

DIÁLOGO
JURÍDICO

© **Centro Universitário Farias Brito**
Distribuição: Coordenação do Curso de Direito
Endereço: R. Castro Monte, 1364 – 2º andar, Fortaleza-CE
CEP: 60175-230
Fones: (85) 3486.9090 e 3486.9003
Fax: (85) 3267.5169
e-mail: revistadiologojuridico@ffb.edu.br
Capa: Gráfica FB
Tiragem Mínima: 150 exemplares
Bibliotecária Responsável: Waleska Lima



FICHA CATALOGRÁFICA

Diálogo jurídico/Ano 14, v. 22, n. 2 (julho/dezembro 2017) – Farias Brito, 2017

Semestral

ISSN 1677-2601

1. Direito – Periódicos I. Centro Universitário Farias Brito

CDD 340.05

REVISTA DIÁLOGO JURÍDICO

ANO XIV – Nº 2 – 2017

CONSELHO EDITORIAL

Alfonso de Julios Campuzano -
Universidad de Sevilla

Antônio Duarte Fernandes Távora -
Universidade Federal do Ceará

Elisabeth Linhares Catunda -
Universidade da Integração Internacional da Lusofonia
Afro-Brasileira - UNILAB

Hugo de Brito Machado Segundo -
Universidade Federal do Ceará

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha -
Universidade Cândido Mendes

Raquel Cavalcante Ramos Machado -
Universidade Federal do Ceará

Ricardo Hasson Sayeg -
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Thiago Lopes Matsushita -
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Willis Santiago Guerra Filho -
Universidade Federal do Rio de Janeiro

PARECERISTAS AD HOC

Bruna Franceschini - Universidade de Coimbra

Biltis Diniz Paiano - Universidade de Coimbra

Cristiano A. Quinaia - Centro Universitário de Bauru

Adriano Barreto de Espindola Santos -
Universidade de Salamanca

Kesia Correia Oliveira Padilha - FB UNI

Aline Cardin - Centro Universitário de Bauru

PROJETO GRÁFICO

Daniel Paiva

REVISÃO

Jarina Araújo

IMPRESSÃO

Gráfica Farias Brito

EDITORIAÇÃO

Cleano Martins

REVISÃO DE ABSTRACTS

Amanda Pinto

A Revista Diálogo Jurídico é uma publicação semestral do Curso de Direito do Centro Universitário Farias Brito. De circulação internacional, é aberta à colaboração da comunidade acadêmica jurídica e afim com a finalidade de propiciar a discussão acadêmica e incentivar o diálogo. Destina-se à publicação de trabalhos na área do Direito, Ciências Sociais e afins, com ênfase nas questões relacionadas ao constitucionalismo, democracia, políticas públicas, teoria e efetivação dos direitos fundamentais, prestação da tutela jurisdicional, relações entre Direito, empresa e tecnologia e novos atores e conflitos sociais.

Os textos devem ser inéditos e são de inteira responsabilidade de seus Autores.

REVISTA DIÁLOGO JURÍDICO

Centro Universitário Farias Brito, Curso de Direito
Rua Castro Monte, 1364, 2º Andar.
Fortaleza, Ceará
60175-230

Fones: 55 + 85 + 34869090 e 55 + 85 + 34869003

E-mail: revistadialogojuridico@ffb.edu.br

Homepage: www.ffb.edu.br

Solicitamos a gentileza da permuta

Solicitamos canje cuando se solicita

We would like to exchange

On prie de bien vouloir établir l'échange

Tauschverkehr erwünscht

APRESENTAÇÃO

O volume 22 da Diálogo Jurídico, com seis artigos, nos traz enfoques diversos da pesquisa jurídica com o objetivo de contribuir para o debate em vários aspectos, a saber: o constitucionalismo, a concretização dos direitos fundamentais, a resolução de conflitos, a cooperação econômica internacional, a antinomia e outras questões de relevância para o saber jurídico. É nessa perspectiva que a Diálogo Jurídico visa, sobretudo, a diversidade da pesquisa e as suas respectivas tendências teóricas e metodológicas.

Gabriel Joner colabora com o texto **Ponderação de regras? Notas sobre conflito de regras e colisão de princípios**, discutindo a partir das questões do neoconstitucionalismo, o debate acerca do conflito entre regras e princípios na ação jurídica, costurando uma análise crítica das teorias que propõem uma cisão estrutural entre regras e princípios, com seus critérios distintivos, verificando até que ponto é válida a afirmação de que é possível ponderar regras.

Numa segunda contribuição nesse volume, Gabriel Joner se debruça sobre o Direito Tributário, trazendo a discussão sobre **O Direito Tributário como instrumento de concretização de direitos fundamentais: Diálogos entre tributação e liberdade religiosa**. Em seu texto, o autor parte do valor “religiosidade” como uma das pilastras sobre as quais a sociedade brasileira está assentada, na condição de direito fundamental, buscando compreender a vinculação existente entre o direito fundamental, a liberdade religiosa e os impactos na tributação de templos religiosos.

Mediação acerca da perspectiva na transformação do paradigma do sistema judicial, escrito por Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Maria Célia Albino da Rocha e Maria Paula da Rosa Ferreira é uma contribuição sobre a mediação como um instrumento de resgate de diálogos que induz a participação das pessoas envolvidas em um determinado conflito, na busca pelo alcance efetivo da resolução dos seus próprios problemas. Em suas análises, os autores apontaram os reflexos da inserção da mediação nos dispositivos jurídicos do Código Processual Civil de 2015 e as eventuais mudanças trazidas ao sistema judicial, e demonstraram a relevância da função do mediador na condução da audiência na busca de um resultado satisfatório para as partes.

Marcel Mota traz para esse volume a discussão sobre os embargos de declaração atentando para a exigência de motivação judicial e sua relevância por razões políticas e jurídicas. No artigo **Os embargos de declaração para suprir omissão de decisão judicial quanto à fundamentação**, atentando ao sistema jurídico democrático que deve prover as partes de meios, de modo que possam impugnar decisão judicial sem adequada motivação. Numa exploração acerca dos fundamentos constitucionais dos embargos de declaração, realizou à luz da teoria geral dos recursos, partindo para o exame dos embargos de declaração no contexto do Código de Processo Civil brasileiro. O autor versou em seu trabalho sobre a motivação da decisão judicial envolvendo colisão de princípios, concluindo que os embargos de declaração são instrumentos processuais aptos a controlar o poder de decidir, que contribui para expurgar decisões judiciais nulas, como são aquelas que violam o dever de motivação.

Rito de passagem: A entrada do Brasil no “clube dos ricos” e a necessidade de adotar as diretrizes sobre preço de transferência da OCDE é o artigo de Júlia de Aguiar Guimarães, que se propôs a rediscutir o instituto do preço de transferência, vez que neste ano o Brasil requereu adesão à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Em seu trabalho, a autora demonstrou que os métodos da legislação brasileira não se coadunam com os parâmetros internacionais de aplicação do Princípio Arm’s Length, que fundamenta o instituto em discussão, por meio da análise da legislação, das Diretrizes da OCDE e de recente decisão do CARF.

Antinomia real ou aparente no ordenamento jurídico trabalhista – Estudo de caso é a contribuição de Camila Miranda de Moraes, que buscou na análise os fundamentos conceituais de antinomias jurídicas, diferenciando os conceitos de antinomia real e antinomia aparente. Na seara do Direito do Trabalho, a autora apontou como hipóteses a ocorrência de antinomias em situações envolvendo depositário infiel no curso de execução trabalhista, conflitos entre normas coletivas (aquelas previstas em acordos ou convenções coletivas, que são fontes específicas do Direito do Trabalho) e a lei.

Lidia Valesca Pimentel
Coordenadora Editorial

SUMÁRIO

PONDERAÇÃO DE REGRAS?	9
Gabriel Joner	
O DIREITO TRIBUTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:	21
Gabriel Joner	
MEDIAÇÃO ACERCA DA PERSPECTIVA NA TRANSFORMAÇÃO DO PARADIGMA DO SISTEMA JUDICIAL.....	35
Luiz Ernani Bonesso de Araújo	
Maria Célia Albino da Rocha	
Maria Paula da Rosa Ferreira	
OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA SUPRIR OMISSÃO DE DECISÃO JUDICIAL QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO.....	49
Marcel Moraes Mota	
RITO DE PASSAGEM: A ENTRADA DO BRASIL NO CLUBE DOS RICOS E A NECESSIDADE DE ADOTAR AS DIRETRIZES SOBRE PREÇO DE TRANSFERÊNCIA DA OCDE	75
Júlia de Aguiar Guimarães	
ANTINOMIA REAL OU APARENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO TRABALHISTA – ESTUDO DE CASO	91
Camila Miranda de Moraes	

PONDERAÇÃO DE REGRAS?

Notas sobre conflito de regras e colisão de princípios

BALANCING RULES?

Notes about rules conflict and collision principles

¿PONDERACIÓN DE REGLAS?

Notas sobre ponderación de principios e colisión de reglas.

GABRIEL JONER¹

RESUMO

No âmbito do denominado neoconstitucionalismo, uma das frentes indicadas para a superação das barreiras opostas pela doutrina positivista é a utilização de mais princípios ao invés de regras e, em consequência, a utilização do método aplicativo da ponderação em prevalência à subsunção. A ponderação consiste na solução do conflito entre dois princípios, sem que um deles precise ser excluído do ordenamento jurídico, mas devendo ser seguido determinado procedimento, findo o qual resultará uma regra a ser aplicada ao caso concreto. Na origem da teoria, Robert Alexy assentou que somente seria possível ponderar princípios, nunca regras. Aliás, a possibilidade de sopesamento é justamente um dos critérios distintivos entre regras e princípios. Entretanto, a doutrina brasileira, além de recepcionar (equivocadamente) a teoria, optou por “sofisticá-la”, é dizer, além da utilização da ponderação para aplicação dos princípios, passou-se a propugnar a técnica também às regras. No presente estudo, será feita a análise crítica das teorias que propõem uma cisão estrutural entre regras e princípios, com seus critérios distintivos, para, ao fim, verificar até que ponto é válida a afirmação de que é possível ponderar regras.

PALAVRAS-CHAVE:

Princípios. Regras. Ponderação.

ABSTRACT

Within the called neoconstitutionalism, one of the fronts indicated to overcome the barriers opposing the positivist doctrine is the use of more principles rather than rules and, consequently, the use of the weighting method application in the prevalence to the subsumption. The weighting consists in the solution of the conflict between two principles, neither of which need to be excluded from the legal system, but certain procedure must be followed, after which result there will be a rule to be applied to the case. At the origin of the theory, Robert Alexy said that it would be possible to consider only principles, never rules. By the way, the possibility of sopesamento is precisely one of the distinguishing criteria between rules and principles. However, the Brazilian doctrine, apart from welcoming (mistakenly) the

¹ Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS. Especialista em Direito Público pela FMP. Especialista em Direito Tributário pela UFRGS. Advogado (OAB/RS). Professor da Universidade Feevale. Endereço eletrônico: gabriel.joner@hotmail.com. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0177086770281079>

theory, decided to “sophisticate it”, that is, besides the use of weighting to apply the principles, started to advocate the technique also to the rules. In this study, the review will be made of the theories that propose a structural split between rules and principles, with their distinctive criteria in order to check how valid is the claim that it is possible to consider rules.

KEYWORDS:

Principles, Rules, Balancing.

RESUMEN

Bajo del llamado neoconstitucionalismo, una de las apuestas para superar los obstáculos que se oponen por la doctrina positivista es el uso de más principios en lugar de reglas, y, en consecuencia, el uso de la técnica de aplicación de la ponderación en lugar de la subsunción. La ponderación es la solución a la colisión entre dos principios, sin la necesidad de uno ser excluido del ordenamiento jurídico, pero debe ser seguido cierto procedimiento, después de lo cual el resultado será una regla que debe aplicarse al caso. En el origen de la teoría, Robert Alexy ha dicho que solamente es posible ponderar principios, no reglas. Por otra parte, la posibilidad de ponderación es uno de los criterios de distinción entre reglas y principios. Sin embargo, la doctrina brasileña, además de haber adoptado la teoría, ha admitido la aplicación de la ponderación también a las reglas, y no solamente a los principios, como en su origen. En el presente estudio, se hace el análisis crítico de las teorías que proponen una división estructural entre reglas y principios, con sus criterios distintivos, para al final comprobar cuán válida es la afirmación de que es posible ponderar reglas.

PALABRAS-CLAVE:

Principios. Reglas. Ponderación.

SUMÁRIO. 1 Introdução. 2 Considerações sobre a distinção entre princípios e regras. 3 Ponderação de Regras? Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O debate acerca da distinção entre regras e princípios ocupa lugar cimeiro no âmbito da teoria e da filosofia do direito. Autores como Hart, Dworkin, Alexy, para citar os mais destacados, travaram grandes debates acerca dos seus contornos e critérios distintivos.

Na doutrina brasileira, especialmente entre aqueles ligados ao *neoconstitucionalismo*², ganharam destaque as teorias de Robert Alexy, em especial suas proposições sobre a solução de conflitos normativos (colisão de princípios ou conflito de regras), sendo este justamente um dos critérios utilizados na distinção entre as espécies normativas.

2 Neoconstitucionalismo é um termo criado originalmente para designar uma corrente antijuspositivista, indicando suas falhas. Atualmente, possui significado mais amplo, diferindo do positivismo basicamente pelo fato deste ser meramente uma doutrina descritiva, enquanto que o neoconstitucionalismo é também uma forma de política constitucional, indicando não como o direito é, mas como o direito deve ser. É, portanto, uma doutrina de justificação do sistema. (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p.77-8).

Segundo o autor alemão, o conflito de regras é solucionado com a eliminação de uma das regras do ordenamento, jurídico, ou com a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção³. Já com os princípios, a solução se dará de maneira distinta: um dos princípios irá ceder frente ao outro, sem que para tanto tenha que se declarar inválido o princípio afastado, nem que se tenha introduzido uma regra de exceção. Em suma, no conflito de regras se levaria a cabo a dimensão de validade, enquanto que nos princípios se levaria em conta a dimensão de peso.⁴

A solução da colisão não se dá de maneira aleatória, mas sim seguindo um determinado procedimento, onde o intérprete fará a análise quanto à necessidade, à adequação e à proporcionalidade *stricto sensu*. Findo o iter procedimental, advirá uma regra, esta sim aplicável ao caso concreto.

Ocorre que o idealizador da teoria preconizou que a ponderação é uma técnica aplicável unicamente aos princípios, sendo inadequada sua utilização para as regras, onde a solução do conflito normativo é resolvido de maneira diversa, como visto.

Entretanto, ao importar a teoria, a doutrina brasileira restou por ampliá-la, indicando que a ponderação é procedimento aplicável a qualquer espécie normativa, inclusive às regras.

No presente estudo, será feita a análise crítica das teorias que propõe uma cisão estrutural entre regras e princípios, verificando até que ponto são pertinentes, tomando como base a concepção de princípios no âmbito da Hermenêutica Filosófica.

Em um segundo momento, será abordada a técnica da ponderação propriamente dita, também sob um enfoque crítico, para ao final verificar a pertinência da sua aplicação no âmbito das regras.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A (IN)DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Um dos temas que mais tem gerado debates acadêmicos, hodiernamente, é o que envolve os contornos teóricos de regras e princípios, em especial sobre seus critérios de distinção e as hipóteses de aplicação.

Via de regra, os mais variados autores partem do enfoque sobre a distinção entre texto e norma para, em seguida, subdividir esta última em duas subespécies, quais sejam as regras e os princípios.

Tal debate ganhou contornos ainda mais efusivos quando se passou a afirmar, com base em posturas pós-positivistas, que os princípios foram elevados à condição de normas, pois antes, segundo estes autores, não possuíam caráter normativo, servindo apenas de diretrizes ou balizas para guiar o julgador no momento da decisão.

Neste cenário, autores afirmam que não se deve confundir texto e norma, visto que estas constituem os sentidos construídos a partir da interpretação. Ou, em outros termos, as normas constituem o “resultado da interpretação”⁵

As normas, por sua vez, apresentam duas espécies, quais sejam, regras e princípios, existindo uma miríade de teorias tentando estabelecer os seus critérios distintivos.

3 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 88.

4 Idem, *ibidem*, p. 89.

5 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

Na doutrina brasileira, Humberto Ávila, em sua obra *Teoria dos Princípios*, explana três critérios usualmente empregados para distinguir regras e princípios, sendo: a) critério do “caráter hipotético-condicional”; b) critério do “modo final de aplicação”; c) critério do “relacionamento normativo”.⁶

Na primeira hipótese, a distinção se fundamenta no fato de que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo ‘*se, então*’, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. Ávila assevera que este critério é relevante na medida em que “permite verificar que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz”.⁷ De qualquer modo, desde já tece sua crítica, ao indicar que referido critério é impreciso, também pelo fato de que os princípios podem, igualmente, ser formulados hipoteticamente.

O segundo critério (“modo final de aplicação”) se baseia no argumento de que as regras são aplicadas de modo absoluto, no ‘*tudo ou nada*’, enquanto que os princípios são aplicados de modo gradual, é dizer, no formato ‘*mais ou menos*’. Este seria, por exemplo, o posicionamento de Ronald Dworkin, ao indicar as regras se aplicam do modo “*all-or-nothing*”.⁸ Por esta razão, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. De outra banda, os princípios não irão determinar a decisão, mas conterão os fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

O último critério (do “conflito normativo), se fundamenta na ideia de que a antinomia entre as regras se consubstancia em verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles.⁹ Dworkin irá indicar que os princípios, diferentemente das regras, possuem uma dimensão de peso que se exterioriza nas hipóteses de colisão, caso em que o princípio com peso maior irá se sobrepor ao outro. Esta relação, todavia, não implicará que um dos princípios perca sua validade.¹⁰

Já Alexy irá afirmar que, em caso de colisão entre os princípios, a solução não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, oportunidade em que um deles, em determinadas circunstâncias concretas, prevalecerá.¹¹

Ocorre que, no âmbito da hermenêutica filosófica, a própria distinção entre regras e princípios é alvo de críticas¹². Segundo sustenta Lenio Streck, princípios e regras são como condições de possibilidade da normatividade, e não o contrário, por isso afirma:

6 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. op. cit., p. 40 e ss.

7 Idem, ibidem, p. 40.

8 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martinsfontes, 2011.

9 ÁVILA, Humberto Bergmann. op. cit, p. 39.

10 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. op. Cit.

11 ALEXY, Robert. op. cit, p. 89.

12 Neste sentido, Rafael Tomaz de Oliveira: “De tudo que foi dito, esperamos que uma coisa tenha sido esclarecida: distinguir, estruturalmente, regras de princípios representa uma operação de classificação normativa que se movimenta num nível puramente semântico, que não problematiza, radicalmente, o problema da interpretação num nível pragmático-existencial (Hermenêutico, poderíamos dizer). Isso acontece claramente nas posturas de Robert Alexy que continua preso ao normativismo idealista ao afirmar o conceito de norma como principal conceito da ciência do direito e fazer derivar dele o caráter deontico dos princípios. Não é exagero afirmar que o conceito semântico de norma com o qual Alexy opera torna o princípio uma derivação artificial e, ao mesmo tempo, lhe confere uma força talvez maior do que eles mesmo podem suportar ao afirmá-los como mandados de otimização, o que confere um poder (ou competência no seu sentido kelseniano) muito grande à figura do juiz. (OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 198).

No fundo os princípios são normas e as normas são princípios; não há como determinar uma condição apodídica que especifique quando começa um e termina o outro. De todo modo, uma coisa é definitiva: não há um conceito *a priori* de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras¹³.

Esta definição parte da constatação de que normas (assim como regras e princípios) não constituem conceitos semânticos. Norma representa o produto da interpretação de um texto, ou seja, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Logo, a norma não existe sem a interpretação e a interpretação não se faz sem um caso¹⁴. A distinção estrutural entre regras e princípios faz com que estes últimos sejam alçados à condição de metarregras, só sendo chamado quando as regras se mostrarem insuficientes à resolução dos casos. Este é o caso, por exemplo, da teoria da argumentação jurídica (tão aclamada pelos *neoconstitucionalistas*), ao afirmar que as regras se aplicam por subsunção e os princípios por ponderação.

Sendo assim, arremata o professor gaúcho:

quando expressiva maioria da doutrina distingue – a partir de Alexy – regras e princípios desde o critério estrutural, a partir da ideia de que regras são mandados de definição e princípios mandados de otimização (e outras distinções critério-lógicas), está-se apenas dando uma solução epistemológica para o problema e não uma solução hermenêutica.

Na hermenêutica filosófica, assim, não se propugna a cisão entre regras e princípios. Estes últimos sempre atuarão como determinantes para a concretização do direito, conduzindo à resposta adequada ao caso, enquanto que as regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos, regrando o caso, indicando o que deve ou não ser feito. Os princípios darão legitimidade, ou seja, a solução encontrada será dotada de autoridade. O problema da resposta correta será resolvido na medida em que seja descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso. Os princípios não resolverão diretamente o caso, apenas legitimarão a solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do direito.¹⁵

Com estas bases, é possível rechaçar também a afirmação de que as regras seriam enunciados “fechados”, não permitindo uma expansão interpretativa, ao contrário dos princípios, que seriam enunciados “abertos”, possibilitando uma margem maior de interpretação por parte do intérprete.

Em verdade, o que ocorre é o oposto. As regras é que possuem uma abertura (“porosidade”), até mesmo por serem feitas com caráter de universalidade/abstratidade/generalidade. A regra, assim, abre a interpretação exatamente em razão de sua perspectiva universalizante, pretendendo abarcar todas as hipóteses de aplicação.¹⁶

Já os princípios possuem a característica de recuperar o mundo prático, “cotidianizando” a regra, devolvendo a sua espessura ôntica. Por isso é que Lenio Streck irá indicar que o princípio só se realiza a partir de uma regra, é dizer, o princípio será o elemento compreensivo que vai além da regra, transcendendo a sua onticidade. Os princípios, assim, adquirem o caráter de transcendência.¹⁷

13 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 550.

14 Idem, *ibidem*, p. 549.

15 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. *op. cit.*, p. 561-2.

16 Idem, *ibidem*, p. 563.

17 Idem, *ibidem*, p. 571.

3. PONDERAÇÃO DE REGRAS?

Uma vez tecidas as considerações sobre a (in)distinção entre princípios e regras, focamos nosso estudo na técnica da ponderação, referida no âmbito do critério distintivo “conflito normativo”.

Sustenta Robert Alexy¹⁸ que, comum às colisões de princípios e aos conflitos de regras é o fato de que duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, é dizer, a dois juízos de dever ser jurídico contraditórios. Entre regras e princípios, entretanto, há diferença na forma como se soluciona o conflito.

No conflito de regras, o caso só pode ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras, ou introduzindo uma cláusula de exceção. No primeiro caso, considerando que o conceito de validade não é gradual, uma das regras deverá ser eliminada do ordenamento jurídico, pois não se admitem dois juízos de dever-ser reciprocamente contraditórios.

Com os princípios a solução, segundo o mesmo autor, deve se dar de maneira diversa. Quando estes entram em colisão, um dos princípios deve ceder perante o outro. Entretanto, isto não significa declarar inválido ou criar uma regra de exceção ao princípio afastado. O que ocorre é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro.

Por isso Alexy afirma que, no caso concreto, os princípios tem diferentes pesos e que deve prevalecer o princípio com maior peso. Não se questiona a dimensão da validade, como ocorre nas regras (pois só podem entrar em colisão princípios válidos), mas sim a dimensão do peso.¹⁹

Mas não será sempre e em todos os casos que se utilizará a técnica da ponderação. O sopesamento de princípios apenas se faz necessário quando as normas expressassem uma resposta clara ou que não for possível identificar que norma aplicar. Nestas situações, estar-se-ia diante do chamado *hard case*.

Assim, no processo de aplicação do direito seria possível identificar dois tipos de situações: a) uma situação na qual as regras jurídicas seriam claras o bastante para que não houvesse qualquer dúvida sobre a sua aplicação, o que geraria a ideia de casos fáceis; b) e outro, haveria casos nos quais não seria possível o reconhecimento da regra aplicável, condição que colocaria o resultado numa zona de penumbra ou num âmbito de textura aberta da linguagem, que somente poderia ser resolvido na apreciação do caso concreto. Estas poderiam ser consideradas como casos difíceis (*hard cases*).²⁰ Portanto, o conflito de princípios acaba tendo o seu lugar somente quando o modelo de regras (subsunção) se mostrar insuficiente, ou seja, só nos *hard cases*.

O sopesamento de princípios, segundo a teoria alexyana, não é feito sem a observância de critérios, mas, pelo contrário, será o procedimento que irá legitimar o resultado final obtido. É dizer, se forem respeitadas as três etapas da lei de colisão, o resultado da sentença se tornará inquestionável²¹.

18 ALEXY, Robert. op. cit, p. 87.

19 Idem, ibidem, p. 89.

20 MORAIS, Fausto Santos de. *A proporcionalidade como princípio epocal do Direito: o (dês)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da Nova Crítica do Direito*. 2010. 218f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2008, p. 48-9.

21 TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael ; ABOUD, G. ; CARNIO, H. G. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 385.

Este procedimento se dará com a máxima da proporcionalidade e com suas três máximas parciais²²: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ou postulado de ponderação propriamente dito).²³

Ao fim da técnica da ponderação, resultará uma regra, que será aplicada ao caso concreto. Alexy apresenta a “lei de colisão”²⁴, da seguinte forma: “as condições, sob as quais um princípio precede a outro, constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”²⁵.

A doutrina brasileira restou por recepcionar as teorias acima explanadas, em especial os adeptos do denominado “neconstitucionalismo”. Segundo esta corrente jusfilosófica, com o advento do Estado Democrático de Direito, ficou insustentável a manutenção de um conceito de Direito desprovido de conteúdo valorativo, tal como o defendido pelo positivismo jurídico²⁶, já que este está indissociavelmente ligado ao Estado de Direito legalista, cujos dogmas são a supremacia da lei ordinária sobre a Constituição e a supremacia da vontade do legislador sobre a justiça.²⁷

Susanna Pazzolo²⁸ explicita quais são as principais frentes propostas pelo neoconstitucionalismo como forma de superação das barreiras opostas pela doutrina positivista:

- a) Existência mais de princípios do que regras: o ordenamento jurídico não será formado apenas por regras, mas principalmente pela existência de princípios. As regras se caracterizam por ser “tudo ou nada”, ou seja, não permitem maleabilidade aplicativa. Os princípios, pelo contrário, são vistos como ‘valores morais positivados’, possuindo uma linguagem extremamente vaga, com alto nível de abstração. Os princípios sugerem aos juízes o uso de justificações baseados em argumentos de justiça;

22 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit, p. 111-2.

23 A adequação significa que: Se M1 (meio) não é adequado para a promoção ou obtenção do fim F, exigido por P1, então M1 não é exigido por P1, é dizer para P1 é indiferente usar M1 ou não. Necessidade: o fim não pode ser obtido de outra maneira. Procura-se analisar se entre as medidas possíveis será possível escolher uma que afete menos ou que não afete o princípio colidente antagônico. A pergunta a ser feita é: o ato estatal, necessário à realização do objetivo, pode ser substituído por outro que realize o objetivo com a mesma intensidade, mas com uma interferência menor nos Direitos Fundamentais? Proporcionalidade em sentido estrito: se um princípio de direito fundamental entra em conflito com um princípio oposto, necessária a realização da ponderação dos princípios em jogo, após a qual se resultará a lei da ponderação, aplicável ao caso concreto. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit, p. 113-4).

24 Fausto Santos de Moraes adverte que: “a lei de sopesamento não define que princípio deve ser considerado importante ou não, mas permite que se tenha condições de estabelecer cargas argumentativas a partir de determinadas circunstâncias. Isso significa que aquele enunciado criado a partir da lei de sopesamento deve justificar a preferência de um princípio sobre o outro, apresentando fundamentos quanto aos graus de afetação de um em outra posição à importância do outro.” (MORAIS, Fausto Santos de. *A proporcionalidade como princípio epocal do Direito*, op. cit, p. 57).

25 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit., p. 94.

26 Sobre a crise do positivismo, com a sua consequente superação pelo neoconstitucionalismo, em especial nos países europeus, Luís Roberto Barroso aduz que: “No constitucionalismo europeu prevalece o entendimento de que as normas constitucionais eram dirigidas ao legislador, não sendo propriamente normas jurídicas, passíveis de tutela judicial. A superação desta perspectiva ganhou impulso a partir do 2º Pós-Guerra, com a superação do positivismo jurídico e a assunção dos princípios. Esta revolução silenciosa tornou-se possível graças à disseminação da jurisdição constitucional, com a criação de diversos tribunais constitucionais pelo mundo a fora. No Brasil, o fenômeno ocorreu após o regime militar” (BARROSO, Luís Roberto. *Constituição*, in BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 144/148).

27 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. op. cit., p. 86.

28 POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. In: *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Biblioteca Virtual Miguel Cervantes., n.º 21, 1998, p. 339-353. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/2358284432257074008_7891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_25.pdf>. Acesso em 06.03.2007.

- b) Ponderação ao invés de subsunção: este método aplicativo/interpretativo pressupõe a utilização de princípios, posto que as regras não admitem ponderação, mas tão somente a aplicação de uma norma abstrada a um caso concreto, ou seja, a subsunção. Os princípios, pelo contrário, exigem a ponderação, que implica em verificar quais são os princípios aplicáveis ao caso concreto, onde via de regra existe mais de uma hipótese de aplicação, em aparente contradição. Assim, deve ser sopesado qual o princípio de maior importância para a situação fática concreta. O entrelaçamento de princípios ocorrerá, assim, não no plano abstrato, mas tão somente no caso concreto;
- c) Constituição *versus* independência do legislador: Com a substancialização do texto constitucional, que assume um caráter de dirigismo, há uma diminuição do poder conferido ao legislador ordinário. Impede-se, assim, qualquer forma de arbitrariedade na ação legiferante, pois os textos legais de hierarquia inferior deverão conformar-se com os dispositivos constitucionais. O legislador tem seu espaço de discricionariedade reduzido. Este aspecto decorre, também, da supremacia hierárquica do texto constitucional, que vincula todos os demais dispositivos legais. A compatibilidade com o texto constitucional condicionará a validade das normas infraconstitucionais;
- d) Juízes *versus* liberdade do legislador: Enquanto no positivismo os magistrados detinham a única e exclusiva tarefa de reproduzir a letra fria da lei, num mero exercício de subsunção, a partir do neoconstitucionalismo os juízes exercerão um papel criativo, visando tornar concretos os direitos constitucionalmente previstos. Frisa-se, por oportuno, que este papel criativo não corresponde a ativismo judicial. O juiz não é arbitrário. Antes pelo contrário, a interpretação judicial é constitucionalmente vinculada, o que se dá com a concepção substancialista da constituição, bem como com respaldo nos princípios, que impedem o juiz de realizar interpretações descontextualizadas.²⁹

Ocorre que a doutrina brasileira não se limitou a incorporar os ensinamentos da doutrina estrangeira. Mas, pelo contrário, optou por ir além.

Além da utilização da ponderação para aplicação aos princípios, passou-se a propugnar a técnica também às regras, o que sempre foi rechaçado pelos adeptos da teoria original.

Em território pátrio, os principais precursores desta “inovação” foram Humberto Ávila e Luiz Roberto Barroso, este último em artigo escrito em co-autoria com Ana Paula de Barcellos.

O primeiro, no seu clássico *Teoria dos Princípios*³⁰, discorre sobre os critérios de distinção entre princípios e regras enfocados pela doutrina, os quais enumera: a) critério do “caráter hipotético-condicional”; b) critério do “modo final de aplicação”; c) critério do “conflito normativo”.

Em sua análise sobre o último critério distintivo, segundo o qual os princípios poderiam ser

29 Sobre o aspecto criativo do legislador, Paulo Bonavides faz o seguinte comentário: “Todas as variações geradoras de um novo direito constitucional se aprestariam desgarradas de órbita se lhes faltasse apoio direto ou indireto num eixo de referência conceitual que não pode deixar de ser o Estado social e suas estruturas de normatividade vinculadas à Nova Hermenêutica. Enfim, os juristas liberais são conservadores; os juristas sociais, ao revés, criativos e renovadores; os primeiros ficam com metodologia clássica, os segundos criam a Nova Hermenêutica; aqueles se comportam nos conceitos como juristas do Estado e só secundariamente da Sociedade; estes, ao contrário, tendem a buscar o direito nas suas raízes sociais e desertam o formalismo rigoroso dos positivistas da norma.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17).

30 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. op. cit.

distinguidos das regras pelo modo como funcionam em caso de conflito normativo, pois, no caso das regras, a questão se resolveria com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre princípios seria resolvido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles, é que tece sua crítica.

O autor não rechaça por completo a técnica de solução, mas adverte que esta deve ser “aperfeiçoada”, pois, não seria apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso. Na visão do Autor, a ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing, Abwägung*), enquanto sopesamento de razões e contra-razões, que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras, segundo sua teoria).

Ainda, Humberto Ávila possui o entendimento de que a atividade de ponderação ocorre na hipótese de regras que abstratamente convivem, mas concretamente pode entrar em conflito. Isto porque, em alguns casos, as regras entram em conflito sem que percam sua validade, e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas.

Em posição semelhante, Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos³¹ rezam que:

A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.

Tais posições não podem restar imunes às críticas.

Ora, deve restar claro que as teorias adotadas pela doutrina brasileira partem da distinção alexyana entre regras e princípios, que tem a técnica da ponderação como um critério distintivo primordial. Logo, advogar a possibilidade de ponderação de regras vem de encontro às bases da teoria.

Não fosse suficiente, verifica-se que a alegação de ponderar regras não se sustenta. Como analisando antes, quando o intérprete utiliza o sopesamento de princípios, deverá percorrer as três etapas do procedimento (análise da necessidade, adequação e proporcionalidade), sendo que, ao final, resultará uma regra (lei da colisão), que será aplicada ao caso concreto. Sendo assim, na ponderação de regras teríamos que admitir que, estando em colisão duas regras, uma terceira seria utilizada para resolver o caso submetido ao juízo.

Neste sentido, a posição de Lenio Streck:

Na distinção lógica, pretende-se iluminar a distinção (na verdade cisão, entre regra e princípio a partir do momento aplicativo de cada um destes fenômenos jurídicos. Assim, diz-se que regras são aplicáveis por subsunção, ao passo que os princípios o são por ponderação (Alexy). Essa

31 BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004, p. 6.

questão está presente à sociedade na doutrina constitucional brasileira. Por todos, vale referir Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso, propondo que, para além da ponderação de princípios, deva existir, também, uma ponderação entre regras. Interessante notar que, se aceitarmos a tese proposta, a distinção oferecida por Alexy – inspiração constante para as proposições dos autores (e da maioria dos constitucionalistas de *terrae brasiliis*) – não se sustenta. Com efeito, se a ponderação é um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios de Alexy – como demonstrado alhures –, e se a ponderação é procedimento do qual o resultado será uma regra posteriormente subsumida ao caso concreto, o que temos como resultado da “ponderação de regras”? Uma “regra” da regra?. Uma regra para aplicação da regra? Penso, assim, que em termos práticos (no interior do pensamento alexyano), a distinção entre regras e princípios perde a função, uma vez que não há mais a distinção subsunção-ponderação. Observemos: nos termos propostos por Barcellos e Barroso, a ponderação aparece como procedimento generalizado de aplicação do direito. Desse modo, em todo e qualquer processo aplicativo, haveria a necessidade de uma “parada” para que se efetuasse a ponderação. Tal empresa – estender a ponderação para a aplicação de regras – se mostra destituída de sentido prático, visto que da regra irá resultar outra regra, essa sim aplicável ao caso.³²

Não fossem suficientes as críticas acima lançadas, a demonstrar que a denominada “ponderação de regras” não se sustenta ainda que se parta da sua teoria originária, pois em nenhum momento Alexy propôs ou admitiu este procedimento, mas, pelo contrário, indicou que é justamente este critério que distingue as regras dos princípios, ainda deve ser melhor analisada a própria “ponderação” (seja de regras ou de princípios), segundo a crítica que lhe é feita pela hermenêutica filosofia.

Isto porque a ponderação possui relação próxima com a discricionariedade. Esta procedimentalização elimina o caso concreto, abrindo um terreno fértil para a discricionariedade interpretativa e a conseqüente multiplicidade de respostas. Ao juiz será delegada a tarefa de resolver os casos difíceis, escolhendo o princípio a ser aplicado. Se no positivismo os casos difíceis eram solucionados pela discricionariedade do juiz, na teoria da argumentação, com a ponderação de princípios, também acaba resvalando para a discricionariedade, haja vista que delega ao juiz o poder de escolher o princípio aplicável.³³

A discricionariedade é admitida por Alexy, como se pode constatar do posfácio que compõe a edição para o português, quando afirma que: “neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário”.³⁴

Alexy se apresenta como pós-metafísico, mas em realidade não conseguiu superar a metafísica. Na sua teoria, procedimental, trouxe uma diversidade de regras que acabam retomando o pensamento metafísico. Ou seja, Alexy está preocupado com o problema da fundamentação³⁵, não tendo descolado para a questão existencial. Está, portanto, assentado, ainda, na filosofia da consciência. A proposta de um modelo lógico-subsumitivo para os casos fáceis é outra demonstração de que se encontra preso na filosofia da consciência. E no que se refere à ponderação, sempre leva a uma abstração em face do caso. Além do mais, ao admitir que um princípio prepondera sobre outro, é forçado a admitir que se negociam valores, prejudicando a força normativa da constituição.³⁶

32 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. op. cit., p. 562-3.

33 Idem, *ibidem*, p. 233.

34 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611.

35 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. op. cit. p. 237.

36 Idem, *ibidem*, p. 239.

Para a hermenêutica-filosófica, a resposta correta não decorreria desta procedimentalização, mas sim da reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do direito.³⁷

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, conclui-se que aqueles que advogam a possibilidade/necessidade de ponderar regras incorporaram de maneira equivocada a teoria alexyana, haja vista que este autor jamais propôs ou admitiu esta técnica aplicativa. Pelo contrário, Alexy indicou que é justamente este critério que distingue as regras dos princípios.

Não fosse suficiente a importação equivocada da teoria, para abranger hipóteses não previstas na origem, ainda se denota que aqueles que sufragam a possibilidade de ponderar regras olvidam-se de que quando o intérprete utiliza a técnica da ponderação, deverá percorrer as três etapas do procedimento (análise da necessidade, adequação e proporcionalidade), sendo que ao final resultará um regra (lei da colisão) que será aplicada ao caso concreto.

Sendo assim, na ponderação de regras teríamos que admitir que, estando em colisão duas regras, uma terceira seria utilizada para resolver o caso submetido ao juízo. Ou, na pertinente crítica de Lenio Streck, teríamos ao final uma “regra da regra”.

Ademais, admitir a possibilidade de ponderar regras seria ampliar as possibilidades de discricionariedade judicial, vez que tal procedimentalização resta por eliminar o caso concreto, abrindo terreno para ativismos e a consequente multiplicidade de respostas. Com efeito, a ponderação de regras seria o método utilizado na hipótese “casos difíceis” envolvendo conflito e/ou colisão de regras, sem que uma dessas fosse eliminada do ordenamento jurídico. Em outros termos, seria delegado ao juiz escolher a regra a ser aplicada ao caso concreto.

Em verdade, no âmbito da hermenêutica filosófica, a própria distinção entre regras e princípios é alvo de críticas, pois esta distinção estrutural representa uma operação de classificação normativa que se movimenta num nível puramente semântico, sem problematizar a questão da interpretação num nível pragmático-existencial.³⁸

Hermeneuticamente, não se propõe uma completa cisão entre regras e princípios, porque, enquanto as regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos, são os princípios que lhe darão legitimidade, ou seja, o problema da resposta correta será resolvido na medida em que seja descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso.³⁹

Por fim, deve restar assentado, também, que os princípios possuem a característica de recuperar o mundo prático. Por isso é que Lenio Streck irá indicar que o princípio só se realiza a partir de uma regra, é dizer, o princípio será o elemento compreensivo que vai além da regra, ou seja, transcende a sua onticidade.⁴⁰

37 Idem, *ibidem*, p. 240.

38 OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o conceito de princípio*. Op. cit, p. 198.

39 Idem, *ibidem*, p. 561-2.

40 Idem, *ibidem*, p. 571.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 9ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição*, in BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martinsfontes, 2011.
- MORAIS, Fausto Santos de. *A proporcionalidade como princípio epocal do Direito: o (dês)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da Nova Crítica do Direito*. 2010. 218f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2008.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)indeterminação do Direito*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008.
- POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretacion constitucional. In: *Doxa - Cuadernos de Filosofia del Derecho*, Biblioteca Virtual Miguel Cervantes., n.º 21, 1998, p. 339-353. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_25.pdf>. Acesso em 06.03.2007.
- TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael ; ABOUD, G. ; CARNIO, H. G. . *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

O DIREITO TRIBUTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Diálogos entre tributação e liberdade religiosa

TAX LAW AS AN INSTRUMENT OF CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS:

Dialogues between taxation and religious freedom

GABRIEL JONER⁴¹

RESUMO

O Brasil, revestido da faceta de Estado Democrático de Direito, albergou o valor “religiosidade” como uma das pilastras sobre as quais a sociedade brasileira está assentada, na condição de direito fundamental. Neste modelo estatal, os poderes públicos são coagidos a modificarem o *status quo*, com medidas ativas no sentido de viabilizar concretamente os direitos previstos no texto constitucional. Com pertinência ao direito de liberdade religiosa, a Constituição Federal elegeu o Direito Tributário como meio apto a efetivá-lo, a partir da regra de imunidade, impedindo que o Estado crie embaraços ao livre exercício de culto. Em suma, o Direito Tributário surge como instrumento de concretização de direitos fundamentais. Recentemente, o Brasil firmou acordo internacional com a Santa Sé, porém, o diploma internacional não trouxe inovações legislativas substanciais, mas apenas reforçou e, especialmente, consolidou a normativa pertinente às entidades religiosas, representando mais um instrumento na busca da efetivação dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Tributário. Direitos Fundamentais. Liberdade Religiosa. Acordo Brasil-Santa Sé.

ABSTRACT

Brazil, coated in the facet of the Democratic State of Law, harbored the value of “religiosity” as one of the pillars on which Brazilian society is based, as a fundamental right. In this state model, public authorities are coerced to change the status quo, with active measures in order to concretely enable the rights provided for in the constitutional text. Regarding to the right of religious freedom, the Federal Constitution chose the Tax Law as a capable means of effecting it, based on the immunity rule, preventing the State from creating obstacles to the free exercise of worship. Summarizing, the Tax Law appears as a concretizing instrument of fundamental rights. Recently, Brazil has signed an international agreement with the Holy See, but the international diploma did not bring substantial legislative innovations, but only reinforced and, especially, consolidated the pertinent legislation to religious entities, representing another instrument in the search for the realization of fundamental rights.

KEY WORDS:

Tax law, Fundamental Rights, Religious Freedom, Agreement Brazil, Holy See.

41 Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS. Especialista em Direito Público pela FMP. Especialista em Direito Tributário pela UFRGS. Advogado (OAB/RS). Professor da Universidade Feevale. Endereço eletrônico: gabriel.joner@hotmail.com. *Curriculum Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/0177086770281079>.

SUMÁRIO. 1 Introdução. 2 A concepção laica de estado e a liberdade religiosa. 3 A realização de direitos fundamentais a partir do direito tributário: o caso da liberdade religiosa. 4 Contornos jurídico-tributários da imunidade sobre os templos de qualquer culto: previsão constitucional x Acordo Brasil – Santa Sé. 4.1 O regramento constitucional. 4.2 As disposições do Acordo Brasil – Santa Sé. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil erigiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos sob o qual está assentado o Estado, adjetivado de Democrático de Direito⁴². Este princípio, considerado vértice do sistema dos direitos fundamentais⁴³, está calcado, entre outros, no direito de liberdade. (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009).

Não é por outra razão que o direito de liberdade encontra ressonância em diplomas protetivos de direitos humanos na seara internacional, tais como a Carta das Nações Unidas, de 26-6-1945, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 16-11-1945. No direito interno, igualmente há expressa previsão na Constituição Federal de 1988, em especial em seu Título II, que dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais.

O direito de liberdade, neste vasto contexto, não se resume a um conceito único, mas, em sentido oposto, desdobra-se em diversos subitens que, embora relacionados no seu cerne, refletem o direito em testilha nos seus mais variados prismas, entre os quais as “liberdades” de locomoção, de expressão, de reunião/associação, de consciência e, em destaque no presente estudo, a liberdade de religião.

Muito embora frequentemente seja confundido com o direito de consciência, a liberdade religiosa guarda especificidades que impedem a unicidade de conceitos. A liberdade de pensamento está relacionada à faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda, impedindo que o Estado interfira em sua esfera íntima, vedando que lhe imponham concepções filosóficas, ao mesmo modo que deve propiciar meios para que o cidadão possa externar suas convicções (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009).

De outra banda, a liberdade religiosa desdobra-se na liberdade de crença, de adesão à determinada religião e a liberdade de exercício do culto respectivo (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009). É, portanto, mais específica que a liberdade de consciência, dando enfoque ao direito do indivíduo crer e expressar sua crença em um ser superior, ou seja, exercer a sua espiritualidade. Dada esta concepção, ainda podem ser indicados como implicações deste direito a proteção às liturgias e aos locais de culto, a proteção aos templos e a proscrição de interferência nas liturgias.

No direito positivo, tais direitos encontram ressonância no art. 5º, VI da Constituição Federal, que estabelece ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”.

Como se pode observar pelos contornos acima traçados, o Direito Constitucional brasileiro

42 Art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.

43 Robert Alexy (2002) indica que o princípio da dignidade da pessoa humana configura uma espécie de meta-valor a orientar a interpretação dos demais direitos fundamentais.

albergou a liberdade religiosa como um direito a ser protegido e, inclusive, fomentado⁴⁴ pelo Estado. Em outros termos, é um valor que subjaz à República Federativa do Brasil. Ao passarem à condição de própria substância da Constituição, portanto, este valor (liberdade) deve ser convenientemente protegido pelo Estado e observado por todos os cidadãos.

Não basta, portanto, a mera previsão legal. Impera que se criem mecanismos aptos à sua efetiva implementação, sob pena de reduzi-los à mera demagogia literária.

Um dos mecanismos criados pelo constituinte para tornar concreto o exercício da liberdade religiosa foi estabelecer a imunidade de imposto sobre templos de qualquer culto, assim como sobre o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades, conforme expressa previsão no Texto Constitucional (art. 150, VI, “b” e §4º).

Constata-se, assim, que o Direito Tributário é utilizado, pelo constituinte, como um instrumento de concretização de direitos fundamentais. Mais especificamente, vale-se do instituto da *imunidade*, que consiste na exclusão de certas pessoas, bens, serviços, ou situações do alcance do poder de tributar. Ou seja, a imunidade carrega consigo um fundamento axiológico, onde o constituinte elege determinados valores carentes de proteção, utilizando-se o Direito Tributário como mecanismo para atingir o objetivo visado. Em outros termos, este ramo do Direito pode (e deve) ser utilizado para fomentar o fiel cumprimento dos direitos fundamentais.

Recentemente o Brasil firmou um acordo internacional com a Santa Fé, tratando, entre outros temas, da tributação aplicável à Igreja Católica no Brasil, o que vem gerando grande controvérsia sobre a constitucionalidade da normativa, sob o argumento de violação do princípio da laicidade estatal.

O objetivo do presente artigo será abordar, de forma crítica, o relacionamento entre o Direito Tributário e o direito à liberdade religiosa, especialmente a partir do acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé.

2. A CONCEPÇÃO LAICA DE ESTADO E A LIBERDADE RELIGIOSA

Como expressão sinônima de “Estado Laico”, pode-se utilizar “Secularização do Estado”⁴⁵, representando, ambas, a organização estatal segundo o regramento civil, em contraposição ao Estado Religioso, onde as normas e decisões adotadas por entidades religiosas determinam também a administração pública e o relacionamento entre particulares, e não apenas o exercício da fé.

A secularização traz enormes implicações na seara jurídica, recebendo atenção especial dos constitucionalistas. Com efeito, a desvinculação entre Igreja e Estado provoca uma verdadeira ruptura paradigmática. Em robusta monografia sobre o tema, o português Jónatas Eduardo Mendes Machado indica que, ao longo da história, diversos fatores levaram à convicção quanto à impossibilidade de um consenso teológico susceptível de fundar toda a vida comunitária, o que levou as sociedades a buscarem novas bases, racionalmente acessível a todos.

44 É o que dispõe, por exemplo, o art. 5º, VII da Constituição Federal, ao dispor que: “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”;

45 O conceito de secularização nos é dado pelo português Jónatas Eduardo Mendes Machado, ao indicar que: “consiste no processo pelo qual a sociedade se afastou do controlo da Igreja, de forma que a ciência, a educação, a arte e a política ficaram livres da conformidade com o dogma teológico e as hierarquias eclesiais.” (1996, p. 93)

A religião, que antes cimentava toda a estrutura social, passou a ser um entre muitos subsistemas sociais. Ocorreu um fenômeno de privatização da religião, ou seja, não estava mais ligada à esfera pública, ao Estado (MACHADO, 1996, p. 94). Esta situação, de forma alguma, pode ser entendida como existência de qualquer intenção persecutória dirigida à religião, de uma tentativa de limitação das manifestações religiosas, a serem relegadas exclusivamente ao âmbito doméstico, ou ao esvaziamento dos símbolos religiosos. Ao contrário, a privatização da religião tem um sentido claramente libertador e inclusivo, implicando na impossibilidade de interferência coercitiva na administração interna das entidades religiosas, bem como evitando a politização da religião. Portanto, traz um caráter de proteção às organizações confessionais (MACHADO, 1996, p. 94).

A atual Constituição Federal brasileira acolheu o princípio da laicidade estatal, estabelecendo, em seu art. 19, I (primeira parte) que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estabelecer cultos religiosos ou igrejas, ou subvencioná-los. Não obstante, o art. 5º, VI estabelece a liberdade de organização religiosa, que diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado (SILVA, 2002).

No Brasil, a secularização teve início com o Decreto 119-A, datado de 7.1.1890. Em seguida, a Constituição de 1891 consolidou a separação entre Estado e Igreja e os princípios básicos da liberdade religiosa. A partir de então, o Brasil tornou-se um estado laico, admitindo e respeitando todas as vocações, isto porque o Decreto 119-A reconheceu a personalidade jurídica de todas as igrejas e confissões religiosas (RIBEIRO, 2002).

Todavia, não obstante à previsão constitucional de que os entes federados não possam estabelecer cultos religiosos ou igrejas, isso não significa que o Estado brasileiro seja avesso à religiosidade. A própria Constituição Federal possui diversos dispositivos admitindo-a e, inclusive, fomentando-a.⁴⁶

Portanto, o Estado brasileiro, ainda que laico, não é inimigo da fé. Tanto é verdade que o mesmo dispositivo constitucional que estabelece a secularização, também admite a colaboração com entidades religiosas, quando estiver presente o interesse público.⁴⁷

Por esta razão é que se tem admitido, na ordem constitucional, que o Brasil possa firmar acordos com entidades religiosas, mesmo na esfera internacional, citando-se como exemplo o Acordo Brasil – Santa Sé. Paulo Gustavo Gonet Branco corrobora a viabilidade jurídica do acordo em evidência, sem ferir o princípio da laicidade estatal (frizando que quando a obra consultada foi editada, ainda não havia sido firmado o acordo internacional em questão, tendo o autor manifestado sua opinião de *lege ferenda*):

46 Exemplificadamente: o art. 210, § 1º, que possibilita o ensino religioso em escolas públicas, ainda que sob a forma de disciplina facultativa. Também admite a produção de efeitos civis dos casamentos religiosos (art. 226, §§ 1º e 2º). Do mesmo modo, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva é considerada um direito fundamental (art. 5º, VII). Aliás, o próprio preâmbulo estabelece que a Constituição é promulgada “sob a proteção de Deus”, ao mesmo tempo em que é reconhecido o direito ao exercício da liberdade religiosa.

47 Esta tese é defendida por Paulo Gustavo Gonet Branco, quando aduz que: “A laicidade do Estado não significa, por certo, inimizado com a fé. Não impede a colaboração com confissões religiosas, para o interesse público (art. 19, I). A sistemática constitucional acolhe, mesmo, expressamente, medidas de ação conjunta dos Poderes Públicos com denominações religiosas e reconhece como oficiais certos atos praticados no âmbito de cultos religiosos, como é o caso da extensão dos efeitos civis do casamento religioso.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártirez; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009)

“Neste sentido, não há embaraço – ao contrário, parecem bem-vindas, como ocorre em tantos outros países – a iniciativa como a celebração de concordata com a Santa Sé, para a fixação de termos de relacionamento entre tal pessoa de direito internacional e o país, tendo em vista a missão religiosa da Igreja de propiciar o bem integral do indivíduo, coincidente com o objetivo da República de “promover o bem de todos” (art. 3º, IV da CF). Seria erro grosseiro confundir acordos dessa ordem, em que se garantem meios eficazes para o desempenho da missão religiosa da Igreja, com a aliança vedada pelo art. 19, I, da Constituição. A aliança que o constituinte repudia é aquela que inviabiliza a própria liberdade de crença, assegurada no art. 5º, VI, da Carta, por impedir que outras confissões religiosas atuem livremente no país.⁴⁸

Deste modo, segundo tal posicionamento, o Acordo Brasil-Santa Sé goza de validade jurídica, sem afrontar o princípio do Estado laico, pois de modo algum inviabiliza o direito à liberdade de crença, nem tampouco impede que outras confissões religiosas atuem livremente no país. Pelo contrário, o acordo veio a reforçar os princípios consagrados no texto constitucional, inclusive a diversidade religiosa, não afrontando, deste modo, o art. 19, I do Texto Maior.

Evidentemente, não se poderia admitir qualquer violação aos referidos direitos fundamentais, expressamente previstos na Constituição Federal/88 (art. 5º, VI). Segundo o regramento constitucional, a liberdade religiosa pode assumir diversas facetas, podendo ser citadas: a) a liberdade de escolha da religião; b) a liberdade de aderir à determinada seita religiosa; c) a liberdade de mudar de religião; d) a liberdade de não aderir a qualquer religião; e) a liberdade de ser ateu. O exercício destas liberdades, todavia, não pode implicar no embaraço ao direito alheio, ou seja, o agnosticismo não pode prejudicar a liberdade daquele que crê no divino. (SILVA, 2002).

A proibição de embaraçar o direito à liberdade religiosa deve ser observada, também e preponderantemente, pelo Estado. Aliás, esta vedação está expressamente prevista no já mencionado art. 19, I da Constituição Federal, sendo que um dos mecanismos criados para implementar esta proscrição foi a previsão de imunidade tributária dos templos de qualquer culto, tal como estabelecido no art. 150, VI, “b”.⁴⁹

3. A REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DO DIREITO TRIBUTÁRIO: O CASO DA LIBERDADE RELIGIOSA

A República Federativa do Brasil erige-se em Estado Democrático de Direito, ou seja, um modelo estatal que se caracteriza por albergar os valores primordiais da sociedade, protegendo-os e, acima de tudo, agindo no sentido de torná-los concretos e realizáveis, não em uma postula de proteção negativa, mas sim um conteúdo transformador, positivo.

Para que o Estado implemente estes direitos e garantias fundamentais, ou seja, para que tutele adequadamente os valores sociais eleitos e protegidos no texto constitucional, é preciso criar mecanismos, válidos como instrumentos concretizadores das promessas constitucionais.

48 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártirez; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 462-3.

49 Na lição de Paulo Gustavo Gonet Branco: Para evitar que o Estado crie embaraços à liberdade de religião, o constituinte estabelece a imunidade de impostos aos templos de qualquer culto, no art. 150, VI, “b”, do Texto Magno. (...) Além disso, como o dispositivo se vincula à liberdade de religião, a imunidade deve dizer respeito a culto religioso. Seitas que não tenham natureza religiosa devem ser consideradas alheias à hipótese de imunidade (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártirez; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit, p. 511)

No que se refere ao direito de liberdade religiosa, um dos meios utilizados pelo ente estatal para sua proteção foi a criação de imunidades tributárias, conforme previsão no art. 150, VI, “b” e §4º⁵⁰. Segundo este dispositivo, é vedado aos entes políticos das três esferas instituírem impostos sobre templos de qualquer culto, sendo que esta vedação compreende somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Portanto, constata-se que o constituinte originário optou por utilizar o Direito Tributário como mecanismo de tutela do direito de liberdade religiosa, ao vedar a instituição de impostos sobre os templos de qualquer culto, valendo-se, para tanto, do instituto da imunidade.

A doutrina clássica conceituava a imunidade como uma “limitação constitucional ao poder de tributar” (BALEIRO, 1977, p. 70). Já para a doutrina moderna, a imunidade é regra de competência, como assevera, exemplificadamente, Humberto Ávila (2010), para quem a imunidade constitui uma subtração do poder de tributar, por meio de norma constitucional que impõe uma limitação negativa de competência.

Todavia, para o nosso estudo, muito mais importante do que estudar as imunidades a partir da sua natureza jurídica, é verificar a justificativa de sua previsão constitucional. Ocorre que, ao prever uma regra limitativa de competência, objetiva-se assegurar a observância de um direito fundamental, é dizer, tutelar para que os valores máximos da sociedade sejam implementados.

Se a principal característica do Estado Democrático de Direito é a de transformador do *status quo* (MIRANDA, 2000, p. 29), as regras de imunidade nada mais representam do que um dos instrumentos utilizados para atingir este objetivo. A Constituição se vale do Direito Tributário para garantir o efetivo exercício dos direitos pelos cidadãos.

A doutrina nacional bem analisa a questão, asseverando o fundamento axiológico das imunidades. Neste sentido, o renomado tributarista Luciano Amaro:

O fundamento das imunidades é a preservação de valores que a Constituição reputa relevantes (a atuação de certas entidades, a liberdade religiosa, o acesso à informação, a liberdade de expressão, etc.), que faz com que se ignore a eventual (ou efetiva) capacidade econômica revelada pela pessoa (ou revelada na situação), proclamando-se, independentemente da existência dessa capacidade, a não tributabilidade das pessoas ou situações imunes (2003, p. 148).

Logo, a imunidade possui um fundamento valorativo subjacente, tendo o constituinte utilizado o Direito Tributário como ferramenta capaz de protegê-lo. Em outros termos, este ramo do Direito pode (e deve) ser utilizado para fomentar o fiel cumprimento dos direitos fundamentais.

Outra não é a lição de Humberto Ávila, que também enfoca o caráter instrumental das imunidades, relacionadas à consecução das atividades primordiais de uma nação, *in verbis*:

50 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

b) templos de qualquer culto;

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

As atividades e objetos que estão fora do poder de tributar são decorrência dos fins a serem promovidos pelo Estado. Os fatos e situações excluídos do poder de tributar do Estado correspondem a fatos e situações cuja soma forma atividades a serem estimuladas pelo Estado. O dever de o Estado garantir a estrutura federativa implica excluir de cada ente federado o poder de tributar o patrimônio, renda ou serviços dos outros (art. 150, VI, “a”). O dever de o Estado estimular e garantir a liberdade religiosa e de culto implica excluir da tributação os templos de qualquer culto (art. 150, VI, “b”). O dever do Estado em garantir o processo democrático, em erradicar a pobreza e promover o desenvolvimento social implica excluir da tributação o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI, “c”). O dever de o Estado estimular a difusão de ideias implica na proibição de tributar os livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão (art. 150, VI, “d”). Isso equivale dizer que a causa justificativa da imunidade é facilitar, por meio da exclusão de encargos tributários, a consecução de finalidade que devem ser atingidas pelo próprio Estado. A supressão (interna) de uma parcela do poder de tributar por meio de norma constitucional recebe o nome de imunidade (2010, p. 218).

Não há dúvidas de que o direito de exercício da liberdade religiosa foi erigindo à condição de direito fundamental, gozando de máxima proteção estatal, tanto que expressamente previsto no rol do art. 5º da Constituição Federal, que apresenta os direitos e garantias fundamentais. Inclusive, dada esta característica, constitui cláusula pétreia, não podendo ser objeto de emenda constitucional tendente a aboli-la.

Assim, o constituinte de 1988 – que estabeleceu estar a República Federativa do Brasil erigida em Estado Democrático de Direito, fomentador dos direitos fundamentais, transformador do *status quo* (MORAIS e STRECK, 2000), nunca é demasiado repetir – valeu-se do Direito Tributário, mais precisamente da regra de imunidade prevista no art. 150, VI, “b” e §4º, como o meio hábil a tornar concreto o direito de exercício da liberdade religiosa, ao vedar a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto.

4. CONTORNOS JURÍDICO-TRIBUTÁRIOS DA IMUNIDADE SOBRE OS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO: PREVISÃO CONSTITUCIONAL X ACORDO BRASIL – SANTA SÉ

4.1 O REGRAMENTO CONSTITUCIONAL

Historicamente, a imunidade tributária sobre os “templos” foi prevista pela primeira vez em um diploma legal pátrio na Constituição Federal de 1946, quando o art. 31, inciso V, “b”, dispunha que à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios era vedado lançar impostos sobre “templos de qualquer culto, bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de assistência social”, com a advertência de que suas rendas fossem aplicadas integralmente no País, para os respectivos fins (NETO, 2010).

Na Constituição Federal de 1988 a imunidade em voga foi repetida, com previsão no art. 150, VI, “b”, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

b) templos de qualquer culto;

Conforme leciona Humberto Ávila (2010), o dispositivo em questão representa o dever de o Estado garantir a liberdade religiosa (art. 5º, VI), com a correspondente proibição de instituir impostos relativamente a templos de qualquer culto (art. 150, VI, b). Ainda, o citado tributarista adverte que:

De acordo com o art. 5º, VI, é inviolável a liberdade de consciência e de crença. Além disso, é garantido o livre exercício dos cultos religiosos. O livre exercício só é maximamente garantido quando proibida a instituição de impostos relativamente aos templos de qualquer culto (2010, p. 229).

Assim, para compreensão desta regra de imunidade, necessário delimitar os contornos da expressão “templos de qualquer culto”.

Primeiramente quanto ao vocábulo “templo”, a doutrina que aborda a temática pode ser dividida em clássica e em contemporânea. A primeira traz uma definição restritiva, limitando-se ao prédio (construção humana). A segunda alega que o termo deve ser compreendido não apenas quanto aos prédios envolvidos no culto religioso, mas também à própria instituição religiosa.

Mesmo a corrente clássica possui subdivisões, onde uma parcela de doutrinadores, mais rigorosa, aduz que a imunidade é aplicável tão somente no prédio onde o culto é realizado. Como exemplo desta subdivisão pode ser citado Pontes de Miranda: “Ficam imunes a impostos os templos de qualquer culto; não, porém, as casas de residências dos padres, pastores, rabinos etc., salvo se dentro do próprio edifício do templo” (1987, p. 425). Ou seja, a imunidade se restringe ao prédio onde o culto é celebrado.

Ainda dentro da doutrina clássica, mas com um enfoque mais flexível, Aliomar Baleeiro (interpretando a regra em questão ao tempo da Constituição de 1967), entendia que a imunidade dos “templos” abrangia não só o prédio onde se realizam os cultos religiosos, mas também outros relacionados ao exercício da fé. Assim ensinava:

O templo não deve ser apenas a igreja, sinagoga ou edifício principal, onde se celebra a cerimônia pública, mas também dependência acaso contígua, o convento, os anexos por força de compreensão, inclusive a casa ou residência especial do pároco ou pastor, pertencente à comunidade religiosa, desde que não empregados em fins econômicos (1977, p. 8).

Já a doutrina contemporânea dá ao instituto uma interpretação ampliativa, ultrapassando a restrição aos prédios onde se celebram os cultos, mas abrangendo inclusive a própria instituição religiosa. Neste sentido é a lição de Ives Gandra Martins:

Ora, os templos de qualquer culto não são, de rigor, na dicção constitucional, os “prédios onde os cultos se realizam, mas as próprias igrejas. O que o constituinte declarou é que, sem quaisquer restrições, as Igrejas de qualquer culto são imunes de todos os impostos. Não o prédio, mas a instituição. É de se lembrar que o vocábulo “igreja” tanto serve para designar a instituição como o prédio, o mesmo se podendo dizer do vocábulo “templo”, extensivo ao próprio corpo humano – quando Cristo, ao referir-se ao Templo que se construiria em três dias, depois destruído, não se referiu ao templo de Jerusalém, mas a seu próprio corpo (1998, p. 79)

Não obstante à digressão doutrinária, retro abordada, é certo que a imunidade tributária dos templos de qualquer culto não pode ser estudada sem levar em consideração o disposto no § 4º, do art. 150, da Constituição Federal – que faz expressa referência à alínea “b”, do inciso VI – ao estabelecer

que a imunidade só é aplicável quanto ao patrimônio, renda e serviços relacionados às atividades essenciais das entidades nela mencionadas.

Também neste tópico a doutrina nacional apresenta divergências, podendo as concepções serem classificadas como restritivas, moderadas e ampliativas.

Para a primeira (restritiva), o patrimônio, renda ou serviços só não serão tributados se estiverem diretamente ligados às necessidades essenciais da entidade religiosa, ou na sua manutenção. Em outras palavras, não será aplicável a regra em questão quando as religiões explorarem atividades outras que não vinculadas às suas atividades essenciais, como é o caso de exploração de atividades econômicas. Esta é a posição de Hugo de Britto Machado, quando aduz que “pode incidir imposto sobre bens pertencentes à igreja, desde que não sejam instrumentos desta” (2001, p. 237).

Para a corrente moderada, a imunidade pode ser estendida a outras atividades, desde que relacionadas ao culto, ou ainda quando executadas dentro do âmbito da igreja. Posição esta que é defendida por Celso Bastos, ao dispor que:

A atividade, portanto, será imune na medida em que praticada nos templos e com a finalidade da prestação de culto. Assim, englobam-se as demais espécies tributárias que abarcam a transação com mercadorias, ICM, que abarcam a prestação de serviços, ISS, toda vez que essas atividades estejam vinculadas física e teleologicamente ao culto e ao templo. Assim, venda de objetos litúrgicos, dentro do âmbito da igreja ou no seu átrio, efetuadas por pessoas ligadas ao próprio culto, estão imunes. O mesmo não se dá com a venda desses mesmos objetos efetuada, quer por ordens religiosas, quer por comerciantes leigos, fora do âmbito espacial do templo. (1978, p. 233)

A posição ampliativa é defendida por Ives Gandra da Martins, ao advertir que apenas se a atividade econômica provocar desequilíbrio na concorrência, a imunidade não se aplica, visto que a destinação exclusiva para as finalidades das entidades imunes, que não provoque desequilíbrio na livre concorrência, não retira a imunidade de tais atividades (1988, p. 31).

Uma vez expostas as bases doutrinárias que circundam a temática, cumpre agora apresentar a posição adotada perante o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, intérprete autorizado da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de enfrentar a questão, ganhando destaque o julgamento proferido em sessão plenária, quando a Mitra Diocesana de Jales/SP, postulava o reconhecimento da imunidade com relação ao IPTU, não só em relação ao local onde se realizavam os cultos da entidade religiosa, mas a todos os seus imóveis, tanto os ligados a atividades pastorais (residência dos padres, locais de reunião e administração, centros pastorais etc.), mas também os imóveis alugados a terceiros. O julgado restou assim ementado:

EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, “b” e § 4º, da Constituição. 3. Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. 4. A imunidade prevista no art. 150, VI, “b”, CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços “relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”. 5. O § 4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas “b” e “c” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas. 6. Recurso extraordinário provido.⁵¹

51 RE 325822, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2002, DJ 14-05-2004 PP-00033 EMENT VOL-02151-02 PP-00246

Como se pode ver, a Corte Suprema, ao apreciar novamente a matéria, agora sob os auspícios da Constituição Federal de 1988, acolheu a corrente moderada, admitindo a aplicação da imunidade não apenas quanto aos prédios onde são celebrados os cultos religiosos, mas também sobre os demais relacionados à atividade da igreja. Mesmo aqueles imóveis eventualmente alugados a terceiros podem estar acobertados pela imunidade, quando restar provado que sua renda é utilizada para subsidiar as atividades consideradas essenciais da instituição.

4.2 AS DISPOSIÇÕES DO ACORDO BRASIL – SANTA SÉ

Não obstante o regramento constitucional, inexistia dispositivo legal de hierarquia inferior tratando da matéria, seja mediante lei complementar ou lei ordinária. Aliás, o tratamento jurídico dispensado às entidades religiosas sempre foi parco, praticamente inexistente, restando limitado ao Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, que estabeleceu o Estado laico em nosso país e, ao mesmo tempo, também previu o direito à liberdade de cultos. Afora este diploma, há total omissão do legislador pátrio sobre a temática. Especialmente quanto ao tratamento tributário dispensado a estas instituições, a normativa limita-se ao texto constitucional. (BALDISSERI, 2012).

Recentemente, todavia, a República Federativa do Brasil entabulou um acordo com a Santa Sé, denominado de “Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil” (firmado entre as Altas Partes Contratantes no dia 13 de novembro de 2008), almejando garantir e fomentar a liberdade de crença, através da previsão de determinadas garantias, inclusive de cunho tributário.

Ao todo, o Acordo contém 20 artigos abordando os mais variados aspectos das relações da Igreja Católica. Inicialmente, o preâmbulo contém os princípios e as razões constitutivas e históricas que implicaram na celebração da avença, indicando suas fontes e as intenções das Altas Partes, especialmente a de fortalecer e incentivar as mútuas relações já existentes.

Dentre os vários pontos abordados pelo Acordo Brasil – Santa Sé, destacamos o tratamento jurídico tributário destinado às instituições religiosas, previsto nos art. 5º e 15.

Os dispositivos legais em comento possuem a seguinte redação:

Artigo 5º

As pessoas jurídicas eclesásticas, reconhecidas nos termos do Artigo 3º, que, além de fins religiosos, persigam fins de assistência e solidariedade social, desenvolverão a própria atividade e gozarão de todos os direitos, imunidades, isenções e benefícios atribuídos às entidades com fins de natureza semelhante previstos no ordenamento jurídico brasileiro, desde que observados os requisitos e obrigações exigidos pela legislação brasileira.

Artigo 15

Às pessoas jurídicas eclesásticas, assim como ao patrimônio, renda e serviços relacionados com as suas finalidades essenciais, é reconhecida a garantia de imunidade tributária referente aos impostos, em conformidade com a Constituição brasileira.

§ Único. Para fins tributários, as pessoas jurídicas da Igreja Católica que exerçam atividade social e educacional sem finalidade lucrativa receberão o mesmo tratamento e benefícios outorgados às entidades filantrópicas reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, em termos de requisitos e obrigações exigidos para fins de imunidade e isenção.

O art. 15 trata da imunidade de impostos concedida às pessoas jurídicas eclesiásticas, bem como a seu patrimônio, renda e serviços, relacionados com a sua atividade fim, em sintonia com o disposto na Constituição Federal (art. 150, VI, b). Verifica-se que o Acordo não repetiu a expressão “templos de qualquer culto”, tão largamente utilizada na história do Direito Constitucional, inclusive no atual texto.

Certamente aqui voltará à tona a discussão sobre o alcance da imunidade concedida às entidades religiosas. Como anteriormente referido, a doutrina nacional travou célebres discussões sobre o alcance da expressão “templos de qualquer culto”, dividindo-se entre a clássica e a contemporânea. Verifica-se que o Acordo restou por acolher a corrente contemporânea, que dá à imunidade uma interpretação ampliativa, aduzindo que a imunidade não se restringe apenas aos prédios onde se celebram os cultos, mas abrangendo inclusive a própria instituição religiosa. Neste sentido lecionam Ives Gandra Martins⁵² e Roque Antonio Carraza.⁵³

Questão interessante diz respeito ao art. 5º e ao parágrafo único do artigo 15, ao estabelecer que as pessoas jurídicas da Igreja Católica (e demais instituições religiosas, vez que o acordo não trouxe qualquer limitação neste sentido), que exerçam atividade social e educacional sem finalidade lucrativa receberão o mesmo tratamento e benefícios outorgados às entidades filantrópicas reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Evidentemente que, para poder gozar do benefício legal, deverão cumprir os requisitos e obrigações exigidos pela legislação para fins de imunidade e isenção.

Tais dispositivos vieram para solucionar antiga dúvida que pairava sobre o assunto, qual seja, se as organizações religiosas (pessoas jurídicas eclesiásticas) também poderiam receber certificação (antiga filantropia). A questão resta superada, frente ao novo regramento legal.

Atualmente, a legislação que regulamenta a matéria da certificação é a Lei 12.101/09, que também não traz qualquer vedação à atuação da entidade em mais de um segmento social. Aliás, o próprio art. 22 da referida lei prevê expressamente a possibilidade de cumulações de atividades⁵⁴, assim como o art. 33.⁵⁵

CONCLUSÃO

Como visto, o Brasil, revestido da faceta de Estado Democrático de Direito, ou seja, adotando o paradigma estatal que possui características substantivas, e não meramente procedimentais, albergou o valor “religiosidade” como uma das pilastras sobre as quais a sociedade brasileira está assentada.

52 Ora, os templos de qualquer culto não são, de rigor, na dicção constitucional, os prédios onde os cultos se realizam, mas as próprias igrejas. O que o constituinte declarou é que, sem quaisquer restrições, as Igrejas de qualquer culto são imunes de todos os impostos. Não o prédio, mas a instituição. É de se lembrar que o vocábulo “igreja” tanto serve para designar a instituição como o prédio, o mesmo se podendo dizer do vocábulo “templo”, extensivo ao próprio corpo humano – quando Cristo, ao referir-se ao Templo que se construiria em três dias, depois destruído, não se referiu ao templo de Jerusalém, mas a seu próprio corpo. (MARTINS, 1998, p. 79)

53 “Esta imunidade, em rigor, não alcança o templo propriamente dito, isto é, o local destinado à cerimônia religiosa, mas, sim, à entidade mantenedora do templo, a igreja”. (CARRAZA, 2006, p. 716-7)

54 Art. 22. A entidade que atue em mais de uma das áreas especificadas no art. 1º deverá requerer a certificação e sua renovação no Ministério responsável pela área de atuação preponderante da entidade.

Parágrafo único. Considera-se área de atuação preponderante aquela definida como atividade econômica principal no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda.

55 Art. 33. A entidade que atue em mais de uma das áreas a que se refere o art. 1º deverá, na forma de regulamento, manter escrituração contábil segregada por área, de modo a evidenciar o patrimônio, as receitas, os custos e as despesas de cada atividade desempenhada.

Não causa espécie a eleição deste princípio como um dos direitos fundamentais da República, pois o exercício da fé representa uma das mais inatas características do ser humano.

Considerando que, neste modelo estatal, os poderes públicos são coagidos a modificarem o *status quo*, com medidas ativas no sentido de não apenas garantir, mas viabilizar concretamente os direitos previstos no texto Constitucional, faz-se necessário criar mecanismos para que tais objetivos sejam alcançados.

Com pertinência ao direito de liberdade religiosa, a Constituição Federal elegeu o Direito Tributário como meio apto a efetivar este direito fundamental, a partir da regra de imunidade, ou seja, limitação constitucional ao poder de tributar, que impede a instituição de impostos sobre as práticas religiosas. Ou seja, não permite que o Estado crie embaraços ao livre exercício de culto.

O Acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé nada mais representa que um instrumento para atingir este desiderato. O diploma internacional não trouxe inovações legislativas substanciais, mas apenas reforçou e, especialmente, consolidou a normativa pertinente às entidades religiosas. (BALDISSERI, 2011)

Deve-se ter em mente, também, que o Acordo não trouxe nenhuma vantagem exclusiva para a Igreja Católica, não obstante um dos sujeitos envolvidos (Santa Sé) e a denominação utilizada (Estatuto Jurídico da Igreja Católica). É que, ao não inovar no cenário jurídico, o acordo não criou privilégios para uma organização religiosa em específico, haja vista que todo o regramento já está determinado pelo Texto Constitucional, que tem aplicação geral e irrestrita. De qualquer modo, deve, ainda que trouxesse determinado benefício a esta entidade, seria extensível às demais por força do princípio da igualdade tributária (art. 150, II, CF/88).⁵⁶

Nesta vereda, entendemos que instrumentos de efetivação de direitos previstos no Acordo, como são as imunidades tributárias previstas nos arts. 5º e 15, representam um elo muito interessante com a garantia de exercício de culto, pois impedem o embaraço estatal nas atividades religiosa, como, aliás, já previsto na Constituição Federal em seu art. 150, VI, “b”, bem como no art. 19, I.

Assim, embora não tenha outorgado nenhuma inovação legislativa, o Acordo veio para reforçar e consolidar a temática relativa ao Direito Tributário aplicável às organizações religiosas, merecendo o louvor da comunidade jurídica, vez que os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos merecem, cada vez mais, a atenção das autoridades que governam este país.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993-2002.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

56 Esta é a conclusão a que chega o Dr. Ives Gandra, ao comentar o art. 15 do diploma internacional: “O inciso IV do art. 3º da CF, ao não permitir qualquer discriminação de qualquer natureza, no regime democrático brasileiro, assim como diversos dos dispositivos do art. 5º mostram, pois, que o art. 15 do Tratado é apenas reiterativo daquilo que está insito nas cláusulas constitucionais citadas. (2012, p. 213)

- BALDISSERI, Lorenzo. *Diplomacia Pontifícia: acordo Brasil – Santa Sé: intervenções*. São Paulo: LTr, 2011.
- _____. Relações Diplomáticas entre o Brasil e a Santa Sé. In *Acordo Brasil – Santa Sé Comentado*. Lorenzo Baldisseri e Ives Gandra Martins Filho (organizadores). São Paulo: LTr, 2012.
- BALEIRO, Aliomar. Imunidades e isenções tributárias. *Revista de Direito Tributário* n.º1, jul/set 1977.
- BASTOS, Celso. Imunidade dos Templos. In: *Revista de Direito Tributário* n.º 5. São Paulo, Ano II, julho/setembro de 1978, p. 233.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 325822, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2002, DJ 14-05-2004 PP-00033 EMENT VOL-02151-02 PP-00246
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006
- MACHADO, Hugo de Britto. *Comentários ao Código Tributário Nacional*, vol. II. São Paulo: 2004.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra Editora: Coimbra, 1996
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades condicionais e incondicionais – Inteligência do art. 150, Inciso VI e §4º e Art. 195, §7º da Constituição Federal*. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 28, janeiro/1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártirez; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 4. ed., revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- NETO, Roberto Medaglia Marroni, Imunidade dos templos de qualquer culto, in: *Imunidades Tributárias e Direitos Fundamentais*. Luiz Felipe Silveira Difini (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010
- RIBEIRO, Milton. *Título Liberdade religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo: Mackenzie, 2002
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDIAÇÃO ACERCA DA PERSPECTIVA NA TRANSFORMAÇÃO DO PARADIGMA DO SISTEMA JUDICIAL

MEDIATION ON THE PERSPECTIVE IN TRANSFORMING THE PARADIGM OF THE JUDICIAL SYSTEM

LUIZ ERNANI BONESSO DE ARAÚJO⁵⁷
 MARIA CÉLIA ALBINO DA ROCHA⁵⁸
 MARIA PAULA DA ROSA FERREIRA⁵⁹

RESUMO

A mediação é um instrumento de resgate de diálogos que induz a participação das pessoas envolvidas em um determinado conflito, na busca pelo alcance efetivo da resolução dos seus próprios problemas. Nesse sentido, investiga se a mediação é um mecanismo que proporciona a diminuição ou a solução da crise do judiciário, como também corresponde às pretensões da sociedade no tocante ao acesso à justiça e sua efetivação? Este artigo se perfaz na análise da mediação como forma alternativa de solução de conflitos sob o prisma do acesso à justiça. Nessa lógica, o presente trabalho apresenta os benefícios da mediação, aduz como forma de incentivo na escolha e realização de acordo. Essa análise objetiva apontar os reflexos da inserção da mediação nos dispositivos jurídicos do Código Processual Civil de 2015 e as eventuais mudanças trazidas ao sistema judicial, bem como demonstrar a relevância da função do mediador na condução da audiência na busca de um resultado satisfatório para as partes. Assim sendo, envereda-se em um estudo de modo qualitativo com emprego da pesquisa bibliográfica. O estudo dessa temática é importante por ser um mecanismo de pacificação social que proporciona uma justiça mais célere, com isso, reproduz bons resultados aos litigantes, ao sistema judiciário e à sociedade brasileira. Dessa forma, verifica-se que a audiência de mediação tem tido resultados positivos, principalmente, nas questões do âmbito familiar, e por meio dela o Poder Judiciário tem resolvido demandas complexas e evitado ações futuras.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Instrumento consensual. Poder Judiciário.

ABSTRACT

Mediation is an instrument for the rescue of dialogues that induces the participation of those involved in a given conflict, in the search for the effective reach of solving their own problems. In this sense, it investigates whether mediation is a mechanism that provides for the reduction or solution of the crisis of the judiciary, but also corresponds to the pretensions of society regarding access to justice and its effectiveness? This article is made in the analysis of mediation as an alternative form of conflict resolution under the prism of access to justice. In this logic, the present work presents the benefits of mediation, as a form of incentive in the choice and realization of agreement. This objective analysis

57 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, professor titular da graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. E-mail: Luiz.bonesso@gmail.com.

58 Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direitos Emergentes na Sociedade Global da Universidade Federal de Santa Maria, Linha de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Graduada em Direito pela Unichristus. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário de Araras “Dr. Edmundo Ulson” e especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Advogada. E-mail: celiarocha45@hotmail.com.

59 Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direitos Emergentes na Sociedade Global da Universidade Federal de Santa Maria, Linha de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano. Advogada. E-mail: mariapauladarosa@gmail.com.

points to the reflexions of the insertion of mediation in the legal provisions of the Civil Procedure Code of 2015 and the possible changes brought to the judicial system, as well as to demonstrate the relevance of the function of the mediator in the conduct of the audience in search of a satisfactory result for the parties. Therefore, a qualitative study is undertaken with the use of bibliographical research. The study of this theme is important because it is a mechanism of social pacification that provides a faster justice, with that, it reproduces good results to the litigants, to the judicial system and to the Brazilian society. Thus, it can be seen that the mediation hearing has had positive results, mainly in family matters, and through it the Judiciary has solved complex demands and avoided future actions.

Keywords: Access to justice. Consensus instrument. Judiciary.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Brasil tem enfrentado alguns problemas nacionais, dentre eles, se apresenta a crise do Poder Judiciário com sua morosidade, conseqüentemente, encandeia na redução de efetivações de direitos. E para amenizar essa situação da justiça foram inseridos no Novo Código de Processo Civil, meios alternativos de solução de conflitos: conciliação e mediação.

Nesse impasse constante para solucionar o tal problema apontado, coube ao legislativo alterar o ordenamento jurídico e embutir na legislação acerca do tema, um dispositivo jurídico incentivando os operadores do direito as realizações dos institutos conciliação e mediação.

O presente estudo faz uma análise, especialmente, da mediação como acesso à justiça, demonstrando seus benefícios e sua aplicação, se valendo dos resultados satisfatórios já ocorridos na aplicação da mencionada ferramenta. Na expansão do uso da mediação já se percebe no judiciário bons resultados, apesar de existir morosidade, e este serem um dos elementos que contribuem para o atual caos, os acordos realizados existentes tem refletido nos cernes sociais, no contexto individual e coletivo.

Nesse diapasão, se faz necessário saber se a mediação é um dispositivo que proporciona a diminuição ou a solução da crise do judiciário, que corresponde as pretensões sociais no que tange o acesso à justiça e a sua efetivação? Diante do cenário, o objetivo desse trabalho é apontar os reflexos da inserção da mediação nos dispositivos jurídicos do Código Processual Civil de 2015 e as eventuais mudanças trazidas ao sistema judicial, bem como demonstrar a relevância da função do mediador na condução da audiência na busca de um segmento convincente.

O método de abordagem desse trabalho é o dedutivo, considerando que o estudo inicia acerca da análise da mediação de forma ampla para suceder às suas peculiaridades, concatenadas aos destaques dos benefícios frente ao acesso à justiça, além disso, sua importância para diminuição da crise do judiciário por proporcionar resultados satisfatórios para as partes e também para a sociedade. Desse modo, o estudo encontra-se regulado para alcançar um resultado suficiente e adequado a respeito da vigente pesquisa.

No que se refere ao método de procedimento, faz-se uso da análise bibliográfica, por meio da obtenção de livros, revistas e artigos disponíveis tanto por meio físico quanto virtualmente. Ademais, utilizando-se como uso da técnica de coleta de dados, a produção de fichamentos, resenhas e resumos expandidos.

Por fim, este artigo foi desenvolvido em três capítulos: O primeiro trata-se da mediação e um breve apontamento, com foco na mediação e suas características; a importância da função do mediador; o segundo capítulo foi construído apontando a mediação na ótica da mudança de paradigma no sistema judicial. E no último capítulo, foi mencionado os benefícios da mediação e sua efetivação do acesso à justiça nos casos familiares.

1. MEDIÇÃO: BREVE APONTAMENTO

A sociedade, na sua plenitude de junção de pessoas com valores, perspectivas, culturas e comportamentos distintos, torna-se um espaço complexo para homogeneizar objetivos e satisfações. Por esse ângulo, originam-se os conflitos da relação em várias esferas sociais e do convívio do indivíduo com a pessoa física ou jurídica.

Entretanto, para que as pessoas vivam de maneira tolerável, se faz necessário um ordenamento jurídico para atender os anseios existentes e regule os direitos e os deveres de todos que compõe um país. E mesmo assim com as normas postas, não significa que não haverá conflitos ou que os litígios serão reduzidos. A vida e as necessidades das pessoas são constantes, se perfaz por uma eterna dinâmica.

No decorrer dos últimos anos, com incremento das novas tecnologias, dentre outras mudanças nos planos nacional e global expandiram diferentes interesses no campo social, fazendo com que crescesse também demandas judiciais. O problema aumentou no Poder Judiciário porque não houve uma atenção e uma preparação para atender essas questões, como contratação e treinamento dos servidores, estrutura adequada para o acesso à justiça, morosidade no trâmite do processo e referente o excesso de formalismo.

Nessa conjuntura, os operadores jurídicos, buscando reduzir as dificuldades do sistema judiciário, apostaram em fazer algumas mudanças na legislação brasileira, e resolveu incluir os institutos conciliação e mediação, que eram instrumentos de aplicações facultativas, ou melhor, eram usados como uma exceção e sem incentivo para resolver conflitos; assim, colocando-os no Código Processual Civil como meios alternativos de solução de conflitos, porém, sendo uma escolha entre esses meios, e sua utilização como regra.

Nesse estudo, enfatiza a mediação por suas peculiaridades, seus benefícios, sua importância, inclusive, pelos seus resultados. Vale ressaltar que a mediação não é um mecanismo recente, todavia, ainda que seja remota sua aplicação foi plausível tratar a atual realidade.

Contudo, para melhor compreensão da explanação sobre a mediação, é preciso discorrer a respeito da designação da mencionada temática e expor os elementos coincidentes e distintos da conciliação.

Nesse prisma conceitual, a mediação se dá através de um instrumento consensual antigo que tem sido utilizado para resolver determinados impasses no espaço social desde a Antiguidade. No tocante à evolução da mediação na sociedade e sua aplicação, se deram em virtude da importância e dos resultados positivos que foram originados com o passar dos anos.

E para reforçar o entendimento, a mediação dita por outras palavras pode-se dizer que é um meio empregado para solucionar conflitos, sendo um processo aplicado em diversas nações há muitos séculos. O processo da mediação remete a uma intervenção na tentativa de aproximar as partes envolvidas em um litígio com intermédio de um terceiro, designado mediador.

A expressão “mediação” é bem sugestiva ao seu significado, entretanto, é um instituto originário do latim *mediare*, cuja sua ideia primordial significa dividir ao meio, intervir, mediar, ou seja, o mediador presente na audiência de mediação se posiciona no centro da sessão, porém, seu papel se dá em conduzir os litigantes para chegarem a um acordo com resultado adequado para ambas as partes.

A mediação, por ter um conteúdo remoto e ser muito investigada ao longo dos anos, passou ser objeto de estudo de pesquisadores, e com os debates sobre o assunto, fez surgir algumas críticas construtivas e a ideia de positivar o instituto no Código Processual Civil.

A aplicação dessa ferramenta, na sua grande maioria, obteve uma resposta positiva, contudo, precisava expandir os benefícios sociais dessa ferramenta para o judiciário com o intuito de solucionar o problema da crise. Com celeumas ponderantes acerca do tema, ruminaram ricas contribuições acadêmicas, sociais e judiciais. Logo, os pesquisadores quanto ao contexto abordado desmitificaram os cernes problemáticos e confeccionaram a positivação da mediação no Código de Processo Civil de 2015, no seu dispositivo jurídico 334.

Aliás, a mediação tem um forte desempenho no âmbito familiar porque as partes não atuam como adversárias. Logo, ambas trabalham com o propósito de resolver o problema como corresponsáveis pela solução de conflito. Isso acontece na presença do mediador e com sua colaboração.

De acordo com o entendimento do José Luís Bolzan de Moraes e de Fabiana Marion Spengler (2008, p. 134), a realização da mediação acontece na conjuntura que “busca-se selecionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado. Esse terceiro denomina-se mediador e exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas”. E com “auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e as fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir”, ou melhor, reger “seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal tradicional, na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos nas funções jurisdicionais”.

Para (CACHAPUZ, 2006, p. 28) o conceito de mediação de maneira simples e direta, revela que: “O conceito mais usual de mediação estabelece que ela é um meio extrajudicial de resolução de conflitos, onde um terceiro é chamado para encaminhar as partes para chegarem a uma solução ou acordo”.

Ao estudar a presente temática é rica a doutrina em nos fornecer diversas definições da mediação, mas é válido discorrer algumas abordagens para respaldar o comum raciocínio.

Para Carlos Eduardo de Vasconcelos (2008, p. 36), a mediação trata-se de um meio que o mediador procura detectar os interesses comuns das partes, disserta sobre a conceituação do instituto, e fortalece o entendimento acerca do objeto em comento e expressa sendo um “meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito”, ainda que, “o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo”.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 6) aduz sobre mediação e reforça que é uma forma alternativa de solução de conflitos, como pode perceber ao discorrer sobre a temática: “a mediação é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, o que é o suficiente para ser considerada espécie de forma consensual do conflito, mas não deve ser confundida com a autocomposição”.

A mediação é um processo informal em que as partes envolvidas no conflito socorrem a essa técnica, como uma forma de resolver o litígio, convoca um terceiro neutro e imparcial para auxiliá-los nesse meio. E José Maria Rossani Garcez (2003, p. 35) faz algumas ponderações com relação o estudo e aponta como isso se procede:

Quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de realizar-se, surge em primeiro lugar a mediação como fórmula não adversarial de solução de conflitos. Nela, um terceiro imparcial, auxiliam as partes ao chegarem, elas próprias, a um acordo entre si, através de um processo estruturado. As partes, assim auxiliadas, são as autoras das decisões e o mediador apenas as aproxima e faz com que possam melhor compreender as circunstâncias do problema existente e a aliviar-se das pressões irracionais e do nível emocional elevado, que lhes embaraça a visão realista do conflito, impossibilitando uma análise equilibrada e afastando a possibilidade de acordo.

Diante de algumas considerações acima, percebe-se que a mediação é uma técnica de composição dos conflitos com a participação de um terceiro imparcial que identifica a questão central da lide e coloca a situação para ser resolvida pelas partes. Todavia, a importância da mediação se dá na construção do diálogo entre as partes, possibilita a autonomia na resolução de seus próprios problemas.

Nesse sentido, sob o prisma mediador, o papel da mediação vai além de assegurar o acesso à justiça, pois se preocupa e trabalha a questão psicológica do indivíduo. O mediador para conduzir um acordo satisfatório para os envolvidos deve se atentar no cerne que gerou o conflito; durante a sessão, deve observar os sentimentos apresentados por eles e de que forma pode haver a solução.

A situação emocional dos envolvidos percebe-se ser delicada antes, durante e depois do acordo, sendo um quesito essencial para impedir novos conflitos. Dessa forma, isso acontece porque o proveito da mediação ocasiona a obtenção da paz social.

A mediação por ser um elemento positivado recentemente no Código de Processo Civil de 2015 e está passando pela fase de adaptação no cenário judicial, essa técnica está sendo bem aceita pelos operadores do direito, como também pelas partes envolvidas no litígio. Logo, os resultados da sua aplicação tem sido positivos.

Esse meio alternativo de solução de conflito têm seus aspectos essenciais para identificá-lo e aplicá-lo na prática. No que tange as características da mediação se faz relevante mencionar que coincidem com seus princípios, e através dessas, é possível identificar os benefícios do instituto, como: oralidade, informalidade, isonomia, autonomia das decisões, imparcialidade do mediador, confidencialidade, busca pelo consenso, boa-fé.

Ademais, Ângela Hara Buonomo Mendonça (2003, p. 34) reconhece outras peculiaridades da mediação, que complementa o estudo, e menciona: voluntária, confidencial, não adversarial, mais econômica, imparcialidade e neutralidade. Assim, a autora discorre nas entrelinhas de sua obra acerca do conteúdo, menciona que dentre os “principais benefícios deste recurso, destaca-se a rapidez e efetividade de seus resultados, a redução do desgaste emocional e do custo financeiro, a garantia de privacidade e de sigilo, a facilitação da comunicação”, e ainda proporciona a “promoção de ambientes cooperativos, a transformação das relações e a melhoria dos relacionamentos”.

Desse modo, como se pode notar, a mediação tem a característica voluntária porque as partes na sessão não são obrigadas a fazer um acordo, como também a mediar ou a negociar, ou seja, predomina nessa técnica, que os conflitantes podem escolher a mediação, similarmente, podem desistir dessa atividade.

Conquanto, por mais que os interessados desistam da mediação, mesmo assim, ainda tem o direito de ação. Por conseguinte, no ordenamento jurídico, não existe dispositivo que obrigue as partes aderir à técnica da mediação, ademais o mediador não pode impor às partes uma solução de litígio, isso não é da competência dele.

A confidencialidade atinge todos que compõem a mediação, dessa forma, todos que estão presentes na sessão têm o compromisso e o dever de guardar sigilo do que ocorreu e foi comentado. O mediador não poderá divulgar o que aconteceu na audiência, pois fica impedido de ser testemunha no processo sobre o litígio em que acompanhou os conflitantes na sessão.

Nesse caso, se não houve acordo entre os interessados, o processo prosseguirá para o magistrado resolver a questão, porém, uma das partes pode ingressar com outra ação correlata ao caso em apreço, e nada obstante, o mediador é impedido de ser testemunha nesse processo.

O caso do elemento não adversarial, refere-se que as pessoas envolvidas na mediação devem olhar para a outra não considerando como adversária, mas como pessoas interessadas em resolver um conflito da melhor maneira possível. Ainda, pode-se dizer que a mediação quando é escolhida como meio de solução de conflito, essas pessoas também visam ter uma boa relação de convívio umas com a outra, e de manter relações futuras.

O aspecto de a mediação ser mais econômica refere-se ao tempo de trabalho e o valor a ser gasto para resolver o conflito; se o litígio for resolvido numa sessão, presumem que as partes não terão tantas despesas econômicas com esse acontecimento. Enquanto se fosse um processo judicial seria mais demorado e exigiria mais gastos.

Já a imparcialidade e a neutralidade do mediador estão atreladas à preservação do equilíbrio da relação entre as partes na sessão. O processo de mediação prima pela harmonia das partes envolvidas, e o mediador tem que manter sua imparcialidade entre as partes.

O intuito da mediação está voltado para manter o equilíbrio entre as partes, promover o acordo entre os conflitantes e garantir um resultado célere na solução de conflitos, assim, as partes tem um resultado breve.

Nessa perspectiva, é válido enfatizar a importância da função do mediador, pois o alcance de um bom acordo, também é mérito desse profissional, que com sua sensibilidade e aptidão pode realizar um trabalho exemplar.

A respeito do mediador trata-se de uma terceira pessoa na qualidade de independente e imparcial que conduz a audiência de mediação; sua função não é de decidir o conflito, na condução do seu labor, não interfere diretamente no mérito do litígio, pois na sua atividade laboral tem limitação, e uma delas é de não sugerir a resolução da lide, como também não tem a competência de prestar a assessoria técnica e nem jurídica.

Antes de iniciar a audiência de mediação, o mediador deve instruir as partes para que possam alcançar um acordo, entretanto, sem relatar o mérito do caso presente. O dever do mediador é conduzir a discussão entre as partes, de maneira que não interfira no diálogo, tem a limitação de realizar questionamentos sobre a questão controvertida, mas de maneira hábil.

Logo, deve evitar induzir e proferir suas próprias opiniões, entretanto, o trabalho do mediador é guiar as partes para que através da conversa entre elas possam conseguir a pacificação do problema em questão, de um modo satisfatório para evitar que surjam outras demandas.

Boaventura de Sousa Santos (2004, p. 28) resplandece sobre o conteúdo, e preleciona que “O mediador não possui o poder de ditar decisões que vinculem as partes. Todas as decisões na mediação são estabelecidas através de acordos entre as partes. O mediador intervém de maneira a influenciar na tomada das decisões”, mas isso acontece “sempre com o intuito de colaborar para que as partes possam construir uma decisão satisfatória para ambas”.

O mediador deve ser uma pessoa capacitada para exercer a prática dessa função. O exercício da mediação exige um estágio teórico e prático para melhor aperfeiçoamento e qualificação técnica no seu exercício. Nessa negociação assistida por um terceiro imparcial é fundamental o conhecimento de técnicas de negociação, assim sendo, saber separar os fatos relacionados em princípios morais, valores e dos méritos.

A tarefa de mediar não é simples e nem fácil de realizar, para auferir uma situação menos desconfortável é preciso separar as pessoas do problema; não deve haver uma concentração referente às posições, pois a sensibilidade se dá na percepção dos interesses envolvidos no litígio, e ainda ter a criatividade de ofertar várias opções. Para ser um bom mediador precisa ter algumas qualidades, como paciência, perseverança, sensibilidade, tenacidade, inteligência, conhecimento, e saber ouvir etc.

O papel principal do mediador na audiência é facilitar a comunicação entre as partes, e, através da comunicação entre elas, auferir técnicas da própria mediação para que chegue um acordo, todavia, não há imposição de normas e nem de decisão.

O mediador é o guia nessa audiência, ele participa de forma cautelosa, assiste o diálogo entre os envolvidos, e conduz ao resultado satisfatório para ambas as partes, assim, verifica-se que não tem competência decisória sobre o mérito da causa. Para João Roberto da Silva (2004, p. 109), o mediador tem sua competência definida e limitada:

Não é um juiz, pois não impõe um veredicto, mas como um juiz, deve ter o respeito das partes conquistado com sua atuação imparcial. Não é um negociador que toma parte na negociação, com interesse e direito nos resultados. Dependerá das partes a conclusão da mediação com um acordo ou não. Não é um árbitro que emite um laudo ou decisão. O mediador, ainda que seja um experto no tema tratado, não pode dar assessoramento sobre o assunto em discussão. Ele cuida do relacionamento e da descoberta dos verdadeiros interesses reais de cada uma das partes.

Na mediação, o mediador permanece presente na sessão, tem o conhecimento dos fatos, a partir daí, coloca em prática as habilidades e competência da sua atividade, como: incita os interesses e as vontades dos mediados; promove o respeito. Portanto, percebe-se que o mediador, com sua experiência de vida, ajuda a compreender os variados tipos de comportamentos e personalidades, e quando esse profissional tem uma idade aproximada com as das partes, flui melhor o diálogo.

O mediador deve conduzir a audiência de forma que os mediados entendam a importância desse processo em chegar a um fim com um resultado, deve escutar os envolvidos levando em consideração o fator emocional, e que as partes se manifestem apresentando seus reais interesses. Esse é um ponto fundamental, pode-se dizer um grande desafio para o mediador de descobrir o verdadeiro motivo que gerou o conflito.

O mediador tem a incumbência de auxiliar na formação de um acordo final para garantir a exequibilidade e aceitação das partes; uma das suas funções é estimular a conversa com a utilização da criatividade dos interessados na busca da resolução de conflito, e dentre outras tarefas.

Nessa continuidade, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa (2004, p. 164) apresenta dois padrões de mediação para melhor identificação do método: o tradicional estabelecido na Universidade de Havard, nesse “o mediador deve propor às partes que diferenciem pessoas de problemas; que foquem interesses e não posições; que criem posições, por critérios objetivos, para que tenham mútuos benefícios”. Já a outra referência é o narrativo desenvolvido por Sara Cobb, que está fundado em quatro itens basilares: “(a) reformular papeis e intenções, (b) desconstruir a lógica da posição, (c) construir um novo cenário e (d) desenvolver a história para interpretar o acordo”.

Com abordagens desses métodos, verifica que não importa qual padrão que o profissional de mediação vai adotar, no entanto, é importante o aspecto intimidade, conhecimento e técnica que o mediador deve ter, até mesmo através da experiência de vida, para conseguir um segmento satisfatório.

O processo mediativo tem um caráter democrático proporciona um tratamento das pessoas envolvidas na demanda em resolvê-la da melhor maneira possível, e resulta em uma progressão social. Nesse cenário, o foco do resultado do problema acontece baseado primeiramente no indivíduo, se valendo do quesito humano para concretização da justiça.

2. MEDIAÇÃO NA ÓTICA DA MUDANÇA DE PARADIGMA NO SISTEMA JUDICIAL

A situação da crise do Poder Judiciário reforça a ideia de que esse campo necessita de medidas urgentes para tentar solucionar o caos e melhorar o funcionamento da justiça do Brasil, e, para isso, a mediação ganha destaque nos seus benéficos e resultados para as partes, o judiciário e a sociedade.

Nesse cenário, o mecanismo encontrado se deu na perspectiva dos métodos alternativos de solução de conflitos, ensejando no incremento de alguns dispositivos jurídicos no Código de Processo Civil de 2015.

Atualmente, o ordenamento jurídico processual civil vigente pode se valer da conciliação e da mediação. Esta com ênfase na esfera familiar, em virtude dos resultados positivos e surpreendentes. Perante essa informação, vale destacar que as características de ambos os institutos são parecidas, todavia são ferramentas resolutórias distintas e com suas particularidades satisfatórias, com objetivo singular na solução do conflito.

O acesso à justiça no Estado Democrático de Direito é essencial, especialmente, quando o direito do cidadão pode ser efetivado por meio de inúmeras possibilidades, e a mediação é um meio que possibilita as próprias partes buscarem uma resposta que possa satisfazer os anseios da demanda apresentada.

O sistema diante da crise que causa a morosidade, a insatisfação e gera até mesmo o descrédito na justiça, toma uma atitude importante de fazer um trabalho conjunto com os operadores da área jurídica, ao incentivar e esclarecer instrumentos que proporcionam diversas vantagens para os litigantes, para o judiciário e para a própria sociedade nesse manejo das relações conflitantes.

A mediação procura obter um acordo conforme a vontade das partes, e estas é protagonista de suas decisões, pois possuem autonomias para acordar o que entenderem melhor caminho para a situação.

No tocante à crise do Poder Judiciário, Ada Pellegrini Grinover (1988, p. 115) discorre acerca dos fatores que contribuem para essa ocorrência:

- (a) O *distanciamento* entre o Poder Judiciário constituído e o “cidadão” comum, seu usuário;
- (b) o *excesso de processos*, que abarrotam o Judiciário;
- (c) a *morosidade* e os *altos custos dos processos*; toda a *burocracia e complicação dos procedimentos* que visariam oferecer ao indivíduo a almejada justiça;
- (d) além da *mentalidade de juízes*, que fazem menos do que poderiam; bem como a *ignorância das partes acerca dos procedimentos judiciais*, sem falar da inexistência e; ou *deficiência do patrocínio gratuito*.

A mediação é a intermédio para atingir o acesso à justiça, a inclusão e a pacificação social. Nesse processo de redemocratização do Brasil, a participação da coletividade é necessária para atender os anseios das questões e decisões políticas, seja individual ou conjunta.

As soluções das controvérsias individuais e coletivas passaram a ter realces na valorização do ser humano, com incentivos do indivíduo na participação na resolução de seus próprios conflitos. Para isso ocorrer, foi preciso criar meios que estimulasse o diálogo pacífico entre as partes e a cooperação na construção de resultados consensuais e convincentes.

O conflito ao ser solucionado na audiência de mediação pelos envolvidos na lide, dificilmente, origina uma nova demanda ao judiciário, devido o caso ter sido resolvido por eles. O esclarecimento inaugural sobre o citado instituto na audiência de mediação se faz necessário para que as partes tenham informação e consciência na tomada de suas decisões. Desse modo, é transmitido confiança e segurança às partes em chegar um acordo e saber das devidas consequências.

Nesse paradigma, a justiça enquanto emblemática e ampla se voltam para a melhoria das relações sociais e pessoais, tendo em vista que seria um resultado positivo para o Judiciário. Nessa lógica, isso se revela porque os cerne das questões conflitantes refletem além dos envolvidos na demanda, e atinge outros segmentos em que essas pessoas vivenciam e convivem, ou melhor, expande nas relações: acadêmica, familiar, trabalhista, dentre outras.

A possibilidade que a mediação possui de transformação vai além da relação entre os litigantes, ultrapassa até mesmo em resolver o problema no âmbito individual. Contudo, essa experiência demonstra a capacidade dos mediados resolver e ingerir seus transtornos, fazendo com que amenize os caos sociais, e outros relacionados.

A mediação estimula o entusiasmo maior de dignidade nas pessoas. A construção do diálogo para solucionar o problema pelo consenso perpassa o sentimento negativo que existia antes desse momento. Logo, a mediação faz ressurgir a cordialidade no indivíduo.

O diálogo transforma as partes para encontrar sua identidade no cenário social, cria novas expectativas de melhorias. A mediação é uma técnica que visa solucionar o conflito existente entre as partes, essa construção se faz por meio do diálogo, que, na maioria das vezes, surge através de exposições dos sentimentos interligados ao caso.

Na expectativa de se firmar um acordo e um entendimento justo, são fundamentais que os envolvidos cedam e deixem de lado as angústias para existir o contento de forma democrática. Nesta senda, a mediação aduz um procedimento que possibilita as pessoas de dar continuidade a uma relação afetiva existente, pois o direito ao acesso à justiça ascende a prestação efetiva dos direitos violados ou ameaçados de lesão.

E para melhor visualização, a crise que o Poder Judiciário enfrenta pode ser amenizada pelos mecanismos dos incentivos às formas alternativas para solução de litígios. Contudo, precisa de divulgação acerca dos meios e dos fatores benéficos para reduzir a situação caótica da justiça para o direito tentar se aproximar do dinamismo social.

Assim sendo, o ponto que deve ser ponderado é referente à inovação dos meios alternativos em quebrar o paradigma tradicional existente. E mesmo assim, geralmente, o que é difícil ser rompido algo que percorre no anseio social com sua prática de muitos anos, a mediação tem demonstrada a aceitação e os resultados positivos pela sociedade brasileira. E para evitar a morosidade deve atingir a plenitude da duração razoável do processo e o cumprimento do acesso à justiça, na efetividade da prestação jurisdicional.

O método não adversarial empregado pela mediação tem o ponto principal exposto, no resultado de conflito as partes devem ganhar e ganhar, enquanto o processo tradicional tinha uma relação que um dos envolvidos podia ganhar e o outro perder, isso esse raciocínio pode ser exemplificado pelas palavras ganhar e perder.

A mediação contribui com efetivo acesso à justiça, resolve as questões conflituosas de maneira integral, e para observar as qualidades e vantagens propiciadas por ela, basta ter um olhar atento para suas características. Portanto, essa temática colabora para adquirir boas respostas para o judiciário e para a sociedade por ser um método barato, rápido e eficaz.

Nesse diálogo de ideias, segue a exposição dos diversos benefícios proporcionados pela mediação, e nos fundamentos das suas relevâncias de vários aspectos.

3. OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO E SUA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NOS CASOS FAMILIARES

O processo de mediação, como já noticiado, contém atos e etapas iniciais para tentar uma negociação plausível, mas não existe uma uniformização, porque trata de um meio livre com restrições, apesar de essas ideias serem contraditórias, é bem assim que acontece, pois o fim visado é o acordo. Nesse contexto, a mediação é um meio de pacificação de conflito que têm suas características, e essas identificam suas qualidades, pertinentes as vantagens comunicadas às partes envolvidas.

Algumas das vantagens inseridas na mediação aduzem a informalidade, esse é um aspecto que deixa os litigantes mais a vontade para construção de um diálogo, daí surgem as exposições dos fatos que remetem às motivações e aos interesses ocultos. As pessoas cada vez encontram-se mais ocupadas, e com a brevidade que tem essa negociação, as partes já qualificam de maneira positiva para alcançar uma solução. Destarte, a mediação tem surtido efeitos benéficos e se destacado com as demandas familiares, e nesse caso, que surge outros meios, como a constelação familiar que completa, posso dizer assim, a mediação, porém, nesse estudo não é desenvolvido esse novo instituto.

A mediação familiar têm suas peculiaridades importantes para pacificar os conflitos na esfera referente à família. O tema em apreço almeja soluções duradouras, e com essa prática evita maior desgaste emocional nos relacionamentos. Esse vínculo familiar que estava distanciado, com a mediação, torna a relação menos desgastante e mais saudável.

Nas questões de direito de família, a mediação ganha seu espaço e aponta sua relevância social, Adolfo Braga Neto (2007, p. 85) explora seu entendimento sobre o referido assunto:

A mediação é um dos métodos identificados como alternativos para resolução de conflitos. Possui suas origens em tempos antigos e, como tal, passou por uma adequação aos tempos modernos para atender à realidade de hoje, recebendo uma roupagem teórica baseada na prática dos dias atuais. Constitui-se fruto de uma tendência liberal em uma escala mundial, onde a retirada cada vez maior do Estado nos assuntos afetos aos interesses dos particulares. Resulta do reconhecimento da plenitude do cidadão como objeto de deveres e direitos, que por si só poderá melhor administrar, transformar ou resolver seus próprios conflitos. E é decorrente da constatação de que fórmulas tradicionais formais de resolução de controvérsias não mais satisfazem os usuários do sistema, que cada vez mais se envolvem em conflitos de distintas naturezas e formas diante da complexidade das inúmeras inter-relações existentes nos tempos pós-modernos.

Com a mediação, as partes podem se valer de vários benefícios: é um processo voluntário; exige sigilo, é econômico. Logo, diminui os elevados custos do processo; impede a morosidade no trâmite do processo, no qual, a sessão é rápida e a resolução também ajuda no relacionamento familiar.

A relevância do sigilo em que as partes devem manter o segredo de tudo que foi discutido durante a audiência de mediação, visa assegurar a confiança e a segurança do procedimento da sessão. E essa postura que os envolvidos devem ter relacionado a conversa na audiência, incentiva a resolver o problema, como também dá mais credibilidade às partes em discutir a real circunstância que resultou no processo.

Relativamente ao acesso à justiça trata-se de um direito fundamental e está atrelado aos direitos humanos, respaldado pela atual Constituição Federal. O condão desse instrumento busca garantir um acesso ao Poder Judiciário, mas de maneira efetiva e célere. E o método rápido e eficaz embutido na mediação ameniza a situação da crise vivida pela Justiça brasileira; isso demonstra que se fez necessário o Poder Judiciário se pautar e incentivar por meio da informação sobre o instituto invocando os benefícios, conseqüentemente, haverá a procura das pessoas por meios alternativos de solução para resolver seus conflitos.

No artigo constitucional 5º, inciso XXXV, preleciona que: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. Esse dispositivo respalda o acesso à justiça com garantia do Estado Democrático de Direito. José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 71) contribui com seu pensamento a respeito da mediação como meio facilitador do acesso à justiça:

Acesso à justiça, ou mais precisamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do devido processo constitucional. E o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo équo, correto e justo.

O dispositivo jurídico da constituição 5º, LXXIV ressalva que: O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Isso é uma maneira do Estado promover o acesso à justiça aos indivíduos que não têm condições financeiras para arcar com a custas processuais sem comprometer com as suas despesas. E como já foi explorada, a mediação possibilita às partes também a ter o acesso ao judiciário, resolver seus problemas com soluções levantadas e firmar um acordo criado pelas próprias pessoas envolvidas, e pagando menos.

O conflito na relação familiar é muito sensível, os membros quando buscam resolver alguma pendência através do procedimento judicial, já estão magoados, não pensam de forma racional o problema, e o método da mediação tendo a frente o mediador experiente, torna possível identificar as razões que geraram os fatos apresentados por meio do diálogo entre as partes, assim, expõem as verdadeiras necessidades na busca de uma solução.

Para reconhecer as reais necessidades das partes é preciso, na maioria das vezes, que tenham uma conversa mais aprofundada para discernir o problema aparente. Caso não seja detectado o embaraço, seja feito um acordo, futuramente, pode resultar em outros conflitos acentuados e refletir em outras pessoas. Desse modo, o resultado da mediação tem sua importância para a família como também para o Judiciário.

Um acordo mal resolvido na mediação pode causar outros transtornos, em consequência, podem surgir outros processos judiciais, por isso, é preciso se fazer uma mediação bem instruída para adquirir bons resultados entre os litigantes, e que esses exemplos de agradáveis acordos se expanda na comunidade no tocante a eficácia.

Caso seja preciso realizar mais de uma audiência de mediação, com paciência, perseverança e dedicação, o mediador deve realizar, pois o intuito maior é resolver o caso em questão e as partes ficarem satisfeitas. Portanto, o mais viável é buscar uma satisfação familiar que interfira de modo positivo nos demais âmbitos relacionados ao social, somente assim pode evitar novas demandas ajuizadas no judiciário e impedir que aumente a referida crise.

Por fim, nota-se que o dilema que permeia a mediação é a recuperação do diálogo entre as partes e a pacificação social. Assim, esse mecanismo acarreta na satisfação de atender os interesses individuais e coletivos, colabora com a diminuição dos processos no Poder Judiciário, dessa forma, reflete em inúmeros benefícios à sociedade.

CONCLUSÃO

Na busca da realização dos anseios do Estado Democrático de Direito, almeja-se que toda a sociedade tenha o devido acesso à justiça, não priorizando somente uma parte da população. Para isso, é preciso ter mecanismos mais econômicos que gere bons resultados e oportunidades de admissão.

Os meios alternativos de resolução de conflitos como a conciliação e a mediação proporcionam o incremento da democracia junto ao judiciário para solucionar suas demandas e atingir o objetivo de um dos direitos fundamentais, o acesso à justiça. E nessa ótica que revelam os benefícios trazidos pela mediação no espaço das negociações voluntárias realizadas pelos próprios envolvidos no litígio.

A mediação é uma ferramenta que traz diversos benefícios ao âmbito social, isso pode ser constatada pelas peculiaridades que este instituto expõe através das suas características: voluntária, confidencial, não adversarial, mais econômica, imparcialidade e neutralidade. Ademais, é uma técnica que os próprios envolvidos no conflito vão tentar solucionar o problema construído por eles, com isso gera conforto nas decisões tomadas, como também responsabilidades no cumprimento do acordo firmado por eles.

Dessa forma, quando existe um acordo na audiência de mediação, dificilmente vão originar outros processos no judiciário, sem contar que com essa solução diminui o número de demandas existentes, em um curto lapso de tempo devido a celeridade que proporciona com esse método. Nesse cenário, se propala a importância da recuperação do diálogo entre as partes, isto posto, ocorre a diminuição do abalo psíquico e emocional percorrido em razão da desavença familiar.

Ademais, o objetivo da análise inaugural acerca do presente instituto no que tange os reflexos positivos para reduzir os processos no judiciário foi e está sendo alcançado pelos operadores do direito. Essa pretensão fica demonstrada na exposição do debate dissertado no presente texto, que expõe a satisfação desse trabalho, a exposição dos benefícios trazidos através da mediação à população no geral, além disso, essa positividade contempla a ligação de outros fatores interligados a esse conteúdo. Logo, a mediação é um procedimento incentivado pelos operadores do direito devido aos inúmeros benefícios que perpassam aos envolvidos no litígio.

Assim, apesar da mediação ser um meio alternativo de solução de conflitos, e possuir suas qualidades, sendo um instituto amparado pelo ordenamento jurídico processual civil vigente, se faz necessária mais divulgação do assunto para que a sociedade tenha esclarecimento desse procedimento que repercute em diversas vantagens.

Nesta senda, é sabido que a crise do judiciário acentua desde a Constituição Federal de 1988, por causa dos inúmeros direitos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, e para resguardar, especialmente, os direitos fundamentais do cidadão, o judiciário teve que exercer algumas funções de outros poderes para se cumprir as políticas públicas.

Essa prática contribuiu para o segmento da crise da justiça, todavia, apesar de existir essa situação caótica, os meios alternativos consensuais como novo paradigma de incentivo tem reduzido o transtorno com sua repercussão e aprovação da sociedade.

REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, ano 4, n.15, p. 85-101, out/dez.2007.
- CACHAPUZ, Rosane de Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família*. Curitiba: Juruá, 2006.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*. In: Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. *Introdução aos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias*. 2. ed. Brasília: CACB/SEBRAE/BID, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.
- TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTR, 2004.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA SUPRIR OMISSÃO DE DECISÃO JUDICIAL QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO

THE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO TO SUPPRESS OMISSION OF JUDICIAL DECISION AS TO GROUNDING

MARCEL MORAES MOTA⁶⁰

RESUMO

Propomo-nos, neste artigo, a investigar os embargos de declaração para suprir omissão de decisão judicial quanto à fundamentação. A exigência de motivação judicial é relevante tanto por razões políticas, como por razões jurídicas. Portanto, um sistema jurídico democrático deve prover as partes de meios, de modo que possam impugnar decisão judicial sem adequada motivação. Inicialmente, exploramos os fundamentos constitucionais dos embargos de declaração. Em seguida, estudamo-los à luz da teoria geral dos recursos. Depois, examinamos os embargos de declaração no contexto do Código de Processo Civil brasileiro. Antes de lançarmos os olhos sobre o §1º do artigo 489 do Código brasileiro, consideramos interessante desenhar um quadro da estrutura lógica da decisão judicial. Temos também algo a dizer sobre a motivação da decisão judicial envolvendo colisão de princípios. Concluímos que os embargos de declaração são instrumento processual apto a controlar o poder de decidir, que contribui para expurgar decisões judiciais nulas, como são aquelas que violam o dever de motivação.

PALAVRAS-CHAVE:

Embargos de declaração. Omissão. Fundamentação.

ABSTRACT

We propose, in this article, to investigate the embargos de declaração to suppress omission of judicial decision as to grounding. The requirement of judicial motivation is relevant both for legal and policy reasons. Therefore, a democratic legal system should provide means to parties, so they can challenge a judicial decision without proper justification. Initially, we explore the constitutional grounds of the embargos de declaração. Then we study them in the light of general theory of impugnation remedies. Next we examine the embargos de declaração in the context of Brazilian Code of Civil Procedure. Before we take a look at §1º of article 489 of Brazilian Code, we found interesting to draw a picture of judicial decision's logical framework. We also have something to say about motivation of judicial decision involving collision of principles. We concluded that embargos de declaração are a suitable instrument to control the power of deciding, that it contributes to eliminate void judicial decisions, such as those which violate the duty of motivation.

KEYWORDS:

Embargos de declaração. Omission. Grounding.

60 Professor de Direito Civil, Direito Processual Civil, Hermenêutica Jurídica e Conceitos Jurídicos Fundamentais do Centro Universitário Farias Brito. Doutorando em Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídico-Civis, pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pela UFC. Advogado.

INTRODUÇÃO

Propomo-nos, neste artigo, a investigar os embargos de declaração para suprir omissão de decisão judicial quanto à fundamentação.

A exigência de motivação das decisões judiciais tem raiz constitucional e decorre de princípios caros ao estado de Justiça. Em uma democracia constitucional é inaceitável que sejam proferidas decisões sem fundamentação. Além disso, é necessário conhecer os fundamentos da decisão, a fim de que se possa impugná-la.

Por essas razões, é importante examinar os embargos de declaração. Ademais, é indispensável estabelecer o que se deve entender por decisão não fundamentada.

Assim, inicialmente, apresentamos os fundamentos constitucionais dos embargos de declaração, o que depende da apreciação de princípios que compõem a dimensão substancial do estado de Direito.

Para a adequada compreensão dos embargos declaratórios, consideramos relevante situá-los no âmbito da teoria geral dos recursos. Em seguida, procederemos ao estudo da referida espécie recursal em consonância com as disposições do Código de Processo Civil brasileiro.

Posteriormente, cuidaremos da estrutura lógica da decisão judicial, noção que nos parece imprescindível à definição do que é decisão omissa.

Em seguida, analisaremos as hipóteses do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, que explicitam alguns casos de decisão sem fundamentação.

Exploraremos ainda o disposto no §2º do artigo 489 do CPC, que trata da decisão envolvendo colisão de normas.

Finalmente, em caráter sintético, enunciaremos as conclusões desta pesquisa.

1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Nas democracias constitucionais, o exercício dos poderes públicos deve respeitar os limites materiais e formais traçados pela Constituição e pelas leis.

Destacamos a importância do princípio do estado de Direito, cujo sentido material pode ser compreendido como estado de Justiça (*Gerechtigkeitsstaat*), que pressupõe a vedação do arbítrio e a observância dos direitos fundamentais da pessoa humana.⁶¹

Consoante Gomes Canotilho, são componentes do estado de Direito os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. De acordo com o primeiro princípio, os atos de poder devem ser fiáveis, claros e racionais. Em conformidade com o segundo princípio, às pessoas deve ser assegurada a possibilidade de calcular os efeitos jurídicos de suas ações.⁶²

Notamos que os apontados princípios são compatíveis com a noção apresentada de estado de Justiça, já que podemos justificar, a partir dos textos das Constituições democráticas, os direitos fundamentais à segurança jurídica e à tutela da confiança.

Parece-nos que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, assim como o referido conceito de estado de Justiça, encontram fundamento, na ordem jurídica brasileira, no *caput*

61 ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTEMBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*. 31. ed. München: Beck, 2005. p. 95.

62 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

artigo 1º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual a República Federativa do Brasil constitui-se em estado democrático de Direito.

Convém salientar a eficácia dos mencionados princípios na seara processual civil, como decorrência da supremacia das normas constitucionais. Nessa linha, em tom didático, determina o artigo 1º do Código de Processo Civil que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Em virtude do princípio constitucional da segurança jurídica, a decisão judicial deve ser digna de confiança, inteligível e racionalmente justificada. Dessa maneira, são proibidas decisões arbitrárias, voluntaristas.

Enfatizamos a importância do dever de fundamentação das decisões judiciais, que é imposto pelo inciso IX do artigo 93 da Constituição, assim como pelo artigo 11 do Código de Processo Civil. É precisamente por meio do exame da motivação da decisão judicial que temos condições de avaliar se o pronunciamento pode ser reputado correto à luz do Direito.

O imperativo da decisão judicial fundamentada, ademais, está relacionado ao princípio do contraditório.⁶³ O direito ao contraditório tem base jusfundamental no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, podemos identificar três dimensões do direito fundamental ao contraditório: ciência, reação e influência.⁶⁴ No processo, as partes devem ter o direito de tomar conhecimento dos atos e fatos processuais, iguais oportunidades de apresentar suas razões, de forma a colaborar, concretamente, na construção dialética da decisão judicial.

Na Parte Geral do Código de Processo Civil, observamos o cuidado do legislador em relação ao contraditório, o qual é tutelado pelos artigos 7º, 9º e 10, cuja interpretação resulta no estabelecimento de normas fundamentais do processo civil.

De acordo com o artigo 7º, assegura-se às partes a paridade das armas, que consiste na projeção do princípio da igualdade no âmbito processual.⁶⁵ Como decorrência da garantia de tratamento isonômico, de que trata o inciso I do artigo 139 do Código de Processo Civil, compete ao juiz zelar pelo efetivo contraditório, de modo que as partes tenham as mesmas oportunidades de influência no conteúdo da resolução judicial. Desempenha o contraditório, dessa maneira, “função heurística”⁶⁶, que conduz ao estabelecimento da decisão judicial.

Por sua vez, o artigo 9º enuncia o direito a ser ouvido. Considerando-se os interesses de autor e réu, impõe-se a bilateralidade da audiência.

63 Sobre o processo como procedimento em contraditório, v. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 2001. p. 82 e ss.

64 Nessa linha, v. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015b. v. 1. p. 502, “Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar no processo e influir nos seus rumos. Isso é: direito de influência”. Itálico no original.

65 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004a. p. 188.

66 CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Litec, 2006. p. 321. Traduzimos. No original: “fonction heuristique”. Sobre a eficácia do princípio do contraditório no processo civil francês, v. LEFORT, Christophe. *Procédure civile*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 190-192.

Já o artigo 10 estabelece a proibição de decisão surpresa, que é derivada do direito à influência.⁶⁷

Conforme leciona de José de Albuquerque Rocha, decorre do princípio do contraditório o direito “que têm as partes de participar, dialeticamente, das atividades processuais, vez que são os destinatários de seus efeitos”⁶⁸.

Ressaltamos que levar a sério o direito fundamental das partes ao contraditório é condição indispensável ao cumprimento das responsabilidades do ofício jurisdicional, que têm natureza jurídica, social e política.⁶⁹

O respeito ao contraditório depende de diálogo efetivo e concreto com os argumentos trazidos pelas partes ao processo, as quais devem ter a chance de contribuir, em condições isonômicas, para o estabelecimento da solução jurídica adequada ao caso.

Conferindo efetividade ao direito à influência, a decisão judicial, proferida em harmonia com as demais exigências do devido processo legal, será considerada legítima.⁷⁰

Desempenha, como já tivemos oportunidade de mencionar, papel decisivo a justificação da decisão judicial, que deve, por meio dos argumentos nela concatenados, alcançar aceitabilidade racional⁷¹.

Impõe-se, portanto, o exame do conteúdo da decisão judicial, para fins endoprocessuais e extraprocessuais.⁷² No primeiro caso, releva a fundamentação, por exemplo, para o exercício do direito ao recurso. Do ponto de vista extraprocessual, destacamos a submissão da decisão ao controle social.

Ora, as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração dizem respeito, precisamente, ao conteúdo do ato judicial decisório.

Deveras, em consonância com o disposto no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, são cabíveis embargos de declaração, em face de qualquer decisão judicial, a fim de esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão ou corrigir erro material.

No Código de Processo Penal, verificamos a previsão dos embargos de declaração no artigo 382⁷³, que se refere às sentenças, bem como no artigo 619, que trata dos acórdãos. Em ambos os casos, apontam-se como hipóteses de cabimento: ambiguidade⁷⁴, obscuridade, contradição ou omissão.

67 Nesse sentido, v. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1. p. 78 e ss.

68 ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 90.

69 Sobre a tipologia da responsabilidade judicial, v. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 35 e ss.

70 Com respeito à jurisdição constitucional, sustenta-se que os juízes devem cumprir a representação democrática por meio da fundamentação. Nesse sentido, v. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 163, que trata da “representação argumentativa”. Consideramos a ideia útil também para a jurisdição civil.

71 Quanto à aceitabilidade racional, v. AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987. p. 188-193.

72 Sobre as concepções endoprocessual e extraprocessual da motivação, v. TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 315 e ss.

73 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 686.

74 Como destaca TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 600, “Embora o art. 619 fale também em ambiguidade, entende a doutrina que se trata de superfetação, pois acórdão ambíguo é acórdão equívoco, obscuro, anfibológico”.

Por sua vez, na Consolidação das Leis do Trabalho, o cabimento dos embargos de declaração é traçado pelo artigo 897-A, que alude expressamente aos casos de omissão e contradição.⁷⁵

Apresentam-se, por conseguinte, os embargos declaratórios como técnica processual apta ao controle das resoluções judiciais, de modo que as partes e demais legitimados tenham a possibilidade de pugnar por uma decisão judicial clara, coerente, completa e escorreita.

Concluimos que os princípios constitucionais da segurança jurídica, da proteção da confiança, da isonomia e do contraditório justificam o direito constitucional básico a decisões judiciais fundamentadas. Trata-se, portanto, de direito fundamental.

Caso a decisão seja omissa quanto à sua fundamentação, cabível a impugnação por meios de embargos declaratórios.

2. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA TEORIA GERAL DOS RECURSOS

Sob o prisma do sistema processual brasileiro, os recursos são meios voluntários de impugnação da decisão judicial, que se interpõem na mesma relação processual em que pronunciado o ato decisório questionado. Não se confundem, portanto, com as ações autônomas de impugnação, que instauram nova relação processual, como é o caso da ação rescisória.⁷⁶

Nessa linha, sustenta José de Albuquerque Rocha que o recurso pode ser definido como “um meio de impugnação que se caracteriza por ser interposto e decidido dentro do processo que foi proferida a decisão impugnada”⁷⁷.

Parece-nos que o recurso, no ordenamento jurídico brasileiro, tem a natureza jurídica de prolongamento do direito de ação.⁷⁸ Porque permite, na mesma relação processual, a instauração de nova fase procedimental, que é a recursal. Identificamos, assim, fundamento constitucional do direito ao recurso no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que garante a inafastabilidade do controle jurisdicional.

Sob o prisma constitucional, também consideramos importante salientar que os recursos são técnicas processuais que visam a controlar o poder de decidir, de modo a proteger as partes contra decisões equivocadas, que tenham vícios de fundamentação, que resultem de arbitrariedade, ou que padeçam de outra ilegalidade. No estado de Direito, o direito das pessoas não deve submeter-se ao alvedrio ou aos erros do julgador, de modo que o direito ao recurso, em princípio, deve ser assegurado.

75 Consoante LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 357, os embargos declaratórios são cabíveis, no processo do trabalho, “para suprir omissão do julgado, espancar contradições, ou afastar obscuridade (...)”.

76 Observamos que a definição de recurso deve levar em conta o quadro do Direito positivo. No Direito português, por exemplo, o Código de Processo Civil prevê recursos contra decisões transitadas em julgado, denominando-os recursos extraordinários (artigo 627º, nº 2), a saber, o recurso para uniformização de jurisprudência e a revisão, que possuem semelhanças funcionais, respectivamente, com os embargos de divergência e a ação rescisória do sistema brasileiro. Para uma investigação teórica sobre os recursos civis no sistema português, com interessantes elementos de comparação jurídica, v. PINTO, Rui. *O recurso civil*. Uma teoria geral: noção, objeto, natureza, fundamento, pressupostos e sistema. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 21-120.

77 ROCHA, José de Albuquerque. *ob. cit.* p. 293.

78 No mesmo sentido, v. NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004b. p. 232-234.

Conferem, ademais, natureza jusfundamental ao recurso os incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal brasileira. Por certo, o direito de recurso compõe a dimensão substancial do devido processo legal, que pode ser compreendida como direito ao processo constitucionalmente justo.⁷⁹ De resto, o direito ao recurso decorre também dos direitos ao contraditório e à ampla defesa.⁸⁰

Por meio do recurso, o legitimado pode buscar reformar a decisão judicial, invalidá-la, esclarecê-la ou completá-la.

A reforma, por exemplo, pode ser pedida em face de sentença que julga improcedente o pedido de indenização por danos morais. Nesse caso, por meio de apelação, o recorrente busca acórdão que acolha sua pretensão, que substitua a decisão impugnada. A invalidação, por sua vez, não tem a ver com o mérito da causa, diz respeito a erros de natureza formal, como é o caso de descumprimento de regra processual sobre competência absoluta.

Convém notar que os embargos de declaração não têm a finalidade de reformar a decisão judicial. Prestam-se, primordialmente, ao aperfeiçoamento da decisão judicial, têm o condão, em suma, de esclarecê-la ou de completá-la. A possibilidade de efeito modificativo, ou infringente, de que tratam o §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil e o §2º do artigo 897-A da Consolidação das Leis do Trabalho, tem caráter excepcional.

Em conformidade com Teresa Arruda Alvim, “os embargos de declaração se prestam a levar a que o juiz faça o que já deveria ter feito”⁸¹.

Parece-nos que a autora tem razão. Os embargos de declaração podem ser opostos pelo interessado, a fim de que seja respeitado o direito, de raiz constitucional, a decisões judiciais claras, coerentes, completas e sem erros materiais. Verificamos, assim, a possibilidade de o recorrente contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, conferindo ao juiz ensejo para afastar, v.g., obscuridade ou omissão.

Segundo o artigo 1.023 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração serão opostos, no prazo de cinco dias, em petição dirigida ao juiz. Dessa maneira, a interposição deve ocorrer perante o próprio órgão jurisdicional a quo, que é aquele que proferiu a decisão impugnada, o qual examinará os embargos quanto à admissibilidade e ao mérito. No processo penal e no processo do trabalho, aplica-se a mesma forma de interposição.

O exemplo dos embargos declaratórios bem serve para chamar a atenção para a dissociabilidade, no sistema processual brasileiro, dos conceitos de recurso e duplo grau de jurisdição.⁸²

Como destaca Flávio Cheim Jorge, “Não faz parte da essência do conceito de recurso que seu julgamento seja realizado por um órgão de hierarquia superior e distinta daquele que proferiu a decisão recorrida”⁸³.

79 Sobre a fórmula do “processo justo”, v. MOTA, Marcel Moraes. *Direitos fundamentais e antecipação da tutela*. Fortaleza: Omni, 2011. p. 104-106. A respeito do perfil constitucional do “processo justo” no Direito italiano, v. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 11-94.

80 Nessa linha, v. MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 102.

81 ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 38.

82 Sobre a distinção entre recursividade e duplo grau de jurisdição, v. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 103 e ss.

83 JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 43.

Realmente, no Direito brasileiro, o recurso pode ser submetido à apreciação do próprio órgão tomador da decisão recorrida, ou pode ser dirigido ao órgão jurisdicional superior.⁸⁴

Verificamos interessante discussão sobre a compatibilidade entre a garantia da imparcialidade do juiz e a competência atribuída ao órgão jurisdicional para reapreciar a correção de sua própria decisão.⁸⁵

Argumenta-se que o juiz, instado a pronunciar-se sobre sua resolução, teria sua objetividade comprometida. No caso dos embargos de declaração, o magistrado, em seu íntimo, teria dificuldades de reconhecer o vício apontado pelo embargante, o que poderia, no limite, dar azo a imposição de multas indevidas ao recorrente.

Por outro lado, parece-nos que a previsão legal dos embargos de declaração favorece a efetividade dos princípios da economia processual e da duração razoável do processo, já que confere ao legitimado oportunidade de atacar, no plano horizontal, decisões nulas.

Por essa razão, pensamos que a instituição dos embargos declaratórios oferece vantagens processuais que superam eventual risco à imparcialidade judicial. De resto, não é demais lembrar que a função jurisdicional pública deve ser exercida em harmonia com o Direito, não se trata de instrumento de satisfação pessoal.

Conforme já destacamos, os embargos declaratórios devem ser interpostos perante o mesmo órgão que proferiu a decisão atacada, a fim de que, se for o caso, sejam afastados os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material.

Já que os embargos de declaração se prendem ao objetivo de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, são recurso de fundamentação vinculada, de sorte que o recorrente deve justificar, na petição recursal, o cabimento de uma ou mais das hipóteses elencadas nas leis processuais de regência.

Segundo o artigo 1.026 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração são desprovidos de efeito suspensivo automático, logo não impedem, por si sós, a eficácia da decisão. O embargante poderá obter o efeito suspensivo, desde que satisfaça os requisitos delineados no §1º do artigo mencionado, que dizem respeito à probabilidade do provimento do recurso, ou à relevância da fundamentação associada ao perigo na demora. Ademais, implicam a interrupção do prazo para a interposição de outros recursos⁸⁶. Trata-se de soluções normativas, em nosso entendimento, que também devem ser adotadas nos demais ramos do Direito Processual.

O efeito interruptivo faz todo o sentido, tendo em vista que, em caso de provimento dos embargos declaratórios, é necessário conhecer o teor da decisão aclarada ou completada, para que se possa manejar o recurso cabível.

84 No Direito alemão, o conceito de recurso, ou Rechtsmittel, é reservado ao meio de impugnação que possibilita a devolução do conhecimento da matéria à instância superior. A respeito, v. LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung*. 9. ed. München: Beck, 2006. p. 369, GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. 12. ed. München: Luchterhand, 2006. p. 186.

85 A respeito, v. PINTO, Rui. *ob. cit.*, p. 34, nota 71.

86 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 3. p. 309.

Possuem efeito translativo, porquanto, permitem que o juiz, sem provocação das partes, conheça de matérias de ordem pública. Em todo caso, antes de decidir, deve respeitar o princípio do contraditório, que assegura, como vimos, o direito de influência.

Destinam-se, ainda, a fins de pré-questionamento de questão de direito federal infraconstitucional e de questão de direito constitucional, que constituem requisito de admissibilidade, respectivamente, do recurso especial e do recurso extraordinário.⁸⁷

Em síntese, os embargos declaratórios são espécie recursal que permitem ao órgão jurisdicional reapreciar a própria decisão, a fim de que seja respeitado o direito do legitimado a decisões claras, coerentes, completas e escorreitas. Logo, devem ser interpostos perante o mesmo órgão que proferiu a decisão impugnada. A fundamentação dos embargos de declaração tem ligação estreita com a finalidade apontada, o que nos permite também afirmar a excepcionalidade do efeito infringente. Da mera oposição dos embargos de declaração não decorre efeito suspensivo. Ademais, são dotados de efeitos interruptivo e translativo. Podem ser manejados para atender ao requisito do pré-questionamento dos recursos excepcionais.

3. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Examinemos as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração elencadas no Código de Processo Civil brasileiro.

Conforme o já citado artigo 1.022 do CPC, cabem embargos declaratórios para: “I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material”.

A obscuridade é a falta de clareza da decisão. Nas palavras de Moacyr Amaral Santos, “Ocorre obscuridade sempre que há falta de clareza na redação do julgado, tornando difícil dele ter-se a verdadeira inteligência ou exata interpretação”⁸⁸.

Em linhas gerais, a obscuridade resulta da expressão inadequada do pensamento, seja por vacilação quanto ao seu conteúdo, seja por falta de domínio das palavras. Consideramos que a primeira hipótese está presente, por exemplo, quando o magistrado não está seguro quanto à correção de seu julgamento.

Ao decidir, o julgador deve levar em consideração o conjunto de pessoas a que se dirige, ou seu auditório⁸⁹. Parece-nos relevante a avaliação dos membros da comunidade jurídica quanto à clareza do julgado.⁹⁰ O dever de clareza, dessa forma, não se limita à perspectiva dos demais sujeitos do processo.

A contradição do julgado é vício de natureza lógica. Trataremos da estrutura lógica da decisão

87 Conforme o enunciado 98 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, “embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório”.

88 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed., rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 155. Itálico no original.

89 PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22, definem auditório como “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação”. Itálico no original.

90 Sobre a comunidade de direito como destinatária da argumentação judicial, v. MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006. p. 27-28.

judicial adiante.⁹¹ Neste momento, basta-nos indicar que a contradição resulta da incompatibilidade entre os passos do raciocínio jurídico construído no discurso judicial, o qual deve apresentar, como conclusão, a solução normativa para as questões admitidas em juízo.

Assim, por exemplo, verificamos contradição, quando a conclusão não decorre das premissas fáticas e jurídicas apresentadas. Está claro, portanto, que a contradição do julgado deve ser aferida sob o prisma interno do pronunciamento judicial recorrido.

Conforme salientam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha,

Os embargos de declaração não são cabíveis para corrigir uma contradição entre a decisão e alguma prova, argumento ou elemento contido em outras peças constantes dos autos do processo. Não cabem, em outras palavras, embargos de declaração para eliminação de contradição externa. A contradição que rende ensejo a embargos de declaração é a *interna*, aquela havida entre trechos da decisão embargada.⁹²

Afigura-se-nos útil e apropriada a distinção mencionada. Determinamos a contradição interna a partir do exame do conteúdo da decisão judicial, que contém afirmações logicamente inconciliáveis. Já a contradição externa é verificada na incompatibilidade entre o julgado e elementos que lhe são extrínsecos, como é o caso, por exemplo, de precedentes, dispositivos de lei ou elementos probatórios. Apenas a afirmação de contradição interna permite a admissibilidade dos embargos declaratórios.⁹³

A título de ilustração se entende que uma sentença é contrária à lei, à jurisprudência ou às provas coligidas, o recurso cabível é a apelação, que se presta a reformar a decisão atacada. Não devem os embargos declaratórios ser opostos com a finalidade precípua de modificar o teor do julgado, sob pena de desnaturação da referida espécie recursal, que tem a função primordial de esclarecer ou integrar a decisão impugnada.

Servem os embargos declaratórios para suprir omissão em relação a ponto ou questão sobre que se devia pronunciar o órgão jurisdicional de ofício, ou mediante requerimento.

Em virtude do artigo 141 do Código de Processo Civil, o juiz deverá decidir “o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas cujo respeito à lei exige iniciativa da parte”. Trata-se de concretização legal do princípio da ação, ou princípio da demanda, segundo o qual cabe à parte desencadear o exercício da função jurisdicional.⁹⁴ Consequentemente, veda o artigo 492 ao juiz “proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Identificamos, então, o princípio da adstrição, por força do qual são proibidas as sentenças *ultra petita*, *citra petita* e *extra petita*.⁹⁵

91 Item 4.

92 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. ob. cit., p. 289.

93 STJ, 2ª Turma, REsp 1.674.216/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 5.9.2017, DJe 9.10.2017.

94 Nesse sentido, ver, por exemplo, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 57.

95 PORTANOVA, Rui. ob. cit., p. 234, “O juiz deve julgar nos termos do pedido tal como posto pela parte, nem mais (*ultra petita*), nem menos (*citra petita*) e nem fora (*extra petita*) do que foi pedido”. Para MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015c. v. 2. p. 449, trata-se da “regra da congruência”.

Suponhamos que o autor propõe ação de reparação civil, formulando, na petição inicial, pedidos de indenização por danos materiais e danos morais. O juiz, na sentença, aprecia apenas o pedido de reparação dos danos patrimoniais. Há, claramente, no caso aventado, omissão, a sentença é *citra petita*, de modo que são cabíveis embargos de declaração, a fim de integrar o pronunciamento decisório.

Uma vez ajuizada a ação, com suporte em norma legal, o juiz se pronunciará, independentemente da iniciativa das partes, a respeito de determinadas matérias. São as matérias cognoscíveis de ofício. São, por exemplo, objeções de direito material, como decadência e prescrição, ou objeções processuais, a exemplo dos pressupostos processuais e das condições da ação.⁹⁶ Tendo em vista o princípio do contraditório, do qual decorre o direito à influência, não é demais lembrar que deve ser dada oportunidade às partes de apresentar suas razões, antes de que o julgador tome a decisão, ainda que o fundamento seja matéria de que conheceu *ex officio*.

Teresa Arruda Alvim sustenta que o inciso II do artigo 1.022 do Código de Processo Civil “deve ser interpretado restritivamente: o legislador disse mais do que queria (...) Do contrário, o âmbito de abrangência desse dispositivo permitiria, por exemplo, o reexame de provas, o que descaracterizaria inteiramente a finalidade do recurso”⁹⁷.

Consideramos a observação pertinente. Devemos ter em mente que os embargos declaratórios são instrumento processual destinado, em síntese, a esclarecer ou completar uma decisão judicial. A hipótese do aludido inciso II diz respeito à complementação do julgado. A reavaliação das provas pode ser alcançada por meio de apelação.

Dispõe o parágrafo único do mencionado artigo 1.022 que se considera omissa a decisão judicial que “I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º”.

As teses firmadas em casos repetitivos decorrem dos julgamentos de recursos especial e extraordinário repetitivos, bem como dos acórdãos proferidos em incidentes de resolução de demandas repetitivas, conforme preceitua o artigo 928 do Código de Processo Civil. Observamos que a valorização das teses firmadas em casos repetitivos, assim como daquelas fixadas em sede de incidente de assunção de competência, harmoniza-se com o dever imposto aos tribunais de uniformização de sua jurisprudência, bem como de mantê-la estável, íntegra e coerente, em consonância com o artigo 926 do CPC. Dessa maneira, são favorecidos os princípios da tutela da confiança, da segurança jurídica e da igualdade.

Ora, casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante. O atual Código de Processo Civil tem o mérito de reforçar, por meio de suas disposições, a importância da jurisprudência como fonte do Direito no sistema jurídico brasileiro.⁹⁸ Como já acenamos, trata-se de solução legal alinhada a princípios de estatura constitucional.

96 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015a. p. 215.

97 ALVIM, Teresa Arruda. *ob. cit.*, p. 42.

98 Sobre a jurisprudência como fonte do Direito, v. REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 169 e VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 187.

Da omissão quanto ao dever de fundamentar, de que trata o §1º do artigo 489 do CPC, cuidaremos adiante.⁹⁹ Por ora, basta-nos indicar que uma decisão sem fundamentação pode ser impugnada por meio de embargos de declaração, a fim de que seja suprida a apontada omissão, em atenção aos princípios constitucionais do contraditório e da vedação do arbítrio.

Em caso de erro material, são cabíveis embargos de declaração, conforme prescreve o inciso III do artigo 1.022 do Código de Processo. Oportuno lembrar que a hipótese de erro material permite que o órgão jurisdicional, de ofício ou mediante provação, corrija a sentença já publicada, haja vista o disposto no inciso I do artigo 494 do CPC.

Erro material é aquele de fácil constatação, que se revela à primeira vista, dispensando maior indagação. Evidencia-se pelo descompasso objetivo entre a decisão e os elementos presentes nos autos.¹⁰⁰ Como exemplos, citam-se a indicação errônea do nome das partes, do número do processo, ou do resultado do julgamento.¹⁰¹

Havendo erro material, portanto, o juiz pode corrigi-lo, seja por sua iniciativa, seja mediante simples requerimento, seja em razão da oposição de embargos declaratórios.

Examinadas as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, parece-nos oportuno chamar a atenção para a distinção entre os juízos de admissibilidade e de mérito, que obviamente também se aplica à especial recursal de que tratamos.

Para que os embargos declaratórios sejam admitidos, devem ser preenchidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade. Classificamos as hipóteses legais de cabimento dentro os requisitos de admissibilidade intrínsecos, já que sua verificação depende do exame do conteúdo da decisão judicial.

Uma vez superada a fase de admissibilidade do recurso, passa-se ao julgamento do mérito da medida de irrisignação, em que se definirá se a pretensão recursal deve ser acolhida, parcialmente acolhida ou rejeitada. Caso o recurso seja admitido, afirma-se que o órgão jurisdicional conheceu do recurso. Se decide que o recorrente tem razão, dá-se provimento ao recurso.

Barbosa Moreira, sobre a praxe judiciária brasileira, relata que se adota para os embargos de declaração terminologia distinta: “Costuma-se dizer, simplesmente, que o tribunal ‘acolheu’ ou ‘rejeitou’ os embargos. Nada justifica o emprego dessas outras expressões, que passam ao largo da distinção entre os dois juízos”¹⁰².

Trata-se de crítica, em nossa avaliação, fundada. De fato, é importante, também do ponto de vista prático, distinguir adequadamente os juízos de admissibilidade e de mérito na apreciação jurisdicional dos embargos de declaração. Somente embargos admissíveis devem produzir o efeito interruptivo de que trata o caput do artigo 1.026 do Código de Processo Civil.

99 Item 5.

100 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 698.

101 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 895.

102 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 287.

Dessa maneira, preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, basta ao recorrente alegar que a decisão impugnada é obscura, contraditória, omissa, ou padece de erro material. Se, efetivamente, o vício está presente, cabe ao julgador corrigir o defeito apontado, proferindo decisão hígida, em virtude do julgamento do mérito do recurso.

4. ESTRUTURA LÓGICA DA DECISÃO JUDICIAL

Os argumentos que compõem a decisão judicial devem ser encadeados de forma lógica. As premissas do discurso jurídico hão de ser expostas e justificadas, de modo que a solução normativa adotada se imponha, racionalmente, como a mais correta para o caso examinado.

Pensamos que a estrutura lógica da decisão judicial não difere daquela empregada em petição inicial, em petição de recurso, ou mesmo em parecer. Em todos esses casos, cuida-se de estabelecer qual deve ser a solução jurídica para determinado problema. Mudam apenas os papéis de quem profere o discurso jurídico.¹⁰³

Com efeito, a elaboração racional de uma solução para uma questão jurídica, real ou hipotética, pode ser feita na forma de silogismo¹⁰⁴ jurídico¹⁰⁵, que é o discurso que parte das premissas fáticas e normativas, a fim de que se chegue à conclusão, por meio da subsunção, a qual nada mais é do que o encaixe da premissa fática, ou premissa menor, na premissa normativa, ou premissa maior.

Salientamos que o caminho a ser trilhado no discurso jurídico não se resume a operações de lógica formal, porquanto, a argumentação jurídica se desenvolve justamente em âmbito no qual atua a lógica material.¹⁰⁶

A fim de que se cumpram as imposições decorrentes do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal e do artigo 11 do Código de Processo Civil, o órgão jurisdicional deve apresentar e justificar os passos de sua argumentação, cumprindo, ademais, o dever de diálogo com as razões sustentadas pelas partes, tendo em vista o princípio do contraditório.

É certo que o silogismo final, que determina a solução jurídica para o caso discutido em juízo, representa apenas o momento culminante do processo interpretativo. Logo, é importante a

103 No mesmo sentido, v. COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77.

104 ARISTÓTELES. *Órganon: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticas*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005. p. 347, “O silogismo é um discurso argumentativo no qual, uma vez formuladas certas coisas, alguma coisa distinta destas coisas resulta necessariamente através delas pura e simplesmente”. Dessa forma, por meio do silogismo, deduz-se uma conclusão a partir das premissas estabelecidas. Na síntese de COPI, Irving M.; COHEN, Carl; MCMAHON, Kenneth. *Introduction to logic*. 14. ed. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2011. p. 205, “um silogismo é um argumento dedutivo no qual a conclusão é inferida de duas premissas”. Traduzimos. No original: “**a syllogism is a deductive argument in which a conclusion is inferred from two premises**”. Mantivemos o negrito original.

105 PERELMAN, Charles. *Logique juridique: nouvelle rhétorique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1999. p. 3, “há sempre meio de transformar uma argumentação qualquer em um silogismo, acrescentando-se uma ou várias premissas suplementares”. Traduzimos. No original: “il y a toujours moyen de transformer une argumentation quelconque en un syllogisme, en ajoutant une ou plusieurs premisses supplémentaires”.

106 Como afirmamos em outra oportunidade “A argumentação judicial pode ser reconstruída com o auxílio de silogismos, mas isso não significa que a decisão judicial é obtida através de um procedimento mecânico, da mesma forma como o é aquele empregado pela lógica formalista”, v. MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 29. Nessa linha, sustenta-se que a concreção da experiência jurídica vai além da lógica formal, v. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 284-287. A lógica jurídica não se reduz à lógica formal, pode ser compreendida como lógica material, v. PERELMAN, Charles. ob. cit., p. 5.

decomposição, tão detalhada quanto possível, das premissas do raciocínio judicial justificativo, em consonância com o princípio da vedação do arbítrio. A motivação deve ser completa.¹⁰⁷

As premissas fáticas estabelecem qual a versão dos fatos que deve prevalecer no processo. Nesse aspecto, mostram-se da maior relevância as regras processuais concernentes à distribuição do ônus probatório. Dessa forma, os fatos não são considerados em si mesmos. Aplicam-se os fatos como devem ter ocorrido, à luz das normas jurídicas pertinentes.

Outro aspecto que consideramos importante destacar quanto às premissas fáticas é a atenção ao caso concreto. Os casos jurídicos devem ser resolvidos conforme suas peculiaridades. Assim, por exemplo, a aplicação dos precedentes requer o devido exame das circunstâncias fáticas do caso submetido à apreciação jurisdicional, de modo que seja respeitado o princípio da igualdade, que reclama soluções semelhantes para casos semelhantes.

A definição das premissas normativas aplicáveis ao caso requer interpretação dos textos normativos. Com efeito, as normas jurídicas resultam da interpretação das disposições legais e constitucionais pertinentes.¹⁰⁸ Na atividade de determinação da norma aplicável, desempenham, ademais, funções de relevo a jurisprudência e a doutrina.¹⁰⁹

Entendemos que a determinação das premissas fáticas e normativas deve desenvolver-se por meio de influências recíprocas, em caráter dialético. Os fatos devem ser compreendidos em face das normas, assim como as disposições normativas devem ser interpretadas a partir dos fatos.¹¹⁰

O estabelecimento da correção material das premissas fáticas e normativas consiste em atividade de justificação externa (*externe Rechtfertigung*).¹¹¹ A passagem das premissas à conclusão, por sua vez, vem a ser a justificação interna (*interne Rechtfertigung*).¹¹²

Por meio da justificação externa, afirma-se qual deve ser o conteúdo das premissas fáticas e jurídicas do discurso jurídico. Trata-se de atividade que se realiza no domínio da argumentação jurídica.¹¹³

107 Sobre a completude da motivação, v. TARUFFO, Michele. ob. cit., 2015. p. 374-376.

108 As normas jurídicas são entidades semânticas, v. GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio*: lezioni. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006. p. 29.

109 Sobre as condições restritivas do discurso jurídico, v. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001. p. 307-335.

110 Nessa linha, v. TARUFFO, Michele. *Sui confini*: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 197, “a escolha da norma aplicável e a determinação do seu significado ocorrem em direta conexão dialética com a individuação dos fatos juridicamente relevantes; de outra parte, esta determinação dos fatos ocorre em função da norma que o juiz considera aplicável e do significado (“guiado” pela referência aos fatos) que à norma é atribuído”. Traduzimos. No original: “la scelta della norma applicabile e la determinazione del suo significato avvengono in diretta connessione dialettica con l’individuazione dei fatti giuridicamente rilevanti; d’altra parte, questa determinazione dei fatti avviene in funzione della norma che il giudice ritiene applicabile e del significato (‘guidato’ dal riferimento ai fatti) che alla norma viene assegnato”.

111 ALEXY, Robert. ob. cit., 2001. p. 283.

112 Ibidem, p. 273.

113 Nesse sentido, v. ALEXY, Robert. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*. In: ALEXY et al. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 12.

Já a justificação interna é regida pela lógica formal.¹¹⁴ Não há silogismo jurídico sem raciocínio formalmente lógico.

A diferença fundamental, por conseguinte, entre a justificação interna e justificação externa reside no caráter necessário da primeira, ao passo que a segunda se insere no terreno do plausível.¹¹⁵ Com o auxílio da terminologia aristotélica, compreendemos que o silogismo jurídico pode ser classificado como dialético¹¹⁶, porque suas premissas não se baseiam em verdades como correspondência, mas em afirmações convincentes.

Portanto, no exame da justificação racional da decisão judicial, devemos levar em consideração as contribuições teóricas sobre argumentação jurídica e sobre a lógica formal.

Cuida dos elementos essenciais da sentença o artigo 489 do Código de Processo Civil, cujos incisos se referem ao relatório, aos fundamentos e ao dispositivo. São as partes que compõem a sentença.

De acordo com o inciso I do mencionado dispositivo, é elemento essencial da sentença “o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo”.

Como leciona Barbosa Moreira, “O relatório é uma narração e, como tal, deve revestir-se, tanto quanto possível, de caráter objetivo. O juiz não deve dar aí nenhuma pista de como vai decidir, da opinião que formou a respeito das questões”¹¹⁷.

Em nossa visão, o trecho citado merece acolhida. Não se deve confundir o relatório com o início da tomada de posição quanto às questões a serem decididas. Na primeira parte da sentença, deve-se cuidar apenas da exposição, em caráter objetivo, da síntese dos acontecimentos relevantes do processo.

Conforme o inciso II do artigo 489 do CPC, são elementos essenciais da sentença “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Trata-se da fundamentação da sentença.

Na fundamentação, cabe ao órgão jurisdicional resolver as questões de fato e de direito.¹¹⁸

114 Como esclarece ALVES, Alaôr Caffê. *Lógica: pensamento formal e argumentação, elementos para o discurso jurídico*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 113, “a Lógica Formal cuida da relação (ou ordem) entre as premissas para verificar se ela (a relação) é ou não correta do ponto de vista puramente formal. A correção dá-nos a validade do argumento; a incorreção, a invalidade do argumento”. Itálico no original.

115 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002. p. 50-51, “A justificação interna é apenas questão de lógica dedutiva, mas, na justificação externa, é preciso ir além da lógica em sentido estrito”.

116 ARISTÓTELES, ob. cit., p. 348, “O silogismo dialético é aquele no qual se raciocina a partir de opiniões de aceitação geral”. Sobre os fundamentos filosóficos da dialética, v. BUZAID, Aidê. *Introdução à lógica jurídica: fundamentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 169-173.

117 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 119. A respeito do excerto citado, SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 236, obtempera: “Sem pretensão de discordar frontalmente do trecho acima, o questionamento que surge é: será mesmo que essa objetivação do relato não artificializa a construção argumentativa que vai ocorrer posteriormente na fundamentação? Aliás, querer crer que o relatório seria completamente neutro, e a motivação, aí sim, daria algo de jurídico ao que foi relatado, não contribui para a ideia de uma subsunção entre fatos (relatório) e direito (fundamentação)? Não seria ideal que a redação de ambos ocorresse conjuntamente?”. Pensamos que a resposta para as questões formuladas é: não. Se bem cuidamos, o relatório não é o momento adequado para dar início ao deslinde das questões. Importante ressaltar, ainda, que a justificação das premissas fáticas deve ocorrer na fundamentação. De resto, a subsunção, no discurso judicial, deve ser a etapa final do raciocínio jurídico.

118 Nessa linha, v. MOREIRA, José Carlos Barbosa. ob. cit., 2004. p. 118.

É precisamente nesta parte que o juiz deve demonstrar respeito pelo contraditório, debatendo os argumentos trazidos pelas partes, por meio de seus advogados, ao processo. Não basta, como será examinado adiante¹¹⁹, a motivação das razões prevalecentes, devem ser superados os argumentos que sustentam solução oposta.

Ao motivar a sentença, o juiz deve expor, da forma mais detalhada possível, as premissas da sua argumentação, de modo que possam ser claramente identificados os silogismos empregados.

Consoante o inciso III, o terceiro elemento essencial da sentença é “o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”.

Tecnicamente, convém indicar, como já o fizemos, que o juiz resolve as questões na fundamentação. No dispositivo, como afirma Barbosa Moreira, verifica-se o momento da “ilação final”¹²⁰.

A declaração do resultado do silogismo final, ou dos silogismos finais, que se baseiam nas razões fáticas e jurídicas sustentadas na fundamentação, deverá ocorrer no dispositivo. Cuida-se do momento em que o juiz, se for o caso, julga o pedido formulado, ou os pedidos formulados, devendo decidir quem tem razão de acordo com o Direito.

E quais são as consequências jurídicas da ausência dos elementos essenciais da sentença?

Faltando o relatório, a sentença será nula.¹²¹ A mesma solução se impõe, se faltar a fundamentação, por força do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal e do artigo 11 do Código de Processo Civil. Ausente o dispositivo, porém, o vício é mais grave, a sentença é inexistente.¹²²

Elaborada a sentença em consonância com o dever jurídico de fundamentação das decisões judiciais, as partes terão a oportunidade de examinar as premissas dos silogismos jurídicos realizados, identificando todos os passos da argumentação, encadeados logicamente, nos aspectos formal e material, até o pronunciamento, sendo o caso, quanto aos pedidos deduzidos em juízo.

Em caso de omissão quanto ao dever de fundamentar, a decisão judicial será nula. A correção do referido vício poderá ser provocada por meio da oposição de embargos de declaração.

5. AS HIPÓTESES DO §1º DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A ausência de fundamentação da decisão judicial viola frontalmente os princípios do contraditório e da vedação do arbítrio, de maneira que o ato decisório deverá ser considerado nulo. É da maior importância, portanto, a definição do que se deve considerar como decisão judicial omissa quanto à fundamentação.

Esclarecemos, por oportuno, que a fundamentação insuficiente equivale à ausência de fundamentação.¹²³

119 Item 5.

120 MOREIRA, José Carlos Barbosa. ob. cit., 2004. p. 118.

121 Nesse sentido, v. ALVIM, Teresa Arruda. ob. cit., p. 183.

122 Conforme MOREIRA, José Carlos Barbosa. ob. cit., 2004. p. 123, o dispositivo “é o coração da sentença, sem o qual ela não existe”.

123 Cfr. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2. p. 326.

O Código de Processo Civil, por meio do §1º do artigo 489, veicula hipóteses de decisões judiciais não fundamentadas, o que constitui inovação em relação ao Código anterior.

Interessante observar que é bem menos complexa a tarefa de apontar o que se entende por decisão insuficientemente fundamentada do que a de estabelecer, com a devida profundidade, o que se considera uma decisão judicial bem fundamentada.¹²⁴

Parece-nos que andou bem o legislador brasileiro ao instituir o mencionado §1º na lei processual. O estabelecimento legal do que não se considera decisão judicial fundamentada otimiza a tutela da confiança e a segurança jurídica, conferindo-se maior concretude ao mandamento constitucional da fundamentação dos pronunciamentos judiciais decisórios. Em um estado de Justiça¹²⁵, o direito das pessoas não deve depender da vontade do julgador, deve resultar de justificação racional em conformidade com as normas constitucionais e legais, com os precedentes judiciais e com os argumentos da doutrina.

Porque o mencionado §1º tem a finalidade de promover o âmbito jurídico protegido por normas constitucionais, concluímos que enumera rol exemplificativo de decisões que não se consideram fundamentadas.¹²⁶

Como é evidente, o dever jurídico de fundamentação da decisão judicial alcança todas as decisões jurisdicionais, sejam elas sentenças, decisões interlocutórias, decisões monocráticas no âmbito dos órgãos colegiados, ou acórdãos. Por essa razão, dispõe o aludido §1º que não se considera fundamentada “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”. A enunciação normativa dos atos decisórios é claramente exemplificativa, já que as decisões monocráticas nos tribunais também, como já afirmamos, devem ser fundamentadas.

Conforme o inciso I do §1º do artigo 489 do CPC, não se considera fundamentada decisão judicial que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”.

Otávio Verdi Motta sustenta que a finalidade do referido dispositivo “é impedir a falsa fundamentação que, ao transcrever o texto normativo, esconde as verdadeiras escolhas interpretativas”¹²⁷.

A nosso ver, o autor tem razão. A Constituição e o CPC impõem ao juiz o dever de motivação das decisões judiciais, a fim de que as escolhas interpretativas sejam expostas e justificadas.

Como destacamos no item anterior, a estrutura lógica da decisão judicial tem a forma final de silogismo dialético. Há duas premissas que embasam a conclusão: a premissa maior, ou normativa, e a premissa menor, ou fática. Observamos que o estabelecimento dessas premissas deve ocorrer em conjunto.

124 Nessa linha, GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 533, apresenta uma “versão modesta” da norma que resulta da interpretação do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal nos seguintes termos: “os juízes devem proferir decisões não equivocadamente fundamentadas”. Itálico no original.

125 Item 1.

126 Nesse sentido, v. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. ob. cit., p. 327. Conforme esclarece CUNHA, Leonardo Ferreira da. Dos elementos e dos efeitos da sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015. p. 1232, “O §1º do art. 489 estabelece, na verdade, parâmetros e orientações, dando exemplos de como deve ser fundamentada a sentença e, de resto, qualquer decisão judicial”.

127 MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo: RT, 2015. p. 152.

Logo, é claramente insuficiente a mera referência ao texto normativo, em sua literalidade ou por meio de paráfrase, para a justificação externa da premissa maior. O estabelecimento da norma aplicável requer a apreciação das circunstâncias do caso concreto. O juiz tem o dever de justificar por que o dispositivo legal invocado é aplicável ao caso, para isso, tem de examinar sua relação com a causa, ou a questão decidida.

Deveras, como já afirmamos, a norma jurídica resulta da interpretação do texto normativo. Em tese, o enunciado normativo admite pluralidade de sentidos. A norma jurídica, como entidade semântica, não existe independentemente de uma situação concreta. A interpretação do texto normativo vem a ser sua aplicação ao caso. Como salienta Gadamer, “o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário”¹²⁸.

Assim, ao proferir a decisão, o órgão jurisdicional junte-se à incumbência de individualizar o sentido a partir do texto, tendo em vista as peculiaridades da causa, de modo que reste motivada a construção normativa adotada.

Em conformidade com o inciso II do §1º do artigo 489 do CPC, a decisão judicial não será considerada fundamentada, se “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Parece-nos, como adverte Eros Grau, problemática a expressão conceitos jurídicos indeterminados. A ideia de conceito pressupõe determinação. Se são conceitos, são determinados. Preferimos, então, fazer referência a termos jurídicos indeterminados.¹²⁹

Diante da impossibilidade de prever, em toda sua riqueza, as situações de fato, o legislador insere, no texto legal, termos indeterminados, que serão preenchidos pelo intérprete caso a caso. Por certo, os termos indeterminados empregados nos textos normativos somente podem ser compreendidos em face das peculiaridades de determinado contexto fático.¹³⁰

A técnica legislativa dos termos jurídicos indeterminados, portanto, favorece a flexibilidade da interpretação jurídica, na medida em que permite a adaptação do dispositivo legal às circunstâncias do caso concreto.¹³¹

É o que ocorre, por exemplo, tendo em vista §1º do artigo 96 do Código Civil, que define as benfeitorias voluptuárias como as de “mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor”. Em que consiste o mero deleite

128 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 463. Versando sobre a hermenêutica jurídica gadameriana, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 198, reafirma: “A tarefa da interpretação consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação”.

129 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 224-225.

130 Como destaca SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 307, “Os conceitos indeterminados só podem ser compreendidos e aplicados através de uma concretização pela qual se ajuíza o que neles é integrável e o que deles está excluído”. Sobre a matéria, v. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral*. 4. ed. ref. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. v. I. p. 773-778.

131 Nessa linha, ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. refundida, 8. reimp. Coimbra: Almedina, 2016. p. 597, sustenta: “A possibilidade de fixação de caso para caso confere ao direito aquela maleabilidade que uma determinação completa pela lei por natureza excluiria”.

ou recreio? A construção de piscina em residência pode afigurar-se como benfeitoria voluptuária, já não podemos dizer o mesmo quanto à instalação do referido equipamento em clube de natação.¹³²

Justamente porque a técnica legislativa dos termos indeterminados acentua a maleabilidade da interpretação jurídica, torna-se ainda mais importante a atenção às particularidades do caso, razão pela qual o aludido inciso II impõe ao juiz a motivação concreta da incidência do termo no caso discutido nos autos.

Teresa Arruda Alvim defende que o II do §1º do artigo 489 do CPC também alcança as decisões baseadas em princípios jurídicos.¹³³

Realmente, a aplicação dos princípios implica dificuldades adicionais em relação às regras.¹³⁴ Em geral, resultam os princípios da interpretação de textos normativos de elevadas vaguidade e abstração. Ademais, as normas principiológicas veiculam razões *prima facie* para decidir, que podem ser superadas por razões em sentido oposto, a depender da situação concreta em análise.

Por esses fundamentos, estamos de acordo com a interpretação segundo a qual o mencionado inciso II abrange a aplicação judicial das normas principiológicas.

Assim, por exemplo, não basta mencionar que a medida atende ao melhor interesse da criança e do adolescente. É obrigatória, sob pena de nulidade da decisão, a indicação contextualizada dos motivos segundo os quais o referido princípio impõe a solução adotada.

Pensamos que o §2º do artigo 489 do Código de Processo Civil, do qual trataremos posteriormente¹³⁵, foi concebido para aplicação dos princípios, que não raro entram em rota de colisão. Verificamos, dessa maneira, o cuidado do legislador processual com a motivação das decisões judiciais envolvendo princípios.

Na hipótese de a decisão judicial “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”, também não se considera cumprido o dever jurídico de fundamentação, como declara o inciso III do §1º do artigo 489 do CPC.

O dispositivo veda a decisão judicial amparada em fundamentos genéricos. O mínimo que se espera de uma decisão judicial é que examine o caso debatido no processo, de forma que não satisfazem fórmulas padronizadas, que se aplicariam a sem-número de situações distintas.

Barbosa Moreira, com respeito a decisões baseadas em referências genéricas, relata:

Exemplo de erro muito comum é o de afirmações como “indefiro a liminar por falta dos pressupostos legais”. Dizer isso ou nada dizer é praticamente a mesma coisa. Cumpre justificar o asserto de que os pressupostos legais não estão presentes. A mera alusão à respectiva falta não é satisfatória. Decisão desse teor não está motivada.¹³⁶

132 Trata-se de exemplo apresentado por GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. p. 314.

133 ALVIM, Teresa Arruda. *ob. cit.*, p. 217, “Há, na verdade, razões tão ou mais relevantes para que este dispositivo oriente o modo como deve ser a fundamentação da decisão judicial que se apoia em princípios jurídicos, quanto às que levam à necessidade de que a fundamentação seja mais densa quando se trata de aplicar ao caso uma cláusula geral, para embasar a parte decisória da sentença”.

134 Já tivemos oportunidade de tratar da distinção entre princípios e regras em MOTA, Marcel Moraes. *ob. cit.*, 2011. p. 49-53.

135 Item 6.

136 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *ob. cit.*, 2004. p. 121.

Notamos que o problema persiste na praxe judiciária, o que se evidencia também em litígios de massa, bem como nos julgamentos de embargos de declaração.¹³⁷

As decisões apoiadas em afirmações genéricas não revelam vínculo com o caso concreto, logo, não procedem à justificação externa das premissas fática e normativa, de maneira que a decisão judicial não poderá ser considerada motivada.¹³⁸

Ora, não basta afirmar que estão presentes, ou que não estão presentes, os pressupostos legais. Somente poderá ser considerada motivada a decisão que exponha, concretamente, os motivos pelos quais estão, ou não, configurados os requisitos da medida pleiteada. Para isso, é imprescindível que as circunstâncias particulares do caso sejam levadas em consideração.¹³⁹

Como preceitua o inciso IV do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil tampouco se considera fundamentada a resolução judicial que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Verificamos, no dispositivo legal acima citado, detalhamento em virtude da eficácia jurídica do princípio do contraditório, que confere às partes o direito de influência.

Impõe-se ao juiz o dever de diálogo com as razões apresentadas dialeticamente no processo, de modo que a decisão judicial resulte de efetiva apreciação dos argumentos sustentados pelos legitimados.

Para além do contraditório, o aludido inciso IV decorre do princípio da cooperação¹⁴⁰, já que esta norma estabelece, entre outros, o dever de esclarecimento dos pronunciamentos judiciais.¹⁴¹

Não basta, por conseguinte, que o magistrado adira a uma das teses defendidas no processo. Deve justificar por que razões não foi acolhida a tese que conduziria a decisão em sentido diverso.

Para Leonard Ziesemer Schmitz, o referido enunciado legal determina a “fundamentação-resposta”, que “é a atividade hermenêutica que rebate, um a um, os argumentos trazidos pela parte que sucumbiu em um julgamento”¹⁴².

Com a devida vênia, não nos parece correto sustentar que a decisão judicial deve consistir em resposta a quaisquer argumentos levantados pela parte sucumbente.

Pensamos que o mencionado dispositivo prescreve que devem ser rebatidos apenas os

137 Cfr. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. ob. cit., p. 302-303.

138 No mesmo sentido, v. MOTTA, Otávio Verdi. ob. cit., p. 152.

139 NERY JUNIOR, Nelson. ob. cit., 2004a. p. 219, assevera que “O ministro, desembargador ou juiz tem necessariamente de dizer por que entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da liminar, isto é, ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se (sic) a repetir os termos da lei, sem dar as razões de seu convencimento”.

140 Nesse sentido, v. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. O dever de fundamentação das decisões judiciais no CPC brasileiro. In: SILVA, João Calvão et al. *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017. p. 332.

141 Sobre os deveres de cooperação, que abrangem os de proteção, de esclarecimento e de lealdade, v. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2015. p. 604-608. A respeito do dever de esclarecimento judicial, DIDIER JR., Fredie. ob. cit., 2015. p. 128, destaca que “O dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes”.

142 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. ob. cit., p. 303.

argumentos capazes de sustentar decisão judicial diversa.¹⁴³ Como diz a lei, aqueles “capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Logo, como sustenta Rodrigo da Cunha Lima Freire, “não está o juiz obrigado a enfrentar argumentos objetivamente irrelevantes ou impertinentes”¹⁴⁴.

Salientamos que não basta ao juiz afirmar que o argumento é irrelevante, ou impertinente. Deve justificar por que assim o reputa. Do contrário, o efetivo diálogo com as razões da parte ficaria prejudicado, bem como seria menoscabado o dever de esclarecimento da resolução judicial. Dessa maneira, apresentados os motivos pelos quais o argumento é irrelevante, ou impertinente, é desnecessário que o magistrado examine a alegação a fundo.

Conforme o inciso V do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, não se considera fundamentada decisão judicial que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Consoante esclarecemos quanto à estrutura lógica da decisão judicial, cabe ao juiz justificar as premissas do raciocínio desenvolvido, o que requer o preenchimento das premissas normativa e fática. Os precedentes e os enunciados de súmula, no silogismo judiciário, são relevantes para justificação externa da premissa maior.

De outra parte, a definição do precedente ou do enunciado de súmula aplicáveis depende do exame das circunstâncias do caso. É preciso, portanto, justificar concretamente a pertinência dos elementos jurisprudenciais empregados na resolução judicial.

Mais uma vez, temos oportunidade de realçar que as premissas normativa e fática do silogismo judicial devem ser elaboradas em conjunto. A consideração dos fundamentos determinantes do precedente ou do enunciado de súmula, que é imposta pela lei sob pena de nulidade da decisão judicial, somente pode ser satisfeita mediante a análise dos elementos fáticos juridicamente relevantes.

Para a aplicação de precedente judicial, é necessário determinar sua *ratio decidendi*. Em seguida, impende confrontar as circunstâncias fáticas do caso posterior com o caso anterior, a fim de verificar se há semelhanças relevantes, que justificam a incidência a solução jurídica estabelecida no precedente.¹⁴⁵

Com respeito aos enunciados de súmula, tanto persuasiva como vinculante, importa verificar os casos que deram origem ao verbete. Desse modo, será possível determinar, com segurança, os fundamentos determinantes da jurisprudência sumulada. Posteriormente, deve ocorrer o mesmo procedimento argumentativo de aplicação dos precedentes, que pressupõe o cotejo das circunstâncias fáticas, em ordem a determinar similitudes expressivas, que confirmem a pertinência do enunciado invocado.

Absolutamente insuficiente, portanto, a mera referência da ementa do precedente, ou do

143 Na mesma linha, v. ALVIM, Teresa Arruda. *ob. cit.*, p. 219, “Vê-se, portanto, que, segundo este dispositivo, o juiz deve proferir decisão afastando, repelindo, enfrentando elementos que poderiam fundamentar conclusão diversa”. Itálico no original.

144 FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *ob. cit.*, p. 335.

145 A respeito, v. MOTTA, Otávio Verdi. *ob. cit.*, p. 200-204.

enunciado da súmula. Tem o mencionado inciso V o claro intuito de afastar essa prática, que pode ser cunhada de ementismo.¹⁴⁶

De acordo com o inciso VI do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, também não se considera fundamentada decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

O dispositivo acima referido bem pode ser compreendido como a outra face, ou a “*continuação*”¹⁴⁷ do anterior. Subjazem a ambos os preceitos os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, que impõem soluções jurídicas semelhantes para casos semelhantes.

Caso o juiz entenda que os elementos jurisprudenciais invocados pela parte não se aplicam ao caso, deve assumir a carga do argumento, justificando por que o enunciado de súmula, o precedente ou a jurisprudência não são pertinentes.

Em consonância com os motivos elencados na lei para afastar o elemento jurisprudencial alegado pela parte, o magistrado deve seguir as técnicas da distinção (*distinguishing*) ou da superação (*overruling*).

Consoante a primeira técnica, justifica-se a não aplicação do precedente ou do verbete, porque o caso sob exame apresenta peculiaridades, de modo que não deve seguir a mesma *ratio decidendi* dos casos anteriores. Trata-se, portanto, da distinção dos casos.¹⁴⁸

Para a correta aplicação da técnica da distinção, não basta, obviamente, a mera diferença entre os casos, já que não há dois casos idênticos. A diferença apontada deve ser relevante, apta a justificar a imposição de solução jurídica diversa.

Por sua vez, a técnica da superação permite o afastamento do precedente, por meio da construção de outra *ratio decidendi*. Devem ser apresentados argumentos que justifiquem o acolhimento da nova tese jurídica.

A mencionada técnica confere caráter dinâmico à jurisprudência, o que permite o desenvolvimento do Direito, seja em razão das transformações sociais, seja em decorrência de elementos internos do ordenamento jurídico.¹⁴⁹

Em caso de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais superiores, ou daquela decorrente do julgamento de casos repetitivos, prescreve o §3º do artigo 927 do Código de Processo Civil que poderá haver modulação dos efeitos do câmbio jurisprudencial amparada no interesse social e no da segurança jurídica.

Portanto, além de requerer motivação adequada e específica, convém ressaltar que a mudança jurisprudencial não deve prejudicar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da igualdade.

146 FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. ob. cit., p. 336.

147 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. ob. cit., p. 340.

148 V. MOTTA, Otávio Verdi. ob. cit., p. 204-206.

149 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. ob. cit., 2015c. p. 616, “*A superação de um precedente (overruling) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica*”. Itálico no original.

É possível, ainda, que a *ratio decidendi* não seja de todo superada, mas estreitada, ou ampliada. Chama-se a referida técnica de *overriding*.¹⁵⁰ Pensamos que o VI do §1º do artigo 489 também se aplica à técnica acima mencionada, já que se trata de superação parcial do precedente judicial.

Além das hipóteses §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, interessa-nos indagar se é compatível com o dever de fundamentação das decisões judiciais a chamada fundamentação *per retationem*, ou referencial, que consiste na adoção de razões expendidas em outra peça processual.

Consideramos que, no caso da fundamentação *per relationem*, o juiz não cumpre, de forma satisfatória, o dever de diálogo com os argumentos trazidos pelas partes ao processo. Não nos parece suficiente, com toda a clareza, a mera adesão aos motivos invocados em uma das peças do processo, como o parecer do órgão ministerial. É imprescindível que o julgador justifique, concretamente, por que as razões citadas merecem acolhimento.¹⁵¹

Em vista do exposto, podemos concluir que não se considera fundamentada a decisão judicial a que falte o efetivo diálogo com as razões fáticas e jurídicas sustentadas pelas partes. Toda resposta jurisdicional deve ser construída a partir da interação dialética dos argumentos, levando-se em consideração as especificidades da situação concreta posta em juízo.

6. A COLISÃO ENTRE NORMAS DO §2º DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O ordenamento jurídico é composto por regras e princípios.¹⁵² Importa-nos, neste momento, lembrar que os argumentos baseados em princípios consistem em razões *prima facie*, que são superáveis, ao passo que as regras ensejam razões definitivas.¹⁵³

Uma vez determinada a regra aplicável, opera-se a subsunção. Já a aplicação dos princípios, não raro, envolve a ponderação. Assim, na hipótese de colisão de princípios, importa verificar qual deve prevalecer, tarefa indispensável para a justificação externa da premissa normativa do silogismo jurídico.

Parece-nos oportuno salientar que o reconhecimento da normatividade dos princípios implica a flexibilidade da interpretação jurídica, o que favorece a reaproximação entre Direito e Justiça.

Por outro lado, a aplicação dos princípios envolve riscos consideráveis. Destacamos, nesta oportunidade, a possibilidade de enfraquecimento da normatividade diante das concepções morais do julgador. A indevida manipulação dos princípios corrói a limitação jurídica do poder de decidir.

É certo que o estado de Justiça não se coaduna com o arbítrio judicial. Urge que as posturas decisionistas sejam repelidas. Os princípios não devem servir de pretexto para a imposição, velada ou explícita, da vontade do julgador.

Por essa razão, em boa hora dispõe o §2º do artigo 489 do atual Código de Processo Civil que “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

150 A respeito, v. MOTTA, Otávio Verdi. ob. cit., p. 206.

151 Na mesma linha, v. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. ob. cit., p. 339-340.

152 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 117-125.

153 Nesse sentido, v. HAGE, Jaap C. *Reasoning with rules: an essay on legal reasoning and its underlying logic*. Dordrecht: Kluwer, 1997. p. 118.

Recordamos que a colisão dos princípios deve ser resolvida por meio da proporcionalidade, que pode ser compreendida como procedimento jurídico-argumentativo de controle das limitações jurídicas das normas com estrutura de princípio.¹⁵⁴

Assim, em nosso entendimento, a decisão envolvendo choque de princípios deve justificar, de modo preciso, os critérios normativos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Apresenta-se, portanto, a ponderação como terceira etapa do teste procedimental da proporcionalidade.

Decisiva importância tem o contexto fático em uma situação de colisão de princípios. Neste ponto, parece-nos útil lembrar o conceito de princípio como mandado de otimização (*Optimierungsgebot*), proposto por Robert Alexy, como norma que determina que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁵⁵

Ora, a decisão judicial sobre colisão de princípio somente poderá ser considerada fundamentada, se justificar, a partir das circunstâncias do caso concreto, as possibilidades fáticas e jurídicas do bem protegido pelo princípio, o que depende do procedimento da proporcionalidade.

Dessa forma, não basta afirmar, por exemplo, que, feita uma ponderação entre os direitos à informação e à privacidade, deve prevalecer este ou aquele. É obrigatório justificar por que, concretamente, um ou outro há de ser preponderante.

Caso a decisão judicial não justifique os critérios de solução da colisão de princípios, cabem embargos de declaração para suprir a omissão.

CONCLUSÃO

Nas democracias constitucionais, verificamos que os princípios constitucionais da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia justificam o direito fundamental a decisões judiciais claras, coerentes, completas e escorreitas.

Como recurso, os embargos de declaração servem, justamente, para o esclarecimento ou a complementação de decisões judiciais, de modo que constituem técnica processual baseada nos princípios acima mencionados, que compõem o sistema jurídico de um estado de Justiça.

Sob o prisma do Direito brasileiro, destacamos que os embargos de declaração são recurso de fundamentação vinculada, que devem ser opostos perante o próprio órgão jurisdicional que proferiu a decisão, a fim de que, sendo o caso, seja sanado o vício apontado. Em regra, não possuem efeito modificativo, nem suspensivo. São dotados de efeito interruptivo e translativo.

A oposição dos embargos de declaração permite o controle do dever de fundamentação das decisões judiciais, já que decisões sem fundamentação, ou com fundamentação deficientes, são consideradas omissas.

Examinando-se a estrutura lógica das decisões judiciais, que podem ser reconstruídas na forma de um silogismo jurídico, chamamos a atenção para a importância da justificação externa das premissas fáticas e normativas adotadas. Ademais, deve haver a justificação interna, que consiste na passagem das premissas à conclusão.

154 A respeito, v. MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 116-127. Ainda sobre o teste da proporcionalidade, v. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 8-10.

155 Alexy, Robert. ob. cit., 1994. p. 75-76.

O Código de Processo Civil apresenta rol exemplificativo de decisões judiciais não fundamentadas, que ensejam o cabimento de embargos de declaração. Em linhas gerais, observamos que são decisões que apresentam fundamentos genéricos, que não enfrentam as peculiaridades da causa, tampouco levam a sério o princípio do contraditório.

Como exemplo de decisão omissa, discutimos ainda sobre a colisão de princípios que é proferida sem apresentar, concretamente, as razões pelas quais um princípio deve prevalecer diante de outro.

Em suma, podemos concluir que os embargos de declaração constituem instrumento processual apto a promover o controle do poder de decidir, contribuindo para o expurgo de decisões nulas, como são aquelas que descumprem o dever de fundamentação.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen. In: ALEXY et al. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- _____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- _____. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação, elementos para o discurso jurídico*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.
- ARISTÓTELES. *Órganon: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticas*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. refundida, 8. reimp. Coimbra: Almedina, 2016.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BUZAID, Aidê. *Introdução à lógica jurídica: fundamentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Litec, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: Giappichelli, 2004.
- COPI, Irving M.; COHEN, Carl; MCMAHON, Kenneth. *Introduction to logic*. 14. ed. Upper Saddle

River: Prentice Hall, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. *Tratado de direito civil: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral*. 4. ed. ref. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. v. I.

CUNHA, Leonardo Ferreira da. *Dos elementos e dos efeitos da sentença*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 3.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 2001.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *O dever de fundamentação das decisões judiciais no CPC brasileiro*. In: SILVA, João Calvão et al. *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. 12. ed. München: Luchterhand, 2006.

GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio: lezioni*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006.

GUERRA, Marcelo Lima. *Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais* (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

HAGE, Jaap C. *Reasoning with rules: an essay on legal reasoning and its underlying logic*. Dordrecht: Kluwer, 1997.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LEFORT, Christophe. *Procédure civile*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2007.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2005.

LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung*. 9. ed. München: Beck, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO. *Novo código de processo*

- civil comentado*. São Paulo: RT, 2015a.
- _____. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015b. v. 1.
- _____. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015c. v. 2.
- MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MOTA, Marcel Moraes. *Direitos fundamentais e antecipação da tutela*. Fortaleza: Omni, 2011.
- _____. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006.
- MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo: RT, 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004a.
- _____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004b.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.
- PERELMAN, Charles. *Logique juridique: nouvelle rhétorique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1999.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PINTO, Rui. *O recurso civil. Uma teoria geral: noção, objeto, natureza, fundamento, pressupostos e sistema*. Lisboa: AAFDL, 2017.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed., rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- _____. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTENBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*. 31. ed. München: Beck, 2005.

RITO DE PASSAGEM: A ENTRADA DO BRASIL NO CLUBE DOS RICOS E A NECESSIDADE DE ADOTAR AS DIRETRIZES SOBRE PREÇO DE TRANSFERÊNCIA DA OCDE

RITE OF PASSAGE: BRAZIL'S ENTRY IN THE RICH'S CLUB AND THE NEED TO ADOPT TRANSFER PRICING OECD GUIDELINES

JÚLIA DE AGUIAR GUIMARÃES¹⁵⁶

RESUMO

O presente artigo objetiva rediscutir o instituto do preço de transferência, vez que, neste ano, o Brasil requereu adesão à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. O trabalho demonstrará que os métodos da legislação brasileira não se coadunam com os parâmetros internacionais de aplicação do Princípio Arm's Length, que fundamenta o instituto em discussão, por meio da análise da legislação, das Diretrizes da OCDE e de recente decisão do CARF.

PALAVRAS-CHAVE:

Preço de transferência. Arm's length. OCDE.

ABSTRACT

This article aims to discuss the transfer pricing institute, since last May Brazil applied for OECD membership. It is going to be demonstrated that the methods stated in Brazilian legislation are not compatible with the international parameters for the application of the arm's length principle. Such thing is going to be demonstrated through an analysis of legislation, OECD Guidelines and a recent decision rendered by Administrative Council of Tax Appeals of the Brazilian Revenue Service.

KEYWORDS:

Transfer pricing. Arm's length. OECD.

1. INTRODUÇÃO

Em maio deste ano o Brasil anunciou a formalização do seu pedido de adesão à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), também comumente chamada de “clube dos ricos”.

Com sede em Paris, a OCDE foi fundada em 1961 por Estados Unidos, Canadá e mais dezoito países europeus, objetivando alcançar a prosperidade de seus membros e lutar contra a pobreza, por meio do desenvolvimento econômico e da estabilidade financeira. Hoje, com 35 países-membros, os comitês da OCDE formulam políticas públicas a serem adaptadas e seguidas por aqueles que a ela aderiram.

156 Advogada na Menezes Niebuhr Advogados Associados.

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Graduanda em Ciência Econômicas pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Atualmente, embora não seja membro da Organização, o Brasil participa de um grupo da OCDE denominado Key Partners ou “Parceiros-Chave”, no qual se incluem a Índia, a Indonésia, a China e a África do Sul. Esses parceiros participam de determinados comitês da organização, sendo o Brasil um dos parceiros mais ativos, contribuindo significativamente para várias medidas (OCDE, 2017).

Os vínculos do Brasil com a OCDE têm-se estreitado nos últimos dez anos, devido a uma série de iniciativas tomadas pelo país com o fim de se aproximar da Organização (ITAMARATY, 2017).¹⁵⁷ Contudo, o vínculo mais importante, sob a ótica do presente artigo, é aquele que vem sendo construído junto ao Comitê de Assuntos Fiscais, porquanto, na economia globalizada em que hoje vivemos, é de absoluta importância que a legislação brasileira esteja em harmonia com os padrões internacionais de tributação, possibilitando que o país conquiste participação mais expressiva no comércio internacional. Isso porque, conforme veremos a seguir, algumas práticas fiscais previstas na legislação brasileira, embora se digam fundamentadas em princípios difundidos pela própria OCDE, ainda estão distantes das suas diretrizes, fato que não só afasta possíveis investimentos de organizações multinacionais, mas também enfraquece as relações internacionais já existentes.

Referimo-nos, mais especificamente, à discussão a respeito dos métodos de aferição dos preços de transferência, ou seja, o preço de referência aplicável às operações de transferência de bens, serviços ou direitos entre empresas vinculadas, com o fim de evitar a evasão fiscal.

Tal discussão foi reavivada pela formalização do pedido de adesão do Brasil à OCDE, organização de renome internacional responsável pela edição e divulgação das Diretrizes sobre Preços de Transferência para Empresas Multinacionais e Administrações Tributárias (*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*), desde 1995 (OCDE, 1995 apud MIRSHAWKA, 2012, p.24).¹⁵⁸

Ocorre que, quando o tema foi incluído em sua legislação, por meio da Lei nº 9.430/96, o Brasil optou por não seguir tais diretrizes, criando regime próprio de aferição do preço de referência nas mencionadas operações. E ainda que os métodos apresentados pela legislação brasileira pareçam inspirados na OCDE, veremos que, em verdade, eles não são compatíveis com os parâmetros internacionais de aplicação do *arm's length* – princípio que fundamenta o instituto do preço de transferência – conforme já se manifestou o próprio Business and Industry Advisory Committee (BIAC), da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

157 Podem ser mencionadas como iniciativas tomadas pelo Brasil: o compromisso de engajamento assumido em maio de 2007, a criação de um grupo de trabalho voltado à análise da possibilidade de ingresso efetivo na OCDE (Portaria do Ministério da Fazenda 214/2007), a assinatura de acordo de cooperação em 2015 e o lançamento do Programa de Trabalho Brasil-OCDE 2016-2017.

158 “The Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations provide guidance on the application of the “arm’s length principle” for the valuation, for tax purposes, of cross border transactions between associated enterprises. In a global economy where multinational enterprises (MNEs) play a prominent role, governments need to ensure that the taxable profits of MNEs are not artificially shifted out of their jurisdiction and that the tax base reported by MNEs in their country reflects the economic activity undertaken therein. For taxpayers, it is essential to limit the risks of economic double taxation that may result from a dispute between two countries on the determination of the arm’s length remuneration for their cross-border transactions with associated enterprises. (Inscrição aposta na capa do Guideline publicado pela OCDE.” In: MIRSHAWKA, 2012, p. 24.

2. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

2.1 GLOBALIZAÇÃO

Com a globalização possibilitada pelo avanço tecnológico, mormente dos meios de comunicação e transporte, cresceu significativamente o comércio internacional, fazendo com que a atividade econômica se tornasse transfronteiriça e permitindo que as empresas não restrinjam sua atuação ao território nacional.

O crescimento da abertura econômica permite que uma empresa com sede em determinado país esteja também estabelecida em diversos outros, por meio de filiais, subsidiárias, escritórios etc. Tais empresas pertencentes a um mesmo grupo empresarial são identificadas como vinculadas ou interdependentes. Essa classificação é importante por um motivo: o comércio *intercompanies* ou entre companhias tem características muito peculiares, uma vez que essas empresas, por estarem vinculadas, não se sujeitam às condições normais de mercado (concorrência) e estão “livres” para estipular o preço dos bens, serviços e direitos transferidos entre si.

Diante de tal cenário, é muito comum que as empresas se utilizem dessas relações comerciais com o fim de deslocar a receita de um estabelecimento para outro, geralmente localizado em países que tenham menor carga tributária, principalmente sobre a renda. A transferência indireta de lucros entre empresas vinculadas estabelecidas em países diferentes pode ocorrer de duas formas: por meio de exportações subfaturadas ou de importações superfaturadas. Segundo Mirshawka (2012, p.16):

O lucro da empresa situada em área de alta carga tributária é diminuído, já que seus produtos são vendidos a preços inferiores aos normalmente praticados. Com isso, a tributação pelo Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas é reduzida. Ao comprar produto por valor mais baixo que o de mercado, e revendê-lo ou utilizá-lo na industrialização, o lucro da empresa situada em país de menor tributação aumentará. Contudo, é mais interessante para o grupo mundialmente atuante que o lucro obtido por duas de suas empresas seja tributado na região onde as alíquotas são menores, e não na área de maior carga tributária.

O inverso pode ocorrer na venda feita por empresa localizada em país de tributação menos gravosa para companhias situadas em regiões onde o Fisco atua sob o abrigo de alíquotas maiores. A venda poderá ser superfaturada, aumentando o lucro que a empresa situada em área de menor pressão fiscal obteria normalmente, e aumentando os custos da companhia sediada em país de maior carga fiscal (o que implicará na redução da tributação desta empresa e, conseqüentemente, na diminuição do pagamento global de tributos pelo grupo mundial).

Com o intuito de limitar a arbitrariedade dessas operações, nasceu o princípio *arm's length*, destinado ao controle fiscal dos preços de transferência, ou seja, o valor cobrado por uma empresa na venda ou transferência de bens, serviços ou direitos à uma empresa a ela vinculada.¹⁵⁹

159 Sempre que uma empresa vende um bem ou presta um serviço a outra pessoa, deve ser fixado um preço correspondente; e quando as pessoas envolvidas são “partes vinculadas”, o preço é chamado de “preço de transferência. In: TÔRRES, 2001, p. 162.

2.2 PRINCÍPIO ARM'S LENGTH

A origem do princípio *arm's length* remonta ao ano de 1933, quando o Comitê Fiscal da Liga das Nações aprovou a *Draft Convention on the Allocation of Business Profits between States for the Purposes of Taxation*, algo como “Projeto de Convenção sobre a Alocação de Lucros para fins de Tributação” (MIRSHAWKA, 2012, p. 19-23).

Esse trabalho teve continuidade por meio do Comitê Fiscal da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, instituído em 1956 que, após a publicação de alguns relatórios e instituição de um grupo de trabalho dentro do próprio Comitê Fiscal¹⁶⁰, em 1992 publicou as Guidelines ou Diretrizes da OCDE sobre preços de transferência, fundamentadas no mencionado princípio.

Conforme se extrai do artigo 9º da Convenção Modelo¹⁶¹ da OCDE, o princípio *arm's length* pressupõe a aplicação do preço comumente pactuado nas transações entre empresas não relacionadas às operações entre empresas vinculadas, em condições idênticas ou similares. É dizer: as empresas vinculadas não podem arbitrariamente fixar um preço para o bem, serviço ou direito que comercializam entre si, mas devem, como em qualquer outra operação entre empresas independentes, submeter-se ao preço de mercado.

Nas palavras de Ricardo Mariz de Oliveira (1999, p.303) “um preço é *arm's length* quando corresponder ao preço de livre mercado, de livre concorrência, ou melhor, ao preço que as partes praticariam se fossem independentes e atuassem nesse mercado”. Solilová (2014, p. 397-403), por sua vez, define o princípio *arm's length* como aquele que “estabelece que o preço de transferência entre duas empresas associadas deve ser o preço que seria pago por produtos semelhantes, em circunstâncias semelhantes e por partes independentes”.

Em tradução literal, o termo *arm's length* significa “a distância de um braço”, aquela que deve ser mantida entre partes relacionadas a fim de garantir a independência de suas relações comerciais, como se não vinculadas fossem.

Conforme se extrai das diretrizes da OCDE acima mencionadas, e bem explicado por Glioli (2010, p.7) para obter o preço *arm's length* a empresa integrante de um grupo internacional deve:

- (i) ser tratada como entidade separada (*separate entity approach*) que (ii) mantém relações independentes com empresas do mesmo grupo localizadas em outro país, de modo (iii) a alcançar por meio da ficção de independência, resultados mais precisos na apuração dos preços de transferência.

160 Em 1979, o Comitê de Assuntos Fiscais e Conselho de Ministros da OCDE adaptaram o relatório no sentido de inserir uma diretriz a ser seguida, no tocante à interpretação e aplicação do princípio *arm's length*, tanto pelas autoridades fiscais quanto para as empresas multinacionais. (...) houve também outra publicação em 1984 (tendo por objeto o procedimento de acordo mútuo, os preços de transferência no setor bancário e a alocação de custos centrais), e em 1992 a instituição de preços de transferência no setor bancário e a alocação de custos centrais), e em 1992 a instituição de um grupo de trabalho dentro da OCDE perante o Comitê de Assuntos Fiscais (*Committee of Fiscal Affairs*) para atualizar e consolidar os relatórios anteriores. In: MIRSHAWKA, 2012, p. 23.

161 The international standard that OECD member countries have agreed should be used for determining transfer prices for tax purposes, It is set forth in Article 9 of the OECD Model Tax Convention as follows: where “conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but by reason of those conditions, have not accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly. In: OCDE, 2017, p. 25.

A OCDE (1979, p.8) explica que o principal motivo pelo qual seus membros acordaram adotar o princípio *arm's length* é o fato de ele garantir a paridade de tratamento tributário entre membros de empresas vinculadas e independentes, vez que afasta a possibilidade de vantagens que podem comprometer a livre concorrência, fomentando assim o comércio internacional como um todo.

2.3 CONTROLE FISCAL DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

Entendido o alicerce do instituto dos preços da transferência – o princípio *arm's length* – importa entender como é aplicado: por meio do controle fiscal dos preços de transferência.

O controle fiscal dos preços de transferência é uma técnica destinada a impedir distorções nos preços praticados entre empresas vinculadas estabelecidas em países distintos, na transferência de bens, serviços ou direitos, visto que busca identificar divergências e determinar o preço de mercado comumente praticado em operações similares entre empresas independentes. Segundo Schoueri (2006, p.44), esse controle tem a finalidade principal de impedir uma

Política de preços estabelecida entre empresas interdependentes ou que mantenham uma relação especial, que pode ser direcionada à fixação de preços artificiais, de forma a concentrar a riqueza nesta ou naquela empresa de um grupo empresarial.

Em regra, essa política interfere na arrecadação tributária, porquanto, acarreta redução de receita, base de cálculo dos tributos incidentes sobre a renda, como o IRPJ e a CSLL no Brasil.

As operações de importação sujeitas ao controle fiscal do preço de transferência são aquelas em que o preço praticado seja superior ao preço de mercado (obtidos por meio da aplicação do princípio *arm's length*). Isso porque, quando se importa um produto com preço superfaturado, a despesa da empresa é maior do que aquela que teria nas condições normais de mercado, o que consiste em maior dedução do lucro¹⁶² e consequente diminuição da base de cálculo dos tributos incidentes sobre a renda, que também acabam sendo recolhidos a menor.

Por sua vez, nas operações de exportação, o controle fiscal recai sobre a prática de preços inferiores aos de mercado, pois significa que o contribuinte escriturou uma receita inferior à efetivamente recebida, reduzindo também a base de cálculo dos tributos sobre a renda.

Diante desses cenários, a técnica de controle fiscal consiste em ajustar a base de cálculo dos tributos sobre a renda (lucro), adequando os preços das despesas com importação e as receitas decorrentes de exportação, para que os tributos incidam sobre parcela eventualmente omitida pela utilização de preços simulados.

A base de cálculo é ajustada pelos métodos de cálculo do preço de transferência. A OCDE sugere alguns métodos¹⁶³ aos seus membros, também utilizados por vários países. Outros países, como o Brasil, optaram por prever seus próprios métodos em legislação nacional específica.

Convém salientar que a OCDE, principal responsável por difundir as regras sobre preços de transferência, admite que seus membros utilizem outros métodos não constantes das suas Diretrizes, desde que seja garantida a aplicação do princípio *arm's length*, frisando que não são recomendados os métodos que não cumpram esse requisito.

162 Somente haverá controle fiscal dos preços de transferência quando a pessoa jurídica apurar o imposto de renda com base no lucro real, visto que somente nesse método importam os valores de despesas e de custos passíveis de serem deduzidos da base de cálculo. In: GLIOLI, 2010, p.7.

163 Os métodos reconhecidos nas Diretrizes da Organização e que seguem a aplicação do princípio *arm's length* são divididos em duas categorias: os métodos tradicionais e os métodos alternativos. Os métodos tradicionais são: Método dos Preços Independentes Comparados, Método do Preço de Revenda menos Lucro e Método do Custo de Produção mais Lucro. Os métodos alternativos são: Método Transacional da Divisão de Lucro e Método Transacional da Margem Líquida de Lucro.

2.4 PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NO BRASIL E SUAS INCONSISTÊNCIAS

Embora a discussão sobre preços de transferência se tenha iniciado em meados no século XX, no Brasil a disciplina somente foi introduzida na legislação em 1996, com a edição da Lei nº 9.430 (artigos 18 a 24); após a edição, diversas normas infralegais foram publicadas com fins de alterar ou interpretar a lei¹⁶⁴, tendo algumas delas recebido duras críticas da doutrina¹⁶⁵, em função de supostamente terem efetuado uma interpretação extensiva da lei.

A Lei 9.430/96 se destina a regulamentar as transações entre empresas vinculadas ou com pessoa jurídica estabelecida em país que não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20%, casos em que se impõe a aplicação dos preços de transferência, por meio dos métodos indicados na lei.

Os métodos¹⁶⁶ indicados para apurar o preço de transferência na legislação brasileira são distintos daqueles sugeridos pela OCDE, devendo prevalecer, segundo o parágrafo 4º do artigo 18 do diploma, aquele que seja mais favorável ao contribuinte.

164 Dentre as normas infralegais editadas destacam-se a Lei nº 9.959/00, que previu a aplicação do método “PRL” para os casos de produção local; a Lei nº 10.451/02, que ampliou o conceito de pessoa vinculada; a IN SRF nº 1037/2010, que divulgou a lista de países e localidades considerados “paraísos fiscais”; a IN SRF nº 243/02, que regulamentou e consolidou a disciplina de controle de preços de transferência; Lei nº 10.833/03, que conferiu à Secretaria da Receita Federal o poder de estabelecer norma de simplificação nas exportações, e a Lei nº 11.281/06, que estendeu ao importador e ao encomendante as regras de preço de transferência. In: MIRSHAWKA, 2012, p.58.

165 “O art. 24 da Lei nº 9.430/96 recebeu duras críticas da doutrina. Rutnéa Guerreiro e Edmar Andrade tacharam-no de inconstitucional por afronta à isonomia e à livre iniciativa. Roberto Mosqueras sustentou que o dispositivo não coadunava com o rumo tomado pelas legislações dos demais países do mundo, inviabilizando, segundo ele, as operações entre o Brasil e os países com tributação favorecida. Ricardo Mariz de Oliveira, por sua vez, em conclusão que aplicou a todas as disposições sobre transfer pricing da Lei nº 9.430/96, sustentou que a presunção do art. 24 é juris et de jure e erigida em desrespeito ao contraditório. Plínio J. Marafont também pugnou pela inconstitucionalidade da presunção absoluta do art. 24, a qual, segundo ele, poderá resultar em exigência de tributo sem o fato gerador.” In: MOREIRA, 2010, p.9-10.

166 Atualmente, existem quatro métodos para determinação do preço de transferência na importação: a) Método dos Preços Independentes Comparados (PIC): média aritmética ponderada dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações de compra e venda, em condições de pagamento semelhantes; b) Método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL): média aritmética ponderada dos preços de bens, serviços ou direitos, diminuída de certos valores previstos na legislação; c) Método do Custo de Produção mais Lucro (CPL): custo médio de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no país onde tiverem sido originariamente produzidos, acrescido dos impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação, e de margem de lucro de 20%, calculada sobre o custo apurado; d) Método do Preço sob Cotação na Importação (PCI): valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. (...) Sobre o preço de transferência aplicável às operações de exportação, a empresa poderá adotar um dos cinco métodos: a) Método do Preço de Venda nas Exportações (PVEx): definido como média aritmética ponderada dos preços de venda nas exportações efetuadas pela própria empresa, para outros clientes, ou por outra exportadora de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, durante o mesmo período de apuração da base de cálculo do imposto de renda e em condições de pagamento semelhantes; b) Método do preço de Venda por Atacado (PVA) no País de Destino, Diminuído do Lucro: média aritmética ponderada dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado atacadista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de 15% sobre o preço de venda no atacado; c) Método do Preço de Venda a Varejo (PVV) no País de Destino, Diminuído do Lucro: média aritmética ponderada dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado varejista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de 30% sobre o preço de venda no varejo; d) Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (CAP): média aritmética ponderada dos custos de aquisição ou de produção dos bens serviços ou direitos exportados, acrescidos dos impostos e contribuições cobrados no Brasil e de margem de lucro de 15% sobre a soma dos custos mais impostos e contribuições; e) Método do Preço sob Cotação na Exportação (Pecex): definido como os valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidos. In: ASHIKAGA, 2016, p. 175-179 e 230-231.

Aplicados os métodos e sobrevivendo divergências entre o valor apurado e o preço efetivamente pactuado entre as partes vinculadas, o contribuinte está obrigado a ajustar a base de cálculo dos tributos sobre a renda. Enquanto na importação o controle fiscal dos preços de transferência apura o limite de dedutibilidade dos custos dos bens, serviços e direito adquirido, na exportação, a diferença entre o preço praticado e o preço de mercado será considerada como receita omitida, devendo ser adicionada ao lucro líquido auferido pelo contribuinte.¹⁶⁷

Diversamente dos métodos de cálculo da OCDE, a legislação brasileira fixou margens de lucros predeterminadas sobre o preço de venda ou sobre a soma dos custos que a empresa importadora ou exportadora deverá ter nas transações com empresa vinculada. É esse o principal fator que impede a recepção do princípio *arm's length* pela Lei nº 9.430/96 e que, por consequência, afasta a apuração do preço de referência no Brasil dos padrões de apuração da OCDE.

2.4.1 O PROBLEMA DAS MARGENS FIXAS

Conforme demonstrado, a legislação brasileira muito se distanciou da proposta constante na exposição de motivos da Lei nº 9.430/96 (DELOITTE, 2017):

As normas contidas nos arts. 18 a 24 representam significativo avanço da legislação nacional face ao ingente processo de globalização, experimentado pelas economias contemporâneas. No caso específico, em conformidade com regras adotadas nos países integrantes da OCDE, são propostas normas que possibilitam o controle dos denominados “Preços de Transferência”, de forma a evitar a prática, lesiva aos interesses nacionais, de transferências de resultados para o exterior, mediante a manipulação dos preços pactuados nas importações ou exportações de bens, serviços ou direitos, em operações com pessoas vinculadas, residentes ou domiciliadas no exterior.

Tal se dá porque, embora os métodos adotados pela legislação brasileira pareçam similares aos previstos na Convenção Modelo da OCDE, nota-se a grande diferença entre as técnicas utilizadas, sobretudo em razão do estabelecimento das margens fixas de lucro que uma pessoa jurídica deverá obter nas transações comerciais com empresa vinculada. Significa dizer: ainda que uma empresa tenha margem de lucro em percentual maior ou menor do que aquela fixada na lei, **em regra** não poderá utilizá-la para calcular o preço de transferência aplicável à operação.

O termo “em regra”, acima, não foi destacado por equívoco. É que, como dispõe o parágrafo 2º do artigo 21 da Lei 9.430/96, margens de lucro diversas das previstas nos artigos 18 e 19 poderão ser utilizadas, desde que o contribuinte as comprove, com base em publicações, pesquisas ou relatórios elaborados em conformidade com o disposto nesse artigo.

Outra possibilidade de alterar as margens é por meio de ato do Ministro de Estado da Fazenda, em circunstâncias justificadas, de ofício ou mediante requerimento¹⁶⁸, subsistindo a mesma necessidade de comprovação prevista no parágrafo 2º do artigo 21 supracitado.

167 Convém salientar que na importação somente haverá controle quando o contribuinte calcular os tributos com base no lucro real; na exportação, o ajuste provocado pelo controle fiscal dos preços de transferência será obrigatório para pessoas jurídicas que adotem tanto o lucro real quanto o lucro presumido. In: FERNANDES, Edison Carlos. Constitucionalidade in thesi e in concreto do controle fiscal dos preços de transferência. In: FERNANDES, 2007, p. 25.

168 Art. 20. O Ministro de Estado da Fazenda poderá, em circunstâncias justificadas, alterar os percentuais de que tratam os arts. 18 e 19, de ofício ou mediante requerimento conforme o § 2º do art. 21.

Ocorre que, na prática, a utilização de margem diversa da prevista na legislação é imensamente dificultada. Em primeiro lugar, porque o parágrafo 2º do artigo 21 limitou demasiadamente as provas que o contribuinte pode produzir a fim de demonstrar a inaplicabilidade das margens de lucro pré-fixadas.

Em segundo lugar, porque as provas solicitadas são de difícil obtenção. Vejamos os tipos de publicação e pesquisas impostos como meio de prova, conforme dispõe o artigo 21 (BRASIL, 1996):

Art. 21. Os custos e preços médios a que se referem os arts. 18 e 19 deverão ser apurados com base em:

I - publicações ou relatórios oficiais do governo do país do comprador ou vendedor ou declaração da autoridade fiscal desse mesmo país, quando com ele o Brasil mantiver acordo para evitar a bitributação ou para intercâmbio de informações;

II - pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico ou publicações técnicas, em que se especifiquem o setor, o período, as empresas pesquisadas e a margem encontrada, bem como identifiquem, por empresa, os dados coletados e trabalhados.

§ 1º As publicações, as pesquisas e os relatórios oficiais a que se refere este artigo somente serão admitidos como prova se houverem sido realizados com observância de métodos de avaliação internacionalmente adotados e se referirem a período contemporâneo com o de apuração da base de cálculo do imposto de renda da empresa brasileira.

Em terceiro lugar, porque o próprio artigo 21 prevê em seu parágrafo terceiro que as pesquisas e os relatórios poderão ser desqualificados por meio de ato do Secretário da Receita Federal, quando considerados inidôneos ou inconsistentes.

E embora possamos ser levados a crer que a presunção da utilização de margens fixas é relativa, já que admite aplicar margens diferenciadas, desde que apresentada prova em contrário, em verdade, ela é absoluta. Para Ricardo Mariz de Oliveira (1997, p.80):

(i) quando a lei cria uma presunção relativa ela diz expressamente e determina que o fato presumido seja verdade até prova em contrário, o que não ocorre na Lei nº 9.430/96, porque o ônus da prova é do Fisco; (ii) a despeito de caber ao Fisco o ônus da prova do que alegar, ao contribuinte também será possível fazer a contraprova. Todavia, tal contraprova sempre terá alcance limitado até determinado ponto, pois desse ponto em diante os parâmetros legais atuam ao menos como presunções absolutas, para não dizer ficções legais.

Ora, o ônus de demonstrar manipulação dos preços de transferência pela empresa é exclusivamente do Fisco, não podendo este se utilizar da lei para presumir absolutamente a ocorrência de ilegalidade, que não necessariamente possa ter ocorrido. Neste sentido Heleno Tôrres (2005, p.129) já se manifestou:

Para fins de controle brasileiro dos preços de transferência, parece existir presunção absoluta de que todas as transações envolvam pessoas ligadas¹⁶⁹, implicam necessariamente a atribuição de valores irreais para as mercadorias, como forma de se promover uma transferência indireta de lucros.

Surge aqui, então, a primeira divergência entre a Lei nº 9.430/96 e as Diretrizes da OCDE (1195, p. 1-5), vez que estas últimas preveem que as administrações tributárias não devem automaticamente assumir que empresas relacionadas pretendem manipular os seus lucros. Em tradução livre:

169 Importante ressaltar que o conceito de pessoa vinculada para a legislação brasileira é muito mais amplo do que o considerado pela OCDE, incluindo não só matrizes e suas filiais, mas coligações, consórcios e agenciamentos, bem como empresas situadas em países de tributação favorecida (paraísos fiscais), conforme dispõe o artigo 23 da Lei 9.430/96.

Pode haver uma genuína dificuldade em determinar de forma acurada o preço de mercado ante a ausência de forças de mercado (concorrência) ou quando adotada uma particular estratégia comercial. É importante manter em mente que a necessidade de ajustar os preços para aproximar essas operações das negociações entre empresas não vinculadas [*arm's length dealings*] não tem relação com qualquer obrigação contratual assumida pelas partes para pagar um preço em particular nem de qualquer intenção das partes em minimizar tributos. Assim, um ajuste tributário decorrente da aplicação do princípio *at arm's length* não deve afetar as obrigações contratuais referentes a propósitos não tributários entre empresas relacionadas, e podem ser apropriados mesmo onde não há intenção de minimizar ou evitar imposto. A consideração do preço de transferência [*transfer pricing*] não deve ser confundida com a consideração de problemas de evasão fiscal ou elisão fiscal, embora política de preços de transferência possa ser usada para esse propósito.

O controle sobre preços de transferência não existe sem motivo: apenas tem sentido quando objetiva evitar o deslocamento de receita para outro país como forma de evasão fiscal.

Oportuno frisar que a estratégia de utilizar margens fixas e presunções “relativas” é forma que a administração pública encontrou para desviar-se da difícil tarefa de obtenção acurada do preço parâmetro, que depende da análise de documentos de empresa necessariamente domiciliada em outro país. Todavia, como sustenta José Soares de Melo (1987, p. 96), “no lançamento de tributos, o ônus da prova cabe ao poder público por competir-lhe, de modo privativo e obrigatório; a constituição do crédito tributário, compelindo-o à comprovação de todos os componentes do fato tributário”.

Importa ressaltar ainda que, em regra, a autoridade fiscal atinge o preço parâmetro com a análise de algumas transações isoladas e com pouca quantidade de mercadoria, impedindo uma análise comparativa segura. A amostra deve ser abrangente e considerar um total de operações realizadas durante certo tempo entre empresas independentes. Assim, a tentativa de encontrar o preço parâmetro agregando custos a margens de lucro é bastante empírica (BRAGA, 2009).

Todavia, a questão que o presente trabalho aborda é a distância entre os métodos de apuração do preço de referência da legislação brasileira, que se utilizam das margens fixas de lucro, e a aplicação do princípio *arm's length*, o que acarreta grande discrepância também em relação aos métodos utilizados pela OCDE.

2.4.2 A NÃO RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO ARM'S LENGTH PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O *arm's length* corresponde ao preço de mercado ou livre concorrência, normalmente praticado entre empresas independentes em condições equivalentes (2005, p. 184).

A maioria da doutrina¹⁷⁰ entende que o princípio *at arm's length* foi recepcionado pela Lei nº 9.430/96, embora não conste menção expressa ao princípio no corpo do texto, porque a lei dispõe que, verificada transação que não respeite o preço de referência, devem ser aplicados os métodos previstos para promover o devido controle dos preços de transferência.

No entanto, para Ricardo Mariz de Oliveira (1999, p. 303), na Lei nº 9.430/96 não existe disposição que expressamente demonstre a adoção desse princípio, embora na exposição de motivos do projeto conste que as normas se destinavam a possibilitar o controle dos preços de transferência em consonância com as regras adotadas nos países integrantes da OCDE.

170 Nesse sentido ver: TORRES, 2005, p. 360; SCHOUERI, 2006, p. 40; XAVIER, 2004.

A parte da doutrina que entende não haver a recepção do princípio, na grande maioria, fundamenta seu entendimento no fato de a Lei nº 9.430/96 impor margens fixas do lucro para apurar os preços de referência¹⁷¹.

Ora, se como já se viu aqui, os preços de referência obtidos pela aplicação do princípio *arm's length*, através dos métodos de cálculo sugeridos, procuram identificar-se com os valores utilizados nas transações entre pessoas não vinculadas – o preço de mercado – a fixação de margens de lucro pela legislação brasileira viola por completo o princípio em questão, visto que o preço de referência não é aquele acordado entre as partes não relacionadas, mas aquele pré-fixado pela própria lei (NOBRE, 2001).

Dessa forma, resta evidente que a legislação brasileira não recepcionou o princípio, porquanto, o preço de transferência não é apurado conforme suas instruções, mas segundo critérios designados pela própria lei e através de fórmulas pré-estabelecidas.

Cumprir informar que as margens fixas de lucro podem ser comparadas ao conceito de *global formulary apportionment*¹⁷², que substituiria o princípio *arm's length*, ao se utilizar de fórmulas predeterminadas, que consideram diversos fatores, aplicáveis a todos os contribuintes e que têm como objetivo fixar limites de dedutibilidade.

Ocorre que, em julho deste ano, a OCDE publicou as *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017* ou “Diretrizes de Preço de Transferência para Empresas Multinacionais e Administrações Fiscais de 2017”, nas quais deixa extremamente clara sua posição quanto ao *global formulary apportionment*, isto é, à utilização de fórmulas pré-fixadas para obter o preço de transferência.

A OCDE reservou um item (C) exclusivamente para explicitar os motivos pelos quais rechaça o uso de referida forma de apuração de preço de referência, nas páginas 39 a 43 das Diretrizes, os quais serão a seguir detalhados por meio de tradução literal da autora¹⁷³.

O item começa com o posicionamento pela rejeição do método:

1.16. O *global formulary apportionment* já foi sugerido algumas vezes em alternativa ao princípio *arm's length* como meio de determinar o nível adequado de lucros para todas as jurisdições fiscais (...). Os países-membros da OCDE não aceitam essas sugestões e não consideram o *global formulary apportionment* uma alternativa realista ao princípio *arms's length*.

Em seguida, o texto passa a descrever a maior preocupação referente à utilização do *global formulary apportionment*. Trata-se da dificuldade de implantar o sistema de forma que sirva, ao mesmo tempo, como meio de evitar a dupla tributação e de assegurar a tributação unilateral. Isso ocorre porque, mesmo que alguns países estivessem dispostos a aceitar a aplicação do *global formulary apportionment*, sobreviriam inúmeras divergências, pois cada país iria querer enfatizar ou incluir diferentes fatores na fórmula, baseados nas particularidades predominantes em sua jurisdição.

171 Nesse sentido ver: BARRETO, 2001, p. 104; MESSINEO, 1997, p. 42; CHAPINOTI, 2007; NOBRE, 2001.

172 *Global formulary apportionment would allocate the global profits of an MNE group on a consolidated basis among the associated enterprises in different countries on the basis of a predetermined and mechanistic formula. There would be three essential components to applying global formulary apportionment: determining the unit to be taxed (...) accurately determining the global profits; and establishing the formula to be used to allocate the global profits of the unit. The formula would most likely be based on some combination of costs, assets, payroll and sales. In: OCDE, 2017, p.41.*

173 O texto completo e original pode ser encontrado em OCDE, 2017, p. 39-42.

Assim, a utilização de um sistema de fórmulas fixas apresentaria uma grande complexidade política e administrativa, requerendo um nível de cooperação que não é realista para o campo da tributação internacional.

Continua explicando que outra preocupação referente a essa técnica é o fato de que fórmulas predeterminadas são arbitrárias e não consideram as condições de mercado, as condições particulares das empresas individuais. Lembra, ainda, que “esse tipo de abordagem poderia atribuir lucros a uma entidade que incorreria em perdas se fosse uma empresa independente”, ou seja, não vinculada a qualquer outra.

As Diretrizes enfatizam que, em comparação ao *global formulary apportionment*, o princípio *arm's length* é mais bem equipado para lidar com as consequências econômicas da flutuação cambial, porque requer a análise dos fatos e circunstâncias específicas do contribuinte.

A documentação e as conformidades requeridas para aplicar o *global formulary apportionment*, em regra também seriam mais onerosas do que se as empresas estivessem sob o sistema *separate entity approach*¹⁷⁴, presente no princípio *arm's length*. Essas dificuldades seriam agravadas pela existência de diferentes padrões contábeis e múltiplas moedas em cada uma das jurisdições tributárias.

As Diretrizes frisam ainda que a utilização de fórmulas fixas impede a análise individualizada das empresas vinculadas, não considerando a importância das diferenças geográficas e outros fatores específicos. Em contraste, o princípio *arm's length* reconhece que uma empresa associada pode discrepar do resto do grupo ao qual se vincula, recebendo lucros ainda quando todas as outras incorrem em perdas, ou vice-versa.

Assim, as Diretrizes continuam ressaltando que a utilização de fórmulas fixas só é possível se todo o grupo de empresas vinculadas se submeter a esse método, tendo em vista as dificuldades que podem decorrer dessa diferença na forma de apurar o preço de referência. O próprio texto alerta para o fato de que a fiscalização de um grupo heterogêneo “seria um compromisso sério para uma única administração fiscal, tendo em vista o tamanho e a escala das operações dos grandes grupos multinacionais e a quantidade de informação que iria requerer”.

O item “C” termina reiterando a necessidade de aplicar o princípio *arm's length* e rejeitando o uso de fórmulas pré-estabelecidas, como o *global formulary apportionment*.

Diante do exposto, resta claro que usar margens pré-estabelecidas pela Lei 9.430/96 fere o princípio *arm's length* proposto e utilizado pela OCDE.

Considerar o preço calculado pelos métodos previstos na legislação brasileira como preço sem interferência (como aquele alcançado pela aplicação do *arm's length*) é inviável, porquanto, o uso de margens fixas para todo e qualquer ramo de atividade pode fazer com que o preço alcançado seja inferior ou superior ao preço praticado no mercado, não sendo respeitado o *separate entity approach*, ou seja, a aferição do preço como se as empresas fossem independentes.

Portanto, restou evidente que o princípio *arm's length* não foi recepcionado pela Lei 9.430/96.

174 Tratamento dado a empresas pertencentes a um mesmo grupo como se independentes fossem, quando transacionam entre si, para obter o correto preço de transferência.

Inclusive, a própria OCDE, através de seu *Business and Industry Advisory Committee* (BIAC), teceu fortes críticas a esse diploma quando da sua publicação, relacionadas na obra de Lionel Pimenta Nobre (2000, p.194):

1. Já na introdução dos comentários o BIAC estabelece que “considera ser a nova lei de preços de transferência uma das mais importantes e, ao mesmo tempo, pode apresentar ameaças ao desenvolvimento no Brasil”
2. Continuam os comentários “Não obstante os métodos mencionados nestas novas regras parecerem inspirados nas diretrizes da OCDE para o controle dos preços de transferência (CUP, *cost plus* e *market minus*), eles estão longe de serem compatíveis com os conceitos internacionais (OCDE) sobre as regras para a determinação e aplicação do princípio *arm’s length*”
3. O BIAC aponta as principais fraquezas das regras como sendo:
 - (a) O *arm’s length standard* não é definido de forma consistente ou uniforme, mas sim dependente da forma das transações (art. 18, § 3º e art. 19, § 8º);
 - (b) Ajustes aos preços comparados não são previstos, pois decorrem de médias;
 - (c) Com exceção do PIC e PVEX, os diversos métodos para as importações ou exportações demandam margens de lucro altas e uniformes de até 30% (trinta por cento)¹⁷⁵;
 - (d) A implementação destas regras de controle é extremamente onerosa para os contribuintes, já que tem o ônus da prova, a fim de mostrar a correta utilização dos métodos;
 - (e) A aplicação dessas regras leva a um alto grau de incerteza para os contribuintes (...).
4. Por fim, o BIAC conclui seus comentários com: “Assim como definido na legislação, as novas regras de preços de transferência, de fato, parecem ser uma tentativa de as autoridades brasileiras estabelecerem preços de exportação mínimos e preços de importação máximos, baseadas em preços obtidos em médias aritméticas como determinadas no mercado brasileiro e com altas margens locais fixadas. O melhor método, na prática, é o método que dê o maior resultado tributável no Brasil. E do ponto de vista internacional, tais margens pré-fixadas não são aceitáveis e a realidade econômica não é levada em conta como um todo (assim como, por exemplo, diferentes mercados, diferentes funções e riscos e preços individuais). Adicionalmente, é bem provável que tais regras irão ocasionar dupla tributação.

Veremos a seguir que essa falta de conformidade com o princípio e, por consequência, com os métodos sugeridos pela OCDE, tem consequências sérias na prática tributária internacional cotidiana.

2.4.3 NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AOS PADRÕES DA OCDE VISTA NA PRÁTICA: ACÓRDÃO Nº 3402003.071 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Recentemente o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais da Receita Federal do Brasil (BRASIL, 2016) proferiu decisão envolvendo o tema preço de transferência, a qual deixa ainda mais clara a necessidade de o Brasil adequar-se aos padrões da OCDE.

A infração em análise envolve empresas vinculadas, uma situada no Brasil, que importava bens e serviços da outra, situada na Finlândia. A empresa estabelecida no Brasil foi autuada por deixar de recolher a Contribuição ao PIS e à COFINS sobre receitas decorrentes do recebimento de notas de crédito internacional, enviadas pela empresa finlandesa com a finalidade de reduzir “o custo na operação entre partes vinculadas, cujos preços parâmetros de saída (na Finlândia) e de entrada (no Brasil), para fins de legislação de preços de transferência, discrepavam em razão de regras assimétricas”.

¹⁷⁵ Importa ressaltar que o artigo em referência foi escrito antes das alterações feitas pela Lei 12.715/2012 na Lei 9.430/96.

A decisão inicia esclarecendo que as operações entre pessoas vinculadas estão sujeitas ao controle de preço de transferência, devendo a empresa estabelecida no Brasil seguir as regras dos artigos 18 a 24 da Lei 9.430/96. E continua:

Outrossim, o controle de preços de transferência também é efetuado pela NSNOy na Finlândia, no momento da exportação dos produtos. Todavia, estas regras são baseadas nas Diretrizes de Preços de Transferência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), as quais são bem diferentes das regras brasileiras apresentadas pelos artigos 18 a 24 da Lei nº 9.430/96. Portanto, quando o bem vai ser exportado da Finlândia, aplicam-se as regras de preços de transferência da OCDE para obter um preço parâmetro de exportação que deverá ser praticado na exportação e, da mesma forma, com a importação desse bem no Brasil aplicam-se os critérios previstos nos arts. 18 a 24 da Lei 9.430 para se obter o preço parâmetro de importação. Frise-se que, via de regra, seria despidendo adjetivar o preço parâmetro, haja vista que eles deveriam ser exatamente iguais, por força do princípio do *arm's length*.

Lembra a decisão que o artigo 18 da Lei 9.430/96 prevê que os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda o preço determinado pelos métodos previstos na legislação. Ou seja, somente será dedutível na determinação do lucro real, o valor calculado como preço parâmetro de acordo com as regras específicas da lei.

Mas, como a aplicação das regras de preço de transferência na Finlândia, no momento da exportação, segue os padrões da OCDE, completamente diferentes dos previstos na Lei 9.430/96, o valor alcançado acaba por ser muito superior àqueles calculados pelos métodos previstos na legislação brasileira.

Em síntese: para a Finlândia, o preço é um, enquanto para o Brasil, é outro (muito menor que aquele considerado na Finlândia), de modo que a Recorrente precisará realizar um custo equivalente ao preço de exportação praticado na Finlândia, podendo excluir do seu lucro real apenas até o limite do preço considerado pelo Brasil, restando “descoberta” a diferença desse valor.

E aqui, a própria decisão, brilhantemente, aponta a necessidade de adequação do Brasil às Diretrizes da OCDE para preços de transferência, a fim de permitir o avanço do comércio internacional no Brasil, tendo em vista que a legislação brasileira não cumpre o papel que lhe foi designado:

Essa diferença de custo que não pode ter tratamento tributário de custo, por força das regras de preços de transferência do Brasil mina a própria operação, onerando demasiadamente o negócio e inviabilizando a manutenção da prática comercial entre as pessoas vinculadas.

Diante da situação exposta, não podendo a empresa brasileira deduzir do seu lucro o valor efetivamente pago pela importação, devido à divergência nos métodos de cálculo de preço de transferência previstos nas Diretrizes da OCDE e os previstos na Lei 9.430/96, ajustaram as partes, por contrato particular, que o preço pago pela empresa brasileira à empresa finlandesa seria parcialmente devolvido através de notas de crédito internacional “no valor da diferença entre o preço pago e o preço parâmetro calculado de acordo com as regras de preços de transferências no Brasil, de modo a, simultaneamente, atender à regra do *arm's length* com a prática de preços compatíveis com o mercado

e atender às regras de brasileiras.

As notas de crédito em questão acabaram sendo reconhecidas pelo Fisco como receitas recebidas pela pessoa jurídica estabelecida no Brasil, sujeitas, portanto, à incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS. Daí a origem da autuação da Recorrente.

Muito embora os conselheiros tenham decidido que os valores recebidos pela nota de crédito internacional não estão sujeitos à incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS¹⁷⁶, a decisão analisada expõe um dos problemas decorrentes da distância entre as regras da Lei 9.430/76 em relação às Diretrizes sobre preço de transferência da OCDE e reforça, ainda mais, a necessidade de adesão aos padrões internacionais. Caso contrário, não só continuarão a ser dificultadas as relações já existentes, como serão afastados e enfraquecidos os investimentos de natureza multinacional no país.

Como visto, a legislação atual demanda que as empresas façam ajustes particulares para que não sofram prejuízos decorrentes da aplicação do método do preço de transferência, fato que pode acarretar na imposição de tributos que sequer seriam devidos caso o Brasil se adequasse aos padrões internacionais.

3. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, observa-se que, embora a Lei 9.430/96 tenha sido editada sob a alegação de nos aproximar dos padrões de tributação internacional determinados pela OCDE, resta claro que tal objetivo não foi alcançado. A legislação se preocupou mais com preservar a base tributária nacional, impondo margens fixas de lucro para o cálculo do preço de referência, e acabou contrariando o princípio *arm's length*, porquanto o preço aferido não pode ser comparado à realidade do mercado, circunstância desfavorável não só para o contribuinte, mas para a economia brasileira globalizada, pois é vista com conotação negativa pela comunidade internacional, podendo afastar possíveis investimentos no país.

Tendo o Brasil requerido sua entrada na OCDE, é evidente que deve adequar-se às Diretrizes da Organização, que por óbvio serão exigidas, uma vez que a própria OCDE já se declarou contrária aos métodos que usam fórmulas pré-fixadas por sua inadequação ao princípio *arm's length*, que defende e utiliza.

Ademais, diante da união de forças entre o G-20 e a OCDE com o intuito de efetivar um projeto de Reforma Tributária Internacional, intitulado *Base Erosion and Profit Shifting* – Erosão de Base Tributária e Desvio de Lucros (BEPS), é imprescindível que a legislação brasileira se conforme aos padrões internacionais

Assim, não pode o Brasil olvidar o rito de passagem a que terá de submeter-se caso queira de fato integrar o tão cobiçado “clubes dos ricos”. Significa dizer: sua adesão à OCDE depende de efetiva rediscussão e revisão do instituto do preço de transferência na forma em que se encontra delineado na legislação brasileira. Foi o que se pretendeu iniciar no presente trabalho.

176 “Portanto, não compõem a base de cálculo do PIS e da Cofins os valores recebidos a título de bonificação, via Nota de Crédito, quando haja elementos que vinculem inequivocamente a bonificação às operações realizadas, ausência de condição para o recebimento das Notas de Crédito, e comprovação do efetivo recebimento dos valores.” In: BRASIL, 2016.

BIBLIOGRAFIA

- ASHIKAGA, Carlos Eduardo Garcia. *Análise da Tributação na Importação e na Exportação de Bens e Serviços*. 8ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 2016.
- BARRETO, Paulo Ayres, *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001.
- BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Preços de Transferência – Novas regras estão fora da realidade econômica*. 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-01/regras-precos-transferencia-fora-realidade-economica>> Acesso em 20 ago. 2017.
- BRASIL. *Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Recurso Voluntário nº 10880.722038/201355, Acórdão nº 3402003.071, 4ª Câmara/2ª Câmara Ordinária, Relator Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, j. em 17/05/2016*. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em 26 de ago. 2017
- _____. Lei 9.430 de 27 de dezembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.
- CHAPINOTI, Maurício Braga. *Application of arm's length principle to intangibles*. International Transfer Pricing Journal, v. 14, n.2, 2007.
- DELLOITTE. *Legislação*. Disponível em: <<https://tpsweb5.deloitte.com.br/Legislacao.aspx>>. Acesso em 24 de ago. 2017.
- FERNANDES, Edison Carlos. *Constitucionalidade in thesi e in concreto do controle fiscal dos preços de transferência*. In: FERNANDES, Edison Carlos (Coord.). *Preços de transferência*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- GLIOLI, Juliana. *Os preços de transferência no sistema tributário brasileiro*. Porto Alegre: 2010, p. 7. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/juliana_gilioli.pdf>. Acesso em 15 de jun. 2017.
- ITAMARATY. *Acordo Marco de Cooperação com a OCDE*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/component/tags/tag/ocde-organizacao-para-a-cooperacao-e-o-desenvolvimento-economico>>. Acesso em 06/11/2017.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Caderno de Pesquisas Tributárias*. São Paulo, v 12. 1987.
- MESSINEO, Alejandro E. *New rules in Mexico and Brazil*. 4th International Transfer Pricing Journal, v. 1997. p. 42
- MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck. *Preços de transferência: diferentes visões*. São Paulo: 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-22042013-093407/pt-br.php>> Acesso em 15 jun. 2017.
- MOREIRA, André Mendes. *Planejamento tributário internacional e preços de transferência – o regime da Lei nº 9430/96*. 2010. Disponível em <<https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/11/Planejamento-Tributario-Internacional-e-Pre%C3%A7os-de-Transferencia-o-regime-da-Lei-9430-96.pdf>>. Acesso em 06/11/2017.
- NOBRE, Lionel Pimenta. O comércio internacional, as empresas transnacionais) e o controle da transferência de preços (transfer pricing) no Brasil. 2000, p. 194.

_____. *Transferência de preços e a valoração aduaneira no Brasil: um conflito insolúvel?* 2001. Disponível em <<http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/1zx7/transferencia-de-precos-e-a-valoracao-aduaneira-no-brasil-um-conflito-insolovel--1por-lionel-pimentel-nobre>>. Acesso em 25 de ago. 2017.

_____. *O comércio internacional, as empresas transacionais e o controle da transferência de preços (transfer pricing) no Brasil*. 2000, p. 194.

OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*. 2017. Paris: OCDE. 2017, p. 25. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>>. Acesso em 24 ago. 2017.

OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OCDE 1995.

_____. *The OECD and the Latin America & the Caribbean*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/latin-america/countries/brazil/#d.en.352161>>. Acesso em 06/11/2017.

_____. *Transfer Pricing Guidelines and Multinational Enterprises*. Report of the OCDE Committee on Fiscal Affairs. Paris: OCDE, 1979.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Preços de Transferência – o método do custo mais lucro – o Conceito de Custo – o método do custo mais lucro e as indústrias de alta tecnologia – como conciliar os dispêndios intensivos em pesquisas e desenvolvimento, com esse método*. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; Rocha, Valdir de Oliveira (Coords.). *Tributos e preços de Transferência*. São Paulo: Dialética, 1999. V. 2, p. 303.

_____. *Tributos e preços de transferência*. In: ROCHA: Valdir de Oliveira (Coord.) *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, v.1.1997.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2006. p. 44.

SOLILOVÁ, Veronika. *Practical application of Art. 9 OECD model convention: the Czech Republic*. Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis. v. 62, n. 2. 2014.

TAVARES, Romero J. S. *Política tributária internacional: OCDE, BEPS e Brasil. Como deve se posicionar o setor industrial brasileiro?* Revista Brasileira de Comércio Exterior (RBCE), n. 121. Disponível em: <http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/121_RJST.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional. Planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2001, p. 162.

_____. *Revista de Direito Tributário Internacional – RDTI*, São Paulo, n. 1.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

XAVIER, Alberto. *Tributação das operações internacionais*. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

ANTINOMIA REAL OU APARENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO TRABALHISTA – ESTUDO DE CASO

CAMILA MIRANDA DE MORAES ¹⁷⁷

REAL ANTINOMY OR APPARENT ANTINOMY IN THE LABOUR LAW JURIDICAL SYSTEM – CASE STUDY

RESUMO

O presente estudo busca analisar o que são antinomias jurídicas e a partir deste conceito identificar um exemplo no ordenamento jurídico trabalhista. Serão diferenciados os conceitos de antinomia real e antinomia aparente. Além disso, estudaremos a ideia de sistema jurídico a partir dos ensinamentos de Maria Helena Diniz. Na seara do Direito do Trabalho podemos apontar como hipóteses de ocorrência de antinomias situações envolvendo depositário infiel no curso de execução trabalhista, penhora de numerário em conta poupança de devedor executado, greve do policial militar, conflitos entre normas coletivas (aquelas previstas em acordos ou convenções coletivas, que são fontes específicas do Direito do Trabalho) e a lei.

PALAVRAS-CHAVE

Antinomias. Direito do trabalho. Ciência do direito. Filosofia do direito.

ABSTRACT

This study tries to analyze what are juridical antinomies and from this concept it aims to identify an example of it in the labour law juridical system. The concepts of real antinomy and apparent antinomy will be defined. Besides that, we will study the idea of what a juridical system is from the lessons of Maria Helena Diniz. In labour law we can point examples of antinomies as in the unfaithful depository on the course of the execution procedure, pawning of money from savings accounts, strike of the military police, conflicts between collective norms and the law.

KEY WORDS

Antinomy. Labour law. Juridical Science. Philosophy.

Para tratar do tema objeto desse trabalho – análise da existência de antinomias reais ou aparentes no ordenamento jurídico brasileiro – é necessário conhecer previamente alguns conceitos, como os de ciência, sistema e antinomia, por exemplo.

Ao conceituar o que seria ciência Maria Helena Diniz diz que ciência é um complexo de conhecimentos ordenados e conexos entre si, cujo objetivo é dar às suas constatações um caráter descritivo, genérico, comprovado e sistematizado. Ciência é um saber metodicamente fundado, demonstrado e sistematizado.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Doutoranda em Direito na PUC-SP; Mestre em Direito Constitucional na UNIFOR; Juíza do Trabalho Substituta no TRT 7

¹⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. Sistematização: problema central da ciência jurídica. *Revista de direito brasileira*. São Paulo, v. 13, n. 6, jan./abr. 2016, p. 88.

Segundo a autora a ideia de sistema é de fundamental importância por ser o principal argumento para afirmar a cientificidade de algo. A justificação do saber científico decorre da sistematização.

Explica ela que a palavra sistema é de origem grega e significa “aquilo que é construído” (syn-istemi). Nas palavras de Maria Helena Diniz o sistema:

é um todo organizado racionalmente e planejado metodicamente, portanto significa nexos, uma reunião de elementos, e método, um instrumento de análise. A sistematização é uma operação lógica que estabelece um nexo entre os elementos do direito, que constituem o objeto da análise do jurista, para dar uma unidade. De modo que o sistema não é uma realidade, é o aparelho teórico, mediante o qual se pode estudá-la. É, por outras palavras, o modo de ver ou de ordenar, logicamente, a realidade, que não é sistemática. Todo o sistema é uma reunião de objetos de seu estudo e seus atributos ou elementos (repertório) relacionados entre si, conforme certas regras (estrutura) que variam de concepção para concepção.¹⁷⁹

Ainda sobre o conceito de sistema diz Tacio Lacerda Gama que a expressão significa a:

existência de um conjunto formado por elementos que se relacionam segundo certos padrões de racionalidade. Nesse sentido, Lourival Vilanova afirmava que “onde há sistema há relações e elementos, que se articulam segundo leis”. Por isso, falar em “sistema” é falar na totalidade de elementos, reunidos por uma característica comum e organizados de acordo com certos padrões.¹⁸⁰

Para que haja ciência não basta haver sistematização. Além da organização das partes de um todo no sistema, é imprescindível que haja coerência lógica e unidade de sentido. Nesse ponto é que entra o problema das antinomias, visto que representam a existência de inconsistências ou incoerências entre elementos de um mesmo sistema.

Sobre o que seja antinomia, vejamos a lição de Maria Helena Diniz:

Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular.¹⁸¹

As antinomias podem ser classificadas quanto ao tipo de solução adotada, quanto ao conteúdo, quanto ao âmbito e quanto à extensão da contradição.¹⁸² Para que de fato exista uma antinomia deverão estar presentes três condições: incompatibilidade entre normas de um mesmo sistema jurídico, indecidibilidade e necessidade de decisão.¹⁸³

Quanto ao tipo de solução adotada a antinomia pode ser real ou aparente, quanto ao conteúdo pode ser própria ou imprópria, quanto ao âmbito pode ser de direito interno, de direito internacional

179 Idem, p. 90.

180 GAMA, Tacio Lacerda. Sistema jurídico - Perspectiva dialógica. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/100/edicao-1/sistema-juridico---perspectiva-dialogica>>. Acesso em maio/2017.

181 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.478.

182 Classificação obtida na obra DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

183 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.478.

público e de direito interno-internacional. Quanto à extensão da contradição a antinomia pode ser total-total, total-parcial ou parcial-parcial. Em razão da finalidade desse trabalho analisaremos apenas as antinomias quanto ao tipo de solução adotada.

Quanto ao tipo de solução adotada as antinomias podem ser reais ou aparentes. A antinomia real ocorre “quando não houver na ordem jurídica qualquer critério normativo para solucioná-la, sendo, então, imprescindível à sua eliminação a edição de uma nova norma.”¹⁸⁴ Já a antinomia aparente ocorre “se os critérios para a sua solução forem normas integrantes do ordenamento jurídico.”¹⁸⁵

Portanto, o fato de que existem antinomias num determinado ordenamento jurídico macula o dogma da completude desse ordenamento. O dogma da completude do ordenamento jurídico é aquele que indica que dentro do ordenamento existe uma resposta para a questão posta, ou uma norma que regule determinado fato ou conduta.

Nesse sentido, um ordenamento jurídico completo seria aquele que não possui lacunas. O dogma da completude do ordenamento jurídico abrange a proibição do “*no liquet*”, que significa dizer que o Estado-juiz não pode eximir-se de julgar sob alegação de que não existe no ordenamento jurídico solução para o caso concreto sob sua apreciação.

O ordenamento jurídico brasileiro traz a proibição do “*non liquet*” de forma explícita no artigo 4º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n.4657, de 4 de Setembro de 1942), “*in verbis*”: “Art. 4o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”¹⁸⁶

Além da proibição do “*non liquet*”, fazem também parte da ideia de completude do ordenamento jurídico o dogma da não contradição ou da proibição de antinomias e o dogma da relevância de todas as previsões normativas.

Wilson Ricardo Buqueti Pirotta afirma que o dogma da completude do ordenamento jurídico não é absoluto, pois caso fosse:

não se poderia falar em lacuna no ordenamento jurídico eis que teria ele a resposta positivada para cada caso que lhe fosse posto à análise, o que recai na proposta juspositivista de considerar de forma radical a bipolaridade das disposições normativas: proibido-não proibido/permitido; obrigatório-facultativo; legal-ilegal; etc.¹⁸⁷

Entendemos que o dogma da completude do ordenamento jurídico é uma presunção relativa que serve para manter a unidade do sistema jurídico. Na hipótese de existirem antinomias ou lacunas nesse sistema devem ser utilizadas as técnicas para solução das antinomias e colmatação das lacunas. Na hipótese de ser impossível solucionar o problema por meio das técnicas de solução de antinomias deve haver a revogação de uma ou mais normas conflitantes de maneira a preservar a harmonia e coerência do sistema.

184 Idem, p. 479.

185 Ibidem, p.479.

186 BRASIL. Decreto-lei n.4657, de 4 de Setembro de 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em maio/2017.

187 PIROTTA, Wilson Ricardo Buqueti. *Analogia e direito do trabalho*: para uma leitura das leis trabalhistas e de suas lacunas à luz dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2011, p.48.

Sobre o conceito de lacuna temos que seja uma “deficiência ou incoerência da disciplina legal, percebida mediante uma comparação entre as partes desta ou entre ela e sua finalidade.”¹⁸⁸ Lacuna é a ausência de norma jurídica aplicável ao caso concreto, o que implica na atividade de interpretação ou integração do direito por parte do jurista.

Na seara do Direito do Trabalho podemos apontar como hipóteses de ocorrência de antinomias situações envolvendo depositário infiel no curso de execução trabalhista, penhora de numerário em conta poupança de devedor executado, greve do policial militar, conflitos entre normas coletivas (aquelas previstas em acordos ou convenções coletivas, que são fontes específicas do Direito do Trabalho) e a lei.

Exemplo de antinomia aparente no Direito do Trabalho seria o caso do intervalo para repouso dos digitadores. O artigo 72 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) reza:

Artigo 72 - Nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos não deduzidos da duração normal de trabalho.

Perceba-se que a norma jurídica (artigo 72 da CLT) prevê repouso de 10 (dez) minutos a cada 90 (noventa) minutos de trabalho nos serviços permanentes de mecanografia, dizendo ainda tratar-se de serviços de datilografia, escrituração ou cálculo. Com o advento das novas tecnologias inseridas no mundo do trabalho hoje em dia praticamente inexistente a profissão de datilógrafo, que foi substituída ou trocada pela profissão de digitador em face da crescente utilização de computadores nas empresas.

Desta feita, embora as atividades do datilógrafo e do digitador sejam semelhantes (introduzir ou registrar dados por meio de escrita em máquina) o meio utilizado é diferente (na atividade do datilógrafo o meio utilizado é máquina de datilografar e na atividade do digitador o meio utilizado é a máquina computador).

A jurisprudência teve de enfrentar o problema da lacuna no caso concreto, pois havia demandas judiciais em que os digitadores pleiteavam o gozo ou o pagamento do intervalo previsto no artigo 72 da CLT e não existia norma jurídica que previsse tal intervalo para a categoria profissional dos digitadores.

Atualmente o tema foi pacificado por meio da Súmula 346 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que diz:

Súmula nº 346 do TST

DIGITADOR. INTERVALOS INTRAJORNADA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 72 DA CLT

Os digitadores, por aplicação analógica do art. 72 da CLT, equiparam-se aos trabalhadores nos serviços de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), razão pela qual têm direito a intervalos de descanso de 10 (dez) minutos a cada 90 (noventa) de trabalho consecutivo.¹⁸⁹

188 BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.61.

189 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-346> Acesso em maio/2017.

A solução da antinomia aparente em relação ao intervalo para repouso do artigo 72 da CLT dada pelo TST foi reconhecer que as atividades desempenhadas pelos digitadores são similares às atividades desempenhadas pelos datilógrafos, razão pela qual fazem jus ao mesmo intervalo para repouso. Há autores que questionam se trata-se realmente de analogia como diz a súmula do TST ou de interpretação extensiva¹⁹⁰, mas o resultado prático é o mesmo.

Entendemos estar correta a utilização da palavra analogia na Súmula 346 do TST porque a situação é de utilização de uma norma jurídica existente no ordenamento jurídico (artigo 72 da CLT) para resolver o problema do intervalo para repouso da categoria profissional dos digitadores em razão da similitude de suas atividades com os datilógrafos. Como não existe norma jurídica que preveja intervalo para repouso para digitadores, utilizou-se a analogia aplicar norma já existente no ordenamento jurídico ao caso concreto e resolver o impasse.

Outra hipótese é o conflito entre os valores verba alimentícia e direito de liberdade na hipótese de depositário infiel. Esse conflito ocorre também no âmbito da Justiça do Trabalho quando há depositário infiel de bens penhorados em execução trabalhista.

Explica Luiz Carlos Michele Fabre que o Pacto de San José da Costa Rica excetua da vedação à prisão civil a prisão do devedor de alimentos e privilegia ou valoriza o crédito alimentar por ser necessário à consecução da dignidade humana. O crédito trabalhista é alimentar por natureza, eis que decorre do labor de ser humano em troca de contraprestação pecuniária destinada à sua subsistência.¹⁹¹

Na opinião deste autor, na hipótese de conflito entre os valores verba alimentícia e direito de liberdade na hipótese de depositário infiel deve prevalecer o crédito trabalhista (verba alimentícia):

por se tratar de hipótese em que a balança da ponderação de valores deverá pender para o lado hipossuficiente da relação, qual seja, o do credor de verbas alimentícias. Nesta esteira, a prisão civil tutelar o hipossuficiente, demais de dar credibilidade aos provimentos jurisdicionais, sempre colocado em xeque nos vagarosos ritos executórios.¹⁹²

Antinomia pode ser o conflito entre dois princípios. Trata-se de exemplo de antinomia real o conflito entre o princípio da natureza alimentar do crédito trabalhista previsto no artigo 100, §1º da Constituição Federal¹⁹³ e o princípio da impenhorabilidade de numerário existente em conta poupança prevista no artigo 649 do CPC de 1973 que estatua que eram absolutamente impenhoráveis até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos a quantia depositada em caderneta de poupança.

Esse conflito de normas ocorria com frequência quando o devedor não cumpria de forma espontânea a obrigação de pagar quantia certa prevista em sentença judicial transitada em julgado e iniciava-se o processo de execução trabalhista. Muitas vezes ocorre do empregador ser pessoa jurídica, de ocorrer a desconsideração dessa personalidade jurídica para atingir bens dos sócios e satisfazer o crédito trabalhista.

190 É o caso de Wilson Ricardo Buquetti Pirota no livro *Analogia e direito do trabalho: para uma leitura das leis trabalhistas e de suas lacunas à luz dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2011, p.66.

191 FABRE, Luiz Carlos Michele. *Fontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

192 Idem, p.61.

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

Por meio de pesquisas o Juiz conseguia penhorar quantia depositada em caderneta de poupança de titularidade de sócio da empresa executada, que por ocasião da interposição de embargos à execução arguia nulidade da penhora por violação ao artigo 649, X do CPC de 1973.

A solução encontrada por parcela dos Juízes do Trabalho era utilizar a técnica da ponderação de princípios defendida por Robert Alexy¹⁹⁴ para justificar que o caráter alimentar do crédito trabalhista, que lhe é atribuído pelo art.100,§1º da Constituição, autoriza sua inclusão na exceção prevista no §2º do art.649 do Código de Processo Civil (CPC) de 1973. Com base nesse fundamento entende-se que tanto os créditos de poupança limitados a 40 (quarenta) salários mínimos do executado quanto o crédito oriundo de sentença trabalhista transitada em julgado do trabalhador tem natureza alimentar.

Assim, a solução para hipótese de existência de conflito de valores é aplicação da técnica da ponderação de valores por meio do princípio da proporcionalidade. Entende-se que não é possível sacrificar a totalidade do salário ou da quantia depositada em caderneta de poupança do executado mediante penhora, mas também não é possível ignorar a existência do crédito trabalhista do exequente. A parcela de juízes adeptos desta corrente mantém a penhora de percentual dos valores depositados na conta poupança ou conta salário do executado até a satisfação integral do crédito exequendo.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC 2015) esperamos que esse tipo de antinomia diminua visto que o artigo 833, X do Código de Processo Civil de 2015 (CPC 2015)¹⁹⁵ inicia sem a palavra “absolutamente” que existia no “*caput*” do artigo 649 do CPC de 1973. Isso tem produzido entendimentos no sentido de que a lista de bens impenhoráveis deixou de sê-lo de forma absoluta e passou a ser relativamente impenhorável – o que traria reforço para a prática dos Juízes do Trabalho aqui relatada.

REFERÊNCIAS

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em outubro/2017.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em outubro/2017.

194 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed., 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

195 Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

(...)

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

(...)

§ 2o O disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8o, e no art. 529, § 3o.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em outubro/2017.

_____. Decreto-lei n.4657, de 4 de Setembro de 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em outubro/2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-346>. Acesso em outubro/2017.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Sistematização: problema central da ciência jurídica. *Revista de direito brasileira*. São Paulo, v. 13, n. 6, p. 88 – 94, jan./abr. 2016.

FABRE, Luiz Carlos Michele. *Fontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

GAMA, Tacio Lacerda. *Sistema jurídico - Perspectiva dialógica*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/100/edicao-1/sistema-juridico---perspectiva-dialogica>>. Acesso em outubro/2017.

PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. *Analogia e direito do trabalho: para uma leitura das leis trabalhistas e de suas lacunas à luz dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2011.