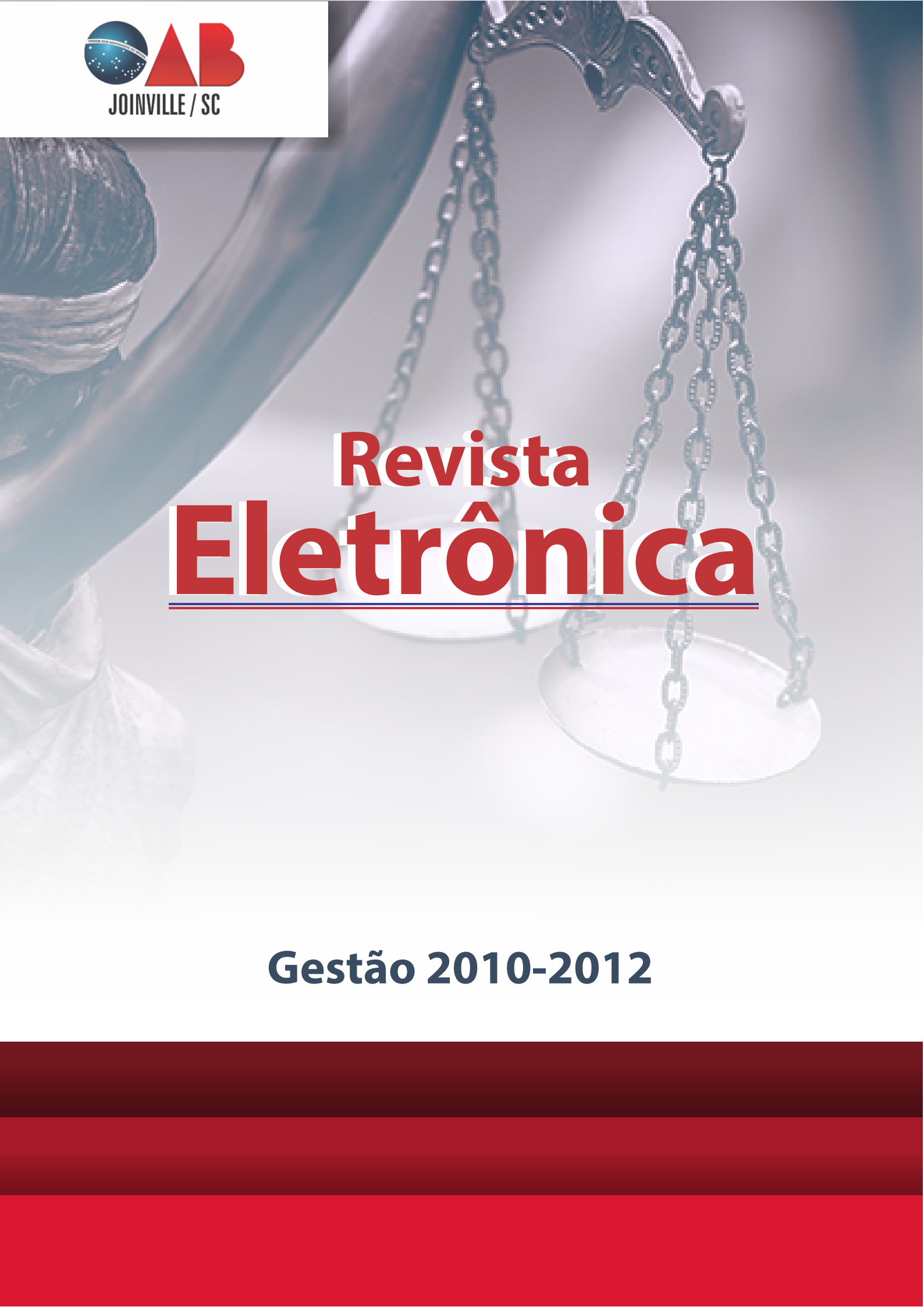




Revista Eletrônica

Gestão 2010-2012

A Revista Eletrônica OAB Joinville é uma publicação seriada da **Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Joinville/SC**.

Escopo

Estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes, mediante a publicação de científicos, preferencialmente inéditos.

Além dos advogados, o público alvo abrange os operadores das demais carreiras jurídicas - como professores, estudantes, pesquisadores, magistrados, promotores, procuradores e defensores públicos.

Meio e periodicidade

A Revista Eletrônica OAB Joinville é publicada com periodicidade semestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual revista.oabjoinville.org.br - e com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Acadêmica e Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista Eletrônica da OAB Joinville - inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es). As opiniões e conclusões expressas não representam, necessariamente, posições da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Joinville/SC, nem de seus dirigentes.

Gratuidade

A participação no Conselho Editorial da Revista se dá em caráter voluntário, não remunerado. Pela publicação dos artigos não serão devidos direitos autorais ou qualquer espécie de remuneração ao(s) autor(es).

Publicação seriada com código ISSN

A Revista Eletrônica OAB Joinville está identificada pelo código ISSN 2178-8693, requerido ao Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT, do Ministério da Ciência e Tecnologia.

O ISSN - Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (International Standard Serial Number) é o identificador aceito internacionalmente para individualizar o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo.

Valida a publicação como repositório de artigos científicos exigido para diversos fins, como programas de pós-graduação, inserção na Plataforma Lattes, CNPQ, dentre outros.

Endereço para correspondência

Rua Amazonas, 46 - Bairro Saguacu
89221-050 - Joinville/SC - Brasil
revista@oabjoinville.org.br ou pelo **fale conosco**.

CONFESSOU. E DAÍ? CONSIDERAÇÕES SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ

DENIS FERNANDO RADUN e LAERCIO DOALCEI HENNING. Bacharéis em Direito pela UNIVILLE e pós-graduados em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Advogados criminalistas.

RESUMO

O presente ensaio pretende demonstrar a necessidade da primazia das garantias constitucionais do réu, especialmente a da individualização da pena, quando ele confessa a autoria de um crime em face da vedação estabelecida pela Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça que, na prática, engessa o manejo do método trifásico em prol da coisificação do cidadão-réu e da eficácia da máquina coercitiva estatal.

Palavras-chave: Direito Constitucional Penal. Processo Penal. Controle de Constitucionalidade.

SUMÁRIO

1. A coerção penal: um produto do Estado - 2. A coerção penal individualizada: o cidadão-produto - 3. Súmula 231 do STJ: O temor de um Estado ineficaz (?) – 4. Na prática: Confessou. E daí!? A ineficiência da atenuante - 5. Considerações finais – Referências bibliográficas.

1. A coerção penal: um produto do Estado

Com a evolução dos Direitos Humanos relacionados ao direito estatal de aplicar uma pena corporal ao cidadão, o processo penal cada vez mais se consolida como uma garantia do povo para que haja a justa punição daquele que praticou um ato penalmente tipificado.

A coerção penal é a ação de conter ou reprimir, que o Direito Penal exerce sobre os indivíduos que cometeram delitos. A manifestação concreta da coerção penal se dá

através da aplicação da pena¹ que, em uma visão simplista, objetiva castigar o indivíduo “criminoso” e “retribuir juridicamente o dano social causado pelo crime”².

A legitimidade da aplicação da pena se encontra em poder do Estado atendendo a um pressuposto contrato social em que o povo deposita parte de sua liberdade, através da imposição de limites, nas mãos do Estado, em troca de segurança. Sobre o tema, já no século XVIII, ensinou Cesare Beccaria:

“eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante ao súdito”³.

Conjunturalmente, o sistema punitivo hodierno apresenta uma eficiência controvertida, como explica Salo de Carvalho:

“a resposta estatal ao desvio punível adquire, cada vez mais, uma função de neutralização dos inconvenientes, operando, sob uma perspectiva econômica, na gestão da miséria e da exclusão social. Não obstante, agregando à pena a exigência de autoconservação do sistema político, as doutrinas funcionalistas potencializarão este quadro, fornecendo eficaz discurso de justificação ao ‘eficientismo penal’. (...) As ‘novas’ doutrinas penais de viés sistêmico-funcionalista, auferindo à sanção funções de integração social pelo fortalecimento da crença nos aparelhos de controle formal, atuam como sustentáculo deste Estado penal”^{4/5}.

Assim, os aparelhos de controle formal, responsáveis pela aplicação da pena, devem estar adstritos à lei. Na visão de Cesare Beccaria:

¹ E. R. ZAFFARONI. *Manual de direito Penal Brasileiro*. Volume 1, Parte Geral, 8ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 635.

² “A pena é a resposta jurídica à conduta delituosa. Castigo como restrição ao comportamento. Restauração, no sentido de repor a ordem ofendida. Retribuição, porque castigo e restauração. (...) A finalidade da pena não é ressocializar, como sinônimo de pensar e agir como a sociedade (pelo menos como padrão médio). Busca, isso sim, retribuir juridicamente o dano causado pelo crime. In: L. V. CERNICCHIARO. *Direito Penal na Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 125-127.

³ C. BECCARIA. *Dos Delitos e das Penas* (Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa). São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 42.

⁴S. de CARVALHO. *Pena e Garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 217-218.

⁵ No mesmo sentido, não se pode esquecer a crítica de Nilo Batista: “o sistema penal é apresentado como *igualitário*, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando, na verdade seu funcionamento é *seletivo*, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas (...) O sistema penal é também apresentado como *justo*, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade – na expressão de von Liszt, “só a pena necessária é justa” – quando de fato seu desempenho é *repressivo*, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. In: N. BATISTA. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 26.

“as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador; que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro dessa mesma sociedade. Mas uma pena superior ao limite fixado pelas leis corresponde à pena justa mais uma outra pena; portanto, um magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou bem comum, aumentar a pena estabelecida para um cidadão delinqüente”⁶.

Deste modo, contemporaneamente, é arriscado aproximar os conceitos de operacionalização do Direito Penal e Processual Penal dos conceitos inerentes de uma economia de mercado cujos *valores* são medidos em cifras, a *qualidade* está na rapidez e eficiência e a produção em série não abarca *subjetividades*.

Todas estas circunstâncias devem ser evitadas na edição das Leis pelo Poder Legislativo e na aplicação delas pelo Poder Judiciário com a prevalência dos Direitos Humanos – garantias individuais – afinal o ‘pacto social’ é celebrado com o Estado e não com corporações comerciais.

2. A coerção penal individualizada: o cidadão-produto

Para que haja a prevalência dos Direitos Humanos, especialmente das garantias individuais conquistadas ao longo da história do homem, o Poder Legislativo brasileiro, em assembléia nacional constituinte, no ano de 1988, positivou a obrigatoriedade da individualização da pena do cidadão-réu no art. 5º, XLVI e XLVII⁷.

Estas normas constitucionais:

“Tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar

⁶ C. BECCARIA. *Dos Delitos e das Penas...* cit., p. 44.

⁷ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: (...) XLVI. a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. (...)

XLVII. não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; a) de caráter perpétuo; b) de trabalhos forçados; c) de banimento; d) cruéis;

qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto”⁸.

Ou seja, o princípio da individualização da pena procura afirmar a necessidade do reconhecimento da subjetividade do cidadão no momento da coerção, visando afastar os conceitos (mercadológicos) de automatismo (produção em série), eficiência (rapidez pela rapidez) e coisificação do homem.

Importante lembrar que o fenômeno do afastamento da subjetividade e da “coisificação” das pessoas (tratado contemporaneamente nas obras de Jürgen Habermas) foi descrito por Georg Lukács, quando este aprofundou o conceito de “reificação” (de *res*). Segundo este pensador e militante político húngaro, no conceito de “reificação”, as relações sociais e a própria subjetividade humana vão se identificando, paulatinamente, com o caráter inanimado das mercadorias, em um processo denominado “alienação”, em que a pessoa se afasta de sua real natureza, tornando-se estranha a si mesma.

Entretanto, não é a “coisificação” do homem com a aplicação mecânica, rápida e objetiva da pena que pretende o hodierno Estado Democrático de Direito, mas o trato digno, pressupostamente individual, daquele que é submetido à coerção penal.

Assim, para a individualização da pena, os julgadores se valem do método trifásico, previsto no item 51 da exposição geral de motivos da “nova” parte geral do Código Penal, Lei 7.209/1984⁹.

Destaca-se que a utilização do método trifásico tem por escopo a adequação da pena ao indivíduo, sem negligenciar a sua subjetividade, devendo cada cidadão ser tratado de maneira igual, mas com suas diferenças igualmente respeitadas¹⁰.

⁸ G. DE SOUZA NUCCI. *Individualização da Pena*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30.

⁹ “51. Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três faces, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o *quantum* da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude de garantia constitucional da ampla defesa”.

¹⁰ Sobre o tratamento desigual, lembra Robert Alexy: “*La segunda parte de la máxima “Hay de tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” constituye una piedra de toque para esta tesis y también un instrumento para su explicación. La simetría de esta formulación sugiere interpretar el mandato de*

Em síntese, na aplicação deste método para o estabelecimento da pena aplicável ao cidadão, o julgador analisará, em uma *primeira* fase, as circunstâncias judiciais do art. 59¹¹ do Código Penal para a fixação da pena-base; em uma *segunda* etapa, verificará a ocorrência das circunstâncias atenuantes, de acordo com o art. 65, do CP, e a ocorrência de alguma circunstância agravante, em consonância com o art. 61, do CP; num *terceiro* e último momento, as causas de diminuição ou aumento da pena.

O resultado da pena não deve exceder ao *máximo* capitulado pelo legislador para aquele determinado tipo penal, sob pena do Estado romper o (pré)suposto contrato social, tornando-se tirânico.

3. Súmula 231 do STJ: O temor de um Estado ineficaz (?)

Ao se analisar a aplicação do método trifásico com as circunstâncias estabelecidas em lei para a correta individualização da pena, questiona-se a possibilidade do *quantum* final da pena ficar estabelecido aquém do mínimo capitulado para o tipo. Autores, os senhores não se referem aqui a se estabelecer o quantum abaixo do mínimo nas etapas anteriores, antes da final, como se vê no último parágrafo desta página?

Especialmente quando considerada a redação do *caput* do art. 65, do Código Penal que afirma que as circunstâncias ali arroladas *sempre* atenuam a pena.

O Superior Tribunal de Justiça, após a análise da questão – em 1999, sumulou a matéria afirmando que:

‘Súmula 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal’.

tratamiento desigual de la misma manera que El de tratamiento igual, es decir, explicitarlo com La seguinte norma de tratamiento desigual que estructuralmente coincide com: Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual. In: R. ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, 396.

¹¹ Código Penal. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Assim, de acordo com a jurisprudência sumulada, mesmo diante do fato de não haver circunstâncias prejudiciais ao cidadão-réu na aplicação da pena-base – sendo favoráveis todas as circunstâncias do art. 59, do CP – se o juízo deparar, na segunda fase da dosimetria, com alguma circunstância atenuante, a pena *não poderá ser reduzida*.

Nota-se que o objetivo da Súmula é o de afirmar a relevância do marco mínimo da penalidade a ser imposta ao cidadão-réu.

Todavia, neste caso, a relação individual do cidadão com o Estado, durante a subsunção do fato típico à penalidade imposta pelo Estado tem a subjetividade negligenciada, quiçá pelo temor da “impunidade” ao se vislumbrar uma remota possibilidade de “zerar” a pena aplicável ao cidadão-réu.

Deste modo, entende-se que a aplicação da Súmula 231 agride a garantia constitucional da individualização da pena, não permitindo a adequação norma-cidadão-fato.

Ao se impedir a possibilidade de se reduzir a pena aquém do mínimo, na segunda fase da dosimetria da pena, o método se engessa, tornando a aplicação da pena “mecânica”, “computadorizada”, “impessoal”, postura inadmissível em um Estado de Direito Penal como o brasileiro, que pretende ser Democrático e Mínimo.

Há uma flagrante agressão ao princípio da individualização da pena quando, na prática, a Súmula diz para o julgador negligenciar a circunstância atenuante se a pena-base estiver fixada no patamar mínimo entabulado pela norma incriminadora.

4. Na prática: Confessou. E daí!? A ineficiência da atenuante

Antes de tratar do caso prático com o fito de demonstrar a (gravidade da) inconstitucionalidade da Súmula 231 do STJ, quando o Estado condena um cidadão que confessou a autoria de um delito, é importante considerar o conceito e a natureza jurídica da confissão no processo penal.

Não é demais lembrar que a confissão, no âmbito do processo penal é:

“Admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público reduzido a termo a pratica

de algum fato criminoso. (...) Trata-se de um dos instrumentos disponíveis para o julgador chegar à verdade dos fatos e, por consequência, ao seu veredito”¹².

Com a sua confissão, o réu deixa de obstaculizar a persecução estatal, tendo em vista que a obrigatoriedade da formação da prova de autoria em regra é do Estado-Acusação. A raríssima exceção se dá por meio da confissão do réu, por isso, sempre voluntária. Por abreviar o trabalho do Estado-Acusação, significando que o cidadão-réu abriu mão de uma garantia da não obrigatoriedade de produzir prova contra si, a “remuneração/preço” paga pelo Estado é estipulada no art. 65, III, “d” do Código Penal, *in verbis*:

“Art. 65. São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena:

III – ter o agente:

d) confessado, espontaneamente, perante a autoridade a autoria do crime;”

Este mecanismo, ativado na segunda fase da dosimetria da pena, é eficiente para individualizar a pena daquele cidadão que confessa a autoria do delito e facilita o trabalho do Estado-Acusação, abrindo mão do seu direito de não produzir prova em seu desfavor.

A situação hipotética do conflito entre a vigência da Sumula 231 do STJ e o princípio constitucional da individualização da pena é notada, em termos práticos, v.g., quando apenas um réu confessa a autoria de um delito em um mesmo processo onde existe mais de um ocupante do pólo passivo.

No caso hipotético, supõe-se que todos os acusados são primários, possuem bons antecedentes e, ao manejar a primeira fase da dosimetria da pena, o julgador reconheceu que todas as circunstâncias do art. 59, do CP, lhes são favoráveis, logo, a pena-base deverá ser estabelecida no mínimo legal.

Se a pena-base de todos os réus ficar estabelecida no mínimo legal, a Súmula 231 do STJ impedirá que o Estado “compense” na aplicação da pena, o “preço” da confissão daquele único réu que lhe “vendeu” seu direito de não produzir prova contra si.

¹² G. DE SOUZA NUCCI. *O Valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 80-85.

Frise-se que não se está em um sistema jurídico canônico em que a confissão faz com que o sujeito acumule crédito no banco do céu. A racionalidade deve imperar fazendo com que a benesse *se dê* no exato momento da aplicação da pena.

Assim, a Súmula 231 do STJ se manifesta absolutamente inconstitucional por violar o princípio da individualização da pena, pois torna ineficaz a garantia do art. 65 do CP que diz que a circunstância atenuante (neste caso, da confissão) *sempre* atenuará a pena.

A condição de *sempre* atenuar a pena deve *prevalecer* sobre o marco *mínimo* da penalidade imposta pela lei. Isto porque, com a constante necessidade de adequação das políticas criminais à hermenêutica constitucional garantista e dos Direitos Humanos o sistema Penal e Processual Penal já permitem a adequação da pena aquém do mínimo quando consideradas as causas de diminuição da pena na terceira fase da dosimetria

Um exemplo deste fato se deu na edição da Lei 11.343/2006 que, no parágrafo 4º do art. 33¹³ que dispõe sobre a redução da pena de um sexto a dois terços para o réu que apresentar determinados requisitos subjetivos.

Neste caso, a pena *mínima* capitulada para o tipo previsto no art. 33 é de 05 (cinco) anos, mas com o reconhecimento dos predicados arrolados no referido §4º, a pena poderá chegar a 01 (um) anos e 08 (oito) meses, atualmente substituída por prestação de serviços à comunidade.

Logo, não há racionalidade em se permitir que a pena atinja o patamar abaixo do mínimo capitulado pela Lei na terceira fase da dosimetria e não na segunda fase, mesmo diante de uma circunstância relevante como a confissão da autoria de um crime.

Em todo caso, a fixação da pena deve atender aos princípios e garantias constitucionais do cidadão, não se admitindo que marco mínimo de punição legal seja rompido em favor do pequeno traficante e não para o cidadão que confessa a autoria de um crime qualquer.

¹³ §4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O método trifásico não deve ser um obstáculo à realização das garantias constitucionais e legais do cidadão.

Considerando-se a possibilidade de rompimento do limite mínimo de punição estabelecido em lei em uma das fases da aplicação da pena (como no caso do §4º do art. 33, da Lei de Tóxicos), a inconstitucionalidade da referida Súmula também se sustenta por haver desobediência ao princípio da legalidade, visto que é uma norma que agrava a situação penal de um cidadão não editada pelo Poder Legislativo, mas pelo Judiciário.

Nesta toada, fixar a pena aplicável somente no mínimo legal ao réu que confessou o delito, para o Estado, significa: “Confessou? E daí? Meu trabalho ficou mais fácil e nada te compensarei por isso”.

O Estado finge que nada aconteceu e a temida tirania fica velada pelo “método”.

O Tribunal de Justiça Gaúcho¹⁴ há muito reconheceu a possibilidade de rompimento do patamar mínimo legal com o fito de privilegiar a garantia constitucional da individualização da pena, entretanto sua hermenêutica é frustrada justamente no Superior Tribunal de Justiça, com a aplicação da malfadada Súmula 231, de 1999.

Deste modo, na prática processual-penal em um Estado Constitucional e Democrático de Direito como aspira ser o brasileiro, a formalidade do “método” trifásico deve ser flexibilizada em prol das garantias constitucionais individuais, rechaçando-se, por completo, o seu engessamento através de uma Súmula editada pelo Poder Judiciário.

5. Considerações finais

O Estado Constitucional e Democrático como o brasileiro deve primar pela garantia dos direitos individuais sobre os métodos infra-legais que possam limitá-los injustificadamente.

¹⁴ “APELAÇÃO. ROUBO. ABSOLVIÇÃO. Se a prova colhida não deixa dúvida acerca da materialidade do delito e da autoria, cumpre manter a condenação do réu. ATENUANTES DA MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. *A aplicação de atenuante é direito do réu, motivo pelo qual deve ser aplicada, mesmo que a pena fique aquém do mínimo.* (...) APELO PARCIALMENTE PROVIDO”. (Apelação Crime Nº 70020837084, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 12/12/2007. Grifos nossos)

A vigência da Súmula 231 do STJ agride o princípio da individualização da pena, pois afasta a possibilidade do tratamento desigual daquele que, ao confessar a autoria de um crime, abriu mão de um direito de não produzir prova contra si em troca da redução da pena.

De igual modo, por existir na própria aplicação do método trifásico uma forma de reduzir a pena aquém do mínimo legal, como na consideração da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, na terceira fase, não pode o Poder Judiciário vedar a mesma benesse no reconhecimento da atenuante da confissão prevista no art. 65, III, *d*, do CP, na segunda fase da dosimetria. A inadequação constitucional se dá pela afronta à legalidade, porque há a usurpação de uma competência do Poder Legislativo em editar normas de Direito Penal.

Assim, o julgador deve exercer o controle difuso de constitucionalidade, afastando a aplicação da Súmula 231 do STJ quando, aplicando a pena abaixo do mínimo legal no caso de confissão da autoria do crime e a sua pena-base já se encontra no mínimo-legal. Não deve o julgador titubear quando há a existência de conflito entre a aplicação do método trifásico (em que a atenuante apenas é válida quando a pena-base se dá acima do mínimo legal) e a disposição expressa da lei em favor do cidadão-réu. Deve-se negligenciar a rigidez do *método* em favor de um *direito material*, sendo válida é a disposição mais benéfica ao cidadão-réu.

A negligência do método de forma alguma afronta a garantia do devido processo legal, porque, ao contrário da máxima punição, a mínima pode ser rompida e a previsão é encontrada na própria Constituição e na Lei.

Assim, acredita-se que, com o afastamento da vigência da Súmula 231 do STJ, por sua inconstitucionalidade, o Poder Judiciário estará consertando uma tirania velada fundada em conceitos mercadológicos incompatíveis com um Direito Processual Constitucional e acima de tudo Humano.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3^a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *O Valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, Volume 1: Parte Geral. 8^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

O *DIES A QUO* PARA INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS E MULTAS SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS ORIGINADAS DE CRÉDITOS TRABALHISTAS RECONHECIDOS EM SENTENÇAS CONDENATÓRIAS – COMENTÁRIOS A ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

GUSTAVO BUETTGEN. Advogado. Presidente da Comissão de Assuntos Judiciários da OAB Joinville.

1. Dados da decisão:

Acórdão proveniente da 1ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Agravo de Petição nº 05616-2005-034-12-85-4, Relatora Juíza Viviane Colucci, sessão de julgamento realizada em 08 de dezembro de 2010, publicado no Diário Oficial de 31 de janeiro de 2011.

2. Ementa da decisão:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MULTA E JUROS DE MORA. ACORDO. FATO GERADOR. Somente há atraso da parcela devida ao INSS se após o valor do débito se tornar definitivo e exigível o executado não proceder ao recolhimento correspondente, quando então podem ser exigidos os juros de mora e as multas daí decorrentes (inteligência dos art. 43, § 3º, da Lei nº 8.212/1991, redação conferida pela Lei nº 11.941/2009, e do art. 276 do Decreto nº 3.048/1999). Assim, se a executada não recolhe as contribuições previdenciárias após a homologação do acordo, é correta a aplicação da taxa Selic e da multa de mora.

3. Comentários:

Hodiernamente tem sido grande a discussão, entre as Câmaras Julgadoras do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, sobre a definição do *dies a quo* para incidência de juros moratórios e multas sobre as contribuições previdenciárias originadas de créditos trabalhistas reconhecidos em sentenças condenatórias.

E os efeitos causados por tais discussões, por afetarem diretamente o patrimônio das empresas, carecem de uma atenção especial dos advogados que militam em prol dos interesses patronais.

Basicamente, no âmbito da referida Corte Regional, verificam-se quatro posicionamentos distintos sobre a matéria, quais sejam: (i) de que os juros e as multas incidem a partir do dia 2 (dois) do mês seguinte ao da liquidação da sentença condenatória; (ii) de que os juros e as multas incidem a partir do prazo assinalado para pagamento dos créditos trabalhistas; (iii) de que os juros e as multas incidem desde o mês da prestação dos serviços e, (iv) de que os juros e as multas incidem desde a prestação dos serviços, porém apenas nos casos em que a sentença condenatória transitou em julgado após a edição da MP 449/08.

Inobstante o fato de que as duas primeiras correntes citadas carregam as melhores interpretações jurídicas a respeito da matéria ora abordada, até porque, em ambos os casos, os entendimentos são consubstanciados em pressupostos legais análogos e o momento da incidência dos juros e multas sobre as contribuições sociais são extremamente próximos – a partir da homologação da conta de liquidação ou a partir do pagamento das verbas ao trabalhador – trataremos no presente artigo o dia 2 (dois) do mês seguinte ao da liquidação da sentença condenatória como sendo o *dies a quo* para a incidência dos juros de mora e multa sobre a exação previdenciária em questão.

Com efeito, conforme o entendimento consubstanciado no acórdão eleito, neste trabalho, como paradigma, os juros moratórios e a multa sobre as contribuições previdenciárias somente podem ser aplicados a partir do dia 2 (dois) do mês seguinte ao da liquidação da sentença condenatória, quando então a União passa a ser credora da contribuição previdenciária por força da decisão judicial.

Entretanto, de início, para melhor aquilatação da matéria, convém discorrer sobre a natureza jurídica das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças condenatórias trabalhistas.

Pois bem, o parágrafo 4º do artigo 879 da CLT, estabelece que a atualização do crédito da Previdência Social deve ser ultimada com base nos critério definidos na legislação previdenciária. Ou seja, para se definir o *dies a quo* da incidência dos encargos da mora sobre as contribuições sociais, torna-se imperativo a apreciação das normas previdenciárias que regulam a hipótese de incidência da exação em questão.

Nesse sentido, torna-se indispensável a transcrição do artigo 43, §§ 3º e 5º, da Lei 8.212/91:

“Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social. (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93)
(...) ”

§ 3º As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período da prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado, sendo que nesse último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas.
(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

(...) ”

§ 5º Na hipótese de acordo celebrado após ter sido proferida decisão de mérito, a contribuição será calculada com base no valor do acordo. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Pois bem, interpretando-se a norma previdenciária *supra* referida, tem-se que o recolhimento das contribuições sociais deve ocorrer no mesmo prazo do pagamento dos créditos provenientes da liquidação da sentença ou da homologação de acordo judicial.

Vale ressaltar, ainda, que o artigo 276, do Decreto nº 3.048/99, que aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências, corrobora o entendimento de que as contribuições sociais somente são devidas somente após o reconhecimento judicial do crédito em favor da União, pelo que não há como sustentar que os juros moratórios e a multa sejam aplicados em momento anterior à data da constituição do crédito, *in verbis*:

“Art. 276. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o recolhimento das importâncias devidas à seguridade social será feito no dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença.”

Isso porque, obviamente, a União Federal somente passou a ser credora da contribuição previdenciária em razão da superveniência da sentença condenatória, razão pela qual a constituição do respectivo crédito previdenciário somente ocorre com a liquidação desta decisão.

Ou seja, interpretando o disposto nos artigos 43 da Lei 8.212/91 e 276 do Decreto nº 3.048/90, conclui-se que somente há atraso no pagamento da parcela relativa às contribuições previdenciárias se até o dia 2 (dois) do mês seguinte ao da liquidação da sentença a parte não proceder ao seu recolhimento, quando então podem ser exigidos os juros moratórios daí resultantes.

Logo, não há como considerar o termo inicial para a incidência dos encargos moratórios sobre as contribuições previdenciárias como sendo o mês da prestação dos serviços, como sustentam as outras duas correntes antagônicas existentes no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho Catarinense, eis que, como visto, a exigibilidade do crédito previdenciário se dá apenas a partir do dia 02 (dois) do mês seguinte ao da liquidação da sentença.

Aliás, como muito bem considerou a Relatora do acórdão eleito como paradigma, deve ser observado, também, o disposto no artigo 83 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, *in verbis*:

“Art. 83. O fato gerador da incidência da contribuição previdenciária, constitutiva do débito, é o pagamento de valores alusivos a parcelas de natureza remuneratória (salário-decontribuição), integral ou parcelado, resultante de sentença condenatória ou de conciliação homologada, efetivado diretamente ao credor ou mediante depósito da condenação para extinção do processo ou liberação de depósito judicial ao credor ou seu representante legal.”

Logo, não há dúvidas de que jamais o mês da prestação de serviços pode ser considerado como termo inicial dos juros e da multa sobre as contribuições previdenciárias, eis que a legislação previdenciária não deixa dúvidas de que a aplicação desses encargos moratórios apenas advém com a liquidação da sentença condenatória, quando ocorre a constituição do crédito da União.

Vale registrar, outrossim, que entendimento em contrário implicaria em flagrante violação ao artigo 195, I, “a”, da Constituição da República, que assim dispõe:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.”

A conclusão que se extrai do preceito constitucional acima transcrito é de que a hipótese de incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador decorre, tão somente, do pagamento de rendimentos oriundos da prestação de trabalho, pelo que se revela inadmissível admitir-se que os encargos moratórios possam incidir em momento anterior, como no caso da prestação dos serviços.

Ora, se a interpretação sistemática e harmônica dos dispositivos acima transcritos não deixa dúvidas sobre o *dies a quo* da incidência dos encargos moratórios, é de se concluir, outrossim, que os entendimentos que consubstanciam as correntes antagônicas no âmbito da Corte Regional Catarinense violam, flagrantemente, o princípio da legalidade, ao considerarem o mês da prestação dos serviços como o termo inicial da aplicação dos juros e multa.

Com efeito, dispõe o art. 5º, II, da Constituição da República que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Especificamente em relação à matéria tributária, o artigo 150, I, também da Magna Carta, ao tratar das limitações constitucionais ao poder de tributar prestigia o princípio da legalidade, confirmando expressamente que:

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

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”

Ou seja, o princípio da legalidade tributária implica não a simples preeminência de lei, mas a reserva absoluta de lei, posto que a atividade administrativa deve invariavelmente ser pautada conforme o que determina a legislação, o que impossibilita o estabelecimento de qualquer tipo de sanção não prevista.

É dizer, a autoridade administrativa não tem o poder de decidir se o tributo é devido ou quanto é devido, pois a obrigação tributária decorre, necessariamente, da lei. Como dispõe o art. 114, do CTN, o fato gerador da obrigação tributária “*é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.*”

Logo, se o *dies a quo* da incidência dos encargos moratórios se encontra legalmente definido, não pode a União Federal exigir, tão pouco o Poder Judiciário ordenar, que as empresas suportem os juros e a multa sobre as contribuições sociais aplicados desde o mês da prestação dos serviços, eis que inexistente autorização legislativa nesse sentido.

Entender de maneira diversa, como visto, é incorrer em flagrante violação aos artigos 5º, II, 37 “*caput*” e 150, I, da CF/88. Até porque, não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, fixando o termo inicial de incidência dos encargos moratórios em momento diverso daquele legalmente previsto.

Em outras palavras, havendo normas específicas que estabelecem o *dies a quo* da incidência dos juros moratórios e multa sobre as contribuições previdenciárias, mais precisamente os artigos 276 do Decreto nº 3.048/90, 43 da Lei nº 8.212/91 e 195, I, “a”, da Constituição da República, os quais, harmonicamente interpretados, nos levam a conclusão de que somente há atraso no pagamento da parcela devida à União Federal se até o dia 2 (dois) do mês seguinte ao da liquidação da sentença a empresa não proceder ao seu recolhimento, não cabe ao Poder Judiciário entender de forma diversa, sob pena de funcionar como legislador positivo, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

Enfim, inobstante a robustez das razões expostas neste artigo, bem como os argumentos constantes do acórdão eleito como paradigma, é dizer que no âmbito do TRT da 12ª Região existem numerosos julgados proferidos no sentido oposto, considerando o mês da prestação dos serviços como sendo o termo inicial dos encargos, e assim o fazendo em razão da interpretação totalmente equivocada da legislação previdenciária.

E tal cizânia jurisprudencial provoca um elevado grau de imprevisibilidade das decisões proferidas pelo Regional e flagrante instabilidade na prestação jurisdicional.

Explicamos!

Atualmente, existe uma grande probabilidade de que processos idênticos no mérito sejam decididos de modo opostos, dependendo da Turma Julgadora para a qual a discussão foi distribuída, circunstância essa que leva à evidente falta de segurança jurídica.

Ora, não há como se conceber que jurisdicionados diferentes que estejam na mesma situação de fato e de direito tenham decisões completamente antagônicas no âmbito da mesma Corte, especialmente se levarmos em consideração que as partes não podem ser tratadas de forma desigual, quando se encontram em situação equivalente, também sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade.

Assim, levando-se em consideração que a discussão sobre o *dies a quo* dos encargos moratórios normalmente nasce apenas na fase de execução da sentença trabalhista, é de rigor registrar que a imprevisibilidade, a instabilidade e a insegurança anteriormente referidas, decorrem da notória dificuldade que os jurisdicionados atualmente possuem em levar tal discussão ao Tribunal Superior do Trabalho, e assim em razão dos óbices que muitas vezes inviabilizam a subida de um recurso de revista na fase de execução, tendo em vista que, neste momento processual, as hipóteses de cabimento de recurso à superior instância julgadora são reduzidas, em razão do disposto no parágrafo 2º, do artigo 896, da CLT.

Assim, na maioria das vezes, a decisão final sobre a questão pode ser da própria Corte Regional, tendo em vista que o trânsito do recurso de revista é consecutivamente obstaculizado pelo referido requisito de admissibilidade disposto no já citado parágrafo 2º, do artigo 896, da CLT.

Desse modo, o certo é que os advogados que militam em favor das empresas, cientes de que a definição incorreta do termo inicial de incidência dos encargos moratórios pode provocar um impacto consideravelmente negativo no patrimônio de seus clientes, deveriam suscitar tal matéria desde a contestação, pleiteando que, no caso de alguma verba trabalhista ser deferida ao trabalhador, que os juros moratórios e a multa sobre as contribuições previdenciárias sejam aplicados a partir do dia 2 (dois) do mês seguinte ao da liquidação da sentença condenatória. Alternativamente, e conforme a segunda corrente jurisprudencial favorável às empresas¹, que os encargos moratórios sejam

¹ EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA DE JUROS PELA TAXA SELIC E MULTA DESDE DA DATA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. A teor do que estabelece o art. 161 do CTN, os encargos moratórios (tanto os juros de mora equivalentes à taxa SELIC quanto a multa) somente serão legitimamente aplicados sobre as contribuições previdenciárias decorrentes de título trabalhista quando tipificada a mora. Tendo em conta que o art. 43, § 3º, da Lei de Custeio assenta que as contribuições derivadas da sentença trabalhista têm

aplicados somente a partir do prazo assinalado para o pagamento dos créditos Trabalhistas (artigo 880 da CLT).

Isso porque, agitando a discussão desde o processo de conhecimento, a probabilidade de que a empresa saia vencedora aumenta consideravelmente, tendo em vista que, no caso do pedido ser afastado pelo juiz de primeira instância e pelo TRT, admite-se a interposição de recurso de revista pelas alíneas “a” e “c” do artigo 896 da CLT, e não somente quando ocorre ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal, como no caso de interposição da revista na fase de execução de sentença. Por oportuno, vale mencionar que, nas poucas vezes em que o Tribunal Superior do Trabalho se manifestou sobre a matéria², o entendimento foi no sentido de que os encargos moratórios fossem aplicados a partir do dia 2 (dois) do mês seguinte ao da liquidação da sentença condenatória, tal qual defendemos no presente artigo.

Enfim, o que se espera é que o TRT da 12ª Região garanta o mínimo de previsibilidade necessária aos cidadãos catarinenses, uniformizando seu entendimento no sentido de que os juros moratórios e a multa sobre as contribuições previdenciárias sejam aplicados a partir do dia 2 (dois) do mês seguinte ao da liquidação da sentença condenatória, quando então a União passa a ser credora da contribuição previdenciária por força da decisão judicial, homenageando, outrossim, a preservação dos princípios do regime democrático, da estabilidade das instituições e do respeito à dignidade humana.

seu vencimento no mesmo prazo assinalado para o pagamento dos créditos do trabalhador, é descabida a aplicação de juros e multa pelo regime de competência, mês a mês, desde a data da prestação de serviços. (TRT-12, AP 00302-2008-046-12-00-5, Rel. Juíza Maria Aparecida Caitano, 4ª Câmara, julgado em 19 de janeiro de 2011)

² “RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA E MULTA. TERMO INICIAL. Havendo o reconhecimento de valores relativos ao intervalo intrajornada mediante acordo firmado entre as partes, homologado em juízo, o critério de apuração da contribuição previdenciária levará em consideração a remuneração paga, sendo que os juros e a multa moratória deverão incidir apenas a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação de sentença, consoante a regra inserta no caput do artigo 276 do Decreto nº 3.048/99. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (Processo nº TST-RR-11/2005-029-15-85.5, 6ª Turma, Julgado em 03.12.2008).

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA: O CABIMENTO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

HERBERT ZIMATH JUNIOR, Advogado. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: hzimath@gmail.com

RESUMO

O estudo acerca do cabimento dos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho é uma necessidade que emerge a luz dos tempos atuais em que o desenvolvimento das relações de trabalho no país, se expande cada vez mais, tornando mais complexas as relações de trabalho e por decorrência os litígios e os julgamentos das demandas pela Justiça Especializada, cuja competência foi ampliada pela Emenda Constitucional 45. Nesse contexto, a revisão dos parâmetros justificadores do *jus postulandi* é imperativa, inobstante a histórica resistência enfrentada pelos Tribunais trabalhistas. O presente artigo pretende desenvolver reflexão acerca do tema, incitando a revisão de conceitos justificadores da sua admissibilidade frente ao ordenamento jurídico pátrio atual. O artigo está dividido em três seções. Na primeira seção aborda-se o papel histórico dos honorários de sucumbência no direito processual brasileiro e do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho. A segunda parte trata da inexistência de vedação legal à concessão dos honorários de sucumbência no cotidiano forense trabalhista. Finalmente, na última seção, discute-se a admissibilidade dos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, face incompatibilidade do artigo 791 da CLT, à luz da Constituição Federal vigente. A investigação partiu da adoção do método histórico-crítico de análise e interpretação, tendo a pesquisa bibliográfica como procedimento.

Palavras-chave: Honorários de sucumbência. Processo do Trabalho.

SUMÁRIO

Introdução – 1. Honorários de sucumbência e o papel histórico do *Jus Postulandi* – 2. A inexistência de vedação legal aos honorários de sucumbência – 3. A incompatibilidade do artigo 791 da CLT – 4. Considerações finais – Referências bibliográficas

Introdução

A adoção dos honorários de sucumbência como regra geral nas demandas trabalhistas é além de possibilidade concreta, a tendência que emerge da crescente complexidade jurídica retratada nos processos trabalhistas surgidos após a Constituição Federal de 1988, corroborada

com a Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho. Nesse contexto, rever-se os parâmetros justificadores do *jus postulandi* é imperativo, ainda que se constate a histórica resistência pelos Tribunais trabalhistas. O presente artigo pretende desenvolver reflexão acerca desta relevante questão, justificando a revisão de conceitos frente ao ordenamento jurídico atual. O artigo está dividido em três seções. Na primeira seção destaca-se o papel histórico dos honorários de sucumbência no direito processual brasileiro e o papel histórico do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho. Na segunda seção aborda-se a inexistência de vedação legal à concessão dos honorários sucumbenciais no cotidiano forense trabalhista. Finalmente na última seção demonstra-se a incompatibilidade do artigo 791 da CLT, à luz da Constituição Federal vigente.

1. Honorários de sucumbência e o papel histórico do *Jus Postulandi*

Inicialmente é de se consignar que o princípio da sucumbência no direito processual brasileiro foi introduzido pelo Código de Processo Civil de 1939 que assim previa:

Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

Art. 64. Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extra-contratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária.

Posteriormente, o legislador tornou a fazer uso desse instituto através da Lei 1.060/50 que ao estabelecer as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, assim determina:

Art. 11. Os honorários de advogados e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciais serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário de assistência for vencedor na causa.

§ 1º. Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença.

Quando da promulgação do Código de Processo Civil de 1973, reafirmou-se no artigo 20 o princípio da sucumbência como regra geral:

A sentença condenará o vencido a pagar as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

Já a Justiça do Trabalho em nosso país foi concebida adotando a premissa do *jus postulandi*, prerrogativa pela qual as próprias partes podem reclamar, se defender e acompanhar a ação trabalhista até o final. Buscou-se assim, desde os primórdios da primeira metade do século passado, um processo trabalhista oral, concentrado e simples para as partes. São dessa época, as reclamações tomadas a termo em que os conflitos instaurados envolviam predominantemente casos triviais, como o pagamento de horas extras, salários, férias, indenização por despedimento injustificado, e outras questões de menor complexidade. Em razão das demandas se originarem sempre das relações de emprego justificava-se uma Justiça informal e gratuita.

É nesse panorama que surge na legislação brasileira o reconhecimento de capacidade postulatória aos empregados e empregadores para instauração de dissídio trabalhista individual através do artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

Com acréscimo do parágrafo 1º ao mencionado artigo, ainda facultou-se as partes fazer-se representar nos dissídios individuais, “por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.”

Justifica-se por isso, a inexistência na Consolidação das Leis do Trabalho de um regramento próprio para os honorários de advogado das partes. Contudo o legislador não se descuidou da questão ao vislumbrar solução para os casos não previstos, valendo-se da utilização subsidiária do direito processual comum. Estabeleceu para isso no art. 769 que:

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

A verdade é que com o passar dos anos e até a promulgação da Constituição Federal de 1988, os Tribunais trabalhistas vinham se manifestando em dois sentidos divergentes no tocante aos honorários de sucumbência. Para uma corrente “são devidos os honorários de advogado pelo sucumbente na ação, por força do disposto no art. 20 do CPC, que se aplica aos casos trabalhistas, pois o preceito é amplo e sem restrições”¹ Assim, eram “deferidos na Justiça do Trabalho, honorários advocatícios de sucumbência, face aos seguintes argumentos: a) decorre da Lei 4.215/63 (Estatuto da OAB), pois o art. 96 do referido diploma não limitou o âmbito do exercício profissional a qualquer Justiça; b) ampara-se no art. 20 do CPC, combinado com o art. 769 da CLT; c) não é justo que o empregado subtraia do seu parco salário, quantia considerável para garantir o restabelecimento do seu direito que foi violado pelo empregador. Negar, pois, honorários de advogado na Justiça do Trabalho é beneficiar contumaz infrator”²

De acordo com a segunda corrente, a majoritária, “o princípio da sucumbência a que se refere o art. 20 do CPC é inaplicável no processo trabalhista, no que diz respeito aos honorários advocatícios consoante declara a Súmula 11, do TST”³, e somente devido nas hipóteses de assistência judiciária previstas na Lei 1.060/50.

Como visto, “a questão pertinente aos honorários de advogado na esfera trabalhista, tem sido controvertida, em sua evolução histórica, em torno de dois aspectos relevantes:

- 1) Inexistência, na Consolidação das Leis do Trabalho, de uma disciplina própria a respeito dos honorários de advogado das partes, referindo-se, seu art. 769, que, nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do Trabalho, exceto naquilo que lhe for incompatível;
- 2) *Jus Postulandi* reconhecido pelo art. 791, da Consolidação, aos empregados e empregadores, que poderão reclamar pessoalmente na Justiça do Trabalho”⁴.

Esse panorama porém, deve sofrer alteração com o preceito vigente no art. 133 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece:

¹ 3ª Turma do TRT da 1ª Região, recurso ordinário 10.950/81, j. 06.12.82, maioria, RT Informa 319/320, p. 31.

² 3ª Turma do TRT da 6ª Região, recurso ordinário 1256/87, maioria, DJPE 01.07.87, p. 5.

³ 2ª Turma do TST, recurso de revista 4.002/84, DJU de 01.02.85, p. 564.

⁴ CAHALI, Yussef Said. Honorários Advocatícios, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.782/783.

O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Apesar desse relevante fato, até o momento e de forma até surpreendente, o Tribunal Superior do Trabalho tem adotado o princípio da sucumbência previsto na Lei 1.060/50, aceitando inclusive o percentual de 15% para o arbitramento dos honorários calculados sobre o montante líquido apurado, como forma de suprir em parte a omissão da CLT a respeito; e apenas para favorecer o empregado exitoso cuja reclamação trabalhista fora patrocinada pelo Sindicato da categoria profissional, sob os auspícios da gratuidade da Justiça. Veja-se o entendimento sumulado da Egrégia Corte, expresso na Súmula 219:

JUSTIÇA DO TRABALHO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.⁵

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985)

II - É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70. (ex-OJ nº 27 - inserida em 20.09.2000).

E ainda conforme dispositivo da Lei 5.584/70, que disciplinou a concessão e prestação da assistência judiciária no âmbito a Justiça do Trabalho:

Art. 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.

⁵ TST Enunciado nº 219 - Res.14/1985, DJ 19.09.1985 - Incorporado a Orientação Jurisprudencial nº 27 da SBDI-2 - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005.

Note-se que este entendimento tem sido a regra adotada pelo Judiciário trabalhista para favorecer o empregado hipossuficiente.

2. A inexistência de vedação legal aos honorários de sucumbência

Como visto, inexiste na Consolidação das Leis do Trabalho regramento próprio a respeito dos honorários de advogados, e por conta dessa omissão, o direito processual comum deve socorrer como fonte subsidiária o direito processual do Trabalho, exceto naquilo que for incompatível, conforme previsão do art. 769.

Assim, inexistindo proibição à concessão dos honorários de sucumbência na esfera trabalhista, o tema incita-nos a desenvolver entendimento diverso do utilizado majoritariamente pelos Tribunais trabalhistas.

Nesse norte, oportuno o pensamento do Juiz do Trabalho Marcelo Luis de Souza Ferreira⁶ quando declara:

não há na lei expressa vedação à concessão de honorários advocatícios para os casos de assistência por advogado particular nem tampouco dispositivo que afaste do Direito do Trabalho o princípio da plena reparação de danos (...). Desta forma, a se entender que o art. 16 da Lei 5.584/70 restringe a concessão de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho às hipóteses de assistência judiciária, estamos diante de uma interpretação ampliativa (...) contrária aos princípios de direito material e processual do trabalho, pois vem em flagrante prejuízo do trabalhador, impondo-lhe o ônus de suportar sozinho os custos da assistência profissional necessária”.

E aduz Benedito Calheiros Bomfim⁷ em seu artigo a respeito:

– a recusa à concessão da verba honorária neutraliza o princípio basilar de toda a legislação do trabalho, a qual, para contrabalançar a superioridade econômica do empregador, outorga superioridade

⁶ BOMFIM, Benedito Calheiros. *Honorários de Sucumbência na Justiça do Trabalho em Face da CF/1988, da Emenda nº 45, do Estatuto da Advocacia, do Código Civil e da Instrução Normativa nº 27/TST*. Revista do Direito Trabalhista. Brasília, n. 05, p. 8-11, maio 2008.

⁷ BOMFIM, Benedito Calheiros. *Honorários de Sucumbência na Justiça do Trabalho em Face da CF/1988, da Emenda nº 45, do Estatuto da Advocacia, do Código Civil e da Instrução Normativa nº 27/TST*. Revista do Direito Trabalhista. Brasília, n. 05, p. 8-11, maio 2008

jurídica ao assalariado. Com o transferir tal ônus para o assalariado, retira-se o caráter tutelar e protecionista do trabalhador que informa a legislação trabalhista.

Acontece mais que, após a Emenda Constitucional 45/04, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho, através da Instrução Normativa nº 27, de 22.02.2005, admitiu honorários de sucumbência nas lides decorrentes da relação de trabalho.

De se destacar ainda o teor do Enunciado 79, que segue, aprovado na Jornada de Direito Material e Processual do Direito do Trabalho, realizada em novembro de 2007 na sede do Tribunal Superior do Trabalho, com a participação de magistrados, advogados e associações trabalhistas:

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO.

“As partes, em reclamação trabalhista, e nas demais ações da competência da Justiça do Trabalho, na forma da lei, têm direito a demandar em juízo através de procurador de sua livre escolha, forte no princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil), sendo, em tal caso, devidos os honorários de sucumbência, exceto quando a parte sucumbente estiver ao abrigo do benefício da justiça gratuita”.

Como visto há entendimentos pelos quais, sem a verba honorária a reparação não será completa, pois o reclamante não beneficiado pela assistência judiciária estará pagando pela sucumbência desacolhida, um preço representado pelo recebimento de uma indenização a menor, injusta, na medida em que esta deverá ser partilhada com seu advogado. Assim, tanto a complexibilização das relações de trabalho está a suscitar processos de maior grau de dificuldade jurídica, como a evolução natural e o dinamismo do direito do trabalho sugerem que se reacenda a discussão sobre a viabilidade dos honorários nas lides trabalhistas.

3. A incompatibilidade do artigo 791 da CLT

Embora o Tribunal Superior do Trabalho e alguns autores sustentem a permanência do *jus postulandi* no processo trabalhista, a doutrina e a jurisprudência estão se orientando no sentido de que o mesmo, reconhecido pelo art. 791 da CLT, restou derogado por força do art. 2º, parágrafo

1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, sob o argumento de que a ampla defesa nos processos, assegurada constitucionalmente, não existe sem a assistência do advogado.

Acresça-se a este entendimento, a incompatibilidade do artigo consolidado com os princípios constitucionais da “isonomia” (art. 5º), da “duração razoável do processo” (art. 5º, LXXVIII), da “essencialidade do advogado à administração da Justiça” (art. 133), e da “ampla defesa” (art. 5º, LV).

Também a doutrina vem afirmando que a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tornou-se aplicável o princípio da sucumbência no processo trabalhista. Tal entendimento sofreu expressivo fortalecimento com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, cujas transformações havidas ocorreram na esfera da Justiça do Trabalho. Dentre as várias mudanças, sem dúvida, a nova visão do cabimento de honorários advocatícios é medida relevante, pois a emenda constitucional modificou o *status quo ante*, ao ampliar significativamente a competência da Justiça Especializada para julgar também lides de maior complexidade relacionadas a relação de trabalho e não mais apenas as que envolviam a relação de emprego (art. 114, I da CRFB/1988).

A jurisprudência especializada ao consolidar o entendimento da incompatibilidade do *jus postulandi*, viabiliza a aplicabilidade do princípio da sucumbência para a condenação do vencido nos honorários de advogado do vencedor.

Cremos que a resistência maior para a adoção da sucumbência na esfera trabalhista reside no receio da aplicação do princípio da reciprocidade. Através dele o reclamante com higidez econômica, não estará liberado do pagamento dos honorários da parte contrária, se foi vencido na ação. Por outro lado, caso a condenação recaia sobre o reclamante hipossuficiente, sua situação se equipará ao beneficiário da justiça gratuita, resultando daí, a simples suspensão da exigibilidade dos honorários.

4. Considerações finais

A regra geral do *jus postulandi* admitida pelos Tribunais trabalhistas tende a ser reformulada na medida em que a crescente transformação e sofisticação das atividades econômicas promovem novas possibilidades de conflitos. Acresçam-se a isto a ampliação do leque de novas ações a serem interpostas na Justiça Especializada por conta da ampliação da

competência promovida pela Emenda Constitucional 45. Neste panorama que se vislumbra de maior complexidade técnica-jurídica, é de se antever, com clareza solar, o fortalecimento da indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, e por consequência a aceitação uníssona do princípio da sucumbência na Justiça do Trabalho. Quem viver verá esse processo em que o ambiente de trabalho e a atividade nele exercida interagirá de forma mais intensa no dia-a-dia das pessoas e da sociedade.

Referências Bibliográficas

BOMFIM, Benedito Calheiros. *Honorários de Sucumbência na Justiça do Trabalho em Face da CF/1988, da Emenda nº 45, do Estatuto da Advocacia, do Código Civil e da Instrução Normativa nº 27/TST*. Revista do Direito Trabalhista. Brasília, n. 05, p. 8-11, maio 2008.

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

CARION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

LEMONS, Silvio Henrique. *O jus postulandi como meio de assegurar a garantia fundamental de acesso a justiça*. Disponível em: www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12096. Acesso em 29 out. 2009.

MOLINA, André Araújo. *Honorários advocatícios na Justiça do Trabalho: nova análise após a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Disponível em: www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7000. Acesso em 22 fev. 2010.

LEI DE PUNIBILIDADE DE CRIMES TRIBUTÁRIOS NÃO É NOVA¹

FRANCISCO DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JR.. Doutorando e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Penal da Unibrasil. Coordenador da Pós-Graduação de Direito e Processo Penal da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST).

MAICON GUEDES. Advogado. Professor e coordenador de extensão do Curso de Direito da Universidade Positivo. Professor da pós-graduação em Direito e Processo Penal da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Mestre em Direito pela UFPR e especialista em Direito pela UFRGS.

A Lei 8.137/1990 prevê, dentre outros, os crimes contra a ordem tributária em nosso país. Em seus artigos 1º e 2º trata das hipóteses em que deixar de pagar, ou, pagar menos impostos do que o devido se constitui em crime. Basicamente se faz necessário, além da redução ou supressão do imposto, algum tipo de fraude, como a omissão de informações ao fisco (artigo 1º, inciso I) e falsificação de notas fiscais (artigo 1º, inciso II). No artigo 2º, em algumas hipóteses, nem mesmo a fraude é necessária, bastando o não recolhimento de valor retido, configurando verdadeira hipótese de prisão civil ao arrepio da Constituição da República.

Relativamente à sua punibilidade, tem-se vivenciado movimento pendular, no qual, ora se exacerba o poder punitivo, ora se afrouxam suas as amarras da intervenção penal. É o que se vê inicialmente com o artigo 14 da aludida lei que trazia a possibilidade de extinção da punibilidade no caso de pagamento de principal e acessórios anteriormente ao recebimento da denúncia, hipótese revogada de forma sorrateira pela Lei 8.383/91, que trata da criação da UFIR).

Entre 1991 à 1995, período de ampla aplicabilidade da lei, sem qualquer mecanismo de escape, que acaba sendo interrompido pelo advento da Lei 9.249/1995. Essa dispôs em

¹ Ensaio originalmente publicado no *site* Consultor Jurídico em 05/04/2011. In: http://www.conjur.com.br/2011-abr-05/regime-juridico-punibilidade-crimes-tributarios-nao-tao?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter.

seu artigo 34 a possibilidade de extinção da punibilidade quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, o que representou um segundo afrouxamento: havendo parcelamento do débito, anterior à denúncia, já estaria extinta a punibilidade. Tal hermenêutica restou inalterada com o advento da Lei 9.430/1996, que em seu artigo 83 dá idêntica regulamentação ao tema.

Retoma-se a criminalização com a Lei 9.964/2000, conhecida como Lei do Refis, que estabelece uma distinção vigente até os dias de hoje. O parcelamento da dívida tributária importa na suspensão da punibilidade do crime tributário, mas com condição resolutiva: havendo o adimplemento de todas as parcelas, haveria a extinção da punibilidade do fato. Isso representa robusta mudança: a partir de então, fazia-se imprescindível o pagamento integral do débito para a extinção. Anteriormente bastava o parcelamento.

Nova onda de descriminalização – e a volta do pêndulo – se dá em 2003, quando é promulgada a Lei 10.684/2003, comumente chamada de Refis 2. Dessa feita, mantém-se o regime anterior (suspensão da punibilidade mediante o parcelamento e extinção com o pagamento de todas as parcelas) com o diferencial de que tal parcelamento, segundo a hermenêutica dos tribunais superiores, poderia se dar a qualquer tempo, ou seja, mesmo após o recebimento da denúncia como se vê do Recurso Especial 949.935/SP, dentre inúmeros outros precedentes no mesmo sentido.

Assim, desde 2003 tem utilizado a defesa a estratégia do parcelamento e inclusive quitação dos impostos devidos para o caso de instauração de ação penal pelo cometimento de crime contra a ordem tributária. Mais do que isso, inúmeras decisões como a do HC 0028140-46.2010.404.0000/RS, da Oitava Turma do TRF/4, reconhecem a possibilidade de extinção pelo pagamento inclusive após trânsito em julgado, pois o comando da Lei 10.684/2003 atinge a punibilidade como um todo, inclusive executória.

Dessa feita, o movimento traz maior repressão penal novamente. É o que se vê da Lei 12.382/2011, que com o propósito de estabelecer os patamares para a correção do salário mínimo, teve inserido em seu texto artigo que deu nova redação para o art. 83 da Lei 9.430/1996. Se de um lado, não alterou o prévio exaurimento da fase administrativa como condição imprescindível para o início da ação penal por crime tributário, nos

termos inclusive da Súmula Vinculante número 24, de outro, chama a atenção especificamente pelo parágrafo 2º da nova redação do artigo 83, que assim dispõe doravante: É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

Ou seja, mantém-se o tradicional sistema de suspensão com parcelamento da dívida tributária e extinção da punibilidade do fato com o adimplemento total, mas com o seguinte “detalhe”: a adesão aos diversos programas de parcelamento oferecidos pelas instâncias governamentais, para os fins de suspensão, tem que ocorrer antes do início da ação penal. Já não mais existe a possibilidade de se utilizar do parcelamento como estratégia de defesa no curso da ação penal, mas somente antes da eventual instauração respectiva.

Já quanto à extinção, quer nos parecer não fazer a lei exigência de anterioridade à denúncia, como se vê da nova redação do parágrafo 4º: Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. Não obstante, fica a questão: se se extingue a punibilidade de integral pagamento da dívida que foi objeto de parcelamento, que tratamento se deve dar a quem paga diretamente a integralidade da dívida sem o parcelamento? Parece-nos que a solução hermenêutica só possa ser pro reo: também haverá a extinção da punibilidade. Em suma, para extinguir a punibilidade, há que haver o integral pagamento, independentemente de se antes ou após o recebimento da denúncia.

Em nenhum momento a nova legislação toca na possibilidade de pagamento integral dos débitos principais e acessórios durante persecução penal ou fase executória, tampouco em seus estertores faz menção a revogação do artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei 10.684/2003.

Assim, pode-se verificar que quatro são os pontos relevantes da nova legislação: i) não houve alteração da necessidade do esgotamento da fase administrativa; ii) não houve

alteração da extinção da punibilidade em virtude do integral pagamento do tributo devido; iii) alterou-se o mecanismo de suspensão da ação penal pelo parcelamento da dívida, vez que somente admitido se a adesão ao programa se deu antes do recebimento da denúncia; e, iv) duvidosa constitucionalidade desse terceiro ponto, vez que, o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal dispõe que “Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis” e a Lei Complementar 95 de 1998, em seu artigo 7º, II estabelece que “II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;”. E nesse ponto poder-se-ia indagar: o que Salário Mínimo tem a ver com mudança os procedimentos de suspensão e extinção da punibilidade de crimes tributários mesmo?

Nesse tocante outros dois fatores em desfavor da prática do chamado “contrabando” em Medidas Provisórias. Tem-se que a Lei 12.382/2011 teve sua discussão originada da Medida Provisória 516/2010, que provisoriamente instituiu o valor do novo salário mínimo, sem querer discutir a “urgência” de fixar o reajuste do salário mínimo, até porque já sabido que o comando é anual, e tempo de sobra se tem para tal. A urgência nos parece criada.

Primeiramente, como é viável uma medida provisória que visava tão exclusivamente ao reajuste do salário mínimo comportar alteração em matéria penal tributária? A praxis do “contrabando” legislativo, na qual a Câmara infla o conteúdo de Medidas Provisórias e suprime o Senado para sua análise devido ao exíguo tempo para deliberação no retorno é matéria inclusive propostas atuais por parte do Presidente do Congresso para serem banidas.

Mas por primacial, temos que em uma lei não originada em Projeto de Lei, discussões das CCJ's das casas legislativas, à sorrelfa, institui norma penal que reduz garantias do cidadão, contrariando indubitavelmente o princípio da legalidade e o disposto no artigo 62, parágrafo 1º, “b”, da Constituição da República, que veda o trato de matérias de Direito Penal em Medidas Provisórias e suas emendas.

O DIREITO DE DEFESA NOS PROCESSOS POR INFRAÇÃO AMBIENTAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

SIMONE BRÜMMER, advogada em Joinville, especialista em Função Social do Direito pela Unisul, especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade Anhanguera, Professora de Direito Processual Civil na FCJ – Faculdade Cenecista de Joinville/SC. E-mail: simone@brummer.com.br

RESUMO

O presente artigo busca investigar as características e complexidades das infrações ambientais de menor potencial ofensivo, bem como a forma de sua comprovação e defesa no processo penal. Embora o rito a ser adotado varie de acordo com a gravidade do crime e, especialmente, o montante da pena abstratamente cominada, a complexidade do crime ambiental e de sua prova independe do total da pena cominada. Dessa forma, nas infrações ambientais de menor potencial ofensivo, o rito legalmente previsto, por não guardar correlação com as especificidades do caso concreto, pode eventualmente ser mais simplificado do que o efetivamente necessário para o descobrimento da verdade dos fatos e para o exercício do direito à ampla defesa.

Palavras-chave: processo penal, meio ambiente, crime, defesa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO – 1. A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE – 1.1. O meio ambiente como bem jurídico penalmente protegido – 1.2. Crimes ambientais na Lei 9.605/98 – 1.3. As infrações ambientais de menor potencial ofensivo – 2. O PROCESSO PENAL NOS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE – 2.1. Os ritos processuais penais – 2.2. O rito comum ordinário – 2.3. O rito comum sumário – 2.4. O rito comum sumaríssimo – 3 O DIREITO DE DEFESA NOS PROCESSOS POR INFRAÇÃO AMBIENTAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – 3.1. O direito constitucional à ampla defesa – 3.2. As particularidades probatórias das infrações ambientais – 3.3. O direito de defesa nos processos por infração ambiental de menor potencial ofensivo – CONSIDERAÇÕES FINAIS – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.¹ Busca-se o desenvolvimento que seja ambientalmente sustentável,

¹ Constituição Federal de 1988:

economicamente sustentado e socialmente includente.²

O bem jurídico ambiental é de titularidade difusa e intergeracional. A Constituição Federal expressamente caracterizou o meio ambiente como bem jurídico a ser protegido, inclusive através do direito penal, eis que previu o sancionamento criminal das condutas lesivas ao meio ambiente. Por conseguinte, além de alguns tipos penais já encontrados em legislações esparsas, foi editada também a Lei 9.605/98.

Os crimes ambientais detêm algumas particularidades e complexidades. As particularidades decorrem da utilização, em vários tipos penais, da técnica da norma penal em branco e também da antecipação do momento consumativo, com a elaboração de tipos de perigo, em observância ao princípio da prevenção. Além disso, deve ser considerada a complexidade de se identificar, delimitar e comprovar exatamente as causas e consequências do crime e/ou do dano ambiental. Em muitos casos, faz-se necessária a realização de perícia por equipe multidisciplinar de profissionais, análises laboratoriais, oitiva de testemunhas, dentre outras provas.

De acordo com a pena cominada em cada preceito secundário, os crimes ambientais poderão ser processados e julgados tanto no rito sumaríssimo - nos Juizados Especiais Criminais -, como no rito sumário e ordinário, conforme estabelece o art. 394, § 1º, do Código de Processo Penal.³

Porém, os crimes ambientais apresentam, muitas vezes, diferenciados graus de complexidade probatória, em virtude de suas inúmeras possíveis causas e

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (...)”.

² A. ARANHA CORRÊA DO LAGO. *Estocolmo, Rio, Joanesburgo: O Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 2006. p. 18.

³ Código de Processo Penal:

“Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo: .

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial. (...)”.

consequências, bem como do dano ambiental acarretado — o que não está, necessariamente, relacionado à gravidade da pena.

O presente artigo visa estudar e analisar como tem sido exercido o direito de defesa nas infrações ambientais de menor potencial ofensivo, sujeitas ao processamento e julgamento através do rito sumaríssimo previsto na Lei 9.099/95.

Tal questionamento revela-se importante, na medida em que, embora o grau de complexidade do crime e do dano ambiental não varie, eventualmente a adoção de ritos mais simplificados pode, no caso concreto, prejudicar o efetivo exercício do direito de defesa do réu.

Dessa forma, dada a complexidade e as peculiaridades das infrações ambientais, o seu processamento e julgamento através do rito sumaríssimo tem permitido o efetivo exercício do direito do réu à ampla defesa?

Examinando-se a bibliografia especializada, verifica-se vasto material sobre direito à ampla defesa, processo penal, procedimentos e sobre meio ambiente e crimes ambientais. Encontra-se algum material sobre dano ambiental e sua complexidade. Porém, até o momento, é raro encontrar produção científica que inter-relacione todos esses itens de forma sistemática e crítica.

E é exatamente esse o objetivo deste artigo: analisar, de forma macro e integrada, as características e complexidades dos crimes ambientais em geral, do processo e dos ritos processuais cabíveis, bem como as consequências, modulações e/ou limitações para o direito de defesa do réu.

No primeiro capítulo, buscou-se analisar alguns aspectos da tutela penal do meio ambiente, desde seu histórico no Brasil, passando por seus sujeitos e a peculiar forma de tipificação adotada pelo legislador na Lei 9.605/98.

No segundo capítulo, fez-se a revisão dos ritos do procedimento comum, utilizados para processamento e julgamento dos crimes ambientais.

No terceiro e último capítulo, analisou-se a compatibilidade do rito sumaríssimo com a

possível complexidade das infrações ambientais de menor potencial ofensivo. Se, por um lado, a classificação de muitos crimes ambientais como de menor potencial ofensivo, condicionando-se o instituto da transação à efetiva reparação do dano ambiental, tem por objetivo agilizar a prestação jurisdicional e obter a rápida recuperação do ambiente, por outro lado, especialmente quando não se chega a um acordo de transação, a celeridade e a simplicidade do rito processual sumaríssimo podem acarretar dificuldades ao exercício da ampla defesa nesse tipo de crime.

De fato, a prática forense demonstra que mesmo aquelas infrações ambientais de menor potencial ofensivo podem demandar complexa dilação probatória, incompatível com os princípios da celeridade, oralidade e informalidade, norteadores do Juizado Especial Criminal.

Os resultados desta pesquisa podem vir a colaborar para melhor sistematizar e explicar o exercício do direito de defesa nos crimes ambientais, nos diversos ritos processuais, inclusive auxiliando os operadores do direito sobre a melhor forma de garantir o efetivo respeito ao direito à ampla de defesa do autor do fato.

1 A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

1.1. O meio ambiente como bem jurídico penalmente protegido

Desde o descobrimento do Brasil, o Estado vem editando normas referentes ao meio ambiente. Porém, inicialmente, a preservação do meio ambiente foi uma simples consequência da proteção à propriedade, à matéria prima ou a um determinado modo de produção. Assim, foram editadas normas “ambientais” esparsas objetivando indiretamente proteger determinados aspectos econômicos privatistas, regulavam o acesso aos recursos naturais específicos, inclusive criando tipos penais.⁴

Sobre o histórico da legislação penal ambiental, Magalhães relata que, à época do descobrimento, vigiam em Portugal a Ordenações Afonsinas de 1446, que proibía a caça de perdizes, lebres e coelhos e estabelecia o crime de corte de árvores frutíferas.⁵

⁴ S. BRÜMMER. *O direito ambiental e o ideal do desenvolvimento sustentável*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2560, 5 jul. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16932>. Acesso em: 5 nov. 2010.

⁵ J. PEREZ MAGALHÃES. *A evolução da legislação ambiental no Brasil*. São Paulo: Oliveira Mendes,

Em 1830, o Código Criminal do Império punia o corte ilegal de árvores e o dano causado ao patrimônio cultural.

Segundo Milaré, a primeira legislação do Período Republicano com conotação ambiental foi o Código Civil de 1916, “que elencou várias normas de colorido ecológico destinadas à proteção de direitos privados na composição dos conflitos de vizinhança”.⁶

O Código Penal de 1940 preocupou-se apenas indiretamente com a ecologia, eis que o verdadeiro objetivo dos tipos penais que protegiam os recursos naturais – tais como os crimes de incêndio, de dano, de difusão de praga ou, ainda, de envenenamento de água potável - era garantir a saúde e o bem estar humano ou então preservar determinados recursos naturais em virtude de seu importante valor econômico.

Contudo, especialmente a partir da segunda metade do séc. XX, a questão ambiental deixou de ser sinônimo de mera manutenção de um modo de produção e mostrou-se como verdadeiramente é: uma questão de sobrevivência na Terra.⁷

É no final da década de 60 que a questão ambiental começa a ser examinada a partir das influências entre o meio ambiente e o homem. Raquel Carlson publica, em setembro de 1962, seu livro ‘Silent Spring’ (Primavera Silenciosa) (...).⁸

Segundo Sirvinskas, a proteção jurídica do meio ambiente no Brasil pode ser dividida em três períodos:

- a) O primeiro período começa com o descobrimento (1500) e vai até a vinda da Família Real (1808). Nesse período havia algumas normas isoladas de proteção aos recursos naturais que se escasseavam na época, como, por exemplo, o pau-brasil, o ouro, etc.
- b) O segundo período inicia-se com a vinda da Família Real (1808) e vai até a criação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (1981). Esse período caracteriza-se pela exploração desregrada do meio ambiente, cujas questões eram solucionadas

1998, p. 26.

⁶ E. MILARÉ. *Direito do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 95.

⁷ S. BRÜMMER. *O direito ambiental e o ideal...* cit.

⁸ S. TELES DA SILVA. A ONU e a proteção do meio ambiente. In: MERCADANTE, Araminta; MAGALHÃES, José Carlos de (orgs.). *Reflexões sobre os 60 anos da ONU*. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 441-468.

pelo Código Civil (direito de vizinhança, por exemplo). (...). Surgiu, nesse período, a fase fragmentária, em que o legislador procurou proteger categorias mais amplas dos recursos naturais, limitando sua exploração desordenada (protegia-se o todo a partir das partes). Tutelava-se somente aquilo que tivesse interesse econômico.

c) O terceiro período começa com a criação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31-8-1981), dando-se ensejo à fase holística, que consistia em proteger de maneira integral o meio ambiente por meio de um sistema ecológico integrado (protegiam-se as partes a partir do todo).⁹

Lago apresenta uma das razões para essa rápida e incisiva evolução do direito ambiental:

Inicialmente identificado como um debate limitado pelas suas características técnicas e científicas, a questão do meio ambiente foi transferida para um contexto muito mais amplo, com importantes ramificações nas áreas política, econômica e social.¹⁰

A Lei 6.938/1981, considerada por muitos como o marco inicial do direito ambiental no Brasil, veio estabelecer a Política Nacional do Meio Ambiente, instituir a polícia administrativa ambiental e apresentar o conceito legal de meio ambiente:

Art.3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Em 1988, foi promulgada a Constituição Federal. Pela primeira vez, o meio ambiente foi tratado em nível constitucional, mostrando a preocupação do Estado com a proteção dos recursos naturais e com a manutenção da sadia qualidade de vida. O art. 225 da Constituição Federal de 1988 expressamente determinou que o meio ambiente fosse tutelado, também, através do Direito Penal:

Art. 225. (...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (...)

Destaca Milaré que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui um

⁹ L. P. SIRVINSKAS. *Manual de direito ambiental*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25-26.

¹⁰ A. ARANHA CORRÊA DO LAGO. Estocolmo, Rio, Joanesburgo... cit., p. 17-18.

dos direitos fundamentais da pessoa humana, o que justificaria o exercício do *jus puniendi* estatal no caso de agressões contra ele praticadas.¹¹

As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente.¹²

No mesmo sentido, Medeiros afirma que:

ao incluir o meio ambiente como um bem jurídico passível de tutela, o constituinte delimitou a existência de uma nova dimensão do direito fundamental à vida e do próprio princípio da dignidade humana, haja vista ser no meio ambiente o espaço em que se desenvolve a vida humana.¹³

Resultado de um projeto de lei datado de 1991, a Lei 9.605 foi sancionada em 12/02/1998, dispondo sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Para Machado, a lei 9.605/98 trouxe como inovações mais marcantes a não utilização do encarceramento como norma geral para as pessoas físicas criminosas, bem como a responsabilização penal das pessoas jurídicas.¹⁴

Do exposto, verifica-se que a relevância do meio ambiente e dos recursos naturais à população e à manutenção da sadia qualidade de vida justificam sua especial proteção, inclusive através do *jus puniendi* estatal, porém apenas como *ultima ratio*.

1.2. Crimes ambientais na Lei 9.605/98

Ao tratar dos crimes em espécie, a Lei 9.605/98 dividiu os tipos penais de acordo com o bem jurídico tutelado: crimes contra a fauna, crimes contra a flora, da poluição e outros crimes, do ordenamento urbano e do patrimônio cultural, e, ainda, dos crimes contra a administração ambiental.

¹¹ E. MILARÉ. *Direito do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 441.

¹² J. AFONSO DA SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 818.

¹³ FERNANDA LUIZA FONTOURA DE MEDEIROS *apud* D. VASCONCELLOS GOMES. Considerações acerca do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. *Revista de Direito Ambiental*. RT, ano 14, n. 55, jul.-set./2009, p. 41.

¹⁴ P. AFFONSO LEME MACHADO. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 647.

As características especiais do direito ao meio ambiente tiveram reflexos no Direito Penal Ambiental, de modo a diferenciá-lo do direito penal clássico, eis que foi acentuada a prevenção geral, com a adoção de tipos de perigo, bem como os tipos foram dotados de elementos normativos e normas penais em branco, em virtude da interdisciplinaridade da questão ambiental. Mereceu destaque, ainda, a prevenção especial através de tipos culposos, omissivos e até omissivos culposos.¹⁵

Embora o Princípio da Prevenção seja um dos mais importantes do Direito Ambiental, foi somente com o advento da Lei 9.605/98, que a figura do tipo de perigo abstrato veio a se consagrar como instrumento destinado à tutela do meio ambiente. Antes disso, a maior parte dos crimes ambientais estavam incluídos na espécie dos crimes de dano, ou seja, daqueles que só se consumam com a efetiva lesão ao bem jurídico.

Segundo Lecey, a tutela penal ambiental tem como objetivos atuar como resposta social à lesão ao meio ambiente; funcionar como instrumento de pressão à solução do conflito envolvendo o meio ambiente, já que a criminalização das condutas lesivas ao meio ambiente, reforçando assim a prevenção do dano ambiental.¹⁶

De modo geral, a tutela penal ambiental objetiva, com base no princípio da prevenção e também da precaução, evitar a ocorrência do dano ambiental, o que é feito através da antecipação do momento consumativo do crime e da utilização da técnica de tipificação de crimes de perigo (concreto e/ou abstrato), ao invés de crimes de dano. Cruz destaca que:

(...) o ponto crucial da tutela penal ambiental e da tutela ambiental como um todo é a prevenção de danos. Podemos afirmar que a proteção do meio ambiente somente será verdadeiramente eficaz a partir de um ponto de vista preventivo. Queremos dizer com isto que se necessita de uma tutela que seja capaz de prevenir os danos e não simplesmente tender a sua reparação.¹⁷

Assim, em virtude da expressividade do dano coletivo em matéria ambiental, o direito penal reprime objetivando prevenir para que o dano não ocorra, haja vista que, por vezes, nada adiantaria punir quando danosidade ambiental coletiva irreversível já

¹⁵ E. LECEY. Novos direitos e juizados especiais. A proteção do meio ambiente e os juizados especiais criminais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 15, p.11-17, jul./set. 2000, p. 65.

¹⁶ E. LECEY. Novos direitos... cit., p. 65.

¹⁷ A. P. FERNANDES NOGUEIRA DA CRUZ. Crimes de perigo e riscos ao ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, abr.-jun. 2006, p. 9.

ocorreu.¹⁸

1.3. *As infrações ambientais de menor potencial ofensivo*

No que tange à cominação de pena, vários crimes ambientais apresentam pena inferior a 2 anos, constituindo-se, portanto, de infração de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei 9.099/95 e da Lei 10.259/2001. São exemplos de crimes que permitem a aplicação do instituto da transação penal as condutas tipificadas nos seguintes artigos da Lei 9.605/98: art. 29; art. 31; art. 32; art. 40, na modalidade culposa; art. 44; art. 45; art. 46; art. 48; art. 49; art. 50; art. 51; art. 52; art. 54, na modalidade culposa; art. 56, na modalidade culposa; art. 60; art. 64; art. 65; art. 67, na modalidade culposa e art. 68, na modalidade culposa. Destaca Lecey:

É de se observar que, dentre os crimes previstos na Lei nº 9605/98, apenas um não se enquadra, em razão das penas cominadas, dentre os que admitem transação ou suspensão do processo, qual seja, o de incêndio doloso contra mata ou floresta (artigo 41, “caput”). Assim, em sua grande maioria, os fatos acabam não sendo submetidos a processo e condenação no juízo criminal, restringindo-se àquelas alternativas, no mesmo juízo criminal, é bem verdade.¹⁹

No processamento e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, é direito subjetivo do autor do fato o oferecimento do benefício da transação penal, desde que preenchidos os requisitos gerais previstos na Lei 9.099/95 e na Lei 10.259/2001, bem como o requisito específico previsto no art. 27 da Lei 9.605/98:

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da [Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#), somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Para Grinover, o instituto da transação, além de propiciar pronta solução aos casos, constitui instrumento de efetiva tutela ao meio ambiente, eis que vincula sua efetiva aplicação à prévia composição do dano causado (art. 27 da Lei 9.605/98):

¹⁸ E. LECEY. Novos direitos... cit., p. 65.

¹⁹ E. LECEY. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: efetividade e questões processuais. *Revista de direito ambiental*. São Paulo: RT, a. 9, n. 35, jul./set. 2004. p. 65.

A nova lei ambiental (Lei nº 9.605/98), no artigo 27, determina que a transação penal, a ser realizada de acordo com o artigo 76 da Lei nº 9.099/95, depende da prévia composição do dano ambiental, adequando-se desse modo à finalidade preventiva e reparatória que permeia toda a nova normação e apontando para a solução das controvérsias penais e civis no âmbito da Justiça Criminal.²⁰

Cumprе ressaltar, porém, que o fato de determinada infração caracterizar-se, ou não, como infração de menor potencial ofensivo decorre exclusivamente da opção do legislador ao estabelecer a política legislativa e determinar o *quantum* da pena a ser cominada em abstrato.

Assim, mesmo nos crimes ambientais, o montante da pena prevista e, consequentemente, o rito a ser utilizado para seu processamento e julgamento, não são determinados levando em consideração a complexidade do crime ambiental, suas causas, consequências ou então da maior facilidade ou dificuldade de sua comprovação. Tendo em vista o caráter complexo, difuso e multidisciplinar dos danos e das infrações ambientais, no caso concreto muitas vezes torna-se difícil a rápida produção, pelo réu, da prova necessária para demonstrar sua inocência. Em alguns casos, verifica-se a impossibilidade prática de comprovação do nexo causal (ou de sua ausência) que coliga determinado dano ecológico à determinada conduta, ou então, quando menos, razões várias impedem calcular, com suficiente exatidão, a relevância causal específica apresentada, por múltiplos agentes poluentes, na produção de uma mesma lesão ao meio ambiente.²¹

2. O PROCESSO PENAL NOS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE

2.1. Os ritos processuais penais

O processo pode ser conceituado como o conjunto de atos coordenados entre si, tendentes à aplicação da lei material ao caso concreto.²² Ele se exterioriza, por sua vez,

²⁰ A. PELLEGRINI GRINOVER. *Infrações ambientais de menor potencial ofensivo*. Extraído de: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20080731130105.pdf. Acesso em: 05. nov. 2010.

²¹ PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR *apud*. L. REGIS PRADO. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 137.

²² S. ROSA DE MESQUITA JÚNIOR. *Alterações no Código de Processo Penal. Enigmas a serem desvendados*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1972, 24 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11991>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

através do procedimento cabível, que estabelece quais são os atos e de que forma eles devem ser praticados para completar o devido processo legal, assegurando a ampla defesa. “Os procedimentos constituem, assim, a forma de desenvolvimento do processo, delimitando os caminhos a serem seguidos na apuração judicial do caso penal. Constituem, pois, o rito processual.”²³ Conclui Rangel:

O processo, portanto, é a atividade desenvolvida pelo Estado-juiz com a função de aplicar a lei ao caso penal concreto. O procedimento é a maneira como esta atividade irá se desenvolver. Ou seja, o processo é o movimento em sua forma intrínseca; o procedimento é este mesmo movimento, porém visto de fora, extrinsecamente.²⁴

Em virtude da titularidade difusa do meio ambiente, bem jurídico penalmente tutelado pela Lei 9.605/98, há interesse público em seu processamento e julgamento, necessariamente através de ação penal pública incondicionada, a cargo do Ministério Público:

Lei 9.605/98

Art. 26. Nas infrações penais previstas nesta Lei, a ação penal é pública incondicionada.

Com o advento da Lei nº. 11.719/2008, vários dispositivos do Código de Processo Penal foram alterados, inclusive aqueles referentes ao procedimento para processamento e julgamento de crimes. De acordo com a nova redação, o procedimento poderá ser especial ou então comum, sendo este último subdividido em ordinário, sumário ou sumaríssimo:

Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

²³ E. PACELLI OLIVEIRA. *Curso de processo penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 527.

²⁴ P. RANGEL. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 530.

(...)

Desta forma, excluídos os crimes sujeitos a procedimento especial, no procedimento comum o critério legal para determinação do rito a ser adotado no julgamento de crimes é a quantidade da pena privativa de liberdade abstratamente cominada, independentemente de se tratar de pena de reclusão ou detenção, bem como sem importar a complexidade do crime e de sua prova.

2.2. O rito comum ordinário

A Lei 11.719/2008 estabeleceu o rito comum ordinário para os crimes com sanção máxima prevista em abstrato igual ou superior a 4 anos. Trata-se de rito caracterizado pela solenidade, “com um maior número de atos jurídicos processuais e prazos mais extensos que asseguram ao acusado maior possibilidade de defesa”.²⁵

O procedimento comum ordinário tem início com o oferecimento da denúncia. O magistrado fará então um juízo de admissibilidade, podendo rejeitá-la nas hipóteses do art. 395 do Código de Processo Penal, antes mesmo de determinar a citação do réu ou receber sua defesa.

Caso não seja liminarmente rejeitada, a denúncia será recebida, determinado-se a citação do réu e dando início, assim, à ação penal.

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Passa-se então à fase instrutória, em que o réu poderá exercer amplamente a sua defesa, apresentando resposta escrita, na qual poderá “alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas” (art. 396-A do CPP).

A defesa prévia constitui-se na primeira intervenção da chamada *defesa técnica*, isto é, aquela produzida por profissional do Direito. Por isso, é somente nessa ocasião que se dará início ao

²⁵ P. RANGEL. *Direito processual penal...* cit., p. 530.

processo realizado em contraditório, com a abertura para o exercício da ampla defesa. Assim, as questões ainda não apreciadas em profundidade pelo juiz, por ocasião do recebimento da denúncia ou queixa, poderão (e algumas *deverão*), desde logo, ser enfrentadas.²⁶

Nos termos do art. 397 do CPP, após a análise da defesa escrita apresentada, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

Art. 397. (...)

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente.

Não sendo o caso de rejeição liminar da denúncia (art. 396 do CPP) e nem de absolvição sumária (art. 397 do CPP), o juiz então designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor e do Ministério Público.

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (...)

Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa.

§ 1º. Nesse número não se compreendem as que não prestem compromisso e as referidas.

§ 2º. A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código.

As diligências mencionadas no art. 402 do CPP não constituem, como ressalta Pacelli, “uma fase instrutória autônoma”²⁷. O requerimento de provas formulado ao final da audiência de instrução e julgamento somente será deferido quando sua necessidade decorrer de questões de fato ou de direito que vieram à tona no decorrer da instrução criminal.

²⁶ E. PACELLI DE OLIVEIRA. *Curso de processo penal...* cit., p. 532.

²⁷ E. PACELLI DE OLIVEIRA. *Curso de processo penal...* cit., p. 568.

Superada a fase do art. 402 do CPP, as partes formularão suas alegações finais orais no prazo de 20 minutos, após o que o juiz proferirá sentença, também em audiência. Porém, em causas de certa complexidade, o juiz poderá determinar às partes a apresentação de alegações finais por escrito, sucessivamente, no prazo de 5 dias (art. 403 do CP), para então proferir sentença também por escrito.

2.3. O rito comum sumário

Para os crimes cuja sanção máxima cominada em abstrato for inferior a 4 anos de pena privativa de liberdade, o procedimento será o comum sumário, ou seja, aquele “*mais simplificado nos seus atos processuais e com prazos mais reduzidos*”.²⁸

Verifica-se que poucas são as diferenças procedimentais entre o rito ordinário e o sumário. Porém, elas existem e merecem ser destacadas.

O procedimento sumário tem seu início idêntico ao ordinário: após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, não sendo o caso de rejeição liminar (art. 395 do CPP), o juiz determinará a citação do réu para apresentar defesa escrita no prazo de 10 dias (art. 396 e 396-A do CPP). Se não houver a absolvição sumária do réu (art. 397), será designada audiência de instrução e julgamento.

Verifica-se então a primeira diferença entre o rito ordinário e o sumário: naquele, reservado para crimes mais graves, cada parte poderá arrolar até 8 testemunhas (art. 401 do CPP). Já no rito sumário, cada parte poderá arrolar no máximo 5 testemunhas.

Cumprido ressaltar que, ao contrário do ordinário, o rito sumário não permite “o fracionamento das fases instrutória, postulatória (alegações finais) e decisória (sentença), não se lhe aplicando os arts. 402, 403 e 404 do CPP”.²⁹

Art. 534. As alegações finais serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. (...)

²⁸ P. RANGEL. *Direito processual penal...* cit., p. 530.

²⁹ E. PACELLI DE OLIVEIRA. *Curso de processo penal...* cit., p. 570.

Importante ressalva é feita por Pacelli:

(...) como não se pode aferir a complexidade de uma causa pela circunstância específica do tipo ou quantidade de sua apenação, em abstrato, como é o caso da distinção legal entre o rito (procedimento) ordinário (pena máxima igual ou superior a quatro anos) e sumário (pena abaixo de quatro anos), nada impedirá, na prática, a aplicação subsidiária também dos arts. 402 a 404, o que praticamente unificará o procedimento penal brasileiro (...).

De fato, conforme já destacado, o critério de determinação do rito processual penal é exclusivamente a quantidade de pena abstratamente cominada, o que, de forma alguma, coincide com o grau de perigo ou de complexidade probatória de determinado crime, ainda mais em se tratando de crime ambiental, cujos danos podem ser difusos e de difícil mensuração.

2.4. O rito comum sumaríssimo

De acordo com o art. 394 do Código de Processo Penal, o rito comum sumaríssimo é reservado às infrações de menor potencial ofensivo, cuja competência para processamento, julgamento e execução é, em regra, atribuída aos Juizados Especiais Criminais - inclusive em se tratando de matéria ambiental -, nos termos do art. 60 da Lei 9.099/95 e art. 2º da Lei 10.259/01.

A lei 9.099/95 assim define as infrações consideradas como de menor potencial ofensivo:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

O rito sumaríssimo, previsto na Lei 9.099/95, é orientado “pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade” (art. 62). Pacelli adverte que:

(...) todas as vezes que se pensa em informalidade e funcionalidade de qualquer sistema, há sempre um risco presente, primeiro, no que respeita exatamente à ausência de segurança quanto às regras do seu funcionamento (do sistema), e, depois, relativamente à primazia que se confere, em geral, ao sistema e não ao problema.

Em tema de processo penal, em que o que está em risco é a

liberdade individual, ou os direitos e garantias tradicionalmente assegurados, a questão pode ser dramática.

A pressa e a informalidade com que as questões podem ser tratadas – e a realidade demonstra tal incidência – nos Juizados, com os olhos voltados para a eficiência e a rápida satisfação dos interesses em conflito, podem ser altamente nocivas à realização da Justiça Penal.³⁰

Cientificada da ocorrência de infração de menor potencial ofensivo, a autoridade policial não instaurará inquérito policial, mas lavrará termo circunstanciado, o qual será encaminhado ao Poder Judiciário:

Lei 9.099/95:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Em se tratando de infrações ambientais de menor potencial ofensivo, o que na prática se verifica é a lavratura do “Boletim de Ocorrência Ambiental”, no qual é sucintamente narrado o fato e colhidos os dados do autor do fato.

Em sede judicial, haverá audiência preliminar para a propositura do instituto da transação penal, desde que atendidos os requisitos legais gerais³¹ e também os específicos³².

Em sendo aceita a proposta, o juiz homologará a transação penal:

Art. 76. (...)

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou

³⁰ E. PACHELLI DE OLIVEIRA. *Curso de processo penal...* cit., p. 616.

³¹ Lei 9.099/95:

Art. 76. (...)

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

³² Lei 9.605/98:

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. (...)

Porém, em não comparecendo à audiência o autor do fato ou caso este não aceite a proposta de transação penal, será imediatamente oferecida denúncia oral com base no Termo Circunstanciado lavrado pela autoridade policial, nos termos do art. 77 da Lei 9.099/95.

No Juizado Especial Criminal, a denúncia proferida oralmente em audiência será reduzida a termo e o Juiz designará audiência de instrução e julgamento:

Art. 78. Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados. (...)

Art. 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei. (...)

Para a audiência de instrução e julgamento, o legislador adotou o princípio da concentração, eis que “todos os atos são realizados em uma única audiência, com o escopo único de atender ao princípio da celeridade processual”³³:

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

§ 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias. (...)

Porém, especialmente em se tratando de determinadas infrações ambientais, a necessidade de avaliação de causas, concausas e danos através de equipe multidisciplinar para apuração dos exatos termos e limites do crime pode colidir com a esperada celeridade processual.

³³ P. RANGEL. *Direito processual penal...* cit., p. 741.

Cumprido destacar que, a juízo do Ministério Público ou do Juiz (art. 77, §§ 2º e 3º, da Lei 9.099/95³⁴), as circunstâncias e a complexidade do caso – inclusive a complexidade probatória – poderão justificar o encaminhamento dos autos ao Juízo Comum.

Contudo, não há igual previsão de remessa a requerimento da defesa do réu, em virtude da complexidade do caso ou em respeito ao exercício da ampla defesa.

3. O DIREITO DE DEFESA NOS PROCESSOS POR INFRAÇÃO AMBIENTAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

3.1. O direito constitucional à ampla defesa

Cada vez mais o processo tem se pautado pelos valores constitucionais.³⁵ Destaca Tupinambá:

A versão processual dos princípios constitucionais tem elevado os rendimentos do processo enquanto instrumento de efetivação de direitos. Neste particular, a visão instrumental do Processo possibilita a abertura do sistema para a infiltração dos valores positivados na ordem político-constitucional e jurídico-material.³⁶ (grifo acrescido)

A Constituição Federal destacou, em seu art. 5º, inc. LIV e LV, a garantia processual do devido processo legal, e o direito ao contraditório e à ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes.

O princípio da ampla defesa garante ao indivíduo o direito de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e requerer provas, exercendo sem qualquer restrição – tendo, porém, a licitude das provas como limite –, seu direito de defesa, especialmente em se

³⁴ Lei 9.099/95: (...)

Art. 66. (...).

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

Art. 77. (...)

§ 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.

§ 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta Lei. (...)

³⁵ C. TUPINAMBÁ. Novas tendências de participação processual – o *amicus curiae*. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 109.

³⁶ C. TUPINAMBÁ. Novas tendências... cit., p. 109.

tratando de processo penal. Ele “significa que o Estado tem o dever de proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal, seja técnica”.³⁷

A Ampla Defesa não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático.³⁸ (grifo acrescido)

Segundo Greco Filho, a ampla defesa tem como fundamentos: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça; e e) poder recorrer da decisão desfavorável.³⁹

Observamos que, pelo menos em tema de processo *penal*, a ampla defesa, com a exigência de *defesa efetiva*, parece ser, mais que o contraditório, a sua nota mais característica, sobretudo da perspectiva da efetiva tutela dos direitos e garantais individuais.⁴⁰

No processo penal, onde o resultado da ação pode acarretar a privação da liberdade do agente, com mais vigor se expressa a importância da defesa plena, com o fito de se evitar a ocorrência de condenações criminais em virtude da vedação às oportunidades e meios de provas por parte do réu.

Defesa é o direito que tem o réu ou acusado de opor-se à pretensão do autor (público ou privado), no curso do processo instaurado contra este. E como o processo tem um duplo conteúdo – um processual e outro de mérito – distinguem-se duas formas de defesa: a defesa processual e a defesa de mérito.⁴¹

De fato, no curso da instrução processual penal deve ser oportunizada a defesa que seja “ampla”, permitindo o exercício do direito à autodefesa, à defesa técnica, o direito a requerer e apresentar provas, o direito de apresentar alegações e de tê-las levadas em consideração, o direito ao silêncio e o direito de se entrevistar com o advogado, dentre

³⁷ D. FEITOSA. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 146.

³⁸ G. A. COELHO LOBO DE CARVALHO. *Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e os limites de intervenção do Poder Judiciário nos partidos políticos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2515>. Acesso em: 7 nov. 2010.

³⁹ V. GRECO FILHO. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 60.

⁴⁰ E. PACELLI DE OLIVEIRA. *Curso de processo penal...* cit., p. 528.

⁴¹ J. F. MARQUES. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 102.

outros.

Assim, embora desejável a celeridade na persecução penal, ela não pode ser obtida mediante o sacrifício do direito do acusado de realizar sua defesa ou de obter as provas necessárias para tanto — ainda que estas sejam complexas e/ou demoradas.

3.2. As particularidades probatórias das infrações ambientais

A conduta, o nexo de causalidade e o resultado/dano nos crimes ambientais apresentam particularidades em virtude do bem jurídico envolvido: o meio ambiente.

Pela própria natureza de algumas infrações ambientais — inclusive aquelas consideradas como de menor potencial ofensivo em virtude da pena máxima abstratamente cominada ser igual ou inferior a 2 anos —, a produção da prova enfrenta complexidades técnicas multidisciplinares que (i) demandam a realização de perícia ou outra prova técnica e que (ii) não podem ser ignoradas em seu processamento e julgamento.

Uma das peculiaridades do dano ao meio ambiente reside em ser incerto e de difícil constatação, uma vez que numerosas dificuldades, inclusive científicas, surgem quanto à prova da existência do dano, pois os efeitos da contaminação são complexos e variam em intensidade e imediação. Assim, para se obter relativa certeza sobre a existência dos danos ambientais, é necessário considerar a totalidade dos impactos, pois, se são destacados apenas alguns efeitos isolados, é pouco provável que se obtenha uma imagem completa da situação do ambiente degradado.⁴² (grifo acrescido)

Sobre a verificação do dano ambiental, a Lei 9.605/98 expressamente determinou que:

Art. 19. A perícia de constatação do dano ambiental, sempre que possível, fixará o montante do prejuízo causado para efeitos de prestação de fiança e cálculo de multa.

Parágrafo único. A perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser aproveitada no processo penal, instaurando-se o contraditório. (grifo acrescido)

A prova técnica nos crimes ambientais constitui peça fundamental na instrução do

⁴² P. SARAIVA NETO. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 48.

processo penal. Em se tratando de infração ambiental que deixa vestígios, “os exames periciais poderão abranger análises e estudos sobre os parâmetros bióticos e abióticos que permitam inferir sobre a efetiva degradação da qualidade ambiental (...)”.⁴³

Nos crimes ambientais, o conteúdo da prova técnica deve abranger a materialidade e a autoria do delito, bem como análise detalhada de parâmetros técnico-científicos a partir dos quais seja possível avaliar o grau de perturbação causada pelo fato tido como criminoso, bem como se o ambiente danificado ainda dispõe de capacidade de recuperação natural. Com efeito, ressalta Costa que:

Cabe, ainda, à perícia, fornecer elementos técnicos que contribuam com a determinação do nexo de causalidade entre o dano ambiental e a conduta do agente, afastando, dessa forma, a responsabilidade objetiva que é incompatível com a doutrina penal.⁴⁴ (grifo acrescido)

Assim, face à complexidade da delimitação da conduta delituosa, à dificuldade de comprovação do nexo de causalidade e às muitas variáveis que o dano ambiental pode abranger, verifica-se que, “na sistemática processual para a responsabilização, prevenção e reparação do dano ambiental, o direito probatório é ponto nuclear”.⁴⁵ Por essa razão, ainda mais em se tratando de crime ambiental, eventual requerimento de produção probatória, seja pela acusação, seja por parte do réu, não pode e não deve ser vista como prescindível.

3.3. O direito de defesa nos processos por infração ambiental de menor potencial ofensivo

Em virtude de seu caráter instrumental, o processo penal revela-se verdadeiro meio para se efetivar os direitos e garantias individuais assegurados na Constituição e nos tratados e convenções internacionais, não sendo única e exclusivamente um instrumento para se aplicar o direito penal.⁴⁶

Ao estabelecer a forma de processamento e julgamento dos crimes, o Código de

⁴³ A. A. COSTA. Contribuição ao aperfeiçoamento do emprego da prova pericial na apuração dos crimes ambientais. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, a. 14, n. 54, abr./jun. 2009. p. 67.

⁴⁴ A. A. COSTA. Contribuição ao aperfeiçoamento... cit., p. 68.

⁴⁵ P. SARAIVA NETO. *A prova...* cit., p. 51.

⁴⁶ P. RANGEL. *Direito processual penal...* cit., p. 07.

Processo Penal subdividiu o procedimento comum nos ritos ordinário, sumário e sumaríssimo, tendo como critério o montante da pena privativa de liberdade abstratamente cominada. Ao analisar os ritos processuais penais, Pacelli destaca que:

É óbvio, porém, que cada modalidade de procedimento deve cumprir as exigências de bem permitirem a mais adequada atuação da jurisdição, levando sempre em consideração a natureza e a gravidade da infração penal. Em outras palavras, os procedimentos não podem perder a perspectiva do *devido processo legal*, instituído com o objetivo de garantir, quanto possível, a realização da Justiça Penal, a começar, portanto, pela imposição de um processo *justo e equitativo*.⁴⁷ (grifo acrescido)

De fato, os ritos processuais devem estar adaptados, também, às especificidades do bem jurídico tutelado pelo direito penal e às suas exigências no que tange à produção probatória, como forma de garantir a observância do princípio da ampla defesa.

Nesse ponto, no que se refere às infrações ambientais de menor potencial ofensivo, deve ser rechaçada a tese⁴⁸ de que a materialidade e a autoria do crime ambiental poderiam ser inferidas simplesmente do laudo de constatação do dano ambiental lavrado pelos órgãos administrativos do SISNAMA (art. 6º, inc. I a V, da Lei 6.938/81) ou, ainda, que a prova técnica poderia ser suprida pelo Boletim de Ocorrência Ambiental ou pelo Termo Circunstanciado.

Considerando a relevância do bem jurídico tutelado (o meio ambiente ecologicamente equilibrado), a abrangência do sujeito passivo (a coletividade) e a especificidade técnica e multidisciplinar de suas causas e consequências, a forma de apuração e demonstração da configuração ou mesmo da não ocorrência do crime ambiental pode eventualmente exigir aprofundamento probatório.

Face à gravidade das consequências da persecução penal e de eventual condenação criminal, a materialidade e a autoria do delito não podem ser embasadas simplesmente no Boletim de Ocorrência Ambiental, no Auto de Infração ou mesmo no Termo

⁴⁷ E. PACELLI DE OLIVEIRA. *Curso de processo penal...* cit., p. 528.

⁴⁸ Defendida, dentre outros, por Ana Maria Moreira Marchesan (A. M. MOREIRA MARCHESAN. Perícias ambientais no direito brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 27, p. 285, jul./set/2002), Franco Mattos Silva (F. MATTOS SILVA. A reparação específica do dano na lei dos crimes ambientais: quadro atual e possibilidades de evolução. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 33, jan./mar. 2004) e por Ubiratan Cazetta (U. CAZETTA. O dano ambiental e o processo penal. *Revista de direito administrativo*, São Paulo, n. 15, p. 56, jul./set. 1999.)

Circunstanciado lavrado pela autoridade policial. Grinover *et al* destacam que:

(...) não é possível prescindir-se do exame de corpo de delito, mesmo que a materialidade seja evidenciada diretamente por elemento constante dos autos, tal como absurdamente tem sido aceito pelos juízes e tribunais, ao arrepio das normas de processo penal, conforme se verifica nas aberrações jurisprudenciais.⁴⁹

Assim, apesar da previsão legal de competência dos juizados especiais para processamento e julgamento dos crimes em que a pena máxima não ultrapasse dois anos, o caso concreto poderá evidenciar a necessidade de utilização de rito mais completo e com maiores oportunidades de atuação da defesa, como forma de coadunar a atividade estatal de apuração e julgamento de crimes com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Ou seja, em virtude da importância da prova técnica em se tratando de infrações ambientais, verifica-se que o procedimento célere e informal do rito sumaríssimo pode, no caso concreto, dificultar ou mesmo impedir que se proceda à devida investigação da conduta, do nexo de causalidade e do efetivo dano ambiental, acarretando assim a injusta absolvição, ou — o que é pior —, a condenação no âmbito penal.

Na prática, muitas vezes o autor do fato apenas toma ciência da infração ambiental a ele imputada ao ser intimado para a audiência de transação, sendo os autos geralmente instruídos apenas com o boletim de ocorrência ambiental lavrado pela Polícia Ambiental.

Nessas hipóteses, em sendo inexitosa a aplicação da transação penal, designar-se-á audiência de instrução e julgamento do processo, sem que tenha sido oportunizada a efetiva apuração dos elementos constitutivos do crime, bem como da delimitação do dano ambiental. Muitas vezes, o Ministério Público tem por demonstrada a materialidade e a autoria da infração ambiental de menor potencial ofensivo apenas no Termo Circunstanciado de Ocorrência, nele fundamentando a denúncia e o pedido de condenação.

⁴⁹ A. PELLEGRINI GRINOVER; A. SCARANCE FERNANDES; A. MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 148.

Tem-se, como exemplo, o fato tipificado no art. 50 da Lei 9.605/98:

Art. 50. Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

A definição da elementar floresta é obtida do disposto no Item 18 do Anexo I da Portaria 486-P/86 do extinto Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF (hoje, IBAMA) como *"formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa"*. Assim, resta claro que a configuração da vegetação da área como sendo “floresta”, para os fins de configuração desse crime, deve ser analisada por laudo técnico.

Outro exemplo é a infração ambiental de menor potencial ofensivo descrita no art. 60 da Lei 9.605/98:

Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Nesse caso, faz-se necessária, por exemplo, a comprovação do potencial poluidor do empreendimento, bem como de que seu funcionamento se deu contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes, identificando-as.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem reconhecido a necessidade de realização de perícia em crimes ambientais — inclusive aqueles de menor potencial ofensivo.⁵⁰

⁵⁰ Conforme se verifica dos seguintes julgados:

“PROCESSO CRIME. PREFEITO MUNICIPAL. DESTRUIÇÃO DE FLORESTA NATIVA OBJETO DE ESPECIAL PRESERVAÇÃO (ART. 50 DA LEI 9.605/98). PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. ACOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTO PROBANTE APTO A DEMONSTRAR A DESTRUIÇÃO DE FLORESTA. DECRETO ABSOLUTÓRIO IMPERATIVO. DENÚNCIA, À UNANIMIDADE, JULGADA PROCEDENTE. (Processo Crime n. 2009.036236-1, de Joaçaba. Relator: Desembargador Substituto Tulio Pinheiro, data de publicação 14/03/2011).

(...) Embora os boletins de ocorrência ambiental, o termo de embargo, o levantamento fotográfico e o relatório de ocorrência refiram o corte e queimada de vegetação em área de preservação permanente, eis que ocorreram nas proximidades de curso d'água, não foi realizado exame pericial objetivando a constatação de que se tratava de floresta, como exige a legislação especial, inexistindo, por isto, certeza absoluta quanto ao local do evento.

Sem a prova da existência de floresta de preservação permanente e da respectiva classificação, que só pode ser obtida por meio de laudo resultante de exame pericial, não o suprimindo os boletins de ocorrência,

Nos casos em que a realização perícia ou mesmo outra prova técnica se revela necessária para afastar a configuração da infração ambiental de menor potencial ofensivo, a defesa deverá requerer o encaminhamento dos autos para o Juízo Comum, com base na complexidade da causa e em analogia ao art. 77, § 2º, da Lei 9.099/95:

Art. 77. (...)

§ 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei. (...) (grifo acrescido)

Não obstante, por vezes os juízes indeferem os requerimentos, formulados pela defesa, de encaminhamento dos casos ambientais mais complexos ao Juízo Comum para fins de realização de perícia ou outra prova técnica, sob a alegação de inexistir previsão legal para tanto, eis que a Lei 9.099/95 trouxe somente a previsão de requerimento por parte do Ministério Público, e não da defesa.

Tal argumento, contudo, não pode prosperar, haja vista a expressa inclusão, no rol constitucional, dos princípios da garantia da ampla defesa e do contraditório, a garantir aos réus a oportunidade de produção das provas que eventualmente venham a se revelar necessárias para embasar as teses defensivas.

Assim, embora desejáveis e até mesmo necessárias, a informalidade e a celeridade

os quais, diga-se de passagem, sequer referem a particularidade, não há crime a punir. (...)” (Apelação Criminal n. 2010.029615-2, de Ponte Serrada. Relator: Des. Sérgio Paladino, data de publicação 24/11/2010)

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ARTS. 38 E 50, AMBOS DA LEI N. 9.605/98. CONDENAÇÃO. [...] RÉU CONDENADO POR TER DESTRUÍDO FLORESTA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INOCORRÊNCIA DE PROVA DO OBJETO JURÍDICO TUTELADO. DÚVIDA QUANTO À EXISTÊNCIA DE FORMAÇÃO ARBÓREA Densa E DE ALTO PORTE, OU SEJA, QUE HOUVE DESTRUIÇÃO DE FLORESTA. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO”. (Apelação Criminal n. 2008.078447-8, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, data de publicação 10/07/2009).

“CRIME DE DANO AMBIENTAL EM UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. ART. 40, CAPUT, DA LEI N. 9.605/98. INEXISTÊNCIA DE PROVA DO DANO AMBIENTAL CAUSADO. DELITO QUE REQUER A PRODUÇÃO DE LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA NOS AUTOS. FRAGILIDADE PROBATÓRIA TAMBÉM NO QUE SE REFERE À LOCALIZAÇÃO DA OBRA, SE NOS LIMITES OU NÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO TABULEIRO. ABSOLVIÇÃO QUE SE FAZ DEVIDA. PERSISTÊNCIA DA CONTRAVENÇÃO PENAL DO ART. 26, "A", DO CÓDIGO FLORESTAL, ANTES ABSORVIDA PELO CRIME AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE PROVAS DEMONSTRANDO QUE É FLORESTA E ESTÁ EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO”. (Apelação Criminal n. 2009.053886-7, de Palhoça. Relator: Alexandre d'Ivanenko. Juiz Prolator: Alexandra Lorenzi da Silva. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Data de publicação 18/05/2010)

processual não podem erigir-se em obstáculos ao exercício da ampla defesa, especialmente considerando que a caracterização de crimes ambientais como infrações de menor potencial ofensivo — e, por conseguinte, submetidas ao rito sumaríssimo — tem como critério apenas o montante da pena abstratamente cominada ao crime, e não sua complexidade.

Por todo o exposto, conclui-se ser direito subjetivo do autor do fato a opção pelo rito sumário, caso a configuração da infração ambiental de menor potencial ofensivo ou então a produção das provas necessárias para a defesa revelem-se de complexidade ou demandem lapso temporal incompatíveis com o célere rito sumaríssimo que vigora nos Juizados Especiais Criminais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal, como *ultima ratio*, visa proteger bens jurídicos relevantes à sociedade através da descrição de condutas vedadas pelo ordenamento jurídico.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, é objeto também da tutela penal, inclusive por expresse comando constitucional (art. 225, § 3º, da Constituição Federal). A Lei 9.605/98 descreveu as condutas típicas que configuram crime ambiental, cominando-lhes diferenciados intervalos de pena privativa de liberdade.

O processamento e o julgamento dos crimes ambientais obedecem a um dos ritos do procedimento comum, conforme estabelece o art. 394, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal. O critério determinante para a definição do rito processual será a pena máxima abstratamente prevista para o crime, de modo que as condutas a que a lei comine até 2 anos de pena privativa de liberdade serão consideradas infrações de menor potencial ofensivo e seguirão o rito sumaríssimo, através dos Juizados Especiais Criminais.

Assim, uma vez verificada a prática de infração ambiental de menor potencial ofensivo, a autoridade policial lavrará Termo Circunstanciado, com posterior encaminhamento ao Poder Judiciário. Na fase preliminar, caso atendidos os requisitos legais – o que inclui a prévia composição do dano ambiental, salvo comprovada impossibilidade –, será

proposto o instituto da transação penal, com a imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multa.

Caso não ocorra a transação penal, iniciar-se-á o rito sumaríssimo, guiado pelos princípios da celeridade, economia processual, informalidade, oralidade e simplicidade (art. 62 da Lei 9.099/95). O juiz designará audiência de instrução e julgamento, na qual será oferecida denúncia oral, realizada toda atividade probatória, com a apresentação de alegações finais orais e a prolação da sentença em audiência. Como se vê, trata-se de rito que busca conciliar a rápida solução judicial com a necessária observância do princípio da ampla defesa.

Contudo, considerando que a submissão dos crimes a esse rito depende exclusivamente da quantidade máxima de pena abstratamente cominada, pode ocorrer que o caso concreto apresente certa complexidade probatória para a acusação ou para a defesa, especialmente face à dificuldade de delimitação da conduta, do nexos de causalidade e da extensão dos danos ambientais.

Ante essa possibilidade, a própria lei do Juizado Especial Criminal facultou ao Ministério Público a iniciativa de requerer o encaminhamento dos autos ao Juízo Comum, quando entender que a complexidade ou as circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia (art. 77, § 2º, da Lei 9.099/95).

Porém, na prática, geralmente o Ministério Público satisfaz-se com as informações apresentadas no Termo Circunstanciado lavrado pela autoridade policial, apontando-as na denúncia e em sede de alegações finais como prova cabal da materialidade e da autoria da infração ambiental. Raras vezes verifica-se a realização da perícia de constatação do dano ambiental prevista pelo art. 19 da Lei 9.605/98, bem como a perícia exigida pelo art. 158 do Código de Processo Penal no caso de infrações que deixam vestígios.

E, muitas vezes, os juízes indeferem o requerimento de remessa dos autos ao Juízo Comum para a realização de perícia ou de outra prova técnica ambiental, sob o argumento de desnecessidade da prova ou então de inexistência de previsão legal para tal iniciativa por parte da defesa.

Tal argumentação, contudo, não pode ser aceita. Os princípios da celeridade, simplicidade, oralidade e informalidade não podem servir de entrave ao exercício da ampla defesa. Em matéria ambiental, a eventual complexidade do caso deve ser avaliada, também, sob ótica da defesa, ou seja, de suas implicações para a produção da prova das teses defensiva, bem como para a necessidade de minuciosa análise e cotejo de todo o conjunto probatório para a elaboração das alegações finais, o que é dificultado em se tratando de alegações finais orais em audiência.

Dessa forma, conclui-se que, no caso concreto, o exercício do direito de defesa nas infrações ambientais de menor potencial ofensivo poderá ser prejudicado pelas características do rito sumaríssimo (celeridade, concentração, informalidade, simplicidade e oralidade). Como solução, o juiz deverá respeitar e atender eventual requerimento da defesa de encaminhamento dos autos ao Juízo Comum, eis que a complexidade e as circunstâncias do caso podem e devem ser analisadas, também, sob o ângulo da defesa, independentemente de expressa previsão legal para tanto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BENJAMIN, Antonio Herman. Introdução ao direito ambiental brasileiro, in *Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente e legislação ambiental*. 2. ed. São Paulo: IMESP, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Senado Federal*, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm . Acesso em: 01.05.2010.
- _____. Lei n°.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Senado Federal*, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm>. Acesso em: 02.05.2010.
- _____. Lei n° 9.605/98. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Senado Federal*, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 03.05.2010.

- BRÜMMER, Simone Herrmann Azevedo Souza. O direito ambiental e o ideal do desenvolvimento sustentável. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2560, 5 jul. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16932>. Acesso em: 5 nov. 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARNEIRO, Eder Jurandir. Política Ambiental e a ideologia do desenvolvimento sustentável. In: ZHOURI, Andréa, LASCHEFSKI, Klemens, PEREIRA, Doralice Barros (orgs.). *A insustentável leveza da política ambiental: desenvolvimento e conflitos socioambientais*. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.
- CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de. *Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e os limites de intervenção do Poder Judiciário nos partidos políticos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2515>. Acesso em: 7 nov. 2010.
- COIMBRA, Ávila. O outro lado do meio ambiente. *apud* SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COSTA, Alexandre Augusto. Contribuição ao aperfeiçoamento do emprego da prova pericial na apuração dos crimes ambientais. *Revista de direito ambiental*. RT, ano 14, n. 54, abr.-jun./2009.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *apud*. PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.
- CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Crimes de perigo e riscos ao ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, abr.-jun. 2006.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FEITOSA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.
- FERREIRA, Pinto. O meio ambiente, os crimes e os danos ecológicos. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, v. 1 n. 2, 2000.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio, Joanesburgo: O Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 2006.
- LECEY, Eladio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: efetividade e questões processuais. *Revista de direito ambiental*. São Paulo: RT, a. 9, n. 35, jul./set. 2004.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução da legislação ambiental no Brasil*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Alterações no Código de Processo Penal. Enigmas a serem desvendados*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1972, 24 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11991>>. Acesso em: 6 nov. 2010.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica da diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Petrópolis, 2005.
- SARAIVA NETO, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual – o *amicus curiae*. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ZHOURI, Andréa, LASCHEFSKI, Klemens, PEREIRA, Doralice Barros (orgs.). *A insustentável leveza da política ambiental: desenvolvimento e conflitos socioambientais*. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

PODER ECONÔMICO: ORIGEM E LEGITIMIDADE

BRUNO OLIVEIRA MAGGI. Advogado em São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Professor Convidado da GV Law (Fundação Getúlio Vargas/SP).

RESUMO

Com a dinamização da economia internacional e a estruturação do mercado econômico brasileiro, houve uma intensificação dos processos de concentração do mercado, sendo de vital importância a análise dos métodos de atuação dos agentes econômicos e o exercício de seu poder econômico. Por consequência, a compreensão das formas de manifestação do poder econômico e político e o estudo de suas origens é essencial para entender esse fenômeno. Com a ajuda de pensadores e estudiosos do assunto, exemplos práticos e indagações o texto desenvolve uma linha lógica de raciocínio e traça um paralelo entre as formas de manifestação do poder econômico com aquelas relacionadas ao poder político.

Palavras-chave: Direito Econômico. Poder econômico. Legitimidade.

SUMÁRIO

Introdução – 1. Poder econômico – 2. A origem do poder econômico – 3. O poder e a força – 3.1. O poder político e seu reconhecimento – 3.2. O poder econômico e o Direito – Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

O poder econômico é um conceito amplamente utilizado nos meios jurídico e econômico, mas sua definição é pouco discutida. O ponto de partida desse estudo é a definição de poder econômico trazida pelos juristas e economistas que tratam do direito concorrencial, questionando o conceito sob os aspectos de origem, legalidade e adequação de sua definição.

Após, o trabalho evoluirá para o estágio de comparação do poder econômico com o poder político, momento em que se buscará a origem do poder econômico do ponto de vista da sua formação e de seu exercício por seu titular. Também serão abordadas outras questões tangenciais no que concerne à finalidade do exercício do poder e como ele é controlado (repressão aos abusos).

A discussão proposta por esse estudo cresce em importância na medida em que a dinamização da economia internacional e a estrutura de mercado da economia brasileira propiciaram uma recente intensificação dos processos de concentração de mercado, operações estas que estão sendo analisadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e cujos reflexos para o mercado serão percebidos muito em breve. Portanto, é de vital importância a observância dos métodos de atuação dos agentes de mercado através do modo como exercem o seu poder de econômico.

1 – O PODER ECONÔMICO

O poder econômico pode ser conceituado de diversas formas, seja sob o enfoque jurídico, seja sob o econômico. Dentre as inúmeras definições encontradas, podem ser citadas algumas que se destacam por sua clareza em ilustrar a situação percebida no mercado. O professor Fábio Nusdeo define poder econômico como a “capacidade de alguém – pessoa ou entidade – poder tomar decisões descondicionadas dos padrões de um mercado concorrencial, decisões às quais alguns – poucos ou muitos – terão de submeter-se”¹.

Tal conceito tem a mesma linha seguida por Isabel Vaz, que se apóia em Max Weber e Gérard Farjat para afirmar que o poder econômico é “resultante da concentração de forças econômicas privadas e capaz, segundo a expressão weberiana, de impor sua própria vontade ao comportamento de outras pessoas. (...) Para o professor Farjat, ‘o poder econômico consiste na possibilidade de impor sua vontade a pessoas juridicamente autônomas’.”².

¹ F. NUSDEO. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 277.

² I. VAZ. *Direito Econômico da Concorrência*, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 93.

No mesmo sentido, verifica-se que Sérgio Bruna define poder econômico como “a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro”³, raciocínio este que se aproxima do pensamento de Paula Forgioni: “O poder econômico implica sujeição (seja dos concorrentes, seja dos agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja dos consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, absoluta liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos”⁴.

Ainda, não pode ser esquecida a definição de Modesto Carvalhosa, que considera o poder econômico como a “capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado. Titular de poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais de mercado”⁵; nem mesmo a definição trazida por Calixto Salomão para a manifestação do poder no mercado: “a possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade ou pequena participação e maior lucratividade”⁶.

Ressalte-se a diferenciação feita por este último jurista entre o poder de mercado e a manifestação daquele neste. Calixto Salomão considera que o poder econômico não pode ser definido, sendo apenas possível identificar as condições que são necessárias para sua manifestação⁷, assim, o conceito acima transcrito se refere à como ocorre a manifestação do poder econômico no mercado.

Outros também são os autores que se dedicam a separar cada um dos conceitos relacionados ao direito econômico, tais como Fagundes, Pondé e Possas, que consideram o poder econômico como um conceito muito mais abrangente que o poder de mercado, o qual seria apenas uma parte do primeiro e é por eles definido como a “capacidade de fixar preços acima dos custos marginais e unitários, absorvendo lucros

³ S. V. BRUNA. *O poder econômico e a conceituação do abuso de seu exercício*, 1ª ed., São Paulo: RT, 2001, pp. 104 e 105.

⁴ P. A. FORGIONI. *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo: RT, 1998, p. 271.

⁵ M. CARVALHOSA. *Poder econômico e fenomenologia, seu disciplinamento jurídico*, São Paulo: RT, 1967, p. 2.

⁶ C. SALOMÃO FILHO. *Direito Concorrencial: as estruturas*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 83.

⁷ C. SALOMÃO FILHO. *Direito Concorrencial: as estruturas... cit.*, p. 82.

acima do normal”⁸, adotando a linha Schumpeteriana⁹. Mário Possas também define o poder de mercado como o “poder de fixação discricionária de preços num dado mercado”¹⁰, sob influência da tradição da organização industrial.

Tais definições de poder de mercado se alinham com o conceito de exercício de poder de mercado trazido pelo Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal estabelecido em conjunto pelos Ministérios brasileiros da Justiça e da Fazenda:

*“O exercício do poder de mercado consiste no ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros.”*¹¹

Também concordam com o conceito de poder de mercado fixado pelo *Horizontal Merger Guidelines* editado conjuntamente pela agência de defesa da concorrência (*The Federal Trade Commission*) e pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos:

*“Poder de mercado para um vendedor é a habilidade lucrativa de manter os preços acima do nível competitivo por um período de tempo significativo. [Nota de rodapé: Vendedores que detêm poder de mercado também podem lesionar a concorrência em outras dimensões além do preço, tais como a qualidade do produto, serviço, ou inovação].”*¹²

⁸ M. L. POSSAS et al. *Política Antitruste: Um Enfoque Schumpeteriano*, In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*, São Paulo: Singular, 2002, p. 18.

⁹ J. A. SCHUMPETER. *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nova Iorque: HarperPerennial, 1976.

¹⁰ M. L. POSSAS. *Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência*, In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*, São Paulo: Singular, 2002, p. 84.

¹¹ Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (estabelecido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, p. 4.

¹² Tradução livre de: “Market power to a seller is the ability profitably to maintain prices above competitive levels for a significant period of time. [Footnote: Sellers with market power also may lessen competition on dimensions other than price, such as product quality, service, or innovation]”. *Horizontal*

“O poder de Mercado também inclui a habilidade de um único comprador (um ‘monopsonista’), um grupo coordenado de compradores, ou um comprador isolado, não um monopsonista, de reduzir o preço pago por um produto a um nível abaixo do preço competitivo e, através disso, diminuir a produção.”¹³

Nesse contexto, vale lembrar os ensinamentos de Calixto Salomão no que concerne à diferenciação entre poder de mercado e poder de aumentar preços¹⁴. Conforme defende o autor e se lê nos guias de análise econômica brasileiros e americano, o poder exercido pela empresa vai muito além do simples aumento de preços, podendo ser até o poder de reduzi-los ou interferir nas demais condições de produção e/ou venda.

Diante dessas inúmeras definições, que abrangem os conceitos de poder econômico, poder de mercado, poder no mercado e exercício do poder de mercado, cumpre agora fixar o conceito de poder econômico que nos parece o mais correto e que embasará o restante desse estudo.

Consideramos que **poder econômico é a capacidade de um agente econômico tomar suas decisões de maneira autônoma e influenciar as decisões dos demais agentes.** As palavras “autônoma” e “influenciar” contidas nessa definição não podem passar despercebidas. Aquele que detém o poder não é apenas quem decide, mas quem decide de maneira autônoma, independente de qualquer outra vontade. Mesmo os que não detêm o poder têm capacidade para tomar decisões, mas estarão sendo influenciadas pelo agente detentor do poder. Assim, a importância do poder não está na decisão em si, mas sim no binômio autonomia-influência¹⁵.

Merger Guidelines, The Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, 02 de abril de 1992, p. 2.

¹³ Tradução livre de: “Market power also encompasses the ability of a single buyer (a “monopsonist”), a coordinating group of buyers, or a single buyer, not a monopsonist, to depress the price paid for a product to a level that is below the competitive price and thereby depress output.”. *Horizontal Merger Guidelines, The Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice*, 02 de abril de 1992, p. 2.

¹⁴ C. SALOMÃO FILHO. *Direito Concorrencial: as estruturas...* cit., pp. 82 e 83.

¹⁵ Lembre-se que este estudo toma por base um mercado oligopolizado e, portanto, todas as considerações pressupõem a existência de mais de uma empresa no mercado. Entretanto, as definições e conclusões se aplicam também para os mercados em regime de monopólio ou mercados atomizados, guardadas as devidas proporções.

Ademais, parece-nos que os conceitos de poder econômico e poder de mercado se confundem, pois os limites do poder de cada agente (ou seja, qual é a sua efetiva capacidade) somente podem ser calculados quando relacionado a um mercado específico. Embora se possa afirmar que o poder econômico em tese esteja ligado à empresa e que, portanto, ele possa ser exercido em qualquer mercado no qual essa empresa atue, precisamos lembrar que a capacidade do agente econômico de tomar suas decisões livremente e influenciar as decisões dos demais é medida em função da própria estrutura de mercado.

Imagine-se uma empresa X que seja monopolista em um mercado A, detenha 80% de participação de um mercado B e 15% de participação em um mercado C, no qual exista apenas uma outra empresa. Considerando os dois conceitos em separado, teríamos que assumir que a empresa X tem poder de mercado nos mercados A e B, mas não no mercado C. Além disso, o poder econômico seria o “poder total” detido pela empresa em toda essa suposta economia. Surge o problema de mesurar tal poder. Seria ele determinado pela soma de cada um dos poderes de mercado? Ou seria a média aritmética deles? Não se pode quantificar o poder, mas apenas constatar que ele existe ou não e compará-lo com outro poder que possa existir concomitantemente.

A verdade é que o poder econômico é o próprio poder de mercado, pois a capacidade de um agente econômico tomar suas decisões livremente e influenciar as decisões dos demais somente pode ser verificada em um mercado determinado e, portanto, o conceito de poder econômico não designa um poder genérico exercido pelo agente sobre toda a economia.

Ademais, lembramos ainda que não podem ser confundidos o poder de um agente influenciar as decisões políticas de uma determinada região com o poder econômico. Esse poder, caso exista, como no caso de uma empresa conseguir interferir no andamento dos trabalhos do Congresso Nacional para que uma lei seja promulgada ou determinar a alteração de seu texto, nada mais é que um poder político, exercido através dos representantes com os quais essa empresa compactuou e originado do próprio poder econômico.

Quanto ao conceito de poder no mercado, acreditamos que se confunda com o último dos conceitos sob análise: o exercício do poder de mercado (ou econômico). Calixto

Salomão sustenta ser difícil definir o poder e, ao que parece, ser essa definição prescindível. Para o jurista, seria apenas possível identificar as condições sob as quais o poder se manifesta¹⁶, mas tendemos a considerar a possibilidade e a utilidade de defini-lo.

Utilizando a comparação feita por Calixto Salomão entre o poder e a energia – a exemplo do que já fizera Bertrand Russell ao equiparar a importância de ambos os conceitos tanto para a ciência jurídica como para a física, respectivamente¹⁷ –, percebe-se que tanto a energia como o poder são fatos observados no mundo. Mais que isso, tomando a energia elétrica como exemplo, pode-se comparar o poder econômico detido por uma empresa monopolista no mercado monopolizado à potência de energia detida por uma tomada da rede elétrica de um imóvel.

Mesmo enquanto a empresa monopolista não decide aumentar os preços de seus produtos e nenhum equipamento é ligado à tomada, tanto o poder quanto a energia estão presentes. Assim, apesar de a definição provir da prática, ela existe e, aliás, ambos são definidos como a capacidade de fazer algo: o poder econômico é a capacidade de um agente econômico tomar suas decisões de maneira independente dos demais agentes e influenciar as decisões dos demais; e a energia é a capacidade de realizar trabalho – no caso da energia elétrica, ela se transforma em energia térmica, mecânica ou luminosa, que realizam o trabalho¹⁸.

Tamanha é a similaridade entre o poder e a energia que José Afonso da Silva define o primeiro conceito com base no segundo¹⁹:

*“Tal é o poder inerente ao grupo [poder político], que se pode definir como **uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins**”.* (texto destacado na versão original)

¹⁶ C. SALOMÃO FILHO. *Direito Concorrencial: as estruturas...* cit., p. 82.

¹⁷ B. RUSSELL. *O Poder: uma nova análise social* (trad.: Brenno Silveira), Biblioteca do Espírito Moderno, vol. 27, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, p. 4.

¹⁸ N. DELL' ARCIPRETE e N. V. GRANADO. *Física: 2º grau*, v. 1, São Paulo, ed. Ática, 1977, pp. 186 e 187.

¹⁹ J. AFONSO DA SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 111.

Tanto a energia como o poder preservam uma capacidade, uma potência de agir ou desenvolver um trabalho. A energia possui uma nomenclatura própria para diferenciar o estágio em que há somente capacidade, mas ainda não exercida, do estágio de manifestação. No primeiro estágio ela é chamada de energia potencial e no segundo, de energia cinética. Assim, podemos dizer que o poder econômico está para a energia potencial assim como o exercício do poder econômico está para a energia cinética. A manifestação dessas duas capacidades se confunde com o próprio exercício dessa potencialidade, isso porque não há como a energia se manifestar sem que esteja sendo usada e transformada em trabalho ou outra espécie de energia. Assim, no momento em que a energia, até então chamada de potencial, se manifesta, ela passa a ser chamada de energia cinética²⁰.

A situação é idêntica com o poder econômico: esse poder é uma capacidade que seu titular tem para realizar algo e no momento em que ele se manifesta, ele já está sendo exercido. Impossível prever uma situação em que o titular do poder econômico manifeste seu poder sem exercê-lo, pois o próprio ato de manifestação já caracteriza uma decisão que influencia as decisões dos outros agentes do mercado²¹.

Definido o poder econômico e feitas tais colocações, importa investigar a origem do poder econômico, tanto sob a ótica de como se forma a capacidade detida pelo agente, como da legitimidade de seu exercício.

2 – A ORIGEM DO PODER ECONÔMICO

Quando se pensa na origem do poder econômico, buscamos desvendar se essa capacidade do agente econômico tomar suas decisões de maneira independente dos demais agentes e influenciar as decisões dos demais provém do próprio agente que detém a capacidade ou tem alguma fonte externa, seja ela os demais agentes ou o próprio mercado.

²⁰ No mesmo sentido: T. SAMPAIO FERRAZ JUNIOR. *Poder econômico e gestão orgânica*, In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder Econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*, 1ª ed., Barueri: Manole, 2009, pp. 16-27.

²¹ Vide: J. CHURCH and R. WARE. *Industrial Organization: a strategic approach*, Boston, Irwin McGraw-Hill, 2000.

Como bem ressalta Sérgio Bruna²², a origem do poder econômico não pode ser pensada apenas do ponto de vista societário, que a enxerga como sendo o poder de controle empresarial, ou sob o aspecto social, através do qual a origem estaria na propriedade dos meios de produção²³. Mais que isso, a origem depende de quem é o titular do poder, posto que apesar de os particulares os serem na maioria das ocasiões, o poder público também detém poder econômico, seja por sua atuação direta ou pelo simples monitoramento, que pode ser feito através da regulação direta ou indireta²⁴ – no primeiro caso temos as agências reguladoras e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e no segundo temos formas mais indiretas como a alteração de impostos ou leis de zoneamento.

A origem imediata do poder econômico do Estado está prevista na Constituição Federal²⁵. Sabendo-se que apenas mediante previsão legislativa o poder público pode atuar no mercado, a legitimação do poder é também a própria criação do poder. Ademais, é inegável a capacidade de o poder público influenciar as decisões dos demais agentes de mercado, seja através da regulação das atividades econômicas dos mais diversos setores, seja pelo monopólio de alguns desses setores ou a atuação em outros por meio de empresas públicas.

A relação entre o Estado e a economia não é recente e remonta ao período da formação dos Estados modernos, como se lê em Pagotto:

“Junto com a centralização política, o Estado passou a deter condições de fato para impor sua vontade sobre um território. Uma dessas vontades incluiu a exclusividade na cunhagem de moedas, mas não, a princípio, o monopólio na emissão de papel-moeda. A identificação de tal vinculação entre soberania e moeda não é recente e tem sido aceita no direito

²² S. V. BRUNA. *O poder econômico...* cit., p. 104.

²³ PONTES DE MIRANDA. *Acusação injustificada de abuso do poder econômico e interpretação do art. 2º, IV, “b”, da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962*, In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: exercício e abuso (direito antitruste brasileiro)*, São Paulo: RT, 1985, pp. 481-486.

²⁴ T. SAMPAIO FERRAZ JUNIOR. *Abuso de Poder Econômico por Prática de Licitude Duvidosa Amparada Judicialmente*, In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, ano 1, nº 1, abr.-jun. de 2003, p. 216.

²⁵ Os artigos de 173 a 177 da Constituição Federal de 1988 prevêem as hipóteses em que poderá ocorrer intervenção estatal na economia, a sua função reguladora e os monopólios da União.

internacional. Reconhece-se o poder de emitir moeda como um dos atributos da soberania estatal, podendo esse poder excluir o dos demais Estados e das organizações internacionais.”²⁶

Deste modo, o poder detido pelo Estado é legitimado pelo direito e o seu exercício não pode ser enxergado como o uso da força contra os administrados. A administração exerce o seu poder econômico através da competência legislativa na qual ele mesmo se origina. Contudo, a situação não é tão clara quando se pensa nos particulares.

Apesar de a Carta Magna também reconhecer a existência e legitimar o exercício do poder econômico pelos particulares, vedando apenas o seu abuso, não se pode encontrar aí a origem desse poder. O artigo 170 da Constituição Federal legitima o poder econômico ao assegurar o direito à propriedade privada, à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica²⁷. Ele é permitido na medida em que não é proibido, sendo, portanto, autorizado²⁸ ou, como prefere Tercio Sampaio, tolerado²⁹.

Ao assegurar tais direitos, reconhece-se o exercício do poder econômico, posto que ele é inerente à própria prática do sistema de mercado³⁰. Caso o funcionamento dos mercados permitisse a concorrência perfeita entre seus agentes, não seria necessária a repressão ao abuso do exercício do poder econômico, pois ele sequer poderia ocorrer³¹, isto considerando que o poder econômico pudesse existir nesse cenário³².

Entretanto, cientes da utopia da concorrência perfeita, os legisladores inseriram no próprio artigo 170 o princípio da função social da propriedade e o direito à livre concorrência. Harmonizados esses incisos com os anteriormente citados, já se infere a limitação ao abuso do exercício do poder econômico, limitação esta que já era

²⁶ L. UBIRATAN CARREIRO PAGOTTO. *Defesa da concorrência no sistema financeiro*, São Paulo: Singular, 2006, pp. 299 e 300.

²⁷ Constituição Federal: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; (...)”

²⁸ T. SAMPAIO FERRAZ JUNIOR. *Da abusividade do poder econômico*, In: Revista de Direito Econômico, Brasília: Imprensa Nacional, nº 21, outubro/dezembro de 1995, pp. 23-25.

²⁹ T. SAMPAIO FERRAZ JUNIOR. *Poder econômico e gestão orgânica*, In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder Econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*, 1ª ed., Barueri: Manole, 2009, pp. 17/18.

³⁰ F. NUSDEO. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 278.

³¹ F. NUSDEO. *Curso de Economia...cit.*, p. 277.

reconhecida pela doutrina mesmo antes da promulgação do texto constitucional atual³³. Ademais, o artigo 173, § 4º da Constituição Federal³⁴ não deixa margem de dúvida sobre a repressão a abuso desse direito, bem como a lei brasileira de defesa da concorrência³⁵.

Mesmo diante de todas essas normas, não é possível visualizar a origem do poder econômico detido pelos particulares. Ao se estudar a doutrina econômica, verifica-se que as fórmulas existentes para o cálculo do poder de mercado³⁶ levam em conta como variáveis a participação de mercado da empresa, o custo médio de produção, a variação de preço do produto e a elasticidade da demanda, elementos esses que pressupõem a análise de outras tantas informações, tais como a quantidade de vendas, o faturamento do setor, a taxa de inovação e a existência de barreiras à entrada.

Como resultado, tende-se a concluir que o poder econômico seria formado pela interação entre os meios de produção e os agentes econômicos, todos em conjunto, pois é a estrutura do mercado define a existência de poder econômico e o quanto ele poderá ser exercido pelo seu titular.

Adotando tal definição, o poder econômico surgiria da própria economia (limitada a cada mercado), assim como o poder soberano idealizado pelos pensadores contratualistas dos séculos XVII e XVIII surgiria da própria sociedade. Ao contrário dos pensadores anteriores, dentre os quais Jean Bodin é um de seus maiores representantes, o poder não teria uma origem exterior.

³² S. V. BRUNA. *O poder econômico...* cit., p. 101.

³³ F. K. COMPARATO. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo: RT, 1976, p. 419.

³⁴ Constituição Federal: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

³⁵ Lei nº 8.884/94: “Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

³⁶ O cálculo do poder de mercado pode ser feito através da seguinte fórmula: $\frac{\Delta(Cm)}{Cm} - \frac{k}{2} \cdot \gamma \left(\frac{\Delta p}{p}\right)^2 < 0$, onde: Cm = custo médio; k = poder de mercado; γ = elasticidade da demanda; p = preço. Ademais, a elasticidade da demanda

pode ser encontrada através do cálculo do índice de Lerner, conforme a seguinte fórmula: $L = \frac{p - c}{p} = -\frac{1}{\gamma}$.

Tal comparação é útil para se avaliar a conveniência de utilizar o vocábulo “poder” na expressão poder econômico, pois inicialmente o que a prática nos demonstra é que a capacidade de um determinado agente econômico atuar livremente e influenciar as decisões dos demais agentes seria conquistada através da força. Nesse sentido, se fosse adotado esse pressuposto, a titularidade do poder econômico, originado no próprio mercado, seria conquistada pela força e o tornaria ilegítimo, o que nos levaria a adotar a expressão força econômica ao invés de poder econômico.

3 – O PODER E A FORÇA

Entretanto, a cadeia de raciocínio não é tão simples. Ao se estudar os pensadores clássicos da política, verifica-se que a relação entre força e poder é muito íntima e que a legitimidade do poder pode se dar de diversas formas. Cabe, portanto, voltar ao pensamento político clássico para buscar os subsídios necessários para se fixar a origem do poder econômico sob o aspecto da legitimidade de seu exercício.

3.1 – O PODER POLÍTICO E SEU RECONHECIMENTO

Nicolau Maquiavel definia que o poder deveria ser baseado no uso virtuoso da força³⁷, apesar de pregar que o soberano deveria ignorar os valores morais para manter a ordem estatal. Assim, o poder não estaria baseado em nenhuma origem exterior à sociedade, mas sim fixado ao próprio soberano. Ao contrário, Jean Bodin fixa a origem do poder em Deus, que colocaria o soberano como seu lugar-tenente aqui na terra³⁸.

Quanto aos pensadores contratualistas, a origem do poder estaria no pacto celebrado entre os homens para a constituição da sociedade. Thomas Hobbes estabeleceu que o poder soberano poderia se originar de duas maneiras: (i) pela força natural, quando os homens se sujeitam ao soberano como resultado de uma guerra, como na ocasião em que um pai obriga os filhos (pátrio poder); ou (ii) pelo consentimento, ocasião na qual os homens concordam voluntariamente em se submeter ao soberano em troca de

³⁷ E. R. LEWANDOWSKI. *Globalização, regionalização e soberania*, 1ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, pp. 197-236.

³⁸ J. BODIN. *Los seis libros de la republica*, Madrid: Aguilar, 1973, p. 65.

proteção³⁹. No caso da formação da sociedade, estaríamos diante da segunda hipótese, marcada pelo famoso pacto previsto por Hobbes, através do qual cada um dos homens cederia seus poderes ao soberano e a ele se submeteria, tornando o poder do soberano ilimitado.

A concepção de poder de John Locke⁴⁰ também passa pela celebração de um pacto. Mas nesse caso os homens celebrariam o contrato por mútuo consentimento para formar a sociedade e, somente após a formação desta, seria escolhida a forma de governo e eleito o(s) governante(s), que deveria(m) assegurar não apenas a proteção (resguardar a vida), mas também a liberdade e a posse das coisas. Ademais, o poder legislativo estaria acima de todos os outros e o poder supremo continuaria sendo da sociedade, não do governante. Nesse sentido, o poder não seria arbitrário.

Locke ainda separa os poderes em três espécies⁴¹: (i) o poder paterno (pátrio poder), que tem origem natural; (ii) o poder político, que, conforme acima retratado, se origina do acordo voluntário de cada um ceder seu poder à sociedade; e (iii) o poder despótico, que se origina do confisco do poder detido pelos homens e não assegura a propriedade, além de ser ilimitado, arbitrário e absoluto.

O contrato social idealizado por Rousseau⁴² difere tanto daquele pensado por Hobbes como daquele pensado por Locke. Para Rousseau, ao decidirem se reunir em sociedade, os homens formam uma comunidade com a qual será celebrado o contrato e que decidirá suas ações de acordo com a vontade geral. Essa nova realidade é totalmente existente daquela anteriormente existente à organização da sociedade. Nesse contrato, os homens cedem todos os seus direitos para os demais, não para o soberano ou a sociedade, como acontecia, respectivamente, nos contratos imaginados por Hobbes e Locke.

Para Rousseau, os homens manteriam a sua liberdade de antes da existência da sociedade – posto que é o elemento essencial para manutenção de sua vida – e apenas

³⁹ T. HOBBS DE MALMESBURY. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil* (trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva), São Paulo: Abril Cultural, 1983, pp. 103-106.

⁴⁰ J. LOCKE. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil* (trad.: E. Jacy Monteiro), São Paulo: Ibrasa, 1963, cap. X e XI, pp. 81-91.

⁴¹ J. LOCKE. *Segundo Tratado...* cit., cap. XV, pp. 108-112.

⁴² J. J. ROUSSEAU. *O Contrato Social*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 20-23.

passariam a se defender através da força comum. Assim, continuariam tão livres como antes e não se submeteriam a nenhum dos outros homens, resultando na preservação da liberdade e igualdade de todos. O poder soberano se originaria da vontade geral, formada pelos direitos individuais de todos os homens.

Avançando para os pensadores mais modernos, encontramos na obra de Bertrand Russel alguns apontamentos bastante relevantes⁴³. O autor separa os poderes em: (i) poder tradicional, (ii) poder revolucionário; e (iii) poder nu. Os que se enquadram na primeira categoria são aqueles que já são aceitos pelo povo por muito tempo e se apóiam no respeito e no costume. São eles os poderes sacerdotal e real⁴⁴. O poder revolucionário é “aquele que depende de um grande grupo unido por um novo credo, programa ou sentimento”⁴⁵. Nessa categoria, está presente o assentimento do grupo de pessoas que acredita nessa nova forma de poder, que, sendo a revolução vitoriosa, com o passar do tempo, passa a contar com o assentimento geral dos súditos e se converte em um poder tradicional.

O poder nu⁴⁶ é aquele que “não implica aquiescência alguma por parte do súdito”⁴⁷ e o que “resulta simplesmente dos impulsos de amor ao poder por parte de indivíduos ou grupos, e só conquista a submissão de seus súditos por meio do temor, e não da cooperação ativa”⁴⁸. Ele se baseia na força (geralmente no poder militar) e se caracteriza por ser efêmero e, geralmente, se coloca como uma etapa entre dois períodos nos quais existem poderes tradicionais ou como a primeira etapa, que levará ao poder tradicional.

O poder nu pode se originar (i) do esfacelamento do poder tradicional anteriormente existente, que deixa um espaço que pode ser ocupado por um poder revolucionário ou um poder nu, ou (ii) do exercício deturpado do próprio poder tradicional, utilizado contra todos pelo seu detentor.

Russel explica que o poder deve sempre ser encarado de modo subjetivo, pois a característica do poder será determinada por aquele que a ela se submete. Tomando

⁴³ B. RUSSELL. *O Poder: uma nova análise social* (trad.: Brenno Silveira), Biblioteca do Espírito Moderno, vol. 27, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, pp. 24-35.

⁴⁴ B. RUSSELL. *O Poder...* cit., pp. 36-63.

⁴⁵ B. RUSSELL. *O Poder...* cit., p. 29.

⁴⁶ B. RUSSELL. *O Poder...* cit., pp. 64-82.

⁴⁷ B. RUSSELL. *O Poder...* cit., p. 64.

⁴⁸ B. RUSSELL. *O Poder...* cit., p. 29.

como exemplo uma monarquia absolutista, os súditos desse rei estão sob um poder tradicional, enquanto que um povo recém-derrotado em uma guerra, vencida por esse mesmo rei, passa a se submeter a um poder nu. Entretanto, com o tempo, esse povo vencido pela guerra passará a aceitar o novo soberano e chegará à etapa em que estarão sob um poder tradicional. Processo similar ocorre nos casos em que surge um poder revolucionário.

A classificação trazida por Weber divide o poder legítimo em (i) poder tradicional, (ii) poder carismático e (iii) poder racional. O primeiro é aquele exercido pelas monarquias e que independe da legalidade formal; o segundo é o poder exercido por líderes ligados aos anseios do povo e que muitas vezes vai de encontro à legalidade; e o terceiro é o poder exercido pelas autoridades legitimadas pela lei⁴⁹. O poder carismático, para Weber, seria o único que além de legal, teria um titular legitimado para o seu exercício⁵⁰.

Hannah Arendt, analisada por Lafer, trata do poder político e diferencia os conceitos de poder, violência e força. “Força ela vê como a energia que se desprende de movimentos físicos e sociais. Violência ela caracteriza pelo seu caráter instrumental, multiplicador da potência individual, graças à manipulação dos implementos da violência. Já o poder, é uma relação que leva à formação de uma vontade comum, que resulta de uma comunicação voltada para a obtenção do acordo”⁵¹.

Assim, a definição de poder (*Macht*) de Weber se aproxima mais à definição de força (*Gewalt*) de Hannah Arendt⁵². Enquanto para Weber poder é “uma relação no contexto da qual uma pessoa ou um grupo tem a possibilidade de impor a outros a sua vontade”⁵³, para Hannah Arendt poder é a “capacidade humana de agir em conjunto, deriva da concordância de muitos quanto a um curso comum de ação e tem, na aptidão persuasória da iniciativa, um dos seus elementos fundamentais. O poder é, neste sentido, inerente à condição humana, situa-se no campo da ação – que não se confunde com as atividades do *labor* e do *work* –, e dá-se num espaço público”⁵⁴.

⁴⁹ M. WEBER. *Economia e Sociedade*, vol. I, 3ª ed., Brasília, DF: Editora UnB, 1994, p.141.

⁵⁰ M. WEBER. *Economia e Sociedade*, vol. II, 3ª ed., Brasília, DF: Editora UnB, 1994, pp. 187-198.

⁵¹ C. LAFER. *Hannah Arendt. Pensamento, Persuasão e Poder*, 2ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 34.

⁵² C. LAFER. *Hannah Arendt...* cit., pp. 33 e 34.

⁵³ C. LAFER. *Hannah Arendt...* cit., p. 33.

⁵⁴ C. LAFER. *Hannah Arendt...* cit., p. 182.

Por outro lado, a autora afirma que “o poder da minoria pode ser superior ao da maioria mas, na luta entre dois homens, o que decide é a força, não o poder”⁵⁵. Baseado na mesma autora, Celso Lafer explica: “Por isso, se a forma extrema de poder é todos contra um, a forma extrema de violência é um contra todos, o que só se tornou uma hipótese plausível com a capacidade letal dos meios técnicos do exercício da violência”⁵⁶.

Nesse sentido, apesar de termos concluído que o poder econômico se comporta da mesma forma que o poder político, ao lermos as passagens citadas, tem-se a impressão de que a definição de poder econômico coincidiria com a definição de violência, sendo impossível considerar que a imposição da vontade de um agente econômico contra todos os demais seja um poder. Todavia, esses argumentos devem ser considerados como uma diferença substancial identificada entre o exercício do poder econômico e o do poder político, sob a ótica do pensamento de Hannah Arendt.

Nesse sentido, ainda se pode acrescentar a seguinte afirmação de Hannah Arendt: “o poder é sempre, como diríamos hoje, um potencial de poder, não uma entidade imutável, mensurável e confiável como a força. Enquanto a força é a qualidade natural de um indivíduo isolado, o poder passa a existir entre os homens quando eles agem juntos, e desaparece no instante em que eles se dispersam”⁵⁷ e ainda que “o único fator material indispensável para a geração do poder é a convivência entre os homens”⁵⁸.

Portanto, lembrando da comparação anteriormente feita entre poder e energia e do exercício do poder econômico, temos que a necessidade de convivência entre os homens acima referida pela autora está para o poder político como a interação entre os meios de produção e os agentes econômicos está para a formação do poder econômico – em ambos os casos, o poder não poderia ser gerado por um ato isolado.

3.2 – O PODER ECONÔMICO E O DIREITO

⁵⁵ H. ARENDT. *A Condição Humana*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 2000, p. 213.

⁵⁶ C. LAFER. *Hannah Arendt...* cit., p. 184.

⁵⁷ H. ARENDT. *A Condição Humana...* cit., p. 212.

⁵⁸ H. ARENDT. *A Condição Humana...* cit., p. 213.

Sabe-se que na estrutura de mercado existem diversos poderes que convivem e se alternam de acordo com as variações econômicas existentes, podendo ser identificadas gradações de poder entre as empresas que nele atuam. Contudo, considera-se que o efetivo poder econômico é apenas aquele que pode ser exercido de maneira autônoma por uma determinada empresa e que essa ação influencie as demais participantes do mercado. Em outras palavras, quando se fala que uma empresa tem maior poder econômico que outra, na verdade, significa que uma empresa detém o poder econômico e a outra não.

Comparando essa situação à classificação das formas de governo – que representam o exercício do poder político – estabelecida por Aristóteles, o monopólio ocuparia posição análoga à da monarquia, o oligopólio à da oligarquia e os mercados atomizados à da democracia. No caso do oligopólio, vale lembrar uma importante diferença para com a oligarquia. No primeiro, várias empresas detêm o mesmo nível de poder econômico, podendo ele ser exercido por cada uma delas de modo isolado ou conjunto⁵⁹ – mesmo sabendo que a atuação isolada caracteriza uma conduta monopolística⁶⁰, o poder econômico existente na estrutura oligopolizada não pode ser enxergado do mesmo modo que no monopólio, pois nesse caso diversas empresas detêm o poder econômico e o poderiam ter exercido –, ao contrário do modelo político, em que todos os detentores do poder só o podem exercer de modo conjunto.

Do mesmo modo, existe uma distinção entre a democracia e os mercados atomizados. Nestes, não há titularidade de poder, de modo que cada empresa atua de modo autônomo e vinculado concomitantemente, posto que suas ações são ao mesmo tempo influenciadas e causadoras de influência para todo o mercado. Ao contrário, na democracia, apesar de o povo ser o detentor do poder, ele o delega a um representante, que o exerce isoladamente, mas, ao contrário da monarquia, pode deixar de fazê-lo por desejo do povo.

⁵⁹ O exercício conjunto do poder não significa necessariamente uma infração à ordem econômica. No caso de as empresas estarem agindo de forma concertada, estar-se-á sim diante de uma infração à ordem econômica (um cartel), mas caso as empresas estejam agindo de maneira autônoma, ocorre o chamado paralelismo consciente, não violador da lei.

⁶⁰ T. SAMPAIO FERRAZ JUNIOR. *O Conceito Jurídico de Oligopólio e a Legislação sobre o Abuso do Poder Econômico*, In: Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo: RT, ano 3, nº 9, outubro-dezembro de 1994, p. 199.

Portanto, ao examinarmos o poder econômico, percebemos que o agente econômico que se torna o seu titular não foi eleito pelos demais agentes econômicos e estes não lhe concederam ou delegaram parte do poder que detinham. Ao contrário das concepções de Hobbes e Rousseau de contrato social, os agentes de mercado não cedem o seu poder para algum outro ou para o mercado como um todo, a fim de elegerem um dos agentes como líder dos demais.

O poder de mercado é conseguido pela usurpação das potencialidades detidas pelos demais agentes do mercado e dos meios de produção existentes e é exercido pela força, pois não há consentimento entre os demais. A situação de atuação dos agentes econômicos no mercado se aproxima ao estado de guerra do homem contra o homem previsto por Hobbes. Então, o poder econômico não seria apenas força?

Não se pode esquecer que o nosso ordenamento jurídico autoriza o uso do poder econômico e também reprime o seu abuso. Assim, o exercício desse poder não está fora do mundo jurídico. Portanto, fica descaracterizado o cenário de luta entre os homens pré-sociedade concebido por Hobbes.

Mas sob a hipótese de se considerar o poder econômico como sendo exercido pela força, permanece o problema de sua legitimidade.

Nesse sentido, cabe analisar algumas das definições de poder examinadas no item anterior. Inicialmente, podemos comparar o poder econômico ao poder despótico previsto por Locke.

Os principais aspectos trazidos pela definição de Locke para o poder despótico são a sua arbitrariedade, a ausência de limites e a sua origem no confisco dos poderes detidos pelos demais homens. Lembrando da restrição legal ao abuso do poder econômico, percebe-se que o primeiro e o terceiro elementos estão presentes no conceito de poder econômico.

Poder-se-ia dizer que o poder econômico não é arbitrário, pois existe fundamento legal para seu exercício e qualquer um que o possuísse poderia exercer. Contudo, deve ser lembrado que o ordenamento não prevê a forma de seu exercício e, por mais que uma determinada empresa possuidora do poder econômico exerça-o de modo normal, não há qualquer regra para essa prática.

Além disso, há similaridade entre o ato de confisco dos poderes individuais dos demais homens previsto por Locke para o poder despótico e o confisco do poder econômico por uma empresa hegemônica. Dado que o poder se origina da interação dos meios de produção e dos agentes de um determinado mercado, qual o motivo de apenas um dos agentes exercer o poder? Os demais agentes não concederam esse direito à empresa hegemônica.

Seguindo a mesma linha de pensamento, podemos equiparar o poder econômico ao poder nu concebido por Russell. Da mesma forma que este, o poder econômico não implica o consentimento de nenhum dos outros agentes e também se baseia na força. A empresa que detém o poder econômico simplesmente decide de modo autônomo qual será a sua ação, forçando os demais agentes a tomarem suas decisões de modo a harmonizar os efeitos que serão gerados, sob pena de sofrerem grandes perdas econômicas.

Mesmo ao se pensar em uma empresa que inicie suas atividades em um mercado que antes inexistia e, portanto, passe a ser o único agente desse mercado, o seu poder não se assemelhará à concepção de poder tradicional pensada por Russell quando da entrada de outras empresas, pois nesse caso os homens aceitavam o poder por costume. No caso do poder econômico, os demais agentes não aceitam a posição de dominância de uma determinada empresa, pelo contrário, estão sempre tentando usurpá-lo para si.

Ainda, não se pode esquecer que o poder nu previsto por Russell tem a característica de ser efêmero, geralmente se situando entre dois períodos de poderes cujo exercício seria consentido pelos homens, seja o tradicional ou o revolucionário. O poder econômico também é efêmero, pois a dinâmica do mercado altera a relação de poder a todo tempo. Entretanto, o poder econômico é a única forma de poder existente no mercado. Ele nunca será precedido ou sucedido por outra forma, apenas seu titular que mudará.

Diante de tais argumentos, pode-se afirmar que o poder econômico é realmente um poder, não uma força, mesmo que ele seja exercido através da força. Em verdade, Lewandowski ensina⁶¹ que a soberania também surgiu como uma força, um poder de

⁶¹ E. R. LEWANDOWSKI. *Globalização, regionalização e soberania...* cit., p. 235.

coerção sobre as demais pessoas para atender à vontade do soberano. Conclui ele que o poder nada mais é do que “uma força disciplinada pelo direito”⁶².

Tercio Sampaio também enxerga no conceito de poder o elemento força, ao escrever que “a noção de poder resulta de um jogo entre potência, possibilidade e atualização, e força para que isso aconteça”⁶³.

Tal posicionamento é referendado na medida em que mesmo sabendo que a força e o poder são conceitos distintos⁶⁴, eles se confundem⁶⁵ quando o primeiro é legitimado pelo direito. Nas hipóteses em que isso não ocorre, a força continua sendo força e, portanto, seu exercício ilegítimo, mas essa condição cabe apenas às forças menos potentes e que, desde o princípio, não poderiam se tornar o poder, pois já existia uma força maior que ela. Essa força maior é a que se legitima e passa a ser um poder, que poderá ser exercido se não for feito de forma abusiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 2000.

_____. *The Great Tradition II. Ruling and Being Ruled*, In: Social research, vol. 74, n° 4, winter 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 10ª ed., Brasília: Editora da UnB, 1999.

_____. *Teoria geral da política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la republica*, Madrid: Aguilar, 1973.

BORK, R. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: Basic Books. 1978.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso de seu exercício*, 1ª ed., São Paulo: RT, 2001.

⁶² E. R. LEWANDOWSKI. *Globalização, regionalização e soberania...* cit., p. 235.

⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Poder econômico e gestão orgânica*, In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder Econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*, 1ª ed., Barueri: Manole, 2009, p. 19.

⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 22ª ed., atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 43.

- BUCHAIN, Luiz Carlos. *O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial*, Porto Alegre: Nova Prova, 2006.
- CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Poder econômico e fenomenologia, seu disciplinamento jurídico*, São Paulo: RT, 1967.
- CHURCH, Jeffrey and WARE, Roger, *Industrial Organization: a strategic approach*, Boston, Irwin McGraw-Hill, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo: RT, 1976.
- COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (coord.). *Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômicos – comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 22ª ed., atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Abuso de Poder Econômico por Prática de Licitudo Duvidosa Amparada Judicialmente*, In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte: Ed. Fórum, ano 1, nº 1, abr.-jun. de 2003.
- _____. *Da abusividade do poder econômico*, In: Revista de Direito Econômico, Brasília: Imprensa Nacional, nº 21, outubro/dezembro de 1995.
- _____. *Estudos de Filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*, São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *O Conceito Jurídico de Oligopólio e a Legislação sobre o Abuso do Poder Econômico*, In: Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo: RT, ano 3, nº 9, outubro-dezembro de 1994.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder Econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*, 1ª ed., Barueri: Manole, 2009.
- FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo: RT, 1998.

⁶⁵ Aqui, o vocábulo confusão deve ser entendido como a fusão dos dois conceitos, não como a falta de clareza ou distinção entre eles.

- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: exercício e abuso (direito antitruste brasileiro)*, São Paulo: RT, 1985.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, 9ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Elementos de direito econômico*, São Paulo: RT, 1981.
- GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL. In: Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001.
- HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil* (trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva), São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- HORIZONTAL MERGER GUIDELINES. In: United States. Department of Justice and Federal Trade Commission, April 8, 1997.
- LAFER, Celso. *Hannah Arendt. Pensamento, Persuasão e Poder*, 2ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*, 1ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil* (trad.: E. Jacy Monteiro), São Paulo: Ibrasa, 1963.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001.
- OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. *Defesa da concorrência no sistema financeiro*, São Paulo: Singular, 2006.
- POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*, São Paulo: Singular, 2002.
- REALE, Miguel, *Temas de Direito Positivo*, São Paulo, RT, 1992.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RUSSELL, Bertrand. *O Poder: uma nova análise social* (trad.: Brenno Silveira), Biblioteca do Espírito Moderno, vol. 27, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nova Iorque: HarperPerennial, 1976.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2001.

TIROLE, J. *The Theory of Industrial Organization*. London: The MIT Press, 1988.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*, Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, vol. I, 3ª ed., Brasília, DF: Editora UnB, 1994.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, vol. II, 3ª ed., Brasília, DF: Editora UnB, 1994.

Vistos etc.

XXXXXXXX, qualificada, demandou em XX/XX/XX, contra **BANCO XXXXXXXXXXX S.A.** e **XXXXXXXXXXXX CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A.**, igualmente qualificados, postulando direitos e verbas trabalhistas elencados na inicial, sintetizados às fls. 08/10 dos autos. Atribuiu à causa o valor de R\$ XXXXXX,XX.

Os reclamados contestaram o pedido sob os fundamentos de fls. 83/122, sendo tomado o depoimento das partes e de três testemunhas na audiência de fls. 254/258 e encerrada a instrução processual nos termos da audiência de fl. 276. Razões finais remissivas, inexitosa a conciliação.

D E C I D O

1. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM - CARÊNCIA

A legitimidade para a causa, condição da ação, emerge das afirmações da inicial, não tendo, porém, relação com o direito material. Tendo a autora alegado a responsabilidade das reclamadas em face de fraude à legislação, encontram-se as demandadas perfeitamente legitimadas para figurar no polo passivo da relação processual. O exame dos fatos e seu enquadramento cabível diz respeito ao mérito. Rejeito, portanto, a preliminar.

2. SÚMULA 330 DO TST

A vetusta arguição não tem qualquer fundamento e a interpretação da súmula só pode se dar de acordo com o artigo 477 da CLT, que claramente dispõe o limite dos direitos quitados na rescisão: o valor pago em relação a cada parcela discriminada. Rejeito.

3. IMPUGNAÇÃO A DOCUMENTOS

A impugnação genérica a documentos (fls. 87/88) obviamente não pode ser aceita e tem o mesmo efeito de sua inexistência.

4. PRESCRIÇÃO

Em face do que dispõe o inciso XXIX do artigo 7º da Constituição da República, considerada a data do ajuizamento, declaro prescritos os créditos exigíveis anteriormente a XX **de xxxxxx de xxxx**, para todos os efeitos legais.

5. NATUREZA DO VÍNCULO

A autora alegou fraude entre as reclamadas para mascarar a prática de serviços bancários, pretendendo auferir os direitos como empregada do 1º reclamado ou de bancária, além da responsabilidade solidária ou subsidiária do 2º reclamado, tomador dos serviços.

A tese das defesas (que não negou pertencerem os demandados ao mesmo grupo econômico) é de que a autora só trabalhou para o 2º reclamado, não exercendo atividades bancárias ou em estabelecimento bancário e sim aquelas relativas a captações de clientes no mercado financeiro, para investimentos, empréstimos, financiamento, abertura de contas, recebimento de contas, em prestação de serviços de consultoria e assessoria técnica.

De início cabe ressaltar que o Banco INCORPORADO foi incorporado pelo 1º reclamado.

Em segundo lugar, que as reclamadas – que apresentaram contestação única – reconheceram integrar o mesmo grupo econômico, de sorte que se aplica *in casu* o disposto no parágrafo 2º do artigo 2º da CLT, ficando reconhecida sua responsabilidade **solidária** pelos eventuais direitos trabalhistas da autora.

A autora declarou que era subordinada ao gerente do Banco XXXXX e que trabalhava apenas internamente, contrariando a defesa.

Os prepostos declararam que a autora trabalhava na sede da 2ª demandada (rua XXXXXXXXX, XXX) e não em agência bancária.

A preposta do XXXXX CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A não soube especificar a origem dos recursos da empresa, embora tenha negado fosse do 1º reclamado.

Foram ouvidas duas testemunhas trazidas pela autora e uma pela 2ª demandada. Evidente que não prevalece o fator *quantitativo*, mas *qualitativo* da prova testemunhal. Mas no caso presente ambos convergem, pois as testemunhas da reclamante foram coerentes e seus depoimentos se mostraram coesos e verossímeis, enquanto que o depoimento da testemunha patronal se revelou imprestável, na medida em que insistiu na tese de que no endereço da rua XXXXXXXXXX só funcionava a financeira, jamais o 1º demandado, jamais qualquer serviço bancário sendo ali praticado.

E a esse respeito, também na medida em que a testemunha declarou ter sido contratada pelo gerente João da Silva, da empresa

XXXXX CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A, o Juízo determinou à fl. 258 a juntada de documentos funcionais desse gerente, assim como de documentos que comprovem os endereços de Joinville da 2ª reclamada. Tudo sob as penas do artigo 359 (e seguintes) do Código de Processo Civil.

Entretanto, não apenas as demandadas não juntaram qualquer documento, como também não prestaram qualquer declaração ou justificaram a omissão.

Dessa forma, considerando ainda as declarações das testemunhas da autora, imperativo concluir que as demandadas **funcionavam no mesmo endereço e que a pessoa que contratou a testemunha da XXXXX CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A era o gerente do BANCO INCORPORADO, João da Silva**, fatos que demonstram a íntima relação existente entre as empresas e suas atividades.

Na realidade, desconsiderada a prova produzida pelo 2º demandado, as testemunhas da autora foram claras em afirmar não só o funcionamento comum das empresas (a 2ª reclamada operando com recursos do 1º reclamado), mas as atividades bancárias que todos desempenhavam, na venda de produtos do 1º reclamado, como financiamentos, cartões de crédito, seguros, abertura de conta-corrente e no atendimento dos clientes do BANCO INCORPORADO e dos interesses dos mesmos (inclusive serviços de caixa, com recibo do Banco), estando subordinados ao gerente-geral João da Silva. Ficou também patente que o sistema informatizado utilizado pela 2ª demandada pertencia ao Banco.

O 2º demandado existe, na verdade, para captar clientes para o Banco, sendo apenas na aparência uma mera financeira. O que ocorreu na prática foi a ilícita terceirização da **atividade-fim**, de modo que a reclamante na realidade era empregada do 1º reclamado, ocorrendo apenas um *mascamamento* da realidade para proveito de ambas as empresas, com o aviltamento da mão-de-obra e infringência à lei.

Trata-se de existência de fraude à legislação, pois simulada a existência de uma situação jurídica para colocação de mão-de-obra a favor dos interesses econômicos imediatos do 1º reclamado, sem o reconhecimento oficial da qualificação de bancário e, portanto, sem as despesas que tal fato acarretaria.

Caso, portanto, de aplicação do inciso I da súmula 331 do e. TST. e da súmula 55, outrossim.

Por esses motivos, reconheço à reclamante todos os direitos consagrados aos bancários, conforme previstos na lei e nas CCTs e não apenas os relativos à jornada, sob pena de enriquecimento ilícito do infrator e de afronta a princípios constitucionais, inclusive o de isonomia e os concernentes à dignidade da pessoa e do trabalhador (honra, intimidade etc.).

A começar pela retificação da CTPS, assumindo o vínculo o 1º demandado. Para tal fim, a autora depositará em Secretaria o documento, até 15 dias após o trânsito em julgado, dispondo o 1º demandado do mesmo prazo para cumprir a obrigação e devolver o documento no mesmo local,

sob pena de multa cominatória.

6. HORAS EXTRAS

Alegou a autora não anotava a jornada correta nos controles de ponto e que na verdade trabalhava de segunda a sexta das 8 às 19h, com 30 minutos de intervalo e aos sábados das 9 às 13h, além do labor em dois finais de semana nos *feirões de vendas de automóveis*, das 8 às 19h nos sábados e das 8 às 18h nos domingos.

A defesa arguiu a **INÉPCIA** com relação à sétima e oitava horas, ou seja, com o pedido de horas extras além da 6ª hora, sustentando que a inicial não expõe os motivos pelos quais a autora não exerceria função de confiança, além de não fazer demonstrativos de valores, inclusive quanto à comissão de cargo. Igualmente pede a declaração de **INÉPCIA** para o pedido de extras em feriados/sábados/domingos/labor em feirões, sem a devida discriminação dos dias e horários.

No caso de pedido de enquadramento bancário inexistente qualquer inépcia, pois a jornada ordinária do bancário é de 6 horas, nos termos do artigo 224 da CLT e as atividades descritas na inicial claramente enquadram a autora nesses termos, sendo desnecessários maiores argumentos a respeito. Inépcia rejeitada.

No mérito, as testemunhas confirmaram a imprestabilidade dos registros de ponto e o horário da inicial, com exceção de terem apontado intervalo de 30 minutos também nos dias de feirão (o que é mais do que razoável) e de terem estimado a frequência dos feirões em 4 ou 5 por semestre. Em razão desse fato e da discrepância com o pedido e, ainda, de ter havido conflito de informação entre as duas testemunhas da autora, no particular, arbitro a existência de 4 feirões por semestre, atribuindo ao fato uma não-habitualidade que deixará de gerar qualquer reflexo.

Considerada a jornada ordinária dos bancários e a trabalhada pela autora (de 10h 30min de segunda a sexta e de 4h nos sábados), tem direito a reclamante ao recebimento de 4h 30min extras entre segunda e sexta-feira e mais 4h extras em cada sábado.

O adicional será o de 50% e a base-de-cálculo composta pelas parcelas às quais o reclamado atribuiu feição salarial (fazendo incidir sobre as mesmas o FGTS e computando-as para fins de 13º salário, férias etc.). Comissões se integram ao referencial de cálculo, pois possuem natureza salarial. No caso, não há base legal para o pagamento do adicional de 100%.

As extras, por sua natureza e habitualidade, repercutirão nos repousos (incluídos os sábados) e feriados e, após, em férias com o terço, 13ºs salários, verbas rescisórias e incidência do FGTS com a multa de 40%.

Quanto aos feirões, arbitro-os em 4 ocorrências por semestre (uma a cada mês e meio, portanto) e no horário das 8 às 18h, com intervalo de 30 minutos, fazendo jus a autora ao pagamento de 9h 30min extras, com adicional de 100% e sem reflexos.

DO DIVISOR 150

Quando a jornada semanal do trabalhador brasileiro era de 48 horas, o divisor para se obter o **valor-hora** era 240.

Esse fato era inquestionável.

Passando a jornada semanal para 44 horas, por força da Constituição de 1988, o divisor passou a ser o de 220, não sendo também tal fato alvo de qualquer discussão.

O procedimento é simples: toma-se a jornada semanal do trabalhador, divide-se por seis (número de dias de trabalho da semana, com exclusão do repouso) e multiplica-se por trinta.

Ou seja, no primeiro caso citado: 48 divididos por 6 = 8, que multiplicado por 30 totaliza 240. No segundo caso: 44 divididos por 6 = 7,33, que multiplicado por 30 resulta em 220.

Ou a simples regra de três:

$$\begin{array}{rcl} 48 & - & 240 \\ 44 & - & x \end{array}$$

Em que x é igual a 220.

Como se vê, a jornada diária não é referencial para o cálculo e sim a jornada **semanal** ! Porque se assim não fosse, o divisor variaria conforme cada caso:

seria um divisor para um trabalhador que cumprisse jornada de 8 horas por dia de segunda a sexta e mais 4 horas no sábado e outro divisor para o que laborasse apenas de segunda a sexta no total de 8h 48min por dia (em sistema de compensação). Ou seja: ocorreria um absurdo jurídico.

A conclusão é de que não importa se o trabalho ocorre em 5 ou 6 dias da semana: sempre deve ser considerada a jornada semanal e dividida pelo número de dias excluído o do repouso (afinal, **todos os dias do mês são pagos**).

Evidente, assim, que para o bancário de seis horas, o cálculo exato não se traduz na mera multiplicação de $6 \times 30 = 180$. Já era assim antes do divisor 220. Pode-se defender juridicamente que o divisor para o bancário de 8 horas mudou, mas que para o bancário de 6 horas permaneceu o mesmo??? Seria, à evidência, um contrassenso.

O cálculo correto - e nesse ponto carece *data venia* de revisão o enunciado 124 do c. TST - é dividir-se a jornada semanal de 30 horas por 6 e multiplicar-se o resultado por 30: $5 \times 30 = 150$.

Relevante, portanto, para o cálculo enfocado, é o sistema legal de um dia por semana de repouso, independentemente de quantos

dias são trabalhados. Relevante é o número de dias pagos, por conseguinte.

No caso do bancário, o raciocínio não oferece dificuldades, posto que há muito tempo se encontra sedimentado ser o sábado apenas dia útil não trabalhado. Razão da divisão das 30 horas semanais por 6 e não por 5 para obter o quociente a ser multiplicado pelos 30 dias do mês!

Por analogia em relação ao cálculo do trabalhador comum teríamos uma regra de três simples:

$$\begin{array}{rcl} 44 & - & 220 \\ 30 & - & x \end{array}$$

Ou seja:

se para a jornada de 44 horas semanais o divisor é 220, logo, para a jornada de 30 horas semanais o divisor será 150.

7. INTERVALO

Afirmando gozar de apenas 30 minutos de intervalo, pleiteia a autora o pagamento de uma hora extra diária, com reflexos.

A defesa refutou os fatos acima, sustentando que a autora gozava do intervalo legal.

Ora, jornada legal não significa o mesmo que jornada real. E no entender deste Juízo, o que define o tempo de intervalo *intrajornada* é a jornada legal.

Como a autora foi enquadrada como bancária de 6 horas, seu intervalo *intrajornada* era legalmente de 15 minutos e não de 60 minutos. Assim, nada pode ser deferido à reclamante, no particular, pois na realidade gozava de tempo ainda maior de intervalo. Indefiro.

8. ISONOMIA/EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Em primeiro lugar, não há previsão legal para o pedido de dupla função, embora não seja caso de **inépcia**. Até porque o exercício das atividades era compatível com o contrato de trabalho e ocorria durante a mesma jornada de trabalho. Mas o que pede a autora é, além da isonomia salarial, equiparação ou, também sucessivamente, desvio de função, em razão do enquadramento como *assistente III*. A alegação é de que todos exerciam as mesmas funções, embora as reclamadas tenham criado diversas denominações de *assistente*, com gradações salariais. Nesse sentido, ausente qualquer inépcia.

As empresas não provaram qualquer motivo jurídico para existir diferenças salariais entre a autora e os demais colegas, já que emerge dos autos que todos executavam as mesmas tarefas. Era ônus das empresas provar

a existência de critérios estabelecidos e dos desníveis na prática contratual, para justificar a falta de isonomia.

Não evidentemente com base na equiparação salarial do artigo 461 nem de plano de carreira, inexistente, mas no princípio constitucional da isonomia, defiro à reclamante as diferenças salariais em razão dos *assistente III*, com todas as repercussões cabíveis, nos consectários legais.

9. DIREITOS BANCÁRIOS

Reconhecida a condição de bancária da autora, faz jus evidentemente aos direitos previstos nas CCTs dos bancários, juntadas aos autos e especificamente ao auxílio-refeição e auxílio cesta alimentação, sem conotação salarial: sobressai a natureza indenizatória das parcelas, inclusive sendo relevante mencionar o PAT que deixa claro tratar-se de verba sem qualquer cunho salarial, inúmeros instrumentos coletivos reprisando tal entendimento jurídico.

Como a autora foi admitida após XX de xxxxxx de XXXX, não faz jus ao **ao anuênio**: a leitura da cláusula 6ª, parágrafo 2º e cláusula 7ª deixa claro não haver direito da autora à verba ou à opção prevista.

Igualmente não reconheço feição salarial à verba “abono”, não identificada qualquer origem salarial à mesma.

Por fim, o direito, constitucionalmente previsto, em relação à participação nos lucros, depende de regulamentação, igualmente sendo improcedente o pedido da autora, no particular.

10. MULTA CONVENCIONAL

Indefiro o pagamento de multa convencional, pois o enquadramento como bancária da autora inexistiu à época do vínculo, sendo apenas obtido agora, judicialmente.

11. ÉPOCA PRÓPRIA

A época própria não pode ser outra que não a da **realidade do contrato**, ou seja, a que se vincula à eventual mora, pois se o salário é pago rotineira e costumeiramente no próprio mês, o fato se incorpora ao patrimônio jurídico do trabalhador, passando a haver a **exigibilidade do direito** em face do que realmente ocorre e não de uma possibilidade legal, que era ampla até o empregador optar pelo pagamento em época determinada. Dentro desse contexto é que devem ser aplicados os índices da correção monetária.

12. HONORÁRIOS

Este Juízo entende pela subsistência do *jus postulandi* no processo do trabalho, por questões legais.

Na prática, contudo, cada vez mais a técnica do processo exige que os reclamantes se socorram de advogado – sob pena de grandes riscos jurídicos –, sem contar a impossibilidade de o Juízo suprir seu ônus probatório.

Assim, é de se reconhecer a necessidade da contratação de advogado pelo autor e o fato óbvio de que seu crédito original será reduzido pelo pagamento dos honorários aos patronos contratados.

É esse princípio que, na Justiça Comum, justifica a existência dos honorários de sucumbência: o objetivo é o de não desfalcocar a parte que litiga do patrimônio judicialmente reconhecido.

No processo do trabalho, onde não cabem honorários exceto nas restritas hipóteses em que o reclamante se encontra assistido pelo sindicato profissional (Lei 5.584/70), a única forma de atender ao princípio acima enunciado – e que é consonante com os tutelares trabalhistas (gratuidade etc.) – é o de a parte receber indenização equivalente ao seu gasto com honorários, uma vez que efetivamente incumbe ao reclamado responder pelo dano ao qual deu causa (no caso, o não-adimplemento espontâneo dos direitos trabalhistas lesados).

Dessa forma, com base nos artigos 927, 389, 404 e demais pertinentes do Código Civil, condeno os demandados a pagarem à autora o valor equivalente a 20% da condenação, para corresponder aos honorários contratados com os mandatários.

CONCLUSÃO

Diante do exposto e do que mais consta dos presentes autos em que **XXXXXXXXXXXX** demanda contra **BANCO XXXXXXXXXXXX S.A. e XXXXXX CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A.**, julgo **PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO**, para, **reconhecendo o vínculo de emprego da autora com o 1º reclamado e sua condição de bancária**, condenar o **1º reclamado a proceder aos registros devidos na CTPS da autora e solidariamente** as reclamadas a pagarem à reclamante, nos termos da fundamentação (observada a prescrição inclusive), as seguintes verbas:

1. *Horas extras: 4h 30min por dia, de segunda a sexta-feira e 4h por sábado, com adicional de 50% e reflexos deferidos;*

2. *Horas extras nos feirões: 9h 30min por dia, em 4 dias de cada semestre, com adicional de 100%;*

3. *Diferenças salariais em face da função de assistente III, com os reflexos legais;*

4. *Pagamento de auxílio-refeição e auxílio cesta-alimentação, nos moldes previstos nas CCTs juntadas.*

Igualmente deverão as empresas reclamadas pagar 20% da dívida acima, como restituição, a título de perdas e danos, dos honorários advocatícios desembolsados pela reclamante.

Liquidação por cálculos. Eventuais incidências fiscais e previdenciárias igualmente na forma da lei, ambas de responsabilidade das reclamadas, sem qualquer dedução dos créditos da autora, calculadas segundo os parâmetros da Súmula nº 368 do c. TST. Custas pelas demandadas, de R\$ 2.200,00, calculadas sobre o valor atribuído à condenação, de R\$ 110.000,00. Intimem-se. Joinville, 8 de novembro de 2010.

César Nadal Souza
Juiz Titular