitor da disciplina de Direito Processual Constitucional e bolsista PROBIC/FEQ.
[2]** Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Monitor da disciplina de Direito Tributário I e de Informática Jurídica.

concluding for the non application of article 219, §5°, of the Civil Procedural Code to the labor justice.

Keywords: procedural law of work, lapsing, law 11.280/06, applicability.

1. Introdução

A Emenda Constitucional 45, conhecida como reforma do judiciário, ampliou o âmbito de atuação da justiça do trabalho. A referida emenda desencadeou a reformulação das leis ordinárias no país, ressaltando as normas processuais, tendo em vista torna-las mais efetivas, por meio de instrumentos que visem à celeridade da justiça como um todo. A prova dessa preocupação foi a inserção do principio da razoável duração do processo, disposto no art. 5° da Constituição Federal, o inc. LXXVIII[3].

Temos como conseqüência direta dessa reforma as normas processuais com o objetivo de diminuir o tempo de trâmite das ações[4], conferindo às partes da tríade processual meios de equacionar a pretensão. Exemplos desse efeito são as leis 11.276/06, que instituiu a Súmula Impeditiva de Recursos, determinando que não cabe recurso contra decisão de juiz que está em conformidade com matéria sumulada no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal; a lei 11.277/06, que pretende dar aos juízes poderes para decidir rapidamente os conflitos sobre os quais já há entendimento consolidado no mesmo juízo, por meio da solução antecipada dos processos repetitivos, em caso de improcedência; a lei 11.382/06, que unificou a fase instrutória com a de execução, tornando o processo uno; a lei 11.417/06, regulamentando a edição, revisão e cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional; a lei

[3] Art. 5°, inc. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[4] A bem da verdade, a sociedade como um todo reclama uma atuação pública mais eficaz, voltada para o alcance prático dos objetivos institucionais incumbidos ao Poder Judiciário. A respeito do assunto, importante fazer alusão ao denominado *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*, que consubstancia documento firmado pelo Presidente da República e pelos presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, publicado no Diário Oficial da União de 16.12.04, e que é parte integrante da *Reforma do Judiciário*, viabilizada primariamente pela Emenda Constitucional 45/2004. Esse "trato" engendrou um ambiente político propício à criação de diversos projetos de lei junto ao Congresso Nacional, todos imbuídos do intuito de eliminar o nefasto quadro de morosidade que assola o Judiciário brasileiro. As recentes reformas do CPC estão situadas nesse quadro gizado. "Destarte, após todos esses anos, os estudiosos do direito passaram a aprofundar as indagações quanto aos institutos então vigentes, assim como avaliar a necessidade de novas alterações legislativas como forma de se tentar superar alguns entraves que comprometem a brevidade da prestação jurisdicional, estimulando com isso o rápido acesso à justiça". ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Reflexões sobre as Reformas do CPC**. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 46.

11.418/06, confirmando o entendimento que é ônus do recorrente a demonstração de existência de repercussão geral, com o claro objetivo de diminuir a quantidade de processos nos tribunais superiores; e a lei 11.419/06, que instituiu o processo eletrônico para agilizar e unificar a justiça brasileira tornando desnecessário o uso do papel e possibilitando o acesso virtual a qualquer tribunal.

Pretende-se, com as inúmeras reformas, ao final, evitar que feitos cujas pretensões se encontram manifestadamente prescritas movimentem a máquina judiciária sem necessidade.[5]

A lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006 alterou alguns dispositivos do Código de Processo Civil. Dentre as modificações está o objeto da nossa discussão, refletida sob a ótica do processo trabalhista. O art. 219, §5°, dispunha que a prescrição somente poderia ser conhecida de ofício quando a lide não tratasse sobre direitos patrimoniais. Essa regra foi reescrita pela supracitada lei, passando a dispor que a prescrição pode ser declarada pelo juiz, não limitando a sua atuação.

Malgrado ser essa norma adjetiva restrita ao âmbito civil, o art. 769 da CLT afirma que o CPC será aplicado subsidiariamente no que a *lex* trabalhista for omissa, exceto quando for incompatível com as regras ali expostas. Cabe a pergunta se, em face do caráter protetivo do Direito do Trabalho, é realmente possível a aplicação desse expediente no âmbito da justiça laboral.

Não se faz necessário, no presente trabalho, discorrer sobre os conceitos de prescrição, pois somente isto levaria um texto à parte. A controvérsia em pauta se restringe à possibilidade do pronunciamento pelo magistrado sobre a ocorrência da prescrição no contexto trabalhista, frente aos princípios que regem essa justiça especializada.

2. Pela aplicação do art. 219, §5°, do CPC no processo trabalhista

A doutrina muito discorre sobre a aplicação desse dispositivo na esfera trabalhista, devido a sua natureza protecionista. Os que clamam pela possibilidade assim o fazem com base em alguns argumentos abaixo expostos:

2.1. Da desnecessidade da aplicação do CPC.

[5] "Parece-me, à toda evidência, que a intenção da reforma foi a de abreviar a tramitação dos processos, em especial em relação àqueles em que se apresenta manifesta a prescrição do direito objeto da pretensão judicial". CHAVES, Luciano Athayde. ***A Recente Reforma no Processo Comum e seus Reflexos no Direito Judiciário do Trabalho***. 2 ed, São Paulo: LTr, 2006, p. 147.

Mormente ser o objeto do presente artigo a possibilidade de aplicação do art. 219, §5°, do CPC, no processo *jus* laboral, coadunando com o disposto no art. 769 da CLT, isso se faz desnecessário devido ao preceito constitucional do art. 7°, inc, XXIX[6], que se reveste de auto-aplicação, por se tratar de uma regra de cunho constitucional[7], que basta por si só e por ser uma norma de ordem pública.

Ney Stany Morais Maranhão[8], juiz do Trabalho substituto em Belém, afirma:

> Com efeito, a prescrição, na área juslaboral, diferentemente do que ocorre em outros ramos jurídicos, tem assento tanto na legislação infraconstitucional (CLT, artigo 11), como também na própria legislação constitucional (CF, artigo 7º, inciso XXIX), ressoando insustentável, pois, qualquer tese que arvore no argumento de que no Direito Processual do Trabalho não haveria espaço para aplicação do lapso prescricional.
>
> A natureza privilegiada do crédito trabalhista e o princípio protetivo, portanto, nunca foram – e, de *lege lata*, continuam não sendo - erigidos como fatores elisivos de aplicação do cutelo prescricional. Pode-se até sugerir, é verdade, tal ressalva, de *lege ferenda*, como simples sugestão ao legislador, mas, de qualquer forma, o regramento, tal qual delineado, é de clareza solar: a pretensão a créditos decorrentes do contrato de trabalho também sofre naturalmente os efeitos da prescrição, por força – repito – de expressa disposição constitucional (CF, artigo 7º, inciso XXIX).
>
> Sob esse prisma, penso que, sinceramente, nem mesmo há que se trabalhar – como sói acontecer – com o artigo 769 celetista, à luz dos conhecidos requisitos da omissão/compatibilidade, haja vista que, imagino eu, a questão não está posta ao pálio de norma infraconstitucional, mas sim de norma constitucional, como já vocalizei.

Proclamam, ainda, que a lei 11.280/06, ao trazer em seu texto a necessidade de pronunciamento de ofício sobre a prescrição, elevou esse instituto à categoria de norma de ordem

---

[6] Art. 7°, XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

[7] "O inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal não pode ser estudado de forma divorciada do capítulo em que está inserido e do caput do artigo. Tem-se, assim, que, não condicionando o legislador constitucional a aplicação do instituto à provocação do particular que aproveita, outro não pode ser o entendimento de que o reconhecimento aproveita a toda a sociedade de forma geral e, por isso, independe de provocação, devendo o juiz reconhecer de ofício a incidência da norma constitucional em qualquer momento processual, respeitadas, evidentemente, as disposições quanto à competência e coisa julgada". FERRARI, Irany. NAHAS, Teresa Christina. Prescrição trabalhista: decretação de ofício. **Revista LTr**, Vol. 64, n. 11, novembro de 2000, p. 1.386

[8] MARANHÃO, Ney Stany Morais**. Pronunciamento "ex officio" da prescrição e processo do trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1387, 19 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9769>. Acesso em: 28 jun. 2007.

pública[9], em favor do interesse social[10], derrogando o art. 194 do Código Civil[11] e ensejando o cancelamento do enunciado 153[12] da súmula do TST, como demonstra o supracitado autor[13]:

> Logo, de acordo com a legislação atual, vislumbra-se ampla e irrestrita disposição legal no sentido de que a prescrição deva ser aplicada de ofício pelo juiz, sem margem a qualquer ressalva, como outrora ocorria, demonstrando que, agora, a prescrição foi guindada ao *status* de *matéria de ordem pública*.
>
> Também é interessante observar que o novel dispositivo, ao contrário daquele previsto na LEF, traz consigo acentuada carga cogente, tendo em vista a redação algo que imperativa que lhe foi dada.
>
> Realmente, fácil perceber, no particular do tema, a tônica impositiva revelada no texto "*O juiz **pronunciará**, de ofício, a prescrição*", o que demonstra, por evidente, que a norma não confere mera *faculdade*, fixando, como já consignado, ao juiz, no fundo, um verdadeiro *dever* de pronunciar a prescrição *ex officio*, em qualquer de suas modalidades (*total bienal*, *total qüinqüenal*, *parcial qüinqüenal* etc).
>
> Logo, acredito que a nova redação do artigo 219, parágrafo 5º, do CPC, impressa pela Lei n. 11.280/2006, não dá margem a qualquer traço de liberdade no tocante à atuação do juiz, impondo-lhe, de fato, a obrigação de aplicar o cutelo prescricional, de ofício, independentemente de quem seja o favorecido ou o prejudicado – incluindo-se, aqui, é claro, a Fazenda Pública.

Portanto, sob essa ótica, se o empregado propuser uma medida judicial objetivando receber crédito devido, deve o juiz, de ofício, declarar a prescrição, por ser norma de ordem e interesse público.

2.2. Da Aplicação subsidiária do CPC e o art. 769 da CLT.

---

[9] "Tendo em vista a nova regra de reconhecimento judicial de prescrição, transformando essa matéria, nessa parte, em questão de ordem pública, o juiz deve proclamar a prescrição ainda que contra o poder público em todas as suas manifestações (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista federais, estaduais, distritais e municipais)". NERY JUNIOR, Nelson. NERY. Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de processo civil comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 408.

[10] "a 'argüição' da prescrição não a cria, não lhe confere eficácia jurídica... antes, apenas a invoca, para que fosse declarada pelo julgador, uma vez que já operados todos os seus efeitos jurídicos. Ainda, se a função do instituto da prescrição é de meio de estabilização do Direito, a favor do interesse Social, e tendo por objetivo impedir os litígios indefinidamente retardados, não poderia a prescrição ficar dependendo do litígio em que fosse argüida para operar os seus efeitos. Se assim fosse, tornar-se-ia fomentadora de litígios, contrariamente a sua própria destinação teleológica. E no caso da prescrição trabalhista, os argumentos acima se fortalecem ainda mais, pois é a única que se encontra prevista a nível Constitucional, existindo mesmo diversas decisões jurisprudenciais favoráveis ao que ora é norma, desde a década passada. Para quê movimentar a máquina do Judiciário por razões egoísticas e particulares, disputando tempo jurisdicional com as demandas de todos os demais jurisdicionados, fazendo prevalecer o interesse pessoal ao social?" ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. As inovações do processo civil e suas repercussões no processo do trabalho. **Revista LTr**, Vol. 70, n. 11, novembro de 2006, p. 1.303.

[11] Art. 194. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.

[12] Enunciado n°. 153: "Não se conhece de prescrição não argüida na instancia ordinária".

[13] MARANHÃO, Ney Stany Morais. Op. cit., 19 abr. 2007.

O art. 769[14] da CLT afirma que deve ser aplicada a norma adjetiva comum quando a *lex* laboral for omissa, exceto no que for incompatível. A alegação de ofício da prescrição, a qualquer momento e instância processual, não é conflitante com o texto trabalhista, recebendo até patamar constitucional, ao se entender que se está tratando de uma norma cogente. Dessa maneira, tem entendido o Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, que apesar de ser a lei 11.280/06 relativamente nova, já vem aplicando-a em seus julgados:

> RECURSO ORDINÁRIO PRESCRIÇÃO. A prescrição suscitada em grau de recurso ordinário pode ser admitida, conforme dispõe o artigo 219 CPC, § 5º, CPC, com a redação da Lei nº 11.280/2006 e o artigo 193 do Código Civil Brasileiro, em harmonia com a Súmula 153 do TST. 2-HORAS EXTRAS. A só existência de controle de entrada e saída eletrônico não constitui óbice ao deferimento de hora extra, quando provado o retorno ao trabalho após o registro simplesmente formal do encerramento de expediente. 3-DIFERENÇA SALARIAL. Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído; conforme entendimento sumulado sob nº 159 no TST. 4-COMPLEMENTAÇÃO DA MULTA DO FGTS. Qualquer que seja a causa da majoração do valor do saldo das contas do FGTS não afeta o conteúdo da Lei 8.036/90, no tocante à distribuição de encargos e competências, em especial quanto à obrigação patronal pelo pagamento da multa por dispensa imotivada. 5-HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Tendo em vista a natureza assistencial, em se tratando de reclamação trabalhista é necessária a obediência aos requisitos contidos na Lei nº 5.584/70 conforme interpretação contida na súmula 219 TST e na OJSDI-1 305 TST, para deferimento de honorários advocatícios. (00676/2003-006-07-00-4: RECURSO ORDINÁRIO). (grifo nosso).

Outros tribunais também têm aplicado o hodierno entendimento:

> PRESCRIÇÃO. PRECIAÇÃO DE OFÍCIO. REGÊNCIA DA LEI. 11.280/2006. PRINCÍPIO DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. APLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO. No sistema do isolamento dos atos processuais, os atos já praticados de acordo com a lei antiga são válidos e a lei nova se aplica aos posteriores. A prescrição, que era exceção de mérito em sentido estrito e que deveria ser necessariamente alegada pela parte, com a alteração legislativa passou a ter natureza de objeção, que o magistrado deve conhecer de ofício, tal como ocorre com a decadência, em qualquer tempo e grau de jurisdição. A natureza das demandas trabalhistas, bem como o caráter alimentar do salário dizem respeito ao Direito Material e não se mostram aptos para afastar os princípios da igualdade das partes e da imparcialidade do magistrado que rege o ramo processual, portanto, perfeitamente compatível com o Processo do Trabalho a regra do art. 219, § 5.º, do CPC (TRT-10-RO-1112/2005-005-10-00-8, 1ª´Turma, Rel. Juíza Cilene Ferreira Amaro dos Santos, DJ 14.07.2006). (grifo nosso).

2.3. **Princípio da norma mais favorável não se aplica contra normas cogentes**

[14] Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

O direito obreiro é regido pelo princípio da aplicação da norma mais favorável ao empregado, por entender ser ele parte hipossuficiente na relação processual que se forma ao adentrar em juízo.

Este princípio afirma que situações mais favoráveis ao trabalhador têm que ser aplicadas, mesmo que exista lei dispondo o contrário. Isto é, por exemplo, caso o contrato de trabalho gratifique o trabalhador com 60 (sessenta) dias de férias, a regra constitucional dos 30 (trinta) dias tem que ser afastada. O mesmo pode ser oposto a uma norma infraconstitucional.

Por esse aspecto, a alteração efetuada pela lei 11.280/06 não pode ser aplicada, pois é prejudicial para o trabalhador, e existe norma mais favorável, que não demanda o pronunciamento do magistrado sobre a prescrição.

Entretanto, tal princípio não é oponível a normas de ordem pública, como explana Marcelo Alexandrino:

> O princípio da norma mais favorável ao trabalhador não deve ser entendido como princípio absoluto, admitindo-se as exceções a seguir explicitadas.
>
> A primeira exceção diz respeito às leis governamentais proibitivas, uma vez que o Estado, mediante lei, pode vedar que por meio de outras normas jurídicas seja dispensado um tratamento mais benéfico para o trabalhador. Nesse caso, uma cláusula de convenção ou acordo coletivo que favoreça o trabalhador, em desrespeito à lei, será inaplicável.
>
> Como por exemplo, os casos dos malsinados planos econômicos brasileiros, em que o governo costumava intervir nas relações de trabalho, estabelecendo índices máximos de reajustes salariais permitidos, a fim de conter pressões inflacionárias.
>
> A segunda diz respeito às chamadas leis de ordem pública, as quais, ainda que não expressamente proibitivas, não podem ser contrariadas, em razão de sua função de garantia maior da sociedade[15].

Dessa maneira, acolhendo o entendimento doutrinário de que a prescrição passou a ser um fato cogente, nada obsta a sua aplicação, mesmo sendo esta mais prejudicial para o trabalhador.

2.4. **A omissão da CLT**

A CLT foi omissa sobre a possibilidade ou não do pronunciamento pelo magistrado sobre a fluência do prazo prescricional. Assim, não o vedou expressamente, como assevera Estêvão Mallet[16]:

---

[15] ALEXANDRINO, Marcelo et al. **Direito do trabalho**. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 28.
[16] MALLET, Estêvão. O processo do trabalho e as recentes modificações do código de processo civil. **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 70, n. 06, junho de 2006, p. 673

> A Consolidação das Leis do Trabalho, embora fixe prazos e estabeleça hipóteses de não fluência do lapso prescricional, não disciplina o problema da possibilidade ou não de pronunciamento, de ofício, da prescrição, o que permite a aplicação, ao processo do trabalho, do disposto no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, tanto mais diante da revogação expressa do disposto no art. 194, do Código Civil.

Na mesma linha:

> A CLT trata da prescrição em apenas quatro oportunidades: artigos 11, 149, 884, § 1º, e 916. A par da regra do artigo 11 – que deve ser lido em conformidade com o disposto no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição da República – em nenhuma das ocasiões são delineados contornos gerais do instituto, a demonstrar a lacuna do sistema trabalhista se tomado de forma isolada. Por outro lado, em sendo a prescrição, em si, compatível com o direito do trabalho, não há falar que as regras que lhe são próprias não seriam[17].

3. Pela inaplicabilidade do art. 219, §5°, do CPC no processo trabalhista

O art. 219, § 5° do CPC, ao mesmo tempo em que trouxe uma inovação, por assim dizer, benéfica à processualística brasileira, ocasionou um impasse quanto à sua aplicação na Justiça do Trabalho. A ferrugem doutrinária e a aplicação mecanizada do direito, repisada e restringida a esplendorosas deduções lógicas, muito embora carente de sistematicidade, não enxergam os cuidados redobrados que devem ser disponibilizados a esta temática tão relevante.

3.1. Da autonomia do Processo do Trabalho

Primeiramente, temos que o processo do trabalho é uma ciência jurídica autônoma, dotada de normas, instituições e construção doutrinária próprias, criada com a finalidade específica de tutelar direitos oriundos da pretensão entre empregado (reclamante) e empregador (reclamado). E ao contrário do que se possa pensar, a CLT não inseriu em seu texto normas processuais por mera conveniência, mas pela necessidade de criar um sistema capaz de se adequar às peculiaridades advindas das relações, em sua maioria litigiosas, entre esses dois personagens.

Nas situações em que a CLT for omissa aplicar-se-á, no que couber, o Código de Processo Civil (art. 769, CLT). Assim preconiza a teoria dualista acolhida em nosso ordenamento pátrio que o processo do trabalho não se confunde com o direito processual comum, levando em consideração a sua finalidade distinta.

---

[17] ENAMAT

Neste diapasão, se entendermos a possibilidade de argüição da prescrição pelo magistrado do trabalho, estaremos diante de uma clara divergência entre o que pugna o direito material e o processual. E como seria possível realizar um direito material sem a devida sintonia com o seu procedimento? Óbvio que seria improvável o êxito de tal feito.

De um lado, um direito pujante, coberto pelo manto dos direitos de segunda dimensão e do outro uma norma ordinária aplicada subsidiariamente ao processo do trabalho, que além de ferir a sua autonomia e os seus princípios (da proteção e imparcialidade), enfraquece a aplicação de normas constitucionais hábeis a harmonizar a balança da relação trabalhista.

Nesta acepção, Manoel Carlos Toledo Filho assinala que:

> A fixação de prazos prescricionais exíguos é uma forma indireta, encoberta ou atípica, mas muito eficaz, de redução de direitos do trabalhador. Por conseguinte, o juiz do trabalho que decreta-la de ofício, estará colaborando para a debilitação do direito material, pela via do processo. O processo do trabalho, neste diapasão, ao invés de servir como instrumento de efetivação do direito do trabalho, funcionará como mecanismo estimulador de seu enfraquecimento. Pelo exposto acima, transborda a conclusão de que o §5° do art. 219 do CPC, em sua novel redação, não se compatibiliza com os ditames do art. 769 da CLT (apud SARAIVA, 2007: 308).

É ululante que a aplicação subsidiária causa transtorno à persecução do direito material. Em termos concretos, diríamos que o direito material e o direito processual se fundem num só objetivo, por isso são indissociáveis e sistemáticos, não obstante sejam autônomos. Atestar a aplicação da prescrição de ofício seria o mesmo que considerar que os dois institutos trafegam em vias opostas.

3.2. A visão Constitucional

Analisar a presente discussão sob o enfoque constitucional é, antes de tudo, reafirmar a posição da Constituição como norma suprema (*Princípio da Supremacia*) e colocar, em seu devido posto, as normas que a afrontam. A validade da nova disposição processual no âmbito trabalhista ou mesmo de qualquer norma que ingresse no ordenamento jurídico parte do seguinte questionamento: *Esta norma é constitucional?* Apesar das normas gozarem de presunção de constitucionalidade, somente depois de vencida esta barreira é que se pode admitir sua **justa aplicação** às relações sociais.

Esse questionamento vai além do princípio da norma mais favorável ao trabalhador, pois este encontra a sua limitação em normas cogentes. E não é demasiada a lembrança de que estas mesmas normas que limitam princípio de tamanha estatura, também encontram o seu fundamento de validade na Constituição Federal e, por conseguinte, possuem nela os seus limites de atuação. Assim, passamos a contestar veementemente a aplicabilidade do art. 219, §5°, CPC na seara trabalhista sob a luz da Carta Magna:

Estamos diante de uma verdadeira afronta à Constituição, onde um simples dispositivo ordinário subjuga a vontade do legislador constituinte, transformando-a em poeira. O princípio da unidade da Constituição impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas, afastando as que versarem em sentido contrário ao texto constitucional.

Já o princípio constitucional que trata da proibição do retrocesso social assevera que a situação benévola conferida pela lei congrega-se ao patrimônio jurídico da pessoa, não comportando a subtração ou redução por ato legislativo vindouro, sem que haja uma compensação equivalente. Ressalta-se o questionamento de que a ânsia pela celeridade não pode destoar da efetivação da justiça, pois mais vale uma prestação jurisdicional lenta, mas acobertada pelo manto da justiça social, do que um processo célere, eivado de injustiças.

Jorge Luiz Souto Maior afirma que:

> O §5° do art. 219 traz grande inovação, autorizando ao juiz pronunciar de ofício a prescrição. Tal regra, no entanto, só explica pela ânsia do legislador em buscar a celeridade a qualquer custo. A prescrição, dizem, é um mal necessário. No que diz respeito ao direito do trabalho, é apenas um mal. Não há necessidade nenhuma, para a sociedade em geral, que direitos trabalhistas percam efetividade pela regra da prescrição. O desrespeito aos direitos trabalhistas, incentivados pela regra da prescrição, sobretudo em um ambiente jurídico que não fornece uma garantia, eficaz, contra o desemprego involuntário, é um dos maiores males para a consagração do Estado Social, que se formou como um antídoto aos males conhecidos do modelo liberal no ambiente de produção capitalista. A Justiça do Trabalho tem a função precípua de fazer valer esses direitos. Sua celeridade, sem esta perspectiva, não é nada. Não há, portanto, nenhum sentido em se transformar o juiz trabalhista em sujeito cuja atividade, por iniciativa própria, sirva para aniquilar os direitos trabalhistas. A norma é incompatível e, consequentemente, não vincula o juízo trabalhista. A sua aplicação no processo do trabalho, portanto, constitui grave equívoco também sob ótica meramente positivista (apud SARAIVA, 2007:308).

Frise-se o princípio da Proteção, instituto basilar do direito do trabalho, que é aplicável em sua inteireza no processo do trabalho, nada mais é do que um desdobramento do princípio constitucional da Isonomia ou Igualdade, onde se busca, na lição de Renato Saraiva (2007, p. 47), tratar de maneira igual os que se encontram em situação equivalente e de maneira desigual os

desiguais, na medida de suas desigualdades. O referido princípio visa à proteção do hipossuficiente, diminuindo as eventuais disparidades entre os litigantes. Nesse sentido decidiu o Tribunal da 3ª Região:

> EMENTA - PRESCRIÇÃO. PRONÚNCIA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE, NO PROCESSO DO TRABALHO. A proteção ao hipossuficiente - princípio basilar do Direito do Trabalho - tem por escopo atenuar, na esfera jurídica, a desigualdade sócio-econômica e de poder existente, no plano fático da relação de emprego. Diante disso, pode-se afirmar que a norma do parágrafo 5º, do artigo 219, do CPC, é incompatível, com tal princípio protetivo, visto que a pronúncia da prescrição, de ofício, pelo Juiz do Trabalho, beneficiará, apenas, um dos sujeitos da relação empregatícia - no caso, o empregador inadimplente. Conclui-se, portanto, pela inaplicabilidade, no processo trabalhista, da nova regra do processo comum, em face de sua incompatibilidade, com os princípios que informam o Direito do Trabalho – sob pena de comprometer-se a própria essência da função teleológica desse ramo jurídico especializado (TRT 3ª Região, 1ª Turma, Processo n. 00081-2006-029-03-00-7 RO, Relator: Manuel Cândido Rodrigues, 18.10.06).

Assim decidiu o pleno do Tribunal da 7° Região:

> 1. ADMISSIBILIDADE O recurso é tempestivo (fl.84), representação regular às fls.32/33 e o preparo é desnecessário (art. 1º, incs. IV e VI, do Decreto-lei nº 779/69), bem como isento de pagamento das custas processuais (art. 790-A, da CLT). 2. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO Reitera o município-recorrente a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar o feito em decorrência do reclamante ser servidor público regido pelo Regime Jurídico Único. Razão não lhe assiste. O artigo 114 da Constituição Federal remete à Justiça do Trabalho a competência para apreciar qualquer controvérsia decorrente de relação empregatícia. Por outro lado, inexiste nos autos prova da publicação do regime Jurídico Único do Município demandado, ônus que lhe competia, de forma que não há como se vislumbrar que a natureza jurídica do pacto laboral seja estatutária, restando, portanto, patente a competência desta Justiça Especializada para processar e julgar a demanda, de acordo com a norma insculpida no art. 114 da CF. Portanto, rejeito a preliminar de incompetência desta Justiça Especializada. 3. PRESCRIÇÃO O Ministério Público pugna pela aplicação da prescrição, face à Lei Municipal instituidora do RJU. A recente alteração do artigo 219, parágrafo 5º, do CPC, promovida pela Lei 11.280, de 16/02/2006, atribuí ao Juiz o dever de pronunciar a prescrição de ofício. Porém, o art. 769, da CLT determina que, nos casos omissos, o direito processual comum será fonte do direito processual do trabalho, exceto naquilo que for incompatível com o processo laboral. Assim sendo, a meu ver, data venia, a aplicação subsidiária do ordenamento processual civil, para declarar de ofício a prescrição, implica na violação ao cardeal princípio do direito do trabalho, qual seja o princípio da proteção. Ademais, ressalta-se a inexistência do RJU, haja vista sua invalidade, como dito alhures. Portanto, por considerar inaplicável o art. 219, § 5º, do CPC, ao processo do trabalho, afasto a prescrição suscitada pelo MPT. (01714/2005-026-07-00-2: RECURSO ORDINÁRIO). (grifo nosso).

De toda sorte, com a finalidade de reforçar o nosso argumento, consideramos a prevalência dos princípios sobre as regras constitucionais, pois muito embora não exista hierarquia entre estas normas, ressaltamos que em uma possível colisão os princípios necessariamente irão preponderar. Por isso, resta questionar o argumento baseado no art. 7°, inciso XXIX da CF.

Deste modo, em face da preservação e fortalecimento da Constituição, não se vislumbra a possibilidade de aplicação subsidiária do referido dispositivo.

4. Conclusão

A breve explanação acima não teve a intenção de exaurir o debate sobre o tema, que tão discutido é no meio acadêmico, mas sim exibi-lo sob a ótica constitucional e processual, conglobando as mais diversas posições doutrinárias.

Por fim, entendemos questionável a aplicabilidade do art. 219, §5°, do Código de Processo Civil, não obstante a expressa possibilidade da aplicação da norma adjetiva comum no âmbito obreiro, como preconiza o art. 769, CLT. Deve-se ter em mente a proteção dada ao trabalhador pelo texto constitucional de 1988 e pela Consolidação das Leis Trabalhistas, resultado de anos de lutas e revoluções proletárias.

O mundo neoliberal vem, cada vez mais, tentando diminuir os direitos alcançados por esta classe, o que deve ser veementemente combatido pelos poderes que compõem o Estado Democrático de Direito.

5. Referências

ALEXANDRINO, Marcelo et al. **Direito do trabalho**. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Reflexões sobre as reformas do CPC**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho**. 2 ed, São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006.

FERRARI, Irany. NAHAS, Teresa Christina. Prescrição trabalhista: decretação de ofício. **Revista LTr**, Vol. 64, n. 11, novembro de 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 5 ed. São Paulo: LTr, 2007.

MALLET, Estêvão. O processo do trabalho e as recentes modificações do código de processo civil. **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 70, n. 06, junho de 2006.

MARANHÃO, Ney Stany Morais**. Pronunciamento "ex officio" da prescrição e processo do trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1387, 19 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9769>. Acesso em: 28 jun. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY. Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de processo civil comentado**. 9ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 4 ed. São Paulo: Método, 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luis apud SARAIVA, Renato**. Curso de direito processual do trabalho**. 4 ed. São Paulo: Método, 2007.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **As inovações do processo civil e suas repercussões no processo do trabalho**. Revista LTr, Vol. 70, n. 11, novembro de 2006.

RELAÇÕES ENTRE A EDUCAÇÃO, A DIGNIDADE HUMANA E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: PAULO FREIRE E GADAMER.

MÁRIO ANDRÉ MACHADO CABRAL[1]*

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de mostrar uma realidade presente no universo da educação. Partindo de Paulo Freire, é criticada a pedagogia formal, que tem, como principal elemento, a ausência de diálogo, respeito e autonomia na relação *ensinar-aprender*. Aqui, o conhecimento do docente é "depositado" nos discentes, que recebem-no passivamente. È proposta uma forma de educar, onde os conhecimentos de ambos – do professor e dos alunos – são situados na mesma hierarquia, com as singularidades de cada. Depois disto, os fundamentos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer são discutidos. Ele sustenta que o leitor chega ao texto com seu pré-conhecimento (*vörverständnis*) e seu pré-juízo (*vorurteile*). Esta é a convergência entre a educação dialogal e a hermenêutica filosófica: embora o texto tenha uma mensagem para transmitir, o leitor tem sua própria leitura do texto, como os educandos, que têm seus próprios valores e crenças, apesar de que o educador tem algo a dizer. A tolerância em cada relação humana é importante para a construção de uma sociedade plural e solidária.

Palavras-chave: Educação. Dignidade da pessoa humana; Hermenêutica filosófica.

ABSTRACT

This paper has as objective to show a present reality in the universe of education. Starting with Paulo Freire, it is criticized the formal pedagogy, wich has, as special element, the less of dialoge, respect and autonomy in the relation *teaching-learning*. Here, the knowledge of the teacher is "deposited" in the students, who receive it passivelly. It is proposed a form of teaching, where the knowledges of both – teacher's and students's - are situated in the same hierarchy, with the singularities of each one. After that, the basis of the philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer are discussed. He argues that the reader comes to the text with his Fore-understanding (*vörverständnis*) and Prejudice (*vorurteile*). That is the congruent point between the dialogical education and the philosophical hermeneutics: notwithstanding the text has a message to transmit, the reader has his own reading of the text, as the students, who have their own tradicional values and beliefes, though the teacher has something to say. The tolerance in each human relationship is important for the construction of a solidary and plural society.

Keywords: Education. Dignity of the human person; Philosophical hermeneutics.

1. Introdução

[1]* Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

A educação é uma temática que abrange a realidade dos estudos acadêmicos, bem como o cotidiano dos que nela ou na sua margem vivem. Salientando a importância e ubiqüidade da educação e das relações humanas circunscritas por ela, a discussão relacionada à legitimidade do relacionamento entre educador e educandos é deveras válida.

Partindo dos preceitos do educador Paulo Freire, segue-se a exposição da crítica a um educar pautado pela absorção mecânica do conhecimento do professor pelo aluno e da não conscientização acerca do contexto histórico-social em que todos estão inseridos[2]. Propõe-se um método dialogal, em que o respeito aos conhecimentos de outrem seja garantido como forma de preservação da dignidade da pessoa humana e da autonomia de cada ser humano participante desta relação[3].

A partir de uma roupagem reflexiva, questiona-se o papel da filosofia enquanto instrumento de interpretação para facilitar os processos pedagógicos. É, sobretudo, com Hans-Georg Gadamer que se encontra, aqui, a fundamentação filosófica com referência à necessidade da hermenêutica na relação ensino-aprendizagem.

Este artigo objetiva analisar a educação e as relações educacionais, pautadas pela manufatura do conhecimento em dois pólos unidos, tangendo a interpretação filosófica, como forma de discutir, de modo indireto, os direitos humanos e as garantias fundamentais para a harmonia de cada indivíduo sendo construtor de uma sociedade plural.

2. Educação e dignidade humana

Uma das manifestações da suposta educação formal é a sedimentada na carência de diálogo e de autonomia. Paulo Freire denominou esse meio pedagógico de "educação bancária" [4]. Um processo educativo em que ocorre a anulação da participação dos educandos na elaboração do saber mostra sua deficiência quanto à efetividade da dignidade dos indivíduos.

A dignidade da pessoa humana é um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento[5], ponto de congruência com a educação. Sendo o aluno integrante do universo

[2] "Na visão 'bancária' da educação, o saber é uma doação dos que se julgam sábios aos que julgam nada saber" (FREIRE, 2005:67).
[3] "*Ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção*" (FREIRE, 1996:52).
[4] "Em lugar de comunicar-se, o educador faz 'comunicados' e depósitos que os educandos, meras incidências, recebem pacientemente, memorizam e repetem. Eis aí a concepção 'bancária' da educação, em que a única margem de ação que se oferece aos educandos é a de receberem os depósitos, guardá-los e arquivá-los" (FREIRE, 2005:66).
[5] "A dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento" (SARLET, 2007:42).

educacional, ele é também autor da conceituação e das vicissitudes deste, excluindo o lugar onde "o educador aparece como seu indiscutível agente, como o seu real sujeito, cuja tarefa indeclinável é 'encher' os educandos dos conteúdos de sua narração" (FREIRE, 2005:65).

Contrapondo-se ao modo de ensinar tradicionalista, Freire põe em relevo uma alternativa que tem por base o diálogo, a liberdade e a conscientização. Concebendo a educação dialógica como sentimento fraterno[6], assinala-se o comportamento do diálogo, "Como ato de valentia, não pode ser piegas; como ato de liberdade, não pode ser pretexto para a manipulação, senão gerador de outros atos de liberdade. A não ser assim, não é amor" (FREIRE, 2005:92). A problemática do diálogo - transfigurada no "pensar certo" [7] - tange, ainda, a idéia do respeito aos conhecimentos de outrem, pois intensifica a aprendizagem no relacionamento docente-discentes, é emblemática no que concerne à horizontalidade nas relações educacionais e traz à tona as raízes da "ordem" social estabelecida.

A liberdade se faz presente na educação problematizadora quando o professor, no instante da edificação do ensino, tem o cuidado da abordagem de temas referentes às realidades sociais do corpo discente. Sem deixar de ponderar quanto à importância da ampliação da cultura absorvida e transformada pelos alunos, a supressão de toda a opressão se dará com a conscientização acerca do cotidiano que nos engloba, "A libertação autêntica, que é a humanização em processo, não é uma *coisa* que se deposita nos homens. Não é uma palavra a mais, oca, mitificante. É práxis, que implica a ação e a reflexão dos homens sobre o mundo para transformá-lo" (FREIRE, 2005:77). Vale lembrar que, "a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral), constituem uma das principais (senão a principal) exigência da dignidade da pessoa humana" (SARLET, 2007:47), justificando, pois, a inquietação de Paulo Freire no que se refere à luta pela construção de uma educação solidária como razão de existência para a modificação de uma situação social ilegítima[8].

3. Educação e Interpretação

[6] "Sendo fundamento do diálogo, o amor é, também, diálogo" (FREIRE, 2005:92).

[7] "Pensar certo coloca ao professor ou, mais amplamente, à escola, o dever de não só respeitar os saberes com que os educandos, sobretudo os das classes populares, chegam a ela – saberes socialmente construídos na prática comunitária – mas também (...) discutir com os alunos a razão de ser de alguns desses saberes em relação com o ensino dos conteúdos" (FREIRE, 1996:33).

[8] "A existência, por que humana, não pode ser muda, silenciosa, nem tampouco pode nutrir-se de falsas palavras, mas de palavras verdadeiras, com que os homens transformam o mundo. Existir, humanamente, é *pronunciar* o mundo, é modificá-lo" (FREIRE, 2005:90).

O verbo *ensinar* vem do latim, *insignare* ou *insignire*, que tem por base etimológica a colocação de um sinal, assinalar. Transpondo para a realidade da sala de aula, tira-se as seguintes conclusões:

(i) O professor mostra algo por meio de um sinal;

(ii) O aluno apreende o sentido dado pelo sinal;

(iii) O aluno capta o significado por meio do sinal.

Pode-se perceber, pois, que o educador tem algo a dizer, uma mensagem para transmitir. Porém a distância entre a mostra do "sinal" pelo educador e a compreensão do significado desse sinal pelos educandos é trilhada por um caminho repleto de particularidades. Há que se levar em consideração os conhecimentos tradicionais, os valores individuais e as experiências de vida dos educandos para melhor decifração dessa direção interpretativa.

É neste ponto onde existe a interseção entre a educação libertadora de Freire e os fundamentos hermenêuticos de Gadamer. Assim como o educador, o texto também tem uma "mensagem original" [9]. Porém quem se propõe a interpretar um texto possui sua pré-compreensão (*Vorverständnis*) e seus pré-juízos (*Vorurteile*)[10], tal qual os educandos possuem suas crenças, sua cultura e sua formação.

Manfredo Araújo de Oliveira, no tocante à "reviravolta hermenêutica"[11], refere-se a importantes elementos para a interpretação e para o ser humano inserido na realidade: além dos sobreditos pré-conceitos, é citada a história e a tradição,

> "compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora 'condições trancendentais' de nossa compreensão. Compreendemos e buscamos verdade a partir das expectativas de sentido que nos dirigem e provêm de nossa tradição específica" (2001:228).

Os indivíduos são seres históricos que devem compreender a si mesmos e a verdade que os circunda, inclusive compreendendo a historicidade (tradição) do momento presente.

Assumindo uma posição ontológica, a importância do entendimento do *ser* na compreensão é analisada, partindo de Gadamer, por Márcio Augusto Vasconcelos Diniz,

[9] "Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si" (GADAMER, 2002:405).
[10] "Existem textos providos de sentido que, por seu turno, falam de coisas; o intérprete se aproxima dos textos não com a mente semelhante a *tabula rasa*, mas com a sua pré-compreensão (*Vorverständnis*), isto é, com os seus pré-juízos (*Vorurteile*), as suas pré-suposições, as suas expectativas" (REALE. ANTISERI, 1991:629).
[11] Cf. OLIVEIRA, 2001: 223-248.

> "A compreensão traduz-se num projeto-prognóstico da existência humana e, simultaneamente, uma auto-revelação dessa própria existência. Toda compreensão, assim, é uma autocompreensão e quem compreende projeta possibilidades de si mesmo. (...) O existir significa compreender e interpretar. A compreensão, por sua vez, é diálogo" (2002:219).

A despeito do traço que tem o conhecimento de si mesmo e os mecanismos subjetivos, Diniz inclui uma marca da educação de Paulo Freire[12] como instrumento central da interpretação.

Assim os sujeitos - docentes e discentes, na educação; texto e leitor, na interpretação – num nivelamento de posições, têm o mesmo valor no que se refere à manutenção dos processos educativos e interpretativos, sendo estes simultaneamente autônomos e independentes daqueles. A interpretação possui atividade e campo de estudo próprios, mas, nesta reflexão, vê-se diretamente ligada à educação, que se visualiza como espaço que a todos os subespaços toca.

4. Considerações Finais

Como pressupostos da educação, tem-se resultados pontuais:

(a) Há uma necessidade de colocar os conhecimentos tanto do educador quanto dos educandos em mesmo patamar hierárquico;

(b) Sendo os educandos também atores do processo pedagógico, para a firmação das conclusões acerca do que é debatido em sala de aula, a filosofia se faz necessária.

O segundo ponto acaba por apenas servir de suporte para uma motivação maior, a que está contida no primeiro ponto. Este remete a uma questão ética, onde o princípio do respeito é colocado em posição de destaque.

A percepção de que o ato educativo não é uma comunicação unilateral - ou seja, que há a demanda do diálogo, do respeito e da tolerância - torna-se elemento grandioso na conclusão de que "o manter-se aberto para o diferente, para outros pontos de vista mais universais" (GADAMER, 2002:58) é fundamental para o ser humano no mundo, pois "o sujeito que se abre ao mundo e aos outros inaugura com seu gesto a relação dialógica em que se confirma como inquietação e curiosidade, como inconclusão em permanente movimento na História" (FREIRE, 1996:154).

5. Referências

[12] "Somente o diálogo, que implica um pensar crítico, é capaz, também, de gerá-lo. Sem ele não há comunicação e sem esta não há verdadeira educação" (FREIRE, 2005:96).

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. **Pedagogia do oprimido**. 44. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da filosofia:** do romantismo até nossos dias. São Paulo: Paulinas, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.