



ANO 2 - NÚMERO 3 - DEZEMBRO 2017

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR





ANO 2 - NÚMERO 3 - DEZEMBRO 2017

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR



EXPEDIENTE:

Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR

A Revista Jurídica da Escola Superior da advocacia do Paraná tem por objetivo publicar a produção intelectual doutrinária de interesse prático do Advogado.

Periodicidade: quadrimestral.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná

Diretoria OAB/PR – Gestão 2016-2018

Jose Augusto Araújo de Noronha (Presidente)

Airton Martins Molina (Vice-Presidente)

Marilena Indira Winter (Secretária-Geral)

Alexandre Hellender de Quadros (Secretário-Geral Adjunto)

Fabiano Augusto Piazza Baracat (Tesoureiro)

Escola Superior de Advocacia

Graciela I. Marins (Coordenadora Geral da ESA-PR)

Coordenadores Científicos

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

Conselho Editorial

Alexandre Barbosa da Silva

Carlos Eduardo Manfredini Hapner

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Claudionor Siqueira Benite

Daniel Ferreira

Eduardo Talamini

João Bosco Lee

José Affonso Dallegrave Neto

Leila Cuellar

Lucia Maria Beloni Correa Dias

Marilena I. Winter

Rafael Munhoz de Mello

Rogéria Dotti

Sandro Gilbert Martins

Editor

Ernani Buchmann

Revisão

Ernani Buchmann, Fernando Previdi Motta e Graciela I. Marins

Diagramação

André Bichels

Endereço postal

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná
Escola Superior de Advocacia
Rua Brasilino Moura, 253 – Ahú
80.540-340 – Curitiba - Paraná

Distribuição:

Gratuita

Versão eletrônica disponível para download

<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

Catálogo da Publicação na Fonte
Bibliotecária: Rosilaine Ap. Pereira CRB-9/1448
Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

-
- R454 Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná; Escola Superior de Advocacia; Coordenação científica por Fernando Previdi Motta, Graciela I. Marins. v.2, n.3 (dez. 2017) -- Curitiba: OABPR, 2017. 350 p.

Quadrimestral
Endereço eletrônico <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>
ISSN: 2525-6483 - (Versão eletrônica)
ISSN: 2525-5770 – (Versão impressa)

v.1, n.1 (2016)

1. Direito. 2. Artigos jurídicos. I. Escola Superior de Advocacia (ESA). II. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná. III. Motta, Fernando Previdi. IV. Marins, Graciela I.

CDD: 340.05

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340
2. Direito – periódicos 340.05

Índice

PALAVRA DO PRESIDENTE.....	7
APRESENTAÇÃO.....	9
DOCTRINA	11
Prerrogativas da advocacia dativa	12
Alexandre H. de Quadros	
A construção do procedimento arbitral.....	43
Letícia de Souza Baddauy	
Bens essenciais à atividade da empresa recuperanda e dados em garantia de alienação fiduciária	69
Carlos Eduardo Quadros Domingos & Luiz Fernando Cortelini Meister	
A reforma trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado	91
Cássio Casagrande	
A garantia constitucional à razoável duração dos processos administrativos e o Art. 24 da Lei Nº 11.457/07: Um caso de inconstitucionalidade material.....	104
Daniel Müller Martins	

Parte geral do Código Civil aplicada ao seguro e previdência privada 163

Munir Karam

Tecnologias sociais: possíveis angulações com a ciência do Direito 183

Maria da Glória Colucci

Fato gerador das contribuições sociais nos processos trabalhistas e encargos moratórios pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho..... 212

Ademar Rogério Weber Heylmann & Fernanda Carla Henrique Busetti

Ligeiro olhar sobre novas tendências do sistema penal a partir da correlação vida e Direito 250

Gilberto Giacoia

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE..... 302

Aplicabilidade de medidas indutivas/coercitivas nas execuções/cumprimento de obrigação de pagar quantia certa contra devedor solvente. 303

Fábio Luis Franco

PALAVRA DO PRESIDENTE

Valiosas aulas de prática do Direito

Este quinto número da Revista da ESA Paraná fecha o segundo ano da publicação, marcada pela qualidade e pela variedade de temas abordados. Mais um desafio vencido, graças ao trabalho dos editores científicos e ao preparo dos autores, levando a Revista a ser procurada por advogados, bacharéis que militam em outras áreas do universo jurídico e acadêmicos de Direito.

É palpável a verdadeira constelação de nomes que reunimos desde o primeiro número, o que pode comprovar ao compulsar a coleção com as edições anteriores, de forma a que escrevesse esta apresentação sem incorrer em afirmações já registradas anteriormente.

Tenho para mim que o sucesso da Revista da ESA se deve igualmente ao prestígio desfrutado pela advocacia paranaense no cenário nacional. Na recente Conferência

Nacional da Advocacia, em São Paulo, tivemos dezenas de advogados e advogadas conterrâneos brilhando nos painéis apresentados, em todos os ramos do Direito ali discutidos. Nada mais gratificante.

De maneira geral, a advocacia exercida no Paraná é reconhecida pelo vigor teórico e pela competência processual, respaldados pela estrita observância dos padrões éticos exigidos pela nossa atividade.

Isso faz com que autores referenciais do Direito brasileiro, radicados em tantos estados quantos os que compõem a Federação, disponham-se a contribuir com a nossa Revista da ESA. Eles sabem da sua abrangência e ampla circulação, o que permite a repercussão adequada para os artigos aqui publicados.

Portanto, é com orgulho que os convido, mais uma vez, para a apreciação do aprendizado jurídico que salta destas páginas.

Boa leitura!

José Augusto Araújo de Noronha

Presidente da OAB Paraná

APRESENTAÇÃO

Nesse mês de dezembro de 2017, lançamos o 5º volume da Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/Pr, na via eletrônica e também física. Um desafio que, aos poucos, estamos conseguindo vencer.

Com temas que interessam aos profissionais do Direito, apresentamos nessa edição artigos atinentes às Prerrogativas da Advocacia Dativa, Direito do Trabalho, Processo Civil, Direito Administrativo, Direito Civil, além do comentário à jurisprudência.

Agradecemos, sempre, o apoio da Diretoria da OAB/Pr, o empenho da equipe da Escola Superior de Advocacia da OAB/Pr, bem como a todos que nos incentivam a promover o conhecimento jurídico através da presente Revista.

Nosso especial agradecimento aos autores que colaboraram com a ESA/Pr enviando seus valiosos

artigos. Reiteramos também, o convite àqueles que queiram participar da Revista enviando artigos para revistadaesa@oabpr.org.br.

Aproveitando o ensejo, desejamos a todos um Feliz Natal e um Ano Novo repleto de alegria e conquistas.

Uma boa leitura a todos.

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

Coordenadores Científicos

DOCTRINA

PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA DATIVA

Alexandre H. de Quadros

Advogado. Diretor Secretário Geral Adjunto e Presidente da Câmara de Direitos e Prerrogativas da OAB/PR.

O regime vigente

A Lei Estadual 18664, de 22 de dezembro de 2015, instituiu o regime vigente da advocacia dativa no Estado do Paraná. De acordo com a lei estadual, o advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná, nomeado judicialmente para defender réu pobre em processo de natureza civil ou criminal, ou para atuar como curador especial, enverga o direito de receber honorários pagos pelo Estado.

De acordo com o regime legalmente previsto, cabe à OAB/PR organizar semestralmente, por comarca e especialidade, a relação dos advogados inscritos em todo Estado e que aceitem atuar como defensores dativos. As listas são elaboradas até 1º de março e 1º de setembro de cada ano e, em seguida, encaminhadas ao Procurador Geral do

Estado e ao Presidente do Tribunal de Justiça, que as direciona aos magistrados das respectivas comarcas.

A nomeação de defensor dativo é subsidiária à Defensoria Pública, compete ao magistrado que se encontra na presidência do processo e deve obrigatoriamente obedecer à ordem de inscrição contida na relação de advogados inscritos para aquela comarca e especialidade.

Os honorários são fixados pelo magistrado, respeitados os limites definidos em tabela estabelecida por meio de resolução conjunta do Secretário de Estado da Fazenda e do Procurador Geral do Estado, com prévia concordância do Conselho Seccional da OAB/PR. A deliberação da Seccional se dá por intermédio de seu Conselho Pleno (artigos 21 e seguintes do Regimento Interno da OAB/PR), com suporte no artigo 22, par. 1º, da Lei 8906/94¹.

A lei prevê que os honorários relativos à nomeação não excluem os decorrentes da condenação, quando o patrocinado – beneficiário da justiça gratuita – for vencedor da demanda. Trata-se, obviamente, dos artigos 85 e seguintes do Código de Processo Civil.

1 Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. §1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

Respeitado o limite mensal que não pode extrapolar o subsídio de defensor público do Estado do Paraná, o advogado dativo será remunerado mediante requerimento administrativo que se processa perante a Procuradoria Geral do Estado. Aprovado o requerimento, a lei prevê que a PGE efetuará o pagamento em conta corrente titularizada pelo advogado dativo, em banco oficial credenciado pelo Estado do Paraná para fins de depósito.

A fiscalização compete à PGE e à OAB/PR. A lei também estabelece como condições para aprovação do pagamento dos honorários que (i) o advogado nomeado não seja defensor público do Estado do Paraná; (ii) o advogado nomeado conste da relação elaborada pela Seccional; e, (iii) os honorários tenham sido arbitrados na forma da tabela aprovada pela SEFA e PGE. Não faz jus ao pagamento, (i) o advogado dativo que renunciar ou abandonar a causa para a qual foi nomeado, salvo justificativa e respeitada a proporcionalidade dos serviços prestados; e, (ii) o advogado dativo que cobrar, combinar ou receber vantagem e valores de seu assistido, seja a título de honorários advocatícios, taxas, outras despesas, exceto honorários de sucumbência.

O Decreto Estadual 3897, de 13 de abril de 2016, instituiu as hipóteses de adesão ao pagamento administrativo de honorários dativos, bem como esclareceu as normas procedimentais para protocolo do requerimento. Além de requisitos procedimentais, a regulamentação prevê a incidência do desconto fiscal (IRRF), devendo a SEFA promo-

ver a expedição da Declaração do Imposto sobre a Renda Retida na Fonte (DIRF). O Decreto delegou à PGE, ainda, atribuição para edição de normativos necessários à complementação da regulamentação.

A OAB/PR, no âmbito de sua competência, nomeou a Comissão Estadual da Advocacia Dativa, presidida pela Conselheira Estadual Sabrina Maria Fadel Becue, e editou regulamento para a advocacia dativa, por meio do qual estabeleceu que o advogado interessado em se inscrever para prestar as atividades da advocacia dativa deve ser inscrito na Seccional paranaense e estar em dia com suas obrigações estatutárias. Cada advogado pode inscrever-se em até três comarcas, em quantas especialidades desejar (Criminal, Tribunal do Júri, Violência Doméstica e Familiar contra Mulher, Família e Sucessões, Infância e Juventude, Cível).

O impacto da regulamentação da advocacia dativa

A OAB tem por dever institucional defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; e, ainda, promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil (art. 44, incisos I e II, Lei 8906, de 4 de julho de 1994). Nesse mister, respeitada sua competência territorial, a OAB/PR vislumbrou no sis-

tema de advocacia dativa uma oportunidade efetiva de ampliar o acesso à Justiça pela população carente, implantar uma solução eficiente e adequada aos princípios do devido processo para o fluxo regular de processos (principalmente na área criminal) e, em paralelo, dar condições para o aprimoramento da remuneração de milhares de advogados.

Para que se tenha uma dimensão da amplitude do sistema, o primeiro pagamento administrativo foi realizado em novembro de 2016, para saldar 277 pedidos, no valor total de R\$ 212.903,00. Decorrido um ano, os valores decuplicaram. No mês de outubro de 2017, a análise dos pedidos administrativos alcançou autorizações de pagamento² no valor bruto de R\$ 2.284.944,75, para saldar 3.397 pedidos.

A lista de advogados cadastrados que compõe o sistema de consulta e nomeações de defensores para o segundo semestre de 2017 conta com 8.832 profissionais no Estado do Paraná. A cada renovação da lista semestral, constata-se o crescimento no número de advogados cadastrados. A evolução é a seguinte:

4.790 advogados no 1º semestre de 2016

7.648 advogados no 2º semestre de 2016

7.854 advogados no 1º semestre de 2017

8.832 advogados no 2º semestre de 2017

2 (http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Dativos/total_por_advogado_cumulado_com_complementar_de_reconsideracao_outubro_2017.pdf)

A justificar o interesse crescente que os advogados manifestam na integração ao sistema de advocacia dativa – além das dificuldades decorrentes do crescimento exponencial de inscritos a cada exame nacional da OAB – a atual Tabela de Honorários da Advocacia Dativa, veiculada por intermédio da Resolução Conjunta 04/2017 - SEFA/PGE, publicada oficialmente em 06 de outubro de 2017, prevê valores que chegam a se aproximar daqueles estipulados pela Tabela de Honorários Advocatícios do Estado do Paraná, aprovada pela Resolução do Conselho Seccional n. 23/2015.

No âmbito da Procuradoria Geral do Estado, o Decreto 7125, de 12 de junho de 2017 atribuiu à Procuradoria de Honorários da Gratuidade da Justiça – PHG, no âmbito de todo o Estado, “I - representar judicial e extrajudicialmente, ativa e passivamente, o Estado do Paraná em todas as ações judiciais que discutam o pagamento de honorários a advogados dativos e honorários periciais aos beneficiários da gratuidade da justiça, inclusive em ações coletivas, praticando todos os atos não reservados à competência de outra unidade da Procuradoria-Geral do Estado; II - a gestão dos pagamentos extrajudiciais previstos na Lei nº 18.664, de 22 de dezembro de 2015; III - elaborar Cumprimento de Ordem Judicial; IV - emitir informações relativas aos processos sob sua responsabilidade; V - desistir, abster-se de apresentar defesa e recorrer, conciliar e transigir nos termos previstos neste Decreto e em ato do Pro-

curador-Geral do Estado; e, VI - desempenhar outras atividades correlatas.

Esta Procuradoria Especializada, sob a coordenação do Procurador Chefe Luiz Fernando Baldi, é responsável pela organização, análise e encaminhamento do fluxo de processos administrativos para pagamento dos honorários da advocacia dativa.

A remuneração estipulada em patamares condizentes conquistados com especial empenho da OAB/PR, aliada à eficiência no sistema de pagamentos dos pedidos administrativos pela Procuradoria Geral do Estado e pela Secretaria Estadual da Fazenda, além do reconhecimento da relevância do sistema pelos magistrados e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, tem ampliado de maneira significativa o acesso à Justiça e o direito de defesa do jurisdicionado carente no Estado do Paraná.

Por outro lado, até que o regime esteja consolidado, diversos desafios têm sido enfrentados e superados, especialmente no tocante às prerrogativas aplicadas à advocacia dativa no Paraná.

Prerrogativas profissionais dos advogados

As prerrogativas da advocacia decorrem da alçada constitucional de reconhecimento do advogado como indispensável à administração da justiça e de sua inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (art. 133, CF/88). No âmbito infraconstitucio-

nal, a Lei 8906/94 determina que, no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

As prerrogativas são, fundamentalmente, direitos estipulados por lei para resguardar o livre e digno exercício profissional do advogado na defesa dos interesses de seu constituinte, mantendo a mesma posição hierárquica com magistrados e membros do Ministério Público.

Sem prerrogativa não há advocacia. Sem prerrogativa, o acusado não poderia exercer o inegável direito de confessar-se em sigilo ao seu advogado; sem prerrogativa, a família da vítima não teria segurança de que seu advogado teve acesso a todos os elementos de investigação em busca da solução do crime e punição dos culpados; sem prerrogativa, o advogado público não poderia confrontar a autoridade governamental que pretenda praticar ou esteja praticando maus feitos; sem prerrogativa, o cidadão emudece na falta de cidadania e o Estado sucumbe na ausência de democracia.

As prerrogativas profissionais se estendem ao advogado que atua como profissional liberal, ao componente da sociedade de advogados, ao associado, ao advogado empregado; ao advogado público e ao advogado privado; ao advogado que trabalha sozinho em seu escritório e ao advogado que compõe uma grande banca de advocacia; ao advogado da União, ao procurador da Fazenda Nacional, ao defensor público, ao procurador e ao consultor jurídico do Estado, do Distrito Federal

e do Município, ao advogado das entidades da administração indireta e fundacional; ao advogado que atua mediante remuneração e ao advogado que atua *pro-bono*; ao advogado constituído por seu cliente e ao advogado dativo.

Como se vê, a defesa das prerrogativas está intrinsecamente ligada ao direito constitucional ao devido processo legal³ e à observância dos princípios da ampla defesa⁴ e do contraditório, que não se excepcionam nas hipóteses de nomeação do advogado dativo. Ao contrário, deve se coadunar com a previsão constitucional inserida no artigo 5º, inciso LXXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

No âmbito criminal, o Código de Processo Penal regula a nomeação do advogado dativo:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

3 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 termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

4 Como bem define o Ministro Celso de Mello, o direito de defesa está assegurado “quando se enseja ao réu, permanentemente assistido por defensor técnico, seu exercício em plenitude, sem a ocorrência de quaisquer restrições ou obstáculos, criados pelo estado, que possam afetar a cláusula inscrita na carta política” (STF. HC 67.923. DJ 10.08.1990).

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Art. 262. Ao acusado menor dar-se-á curador.

Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação. Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.

No âmbito do processo civil, a nomeação se dá primordialmente de acordo com o previsto na Lei 13105/2015 e dos dispositivos remanescentes da Lei 1060/1950.

Este o cenário sobre o qual o sistema está estruturado e se assentam as prerrogativas relacionadas com a advocacia dativa, algumas das quais serão adiante exploradas, por constituírem matérias encampadas pela OAB/PR, por intermédio da Câmara de Direitos e Prerrogativas, da Comissão de Advocacia Dativa e da Comissão de Defesa dos Honorários Advocáticos.

Na lição do Min. Gilmar Ferreira Mendes⁵:

A advocacia não pode ser compreendida na sua essência, sem que se aluda à entidade que se ocupa dessa atividade, a Ordem dos Advogados do

5 FERREIRA MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 1019.

Brasil. A Ordem dos Advogados é instituição com histórico de participação decisiva em movimentos cívicos e democráticos. A sua importância foi reconhecida pelo constituinte, que, por exemplo, nomeou o Conselho Federal da OAB titular do poder de provocar a fiscalização abstrata de leis perante o STF. No Supremo Tribunal Federal, foi dito que ‘a OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro’. Acrescentou-se que ‘a Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.’ (ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 29.9.2006).”

Assim o é, no âmbito da Seccional paranaense da OAB, no tocante às prerrogativas da advocacia dativa.

Remuneração do advogado dativo

Como já se afirmou, a atuação da advocacia dativa é subsidiária à Defensoria Pública. Não obstante, em razão da abrangência restrita da Defensoria Pública estadual, a atuação da advocacia dativa é francamente majoritária no âmbito das comarcas do Poder Judiciário paranaense.

Não obstante, a despeito de sua indispensabilidade e da relevância para o sistema de Justiça, posições isoladas da doutrina e da jurisprudência defendem que a atuação do

advogado dativo não poderia ser remunerada pelo Estado (v.g. TOURINHO Fo., Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 2. 35^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 587). A opinião lastreia-se na natureza de *munus* público atribuída à função do defensor dativo.

Ocorre que essa característica não se limita ao advogado dativo. Todo advogado, no seu ministério privado, presta serviço público e exerce função social. De outro lado, não seria coerente, ou mesmo razoável, impor proibição de escusa salvo justo motivo ao advogado nomeado (art. 264, CPP, art. 34, XII, EAOAB), colocando sobre as suas costas a carga de suprir a abstenção do Estado no cumprimento de sua obrigação constitucional (art. 5^o, LXXIV, CF/88).

A posição amplamente prevalente sobre esse ponto é favorável ao pagamento de honorários ao advogado dativo, conforme orientação sintetizada por Damásio de Jesus⁶, remetendo inclusive a precedentes que antecedem a vigência da Constituição Federal de 1988:

“Honorários devidos ao defensor dativo de réu pobre. Obrigação de pagamento pelo Estado (STF, RECrim 103.952, 2^a Turma, em 13.9.85, DJU 4.10.85, p.17207; RECrim 106.806, 2^a Turma, em 17.9.85, DJU 4.10.85, p. 17211. Vide art. 22. Par. 1^o, da Lei 8906/94)”

6 JESUS, Damásio. Código de Processo Penal Anotado. 13^a ed. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 803. Opinião compartilhada por Julio Fabrini Mirabete, também remetendo a precedentes anteriores à Constituição Federal de 1988 (MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal. 10^a ed. São Paulo: Atlas. 2000. p. 343).

Esta linha de orientação não se alterou, como confirmam julgados mais recentes lavrados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça:

EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Processo criminal. Réu pobre. Defensor dativo. Nomeação. Honorários de Advogado. Verba devida pela Fazenda Estadual. É devida pela Fazenda Estadual a verba honorária aos defensores dativos nomeados em processos criminais para prestarem serviços de atribuição do Estado. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. (RE 225651 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 16/12/2004, DJ 04-03-2005 PP-00020 EMENT VOL-02182-04 PP-00584).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DEFENSOR DATIVO. INSUFICIÊNCIA DE DEFENSORES PÚBLICOS. NOMEAÇÃO PELO JUÍZO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. ÔNUS DO ESTADO. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vi-

gência do CPC/73. II. Trata-se, na origem, de Ação de Cobrança de honorários, ajuizada pela parte agravada contra o Estado de Pernambuco, em face da nomeação do autor para atuar como defensor dativo. O acórdão do Tribunal de origem manteve a sentença que julgara procedente o pedido, para condenar o Estado de Pernambuco ao pagamento de honorários de advogado, no valor de R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais), fixados em decorrência da atuação do autor, como defensor dativo, em várias demandas. III. Não há falar, na hipótese, em violação aos arts. 458 e 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida. IV. Na forma da jurisprudência do STJ, pertence ao Estado o ônus pelo pagamento de honorários advocatícios ao curador especial, quando não houver ou for insuficiente o número de Defensores Públicos - como no caso -, entendimento que se aplica, por analogia, à hipótese vertente. Assim, estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, afigura-se acertada a decisão ora agravada, que, com fundamento na Súmula 568 do STJ, obsteu o processamento do Recurso Especial, no ponto. V. Ainda consoante a jurisprudência do STJ, “a decisão judicial que arbitra honorários advocatícios a defensor dativo possui natureza de

título executivo, líquido, certo e exigível, na forma dos arts. 24 do Estatuto da Advocacia e 585, V, do CPC independentemente da participação do Estado no processo e de apresentação à esfera administrativa para a formação do título. Sendo que “em obediência à coisa julgada, é inviável revisar, em sede de embargos à execução, o valor da verba honorária fixada em sentença com trânsito em julgado.” (AgRg no REsp 1.370.209/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 14/06/2013)” (STJ, AgRg no REsp 1.537.336/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/09/2015). VI. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1038066/PE, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017).

PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AGRAVOS NO RECURSO ESPECIAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. DEFENSOR DATIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OAB. TABELA DE HONORÁRIOS. PAGAMENTO. PROPORCIONALIDADE ENTRE SECCIONAIS. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. AFRONTA. ALEGAÇÃO. ANÁLISE. INVIABILIDADE. 1. Interpostos dois agravos de idêntico teor, contra a mesma decisão, o segundo recurso (petição n. 317315/2016, e-STJ fls. 379/398) não deve ser conhecido, haja vista a preclusão consumativa e o princípio da unirrecorribilidade das decisões. 2.

O defensor dativo tem direito aos honorários fixados pelo magistrado e pagos pelo Estado de acordo com os valores mínimos estabelecidos na tabela da Ordem dos Advogados do Brasil da respectiva Seccional. Precedentes. 3. É inviável a análise da alegada desproporcionalidade entre os valores tabelados pela Seccional de Santa Catarina em relação aos praticados em outros Estados, em virtude da necessidade de reexame dos elementos fáticos da lide. Incidência da Súmula 7/STJ. 4. Em recurso especial não se analisa a alegada afronta a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Segundo agravo não conhecido. (AgInt no REsp 1544484/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016).

Como se constata pelo julgado acima citado, não apenas os honorários do advogado dativo são devidos pelo Estado, como deve ser observada a tabela estabelecida pela respectiva Seccional da Ordem do Advogados do Brasil. Outros precedentes contemplam a posição no Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.615.276. Rel. Min. Ribeiro Dantas. 5ª Turma. DJE 17.02.2017; AgRg no REsp 1.534.898. 6ª Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17.09.2015).

No Paraná, a primeira tabela da advocacia dativa apresentada por intermédio da Resolução Conjunta PGE/SEFA 05/2016 não alcançou concordância do Con-

selho Seccional da OAB/PR, na forma do artigo 5º, par. 1º, da Lei Estadual 18664/2015. A concordância veio a partir da Resolução Conjunta PGE/SEFA 13/2016, resultado de ampla deliberação da OAB – Seção do Paraná com a Procuradoria Geral e com o Governo do Estado, por intermédio da Secretaria da Fazenda.

Não se ignoram posições isoladas em primeiro e segundo grau de jurisdição, no sentido de que a tabela de honorários estabelecida pela Seccional da OAB é meramente orientadora, que a remuneração ao advogado dativo poderia se dar por arbitramento com base no artigo 85 do CPC (ou do anterior artigo 20 do CPC/1973) e/ou que o juiz teria liberdade para arbitrar os honorários de acordo com seu convencimento.

Entretanto, é preciso ter em consideração que se tratam de duas tabelas diferentes. A primeira, unilateralmente estipulada pelo Conselho Seccional, tem aplicação para o advogado constituído, que contrata seus honorários com o cliente; a segunda, editada pelo Poder Público estadual mediante concordância prévia do Conselho Seccional, tem aplicação para o advogado dativo. Ambas passam pela deliberação do Conselho Pleno da Seccional da OAB, mas cada uma tem origem, natureza, função e finalidade distintas.

A tabela da advocacia dativa tem previsão na lei estadual de regência (art. 5º, par. 1º). A norma estabelece que o magistrado fixará os honorários “de acordo com a tabela elaborada por resolução conjunta”. A tabela da ad-

vocacia dativa não se constitui em ato unilateral da OAB/PR, para o qual se poderia – em tese – reconhecer caráter orientativo; trata-se de norma infralegal de origem estatal, natureza pública e cogente, função diretamente vinculada à legislação estadual que regula a remuneração dos advogados dativos e finalidade de atribuir segurança jurídica tanto para os profissionais se inscrevem no sistema de advocacia dativa, quanto para o Estado que estima as despesas orçamentárias.

Neste cenário, a mensuração a cargo do magistrado se faz considerando os limites mínimos e máximos previstos da própria tabela, o que se recomenda seja feito, quando aplicáveis, considerando os critérios (e não os limites percentuais) do art. 85, par. 2º, do CPC.

A observância dos limites impostos pela tabela da advocacia dativa foi, inclusive, recentemente reconhecida pela Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Paraná, após reunião⁷ realizada com a Diretoria da OAB e a Procuradoria do Estado do Paraná. Extrai-se da decisão expedida pelo Des. Rogério Kanayama, Corregedor Geral de Justiça, no Pedido de Providências protocolado pela OAB/PR (SEI 0065814-87.2017.8.16.6000):

Em relação à fixação dos honorários dos advogados dativos pelos Magistrados, não se pode olvidar que também deve se dar de acordo com a Tabela elaborada pela Procuradoria Geral do Estado / Se-

⁷ <http://advocaciadativa.oabpr.org.br/corregedoria-orienta-magistrados-sobre-nomeacoes-e-tabela-de-honorarios-da-advocacia-dativa.html>

cretaria da Fazenda Estadual, com a prévia concordância da OAB Paraná.

A referida tabela, elaborada pelos órgãos competentes, fixa valores mínimos e máximos para cada ato, estabelecendo a justa remuneração pela atividade exercida pelos advogados dativos, que, de antemão, já sabem os limites dos valores a serem recebidos, o que contribui, como destacado, com a previsibilidade e transparência para a fonte pagadora (Estado do Paraná). Nesse sentido, a discricionariedade dos julgadores na fixação do montante devido a título de honorários dativos gira entre os limites mínimo e máximo de cada ato, de acordo com os critérios legais e o princípio da razoabilidade, levando-se em conta, a exemplo dos critérios fixados pelo Conselho da Justiça Federal na Resolução n. 305 de 2014, o seguinte: i) o nível de especialização e a complexidade do trabalho; ii) a natureza e a importância da causa; iii) o grau de zelo profissional; iv) o trabalho realizado pelo advogado; v) o lugar da prestação do serviço; e vi) o tempo de tramitação do processo.

Ainda, não se pode ignorar que a Lei Estadual n. 18.664/2015 apresenta como requisitos para aprovação, pela Procuradoria Geral do Estado, do pagamento de honorários pela via administrativa (ou seja, sem necessidade de acionar o Poder Judiciário), a estrita observância da lista elaborada pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná, e o arbitramento da verba dentro dos parâmetros fornecidos. Ou seja, a não observância a esses comandos pode ensejar consequências negativas

para o recebimento dos valores pelo advogado, com possível ajuizamento de ações voltadas à cobrança dos valores e discussão dos motivos sobre o não pagamento na via administrativa, com reflexos na atuação do Poder Judiciário, sem se falar na perda de eficácia e do sentido da norma.

Em resumo, a remuneração ao advogado dativo é devida pelo Estado, e deve ser estipulada pelo magistrado nos estritos limites da tabela aprovada pela PGE/SEFA mediante concordância prévia da OAB/PR.

Ordem da lista de nomeação

Em observância dos princípios da publicidade, impessoalidade e isonomia, a organização da lista de inscrição dos advogados dativos pela OAB/PR é amplamente divulgada e aberta simultaneamente para todas as comarcas e especialidades. A posição do advogado na lista segue rigorosamente a ordem de inscrição, que é realizada eletronicamente pelo site da Seccional.

A lei estadual determina que a nomeação obedecerá à ordem de inscrição contida na relação, podendo ser repetida, desde que observada a mesma ordem (art. 6º, par. 2º). Duas considerações emergem neste ponto: a primeira, não há discricionariedade judicial para nomeação de advogados que não estejam inscritos na lista; e, a segunda, a nomeação fora da ordem só se admite excepcional e justificadamente.

Com todo respeito a posições divergentes, ao nosso entender não prevalece a alegação de que o Magistrado teria discricionariedade para nomear a seu talante, por se tratar de nomeação vinculada à confiança do juiz. Aqueles que defendem essa posição aproximam o advogado dativo à figura do perito judicial.

No entanto, o regime jurídico a que se submete o perito judicial é completamente distinto do aplicado ao advogado dativo. A similitude se esgota no fato de ambos serem nomeados pelo magistrado.

A relação de confiança que permite ao magistrado definir o perito que pretenda nomear decorre do fato de o perito ser assistente do juiz, subsidiando-o de conhecimentos técnicos e científicos destinados à análise das provas produzidas no processo. Aplicam-se ao perito os motivos de impedimento e suspeição, pois é considerado um sujeito imparcial do processo (arts. 148, 156, par. 4º e 467, CPC e arts. 112 e 280 do CPP).

O advogado dativo não está no rol de auxiliares da Justiça (art. 149, CPC). Ao contrário, o artigo 31, par. 1º do EAOAB determina que o advogado – não importa se contratado ou dativo – “no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”; e o par. §2º impõe ao advogado: “Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.”

De acordo com a linha de orientação do Superior Tribunal de Justiça:

“O advogado não é mero defensor de interesses privados. Tampouco é auxiliar do juiz. Sua atividade como ‘particular em colaboração com o Estado’, é livre de qualquer vínculo de subordinação para com magistrados e agentes do Ministério Público (STJ, MS 1.275/91, Rel. Humberto Gomes de Barros, RDA 189:283).

Como se vê, o argumento de confiança do magistrado com o defensor dativo – e o exemplo que o aproxima do perito judicial – não guarda pertinência com a legislação processual, nem tampouco com a jurisprudência.

Retomando a questão na perspectiva da lei estadual, o tema da obrigatoriedade de observância da ordem da lista de inscrição foi abrangido também pela Corregedoria Geral de Justiça, na decisão anteriormente citada:

Ademais, acerca da listagem com a ordem de nomeação dos advogados, não há margem de discricionariedade por parte dos Juízes, que devem seguir a sequência prevista, salvo situações excepcionais a serem devidamente justificadas pelo Magistrado em cada caso concreto e desde que posteriormente se retome, de forma diferida, a nomeação daquele profissional que outrora e justificadamente se deixou de fazer. Nesse sentido já houve orientação desta Corregedoria Geral no SEI n. 51722-07.2017.8.16.6000: (...).”

A fim de reduzir as hipóteses de excepcionalidade, a Seccional da OAB, na Capital, e as Subseções da OAB, nas comarcas do Interior, em coordenação com os Magistrados e respectivas as Secretarias, tem desenvolvido sistemas de plantão abrangendo os advogados inscritos nas listas e que manifestem interesse em permanecerem à disposição em determinados períodos. A premissa, sempre, deve ser o respeito à inscrição e a ausência de privilégio ou direcionamento.

É sempre preciso lembrar que a origem da remuneração aos advogados dativos é verba pública, sujeita aos princípios regentes da Administração Pública brasileira e sujeita a fiscalização dos órgãos de controle, dos entes administrativos, do Tribunal de Justiça, da PGE e da OAB/PR. Pelo princípio da transparência, todos os pagamentos devem ser objeto de publicidade, com identificação de valores, períodos, magistrados responsáveis pela nomeação e respectivos advogados beneficiários.

Neste sentido, inclusive, o Ofício Circular expedido aos magistrados por força da decisão da Corregedoria Geral de Justiça determina:

Conforme decisão proferida no expediente SEI sob n. 0065814-87.2017.8.16.6000, referente ao pedido de providências efetuado pelo Dr. José Augusto Araujo de Noronha, D. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná, oriento-os acerca da necessidade de que: i) sejam seguidas todas as diretrizes da Lei Estadual n. 18.664/2015 para a nomeação judicial de advogados dativos no Estado do Paraná e fixação de honorários decor-

rentes dessa atividade; ii) quando solicitadas pela Procuradoria Geral do Estado ou pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná no controle ou fiscalização dessa atividade, disponibilizem as informações buscadas ou os meios para que possam obtê-las.

Para facilitar os procedimentos de nomeação com observância da ordem de inscrição, a OAB/PR desenvolveu um sistema⁸ com acesso remoto disponível aos magistrados, por meio do qual é possível promover as nomeações por comarca e especialidade. A OAB/PR pleiteou ao Tribunal de Justiça do Paraná a inclusão desse sistema diretamente no Projudi, de modo a tornar mais ágil a nomeação dos advogados dativos, com registros integrados no próprio sistema.

Trata-se, antes de tudo, de proteger o patrimônio público e preservar um sistema eficiente que está direcionado a solucionar a importante demanda de acesso ao Poder Judiciário. Essas as relevantes razões para rigorosa observância da nomeação incidir exclusivamente sobre advogados inscritos e obedecer a respectiva ordem de inscrição.

Exigência de procuração

Com certa frequência, a Câmara de Direitos e Prerogativas da OAB/PR recebe pedidos de providências de

8 <http://advocaciadativa.oabpr.org.br/lista-de-advogados-dativos>

advogados relatando terem recebido determinação judicial de apresentação de procuração a si outorgada pelo jurisdicionado assistido no âmbito da advocacia dativa.

A Comissão de Advocacia Dativa emitiu parecer subscrito por sua Presidente – Conselheira Sabrina Becue – sobre o tema, homologado pela Câmara de Direitos e Prerrogativas, com o seguinte conteúdo:

Não há qualquer dúvida que a nomeação de advogado dativo decorre sempre e exclusivamente de ato judicial. Segundo o ordenamento pátrio, a nomeação é de competência privativa do Poder Judiciário, não podendo, portanto, ser delegada para terceiros. A competência privativa do magistrado está afirmada no âmbito do processo civil (regra similar ao CPC/732) e também do processo penal, sendo reiterada pela legislação que disciplina a advocacia dativa no âmbito da Justiça Estadual Paranaense.

Por sua vez, é comezinho que a procuração é mero “instrumento do (contrato de) mandato” (art. 653, CC), sendo este um contrato típico e regido pelo Código Civil. O mandato judicial, espécie daquele, é disciplinado pelo Código Civil (art. 692), pelo CPC e ainda pelo EOAB e Código de Ética e Disciplina da OAB. Todavia, enquanto contrato, o mandato – judicial ou extrajudicial – se alicerça na livre manifestação da vontade dos contraentes: mandante e mandatário.

Daí porque a renúncia do advogado (mandatário) exige a comunicação do cliente (mandante)⁵, da mesma forma que o mandante ao revogar o man-

dato outorgado ao advogado assume o ônus de constituir novo procurador, sob pena de, no âmbito do processo civil, o processo ser extinto ou prosseguir à sua revelia (art. 75)⁶ ; enquanto que no âmbito do processo penal, ausente o advogado escolhido pelo acusado, o juiz lhe nomeará um defensor dativo (se não for possível a representação via Defensoria Pública)⁷ . De toda forma, o contrato de mandato é consensual, ou seja, as partes são livres para eleger seu mandatário, para revogar ou renunciar os poderes. A advocacia dativa, por sua vez, cumpre um munus público, qual seja, atender ao comando constitucional que assegura assistência jurídica gratuita e integral à população carente (art. 5º, LXXIV, CF), quando ausente ou insuficiente o quadro da Defensoria Pública, além do direito de ampla defesa no âmbito do processo penal (art. LV, CF c/c art. 261, CPP). Por esta exclusiva razão, o advogado não pode, salvo justo motivo, recusar ou renunciar a nomeação como defensor dativo (art. 34, XII, EOAB e art. 264, CPP). De outro norte, o assistido não tem o direito de escolher seu advogado dativo ou, por sua livre vontade, destituí-lo ou substituí-lo por outro advogado dativo da sua preferência. Em consonância com a garantia constitucional, o Estado-Juiz goza, como dissemos, de competência privativa para nomear o advogado dativo e, após a edição da Lei Estadual 18.664/2015, esta atividade passou a ser vinculada às normas dispostas neste diploma. Em suma, não há nenhum traço de consensualismo na relação entre advogado dativo e seu assistido que permita a outorga de procuração, uma vez

que a natureza jurídica da advocacia dativa não se confunde com o contrato de mandato judicial. Qualquer exigência para que o advogado dativo firme instrumento de procuração com seu assistido caracteriza, portanto, ato antijurídico e que viola frontalmente os dispositivos mencionados acima. Assevera-se, por fim, que a inexistência de relação contratual – consubstanciada em procuração – em nada diminui a reponsabilidade ético-profissional do advogado frente ao assistido. Os deveres do advogado estão dispostos no EOAB como corolário do exercício profissional, quer seja ele privado, decorrente de nomeação judicial ou pró-bono, contencioso ou consultivo.

A jurisprudência é farta nesse tema, demonstrando a desnecessidade da procuração e/ou a suficiência do ato judicial de nomeação para comprovar a representação pelo advogado dativo:

No processo penal não se exige a obrigatoriedade de instrumento para comprovar a defesa do acusado” (HC n. 166.141/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 3/9/2015).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO OU NOMEAÇÃO. SÚMULA 115/STJ. NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA. EQUIPARAÇÃO COM A DEFENSORIA PÚBLICA. DESCABIMENTO. 1. Segundo a orientação da jurisprudência deste Tribunal Superior, o advogado integrante do Núcleo de Prática Jurídica não está dispensado de apresentar

a procuração ou ato de nomeação judicial, por ausência de previsão legal, visto que somente é equiparado à Defensoria Pública no tocante à intimação pessoal dos atos processuais (AgRg no AREsp n. 780.340/DF, Quinta Turma, Ministro Gurgel de Faria, DJe 4/2/2016). 2. No caso de Núcleo de Prática Jurídica ou de advogado dativo, embora prestem relevantes serviços, não existe previsão legal semelhante. Por essa razão, seus poderes de representação em juízo dependem de procuração ou nomeação, na qual não basta a indicação do Núcleo de Prática - pois este não possui capacidade para receber nomeação ou mandato -, sendo necessária a especificação do advogado a quem são atribuídos os poderes de representação. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 878.281/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 05/09/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL PENAL. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DO DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE DESPACHO OU ATO DE NOMEAÇÃO DO CAUSÍDICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 115/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em se tratando de advogado dativo, desnecessária a juntada de procuração outorgada pelo réu, sendo suficiente a juntada de cópia do ato que o nomeou como procurador da parte, equivalendo este, para fins de representação processual, à procuração.

2. A ausência de juntada do ato de nomeação do advogado dativo importa em não conhecimento do agravo de instrumento por irregularidade formal, nos termos da Súmula 115/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1341141/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 16/09/2013)

A juntada de procuração para os atos gerais, inclusive, não é apenas desnecessária; pode ser prejudicial. A outorga de instrumento de mandato antecedida da nomeação judicial pode fazer presumir ter sido entabulada alguma forma de contratação com o advogado dativo, circunstância que, em tese, pode gerar persecução disciplinar ou prejudicar o pagamento administrativo posterior.

Portanto, a outorga de procuração fica adstrita apenas às hipóteses em que seja requisito essencial para o exercício de poderes especiais e não seja considerada como desnecessária diante do ato de nomeação judicial.

Conclusões

1. O sistema paranaense de advocacia dativa, subsidiário da Defensoria Pública e integrado pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná, Procuradoria Geral do Estado, Tribunal de Justiça e Secretaria do Estado da Fazenda, constitui o mais relevante e abrangente mecanismo de acesso à Justiça pelos jurisdicionados economicamente necessitados.

2. A aderência dos advogados ao sistema de advocacia dativa é crescente e demanda especial cuidado da Seccional do Paraná na defesa das prerrogativas profissionais, por meio da Câmara de Direitos e Prerrogativas, subsidiada principalmente pela Comissão de Advocacia Dativa e pela Comissão de Defesa dos Honorários Advocatícios.

3. A remuneração ao advogado dativo é devida pelo Estado e deve ser estipulada pelo magistrado nos estritos limites da tabela aprovada pela PGE/SEFA mediante concordância prévia da OAB/PR. A tabela da advocacia dativa é norma infralegal de origem estatal, natureza pública e cogente, função diretamente vinculada à legislação estadual que regula a remuneração dos advogados dativos e finalidade de atribuir segurança jurídica tanto para os profissionais se inscrevem no sistema de advocacia dativa, quanto para o Estado que estima as despesas orçamentárias.

4. A nomeação judicial para advocacia dativa deve incidir exclusivamente sobre advogados inscritos na lista semestral vigente e observar a ordem de inscrição, em respeito aos princípios da impessoalidade e isonomia, com objetivo de proteger o patrimônio público e preservar um sistema eficiente que está direcionado a solucionar a importante demanda de acesso ao Poder Judiciário.

5. De acordo com os princípios já elencados, aliados ao princípio da transparência, a legislação estadual determina e a Corregedoria Geral de Justiça do Paraná orienta os magistrados a disponibilizar à Ordem dos Advogados do

Brasil – Seção do Paraná e à Procuradoria Geral do Estado as informações necessárias para fiscalização do cumprimento da ordem de nomeação e dos honorários atribuídos aos advogados dativos.

6. A juntada de procuração para os atos gerais não é compatível com a nomeação do advogado dativo e não pode ser exigida pelo magistrado; sua coleta e juntada aos autos não é apenas desnecessária, mas pode gerar interpretação prejudicial ao advogado dativo.

7. A OAB/PR segue firme no seu propósito de proporcionar melhores condições de trabalho para a advocacia paranaense, sempre aberta ao diálogo institucional em favor do aprimoramento do sistema de Justiça no Paraná.

A CONSTRUÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Letícia de Souza Baddauy

Advogada. Professora de Direito Processual Civil e Arbitragem na Universidade Estadual de Londrina. Professora colaboradora da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Membro do Chartered Institute of Arbitrators, do Comitê Brasileiro de Arbitragem e do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Mestre em Direito Processual Civil.

Resumo: O trabalho primeiramente aborda a relação entre democracia e processo, especialmente sob o enfoque da participação dos sujeitos processuais, segundo modelos de rigidez e flexibilidade procedimental. A seguir, faz-se uma breve apresentação do instituto da arbitragem, como meio adequado de solução de conflitos. Ao final, analisa-se como é construído o procedimento arbitral a partir das premissas anteriormente estabelecidas, esclarecendo quais são as fontes de criação das regras procedimentais no juízo arbitral, e demonstrando sua flexibilidade, com enfoque na lei brasileira de arbitragem (Lei 9307/96).

Palavras-chave: arbitragem – juízo arbitral - procedimento arbitral – flexibilidade do procedimento – participação processual

1. Participação e processo: noções gerais

O ordenamento jurídico é constituído por normas jurídicas emanadas das diversas esferas que compõem o Poder do Estado (Administração, Parlamento e Judiciário). Na concepção dualista do ordenamento, a sentença é parte integrante deste. Ela expressa, segundo a clássica lição *chiovendiana*, a atuação da vontade concreta da lei. Enquanto o legislador elabora a norma geral e abstrata, o juiz, por meio da sentença de mérito, apresenta a norma individual e concreta.¹ Portanto, a sentença é ato de manifestação do poder estatal.

Considerando que, na Democracia, todo poder emana do povo e em seu nome é exercido (art. 1º, p.u., CF), é evidente a imposição constitucional de participação popular na construção do ordenamento. Logo, na elaboração tanto das leis, quanto dos atos administrativos e jurisdicionais².

1 Não se pretende aqui defender a figura do juiz “boca da lei”, mas sim apresentar a questão de forma didática suficiente para se tratar da participação no processo jurisdicional; ciente, contudo, de que ao interpretar/aplicar a lei o juiz confere sentido ao texto normativo do legislador. Este problema, porém, é afeto a Teria Geral do Direito e extrapola os limites deste trabalho.

2 Opta-se, desde logo, pela adoção neste item da expressão *jurisdicional*

Esta participação é facilmente percebida quando se trata do processo legislativo ou administrativo (elaboração das leis e normas administrativas), em razão de os representantes do povo serem eleitos para cargos do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Entretanto, no sistema pátrio, em que não há eleição para escolha dos magistrados para que sejam investidos da função jurisdicional, a participação popular na elaboração da decisão judicial dá-se especialmente por meio do exercício do contraditório. Perante o juízo arbitral vai-se além. As próprias partes escolhem seu julgador, conforme prevê o artigo 13 da Lei 9307/96. Esta escolha é considerada uma das vantagens da arbitragem em relação ao juízo estatal.

A participação popular na formação da decisão jurisdicional vai além do exercício do contraditório, expandindo-se para hipóteses de atuação de terceiros (*amici curiae*), realização de audiência pública, entre outras. No que interessa ao objeto deste estudo, destaca-se o exercício desta participação na própria construção do método pelo qual se chega à solução da controvérsia, ou seja, na construção do processo e de seu procedimento. Fica claro, portanto, que, sob esse aspecto, um procedimento é menos ou mais democrático, conforme se adote um sistema de rigidez ou de flexibilidade pro-

(e não *judicial*) para referência às decisões, pois o ora exposto é aplicável tanto ao processo judicial quanto ao processo arbitral. Ciente, entretanto, das ainda presentes divergências de entendimento quanto à natureza jurisdicional da arbitragem.

cedimental. Nas palavras do professor da Universidade de Florença:

“La prospettiva che si affaccia per prima alla mente è quella che nella dottrina tedesca è chiamata formelle Prozessleitung, la “direzione formale” del processo. Essa è diretta ad approfondire la distinzione tra processi rigidi e processi flessibili a seconda che la disciplina della sequenza procedimentale sia affidata alla legge, al potere discrezionale del giudice, all’autonomia delle parti ovvero, come di solito accade, ad una miscela più o meno equilibrata tra queste tre componenti”.³

Neste ponto, chega-se ao cerne da questão em termos de procedimento arbitral: autonomia das partes, como será tratado adiante.

A rigidez procedimental é em geral associada à garantia de segurança jurídica. Um procedimento rígido é um procedimento inteiramente regulado pela lei. No sistema de rigidez não há espaço para o julgador ou para as partes tomarem qualquer decisão em relação a suas regras. Desta forma, os sujeitos do processo têm total previsibilidade em relação às regras que terão de adotar e respeitar durante a duração do processo. É fácil notar que essa sistemática não se coaduna com o instituto da arbitragem, todo pautado na liberdade proporcionada pela autonomia privada, conforme se verá. Em geral, rigidez procedimental é típica do processo judicial. Ainda assim,

3 Caponi, Remo. *Rigidità e flessibilità del processo civile*, p. 823.

pode sofrer temperamentos. O regime do Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo, traz abertura para flexibilização do procedimento, tanto por parte do juiz (art. 139, VI, CPC), quanto, e ainda mais, pelas partes, ao adotar a cláusula geral autorizadora de convenções processuais (art. 190, CPC)⁴.

Salienta-se que a flexibilização do procedimento não autoriza o abandono da previsibilidade, condição necessária para um processo justo e isonômico. Porém, a previsibilidade do procedimento não precisa necessariamente estar assegurada tão somente pela lei. Quando as próprias partes envolvidas no litígio criam as regras procedimentais a que se sujeitarão, certamente não se fere a segurança jurídica. Mais do que respeito à autonomia privada, meramente sob a ótica de sua capacidade de ser sujeito de direito, essa possibilidade revela respeito à autonomia do indivíduo enquanto cidadão capaz de participar da condução do processo que tenha por objeto um alegado direito seu. Ainda, permitindo que as partes escolham as normas aplicáveis para a solução da controvérsia, “*o ordenamento jurídico brasileiro estimula um processo de empoderamento dos jurisdicionados*”⁵.

4 O artigo 190 do CPC/15 teve por inspiração (além da experiência estrangeira) os resultados positivos da flexibilidade do procedimento arbitral, constatados ao longo da vigência da Lei 9307/96, que completou 20 anos em 23 de setembro de 2016.

5 Mazzei, Rodrigo e Chagas, Bárbara Seccato Ruis. *Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem*, p. 671.

Compreendidas essas premissas, cabe agora adentrar especificamente o campo da arbitragem.

2. Arbitragem: autonomia privada e colaboração das partes

Arbitragem é um meio de solução de conflitos jurídicos fora da esfera do Poder Judiciário. Integra o rol dos chamados meios adequados, ou meios alternativos, de solução de conflitos⁶. No Brasil, encontra-se regulada pela Lei 9307/96 (Lei de Arbitragem - LArb), com as alterações introduzidas pela Lei 13129/15, conhecida como *reforma da lei de arbitragem*. Para que o juízo arbitral possa ser adotado pelas partes, é preciso seguir as regras de arbitrabilidade previstas no artigo 1º da Lei de Arbitragem. Assim, do ponto de vista subjetivo (arbitrabilidade subjetiva), é preciso que as partes possam se submeter à arbitragem; enquanto sob o aspecto objetivo é preciso que o litígio verse sobre direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva). Importante ressaltar que o árbitro, pessoa escolhida pelas partes e de confiança destas, é o juiz de fato e de direito da causa submetida à arbitragem (art. 18, LArb). O árbitro exerce a função jurisdicional, sendo sua decisão tipificada como título executivo judicial (art. 515,

⁶ A expressão *meio adequado* tem sido defendida em razão de as vantagens e sucesso da arbitragem não decorrerem de uma ineficiência do Poder Judiciário, mas sim por se tratar de um meio com métodos próprios, que estariam aptos a trazer mais efetividade à prestação da tutela jurisdicional para determinados casos. Não haveria, assim, uma hierarquia entre os meios de solução de conflitos, mas sim uma relação de complementariedade.

VII, CPC), exequível perante o Poder Judiciário, vez que aquele não tem poder coercitivo (execução), mas apenas de acerto do direito (cognição).

Embora a arbitragem seja atividade jurisdicional, isso não significa a adoção, em seu âmbito, de todas as regras do processo judicial. Em sentido até oposto, existem arbitralistas que inclusive enfatizam uma verdadeira dicotomia entre processo judicial e arbitragem, manifestando discordância em constar do Código de Processo Civil qualquer referência à arbitragem, como já se manifestou Luís Olavo Baptista⁷. Em outro sentido, Cândido Rangel Dinamarco apresenta sua obra *A arbitragem na teoria geral do processo* como *Um diálogo com os arbitralistas*.⁸ Nota-se que a postura metodológica difere entre exímios estudiosos em cada uma das áreas. Pensamos que a interação entre o processo judicial e o arbitral não pode ser desprezada, sob pena de afastar-se a própria conquista do entendimento de ser jurisdicional a atividade do árbitro. Nas palavras de Eduardo de Albuquerque Parente:

“Falar de processo arbitral significa equivaler as esferas estatal e arbitral como mecanismos jurisdicionais nos quais juiz e árbitro exercem mesmas

7 Em sua exposição de abertura da Conferência Latinoamericana de Arbitragem – CLA (Curitiba/PR, 18 de junho de 2015). Em sentido contrário, pregando a necessária interação entre arbitragem e processo judicial, temos, entre outros, Flávio Luiz Yarshell, conforme sua manifestação no Painel Meios Alternativos de Solução de Conflitos, nas XI Jornadas de Direito Processual (Porto de Galinhas/PE, 16 de setembro de 2016).

8 Obra citada, p. 13.

funções: serem julgadores de fato e de direito, dizerem o direito, em movimento alinhado com a própria natureza jurídica da arbitragem”⁹

São apontados costumeiramente como atrativos da adoção do juízo arbitral: especialidade do julgador, confidencialidade, celeridade e flexibilidade do procedimento, que possibilita sua modulação à luz do direito material controvertido. A flexibilidade tende a inibir o exagero nas discussões processuais, proporcionando um maior enfoque no mérito da controvérsia. Assim, contribui com a própria celeridade processual, bem como com a qualidade da decisão.

Em se tratando de regras procedimentais, a grande diferença entre o procedimento arbitral e o procedimento judicial reside na maior flexibilidade daquele. Sempre tivemos, nos Códigos de Processo Civil brasileiros, um grande número de dispositivos legais destinados a detalhadamente regular os procedimentos a serem adotados pelas partes e pelo juízo no curso de toda a demanda.

Em diversos textos sobre arbitragem, costuma-se encontrar a afirmação de que esta é um espaço de liberdade, onde as partes tem grande margem para exercer sua autonomia privada. De fato, desde a opção pela via arbitral, as partes estão, com base na autonomia de suas vontades, escolhendo afastar do Poder Judiciário a solução para o conflito em que estejam, ou venham a estar,

9 *Existiria uma ordem jurídica arbitral?*, p. 62.

envolvidas. Fazem-no ao celebrar a convenção de arbitragem. A convenção pode ser celebrada na modalidade *cláusula compromissória*, quando inserida ou anexada a contrato, antes mesmo do surgimento do litígio (ou, ainda, quando inserida em contrato ou estatuto social de uma sociedade), ou como *compromisso arbitral*, já após o aparecimento do litígio.

O artigo 2º da Lei de Arbitragem, em seu parágrafo 1º, estabelece que as partes podem escolher as regras de direito aplicável a seu caso, o que inclui as regras procedimentais, além das de direito material. A lei dedica poucos e genéricos dispositivos ao procedimento arbitral.

Nota-se, portanto, que a atitude das partes precisa ser, para criação do procedimento, colaborativa e coparticipativa, propiciando uma verdadeira comunidade de trabalho, da qual participará também o árbitro. Isso não se confunde com a consensualidade do meio de solução de conflito. Arbitragem é meio heterocompositivo, adjudicatório, em que a solução consensual quanto ao mérito é eventual, assim como no processo judicial, embora bem vinda e estimulada. A litigiosidade quanto ao objeto do processo, contudo, não é de forma alguma incompatível com o consenso quanto ao procedimento a ser seguido pelos envolvidos. Acordos sobre o procedimento, desde que realizados com boa técnica, não têm o condão de gerar prejuízo à parte quanto a seu direito material. Obviamente, é preciso competência técnica para orientação da parte quanto a suas convenções sobre procedimento, visto que, em tese, ela pode sofrer

prejuízo na defesa de seus interesses caso o acordo sobre procedimento acabe por afastar sua ampla defesa. Este é um ponto de extrema relevância, sobretudo quando se escolhem regras sobre a produção da prova.

Cabe esclarecer, ainda, que a arbitragem pode ser institucional ou *ad hoc*. A institucional é administrada por entidade estruturada para tanto, as chamadas câmaras arbitrais. Estas possuem regulamentos nos quais estão previstas regras procedimentais para o desenvolvimento da arbitragem. No modelo *ad hoc* a arbitragem é conduzida pelo árbitro, ou tribunal arbitral, sem participação de instituição arbitral. Neste caso, não há necessariamente a adoção de um regulamento preestabelecido.

O procedimento arbitral é definido tanto na fase pré-arbitral como na fase arbitral. Aquela tem início com a celebração da cláusula compromissória e dá-se até a aceitação da nomeação pelo árbitro, momento em que é considerada instituída a arbitragem (art. 19, LA), tendo início, portanto, a fase arbitral. Passa-se, então, à análise de como é construído esse procedimento.

3. Fontes de criação do procedimento

As fontes das quais podem emanar o regramento de um procedimento arbitral são:

- a) a lei;
- b) as partes;

- c) o árbitro ou tribunal arbitral;
- d) a instituição administradora da arbitragem;
- e) outras instituições regulamentadoras;
- f) o juiz estatal.

Trataremos a seguir de como ocorre a atuação de cada uma delas na construção do procedimento.

3.1. Legislação sobre procedimento arbitral

Na linguagem arbitral, a lei da sede da arbitragem, no que se refere a regras de procedimento (*procedural law*), é conhecida pela expressão latina *lex arbitri*.

Tomando por base a Lei de Arbitragem brasileira, verifica-se, como já mencionado, serem poucas as regras sobre o procedimento arbitral. A referida lei, em consonância com a autonomia da vontade que rege a arbitragem, dispõe, no *caput* de seu artigo 21, que o procedimento a ser obedecido será aquele estipulado pelas partes, ou, na ausência de estipulação, o que for disciplinado pelo árbitro ou tribunal arbitral (p. 1º, art. 21, LArb).

Entretanto, os princípios constitucionais são expressamente referidos na Lei 9307/96. No parágrafo 2º do mesmo artigo, está prevista a incidência dos princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Não cabe neste trabalho retomar qualquer discussão ou explicação sobre tais princípios.

É importante frisar, contudo, que esta previsão não esgota a incidência de princípios constitucionais do processo na arbitragem. Inclusive, a fundamentação da sentença arbitral é exigência do artigo 26, II, da LArb.

A violação a qualquer destes princípios figura no taxativo rol do artigo 32 da Lei 9307/96 como causa de nulidade da sentença arbitral. Entendemos, ainda, que, apesar de deverem ser respeitados no curso de todo procedimento arbitral, como diz a lei, os princípios em questão são verdadeiros princípios do processo arbitral, e não meras normas de procedimento.

3.2. Estipulação do procedimento pelas partes, pelos árbitros e pelas instituições arbitrais. Convenção arbitral, ordem processual e regulamentos

Opta-se neste item por tratar conjuntamente da estipulação do procedimento tanto pelas partes, quanto pelos árbitros e instituições arbitrais, devido ao fato de a construção do procedimento arbitral ser feita em regra pelo conjunto da atuação de todos estes sujeitos. Dificilmente em um determinado procedimento é possível separar de forma estanque a atuação de cada um deles, que se dá de maneira complementar e dialogada.

A instituição do juízo arbitral ocorre com a aceitação pelos árbitros da nomeação feita pelas partes (art. 19, *caput*, LArb), ou pelo sujeito que tenham escolhido para tanto (*appointing authority*). Antes desse momento

ocorre a denominada fase pré-arbitral. Trata-se de fase contratual, em que as partes estão celebrando a convenção arbitral. A arbitragem é contratual em sua origem e jurisdicional em sua função.

Neste momento observa-se a ampla manifestação da autonomia privada das partes (at. 2º, p. 1º, LArb). A cláusula compromissória cheia (art. 5º, LArb) prevê a forma por meio da qual será instaurado o juízo arbitral. Já a cláusula que não contém tal previsão é chamada de cláusula vazia (art. 6º, LArb).

A cláusula cheia não é necessariamente detalhada quanto às regras procedimentais. Não há que se confundir cláusula cheia com exaustão da escolha procedimental. Para ser cheia basta que nela esteja previsto o modo de instituição da arbitragem. Além do modo de instituição, outras diversas regras serão necessárias para o desenrolar de todo o procedimento. É verdade que, no Brasil, é bastante comum as partes, em cláusula cheia, adotarem as regras procedimentais de uma instituição arbitral, como autoriza a LArb (art. 5º, *caput*). Por outro lado, pode haver cláusula cheia prevendo arbitragem *ad hoc*, ou seja, sem intervenção de instituição arbitral e sem adoção prévia das regras procedimentais.

O maior ou menor detalhamento do procedimento na fase pré-arbitral depende exclusivamente das partes contratantes. Ambos apresentam vantagens e desvantagens. Se, por um lado, está-se em momento mais propício para

a negociação, vez que o litígio não existe, por outro, não conhecer exatamente o litígio também pode ser negativo quando se está justamente escolhendo regras que se pretendem adequadas ao direito material posto em juízo. Além disso, muitas vezes as partes não desejam se alongar nesse momento em relação às escolhas procedimentais para evitarem um desgaste da discussão do contrato de direito material. É preciso atenção, porém, para não haver descuido no momento da contratação da arbitragem, como lembra Ricardo de Carvalho Aprigliano: *“Não por acaso, a cláusula compromissória é denominada de midnight clause, porque normalmente é das últimas condições acertadas entre as partes. O núcleo do contrato está concluído e, em geral, as partes se apressam em encerrar a discussão dos seus demais aspectos, negligenciando muitas vezes este pacto arbitral”*.¹⁰

O compromisso arbitral é celebrado quando já existe um litígio. Conforme o artigo 9º da LArb, o compromisso é a espécie de convenção arbitral por meio da qual as partes submetem “um litígio à arbitragem”. Ele pode também conter regras procedimentais a serem adotadas no curso da arbitragem, além de alguns elementos obrigatórios (art. 10, LArb).

Ainda na fase de convenção da arbitragem, as partes podem eleger uma instituição para administrar a arbitragem. Tanto na cláusula como no compromisso isto pode

10 *Cláusula compromissória: aspectos contratuais*, p. 183.

ser feito. Se a arbitragem for administrada, em regra o regulamento da própria instituição escolhida aplicar-se-á ao procedimento arbitral¹¹. Contudo, há diversas instituições que permitem às partes alterações nas regras procedimentais conforme a necessidade do caso concreto.

As instituições (câmaras) arbitrais possuem regimentos e adotam regras procedimentais próprias. Quando as partes elegem a arbitragem administrada, geralmente estão escolhendo as regras constantes das normas da própria instituição. No entanto, é possível que a instituição arbitral não vincule a administração de determinada arbitragem à adoção de suas próprias regras. Há câmaras que aceitam a adoção de regulamentos independentes (a exemplo, regras da UNCITRAL), bem como aceitam ampla participação das partes e do árbitro na adequação do procedimento.

Eduardo Silva da Silva chega a afirmar que “[...] o futuro da arbitragem brasileira tende a depender menos da legislação e da jurisprudência, uma vez que ambas já contribuíram em muito para a consolidação da experiência. Trilhados os caminhos mais difíceis e íngremes, o percurso dirige-se à estabilidade. Nesse contexto, as regras

11 Como exemplo, a cláusula padrão sugerida pela Câmara de Arbitragem e Mediação da FIEP: “Qualquer disputa ou controvérsia relativa à interpretação ou execução deste Contrato, ou de qualquer forma oriunda ou associada a ele, e que não seja dirimida amigavelmente entre as Partes, deverá ser resolvida de forma definitiva por Arbitragem, nos termos do Regulamento de Arbitragem e Mediação da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP), e sob a administração da mesma Câmara.”

*arbitrais adquirem crescente relevância por força das próprias estipulações das câmaras arbitrais e da capacidade de oferecer segurança, agilidade e especificidade das decisões num mercado cada vez mais segmentado”.*¹²

Na fase arbitral, as partes estão na presença do árbitro, que tem poder supletivo para ditar o procedimento. Tanto as partes podem delegar a ele essa regulação (art. 21, *caput*, LA), como a lei lhe confere este poder supletivo na ausência de regras estabelecidas pelas partes (art. 21, p. 1º, LA). Quando atua, o árbitro deve buscar sempre o consenso, dialogando com as partes e buscando modular o procedimento com a máxima adequação ao direito material controvertido.

Importante notar que a autonomia privada das partes pode encontrar limites nos poderes concedidos a outros sujeitos da arbitragem. Por exemplo, a instituição arbitral ou o árbitro nomeado podem não concordar em administrar/realizar a arbitragem em razão de regras adotadas pelas partes. O árbitro deve ter habilidade em conduzir o processo arbitral. Por isso, suas deliberações devem ser editadas preferencialmente em conjunto com as partes.

Na ausência de regulação pelas partes, entra-se na controvertida seara dos poderes implícitos e poderes inerentes do árbitro. Eles existem? Quais seriam? Temos posições radicalmente contrárias a tais poderes, sobretudo poderes implícitos, defendendo que nada do que não tenha sido de-

12 *Regras arbitrais brasileiras: a fase dos regulamentos*, p. 183.

legado pelas partes pode ser feito pelo árbitro em matéria de estabelecimento de regra procedimental, sob pena de violação à autonomia da vontade. Contudo, sob outra ótica, ao árbitro cabe a manutenção da higidez do procedimento, o que autoriza a conclusão de que existem poderes inerentes a sua atividade, que independem da atuação das partes. Não sem motivo diz-se que “uma arbitragem é tão boa quanto o seja o árbitro”.

Os regulamentos de instituições independentes também têm grande utilização na prática arbitral. Apesar de sua origem na arbitragem internacional, por terem sido criados justamente visando à uniformidade de tratamento da arbitragem em âmbito mundial, verifica-se sua adoção também em arbitragens domésticas, não havendo qualquer vedação a essa prática.

Dentre essa espécie de regulamentação, sem dúvida merecem destaque os provimentos editados pela *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), a Comissão da ONU para o comércio internacional. Destacam-se para fins deste trabalho as *UNCITRAL Arbitration Rules* e as *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*. Tais regulamentos tem natureza de *soft law*, e podem ser de grande valia na construção do procedimento arbitral, especialmente em arbitragens *ad hoc*.¹³

13 Não é pertinente a este trabalho a discussão sobre o caráter vinculante, ou não, das normas de *soft law*. Inclusive porque o sentido em que o termo é empregado depende também do contexto, podendo variar.

3.2.1. Instrumentos de veiculação das regras de procedimento

Vistas as fontes criadoras do procedimento arbitral, é preciso também saber por meio de que instrumentos as regras procedimentais devem ser estabelecidas, o que Marcos André Franco Montoro denomina de fontes objetivas¹⁴ (em contraposição às subjetivas, que seriam os sujeitos criadores das normas, aqui apresentados no item *supra*).

No item acima já se apresentou o texto legal e a convenção arbitral, ambos podendo ser inseridos no rol de instrumentos de veiculação das regras procedimentais. A ser melhor explorado no item 3.3, desde logo se inclui também a decisão judicial (compromisso arbitral judicial). Todos esses instrumentos estão concentrados na fase pré-arbitral (exceção feita ao compromisso arbitral extrajudicial que seja celebrado após instituída a arbitragem, caso que em terá de haver cláusula compromissória anteriormente pactuada).

Além desses instrumentos, na fase arbitral, podemos encontrar ainda:

a) adendo à convenção: elaborado por iniciativa do árbitro, ou tribunal arbitral, em conjunto com as partes, quando houver necessidade de se explicitar questão disposta na convenção. O adendo passa a integrar a convenção de arbitragem (art. 19, p. 1º, LArb);

14 *Flexibilidade do procedimento arbitral.*

b) termo de arbitragem: documento produzido pelo árbitro, ou tribunal arbitral, em conjunto com as partes. O termo de arbitragem costuma ser produzido em audiência inicial, após as primeiras manifestações das partes, momento em que são, então, delimitadas as questões controvertidas, o que será objeto de prova e o que deverá ser demonstrado pelas partes em audiência ou em seus memoriais finais. Nas palavras de Selma Lemes, *”O termo de arbitragem é um instrumento organizador da arbitragem”*¹⁵;

c) ordem processual: fala-se em ordem processual quando a determinação provém exclusivamente do árbitro, ou tribunal, ou mesmo da instituição arbitral, como explica Marcos André Franco Montoro: *“A ordem processual da arbitragem é um tipo de decisão similar às decisões interlocutórias dos processos judiciais estatais brasileiros, apesar de que, às vezes, as ordens processuais podem ter conteúdo que mais se assemelhe aos despachos. As ordens processuais são as decisões, preferidas na arbitragem, que impulsionam o procedimento, que resolvem as questões processuais etc. Ora, um tipo de questão que pode ser resolvida por meio de uma ordem processual é fixar-se (criar-se) determinada regra procedimental.”*¹⁶

15 A função e o uso do termo de arbitragem.

16 Flexibilidade..., p. 113-114.

3.3. A atuação do juiz estatal na elaboração do procedimento arbitral

Entre juízo arbitral e juízo estatal deve haver uma relação de cooperação. Felizmente, há muito foi superada a ideia de atuações conflitantes entre tais instâncias. A verdade é que a arbitragem para bem se desenvolver precisa do Poder Judiciário. É o conhecido *paradoxo da arbitragem*: ao mesmo tempo em que o árbitro precisa de independência em relação ao Judiciário (o que, no Brasil, por exemplo, afasta, em regra, a utilização de medidas antiarbitrais¹⁷), também precisa da atuação deste para o bom funcionamento da arbitragem.

Aliás, um dos critérios para avaliação do sucesso da arbitragem em determinado país é justamente a análise da qualidade da jurisprudência de seus tribunais estatais sobre o tema. O Poder Judiciário atua oferecendo apoio e controlando a arbitragem.

No que se refere à construção do procedimento arbitral, a atuação do Judiciário acontece no âmbito da demanda prevista pelo artigo 7º da Lei 9307/96. A “revolução” havida quando da edição da referida lei no uso da arbitragem no Brasil deu-se sobretudo em dois aspectos. Um deles foi exatamente a adoção de eficácia vinculante à *clausula compromissória*¹⁸, seu efeito positivo. Em decor-

17 Medidas judiciais que impõem obstáculos à instituição ou desenvolvimento de determinado juízo arbitral.

18 O outro foi a eliminação da necessidade de homologação da decisão

rência deste, as partes que contrataram a arbitragem não podem eximir-se da sujeição ao juízo arbitral (salvo nulidades eventualmente havidas na contratação).

Para dar efetividade ao efeito positivo da cláusula compromissória foi instituída a previsão do artigo 7º da Lei de Arbitragem, nos seguintes termos:

“Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

O compromisso é a modalidade de convenção arbitral adotada quando já se instaurou o litígio. Ou seja, na hipótese, as partes contrataram a arbitragem por meio de cláusula compromissória, antes da existência do litígio. Porém, após, surgido o conflito, uma delas se recusa a cumprir a cláusula. Neste caso, abre-se a possibilidade de a outra parte socorrer-se do Judiciário para instituição da arbitragem por meio de compromissos arbitral lavrado judicialmente, em substituição da vontade da parte.

Os termos do compromisso, incluindo estipulação acerca do procedimento arbitral terão, portanto, a participação do juiz estatal. Por dever de cooperação, busca de solução consensual e expressa previsão da LArb, o juiz deverá atuar sempre procurando o diálogo e consenso

arbitral (antes, laudo; agora, sentença) pelo Poder Judiciário.

entre as partes sobre o conteúdo do compromisso. Mas, certamente, se não for bem sucedido, deverá ele próprio estabelecer este conteúdo.

Ou seja, a figura do juiz estatal como criador de regras do procedimento arbitral surge quando ocorra ajuizamento da demanda prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem, demanda esta cabível quando haja cláusula vazia e uma das partes recuse-se a comparecer perante a outra para instauração da arbitragem. Julgada procedente, o juiz, ao proferir sentença, substitui a vontade da parte recalcitrante, valendo sua decisão como compromissos arbitral, no qual poderão estar fixadas regras procedimentais.

Dois pontos merecem nota, embora não diretamente relacionados à criação do procedimento arbitral. Primeiro, o artigo 7º ora tratado foi objeto de arguição de inconstitucionalidade, cujo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal pôs fim ao debate sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. Segundo, apesar de abordada como medida de apoio, a atuação judicial nesta espécie de demanda também é medida de controle da arbitragem, vez que o juiz precisará fazer, se a tanto for provocado, uma controle de validade da cláusula compromissória, para que, posteriormente, se for o caso, atue na celebração do compromisso arbitral em juízo.

4. Considerações finais

Como facilmente se nota, a construção do procedimento arbitral é atividade complexa, no sentido de envol-

ver diversos atores e etapas, sem com isso se estar aqui afirmando ser complicada. No entanto, não se pode negar que é preciso cuidado especial em comparação com o recurso ao processo judicial, já, em regra, pré-moldado. É o *tailoring process* dos americanos, um procedimento desenhado especificamente para determinado caso, razão pela qual na comunidade arbitral ouve-se dizer que nenhuma arbitragem é igual à outra. Por isso é tão valorizada a audiência inicial, com comparecimento dos árbitros e das partes. Conduzir uma audiência para gerenciamento do caso é considerada boa prática em matéria de arbitragem, pois permite a modulação do procedimento de modo a conferir-lhe máxima eficiência em termos de tempo e custos.

O procedimento arbitral revela o respeito à vontade das partes, a sua liberdade de contratar, produzindo bons resultados, como já observado:

“Veremos que a vontade, da parte e dos árbitros, é viga mestra nesse quesito. Vontade essa que é ampliada, per relationem, ao papel que os regulamentos das câmaras exercem. Vontade essa que é hipertrofiada pela ampla gama de poderes instrutórios que o árbitro detém. Confia-se na vontade. E essa confiança traz frutos.”¹⁹

Finalmente, destaca-se, de maneira sintética, alguns pontos que merecem atenção na confecção do procedimento, em relação aos quais os usuários da arbitragem devem estar conscientes:

19 *Existiria uma ordem jurídica arbitral?*, p. 76.

a) as normas cogentes na legislação da sede da arbitragem, sob pena de encontrarem dificuldades na execução da decisão arbitral;

b) a escolha da instituição arbitral, se for adotada, tão importante quanto à escolha do árbitro;

c) a redação da convenção arbitral.

Já chegamos aos 21 anos de vigência da Lei 9307/96. O Brasil revelou-se aberto e atualizado na adoção desse meio extrajudicial de solução de controvérsias, tendo surpreendente crescimento nos números de casos e valores submetidos à arbitragem, inclusive no cenário internacional²⁰. Pode-se concluir, assim, que os benefícios da flexibilidade procedimental na arbitragem merece ainda maior divulgação na comunidade jurídica, com o que se buscou contribuir por meio deste singelo artigo.

Bibliografia

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Cláusula compromissória: aspectos contratuais*. In Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo, julho de 2012, n. 116, p. 174-192.

20 O Brasil é o quinto país que mais utiliza a arbitragem no mundo, segundo o *ranking* da Câmara de Comércio Internacional-CCI.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CAPONI, Remo. *Rigidità e flessibilità del processo civile*. In *Processo em Jornadas*. Coord. Lucon, Paulo Henrique dos Santos *et alli*. Editora Juspodium: Salvador, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEMES, Selma. *A função e o uso do termo de arbitragem*. Revista Cobertura Mercado de Seguros. In http://wwwold.revistacobertura.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=33637&friurl=-A-funcao-e-uso-do-termo-de-arbitragem-. Consultado em 05/11/2017.

LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: Juspodium, 2016.

Mazzei, Rodrigo e Chagas, Bárbara Seccato Ruis. *Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem*. In *Negócios Processuais*. Coord. Cabral, Antonio do Passo e Nogueira, Pedro Henrique. Salvador: Editora Juspodium, 2016.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010.

PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Existiria uma ordem jurídica arbitral?* In 20 anos da Lei de Arbitragem. Homenagem a Petrônio R. Muniz. Coord. Carmona, Lemes e Martins. São Paulo: Atlas, 2017, p. 59-82.

SILVA, Eduardo Silva da. *Regras arbitrais brasileiras: a fase dos regulamentos.* In Arbitragem. Estudos sobre a Lei 13.129, de 26-5-2015. Coord. Cahali, Rodovalho e Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 181-196.

WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral.* Salvador: Juspodium, 2014.

BENS ESSENCIAIS À ATIVIDADE DA EMPRESA RECUPERANDA E DADOS EM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Carlos Eduardo Quadros Domingos

Advogado. Pós-Graduado e Mestrando em Direito Comercial pela PUC-SP. Membro da TMA e INSOL.

Luiz Fernando Cortelini Meister

Bacharel em Direito pela Católica de Santa Catarina. Graduação em Gestão Pública pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. MBA em Gestão de Pessoas pelo Instituto de Pós-graduação e Extensão. Área de atuação: Contencioso Cível.

Resumo: O presente estudo tem como fio condutor analisar o confronto entre a natureza jurídica da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, os princípios constitucionais da preservação e da função social da empresa e a proteção dos bens essenciais à atividade da empresa e o §3º do Artigo 39 da Lei 11.101/2005 que permite ao

proprietário fiduciário perseguir os bens da recuperanda alienados fiduciariamente imediatamente, pois que submissos aos efeitos da recuperação judicial. O trabalho perpassa, de modo sintético, sobre o posicionamento jurisprudencial que impõe a exceção do reconhecimento da essencialidade dos bens à atividade da empresa recuperanda e dá permissivo jurisdicional para atos de remoção de bens sem os quais a empresa em recuperação não consegue manter-se ativa.

Palavras-chave: recuperação judicial; essencialidade dos bens; proprietário fiduciário; busca e apreensão.

A Lei 11.101/2005 – Lei de Recuperação Judicial e Falências, LRF – não é um fim em si mesmo. Possui natureza jurídica vinculada à intenção do Estado em contribuir para a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor. É o que se colhe do Artigo 47¹ da LRF, que ainda

1 “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

“A recuperação judicial representou um grande avanço em relação à concordata, prevista no Decreto-Lei nº. 7.661/1945. Na concordata, o empresário devedor fazia uma proposta de dilação de vencimento ou remissão dos débitos para quitação do seu passivo quirografário, no intuito de evitar a quebra da empresa.

Tratava-se de um favor legal, concedido pelo juiz ao devedor de boa-fé, independentemente da anuência dos credores, para obtenção da prorrogação de prazos e redução das dívidas.

infeere outras intenções primazes da referida norma e que dão norte ao estudo proposto.

No mesmo Artigo 47 o legislador consignou que o objetivo da norma é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, com o intuito de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, preservando a empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A lei em questão descende do Estado Democrático de Direito pós restabelecimento da democracia no Brasil, estando, portanto, inserta, desde seu âmago, no que os teóricos chamam de constitucionalização do Direito. Conforme BARROSO (2005, p. 5 e 12), uma das grandes mudanças paradigmáticas do século XX fora a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica, suplantando-se, assim, o modelo europeu que, século antes, olhava a constituição como documento essencialmente político, um “*convite à atuação dos Poderes Públicos*”. Diante da exposição do próprio autor

Com o advento da Lei nº. 11.101/2005, a concordata foi substituída pela recuperação judicial, assumindo um caráter contratual, tendo em vista que depende da anuência dos credores para a negociação do débito, o que se dá mediante votação em assembleia da proposta do devedor, contida em um plano de recuperação judicial.

O Estado-juiz deixou de interferir nas condições propostas pelo devedor, exceto com relação ao controle de legalidade (...). *In* Comentários à Lei 11.101/2005: recuperação empresarial e falência. Organizado por Luiz Eduardo Vacção da Silva Carvalho. Curitiba: OAB/PR, 2017. p. 88.

a locução *constitucionalização do Direito* possui diversos espectros de pesquisa e análise. No caso do presente trabalho o termo está associado ao efeito expansivo das normas constitucionais, em que seu teor material e axiológico emana, com força normativa, por todo o sistema jurídico.

O constitucionalismo vem constituir um novo parâmetro interpretativo do texto constitucional, intentando situar a constituição como objeto vivo, contemporâneo ao seu tempo e, sobretudo, reflexo ao momento histórico, político e institucional da sociedade abarcada pela sua normatividade impositiva e estruturante.

Estabelece-se, portanto, uma vinculação axiológica normativa da constituição à todas as normas pertencentes ao ordenamento jurídico constitucionalizado, sendo que com a LRF não poderia ser diferente.

Destarte, quando a norma infraconstitucional preconiza a preservação da empresa e sua função social, está a garantir que preceitos constitucionais sejam envolvidos diante de qualquer análise propedêutica ou prática que esteja vinculada à lei.

Os princípios devem ser analisados como prelúdio de opção de favorecimento de um valor sobre outro. Indubitavelmente é considerado espécie de norma jurídica, dotada de dimensão ética e política. É um valor fundante do ordenamento jurídico. Os princípios postos na constituição, por conseguinte, revelam valores que o legislador entendeu

como de imensa relevância para serem guardados e não ameaçados pela legislação infraconstitucional. Destaca-se, ainda, que a própria legislação inferior pode reprisar e sublinhar importância de princípios constitucionais dentro de sua própria redação, ocasião em que esta lei menor é signatária da importância salutar de determinado preceito².

É, exatamente, o caso da LRF que, em seu próprio texto destaca a protetividade da função social da empresa e, ato conjunto, a preservação da empresa. Assim, o intento da legislação é buscar medidas que possam manter a empresa ativa, mantendo-se os empregos dos trabalhadores, respeitando-se os interesses dos credores, estimulando a atividade econômica através da promoção da preservação da empresa e de sua função social.

Se o Estado Brasileiro está fundado em uma Carta Constitucional que sobreleva valores importantes para atividade econômica no país, bem como a legislação inferior que delimita o processo recuperacional e falimentar das empresas em situação adversa consignam em harmoniosa textualização que preceitos de manutenção da ativida-

2 Os princípios devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis. (...) Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o direito em vigor (...) GUERRA FILHO, Willis Santiago *in* PRETEL, Mariana Pretel e. Princípios constitucionais: conceito, distinções e aplicabilidade. Conteúdo Jurídico. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principios-constitucionais-conceito-distincoes-e-aplicabilidade,23507.html>. Acessado em 01 de novembro de 2017.

de empresarial devem ser amplamente considerados e resguardados quando da aplicação da lei, não há meios de se infirmar o contrário e o presente estudo não poderia ter encampado de modo diverso sua introdução.

Esse introito aponta para o fato de que as regras aplicáveis à recuperação judicial não podem ser interpretadas à margem da Constituição e, por isso, o §3^o do Artigo 49 da LRF não pode ser verificado restritivamente, estando afeito aos princípios já perlustrados, da preservação da empresa e da função social da empresa.

Importa sobrelevar o princípio da preservação da empresa, um *princípio constitucional não escrito*⁴, ou seja, a Constituição Federal Brasileira, mesmo que sem fazer

3 Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial.

4 VARELLA, Emerson dos Santos. Preservação da empresa: princípio constitucional não escrito. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7220. Acesso em 26/02/2016.

menção expressamente a ele, em seu Artigo 170⁵, apresenta os princípios gerais da atividade econômica, onde se destacam os princípios da função social da propriedade, da livre concorrência e busca do pleno emprego.

Ainda, como bem refere NEGRÃO (2007, p. 21), o Artigo 174 da Carta Democrática Brasileira, concretiza os interesses preceituais do Artigo 170, uma vez que confere ao Estado – numa acepção de estrutura concentrada dos seus 3 (três) Poderes, ou seja, incluso o Poder Judiciário -, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

É de se destacar que esse entendimento provém da natureza dos princípios jurídicos, que mesmo não positivados ensejam incidência no caso concreto. Não basta, também,

5 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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

ao princípio do Direito, a sua positivação, haja vista que sua simples textualização o reduz à legalidade⁶.

Como bem assenta BONAVIDES (1994, p. 286) “*Os princípios são as normas chaves de todo o sistema jurídico*”, e também por isso devem ser inclusos quando da hermenêutica própria da jurisdição contenciosa. Os princípios não são meros elementos de pesquisa acadêmica, pois fundam o ordenamento jurídico e lhe dão substância para erigir-se como norma cogente legitimada.

Assim, acerrar-se-á o juízo dos essenciais princípios jurídicos que interessam à causa, para que a decisão proferida manifeste interesses maiores que o de simplesmente declinar o direito do autor em face do réu.

O Juiz, em análise hermenêutica teleológica⁷, verificará

6 “Outros autores sobrelevam a implícita presença do tratado princípio em outras normas, infraconstitucionais, como o Código Civil. (...) In HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013.

“O princípio da preservação da empresa encontra-se implícito em várias disposições do Código Civil brasileiro de 2002 (CC), e tem aplicação prática tanto nas empresas individuais quanto na manutenção das atividades das sociedades empresárias.” In TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, v. 810, p. 33-50, abr. 2001.

7 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1947. E, também: “Com efeito, a hermenêutica conferida à Lei n. 11.101/2005, no particular relativo à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que, além de não fomentar, na verdade inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa

que os princípios norteadores do Direito lhe permitem e lhe indicam ser relevante intentar pela manutenção da empresa.

Neste diapasão, de modo detalhado por DOMINGOS (2009, p. 78), a recuperação judicial se rege a partir de princípios inerentes à própria empresa recuperanda tendo como primordial pressuposto a preservação da empresa, que se encontra em plano superior aos demais princípios regentes na recuperação judicial, uma vez que “*está intimamente ligado ao próprio intento macro do legislador, ou seja, editar um regramento que vise a real possibilidade do empresário ou da sociedade empresária em dificuldade de não se deixarem cair em bancarrota*”.

Tanto é, que o juízo universal da recuperação judicial é competente para todos os atos⁸, pois que detendo todas

economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação, sepultando o instituto”. (STJ – CC 129720 SP. Segunda Seção. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Julgamento: 14/10/2015)

8 “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEFERIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. MEDIDAS DE CONSTRIÇÃO DO PATRIMÔNIO DA EMPRESA. CRÉDITO EXTRACONCURSAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. São incompatíveis com a recuperação judicial os atos de execução proferidos por outros órgãos judiciais de forma simultânea com o curso da recuperação ou da falência das empresas devedoras, de modo a configurar conflito positivo de competência. 2. Tratando-se de crédito constituído depois de ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação judicial (crédito extraconcursal), está excluído do plano e de seus efeitos (art. 49, caput, da Lei n. 11.101/2005). Porém, a jurisprudência desta Corte tem entendido que, como forma de preservar tanto o direito creditório quanto a via-

as informações pertinentes ao deslinde da recuperação da empresa e da possibilidade de manutenção de suas atividades, premiando a função social e a preservação da empresa. Eis uma garantia de que os atos serão averiguados pelo juízo que conhece o fato.

Esta protetividade tem o condão de reger uma característica diferenciada da empresa sob a ótica da recuperação judicial, encetando à empresa um interesse público que se sobrepõe ao interesse privado, interesse dos sócios, como tão bem retrata LAZZARINI (2009, p. 124).

Pari passu à preservação da empresa está o princípio da função social da empresa que “*representa intrinsecamente o papel do empresário ou da sociedade empresária dentro da esfera social de um país, pois cria e faz circular emprego e renda, gera riquezas e influencia diretamente na vida cultural, social e econômica da nação*”, com apresenta DOMINGOS (2009, p. 80).

bilidade do plano de recuperação judicial, o controle dos atos de constrição patrimonial relativos aos créditos extraconcursais deve prosseguir no Juízo universal. 3. Franquear o pagamento dos créditos posteriores ao pedido de recuperação por meio de atos de constrição de bens sem nenhum controle de essencialidade por parte do Juízo universal acabará por inviabilizar, a um só tempo, o pagamento dos credores preferenciais, o pagamento dos credores concursais e, mais ainda, a retomada do equilíbrio financeiro da sociedade, o que terminará por ocasionar na convolação da recuperação judicial em falência, em prejuízo de todos os credores, sejam eles anteriores ou posteriores à recuperação judicial. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no CC 136.571/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/05/2017, DJe 31/05/2017)”.

A função social da empresa é princípio afeito à estruturação socioeconômica de determinado país, estando intimamente ligado à preservação da empresa já que preservar a atividade empresarial denota manter incólume a estrutura social vigente. Essa manutenção de interesses supra individuais deve se dar, também e especialmente, em empresas que estejam passando por dificuldades, como àquelas que se socorrem ao procedimento recuperacional como forma de manter empregos e honrar compromissos admitidos com terceiros.

A recuperação judicial não pode ser tida como método de postergação da falência, mesmo que em alguns casos práticos seja verificável tal intenção. Mas o operador do Direito não pode dissociar a natureza jurídica do instituto e todos os pormenores envolvidos no procedimento com vistas exclusivas a *cases* sem sucesso. A recuperação judicial visa permitir a reestruturação empresarial, orientando, através da vontade dos credores, formas legais de postergar alguns pagamentos.

Consoante a doutrina de MENJIVAR (2008. p. 208), a empresa “*deve assumir posições como agentes transformadores da sociedade, assumindo papéis para coibir ações que possam prejudicar seu público, seus clientes, seus fornecedores e a sociedade em que está estabelecida*”, o que importa em dizer que a empresa tem um escopo superior ao antigamente estabelecido, como finalidade lu-

crativa, única e exclusivamente⁹.

Esta atividade empresarial se faz por todas as pessoas envolvidas, pelos fornecedores, pelos clientes, pelos empregados, pelos sócios e, inadvertidamente, pelos bens emprestados à atividade. Assim, não se é possível desvincular as máquinas que cortam o ferro – matéria prima de determinadas esquadrias – da atividade empresarial que fornece esquadrias prontas no local da obra. Também não é possível vislumbrar a manutenção da atividade de uma *start up* sem seus computadores e servidores que dão conta da operação de trabalho realizada pelos desenvolvedores. O mesmo se pode dizer de tombadores hidráulicos que auxiliam no descarregamento de grãos em uma cerealista.

Estes bens de uso específico são necessários à atividade que não tem como ser contínua no caso de qualquer deles vir a faltar. E neste ponto nevrálgico reside o confronto entre as bases constitucionais de preservação da empresa e da manutenção das suas atividades de acordo

9 Na atual conjuntura o objetivo tradicional de satisfação econômico-financeira apenas para o empresário e seus sócios, não se encaixa nas atuais necessidades econômico-sociais apregoadas pelo Estado Social e Democrático de Direito.

E, ainda, é incontestável a importância da empresa na sociedade pós-moderna, em virtude de ser uma instituição social que fornece a grande parte dos bens e serviços necessários ao mercado consumidor, além de oferecer parte de suas receitas ao Estado. In AMARAL, Cleyton Rafael Martins do. A função social da empresa diante da constitucionalização do Direito. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6915/A-funcao-social-da-empresa-diante-da-constitucionalizacao-do-Direito>. Acessado em 01 de novembro de 2017.

com o Artigo 47 com a interpretação restritiva e aplicação isolada do Artigo 49, ambos da LRF.

O Artigo 49, em seu §3º, apregoa que os que o proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis não terão seu crédito submetido aos efeitos da recuperação judicial, não se permitindo, contudo, que bens essenciais à atividade empresarial sejam vendidos ou retirados do estabelecimento do devedor.

Contudo, durante a recuperação judicial não é raro o ajuizamento de busca e apreensão pelos credores fiduciários, intentando remover os bens que estão sob a égide da garantia fiduciária. Em simples consulta jurisprudencial¹⁰ se é possível verificar o montante de decisões tidas em ações deste sentido.

Questão enfrentada tanto por credores quanto por devedores em recuperação judicial, a condição de posse do bem deve ser acompanhada pela essencialidade deste para

10 AGRAVO DE INSTRUMENTO - BUSCA E APREENSÃO - CONSTITUCIONALIDADE - NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENTREGUE NO ENDEREÇO DO DEVEDOR - CONSTITUIÇÃO EM MORA EFETIVADA - LIMINAR - DEFERIMENTO - DEVEDORA FIDUCIÁRIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CREDORA FIDUCIÁRIA - NÃO SUJEIÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL - LEI 11.101 /05 - ADESÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO - MERA OPÇÃO POSSÍVEL (TJMG – AI 10024134082395001. 17ª Câmara Cível. Relator: Des. Luciano Pinto. Julgamento: 11/06/2014)
AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. MORA CARACTERIZADA. DEVEDOR EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO QUE NÃO SE SUBMETE AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. (TJRS – AC 70046811733. 14ª Câmara Cível. Relator: Jorge André Pereira Gailhard. Julgamento: 29/05/2014)

que esteja protegido legalmente o bem de qualquer ato de remoção em favor do credor. O §4º do Artigo 6º da LRF¹¹ somente é aplicável se constituída a essencialidade do bem para a atividade da empresa recuperanda.

E esta condição de essencialidade deve ser demonstrada pelo devedor, é ônus que lhe incumbe¹².

11 Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

(...)

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

12 APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO CRÉDITO NÃO SUJEITO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL VALOR PERTENCENTE AO CREDOR E NÃO À EMPRESA RECUPERANDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 49 , § 4º C/C ART. 86 , II , DA LEI Nº 11.101 /2005 ESSENCIALIDADE DO BEM ÀS ATIVIDADES DA EMPRESA NÃO COMPROVADA DISCUSSÃO SOBRE A IDONIEDADE DA CAUÇÃO INVIABILIDADE QUESTÃO JÁ DECIDIDA ART. 473 DO CPC PRECLUSÃO VERIFICADA. PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIAIS PARA PRESTAR CAUÇÃO PRESENTE NOS AUTOS RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Os Adiantamentos de Contratos de Cambio, operações em que há a celebração de contrato de câmbio e o adiantamento, parcial ou total, do valor correspondente da moeda estrangeira adquirida pela instituição financeira autorizada a operar com câmbio, possuem caráter extraconcursal, não se sujeitando ao regime da recuperação judicial. 2. Incumbia à recuperanda comprovar ser o bem essencial para o desenvolvimento de suas atividades, circunstância da qual não se desincumbiu no decorrer do feito. 3. A discussão sobre a idoneidade da garantia se encerrou ainda em primeira instância, vez que a ora apelante se

Isso significa dizer que da insurreição da recuperanda em virtude de qualquer ato de retirada de bens essenciais à sua atividade em decorrência de busca e apreensão ajuizada pelo credor fiduciário durante o pleito recuperacional deve decorrer a prova inequívoca de que aqueles bens são necessários à natureza do negócio, essenciais à continuidade da empresa, pretensos atributos sem os quais a empresa terá seu fim decretado.

A questão, portanto, deve ser esmiuçada pelo juízo universal, diante das arguições da empresa em recuperação, sendo que a partir dos fundamentos fáticos que dão a condição de essencialidade aos bens.

Exemplificando-se a necessidade de aferição caso a caso. Em hipótese uma empresa de transportes de cargas e encomendas em recuperação judicial tem uma ordem determinada para a busca e apreensão de quinze caminhões alienados fiduciariamente por determinado banco. Compulsando os autos, o Plano de Recuperação, o ativo e o patrimônio da recuperanda, o juízo universal dá conta de que a empresa conta com outros quatrocentos veículos que podem permanecer na empresa mantendo a atividade. Nota-se que aqueles quinze veículos são necessários à atividade

conformou com a decisão e, desta forma, descabe restaurar o debate neste momento e grau de jurisdição, visto que operada a preclusão, consoante as disposições do artigo 473 do Código de Processo Civil . 4. Verifica-se que quando da impugnação à contestação foi anexada aos autos procuração específica para tal fim. 5. Recurso conhecido e desprovido. (TJPR – AC 7945019. 18ª Câmara Cível. Relatora: Des. Ivanise Maria Tratz Martins. Julgamento: 16/05/2017)

de, mas não essenciais, uma vez que os outros quatrocentos caminhões podem manter a empresa em atividade.

Doutra monta, imagine-se que a empresa recuperanda em hipótese tenha apenas outros dois caminhões, sendo que sua frota total era de dezessete caminhões. Por certo que estes quinze, objeto da busca e apreensão, são essenciais, pois os outros dois caminhões não darão conta de suprir a falta dos quinze apreendidos.

Este trabalho de caracterização da essencialidade dos bens pode aparentar ser de simples feitura, mas pelo colhido da jurisprudência hodierna é ofício requerente de zelo, demonstração fática, lógica, econômica e contábil, costurando-se uma teia de informações e justificativas de fato e de Direito que não permitam dúvidas ao magistrado quando da análise do pedido fundado no preceito de que os bens objeto da ação são essenciais à atividade da empresa, e que a eventual remoção destes ensejará na obstrução da atividade empresarial, abalroando-se princípios constitucionais insculpidos pela LRF, do mesmo modo que ferirá a própria intenção da legislação vigente, como tão bem expõe o Artigo 47.

Frise-se, o ônus probatório da essencialidade é do devedor e a análise sobre a essencialidade dos bens se dá pelo juízo universal¹³, conforme bem elabora o Ministro

13 CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CRÉDITO TRABALHISTA CONSTITUÍDO APÓS O DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ATO EXPROPRIATÓRIO ORDENADO PELO MAGISTRADO LABORAL GENÉRICO E SEM QUALQUER RESSALVA - ANTE A ESPECIFICIDADE DO CASO, COMPETE AO JUÍZO UNIVERSAL AVALIAR ACERCA DA ES-

Luís Felipe Salomão, estabelecendo que “*os atos de satisfação que importem providência expropriatória devem ser sindicáveis pelo juízo da recuperação*”, e complementando explica: “*E isso por uma razão simples: não é o credor negocial ou o trabalhista que diz se o bem que servirá para arcar com o crédito é ou não essencial à manutenção da atividade empresarial e, portanto, indispensável à realização do plano de recuperação judicial, mas sim o juízo condutor do processo de recuperação.*”

Problema consequente do tema proposto é a admissão por parte da jurisprudência¹⁴ de que a essencialidade

SENCIALIDADE OU NÃO DO BEM AO FUNCIONAMENTO DA EMPRESA - PRECEDENTES DO STJ. 1. Tratando-se de crédito trabalhista constituído depois de ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação judicial, está excluído do plano e de seus efeitos (art. 49, caput, da Lei n.º 11.101/2005). 2. Ante a determinação de ato expropriatório genérico e sem ressalva determinado pelo magistrado trabalhista para a satisfação do crédito executado, compete ao juízo universal exercer o controle sobre atos de constrição patrimonial. Precedentes do STJ. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo da recuperação judicial. (STJ – CC 129720 SP. Segunda Seção. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Julgamento: 14/10/2015)

14 AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DO CURSO DAS AÇÕES DE BUSCA E APREENSÃO FIDUCIÁRIA DE BENS. PRELIMINAR (ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES) DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ANTE A IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS AO AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPROCEDÊNCIA – POSSIBILIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTOS ESSENCIAIS PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA – ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PRELIMINAR REJEITADA; PRETENSÃO RECURSAL DE REVOGAÇÃO DA SUSPENSÃO DAS AÇÕES DE BUSCA E APREENSÃO – PROCEDÊNCIA – CRÉDITO NÃO SUJEITO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NECESSIDADE DE COMPROVA-

dos bens somente poderá e deverá ser reconhecida em casos excepcionais, o que parece colidir com a proteção intentada pelo legislador. Neste caso, a negligência da *mens*

ÇÃO DA ESSENCIALIDADE DOS BENS E DE EXAME A SER REALIZADO CASO A CASO PELO JUÍZO COMPETENTE DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO PROVIDO. (TJPR – AI 1467835-8. 17ª Câmara Cível. Relator: Rui Portugal Bacellar Filho. Julgamento: 04/05/2016)

DIREITO EMPRESARIAL. NÃO SUBMISSÃO DE CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA AOS EFEITOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por alienação fiduciária de bem não essencial à atividade empresarial. O art. 49, caput, da Lei 11.101/2005 estabelece que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Por sua vez, o § 3º do mesmo artigo prevê hipóteses em que os créditos não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial, entre eles, os créditos garantidos por alienação fiduciária. A jurisprudência do STJ, no entanto, tendo por base a limitação prevista na parte final do §3º do art. 49 – que impede a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial – e inspirada no princípio da preservação da empresa, tem estabelecido hipóteses em que se abre exceção à regra da não submissão do crédito garantido por alienação fiduciária ao procedimento da recuperação judicial. De acordo com a linha seguida pelo STJ, a exceção somente é aplicada a casos que revelam peculiaridades que recomendem tratamento diferenciado visando à preservação da atividade empresarial, como, por exemplo, no caso em que o bem dado em alienação fiduciária compoñha o estoque da sociedade, ou no caso de o bem alienado ser o imóvel no qual se situa a sede da empresa. Em suma, justifica-se a exceção quando se verificar, pelos elementos constantes dos autos, que a retirada dos bens prejudique de alguma forma a atividade produtiva da sociedade. Caso contrário, isto é, inexistente qualquer peculiaridade que justifique excepcionar a regra legal do art. 49, § 3º, deve prevalecer a regra de não submissão, excluindo-se dos efeitos da recuperação judicial os créditos de titularidade da interessada que possuem garantia de alienação fiduciária. (STJ, 2ª Seção, CC 131656-PE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 08/10/2014).

legislatoris pode causar prejuízo à aplicação da norma em sua plenitude.

Com o permissivo que a dialética do Direito autoriza, temos que a solução jurisprudencial em voga não se coaduna com a intenção da legislação pertinente. Assentar que a essencialidade dos bens, mesmo que devidamente reconhecida, deve ser albergada somente em casos excepcionais, aparenta ser uma ilógica processual. O voto da Ministra Maria Isabel Galotti, esposado em posição do Superior Tribunal de Justiça, traça exemplos exíguos que em casos diversos – como os retratados anteriormente neste trabalho – não poderiam ser protegidos. A Ministra retrata que “de acordo com a linha seguida pelo STJ, a exceção somente é aplicada a casos que revelam peculiaridades que recomendem tratamento diferenciado visando à preservação da atividade empresarial, como, por exemplo, no caso em que o bem dado em alienação fiduciária componha o estoque da sociedade, ou no caso de o bem alienado ser o imóvel no qual se situa a sede da empresa”.

Veja-se que reconhecida a essencialidade dos bens deve prevalecer a proteção integral da empresa, preservando-a de acordo com a premissa constitucional da função social da empresa, que ultrapassa a linha de interesses privados dos sócios e alcança o interesse público – credores, fornecedores, clientes, empregados e o mercado como um todo.

O certo é que determinados atos jurisdicionais que não reconhecem a essencialidade dos bens, ou a reconhecendo enveredam pela teoria de exceção à proibição da remoção dos bens essenciais pelo proprietário fiduciária, são verdadeiras sentenças antecipadas de convolação da recuperação judicial em falência, pois inibem e obstam a preservação da empresa que, sem a possibilidade de manter suas atividades e honrar o plano de recuperação, tomam caminho sem volta à situação falimentar.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. Abr./Jun. 2005. Rio de Janeiro, 2005. p. 240, 1-42.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

Comentários à Lei 11.101/2005: recuperação empresarial e falência. Organizado por Luiz Eduardo Vaccão da Silva Carvalho. Curitiba: OAB/PR, 2017.

Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 06 de novembro de 2017.

DE LUCCA, Mewton E DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). *Direito Recuperacional – Aspectos*

Teóricos e Práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas. p. 124-136.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. As fases da recuperação judicial. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2009.

HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013.

LEI nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1947.

MENJIVAR, Débora Fernandes Pessoa Madeira. Cláusula geral da função social no novo Código Civil e no Estatuto da Cidade. Ciência Jurídica: Ad litteras et verba. Ano XXII, vol. 143 – setembro/outubro 2008.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa: volume 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRETEL, Mariana Pretel e. Princípios constitucionais: conceito, distinções e aplicabilidade. Conteúdo Jurídico. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principios-constitucionais-conceito-distincoes-e-aplicabilidade,23507.html>. Acessado em 01 de novembro de 2017.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, v. 810, p. 33-50, abr. 2001.

VARELLA, Emerson dos Santos. Preservação da empresa: princípio constitucional não escrito. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7220. Acessado em 26/02/2016.

A REFORMA TRABALHISTA E A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL COM BASE NO SALÁRIO DO EMPREGADO

Cássio Casagrande

O autor é graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, com especialização em Direito do Trabalho; mestre em Relações Internacionais pela PUC-Rio; Doutor em Ciência Política pelo antigo IUPERJ; Professor de Teoria da Constituição da graduação e mestrado (PPGDC) da Universidade Federal Fluminense - UFF, no qual ministra curso de Direito Constitucional Comparado Brasil-EUA. Procurador do Ministério Público do Trabalho no Rio de Janeiro desde 1996.

A Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017 - inseriu na CLT, a partir do artigo 223, dispositivos que estabelecem sistema de tarifação de “danos extrapatrimoniais”, fixando gradação e valores máximos de indenização em pedidos de danos morais requeridos em ações trabalhistas.

A possibilidade do legislador instituir sistema de tarifação de danos morais por meio da introdução de “tabelas” de valores mínimos e máximos é em si manifestamente inconstitucional, especialmente porque assim já declarado pelo STJ na sua Súmula 281, como pelo Supremo Tribunal Federal em diversos recursos extraordinários (RE 396.386-44/SP, Rel. Min Carlos Velloso; RE 447.484/SP, Rel. Min. Cezar peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello) e, especialmente, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, na qual se analisava a recepção ou não da Lei de Imprensa (Lei 5250/67) instituída durante o regime militar. Naquela ocasião, o STF declarou a não recepção da norma em sua integralidade, por incompatível com a Constituição de 1988, incluindo-se os dispositivos que instituíam a tarifação do dano moral, pois a corte entendeu que eles contrariavam a regra de que a indenização por ato lesivo dever ser “proporcional ao agravo” (CR, art. 5o., inc. V). Nas razões de decidir, o Ministro Carlos Ayres Brito assim definiu a questão:

“a relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe cabe receber (quanto maior o dano, maior a indenização) opera é no próprio interior da relação entre a potencialidade da ofensa e a concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa adequação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa.”

Ora, basta acrescentar a este raciocínio do então Juiz Relator o fato de que “nada tem a ver com esta adequação a circunstância do agravo dar-se no interior de uma relação de emprego.”

Porém, muito mais grave e inconstitucional do que a instituição em si de um sistema de tarifação do dano moral é a sistemática de “cálculo” adotada na Reforma Trabalhista. Ainda que venham a ser superados os precedentes acima referidos e considerada constitucional a tarifação de danos morais, defendemos aqui que há outros óbices constitucionais insuperáveis para a manutenção do sistema instituído pelo legislador, pois a utilização do salário do empregado como parâmetro para fixação do montante indenizatório colide com diversas normas da Constituição, especialmente aquelas que decorrem do princípio da isonomia.

Para sustentar estas inconstitucionalidades, vamos partir de uma hipótese concreta - uma situação já ocorrida em inúmeros processos na Justiça do Trabalho em que se busca indenização por danos morais: o assédio sexual. Imaginemos que o gerente geral de uma grande empresa assedia sexualmente várias trabalhadoras que lhe são subordinadas, inclusive estagiárias e terceirizadas. Ele reiteradamente faz aproximações não desejadas, tocando os braços e alisando os cabelos das empregadas; promete promoções e aumentos salariais caso elas aceitem sair com ele depois do trabalho; ameaça com a perda do emprego diante de negativas; profere obscenidades ao pé do ouvido delas e faz comentários

sobre características de seu corpo, dizendo que gostaria de vê-las despidas. Esta conduta é reiterada e constante. Algumas trabalhadores comunicam anonimamente a direção da empresa sobre o que está ocorrendo, mas esta não dá crédito às denúncias e não adota nenhuma providência. Quatro trabalhadoras não aguentam mais a situação, pedem demissão e decidem procurar um advogado, que ajuíza uma ação para cada uma delas, com pedido de indenização por danos morais. As reclamantes têm o seguinte perfil: Maria, 25 anos, com apenas três anos de formação escolar, mãe solteira de dois filhos, terceirizada encarregada dos serviços de copa, era remunerada por um pouco mais do que salário mínimo mensal, R\$ 1.000,00. A estagiária de direito Solange, 21 anos, solteira, ganhava R\$ 1.600,00. Antonia, 30 anos, empregada contratada diretamente como contabilista, com sete anos de experiência, casada e sem filhos, recebia R\$ 5.700,00. Luana, 35 anos, divorciada e com um filho, formada em administração com pós-graduação no exterior e bilíngue, chefe de recursos humanos, tinha salário de R\$ 11.300,00.

Os fatos ocorreram em uma cidade do interior que tem uma única Vara do Trabalho. As quatro reclamantes conseguiram apenas duas testemunhas para depor. Estas testemunhas também foram assediadas e viram o gerente geral assediando todas as quatro reclamantes. Os depoimentos são consistentes e coerentes. A empresa admite que recebeu a denúncia anônima, pois foi comprovado o envio

e recebimento de um email com este teor. As testemunhas foram ouvidas no processo de Antonia e, por convenção das partes, a prova foi emprestada para os demais casos.

Em síntese, nestes processos o réu é o mesmo, os fatos são os mesmos, as provas são as mesmas e, finalmente, o juiz é o mesmo. Apenas a parte autora é diferente em cada um dos casos - embora todas elas tenham sofrido igualmente o mesmo dano, em idêntico grau. O juiz vai julgar os casos, em quatro sentenças distintas. A prova é robusta e verossímil. Ele condena o empregador com base no art. 186 do Código Civil e, especialmente, em razão da conduta omissiva do réu. Então, depois de fixar a responsabilidade civil do réu pelos danos causados, o julgador precisa estabelecer o valor da condenação e volta-se aos nos dispositivos da CLT que tratam dos danos “extrapatrimoniais”, introduzidos pela Reforma Trabalhista, que criou a regra de “tarifação” do dano moral. Inicialmente, segundo a nova norma (art. 223-G), é preciso determinar o grau da lesão: leve, média, grave ou gravíssima, de acordo com vários critérios relativamente subjetivos. Vamos supor que no caso em apreço o juiz entenda que o dano é grave. Depois de estabelecido o grau, a lei cria uma “tabela de indenização”, cuja base de cálculo é o salário do empregado (até três vezes para danos leves, até cinco vezes para danos médios, até vinte vezes para danos graves e até cinquenta vezes para danos gravíssimos). Chega-se então ao seguinte resultado: Maria, a terceirizada, receberá 20 mil reais; Solange, a estagiária, será indenizada

em 32 mil reais, Antonia, a contabilista, terá direito a 114 mil reais; e, finalmente, Luana, a chefe de RH, embolsará 226 mil reais. Conclusão: para os legisladores brasileiros, a dignidade e o patrimônio moral da estagiária Solange vale aproximadamente 1,6 vezes mais do que a da pobre Maria; a dignidade e o patrimônio moral da empregada Antonia vale 5,7 vezes mais do que a da terceirizada Maria; e, finalmente, a dignidade e o patrimônio moral da pós-graduada Luana vale 11,3 vezes mais do que a da pouco instruída Maria. Ou, sob outro enfoque, a lei distribuiu desigualmente bens jurídicos decorrentes de lesão ao patrimônio moral, oriundos de um mesmo fato gerador, de acordo com o valor do trabalhador no mercado de trabalho.

O que a lei faz é exatamente isto: embora os trabalhadores sejam merecedores de igual tratamento digno, eles devem ser separados de acordo com seu salários, para fins de mensuração de seu patrimônio moral. Quanto menor o salário, menor será a reparação da dignidade do trabalhador. Ou, em outras palavras, a dignidade e o patrimônio moral do trabalhador são proporcionais ao seu valor no mercado de trabalho.

Observe-se que não se pode alegar aqui que os desiguais devem ser tratados desigualmente na exata medida de sua desigualdade. As trabalhadoras, no caso em questão, não são desiguais quanto aos fatos e ao direito. Todas são merecedoras do mesmo tratamento digno por parte do empregador, independentemente de sua condição social. Não se pode ter como válido o postulado de que a digni-

dade da pessoa humana decorra de seu “pertencimento” a uma posição no mercado de trabalho (e, pior ainda, de que a dignidade será tanto menor quanto menos ela receba). Aceitar esta idéia é o mesmo que dizer que a dignidade depende do pertencimento a uma raça, etnia ou religião. Isto contraria o imperativo categórico kantiano, crucial para a definição da modernidade e dos direitos humanos, de que todos os homens são dignos de igual consideração e respeito (*o respeito dirige-se sempre a pessoas, não a coisas. (...) se examinamos atentamente ao conceito de respeito pelas pessoas, percebe-se que se baseia sempre na consciência de um dever que um exemplo nos apresenta e que, portanto, o respeito nunca pode ter nenhum outro fundamento que não seja o moral.* Immanuel Kant, *Crítica da Razão Prática*). Foi justamente inspirado neste princípio que a Declaração Universal dos Direitos do Homem adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 estabeleceu no seu art 1o: *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”*

E, no plano do direito constitucional positivo, o artigo 223-G da CLT, com a redação da Reforma Trabalhista, viola de forma evidente, flagrante, inquestionável e patente um dos mais básicos postulados da Constituição: a igualdade perante a lei (CR, art. 5o, inc. I). Esta cláusula constitucional de isonomia não se resume a garantir apenas que o Estado deve tratar a todos de forma indistinta. Significa, essencialmente, na dicção da Décima Quinta Emenda à Constituição dos EUA, “a igual proteção das leis” (*equal protection of the*

laws). O direito deve proteger a todos de maneira uniforme. A lei não pode criar distinções não justificadas entre os destinatários da norma. O legislador não deve estabelecer discriminações legais que não sejam justificáveis pela natureza indistinta daquele que é discriminado.

No caso da regulamentação do dano moral na Reforma Trabalhista, a lei claramente dá um tratamento diferente para pessoas que estão sob mesma condição de fato e de direito, estabelecendo o seguinte: quem ganhar salário menor, terá reparação menor, ou em outros termos, terá “proteção da lei” em menor grau. Ou então, seria mais preciso dizer, “não terá igual proteção da lei”. Isto nada mais é do que uma forma de segregação. Não é uma segregação pela raça, cor, gênero ou nacionalidade: é uma segregação pela renda, pois quanto mais pobre o trabalhador, menor a reparação a ele devida. Os trabalhadores são “iguais” em seus direitos à reparação extrapatrimonial, mas “separados” - por faixa de renda - na hora de distribuição da justiça. Este é o mesmo fundamento utilizado pelos segregacionistas do sul dos EUA para desenvolver a doutrina “separated but equal”.

Recorremos aqui ao direito constitucional americano pois, de fato, quando o assunto é a igualdade perante a lei, precisamos ter a humildade de aprender com a jurisprudência dos EUA. Os norte-americanos têm uma rica experiência neste campo, em razão dos traumas da Guerra de Secessão (1861-1865) e do doloroso processo de incorporação das minorias, notadamente os negros. É conveniente lembrar que o princípio da igualdade perante a lei não estava estabeleci-

do nem na Constituição assinada na Filadélfia (1787), nem nas dez primeiras emendas (*Bill of Rights*) que lhe foram acrescentadas (1789). E a ausência deste direito no momento inaugural da República americana não era casual. Incorporá-la ao direito constitucional criaria embaraços legais para a manutenção da escravidão e para o deslocamento forçado dos índios para oeste. Foi somente no período conhecido como “*Reconstruction*”, imediatamente após o fim da guerra civil, que os EUA fizeram aprovar as Emendas XIII (fim da escravidão), XIV (igualdade civil e *due process of law* substancial) e XV (igualdade de direito ao sufrágio).

Como é sabido, apesar desta grande revolução constitucional (conforme expressão de Bruce Ackerman) que foi a aprovação daquelas emendas pós-Guerra Civil, os derrotados Estados do Sul não se conformaram e passaram a editar uma série de leis estaduais discriminatórias para os negros, que criaram o sistema de segregação institucional (as chamadas “Jim Crow laws”). Embora no final do século a Suprema Corte dos EUA tenha sustentado a constitucionalidade das leis segregacionistas - caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) -, considerando possível a segregação pelo princípio separados mas iguais, a evolução da jurisprudência ao longo do século XX paulatinamente foi rejeitando a concepção do caso *Plessy*, até sepultá-la em definitivo no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). A virada hermenêutica que possibilitou à Corte a superação do princípio “separados mas iguais” ocorrera alguns

anos antes, em um julgamento que não estava relacionado à discriminação, mas sim à regulação econômica - o caso *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938). Neste processo discutia-se a validade de uma lei federal que estabeleceria padrões mínimos para a produção e comercialização do leite. A empresa recorrente sustentava que a norma violava a liberdade de produção e feria a cláusula do contrato da Constituição. A Suprema Corte rejeitou as alegações da empresa e confirmou a constitucionalidade da norma. O Juiz Harlan Stone, redigindo a decisão em nome da corte, estabeleceu que prevalecia o princípio da presunção de constitucionalidade quando o legislativo exercia discricionariedade razoável sustentada por evidências substanciais de saúde pública, que não eram “arbitrárias ou irracionais”. A seguir, o Juiz Harlan inseriu na decisão uma nota de pé de página que iria revolucionar a jurisprudência constitucional americana. A *Footnote Four* (que passaria a ser conhecida como ‘a nota de pé-de-página mais importante da história da Suprema Corte’) afirmava que deveria haver uma inversão na presunção de constitucionalidade quando a norma em sua face aparentasse confrontar uma proibição específica da Constituição ou das Dez Primeiras Emendas, especialmente sob o crivo do devido processo legal substancial (XIV Emenda), sobretudo quando tais leis fossem dirigidas a religiões particulares ou a minorias raciais, de modo que elas deveriam assim ser submetidas a um padrão mais rígido de controle de constitucionalidade.

Surgia, então, na jurisprudência constitucional da Suprema Corte o *standard* do “escrutínio estrito”: ou seja, o grau de discricionariedade legislativa tem latitude reduzida em questões relativas ao tema “discriminação legal”. Quando a norma positiva dá tratamento diferente a determinadas categorias de pessoas, inverte-se o pressuposto hermenêutico de presunção de constitucionalidade das leis, passando-se a examinar o caso a partir da premissa de que a lei é inconstitucional; vale dizer, aquele que promulgou a lei (ou a parte que sustenta sua constitucionalidade) deve demonstrar cabalmente quais são os motivos justificáveis e em base racional (*rational basis review*) para o estabelecimento de uma discriminação legal que é “suspeita ou quase-suspeita”.

E, no caso da nova redação conferida ao art. 223-A e seguintes da CLT, deve-se perguntar: por que o trabalhador de maior renda deve ser reparado, quanto a danos morais, em valores superiores àqueles devidos ao trabalhador de menor renda? A resposta é simples: não há motivo demonstrável, com base racional, que justifique o *discrimen*, pois o salário é irrelevante para mensurar a dor psíquica que envolve o dano moral. Especialmente porque nossa constituição estabelece que o “direito de resposta” (o qual não se restringe apenas ao âmbito da liberdade de expressão) deve ser proporcional ao agravo. Portanto, na dicção da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, trata-se de escolha arbitrária e irracional do legislador, lesiva aos mais trabalhadores de renda inferior.

O fato de as trabalhadoras serem solteiras ou casadas, de terem ou não filhos, ou de possuírem maior ou menor grau de instrução, deveria - em face do princípio “igual proteção das leis” - ser considerado para a fixação do valor do dano moral por assédio? Evidentemente não, pois esta condição é irrelevante para a caracterização do agravo. Então, se devemos descartar estas condições pessoais, por que deveria ser levado em conta o seu salário? O legislador estabeleceu um critério arbitrário, que não tem relação de “causa-efeito” para a fixação “agravo-indenização”.

Observe-se, aliás, que se algum critério discriminatório coubesse na fixação dos danos morais, só haveria alguma racionalidade se a intenção do legislador fosse exatamente a oposta - a de proteger aqueles que se encontram em situação de maior vulnerabilidade. Evidentemente, quanto menor a capacidade econômica do empregado, maior sua submissão ao poder diretivo do empregado e menor a possibilidade de resistência. No exemplo que usamos, quem estaria mais suscetível a uma ameaça de demissão, uma trabalhadora altamente qualificada e bem remunerada ou a terceirizada mal paga? O mais absurdo e contraditório na nova lei é que isto é reconhecido implicitamente, pois ao estabelecer os critérios para fixar a responsabilidade do réu pelo dano, o juiz deve considerar, segundo o art. 223-G, XI, “a situação social e econômica das partes envolvidas”. Então, embora reconheça que determinado trabalhador é mais vulnerável que outro, o juiz não pode majorar a condenação em dinheiro em ra-

zão desta circunstância, em virtude das limitações estabelecidas nos outros dispositivos da mesma norma.

De qualquer forma, o salário que uma pessoa ganha não é e não pode ser um elemento de mensuração de sua dignidade e isto viola inclusive a vedação expressa na Constituição (art. 7º., inc. XXXII) de distinção entre trabalho “manual, técnico e intelectual e entre seus respectivos profissionais”, pois, evidentemente, a posição do trabalhador no mercado de trabalho e na escala salarial depende de sua qualificação e do tipo de atividade que desempenha.

Portanto, a nova lei é flagrantemente inconstitucional, por violar os arts. 1º., inc. III, 5º., inc. I e V e 7º. XXXII da Constituição da República.

A GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E O ART. 24 DA LEI Nº 11.457/07: UM CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Daniel Müller Martins

Advogado. Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor de Direito Administrativo na FAE Centro Universitário. Professor Convidado dos cursos de Pós-Graduação e MBA da FAE Business School. Professor Convidado da Escola Superior da Advocacia da OAB/PR. Vice-Presidente da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/PR.

Resumo: O presente trabalho tem por objeto a análise e compreensão dos aspectos jurídico-temporais do processo administrativo, com especial enfoque no dever de

decidir que envolve petições, defesas e recursos dos contribuintes perante a Administração Pública Federal, à luz da incompatibilidade do art. 24 da Lei nº 11.457/07 com a Carta da República. À luz de um Estado Democrático de Direito, sobressai a indispensabilidade do exercício da função administrativa sob forma processualizada como condição necessária à sua legitimidade e à garantia de direitos em favor dos particulares. As relações entre o tempo e o Direito se manifestam em variadas vertentes, o que não exclui a processualidade administrativa. O tempo é um condicionante da função administrativa, razão pela qual seu aspecto dinâmico se mostra umbilicalmente conectado à compreensão das relações derivadas do decurso do tempo no processo administrativo e do desenrolar do processo administrativo no tempo. Nessa linha, a Constituição da República, em seu art. 5º, LXXVIII, consagrou como direito fundamental e cláusula pétrea a duração razoável dos processos administrativos e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação. A aferição da duração razoável dos processos administrativos tem no aspecto temporal do dever de decidir um elemento fundamental, do que resulta, a partir das premissas estabelecidas, que o prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias fixado pelo art. 24 da Lei nº 11.457/07 é manifestamente inconstitucional.

Palavras-chave: processo administrativo, tempo, razoável duração, dever de decidir, inconstitucionalidade

1. Considerações Iniciais

O presente trabalho tem por objetivo analisar a incompatibilidade do conteúdo normativo do art. 24 da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007¹, com o art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República, que institui o direito fundamental à razoável duração dos processos administrativos e aos meios que garantam a celeridade da sua tramitação, do que resulta a sua inconstitucionalidade material.

A partir do advento dessa regra legal, vigente desde o primeiro dia útil de maio de 2007, criou-se uma regra temporal especial em relação àquela geral prevista no art. 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispondo que *“concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”*.

De acordo com essa regra especial, nas relações jurídicas entre Estado-Administração e contribuintes, notadamente em situações processuais provocadas por protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos destes, ampliou-se em 12 (doze) vezes o prazo padrão estabelecido para que seja caracterizada a resistência ilegítima (mora) da Administração Pública em relação ao seu dever de decidir.

1 Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Embora vigente há mais de 10 (dez) anos, não se tem notícia de que a norma legal sob análise tenha sido submetida a controle de constitucionalidade perante os Tribunais Regionais Federais ou perante o Superior Tribunal de Justiça, respeitando-se a cláusula de reserva de plenário, ou então perante o Supremo Tribunal Federal, seja em controle difuso, seja em controle concentrado.

Em verdade, o que se tem notícia é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a despeito de não ter enfrentado uma arguição expressa de inconstitucionalidade do art. 24 da Lei nº 11.457/07, teve a oportunidade de analisar o conteúdo normativo desse dispositivo legal, em sede de recurso especial, a partir de julgamento do TRF – 4ª Região que havia reconhecido a aplicação do trintídio previsto no art. 49 da Lei nº 9.784/99 aos processos administrativos fiscais anteriormente à vigência da nova Lei.

Nesse julgamento, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil anterior, decidiu que, *dadas as peculiaridades da seara fiscal, “o processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte”*.

A partir dessa premissa, o Tribunal reconheceu que o art. 24 da Lei nº 11.457/07 teve por escopo *suprir lacuna legislativa existente* e, em razão de sua natureza processual, reconheceu que “*tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07)*”².

As linhas que seguem, pois, têm por escopo demonstrar que, na realidade, não havia lacuna legislativa quanto ao aspecto temporal do dever de decidir próprio da Administração Pública Federal na sua relação com os contribuintes antes do advento do art. 24 da Lei nº 11.457/07, bem como que essa norma legal especial padece de vício de inconstitucionalidade material porque não se conforma com o conteúdo normativo do direito fundamental à duração razoável dos processos administrativos.

2. Algumas premissas necessárias

A presente análise é guiada por algumas premissas indispensáveis a respeito da leitura constitucional do direito administrativo, da relação entre o tempo e o Direito, bem como do tempo enquanto condicionante fundamental da atividade administrativa processualizada.

² STJ, **REsp 1138206/RS**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 01/09/2010.

2.1. Apontamentos sobre a constitucionalização do direito administrativo

As dificuldades inerentes à efetiva concretização da interdependência necessária entre o direito administrativo e o direito constitucional possuem íntima relação com a descontinuidade institucional que afetou a estabilidade constitucional no final do século XIX e início do século XX. Como bem define GUSTAVO BINENBOJM, “*o direito administrativo experimentou, ao longo de seu percurso histórico, um processo de descolamento do direito constitucional*”³.

Em razão disso, não obstante a inegável superação progressiva das imperfeições da fundamentação democrática do Poder desde o final do século XIX, o direito administrativo encontrou campo fértil para manter uma autonomia e neutralidade científica em relação ao direito constitucional. Bem elucidada tal situação a assertiva clássica de OTTO MAYER no sentido de que “*o Direito constitucional passa e o Direito administrativo fica*”⁴.

Somente a partir da segunda metade do século XX é que a sobrevivência neutral do direito administrativo passa

3 **Uma Teoria do Direito Administrativo**, Renovar, 2006, p. 18.

4 *apud* VASCO PEREIRA DA SILVA, **O Contencioso Administrativo como ‘Direito Constitucional Concretizado’ ou ‘ainda por Concretizar’**, Almedina, p. 6. As relações entre o direito administrativo e o direito constitucional, especialmente no período que vai até a 2ª Guerra Mundial (1945), suscitaram grandes debates, especialmente na doutrina estrangeira. Na doutrina nacional, ampliar em ODETE MEDAUAR, **O DIREITO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO**, RT, 1992, p. 156 e seguintes. A autora possui ampla e percuciente exposição sobre o tema.

definitivamente a ceder ante à supremacia do direito constitucional. A efetiva constitucionalização – e democratização – do direito administrativo passou a se fazer presente e atuante, ainda que sempre presente alguma resistência responsável pela sua lentidão⁵.

Daí porque é precisa a consideração de VASCO PEREIRA DA SILVA a respeito da supracitada assertiva de OTTO MAYER quando afirma que “(...) *se é certo que pode ser interpretada, em sentido sociológico, como sintomática da inércia (e conseqüente lentidão) das instituições administrativas perante as (mais rápidas) transformações constitucionais – não pode, de modo algum, num Estado de Direito, significar em termos jurídicos a impermea-*

5 Ampliar em PATRÍCIA BAPTISTA, **Transformações do Direito Administrativo**, Renovar, p. 35 e seguintes. A respeito da constitucionalização do Direito administrativo, GUSTAVO BINENBOJM bem elucida a questão: “*seja como for, a despeito de suas diferentes fundamentações teóricas, há um certo consenso na atualidade sobre o papel central das noções de direitos fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos constitutivos do Estado democrático de direito, que irradiam sua influência por todas as suas instituições políticas e jurídicas. Inclusive, e evidentemente, sobre a Administração Pública e sobre toda a configuração teórica do direito administrativo. A Constituição é o instrumento por meio do qual os sistemas democrático e de direitos fundamentais se institucionalizam no âmbito do Estado. O processo por meio do qual tais sistemas espraiam seus efeitos conformadores por toda a ordem jurídico-política, condicionando e influenciando os seus diversos institutos e estruturas, tem sido chamado de constitucionalização do direito ou neoconstitucionalismo*” (**Uma Teoria...**, cit., p. 61). E dele também podemos extrair a assertiva que justifica a referida lentidão: “*o direito nunca muda de uma só vez: novas construções teóricas erigem-se sempre sobre os escombros do passado. Faz parte da natureza do direito uma certa inércia teórica, reflexo da sua pretensão prescritiva sobre a realidade social*” (idem, p. 321).

bilidade do Direito Administrativo em face dos valores e das normas constitucionais”⁶.

Entre nós, a partir do advento da Constituição de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ocupar uma posição normativa transcendental, verdadeira síntese dos direitos fundamentais encartados na Carta da República. Cuida-se de princípio que funciona como filtro fundamental de aferição da legitimidade da ação estatal.

Entre os fundamentos da República, também releva salientar a cidadania enquanto elemento relacionado ao princípio democrático. Não há dúvidas de que o regime constitucional impõe o absoluto respeito à cidadania e à democracia, especialmente na orientação do exercício das funções estatais. A legitimidade do seu exercício deve sempre estar submetida a um teste de compatibilidade formal e material em relação ao atendimento das garantias do cidadão e ao seu direito de participação, o que implica na necessidade de desenvolvimento contínuo de técnicas de participação democrática.

A concepção constitucional impõe que a Administração Pública seja republicana e democrática⁷. O campo é

6 **O Contencioso Administrativo como ‘Direito Constitucional Concretizado’ ou ‘ainda por Concretizar’**, Almedina, p. 6-7. A celebre dicção de OTTO MAYER suscitou e ainda suscita manifestações diversas da doutrina. A título ilustrativo, veja-se o artigo de J. J. GOMES CANOTILHO, *O Direito Constitucional passa; o Direito Administrativo passa também*, **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Stvdia Iuridica 61**, Coimbra Editora, p. 705-722.

7 Ampliar em CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Democracia, Constituição e*

fértil para a personalização do Direito Administrativo. O homem, enquanto cidadão, sujeito de direitos, volta a ser o protagonista. A equação constitucional harmônica entre a liberdade e a autoridade impõe trazer para dentro do conceito de direito administrativo a pessoa humana como condição necessária à superação do instrumental do direito administrativo secularmente deslocado. A realidade exige que a supremacia da Constituição e de seus fundamentos não seja “um mero elemento do discurso político”⁸.

Na lição clássica de H. BARTHÉLEMY, “*é no direito constitucional que estão os títulos dos capítulos (têtes de chapitres) de direito administrativo: um é o prefácio do outro*”⁹.

Nessa linha, é preciso ter o direito administrativo como o conjunto de normas jurídicas que disciplinam o exercício da função administrativa e as garantias dos cidadãos a ela relacionados, evidenciando-se a processualidade administrativa como um núcleo fundamental que revela a dinâmica da função administrativa. Como bem adverte VASCO PEREIRA DA SILVA, “*os direitos fundamentais consubstanciam-se em regras substantivas, procedimentais e processuais, daí que a sua concretização não seja possível*

Administração Pública, **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 26, p. 60-67.

8 A expressão “*personalização do Direito administrativo*” foi emprestada de MARÇAL JUSTEN FILHO, O conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo, **Revista Trimestral de Direito Público**, vol. 26, 1999.

9 **Traité Elementaire de Droit Admnistratif**, 3ª ed., 1933, p. 1-2.

sem que existam meios contenciosos adequados, de forma a assegurar a sua tutela plena e efetiva”¹⁰.

Não obstante esse indiscutível movimento de constitucionalização do direito administrativo e a relevância transcendental dos princípios constitucionais na regência da função correspondente, não se deve confundir legalidade e constitucionalidade.

Como ensina JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, com remissão à lição de FERNANDO SAINZ MORENO, *“la cobertura legal previa condiciona ab initio la legalidade de la actuación administrativa, pero no agota, en modo alguno, la regulación íntegra de esa actuación”*¹¹.

A legalidade deve subsistir, mas não como fundamento exclusivo da atuação administrativa. A interpretação da legalidade depende da sua inserção conjuntural no sistema constitucional. Abandona-se, sim, aquilo que GUSTAVO ZAGREBELSKI denomina de *“iuspostivismo decimonónico”* e que qualifica como *“puro y simple resíduo histórico”*. Na atualidade, a legalidade atua enquanto princípio constitucional e condicionamento inicial do agir administrativo submetido à função unificadora da Constituição¹².

10 **O Contencioso Administrativo como ‘Direito Constitucional Concretizado’ ou ‘Ainda por Concretizar’?**, Almedina, 1999, p. 7.

11 **El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**, 4ª ed., Civitas, p. 47.

12 **El Derecho Dúctil**, Editorial Trotta, 1997, p. 41.

Sob as luzes de um Estado Democrático, a função administrativa relaciona-se intimamente com o exercício da ponderação proporcional de valores constitucionalmente protegidos. Em termos funcionais, vive-se um Estado de ponderação¹³.

E não há como ser diferente, especialmente diante da impossibilidade de sustentação de um modelo formal de legitimação da função administrativa. Ou seja, um modelo de legitimação em decorrência exclusiva da legalidade, a partir da mera execução da lei enquanto produto da função legislativa pelos representantes democráticos do povo¹⁴.

13 Importa referir o pensamento de GUSTAVO BINENBOJM quando bem descreve a ponderação indispensável em um Estado Democrático de Direito: “a ponderação pode ser compreendida como um método destinado a estabelecer relações de prevalência relativa entre elementos que se entrelaçam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos pelo sistema jurídico. Ponderam-se, assim, bens, princípios, finalidades ou interesses, conforme elementos que se encontrem em jogo numa dada situação. A ponderação encontra-se presente no discurso jurídico desde a matriz constitucional, espraia-se pela etapa de concretização legislativa, chegando ao seu grau de maior concretude decisória nas atividades administrativa e judicial. A circunstância de o Estado democrático de direito contemplar juridicamente uma vasta miríade de bens, princípios, finalidades e interesses cria a necessidade de incontáveis juízos de ponderação, como forma de proporcionar uma acomodação otimizada entre eles, de acordo com as circunstâncias fáticas e normativas de determinada situação. Daí afirmar-se que o Estado democrático de direito, em sua dinâmica de funcionamento, deve ser entendido como um Estado de ponderação” (**Uma Teoria do Direito Administrativo**, Renovar, 2006, p. 109-110).

14 Ampliar em JULI PONCE SOLÉ, **Dever de Buena Administración y Derecho Al Procedimiento Administrativo Debido. Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo y del Ejercicio de la Discrecionalidad**. Lex Nova, 2001, p. 119 e seguintes. O autor bem demonstra os contornos daquilo que denomina “*crisis de la legitimación por vía de la legalidad*”.

De todo modo, sob um enfoque preponderantemente democrático, a sujeição da Administração Pública ao regime jurídico que lhe é próprio reclama uma condição fundamental: o exercício processualizado das competências que constituem a função administrativa.

A relação entre função, sob enfoque dinâmico, e processo (ou procedimento)¹⁵ é inegável. O exercício de qualquer função pública no contexto de um sistema democrático, fundado na soberania popular, exige formalização

15 Neste ensaio serão utilizados os termos processo e procedimento sem maior rigor de distinção. É necessário registrar, no entanto, que compreendemos o procedimento administrativo como uma sucessão legalmente condicionada de atos administrativos relativamente autônomos, encadeados mediante relação de causalidade e instrumentalmente ordenados à concretização da função administrativa. Embora o conceito tenha natureza predominantemente formal, a compreensão não se faz exógena e extrínseca ao conteúdo. A compreensão das formas deve se dar conforme o conteúdo da função. O procedimento deve ser concebido, então, numa perspectiva formal-funcional. Quanto ao processo administrativo, entendemos que a relação entre processo e procedimento implica em relação de inclusão, mas não de identificação plena. Uma relação continente-conteúdo. Entendemos o processo administrativo como a síntese entre procedimento e relação jurídica administrativa sob enfoque dinâmico. O processo administrativo contém o procedimento, mas nele não se esgota. O processo administrativo contém a relação jurídica administrativa, mas nela não se limita. O processo administrativo é uma instituição jurídica de perfil próprio e deve ser compreendido como conduto jurídico da relação jurídica administrativa mediante a sucessão legalmente condicionada de atos e fatos administrativos relativamente autônomos, encadeados por relação de causalidade e instrumentalmente ordenados à concretização participativa da função administrativa. A posição adotada encontra correspondência em EGON BOCKMANN MOREIRA, **Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**, 2ª ed., Malheiros, p. 49, e por RICARDO MARCONDES MARTINS, O Conceito Científico de Processo Administrativo, **Revista de Direito Administrativo**, vol. 235, p. 349.

como condição de garantia sob dúplice feição: a uma, à satisfação dos interesses tutelados pelo próprio exercente da função; a duas, à garantia dos direitos dos cidadãos.

A processualização da função administrativa, pois, apresenta-se como condição necessária à sua legitimação. Como bem acentua ROBERTO DROMI, *“el Estado de derecho no solo requiere de la solemnidad declarativa constitucional, sino también de la implementación constitutiva legal-procesal”*. E sintetiza: *“(…) el procedimiento administrativo es la herramienta más idónea como reaseguro contra los desbordes del obrar de la Administración”*¹⁶.

2.2. Fundamentos da relação entre o tempo e o Direito

A relação entre o tempo e o Direito possui evidente e inegável relevância. Não há como cogitar da normatização de condutas de modo desconectado do plano temporal da sua compreensão. A interpretação e aplicação do Direito são atividades dependentes da apreensão do fenômeno temporal.

A compreensão do tempo, porém, pode se dar sob diferentes perspectivas: tempo como instituição social, tempo como fenômeno físico, tempo enquanto experiência psíquica¹⁷. Não há como negar ao tempo uma construção

16 **Derecho Administrativo**, Ciudad Argentina, 10ª ed., 2004, p. 1165.

17 Sobre as dificuldades de identificar uma dimensão unívoca do tempo, confira-se o trabalho de FÁBIO JOSÉ BARBOSA CORREIA, **O problema do tempo no pensamento de Agostinho de Hipona e Henri Bergson**, dispo-

social, ou seja, uma temporalização social que faz com que possamos “‘dar’ o tempo (...) igualmente ‘tomá-lo’, ‘passá-lo’, ‘perdê-lo’, ‘encontrá-lo’, ‘matá-lo’, ‘ganhá-lo’, ‘remontá-lo’”¹⁸. Mas também não é possível negar uma visão objetiva do tempo, marcada “*pelo curso das estrelas, a sucessão do dia e da noite, ou o envelhecimento do ser vivo*”. E da mesma forma não há como negar ao tempo uma dimensão subjetiva que “*depende da experiência mais íntima da consciência individual, que pode vivenciar um minuto do relógio, ora como duração interminável, ora como instante fulgurante*”¹⁹.

nível em http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/6256/arquivo6752_1.pdf?sequence=1. Acesso em 16 de outubro de 2017.

18 É interessante a referência feita por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI a respeito dos chamados “*Bancos de Tempo*” que surgiram na cidade de Bologna, Itália, em 1991, e se espalharam por outras cidades do norte do país. E explica: “*a partir desta simples constatação, de que o tempo não é igual para todos, e da necessidade de enfrentar os problemas de desperdício e escassez de horas que todos vivem em alguma medida, surgiram os Bancos do Tempo: ‘ninguém é tão pobre que não possa doar uma hora, nem tão rico que não precise recebê-la em troca’, diz ROSA MARIA AMOREVOLE, responsável pelo programa de reorganização territorial da cidade italiana de Bolonha... Na Itália, os primeiros Bancos do Tempo surgiram em 1991 nas pequenas e ricas cidades do norte do país: ‘Não respondiam a uma situação de carência econômica ou à falta de serviços de assistência. Tratava-se principalmente de uma necessidade de tipo social’, sublinha ROSA MARIA. ‘Elas ajudam a reconstruir o tecido social que a vida moderna destruiu’. Ou seja, trocas que envolvem pessoas que não tem nenhum tempo e aquelas que tem tempo de sobra; pessoas no auge da carreira e aposentados que querem sentir-se úteis”* (**Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**, RT, 1997, p. 19-20).

19 FRANÇOIS OST, **O tempo do direito**, EDUSC, 2005, p. 12-13. Essa perspectiva subjetiva da apreensão do tempo é igualmente referida por José

Nos limites deste trabalho, não interessa verticalizar a análise dessas perspectivas. Importa, sim, tomar como premissa fundamental a existência de uma relação íntima e de tensão dialética entre o tempo e o Direito. Nas palavras de FRANÇOIS OST, “(...) *um laço potente se estabelece entre temporalização social do tempo e instituição jurídica da sociedade*”²⁰. E explica:

“Mais precisamente: o direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituinte do direito. Ainda mais precisamente: o direito temporaliza, ao passo que o tempo institui. Trata-se, então, de uma dialética profunda e não de relações superficiais que se ligam entre o direito e o tempo. O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cro-

LUIS SAID, quando afirma: “*em suma: frente ao tempo cronológico, cósmico ou matemático, o qual quantificamos com referência a ciclos, processos ou fenômenos naturais, aparece o tempo das vivências subjetivas, o tempo da própria existência, esse tempo privado, pessoal, que rechaça sua simplificação sob o rotineiro girar dos ponteiros do relógio. Um tempo interior somente vinculado às emoções, angustias, esperanças, incertezas etc. Tempo da experiência vital individual que não admite sua conformação ao calendário*” (Os prazos na lei nacional de procedimentos administrativos na Argentina, in CARLOS ARI SUNDFELD e GULLERMO ANDRÉS MUÑOZ (COORD.), **As leis de processo administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**, Malheiros, 2000, p. 305).

20 Neste sentido também é a posição sustentada por JULIO CESAR COSTA DA SILVEIRA quando afirma que “(...) *torna-se necessário que: se admita o tempo como relação, como invenção e como construção, de modo que o tempo passe a expressar uma estrutura sócio-cultural, estruturada socialmente, de molde a atuar como uma estrutura estruturante do real*” (**Da prescrição administrativa e o princípio da segurança jurídica: significado e sentido**, tese de doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2005, p. 13).

nológico em cujo seio desenrolaria sua ação; do mesmo modo, o direito não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos, deixando para o restante que o tempo desenrole seu fio. Antes, é muito mais desde o interior que direito e tempo se trabalham mutuamente. Contra a visão positivista que não fez mais que exteriorizar o tempo, nós mostraremos que não é possível ‘dizer o direito’ senão ‘dando o tempo’; longe de se voltar à medida formal de seu desenrolar cronológico, o tempo é um dos maiores desafios da capacidade instituinte do direito”.²¹

Não obstante, prevalece uma visão basicamente linear e monolítica do tempo quando se está sob enfoque jurídico. Essa linearidade que se justifica em razão da sua evidência objetiva, experimenta sensíveis dificuldades de apreensão e aplicação sob as contingências do Estado Pós-Moderno, as quais estampam drásticas modificações evolutivas e impõem uma reconfiguração da relação tempo e espaço, inclusive no plano do Direito²².

Nesse prisma, a compreensão do tempo exige uma conformação cada vez mais plural. O Direito deve assegurar a coordenação de ritmos temporais decorrentes de um tempo contemporâneo cada vez mais fragmentado.

21 **O tempo do direito**, cit., p. 13-14.

22 Sobre a necessidade de releitura do plano temporal-espacial no âmbito da Pós-modernidade, conferir em MILTON SANTOS, **Técnica, espaço, tempo. Globalização e meio técnico-científico informacional**, 2ª ed., Hucitec, 1996.

O tempo jurídico opera e é operado em diversas frentes. Os seus efeitos devem estar amoldados às exigências fundamentais contidas na Constituição e na regulamentação infraconstitucional, sob a estrutura de um Estado Democrático de Direito. Como salienta JULIO CESAR COSTA DA SILVEIRA, “(...) o tempo, ao efeito de sua face de relação, deverá estar imantado pelas características, pelas peculiaridades e pelas possibilidades imanentes à esfera de regulação em que deverá estar reconhecido, assumindo, só após tal adequação, a feição de um dos mecanismos com capacidade de estruturação necessária à pacificação de cada caso concreto”²³.

Além disso, o tempo jurídico não se identifica com o tempo cronológico, enquanto fenômeno físico que se desenvolve de modo irrefreável, pois sujeita-se a cortes de descontinuidade. E também não se identifica com o tempo subjetivo, enquanto experiência psíquica cambiável de cidadão para cidadão, porque à perspectiva jurídica se impõe a objetivação possível e, mesmo sem descuidar das peculiaridades próprias de cada caso concreto, dela resulta uma compreensão limitada do fenômeno temporal²⁴.

23 **Da prescrição administrativa e o princípio da segurança jurídica: significado e sentido**, tese de doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2005, p. 15.

24 WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA bem elucida a respeito: “O tempo jurídico corta, opera dividindo, secando. Não é fluxo contínuo, não constituiu um desenrolar-se, um envolver, um transformar-se. Opera por cortes e saltos numa realidade que insta, dura e se transforma paulatinamente. O tempo jurídico, na fixação dos termos e dos prazos, fatais, peremptórios, improrrogáveis ou prorrogáveis, corta a realidade dura, distinguindo a lega-

JOSÉ LUIS SAID, referindo-se a CARLOS COSSIO, trata a respeito da caracterização do tempo jurídico:

“Carlos Cossio expôs – em páginas de indispensável leitura – uma brilhante aproximação ao ‘tempo jurídico’. Enfaticamente afirma que o tempo do direito é o tempo existencial. Baseando-se na noção de ‘totalidade existencial’ elaborada por Alberto Rougés, Cossio pontua que o tempo existencial não consiste em instantes sucessivos excludentes – como o cosmológico – mas de totalidades inclusivas, já que no presente existencial coexistem o passado que permanece e o futuro que se antecipa. No tempo cosmológico os instantes são irrevogáveis; no tempo existencial são revogáveis, já que ‘o passado, ao sobreviver, vai adquirindo e consumando seu sentido ainda que em oposição ao que em seu momento resultava ser’²⁵.

A relação entre o tempo e o Direito, em suas diversas vertentes, deve ser objeto de ponderação normativa individualizada em cada disciplina jurídica.

lidade de ontem da legalidade de hoje, separando a validade do que se fez ontem e a invalidade do que se fez hoje, o útil de hoje e o útil de amanhã, a perda e a aquisição. O castigo dos que dormiram até o dia ‘x’ e o prêmio dos que permaneceram em ativa vigília até a data ‘y’” (Direito intertemporal, Forense, 1988, p. 15).

25 Os prazos na lei nacional de procedimentos administrativos na Argentina, *cit.*, p. 305/306.

2.3. O tempo enquanto condicionante fundamental da função administrativa processualizada

É sabido que a relação entre o Estado-Administração e os cidadãos, independentemente da seara de atuação, submete-se a um conjunto normativo que se caracteriza pela constante compatibilização entre as prerrogativas do Estado e os direitos dos cidadãos.

Essas relações, por óbvio, inserem-se sempre numa dimensão de espaço e tempo. Não por acaso, ISMAEL MATA afirma com precisão que *“el tiempo es un condicionante básico de la función administrativa porque la satisfacción del interés público no admite dilaciones, así como tampoco la respuesta a los derechos y necesidades de los administrados”*²⁶.

A relação entre tempo e função administrativa salta aos olhos com maior evidência a partir do reconhecimento de que a atividade administrativa legítima passa, cada vez mais, pela observância de uma sequência itinerária e encadeada de atos e fatos administrativos teleologicamente ordenados à produção de um ato final e conclusivo.

Conforme ensina JOSÉ LUIS SAID, *“em sua dimensão temporal, o procedimento administrativo apresenta-se, portanto, como um organização dialética entre a continuidade da perspectiva e a descontinuidade dos instantes. Podemos olhar isoladamente os elos da ca-*

26 Los plazos en el procedimiento administrativo, in JUAN CARLOS CASSAGNE (dir.), **Procedimiento y Proceso Administrativo**, Abeledo-Perrot, 2005, p. 152.

deia, ou a cadeia por inteiro”²⁷.

Não há como conceber a função administrativa de modo desconectado da sua compreensão temporal. Especialmente sob enfoque dinâmico, relacionado à processualidade administrativa. Na síntese de SÉRGIO FERRAZ e ADILSON DE ABREU DALLARI, “*o tempo é uma dimensão inseparável do processo*”²⁸.

A partir da identificação do processo administrativo como o conduto jurídico da relação jurídica administrativa, mediante a sucessão legalmente condicionada de atos e fatos administrativos relativamente autônomos, encadeados mediante relação de causalidade e instrumentalmente ordenados à concretização participativa da função administrativa, é simples perceber que esses elementos necessariamente remetem à compreensão temporal.

Nessa compreensão plural, é possível reconhecer, então, nos tempos implicados na processualidade administrativa, um fator de organização essencial ao desempenho da função. Essa processualidade tem como uma de suas finalidades essenciais justamente a garantia de direitos em favor dos particulares, o que não se mostra viável sem a necessária exteriorização de uma certeza mínima de aplicação do Direito no âmbito espacial e temporal. Ademais, não há como olvidar que o tempo, ou o seu decurso, apre-

27 Os prazos na lei nacional de procedimentos administrativos na Argentina, *cit.*, p. 307.

28 **Processo Administrativo**, Malheiros, 2003, p. 294.

senta-se como fato juridicamente relevante, passível de integrar a sequência que compõe o próprio núcleo essencial dos processos administrativos.

Mas o efetivo desenvolvimento de uma doutrina acurada e específica a respeito das relações entre o tempo e a atividade administrativa somente aparece em tempos recentes, em especial a partir de sete fatores que são identificados e sintetizados por MARCO LIPARI em notável ensaio sobre o tema²⁹.

A uma, a vasta elaboração teórica a respeito do silêncio administrativo implicou na evidência da conexão qualificada entre o exercício da função administrativa e a fixação de marcos temporais.

A duas, a individualização dos limites temporais da atividade administrativa, construída entre parâmetros temporais rígidos, por vezes, e por parâmetros temporais elásticos e discricionários, outras vezes, evidenciou a existência de regras e princípios hábeis a disciplinar o tempo para o desenvolvimento e para a conclusão do procedimento administrativo.

A três, sob plano sistemático, embora a função administrativa seja desenvolvida mediante heterogêneas atividades administrativas, mantém alguns elementos co-

29 I tempi del procedimento amministrativo: certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini, in **Tempo, Spazio e Certezza dell'Azione Amministrativa: atti del XLVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione**, Giuffrè, 2003, p. 69 e seguintes

muns decorrentes justamente da sua dimensão temporal, a exemplo da sua previsibilidade em lei, sua especialização e ordenação em fluxos.

A quatro, o aspecto temporal passa a estar no foco de análise da temática dos vícios do ato administrativo.

A cinco, na jurisdição administrativa emerge uma nova e ampla casuística relacionada à apreensão da superveniência de fato e de direito no curso do processo administrativo, com o que se desenvolve o caráter dinâmico da sua relação com o tempo.

A seis, o aspecto temporal passa a ser estudado sob a dimensão dos efeitos jurídicos produzidos, a exemplo da retroatividade, estabilidade e possibilidade de diferimento ou cessação dos efeitos.

A sete, apresentou-se o progressivo surgimento de novos pressupostos de responsabilização da Administração Pública, diretamente referidos ao exercício da função administrativa no tempo, a exemplo do atraso na conclusão dos processos.

Sem embargo dessa notável evolução na matéria, é preciso reconhecer a feliz síntese de SERGIO FERRAZ: “ (...) *há mesmo certa tensão dialética entre os dois termos (vocábulos): o tempo razoável possibilita a plena realização de todos os princípios processuais; o exíguo a dificulta; o excessivo a frustra e frustra o próprio processo. Celeridade e precipitação se espreitam, reciprocamente. No*

reverso da moeda, a morosidade esfacela a respeitabilidade do processo, quando não o próprio direito ou interesse nele em jogo”³⁰.

A harmonização necessária tem uma razão fundamental. A duração razoável dos processos administrativos, entre nós com roupagem de direito fundamental, reclama a equilibrada satisfação das finalidades essenciais da processualidade administrativa, sem perder de vista a dimensão participativa, a transparência e a celeridade possível.

Ocorre que essa tensão dialética natural entre a exigência de duração razoável e o cumprimento das finalidades essenciais do processo administrativo, em especial garantir o direito à participação, dar visibilidade, viabilizar o controle, dar previsibilidade à atividade administrativa, incrementar qualitativamente as decisões e outorgar legitimidade à composição de interesses plurais, tem como elemento de gravame a própria estrutura dos processos administrativos e a obscuridade de alguns elementos procedimentais.

Não há como admitir validamente em nosso ordenamento jurídico a consideração disjuntiva entre a realização teleológica essencial do processo administrativo e a efetivação da sua dimensão temporal, em especialmente a partir da exigência constitucional encartada no artigo 5º, LXXVIII. Impõe-se a conjunção,

30 Processo administrativo: prazos e preclusões. In: CARLOS ARI SUNDFELD e GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ, **As leis de processo administrativo...**, cit., p. 294.

afastando-se qualquer possibilidade de interpretação a partir de critérios disjuntivos.

Nessa quadra, o dever constitucional da duração razoável dos processos administrativos deve servir como linha mestra nas definições estruturais, em especial naquelas endoprocessuais que dizem respeito ao tempo de realização de cada ato da cadeia procedimental. Como afirma DANIEL R. PASTOR, existe uma “*relación genética entre proceso y plazo*”, o que faz com que, à luz dos contornos de um Estado Democrático de Direito, exija-se o estabelecimento legal dos limites temporais do processo³¹.

A ordenação causal e instrumental de atos e fatos dirigidos à concretização participativa da função administrativa reclama uma estruturação adequada, marcada pela definição de condições temporais suficientes a que o elemento teleológico possa ser satisfeito. Eis a razão fundamental dos prazos processuais administrativos, enquanto frações de tempo ordenadoras da atividade administrativa processualizada³².

31 **El plazo razonable en el proceso...**, cit., p. 366.

32 Em sentido semelhante é a lição de ISMAEL MATA quando assevera que “*los plazos consisten en la distribución o asignación preestablecida de los tiempos a cada etapa del procedimiento que regula las actividades componentes de las funciones del Estado*” (Los plazos en el procedimiento administrativo, in JUAN CARLOS CASSAGNE (dir.), **Procedimiento y Proceso Administrativo**, Abeledo-Perrot, 2005, p. 152).

3. Algumas notas sobre critérios para a definição legal dos prazos processuais administrativos: o dever constitucional da duração razoável e sua harmonização com os demais princípios do regime jurídico administrativo

A definição legal dos prazos processuais administrativos é uma imposição inescusável à luz de um Estado Democrático de Direito. Impõe-se a definição precisa a respeito do início, do transcurso e do encerramento dos prazos processuais, sejam eles referentes ao início, ao desenvolvimento ou ao encerramento do processo administrativo.

A preocupação do legislador deve ser indistinta. Não há razões legítimas para privilegiar os prazos de uma das fases do processo administrativo em detrimento das demais. E na definição de todos eles, a garantia constitucional à razoável duração exerce função primordial na escolha legislativa dos prazos legalmente fixados.

No entanto, não basta a definição legal dos prazos processuais administrativos. Impõe-se, conjuntamente, a definição precisa das consequências jurídicas decorrentes do desrespeito aos prazos legalmente fixados. O vazio legislativo a esse respeito, ainda que previstos precisamente os prazos em lei, implica em desrespeito parcial ao dever constitucionalmente imposto a respeito da duração razoável dos processos administrativos.

Não se cuida aqui de defender um engessamento completo do procedimento administrativo, mas sim da necessi-

dade de atribuir segurança e transparência na relação entre o cidadão e a Administração.

Com efeito, a partir da leitura constitucionalizada do regime jurídico da Administração Pública, a positivação normativa do princípio da eficiência veio a concretizar uma ideia de evidente obviedade: a gestão pública deve ser eficiente; se ineficiente, inviável imaginá-la como legítima.

É inobjektável que, entre nós, o princípio da eficiência possui matriz em disposições normativas semelhantes no Direito comparado, em especial nos ordenamentos jurídicos espanhol, italiano e português. Na Espanha, há previsão do princípio da eficácia e do dever de “*buena administración*”. Na Itália, há previsão constitucional do princípio do “*buon andamento*” da Administração Pública. Em Portugal, não há previsão constitucional explícita textualmente referente à eficiência. Porém, há o denominado princípio da desburocratização, também encartado ao lado da eficiência no Código de Procedimento Administrativo (Decreto-Lei nº 6/96, artigo 10: “*a Administração Pública deve ser estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões*”)³³.

33 EGON BOCKMANN MOREIRA procede minuciosa análise da doutrina estrangeira a respeito dos referidos princípios com a finalidade de ilustrar a inspiração do Poder Constituinte derivado brasileiro na inclusão do princípio da eficiência (**Processo administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**, 2ª ed., Malheiros, p. 164-175). Para o estudo aprofundado da questão, no Direito português ampliar em JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES

Em nosso ordenamento jurídico, salta aos olhos a impossibilidade de atribuir à eficiência uma superioridade axiológica em relação aos demais princípios correlatos à Administração Pública. Como não há precedência axiológica entre os princípios, um dos requisitos do atendimento da eficiência é justamente a observância conjunta dos demais. Vale dizer, as ideias que permeiam a exigência constitucional de eficiência não admitem a máxima segundo a qual os fins justificam os meios³⁴.

No que diz respeito à identificação do conteúdo normativo mínimo e essencial do princípio da eficiência, não obstante as dificuldades inerentes à amplitude permissiva da sua compreensão sob diferentes acepções, parece que se deve compreendê-la, a uma, como a realização eficaz de fins predefinidos; a duas, como modo de realização ótima dos fins da Administração; a três, como exigência de celeridade em que deve se pautar a Administração; e, a

LOUREIRO, **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**, Coimbra Editora, 1995; no Direito espanhol ampliar em LUCIANO PAREJO ALFONSO, A. JIMÉNEZ-BLANCO e L. ORTEGA ÁLVAREZ, **Manual de Derecho Administrativo: parte general**, Ariel Derecho, 4ª ed., 1996, e em JULI PONCE SOLÉ, **Dever de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad**, Lex Nova, 2001; no Direito italiano, ampliar em SABINO CASSESE, **Instituzione di diritto amministrativo**, 2ª ed., Giuffrè, 2006.

34 Nesse sentido é a lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para quem “(...) a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito” (**Direito administrativo**, 19ª ed., Atlas, p. 99).

quatro, eficiência como exigência de economia. O conceito de eficiência, então, deve ser compreendido como um superconceito marcado pela nota da pluridimensionalidade³⁵.

Para além de pluridimensional, a eficiência administrativa verte-se em dúplice aplicação. A primeira, estática, correspondente à organização administrativa e a segunda, dinâmica, relacionada à atividade administrativa, sendo certo que em ambas se pode identificar uma íntima conexão com a processualidade administrativa³⁶.

De fato. A atividade administrativa processualizada eficiente deve atender de modo equilibrado às exigências de celeridade, simplicidade, transparência e participação³⁷. O que, por óbvio, depende tanto da es-

35 Neste sentido são as lições de JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES LOUREIRO que, embora talhadas à luz do Direito português, amoldam-se com perfeição ao nosso ordenamento jurídico (**O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**, cit., p. 131-133).

36 Essa dúplice vertente, estática e dinâmica, é proposta por EMERSON GABARDO, **Princípio constitucional da eficiência administrativa**, Dialética, 2002.

37 O atendimento equilibrado às exigências de simplificação, celeridade, participação e garantia tem sido preocupação recente da doutrina especializada europeia, como demonstram os trabalhos reunidos na obra **II procedimento amministrativo in Europa. Atti del Convegno di Milano**, a cura di MARIA ALESSANDRA SANDULLI, GIUFFRÈ, 2000, a saber: KLAUS STERN, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale in Germania: separazione e intersezione, PATRICK J. BIRKINSHAW, Come semplificare le procedure amministrative rendendole più aperte, trasparenti e accessibili: il caso del Regno Unito, GIORGIO CUGURRA, La semplificazione nei procedimenti di pianificazione urbanistica, GIANDOMENICO FALCON, Semplificazione, garanzie, certezza: modelli di composizione degli interessi, JACQUES ZILLER, Procedimento amministrativo in Francia: fra semplificazione e partecipazione, GREGORIO ARENA, Il potere di semplificazione, VINCENZO CAPUTI JAMBRENGHI, Il

trutura estática que dá suporte ao exercício da função, quanto ao seu desenrolar dinâmico.

A eficiência deve servir, enfim, como valioso instrumento de garantia de direitos aos particulares e da consecução dos fins pela Administração, a partir da harmonia necessária entre os seus diferentes núcleos que devem ser tomados de forma conjuntiva, sem privilégios ou discriminações³⁸.

procedimento amministrativo tra semplificazione e garanzie: la ‘semplificazione codificata’, ROSARIO FERRARA, Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla ‘libertà dall’amministrazione’ alla libertà dell’amministrazione?, CARLO EMANUELE GALLO, La semplificazione della disciplina del commercio ed il commercio elettronico, IGNAZIO MARIA MARINO, Cenni su alcuni profili giuridici della semplificazione amministrativa, con particolare riferimento all’ordinamento locale, e JAQUELINE MORAND-DEVILLER, Trasparenza, partecipazione e semplificazione nel procedimento amministrativo francese.

38 Nesse sentido, valiosa é a lição de VERA SCARPINELLA BUENO: “a realização de um procedimento justo integra, portanto, ainda que não exaustivamente: a) uma dimensão de participação; b) uma dimensão de informação (publicidade e transparência); c) uma dimensão de fundamentação (motivação); d) uma dimensão de eficiência (celeridade e racionalização); e e) uma dimensão de imparcialidade. (...) O ambiente criado pelo procedimento administrativo é o ideal para realizar o necessário equilíbrio entre a necessidade de celeridade, economicidade e cumprimento de metas por um lado e, por outro, realizar justiça social nas decisões administrativas que interferem na órbita dos direitos e garantias individuais dos cidadãos. O procedimento administrativo mostra-se, então, o meio apto para equilibrar os ideais de modernização administrativa e de proteção dos cidadãos” (As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência, in CARLOS ARI SUNDFLED e GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ (COORD.), **As leis de processo administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**, Malheiros, 2000, p. 362-363).

No Brasil, há um marco legislativo de inegável relevância no âmbito da dimensão temporal da processualidade administrativa. Trata-se da Lei nº 9.784/99 que, como bem acentua SERGIO FERRAZ, *“andou muito perto de enfrentar sem erros, a matéria dos prazos, no processo administrativo”*. No entanto, o autor destaca justamente alguns casos de desrespeito à exigência da duração razoável do processo em razão da inexistência de previsão consequente para casos de desrespeito dos prazos assinalados³⁹.

39 A título exemplificativo, tomamos de empréstimo o inventário de prazos processuais encartados na lei federal de processo administrativo, elaborado por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que bem demonstra a preocupação, ainda que tardia, do legislador brasileiro a respeito do problema da definição legal dos prazos no plano processual administrativo: “São os seguintes os prazos previstos na lei de processo administrativo, alguns dos quais já foram dantes referidos: a) ‘inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior’(art. 24), sendo cabível sua prorrogação até o dobro, mediante comprovada justificação (parágrafo único do mesmo artigo); b) as intimações em geral, e especificamente de prova ou diligência ordenada, serão feitas com antecedência mínima de três dias úteis (arts. 26 e 41); c) o prazo para os órgãos consultivos emitirem seu parecer, quando devam ser obrigatoriamente ouvidos, salvo norma especial ou comprovada necessidade de prazo maior (art. 42), é de 15 dias, no máximo. Tratando-se de parecer obrigatório e vinculante, o processo não terá seguimento até sua apresentação, responsabilizando-se quem deu causa ao atraso; se obrigatório mas não vinculante, o processo poderá prosseguir e ser decidido, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento (§§ 1º e 2º do mesmo artigo); d) o prazo para o interessado manifestar-se após o encerramento da instrução do processo é de 10 dias, salvo se houver outro prazo legalmente fixado (art. 44); e) o prazo para a Administração decidir o processo administrativo é de 30 dias, a partir do encerramento da instrução, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada (art. 49); f) o prazo para o interessado interpor recurso administrativo – que deverá ser

A análise da Lei nº 9.784/99 demonstra, com alguma simplicidade, que a preocupação do legislador ordinário com os prazos processuais administrativos foi intensa. Não houve a mesma preocupação, porém, com os efeitos do descumprimento desses prazos, independentemente da sua natureza.

É evidente, todavia, que esse vazio legislativo não impede o reconhecimento de consequências jurídicas derivadas do desrespeito à regulamentação temporal do processo administrativo. Mas a inexistência dessa regulamentação pela lei implica no posicionamento do foco do problema sobre a análise *ex post facto*, sendo muito tênue ou quase inexistente a preocupação em determinar pautas de solução *ex ante*.

Cinco anos após o advento da Lei nº 9.784/99, sobreveio a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezem-

dirigido à autoridade que proferiu a decisão administrativa -, salvo disposição legal específica diversa, é de 10 dias, contados a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida (art. 59, c/c art. 56, §1º); g) interposto o recurso, a autoridade competente deverá intimar os demais interessados no prazo de cinco dias úteis, para que apresentem suas alegações (art. 62); h) o prazo de que a autoridade que proferiu a decisão recorrida dispõe para reconsiderá-la é de cinco dias, findos os quais, não o fazendo, elevará o processo à autoridade superior (§1º do art. 56); i) o recurso administrativo, se a lei não fixar prazo diferente, deverá ser decidido no prazo máximo de 30 dias, o qual poderá ser prorrogado ante justificativa explícita (§2º do art. 59); j) o direito da Administração de anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé, e no caso de efeitos patrimoniais contínuos o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento (art. 54, §1º). (**Curso de direito administrativo**, 20ª ed., 2006, p. 489-490).

bro de 2004, com a qual foi inserido no rol dos direitos fundamentais a garantia à razoável duração do processo, no âmbito judicial e administrativo, bem como aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação – artigo 5º, LXXVIII.

A grande novidade introduzida pelo Constituinte derivado diz respeito à expressa extensão da garantia também ao âmbito administrativo⁴⁰. Vale dizer, portanto, que a consagração constitucional da garantia fundamental dirige-se indistintamente ao plano processual judicial e administrativo, sem que, com isso, ignorem-se as devidas cautelas distintivas entre as duas modalidades processuais.

A norma garantista em questão, inserida no rol de direitos e garantias fundamentais, diz respeito a um “*direito fundamental integrado ao conceito normativo do devido processo legal*”⁴¹, como acertadamente acentua SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA. O direito à razoável duração do processo constitui-se em direito subjetivo de todos aqueles que integral uma relação jurídica pro-

40 Interessante notar que nos próprios instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos já mencionados não existia previsão específica e explícita para a aplicação do direito ao prazo razoável à relação entre cidadão e Administração. No entanto, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de dezembro de 2000, em seu artigo 41, item 1, estatui o direito a uma boa administração, explicitando que “todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável”.

41 Duração razoável dos processos judiciais e administrativos, **Revista Interesse Público**, ano VIII, 2006, n. 39, p. 77.

cessual, administrativa ou judicial, do que resulta a legitimidade para exigir a prestação processual em linhas conformes a Constituição.

Enquanto princípio que condiciona o exercício da gestão pública e a correspondente relação jurídica com os particulares, a garantia da razoável duração dos processos administrativos possui força normativa deontológica, ou seja, dispõe a respeito de valores que devem ser preservados e sobre finalidades que devem ser alcançadas, impondo-se a adoção de condutas direcionadas à sua promoção.

É possível afirmar que a garantia à razoável duração do processo traduz uma norma principiológica dirigida à proteção direta da esfera jurídica dos particulares, porque a eles constitui direito subjetivo (eficácia positiva e negativa), mas também dirige-se aos Poderes constituídos, Legislativo, Executivo e Judiciário, no exercício das suas funções típicas e atípicas (eficácia interpretativa e vedativa do retrocesso).

Além disso, impõe-se reconhecer que a norma introduzida pela EC nº 45/2004 produz efeitos sobre as definições legais temporais já preexistentes, servindo-lhes de fundamento de compatibilidade material, com o que é possível cogitar da não-recepção de normas infraconstitucionais incompatíveis com a nova disposição Constitucional, sem prejuízo da utilização, sempre que possível, da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

Sem prejuízo do que foi exposto, não se pode negar a procedência da observação crítica de SERGIO FERRAZ, quando acentua as dificuldades próprias da “*adoção de critérios que possibilitem a fixação apriorística do que seja prazo razoável*”, especialmente porque, à toda evidência, a expressão duração razoável revela conceito vago, impreciso, plurissignificativo ou indeterminado, marcado pela existência de zonas de certeza positiva e negativa, bem como zona de incerteza ou penumbra.

Não obstante a evidência de que a apreciação da razoável duração depende de circunstâncias próprias de cada caso concreto, faz-se imprescindível a definição de pautas objetivas de certeza positiva e negativa, restando à área de incerteza, efetivamente, a análise a partir de parâmetros casuísticos.

A consecução legítima e eficiente dessas finalidades, porém, pressupõe a conformação da atividade administrativa ao dever fundamental de respeito à duração razoável, sendo lícito e desejável o amplo controle com vistas na identificação de eventuais desvios, dos prejuízos deles decorrentes e na responsabilização objetiva de quem de direito.

4. Do dever de decidir e o tempo correlato. Considerações a respeito do silêncio administrativo

A processualidade administrativa serve a viabilizar o resultado final e conclusivo almejado pela atividade do Estado-Administração. O dever de decidir, por-

tanto, é uma decorrência lógica da própria atribuição de competências administrativas.

Nesse plano, a questão fundamental é a definição de quando o Estado-Administração deve decidir. Vale dizer, qual a definição do tempo de decidir os processos administrativos e, sendo um dever, qual a consequência de um eventual desrespeito a essa fração temporal específica.

A inobservância do dever de decidir pode caracterizar o que se denomina de silêncio administrativo. Trata-se de uma patologia no exercício dos deveres-poderes pelo Estado-Administração, ou por quem lhe faça as vezes. Como afirma GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN, “*o silêncio formalmente negativo decursivo da inércia da administração é um mal a ser reprimido. Não pode o administrador esconder-se atrás de suas prerrogativas funcionais, para afogar os direitos do administrado na obscura maré dos escaninhos estatais*”⁴².

A omissão da Administração Pública qualificadora do silêncio administrativo produz efeitos jurídicos. Seja em decorrência da estipulação artificial de consequências pela legislação, seja em decorrência da aplicação das regras e princípios jurídicos reitores do regime jurídico da processualidade administrativa.

Em qualquer das hipóteses, o silêncio administrativo não se constitui em ato jurídico (administrativo), porque a

42 Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro, **Revista de Direito Administrativo**, v. 226, out/dez, 2001, p. 282.

ele falta, ao menos, um elemento (forma) e um pressuposto de validade (formalização/motivação). O silêncio administrativo nada mais é do que um fato jurídico administrativo que, por vezes, a lei apreende como pressuposto de fato da atribuição de determinadas consequências jurídicas.

Há três hipóteses possíveis de estipulação de efeitos consequentes a partir do silêncio administrativo. Há situações em que a lei pode atribuir ao silêncio administrativo um resultado positivo, ou seja, dele derivar substancialmente o deferimento do pleito administrativo sobre o qual a Administração silenciou⁴³. Em outras oportunidades, a lei pode atribuir ao silêncio administrativo uma consequência negativa, ou seja, dele derivar substancialmente a denegação do pleito administrativo sobre o qual a Administração se omitiu⁴⁴. É possível cogitar, ainda, de situações em que a lei não atribui nenhum efeito expresso ao silêncio administrativo.

De todo modo, em face das regras e princípios que regem a processualidade administrativa, é inviável cogitar da inexistência de qualquer efeito jurídico a partir do

43 A situação equivale àquilo que o Direito italiano denomina de “*silenzio-assenso*”. Como ensina PIETRO VIRGA, “*solo nell’ ipotesi in cui la legge attribuisce un preciso significato all’ inerzia dell’ amministrazione, il silenzio può equipararsi ad una manifestazione tacita di volontà. Talora à la legge stessa che attribuisce all’ inerzia un significato positivo*” (**Diritto Amministrativo. Atti e ricorsi**, Giuffrè, 1987, p. 35).

44 A situação equivale àquilo que o Direito italiano denomina de “*silenzio rigetto*” ou “*silenzio-rifiuto*”. Ampliar em PIETRO VIRGA, **Diritto Amministrativo. Atti e ricorsi**, Giuffrè, 1987, p. 30 e ss..

descumprimento do dever fundamental de decidir pelo Estado-Administração. Tem-se, então, o denominado silêncio-inadimplemento, do que resulta a localização no tempo do *dies a quo* da mora administrativa, viabilizando ao particular contrariado a adoção de medidas administrativas e judiciais visando a correção do comportamento ilegítimo.

A citada Lei nº 9.784/99 não cuidou de regular o tema do silêncio administrativo. O legislador não realizou a tempo e modo o *munus* que lhe cumpria com vistas a outorgar maior segurança às relações jurídico-administrativas e a concretizar o princípio da duração razoável do processo administrativo⁴⁵.

De fato, como aliás ensina PIETRO VIRGA em lição aplicável ao Direito brasileiro, somente é possível considerar a consequência positiva a partir do silêncio administrativo quando a lei assim expressamente estipula. No entanto, discorda-se de SERGIO FERRAZ quando afirma que “*melhor seria*” o enfrentamento do tema por esse viés. A atribuição de consequências positivas ao silêncio administrativo acaba por prestigiar a opção pela inércia na Administração, fazendo-se tábula rasa da exigência constitucional de motivação dos atos administrativos.

45 SERGIO FERRAZ afirma que “*melhor seria, aliás, que a lei tivesse enfrentado expressamente o problema do silêncio administrativo, a ele conectando a consequência de se ter por precedente o pleito. Mas, como não o fez, princípios vários (dentre eles, o do formalismo, o da finalidade, o da indisponibilidade do interesse público) impedem que se dê ao silêncio essa consequência*” (Processo administrativo: prazos e preclusões, *cit.*, p. 296).

Ademais, como lucidamente adverte JOSÉ LUIS SAID a respeito do Direito argentino, “*resultam preocupantes as paulatinas incorporações de hipóteses de silêncio positivo em leis especiais. São indícios que denotam um perigoso debilitamento do poder público, e um correlato incremento do poder dos agentes privados (geralmente empresas) em questões de transcendente relevância para a comunidade*”⁴⁶.

Entende-se que as preocupações relacionadas ao silêncio administrativo devem se centrar em três focos principais. A uma, identificar o momento em que surge a mora administrativa quando inexista prazo específico para regular a atuação do Estado. A duas, incrementar o arcabouço jurídico à disposição do particular quando diante do silêncio-inadimplemento. A três, estimular a aplicação dos mecanismos de responsabilização do agente público que deu causa à omissão administrativa.

Em relação ao primeiro aspecto, inobjetable a opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO cunhada à luz da novel legislação processual administrativa federal a respeito da identificação do prazo razoável hábil a qualificar o

46 Os prazos na lei nacional de procedimentos administrativo na Argentina, *cit.*, p. 319. Impõe-se referir, por oportuno, que no ordenamento jurídico brasileiro a atribuição de consequência positiva ao silêncio administrativo é medida excepcional, em raras oportunidades encontrada. Podemos citar como exemplo a legislação que regula o processo administrativo no âmbito do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Lei nº 8.884/1994, que em seu artigo 54, §§6º e 7º, dispõe sobre efeitos positivos à inércia da autarquia federal. E também a hipótese disciplinada no artigo 27, §3º, do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que igualmente atribui efeito positivo à inação administrativa.

silêncio administrativo, quando inexistente previsão legal específica. Impõe-se aplicar por analogia o maior prazo encartado na Lei nº 9.784/99, ou seja, trinta dias, prorrogáveis motivadamente por igual período. A aplicação analógica mostra-se conforme a Constituição, em especial conformando-se à garantia fundamentada à duração razoável dos processos administrativos⁴⁷.

No que diz respeito ao incremento do arcabouço jurídico à disposição do particular quando diante do silêncio-inadimplemento, a questão ganha contornos de maior relevo especialmente porque no processo administrativo, via de regra, não existem fórmulas de antecipação provisória de direitos.

Portanto, é preciso garantir ao cidadão a tutela efetiva da garantia fundamental à razoável duração do processo administrativo, mediante a instrumentalização de meios hábeis a solucionar, igualmente em prazo razoável, os problemas causados pela indevida inércia da Administração. Seria de todo salutar, inclusive, que no bojo da própria processualidade administrativa,

47 GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN manifesta-se em igual sentido (Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro, *cit.*, p. 289/290). Calha salientar que a jurisprudência brasileira tem manifestado, há tempos, por reiteradas vezes, entendimento a respeito da necessidade de correção judicial da mora administrativa, a exemplo dos seguintes julgados: TRF – 4ª Região, **AC nº 2005.71.08.004523-8/RS**, 4ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado MÁRCIO ANTONIO ROCHA, DJU 02.05.2007; STJ, **MS nº 10.792/DF**, 3ª Seção, relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJU 21.08.2006; STF, Tribunal Pleno, **MS nº 24.167/RJ**, relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJU 02.02.2007).

houvesse um incremento qualitativo na organização administrativa responsável pela apreciação dos temas encartados nas mais variadas modalidades de processo administrativo, viabilizando a obtenção de tutela reparatória célere, segura e transparente. Nada mais do que a concretização da garantia à duração razoável, especialmente no que a Constituição igualmente exige os meios que garantam a celeridade da sua tramitação, porque falta sentido em pensar que tais meios se identificam com a possibilidade de recurso ao Poder Judiciário.

5. Apontamentos sobre o processo legislativo que culminou com a introdução do art. 24 da Lei nº 11.457/07 no ordenamento jurídico

A previsão do alongado prazo de decidir petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte – 360 dias a partir do protocolo – foi introduzida em legislação de implementou uma ampla reestruturação na Administração Tributária Federal.

A Lei nº 11.457/07 resultou do projeto de Lei nº 6.272/2005 que, em sua proposição original, não continha a regra consubstanciada no art. 24. Aliás, o texto aprovado pela Câmara dos Deputados não continha tal regra legal.

Coube ao Senado Federal aprovar o referido projeto com emendas, entre elas a emenda nº 4, com o seguinte teor:

Acrescente-se ao Projeto, onde couber, o seguinte artigo:

“Art. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

§1º. O prazo do caput poderá ser prorrogado uma única vez, desde que motivadamente, pelo prazo máximo de 180 (cento oitenta) dias, por despacho fundamentado no qual seja pormenorizadamente analisada a situação específica do contribuinte e motivadamente comprove ser justificável a prorrogação de prazo.

§2º. Caso não haja decisão da autoridade administrativa no prazo total previsto, a contar do protocolo da petição ou defesa administrativa do contribuinte, será considerado nulo o lançamento de ofício ou a notificação de cobrança de tributos ou de penalidade administrativa, sem prejuízo da autoridade competente para decidir responder pessoalmente pelos eventuais prejuízos causados ao Erário Público, nos casos de dolo e culpa.

§3º. Haverá interrupção do prazo, pelo período máximo de 120 (cento e vinte) dias, quando necessária à produção de diligências administrativas, que deverá ser realizada no máximo em igual prazo, sob pena de seus resultados serem presumidos favoráveis ao contribuinte.”

Com as emendas aprovadas pelo Senado Federal, o texto do projeto de lei retornou à Câmara dos Depu-

tados. Em relação à emenda nº 4 do Senado, a Câmara suprimiu o §2º e aprovou o texto restante. No parecer de justificação do acolhimento da emenda, a Câmara dos Deputados limitou-se a referir que *“a emenda destina-se a proteger o contribuinte contra a demora na prestação administrativa, talvez um dos maiores entraves ao estabelecimento de uma relação efetivamente civilizada entre os contribuintes e o órgão fazendário federal. Pelo acolhimento”*⁴⁸.

A matéria, então, foi encaminhada à sanção da Presidência da República, tendo ocorrido o veto aos §§1º e 2º remanescentes da emenda nº 4 do Senado Federal, incorporada na redação final do projeto de Lei como art. 24. A mensagem de veto, sob nº 140, de 16 de março de 2007, assim expôs seus motivos⁴⁹:

Os Ministérios da Fazenda e da Justiça propuseram, ainda, veto ao seguinte dispositivo:

§§ 1º e 2º do art. 24

“Art. 24.
.....

48 Parecer apresentado em Plenário pelo Deputado Pedro Novais, relator designado para manifestar-se em substituição à Comissão Especial destinada à apreciação do Projeto de Lei nº 6.272, de 2005. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DFAD1C4C16AEFAE704_0806B5BEA3EF60.proposicoesWebExterno1?codteor=434506&filename=Tramitacao-PL+6272/2005. Acesso em 15 de outubro de 2017.

49 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Msg/VEP-140-07.htm. Acesso em 15 de outubro de 2017.

§1º O prazo do caput deste artigo poderá ser prorrogado uma única vez, desde que motivadamente, pelo prazo máximo de 180 (cento oitenta) dias, por despacho fundamentado no qual seja, pormenorizadamente, analisada a situação específica do contribuinte e, motivadamente,

§2º Haverá interrupção do prazo, pelo período máximo de 120 (cento e vinte) dias, quando necessária à produção de diligências administrativas, que deverá ser realizada no máximo em igual prazo, sob pena de seus resultados serem presumidos favoráveis ao contribuinte.”

Razões do veto

“Como se sabe, vigora no Brasil o princípio da unidade de jurisdição previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Não obstante, a esfera administrativa tem se constituído em via de solução de conflitos de interesse, desafogando o Poder Judiciário, e nela também são observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual a análise do processo requer tempo razoável de duração em virtude do alto grau de complexidade das matérias analisadas, especialmente as de natureza tributária.

Ademais, observa-se que o dispositivo não dispõe somente sobre os processos que se encontram no âmbito do contencioso administrativo, e sim sobre todos os procedimentos administrativos, o que, sem dúvida, comprometerá sua solução por parte da administração, obrigada a justificativas, funda-

mentações e despachos motivadores da necessidade de dilação de prazo para sua apreciação.

Por seu lado, deve-se lembrar que, no julgamento de processo administrativo, a diligência pode ser solicitada tanto pelo contribuinte como pelo julgador para firmar sua convicção. Assim, a determinação de que os resultados de diligência serão presumidos favoráveis ao contribuinte em não sendo essa realizada no prazo de cento e vinte dias é passível de induzir comportamento não desejável por parte do contribuinte, o que poderá fazer com que o órgão julgador deixe de deferir ou até de solicitar diligência, em razão das consequências de sua não realização. Ao final, o prejudicado poderá ser o próprio contribuinte, pois o julgamento poderá ser levado a efeito sem os esclarecimentos necessários à adequada apreciação da matéria.”

As razões do veto ao §1º, que previa a possibilidade de prorrogação do prazo por 180 dias, constituem um rematado absurdo. A Presidência da República vetou o dispositivo em absoluto desprezo ao dever de motivação dos atos administrativos, afirmando que a atividade da Administração Pública seria comprometida se *“obrigada a justificativas, fundamentações e despachos motivadores da necessidade de dilação de prazo para sua apreciação”*.

Como é sabido, a imposição do dever de motivação no exercício da função administrativa diz respeito à exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos dos atos administrativos, como aliás expressamente consta da Lei nº 9.784/99, art. 2º, VIII. A motivação deve ser contemporânea à prática

da decisão e serve como instrumento de redução do arbítrio na medida em que não há sustentação lógica e normativa a justificar que a Administração atue sem demonstrar quais foram as efetivas razões que a conduziram a optar por um dado caminho.

O saudoso EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, juntamente com TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, bem demonstram a razão fundamental da motivação em lição preciosa: *“el único poder que la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. El simple porque sí que, así, formal y solemnemente erradicado en nuestro sistema jurídico-político”*⁵⁰.

A motivação é uma exigência democrática. Sob a estrutura de um Estado Democrático de Direito não se admite apenas o porque sim ou o porque não por parte da Administração. Não se admite, também, aquilo que se denominou de fórmulas *“passe partout”* de motivação no Direito francês⁵¹, as quais implicavam em razões padrão para sustentar atividades administrativas heterogêneas.

Em particular, no âmbito da compreensão temporal do processo administrativo, a motivação desempenha papel de notável relevância, eis que a validade dos impulsos

50 **Curso de Derecho Administrativo**, tomo 1, 7ª ed., p. 480.

51 Conforme relatam GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN-FERNÁNDEZ, **Curso...**, cit., p. 481.

oficiais dependem da presença da devida fundamentação, as concessões de prazos e suas prorrogações igualmente dependem da devida justificação como requisito de legitimidade, evidenciando-se, enfim, que a possibilidade de uma dilação exacerbada de um processo administrativo em razão, v.g., da complexidade dos temas tratados, dependerá igualmente da presença da devida exposição de fatos e dos fundamentos de Direito constantes dos atos que compõem o sequenciamento causal.

Nessa quadra, ainda que o veto ao §1º pudesse ser justificado em razão da falta de razoabilidade e proporcionalidade da previsão genérica de prorrogação por outros 180 dias, quando o prazo inicialmente concedido já é de 360 dias para decidir, por certo que as razões expostas pela Presidência da República são flagrantemente ilegítimas.

No que respeita ao veto ao §2º, parece que andou bem a Presidência da República. Consoante já exposto, há que se ter com absoluta cautela a fixação de consequências artificiais para a omissão (ou silêncio) na atividade administrativa, notadamente quando esses efeitos são favoráveis unilateralmente.

6. Conclusão: há incompatibilidade material do art. 24 da Lei nº 11.457/07 com o art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República

Entende-se estar acima de qualquer dúvida razoável que a consagração constitucional da duração razoável dos

processos administrativos não implica tão somente conteúdo normativo de caráter programático, vinculada a uma dimensão puramente axiológica e desprovida de eficácia jurídica e aplicabilidade imediata. Especialmente, por força do §1º do artigo 5º da Carta da República.

Trata-se de norma que irradia força deontológica, ou seja, dispõe a respeito de valores que devem ser preservados e sobre finalidades que devem ser alcançadas, impondo-se a adoção de condutas direcionadas à sua promoção. Protege-se a esfera jurídica dos particulares, porque a eles constitui direito subjetivo (eficácia positiva e negativa), mas também dirige-se aos Poderes constituídos, Legislativo, Executivo e Judiciário, no exercício das suas funções típicas e atípicas (eficácia interpretativa e vedativa do retrocesso).

SERGIO FERRAZ salienta que *“uma das idéias fixas do jurista de nossos tempos é a da consagração, e, na medida do possível, a delimitação do chamado prazo razoável”*, destacando as reiteradas decisões que a Corte Europeia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm proferido a respeito da responsabilização de Estados signatários pelo desrespeito a essa garantia fundamental.⁵²

52 **Processo administrativo**, cit., p. 39. Em igual sentido, embora tenha desenvolvido estudo voltado ao processo penal, DANIEL R. PASTOR apresenta inventário inigualável de decisões a respeito da garantia do prazo razoável pelas Cortes internacionais de proteção aos direitos humanos. O autor mostra, também, notável inventário de casos derivados da garantia ao *“speedy trial”* nos Estados Unidos e da jurisprudência argentina a respeito da matéria (**El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho**,

Pode-se identificar como efetiva inovação normativa do Poder Constituinte derivado, na redação do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição de 1988, a expressa extensão da garantia à razoável duração do processo também ao âmbito administrativo, indistintamente, sem que isso signifique, por óbvio, ignorar as notas distintivas entre as duas modalidades processuais⁵³.

De todo modo, como bem aponta SERGIO FERRAZ, mantém-se a problemática da “*adoção de critérios que possibilitem a fixação apriorística do que seja prazo razoável*”. Na verdade, há fundadas dúvidas a respeito da própria possibilidade jurídica da identificação e individualização desses critérios. Mais uma vez, a problemática que envolve a tensão dialética entre a necessidade de cumprimento das finalidades essenciais do processo administrativo e a sua dimensão temporal⁵⁴.

Por sua vez, OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI salienta a inconveniência de estabelecer pautas temporais para indicar a configuração de um prazo desarrazoado de duração dos

cit., p. 205-319).

53 Interessante notar que nos próprios instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos já mencionados não existia previsão específica e explícita para a aplicação do direito ao prazo razoável à relação entre cidadão e Administração. No entanto, a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, proclamada em 7 de dezembro de 2000, em seu artigo 41, item 1, estatui o direito a uma boa administração, explicitando que “todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável”.

54 **Processo administrativo**, cit., p. 40.

processos. Para o autor, a própria expressão ‘prazo razoável’ traz em si uma amplitude interpretativa em razão da sua abertura conceitual. *“De algún modo, el plazo razonable es un concepto abierto (...) donde la indefinición muestra la incapacidad del legislador para encontrar precisión conceptual, o quizás, por qué no también, el mensaje implícito de impedir bloqueos lingüísticos donde se necesita libertad y criterios amplios”*⁵⁵.

Não há como negar a imprecisão da expressão ‘duração razoável’ que constitui o núcleo fundamental da garantia inscrita no artigo 5º, LXXVIII, da Carta Constitucional. À toda evidência, cuida-se de conceito vago, impreciso, plurissignificativo ou indeterminado, marcado pela existência de zonas de certeza positiva e negativa, bem como zona de incerteza ou penumbra.

Essa imprecisão, porém, ao mesmo tempo que impede uma prévia, precisa e uniforme definição temporal pelo legislador de modo apriorístico, não afasta a necessidade de ao menos definir-se parâmetros temporais que se situam nas áreas de certeza positiva e negativa da razoável duração, com o que se traduz uma segura e sensível diminuição da zona de incerteza, exigência própria dos elementos básicos da segurança jurídica.

Nessa quadra, cabe à função legislativa, em primeiro plano, definir parâmetros temporais para a atuação ad-

55 **Derecho procesal constitucional. El debido proceso**, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p. 577.

ministrativa, de modo razoável e proporcional, capazes de trazer segurança, estabilidade e proteção à confiança daqueles que se relacionam com o Estado-Administração.

Mesmo antes do advento da EC nº 45/04, como visto, a Lei nº 9.784/99 trouxe relevantíssima previsão normativa em seu art. 49 para estabelecer, no âmbito dos processos administrativos perante a Administração Pública Federal, que *“concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”*.

No que respeita ao âmbito de aplicação dessa norma, o art. 69 da mesma Lei estabelece que *“os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”*.

Não há como concordar, pois, com a afirmação de que a existência de norma específica a regular o processo administrativo fiscal – Decreto 70.235/72 – afastaria a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na norma específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte, sob pena de negar vigência ao citado art. 69.

Em igual trilha, não há como assentir com a afirmação de que o art. 24 da Lei nº 11.457/07 teve por escopo

“*suprir lacuna legislativa existente*”⁵⁶. Antes da edição dessa norma legal, salta aos olhos a absoluta possibilidade de aplicação subsidiária do prazo geral previsto no art. 49 da Lei nº 9.784/99.

Na aferição genérica da duração razoável, como visto, a Lei nº 9.784/99 não teve uma preocupação fundamental em delimitar a duração total dos processos administrativos. Cuidou, sim, de delimitar frações temporais endoprocessuais e, em especial, de delimitar um prazo máximo para decidir os processos que estejam devidamente instruídos. A saber, 30 dias, prorrogáveis por igual período.

É evidente que não é vedado ao legislador aferir padrões distintos de duração razoável a partir de critérios legítimos de *discrimen*. Nessa linha, é comum a referência a peculiaridades da seara fiscal, especialmente que “*os procedimentos administrativos demandam uma verificação acurada por parte da Receita Federal, envolvendo inclusive a disponibilização de dinheiro ao contribuinte e a observação de elementos contábeis à verificação dos supostos créditos objeto dos pedidos de ressarcimento, atividade complexa*”⁵⁷.

Oportuno referir, aliás, que um dos critérios delineados pela Corte Europeia de Direitos Humanos para a afe-

56 STJ, **REsp 1138206/RS**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 01/09/2010.

57 TRF4, **AMS 2006.72.01.000444-8/SC**, Rel. Desembargador Federal ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA, DJe 14/03/2007, e STF, **AG.REG. no RE 603.323/SC**, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJe 24/04/2012.

rição, *in concreto*, da inoocorrência de duração razoável ou dilação indevida de processos, ainda que em análise voltada ao plano judicial, é a complexidade da causa⁵⁸.

A partir dessas premissas, salta aos olhos que a fixação de um padrão diverso de duração razoável ao prazo correlato ao dever de decidir processos administrativos de natureza fiscal não caracteriza, em si, violação à Constituição.

Por outro lado, porém, entende-se que não há como caracterizar como razoável e proporcional a definição apriorística e geral de um prazo para decidir petições, defesas ou recursos do contribuinte em padrão que multiplica em 12 (doze) vezes o prazo para exercer a competência decisória previsto na Lei nº 9.784/99⁵⁹.

58 O autor esclarece, ainda, que o Tribunal Constitucional espanhol agregou um quinto critério: a duração média dos processos da mesma espécie. A utilização desse critério, porém, tem sido objeto de severas críticas, uma vez que se mostra incongruente afirmar que a razoabilidade ou não da demora na solução de um determinado processo depende da duração média de outros processos (OSVADO ALFREDO GOZAÍNI, **Derecho procesal constitucional...**, cit., p. 568). De outra parte, JAQUELINE MORAND-DEVILLER esclarece que o Conselho de Estado Francês também já manifestou-se no sentido de adotar critérios próximos daqueles desenvolvidos pela Corte Européia de Direitos Humanos. Nas suas palavras, "*le Conseil d'État exprime son intention d'adopter des critères proches de ceux dégagés para la Cour de Strasbourg au fil d'une jurisprudence déjà riche. Ces critères sont au nombre de quatre: la complexité de l'affaire, le comportement du requérant, le comportement des autorités administratives et judiciaires nationales, la nature e l'importance du litige pour l'intéressé*" (**Cours de droit administratif**, Montchrestien, 2005, p. 84).

59 Veja que nos precedentes já referidos – TRF4, **AMS 2006.72.01.000444-8/SC**, Rel. Desembargador Federal ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA, DJE

Essa previsão estabelece uma duração desarrazoada aos processos administrativos que envolvem pleitos dos contribuintes, colocando-os em posição que desrespeita a personalização que deve guiar a interpretação e aplicação do regime jurídico administrativo, evitando-se um desequilíbrio em prol da legitimação simples do Poder.

O estabelecimento desse prazo de quase um ano para decidir fragiliza a posição dos contribuintes na medida em que caracteriza a resistência ilegítima, vale dizer, o silêncio-inadimplemento e, conseqüentemente a mora do Estado-Administração, apenas a partir do 361º dia contado a partir do protocolo de petições, defesas ou recursos dos contribuintes.

A previsão normativa ignora o elemento relevante – fundamental, na verdade –, de que os pleitos, defesas e recursos dos contribuintes, como regra, envolvem valores que dizem respeito à própria subsistência do contribuinte, seja ele pessoa física ou jurídica.

Imagine-se, a título de exemplo, a situação de um contribuinte que tenha uma doença grave que possa lhe conceder, nos termos da Lei, isenção tributária. Imaginar como razoável que seja legítimo à Administração Fiscal decidir em até 360 dias, sem que essa demora possa caracterizar

14/03/2007, e STF, **AG.REG. no RE 603.323/SC**, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJe 24/04/2012 –, o Poder Judiciário teve a oportunidade de reconhecer como razoável, antes do advento da Lei nº 11.457/07 e já considerando as peculiaridades dos processos administrativos de natureza fiscal, o prazo de 90 (noventa) dias para a apreciação de pedidos dos contribuintes.

resistência ilegítima ou silêncio-inadimplemento, com o que esse contribuinte somente poderia reclamar ao Poder Judiciário quanto a eventual demora na apreciação de seu pleito a partir do 361º dia do protocolo de seu pedido.

Há fundada percepção de que a inserção do art. 24 da Lei nº 11.457/07, antes de *“proteger o contribuinte contra a demora na prestação administrativa, talvez um dos maiores entraves ao estabelecimento de uma relação efetivamente civilizada entre os contribuintes e o órgão fazendário federal”*, como pontuou o parecer da Câmara dos Deputados no processo legislativo, tratou de esvaziar a possibilidade de aplicação subsidiária do art. 49 da Lei nº 9.784 aos pleitos dos contribuintes perante o Estado-Administração e ao correlata duração razoável do dever de decidir.

Nem se alegue, como é comum que há excesso de pleitos, defesas e recursos dos contribuintes no âmbito da sua relação com a Administração Fiscal, bem como dificuldades operacionais e estruturais do Estado-Administração, o que justificaria o elastecimento do prazo.

Com efeito, impõe-se ao Estado o dever de estruturar adequadamente o aparato administrativo com vistas à fiel observância da imposição constitucional de respeito à razoável duração dos processos administrativos, em todas as searas. A estruturação adequada diz respeito ao plano orgânico, estrutural e de pessoal da Administração Pública, sem o que resta inviável a efetivação do direito fundamental.

Eventuais deficiências estruturais, orgânicas e pessoais da Administração Pública, não podem servir como fator legítimo de discrimen, hábil a justificar a fixação de prazos desarrazoados à luz do dever constitucional.

Importa notar, ademais, que o malferimento ao direito fundamental à duração razoável dos processos administrativos, o que inclui como núcleo fundamental a definição de tempos precisos para o exercício do dever de decidir, independe de dolo ou culpa da autoridade administrativa.

É preciso ter mente, ainda, que a leitura da duração razoável dos processos administrativos não pode partir de critérios estrita e individualmente ligados às pautas de eficiência utilitarista e, muito menos, de uma perspectiva economicista de eficiência. É indispensável a compreensão da garantia constitucional de modo conjugado com o respeito aos demais direitos e garantias fundamentais

Como ensina JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES LOUREIRO, o princípio da eficiência deve servir a “(...) *encontrar um ponto óptimo de 'formalização' procedimental*” compatível com o “*carácter plurifuncional*” do processo administrativo e a necessária proteção da esfera jurídica dos particulares, em especial porque “(...) *a eficiência e a garantia jurídica dos particulares, enquanto princípios ordenadores do moderno Estado de Direito, não podem, em termos globais, encontrar-se numa relação disjuntiva (ou/ou)*”⁶⁰. A eficiência deve servir como valioso instrumento

60 O procedimento administrativo..., cit., p. 144.

de garantia de direitos aos particulares e da consecução dos fins pela Administração, a partir da harmonia necessária entre os seus diferentes núcleos que devem ser tomados de forma conjuntiva, sem privilégios ou discriminações.

No caso do art. 24 da Lei nº 11.457/07, entende-se que a norma institucionalizou a ineficiência, o que reforça, ao lado do flagrante desrespeito ao art. 5º, LXXVIII, a sua inconstitucionalidade que deve ser reconhecida e declarada pelo Poder Judiciário, mediante as provocações possíveis em nosso sistema de controle, ou então apreciada pelo próprio legislador em oportuna revogação legislativa.

Bibliografia

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BUENO, Vera Scarpinella. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. In: **SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guillermo Andrés (coords.), As leis de processo administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98.** São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLARI, Adílson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I, 7ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

_____. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II, 7ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo e Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 1, p. 84/87, 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Princípios constitucionais do processo. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 1, p. 118/126, 1993.

FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. Duração razoável dos processos judiciais e administrativos. **Revista Interesse Público**, v. 39, p. 73/80, 2006.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos Simões. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares: algumas considerações**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 4ª ed., rev., actual. y ampl.. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Derecho procesal constitucional: el debido proceso**. Buenos Aires: Rubin-

zal-Culzoni Editores, 2006.

LIPARI, Marco. I tempi del procedimento amministrativo. In: **Tempo, Spazio e Certezza dell'Azione Amministrativa**. Atti del XLVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Milão: Giuffrè Editore, 2003, p. 67/166.

MARTINS, Daniel Müller. **Aspectos jurídico-temporais do processo administrativo: uma leitura à luz da garantia constitucional à duração razoável**. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Orientador Prof. Doutor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 235, jan/mar 2004, p. 321/381.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MUÑOZ, Guillermo Andrés; SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/1999 e lei paulista 10.177/1998**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOLÉ, Juli Ponce. **Dever de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad**. Valladolid: Lex Nova, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**. v. 84, p. 64/74.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL APLICADA AO SEGURO E PREVIDÊNCIA PRIVADA

Munir Karam

Desembargador aposentado do TJ do Paraná. Professor adjunto aposentado da UEM. Pós graduado pela Universidade de Roma La Sapienza. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas

Resumo: O Código Civil de 2002 trouxe profundas modificações no sistema de direito civil, rompendo com a supremacia do individual sobre o social e com o engessamento das relações negociais às normas contratuais. O contrato de seguro, em especial, foi melhor regulado, mas a aplicação de suas normas não se limitam ao capítulo que o disciplina, senão que devem ter conectividade com a parte geral do Código, matéria transcendental tão pouco versada, mas que pode ter reflexos importantes ao se exigir o adimplemento contratual.

1. O modelo da parte geral

É importante destacarmos o modelo desta parte geral, para que possamos bem compreendê-lo e interpretá-lo.

Os códigos oitocentistas, como sistemas rígidos e fechados, impermeáveis às modificações econômicas e sociais, não têm mais lugar na sociedade moderna.

A parte geral do novo Código é produto do culturalismo jurídico, no sentido de que possa constituir um *sistema aberto*, até mesmo para se buscar o conteúdo valorativo da norma.

ROSA MARIA e NÉLSON NERY JÚNIOR preferem dizer que não se trata de sistema aberto ou fechado mas *sistema móvel*, isto é, dotado de mobilidade tal a ensejar aperfeiçoamentos por intermédio do exercício, da aplicação e da interpretação das *cláusulas gerais* (Novo Código Civil, págs. 3/7 – S. Paulo : RT : 2002).

Estas cláusulas gerais são um dos motivos de permanecer atual o Código Civil alemão, após o decurso de um século .

O sistema fechado traz conceitos e formas precisas, enquanto a técnica legislativa moderna se faz mediante conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema.

Como um Código civil, pela sua magnitude, não pode fundar-se apenas em cláusulas gerais, o método casuístico foi também bastante utilizado, notadamente no direito das obrigações.

Podemos finalizar dizendo que o NCC seguiu técnica legislativa mista, com base (a) nas cláusulas gerais, (b) nos princípios gerais de direito, (c) nos métodos da casuística, (d) nos conceitos legais indeterminados e (f) nos conceitos determinados pela função. A solução das questões jurídicas reclama a atuação conjunta desse arsenal.

2. As cláusulas gerais

Costuma-se dizer que as *cláusulas gerais* se caracterizam como *fonte* de direito e de obrigações. Preferimos porém vê-las como *modelos jurídicos*, criação de MIGUEL REALE que, ao contrário das fontes, são prospectivos e não retrospectivos, ou seja, se projetam no futuro do comportamento humano, através de mutações.

Entre as cláusulas gerais destacamos a função social dos contratos e a boa fé.

3. As conexões da parte geral

A parte geral do NCC vem apresentar conexões *inter-sistemáticas*, porque se conecta com diplomas afins, como o CoDeCon ou o direito trabalhista, além de servir de referência às relações contratuais, *intra-sistemáticas*, porque as normas da parte geral estão a ela conectadas e, finalmente, *extra-sistemáticas* porque se aplica a outros campos do direito, como o direito processual e o direito administrativo.

É evidente que um sistema aberto não é paradigmático, não admite fórmulas contratuais, nem mesmo sentenças tipo, sendo inteiramente flexível. Não haverá espaço para o lugar comum, tendo cada relação as suas peculiaridades. Não se precisa dizer que isso irá aumentar em muito não apenas a responsabilidade, como o trabalho dos juízes.

4. Principiologia na parte geral

Se nos fosse permitido, enumeraríamos os seguintes princípios da parte geral:

Liberdade de contratar, nos limites da função social (que traduz a solidariedade social) do contrato (art. 421), confiança (arts. 422, 413, 187, 473, 113 e 727), proteção ao aderente (art. 423), atipicidade (art. 425), equidade (arts. 413, que reduz a penalidade e art. 424, que nulifica a renúncia do aderente), boa fé subjetiva e objetiva (art. 422) (a boa fé é típica de um sistema aberto, ela é incompatível com um sistema fechado, onde prevalece de modo absoluto a autonomia da vontade). Há uma diferença entre *agir de boa fé* e *agir segundo a boa fé*. Na primeira hipótese há a consciência de se estar de boa fé, ao se celebrar o contrato. Na segunda, no curso do contrato, a parte age consoante a boa fé.

No Código de 1916, havia princípios implícitos, como a autonomia da vontade. No atual Código, os princípios são enunciados e vinculam o intérprete. Os princípios passam a ser normas geradoras de normas.

5. Do voluntarismo à função social do contrato

No século XIX havia a concepção de que **direito** e **justiça** se equivaliam. O direito contratual repousava então na idéia de que tal era um instrumento de *justiça*.

Houve uma posterior evolução nas idéias, chegando-se à consagração das teorias baseadas na autonomia da vontade. O chamado *voluntarismo*. A validade do contrato repousa na livre manifestação da vontade.

Com os **contratos de adesão** surgiu o conflito com a base da manifestação da vontade. As cláusulas são *predispostas*, ou seja, postas por antecipação, sem anterior discussão.

O art. 421, do NCC, procurou um *justo* equilíbrio entre a *liberdade de contratar* e a *função social do contrato*.

Como a **função social é cláusula geral**, o juiz poderá preencher os claros do que ela significa, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, até mesmo de ofício.

A solução será dada diante do caso concreto.

O juiz pode declarar a inexistência do contrato por falta de objeto; a sua nulidade por fraude à lei imperativa (CC, 166, VI), convalidar o contrato anulável (CC 171 e 172), determinar a indenização parcial (art. 413), e assim por diante.

A norma do art. 421 é de ordem pública. E quem nô-lo diz é o parágrafo único, do art. 2.035, do CC: “**Nenhuma**

convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

A *boa-fé*, outro dos pilares do NCC, e também cláusula geral, valoriza a lealdade de ambas as partes.

Cada vez mais estamos diante de um relacionamento impessoal, sobretudo nas formas de contratação do seguro e da previdência complementar, onde existem planos em grupo e coletivos.

O cerne do contrato é o de *cooperação* entre as partes e não de *exploração* de uma pela outra. É um contrato relacional. Implica em uma visão mais ampla das relações contratuais. As cláusulas abusivas são de nulidade absoluta, insanáveis, devem ser revisadas. O art. 51, IV, do CDC nulifica as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Os contratos de longo prazo devem constituir uma unidade.

Privilegia-se a cooperação ao invés da contraposição.

No contrato de seguros avulta a importância das condições gerais e o fato de ser uma das espécies de contrato de adesão. **O segurador é o titular do poder de negociação.**

Em uma sociedade consumista, onde muitos bens são adquiridos para serem prontamente utilizados, mais do que

bens duráveis, o contrato passa a ser instrumento fundamental do mundo negocial, da geração de recursos e da propulsão da economia.

Daí ressaltar-se a **função econômica** do contrato. Maurício José Mota, na obra *Pós-eficácia das obrigações*, traz a seguinte definição : “**O Direito da obrigações é o direito do comércio cotidiano da vida**”. O direito das obrigações é direito do crédito.

Mas, como fazer conviver esta **função econômica** com a **função social** do contrato?

Com a chamada *funcionalização dos institutos jurídicos*, não é mais possível deixar de conceber o contrato em seu aspecto **intrínseco**, regulando os interesses dos contratantes, e **extrínseco**, pois atinge, sem dúvida, interesses de um todo, a sociedade . Uma sociedade em que se superou o Estado puramente Liberal para bradar os princípios de uma solidariedade social, o Estado social- democrático. E este é o sentido do NCC, ao destacar a **eficácia social** dos negócios jurídicos: contrato do ponto de vista **intrínseco** (*lei entre as partes contratantes*) e **extrínseco** (a sua *repercussão no meio social*)

A estes mesmos princípios se submetem também as **entidades de previdência privada**. Elas nada têm a ver com as instituições de seguro mútuo, que viraram modismo nos anos 60, mas desapareceram do mercado pela falta de lucratividade. Baseavam-se no sistema de repartição e de solidariedade. Foram abolidas do NCC. As entidades

previdenciárias repousam sobre os fundamentos da contribuição e da capitalização. Deveriam aliás ser denominadas *entidades de previdência e capitalização*. Cada participante do plano de benefícios investe para a sua própria sobrevivência futura. As contribuições da parte do empregador não integram o contrato de trabalho dos participantes (art. 68, da LC 109/01).

As entidades seguradoras, no ramo vida, podem operar na previdência complementar aberta (art. 36, da LC 109/01). A utilização de corretores é *facultativa* para a venda dos planos de benefícios (art. 30, da LC 109/01). E o art. 73, da LC 109/01, dispõe que *as entidades abertas serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras*.

A Circular da SUSEP nº 186/02, no Título V, **Do Contrato**, em seu art. 15, explicita com clareza alguns princípios aqui expostos, ao assim dispor: ***“Não poderão constar do contrato cláusulas coercitivas, desleais, abusivas, impostas, que estabeleçam obrigações iníquas, que coloquem a instituidora/avermadora e o participante do plano em desvantagem, incompatíveis com a boa fé e a equidade e/ou contrariem a legislação e regulamentação em vigor”***.

No art. 6º, traz os mesmos preceitos, mas se refere ao participante como se fosse ***consumidor***.

Dentro deste prisma é que devem ser examinadas as novas manifestações contratuais, em especial em se tratando de contratos de adesão.

6. Aplicação da parte geral aos contratos securitários e previdenciários (Reserva mental, silêncio como anuência, renúncia e limitação da apólice, estado de perigo, abuso de direito, regras de interpretação)

Vejam agora algumas regras da parte geral do Código Civil aplicáveis aos contratos de seguro e de previdência aberta.

a) A primeira delas é a chamada *reserva mental*, prevista no art. 110. É vizinha da simulação e ocorre quando o agente faz a ressalva de ***não querer o ato***, que é objeto da declaração. É, digamos assim, um *faz-de-conta*, uma *bricadeirinha*. O torcedor fanático do Flamengo, por exemplo, indica Eurico Miranda como beneficiário. Pelo Código, a reserva mental ***vale***, como se não tivesse *existido*, salvo se dela o destinatário, no caso o segurador ou ente previdenciário, e não o dirigente vascaíno, tinha conhecimento. Configura *inexistência* do negócio jurídico e não a sua invalidade.

b) Importante, também, o art. 111, ao dispor que o silêncio ***importa anuência***, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. O segurado ou participante pode interpelar a seguradora ou o ente previdenciário a propósito da abrangência de certas cláusulas, ou apresentar pedidos de endossos, cessões e aditivos, como mudança de endereço e agravamento do risco, de modo que se não responderem pode-se concluir que anuíram.

c) O art. 114 dispõe que *os negócios jurídicos e a renúncia devem ser interpretados estritamente*. Este dispositivo exige cautela dos seguradores quanto à *limitação do risco*, prevista no art. 760. Se a cláusula transparecer que o segurado está *renunciando* aquela cobertura, pode ser anulada, nos termos do art. 424, *que não admite renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio*.

d) A figura do **estado de perigo** foi introduzida pelo novo Código Civil, como um dos defeitos do negócio jurídico, capaz de causar a sua anulação (art. 156 e art. 171, II, do novo CC).

Configura-se quando uma pessoa, premida pela necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano, *conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa*.

Eis o exemplo de ESPÍNOLA: “*Um indivíduo prestes a se afogar promete toda sua fortuna a quem o salve de morte iminente*”. Embora o beneficiário conheça a situação de perigo, não participa da decisão do naufrago. Não há lesão no sinalagma, que atinja a oferta. O beneficiário não foi autor de nenhum constrangimento. A contra-prestação é sempre de fazer.

O estado de perigo se configura pela ameaça de um grave dano real, certo e iminente. Este *perigo*, que é o requisito inicial da situação, deve ser *atual*, isto é, deve estar presente no momento da ação ou na iminência de produ-

zir-se. Estado de perigo *real, efetivo*, não possível ou provável, perigo que acometa o bem jurídico de grave dano, que o sujeito apenas possa evitar contraindo uma prestação excessivamente onerosa para si e extremamente vantajosa para a contra-parte.

É possível a contratação de um seguro saúde nestas circunstâncias, o que levaria à anulabilidade do ato jurídico, embora entenda que se possa aplicar o § 2º, do art. 157, que trata da lesão, preservando-se o contrato pela sua revisão.

É também o que dispõe o art. 479, ao tratar da onerosidade excessiva. O art. 11, da Lei nº 9.656/98 veda que sejam excluídas coberturas às doenças e lesões preexistentes à data do planos ou seguros, após a carência de 24 meses. No entanto, para manter a cobertura, a operadora pode exasperar o prêmio, tornando-o até mesmo mais oneroso do que o próprio tratamento.

Aproxima-se muito da lesão, que também ocorre por *premente necessidade*, embora não haja necessidade de ser conhecida de outra parte. Apenas que a lesão é coeva ao contrato, vale dizer, afeta o sinalagma, enquanto a onerosidade excessiva aparece em face posterior.

e) Inovação das mais importantes é a do art. 187, que trata do *abuso de direito*. O NCC considera *ato ilícito* o cometido pelo titular de direito que, ao exercê-lo, *excede* manifestamente os limites impostos pelo seu *fim econômico ou social*, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Embora o direito esteja previsto no contrato, o seu exercício – em

certas circunstâncias – seria abusivo—porque chegaria ao ponto de se transformar em *causa de prejuízo alheio*. Isso eventualmente pode ocorrer no seguro de veículos, onde o perfil do motorista pode levar a hipóteses abusivas, até mesmo, no seguro saúde ou no contrato de participação em plano previdenciário. A Lei nº 9.656, em seu art. 14, dispõe que ninguém pode ser impedido de participar de planos ou segurados em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência. Indago se também não seria caso de abuso de direito a recusa em se fazer o seguro do proponente que tem o seu nome inscrito no SERASA ou no SEPROC.

7. Regras de interpretação

A interpretação dos contratos securitários e previdenciários também merece reflexão. Não se discute que se tratam de contratos de adesão, mas onde há uma presença muito forte de regulamentação dos órgãos oficiais. Como contrato de adesão, os casos de ambigüidade ou contradição, devem ser resolvidos a favor do aderente, como dispõe o art. 423, do NCC. Por outro lado, impõe-se cautela para não se desvirtuar a finalidade do contrato.

O NCC foi parcimonioso ao tratar de regras de interpretação. Mas fixou alguns parâmetros. O art. 112 repete o art. 85, pelo qual, *nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem*. A norma afasta a interpretação com

base no *pensamento íntimo do declarante*. O art. 113, repetindo preceito já existente no Código Comercial (art. 130 e art. 131, inc. I), dispõe que *os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração*. O art. 187, que acabamos de ver, desempenha importante *função de controle*, ao considerar *abusivo* o exercício do direito que exceder manifestamente *o fim econômico ou social, a boa fé ou os bons costumes*. E o art. 422, culmina por integrar o art. 113, dispondo sobre a boa fé subjetiva e objetiva. No seguro, mais do que em qualquer outro contrato, exige-se a boa fé. E, em suas duas modalidades, vem ela prevista no art. 765, do NCC. E a antes referida Circular nº 186, da SUSEP proíbe cláusulas desleais e abusivas, incompatíveis com a boa fé e a equidade (Anexo III, art. 15).

São algumas diretivas colocadas no NCC, para a árdua tarefa de interpretar contratos cambiantes e dependentes da volátil legislação emanada dos órgãos oficiais.

8. Da prova

Há algumas novidades no campo probatório.

Pelo sistema do Código de 1916, o contrato de seguro se aperfeiçoava desde que o segurador remetesse a apólice ao segurado, ou fizesse o registro contábil da operação (art. 1.433). Tem-se, na prática, que as seguradoras apenas com a proposta ofereciam cobertura provisória.

As apólices, não raro, demoram a ser emitidas e podem, ainda, ser extraviadas ou destruídas.

O NCC dispõe que o contrato se prova pela apólice ou pelo bilhete e, na forma, *por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio*. A versão anterior era mais ampla: se provava por *outro documento*.

A apólice é o meio de prova por excelência, porque nela se contêm os elementos estruturais do contrato, como os sujeitos da relação jurídica, os risco assumidos, a vigência do contrato, a soma assegurada, o prêmio, as condições gerais e as particularidades.

O documento comprobatório do pagamento do prêmio será a mais das vezes apenas um *princípio de prova*, posto que dificilmente conterà todos os elementos do contrato de seguro. Caberá ao juiz examinar esta fonte probatória e as condições que deve reunir para sua eficácia. Esta pequena abertura não deve iludir as partes, que devem sempre se servir de provas acima de quaisquer suspeitas, para melhor defender os seus interesses.

Nas entidades previdenciárias, a prova se faz pelo **certificado de participação no plano**, que deverá vir obrigatoriamente acompanhado do contrato (Circular SUSEP nº 186, Anexo III, art. 14 e § 1º e seus incs, do art. 10, da LC 109/01).

Regras muito importantes são as dos arts. 231 e 232, pelos quais *quem se nega se submeter-se a exame médico necessário não poderá se aproveitar de sua recusa e que a recusa à perícia médica poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame*.

À primeira vista parece que a carga probatória recai sobre a parte que deve se submeter à perícia médica, independente de ser autor ou réu. Caso haja recusa, os efeitos da prova não realizada recairão sobre a parte.

No contrato de seguro, por exemplo, pode haver o caso do segurado dirigir embriagado. Se se recusar ao exame do bafômetro, a prova da ebriedade se considerará suprida. O mesmo pode ocorrer com as chamadas *doenças preexistentes*.

9. Da mora do segurador

O art. 772, do NCC dispõe que *a mora do segurador, em pagar o sinistro, obriga à correção monetária da indenização devida, sem prejuízo dos juros moratórios*.

Não obstante, chamo a atenção para o art. 404, no capítulo das Perdas e Danos, que ainda inclui a *pena convencional*. E o parágrafo único dispõe, ainda, que se os juros de mora não cobrirem o prejuízo, *e não havendo pena convencional*, pode o juiz conceder ao credor *indenização suplementar*.

Entendo que este dispositivo se aplica ao contrato de seguro, sobretudo porque o art.779, do NCC dispõe que o *risco do seguro* compreende todos os prejuízos resultantes ou consequentes.

É óbvio que a demora no pagamento da indenização nem sempre será suficiente para cobrir todos os prejuízos, apesar de sua atualização monetária e mais juros.

É de se indagar se o segurador se livraria desta *indenização suplementar*, se inserisse na apólice uma *pena convencional* para o caso da mora.

Acrescente-se que o art. 406, o NCC acabou com a taxação dos juros, impondo que eles serão fixados conforme a taxa que estiver em vigor *para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*.

O art. 404, seguindo aliás o sistema do atual Código, dispõe que as perdas e danos, ainda que resultantes de conduta dolosa, incluem apenas os *prejuízos efetivos* e os lucros cessantes *por efeito dela direto e imediato*.

Quanto às entidades previdenciárias, caso se encontrem em *situação econômico-financeira insuficiente à preservação da liquidez e solvência de cada um dos planos de benefícios e da entidade no conjunto de suas atividades*, poderá haver intervenção do BACEN e, posteriormente, liquidação extrajudicial, porque elas não estão sujeitas a recuperação judicial (arts. 44/53, da LC 109/01). Os participantes ficam dispensados de habilitarem os seus créditos e terão privilégio especial sobre os ativos garantidores das reservas técnicas (art. 50 e seus §§, da LC 109/01).

10. Da mora do segurado

Havendo mora do segurado, a jurisprudência predominante tem adotado diferentes soluções.

Alguns julgados entendem que o segurado tem direito à cobertura pelo menos em proporção ao que pagou. Muitas vezes o segurado já pagou 80% do prêmio, está em mora e o sinistro ocorreu na metade do contrato. Teria direito à cobertura. Há um controvertido acórdão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, determinando à seguradora o pagamento da indenização, dela deduzindo o valor do prêmio em atraso, que não havia sido pago.

O NCC mudou a regra. O segurado que estiver em mora **não terá direito à indenização** (art. 763). É preciso indagar, porém, consoante os termos da apólice, se esta resolução se opera de pleno direito ou demanda prévia interpelação.

Em se tratando de **seguro individual de pessoa**, a falta de pagamento acarretará a *resolução do contrato*, não tendo o segurador ação para cobrar o prêmio vencido, caso em que haverá restituição da reserva já formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago (§ 21, do art. 796).

Apenas como curiosidade, desejo registrar que o art. 795, do NCC, reputa nula qualquer transação para pagamento **reduzido** do capital segurado. A seguradora paga tudo, ou nada. Não há meia fraude. Eventual transação judicial pode ser até objeto de ação rescisória.

Nas entidades previdenciárias, há que se fazer uma distinção. Nos planos tradicionais, se estiver programado um aporte periódico de contribuição, ficando em mora o

participante, poderá ele aumentar o *valor* da contribuição ou o *período* da contribuição. Não há que se falar propriamente em mora. Em qualquer hipótese, terá direito ao resgate do que contribuiu, após o decurso do prazo de carência estabelecido no contrato.

Há, porém, planos mistos, que agregam a garantia adicional de morte ou invalidez. Neste caso, havendo inadimplimento, a garantia será cancelada. Opera-se a *símile* de um seguro.

Pode também ocorrer inadimplimento por parte da averbadora, encarregada de repassar a contribuição do participante. Neste caso, a entidade previdenciária responderá pelo benefício, tendo porém direito regressivo contra a averbadora.

11. Da onerosidade excessiva

O NCC, em seu art. 770, dispôs que a *diminuição do risco*, no curso do contrato, não acarreta a redução do prêmio estipulado. Tal apenas ocorrerá se a redução for considerável, caso em que o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato.

Creio que este dispositivo guarda relação com o art. 480, do NCC, que trata de reduzir a prestação para evitar a onerosidade excessiva.

Diga-se que, nas entidades previdenciárias abertas, também o risco está presente. As contribuições dos

participantes se destinam à constituição de reservas, tendo como finalidade prover o pagamento dos benefícios (art. 19, LC 109/01).

Consoante as aplicações, pode haver um resultado *superavitário* ou *deficitário*. Se o resultado for deficitário, poderá haver o *aumento do valor das contribuições* ou a *redução dos benefícios a conceder* (arts. 20 e 21, da LC 109/01). As aplicações se fazem no FIFE. E, como se sabe, os Fundos perderam muito, quando o BACEN instituiu a *marcação a mercado*.

As entidades previdenciárias oferecem planos com previsão de retorno mais moderado ou mais arrojado. Quanto mais agressivo for o plano escolhido pelo pretendente, maior será o risco. Para as entidades fechadas, uma previsão de retorno do IGPM + 6% ao ano é uma meta difícil de alcançar. Tem que haver muita competência no gerenciamento dos planos.

O Código Civil é a constituição privada do cidadão, o mais complexo diploma legal da ordem jurídica. Muito pouco sobre ele se discutiu, a ponto de ser chamado de Código da Indiferença. Mas são inegáveis os seus avanços. Não é o momento de criticá-lo, mas sim de dar-lhe uma interpretação construtiva. Assisti à conferência do Prof. argentino JORGE ITURRAUPE, em Brasília, ao final da jornada de Direito Civil e confesso que, como brasileiro, me senti envaidecido com os elogios ao novo Código. Foi preciso ouvir de um estrangeiro que nem tudo eram som-

bras, mas havia revérberos anunciando arrebóis. Dizia-nos ele que os brasileiros conseguiram avanços notáveis, que a União Européia em vão persegue há muitos anos. Destacou, em especial, a tônica do social, do novo Código. Ao ler o projeto, exclamou: *Caramba ! Non passará*. E eis que passou ! Vamos portanto nos debruçar sobre o novo texto, refletir sobre as suas carências e dar-lhe aquela interpretação construtiva, colocando-o em consonância com o nosso tempo, pois que talento, criatividade e trabalho nunca faltaram aos juristas brasileiros.

Referências Bibliográficas

ALVIM, Pedro – O Contrato de Seguro, 2^a. Edição, Forense

DELGADO – José Augusto – Comentários ao Novo Código Civil – vol. XI, tomo I – Rio, Forense, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY Rosa Maria de Andrade – Código Civil Comentado e Legislação Extravagante, 3^a. ed. – RT, SP, 2005.

SANTOS, Ricardo Bechara – Direito do Seguro no Cotidiano – Rio, Forense, 1999.

TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B, PIMENTEL, Ayrton – Contrato de Seguro, Editora RT, SP, 2003.

TECNOLOGIAS SOCIAIS: POSSÍVEIS ANGULAÇÕES COM A CIÊNCIA DO DIREITO

Maria da Glória Colucci

Mestre em Direito Público pela UFPR. Especialista em Filosofia do Direito pela PUCPR. Professora titular de Teoria do Direito do UNICURITIBA. Professora Emérita do Centro Universitário Curitiba, conforme título conferido pela Instituição em 21/04/2010. Orientadora do Grupo de Pesquisas em Biodireito e Bioética - Jus Vitae, do UNICURITIBA, desde 2001. Professora adjunta IV, aposentada, da UFPR. Membro da Sociedade Brasileira de Bioética - Brasília. Membro do IAP - Instituto dos Advogados do Paraná. Premiações: Prêmio Augusto Montenegro (OAB, Pará, 1976 - 1º lugar; Prêmio Ministério da Educação e Cultura, 1977 - 3º lugar). Pergamino de Ouro do Paraná (Jornal do Estado, 1997, 1º lugar). Troféu Carlos Zemek, 2016: Destaque Poético.

Resumo: O fenômeno da globalização acarretou inúmeras consequências humanas e sociais, muito além do que se poderia imaginar nos seus albores na metade do século

XX. A mobilidade humana deixou de ser apenas física, para se tornar crescentemente virtual, exigindo dos profissionais de todas as áreas releituras de suas práticas e perspectivas teóricas. As nascentes tecnologias deixaram de se limitar aos campos das biociências e de outros saberes considerados meramente dogmáticos, para avançarem em direção a espaços carregados de fortes cargas emocionais, como nas ciências humanas e sociais, dentre as quais o Direito. Diante destas demandas cognitivas inovadoras impõe-se aos atuais profissionais do Direito percepção acurada das problemáticas jurídicas, concebidas como contemporâneas e urgentes. Tecnologias propiciam desafiantes angulações ao estudo e prática do Direito, sobretudo com base em apurada reflexão crítica quanto à necessidade de uma Ciência do Direito de princípios que deve, acima de tudo, realizar o ser humano em sua dignidade ética, social e jurídica.

Palavras-Chave: Tecnologias sociais. Direito. Jurimetria.

1. Introdução

Demandas cognitivas e éticas impõem aos futuros e atuais profissionais do Direito que estejam atentos às crescentes exigências de um mercado cada vez mais seletivo. Conhecimentos até recentemente não solicitados dos operadores jurídicos se tornaram indispensáveis às atividades forenses, em decorrência dos complexos conflitos emergentes.

Influências múltiplas atuam sobre a vida profissional na área jurídica, sobretudo em virtude do que se convencionou denominar de Quarta Revolução Industrial, representada pelas novas tecnologias, motivando a criação de oportunidades de trabalho, exigindo-se alto grau de especialização.

Por outro lado, a inovação aliada à simplificação dos meios de produção, consumo e informação, conduzem à contínua racionalização dos processos de comunicação, comércio e industrialização, como exemplificam a Internet das Coisas, Robótica, impressão em 3D, Big Data, Biotecnologia etc.

Em decorrência, novos nichos de trabalho fizeram surgir conflitos cada vez mais instigantes, como os que envolvem a invasão da privacidade e a mercantilização da imagem e do corpo, intimidação sistemática (bulling), discriminação de gênero etc.

De tal modo a Técnica evoluiu que a superação de antigos modelos dogmáticos exige contínuos diálogos dos profissionais jurídicos e, portanto, dos teóricos do Direito.

Em primeiro lugar, verifica-se a necessidade de reformulação da linguagem jurídica, que é um dos obstáculos mais rígidos a serem enfrentados, em decorrência das tradicionais práticas da comunicação no Direito. O apego ao formalismo nos textos jurídicos ainda é um traço marcante do denominado “discurso jurídico”.

Acrescente-se a este desafio permanente – o aprimoramento e simplificação da linguagem jurídica – a desinformação gerada pela quase impossível tarefa de acompanhar a produção do conhecimento jurídico em tempo real, diante da contínua edição de novas leis, estatutos, marcos civis etc.

Também, como se pode notar, carecem os profissionais jurídicos da percepção da imprescindível interlocução do Direito com saberes nascentes, como a Tecnologia, a Robótica, a Biotecnologia etc. De tal fato decorre que a comunidade jurídica se encontra atônita face aos reclamos da sociedade contemporânea, marcada pela inovação, sem possuir instrumentos legais para o enfrentamento dos conflitos individuais e coletivos surgentes.

As respostas estão sempre diante de olhos atentos, visto que os problemas jurídicos são, antes de tudo, humanos. O desenho dos contornos e a utilização das técnicas já existentes é que representam o aspecto inovador das pesquisas em Direito, sobretudo, nas áreas das recentes tecnologias sociais.

Os diálogos temáticos, aliados à gestão estratégica e participativa, representam forte estímulo à evolução das tecnologias sociais, não apenas aplicáveis ao Direito, mas a todas as áreas que lidam com questões humanas, persistentes ou não, como os crescentes conflitos internacionais e religiosos.

Em especial, destaque-se a iniciativa popular das leis (art. 61 § 2º da Constituição vigente), que representa um grande passo em direção à imperiosa cooperação da sociedade com o Poder Legislativo, refletindo-se em maior adequação e planejamento das políticas públicas.

Deste modo, apesar de em sua essência os problemas jurídicos permanecerem como problemas humanos, há contínua demanda de novas soluções, construídas com base nos avanços e contribuições das tecnologias sociais.

2. Construindo diálogos com o Direito

A Ciência do Direito precisa se aventurar cada vez mais na construção de novos diálogos com outros saberes. As expectativas de avanços nas emergentes áreas do conhecimento humano, longe de representarem embaraços à evolução das teorias e propostas investigativas no Direito, estimulam seu desenvolvimento, abrindo portas e descorrinando horizontes a conquistar.

No sentido da urgente necessidade de novas reflexões à pesquisa científica no Direito, pela superação de modelos já desgastados, segundo os quais a cultura jurídica se limitaria ao estudo do Direito Positivo, ou de saberes tradicionais como a Filosofia e a História, o magistério de Paulo Dourado de Gusmão esclarece que:

Os séculos XIX e XX modificaram profundamente a noção de homem culto e de fonte do saber. Assim, até bem pouco tempo, bastava ao jurista,

para ter cultura geral compatível com o seu papel social ser iniciado em Filosofia e História.¹

E prossegue o arguto doutrinador, quanto à necessidade de recortes epistemológicos mais ousados e atuais, salientando que os fenômenos sociais, dentre os quais se insere o jurídico, impõem aos pesquisadores contemporâneos visão apurada e inovadora:

Desta forma, em nossa época, não mais se pode pensar em estudar o Direito sem o conhecimento de outras ciências que facilitam a exegese, a aplicação e, principalmente, a criação do Direito.²

Sendo o Direito uma construção social, resultando da conflituosa convivência em grupo, espera-se que os mecanismos jurídicos, representados por suas normas e a força impositiva de suas sanções (coerção), se adaptem à dinâmica da vida humana, regulando-a desde sua geração até à morte.

O fenômeno da globalização, dentre outros, somado à rápida evolução tecnológica, tem exigido, segundo Paolo Grossi, uma mudança de postura hermenêutica, com a exigência de novos métodos de interpretação, aplicação e ensino do Direito.³

Desta sorte, partindo de uma perspectiva não apenas interdisciplinar, mas transdisciplinar, qualquer abordagem

1 GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do Direito. 28 ed. Rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.23.

2 Ibid.

3 GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre direito. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 97.

das problemáticas contemporâneas ao crivo do Direito precisa se valer das novas tecnologias que examinam a realidade humana em busca de soluções.

As angústias, sofrimentos e temores humanos surgem da convivência em grupo, de modo que as tecnologias sociais têm se destacado no enfrentamento das emergentes problemáticas que eclodem no espaço urbano (como a mobilidade); econômico (desemprego); ambiental (poluição e doenças); político (exclusão) etc.

Em destaque vicejam as incertezas futuras quanto à educação (altos custos), à saúde (falta de acesso), à participação política (representatividade de minorias) etc. Quando os Poderes constituídos, maculados pela corrupção, promovem entre os cidadãos o descrédito, a passividade e a acomodação, surgem inúmeros questionamentos quanto à natureza desta aparente satisfação com o *status quo*, embora a violência se multiplique nos ambientes domésticos laborais e urbanos a olhos vistos.

Conforme explica Sidney Guerra, ao refletir sobre a decantada “boa índole” do cidadão brasileiro e seu enigmático silêncio diante dos desmandos dos Poderes constituídos:

A nossa sociedade é pacífica, porque o indivíduo isolado, pobre em laços de conagração social, prefere negar o conflito a enfrentá-lo. A poliarquia (elevado grau de institucionalização da competição pelo poder associado à extensa participação política, só limitada pela idade) é restrita a um pequeno traço institucional circunscrita por uma

grande cultura de dissimulação, de violência difusa e da reclusão individual e familiar.⁴

A aparente conformação com os conflitos que eclodem no meio social é, na verdade, uma inércia e profundo descontentamento diante da falta de credibilidade política, cuja estrutura está, desde a época do Brasil Colônia, contaminada pelos interesses de oligarquias religiosas e econômicas.

Neste cenário conturbado, as tecnologias sociais oferecem oportunos e viáveis caminhos à solução de conflitos, uma vez que procuram dialogar com os sujeitos envolvidos, senão diretamente, pelo menos com seus representantes; como acontece com as comunidades, sindicatos, associações, cooperativas e outros grupos profissionais, agremiações desportivas, religiosas etc.

2.1. Progresso tecnológico na perspectiva da Lei N° 12.965/2014

Ao se refletir sobre as expectativas da qualidade de vida humana em meio a uma sociedade tecnocêntrica e a evolução contínua das novas tecnologias, verifica-se o abandono das relações interpessoais físicas, pela intermediação das denominadas mídias sociais, a exemplo do *Facebook*, *whatsApp* etc. O foco das interações sociais deixou de ser o convívio, a conversa “olho no olho”, para se tomar como fonte (base) das afeições e contatos pessoais, os ins-

4 GUERRA, Sidney. Direitos humanos & cidadania. São Paulo: Atlas, 2012, p.58.

trumentos da tecnologia da informação. Ao intermediar as relações interpessoais, a desafeição, a substituição de uma pessoa por outra por meio de um simples toque, as imagens deletadas, os *e-mails* agressivos etc, tornaram-se tão corriqueiros que já não causam mais estranheza, integrando-se à “paisagem digital” como inevitáveis...

Vários fatores corroboram para esta perversa realidade, que embora cruel ainda prevalece nos meios virtuais, em que os afetos e o respeito que devem marcar positivamente as relações interpessoais são substituídos, por exemplo, pela pornografia da vingança (*revenge porn*), pelas ameaças terroristas, pelos ensinamentos homicidas e suicidas etc.

Os debates sobre estas questões, no que se refere ao Direito, ainda são incipientes ou mesmo inexistentes, em virtude de uma diversidade de razões, mas acima de tudo pela urgente necessidade de seu enfrentamento, não só com uma atuante e rígida fiscalização, mas pelo seu repúdio ético e social, em defesa dos valores.

As perguntas e suas transitórias respostas ainda se encontram em ebulição, conforme aduz Marco Aurelio Greco:

O uso de computadores gera uma série de problemas ligados às comunicações. Têm sido desenvolvidos instrumentos visando minimizá-los, mas estes, por sua vez, geram novos problemas, especialmente quando examinados os reflexos em relação à atuação do Poder Público e o exercício de seus poderes de fiscalização. [...] O grande desafio para a jurisprudência e legislação que vierem a ser

construídas versando as atividades realizadas com o uso de computadores, não envolve questões meramente técnicas de eficiência dos equipamentos, mas está, predominantemente, na composição justa e equilibrada dos valores.⁵

Recentemente, a Lei nº 12.965/14, criada de forma conjunta pela sociedade e governo, mediante debates e consultas públicas, representa um avanço em diversos aspectos, mas, ainda comporta muitas dúvidas e questionamentos quanto à violação de direitos:

O Marco Civil da Internet está longe de agradar a todos e para muitos foi uma legislação aprovada às pressas. Para outros, ainda, pode trazer a censura e o controle governamental da Internet. [...] Longe de ser o texto ideal, por outro lado, muito evoluiu-se em termos de direitos dos usuários da Internet, como neutralidade da rede, privacidade, proteção a dados pessoais, garantia da qualidade da conexão, entre outros.⁶

Na verdade, a questão central para o Direito é sempre a pessoa, como sujeito das relações jurídicas, titular de direitos e deveres. A pessoa física ou jurídica possui proteção à sua vida material e virtual, sobretudo, quando mais exposta aos ataques ao seu patrimônio econômico e moral, pela internet.

5 GRECO, Marco Aurelio. Internet e direito. São Paulo: Dialética, 2000, p. 43.

6 JESUS, Damásio de. Marco civil da internet: comentários à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014/José Antonio Milagre. São Paulo: Saraiva, 2014, p.87-88.

Os relatos de agravos mais comuns na mídia são focados em situações de degradação física, mental e moral de crianças, adolescentes e jovens, em razão de sua inexperiência e imaturidade. Os detalhes jornalísticos mais chocam do que informam; de sorte que os envolvidos e seus familiares se sentem humilhados, submetidos a exposição aviltante, sem que de tais fatos decorram iniciativas mais proveitosas para a sociedade e os agredidos.

A tipificação dos cibercrimes ainda permanece regulada pela legislação penal, conforme destacam Damásio de Jesus e José Antonio Milagre:

Importante ressaltar que o Marco Civil não trata de crimes cibernéticos, que no Brasil encontram previsão no Código Penal nas Leis nº 12.735 e nº 12.737/2012, esta a Lei de Crimes Informáticos. [...] Para as vítimas de crimes cibernéticos, o Marco Civil agiliza o procedimento de apuração da autoria dos delitos, prevendo a possibilidade do ingresso via juizados especiais. Igualmente, provedores passam a ter prazo mínimo para a guarda de registros ou logs, indispensáveis para a apuração de crimes informáticos.⁷

Diante deste quadro em cinza e preto é que se debatem as pungentes questões existenciais, éticas e políticas, que envolvem os conflitos contemporâneos e desafiam o diálogo entre Direito e Tecnologia.

7 Id., p. 88.

2.2. Tecnologias sociais nascentes

O tecnocentrismo de tal forma se tornou o foco inovador da Vida e do Planeta nos dias em curso, que ao conjunto de técnicas aplicáveis nas mais distintas áreas do saber se convencionou denominar de “Tecnologia”.

A Tecnologia, deste ângulo, se constitui em uma nova área científica cujo objeto de análise é a multiplicidade de técnicas voltadas para o “fazer”, não apenas jurídico, mas social, econômico, político etc, podendo-se hoje falar em “novas tecnologias”.

A Tecnologia, tradicionalmente, desenvolveu-se como centrada em saberes matemáticos ou deles derivados ou, ainda a eles associados. Desta sorte a quantificação, a mensuração e a busca da exatidão dos resultados tornaram-se critérios técnico-científicos de verdade (correspondência aos seus objetos formais) e certeza (testados, verificados).

Todavia, ladeando as novas concepções técnicas, verificou-se que pra além da quantificação não só é possível, mas necessária, a valoração, o exame das possibilidades e probabilidades dos resultados obtidos. Progredindo o novo viés interpretativo para a pesquisa de aspectos socioemocionais, passou-se a exigir recortes inovadores em diversidade de situações e saberes, dando urgência a novos modelos tecnológicos.

Ao se admitir uma tecnologia da informação que agrega elementos emocionais, constata-se que as emoções não só motivam como impulsionam, por exemplo, os novos ru-

mos da publicidade, propaganda, *design* etc, apesar do forte matiz tecnológico exigido de seus profissionais nestas áreas.

Donald A. Norman, em palavras de Vivian Sayuri Kadowalsi e Humberto Costa, ao pesquisar as influências das emoções (sentir), sobre a mente (pensar) e do agir (atuar) destacam que:

Os estudos de Norman (2008) sobre a emoção sugerem que os atributos humanos resultam de três diferentes níveis de estruturas do cérebro, sendo eles os níveis visceral, comportamental e reflexivo. O nível visceral refere-se ao que é automático, pré-programado, que faz julgamentos rápidos e pode ter suas ações inibidas ou ampliadas através de sinais de controle vindos de outros níveis. O nível comportamental se refere aos processos cerebrais que controlam a maior parte de nossas ações. Ele pode influenciar, aperfeiçoando ou inibindo o nível visceral, como também pode ser aperfeiçoado ou inibido pelo nível reflexivo. Este nível, o reflexivo, refere-se à parte consciente do processo cerebral, na qual temos a interpretação, a compreensão e o raciocínio.⁸

Desta forma, analisando os parâmetros precitados, pode-se notar que o nível cognitivo é influenciado pelo emocional, e vice-versa, de tal sorte que as novas tecnologias procuram aplicar as recentes descobertas e es-

8 TEIXEIRA, A. V. Gestão, design e novas tecnologias. Organizador: Alisson Marcelo Laurindo. Autores: Humberto Costa e Vivian Sayuri Kadowalsi. Curitiba: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014, p. 127.

tudos em neurociências para transpor o limiar das tecnologias meramente cognitivas para as tecnologias que trabalham com as emoções e seus reflexos nas ciências sociais e humanas.

Assim, as complexas relações mercadológicas se tornam mais inteligíveis; as necessidades humanas e suas interações com o mundo podem ser melhor compreendidas com base em tecnologias sociais; tais como círculos de debates, entrevistas e questionários, pesquisas de opinião etc. Por exemplo, as pesquisas de opinião permitem direcionar um produto ou serviço para as expectativas do mercado, uma vez que seus consumidores poderão opinar quanto ao sabor, preço, quantidade, qualidade, embalagem etc.

Entrevistas e questionários podem capturar emoções e transformá-los em fontes de informação para o aperfeiçoamento de serviços, já existentes no mercado ou lançamento de novos. Embora utilizados em larga escala, as entrevistas e questionários precisam ser elaborados observando padrões técnicos quanto ao público-alvo, desde a linguagem utilizada, passando pela faixa etária, grau de instrução etc. Os resultados obtidos precisam ser crivados consoante regras técnicas adotadas pela Estatística, por exemplo, ou pela Publicidade, conforme as necessidades motivadoras dos dados levantados. Feitos por amostragem respeitam uma certa margem de erro, para menos ou para mais, conforme se aferem em prévias eleições as preferências dos futuros eleitores.

No caso dos círculos de debates, podem ser restritos a experts ou abertos ao público, ou ambos, oferecendo contribuições valiosas à solução de problemas econômicos, ambientais, políticos, jurídicos etc, com base na seleção de ideias recorrentes obtidas com os participantes. Um exemplo recente deu-se na 21ª Conferência das Partes da Convenção do Clima (Paris, COP 21), quando 195 países enviaram seus técnicos, ministros e cientistas para debaterem o agravamento do efeito estufa e as mudanças climáticas decorrentes, tendo resultado dos longos e acalorados debates o Acordo de Paris (2015).⁹

Quanto às ciências humanas e sociais, cujo objeto de estudo é o ser humano, em sua individualidade ou em grupo, a melhor (e ao mesmo tempo conflitante) fonte é o próprio homem, cujas emoções podem simultaneamente conturbar e contribuir para a obtenção de dados que servirão de base para os estudos realizados. O vértice da neutralidade não é, apenas, no caso das ciências humanas e sociais, o cientista, cujo diagnóstico extraído dos resultados pode estar comprometido pelas emoções; mas, também, do público alvo (entrevistados, debatedores, interessados etc.).

Do exposto, pode-se extrair que as novas tecnologias adquiriram nos últimos anos importância muito além das características iniciais, quando estavam direcionadas, apenas, para a área das denominadas ciências exatas, e pro-

⁹ ONU, Organização das Nações Unidas. Convenção do Clima. Paris, 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cop21/>>.

gressivamente das ciências informáticas, conforme ressalta Liliana Minardi Paesani, a propósito da relação da internet com o homem e o Direito:

Constata-se, assim, que o progresso tecnológico da informação pode gerar efeitos positivos ou negativos; pode liberar o homem ou torná-lo escravo, enriquecê-lo ou aniquilá-lo. [...] Mesmo sendo conservador, o Direito não pode ser omissivo e deve procurar fazer justiça, superando-se e adaptando-se à natureza livre da Internet, numa tentativa de preservar os direitos dos cidadãos, sua privacidade e integridade, responsabilizando os infratores, mesmo que virtuais.¹⁰

O progresso tecnológico pode ser tão surpreendente e ao mesmo tempo ameaçador, que seu enfrentamento teórico está longe de oferecer contornos conceituais definidos. Ainda os pesquisadores se debruçam na construção de respostas aos efeitos jurídicos, por exemplo, da invasão da intimidade, dos desvios de finalidade na utilização das tecnologias, da *revenge porn*, do alcance da liberação de escutas telefônicas etc.

No Direito, novo campo se apresenta à interlocução nesta área, voltada à mensuração de dados estatísticos em problemas sociais emergentes e persistentes, que poderão ser regulados juridicamente, mediante diagnóstico o mais preciso e exato possível. Trata-se da Jurimetria, cujos subsí-

10 PAESANI, Liliana Minardi. Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.2.

dios das ciências matemáticas e estatísticas servem de base para o planejamento de políticas públicas em, por exemplo, saúde, educação, trabalho, moradia etc. ¹¹

Métodos tradicionais de interpretação e diagnóstico dos problemas se tornaram insuficientes, em razão dos conflitos sociais emergentes e da inércia, confusão e falta de perspectivas tecnocientíficas para as sucessivas crises.

2.3. Antecedentes e harmonização de conflitos

O estabelecimento de uma dialética cujos termos são crise (tese), problemas tecnológicos (antítese) e soluções jurídicas (síntese), não é uma questão recente e nem simples. A relação do conhecimento, que leva à evolução das tecnologias, com sua divulgação a grande número de pessoas, sempre se apresentam como uma questão desafiadora, em cada período da história humana. Reflexos jurídicos são evidentes, a começar pelo aparecimento, por exemplo, dos direitos políticos, a que se seguiram os direitos sociais, dentre os quais o direito ao desenvolvimento.

Na Renascença (séculos XV-XVII), o notável desenvolvimento intelectual ocorrido, graças à denominada Revolução Científica (racionalismo, empirismo e iluminismo) somente se viabilizou em decorrência da difusão dos saberes acumulados pelas tecnologias disponíveis à época – a imprensa, as práticas de navegação a longas distâncias

11 COLUCCI, Maria da Glória. Apontamentos em Jurimetria. Disponível em: rubicandarascalucci.blogspot.com

(bússola e pólvora), o compartilhamento das ideias (enciclopédismo) e o surgimento das primeiras universidades, como centros de pesquisas etc.¹²

No entanto, com a Revolução Industrial a crescente falta de um olhar humano e social das precárias condições de trabalho, o aviltamento da pessoa do trabalhador e a angustiante degradação física e moral de suas condições de vida, saúde, salário, moradia etc, impossibilitaram que o necessário equilíbrio se estabelecesse entre capital e trabalho, como efeitos deletérios da Revolução Industrial (XVIII-XIX) não só na Inglaterra (1760) mas no mundo.¹³

Como se observa, para além da Revolução Científica, se processaram grandes mudanças de mentalidade; com a Revolução Francesa (1789) e o reconhecimento dos direitos políticos; ou mesmo com a Revolução Industrial e o advento dos direitos sociais. No entanto, não se deu a ênfase necessária à necessidade de novas formas de diálogo voltadas à sociedade e suas fontes de construção do conhecimento, da cidadania ou das riquezas.

A maximização dos lucros sempre esteve à frente, comandando o processo do conhecimento, da produção de bens e serviços pelos avanços em tecnologias da indústria, do comércio, da produção de riquezas, gerando-se pros-

12 PERRY, Marvin. Civilização ocidental: uma história concisa. Trad. Walten-sir Dutra, Silvana Vieira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 352-355.

13 Id., p. 360-361.

peridade de poucos com a exclusão de muitos, ainda que geradores efetivos dos benefícios alcançados.

O mal uso, ou mesmo o egoísmo de alguns em prejuízo de tantos, transformou a Revolução nos transportes (movidos a vapor, combustíveis fosseis, eletricidade, bio-combustíveis etc) em aumento do descompasso entre as classes mais abastadas e as mais despojadas. O mesmo se deu com a Revolução da Informática e o esgotamento das condições de ampliação e rentabilidade, em virtude da paralisia socioinstitucional remanescente dos velhos modelos políticos, jurídicos e econômicos ainda existentes.

Deste modo, à necessidade de mudanças estruturais somam-se exigências de grandes rupturas sociais, a partir da educação e dos modelos de ensino (pedagogia) e comunicação (tecnologias e mídias sociais inteligentes).

Conforme assinala Marta Harnecker, em criteriosa abordagem sobre a “nova revolução tecnológica e seus efeitos”:

E uma coisa muito importante, as medidas que se adotarem para conseguir a harmonia entre o econômico e o sociopolítico – que dependerão muito da nova correlação de forças que se estabelecer em nível mundial e dos diferentes contextos nacionais e culturais – podem exercer uma enorme influência na determinação de qual será o país a assumir a liderança tecnológica internacional.¹⁴

14 HARNECKER, Marta. Tornar possível o impossível. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 134.

As relações humanas quando mal interpretadas podem sinalizar direções diametralmente opostas aos avanços sociais pretendidos por seus mentores. Expectativas frustradas são comuns; a exemplo do que tem ocorrido com as práticas do colonialismo e toda sorte de ditaduras militarizadas, ou não, que podem ser vistos como “experimentos” políticos mal sucedidos.

Na raiz da presente revolução tecnológica devem estar a liberdade, o respeito e a responsabilidade nas relações institucionais com os cidadãos, como fundamentos de uma sociedade informacional e globalizada, como sustenta Marta Harnecker,¹⁵ destacando que nos países mais empobrecidos, uma parte significativa da sociedade ainda se encontra em estágio tão involuído que ainda nem chegou a se integrar “[...] nas relações capitalistas de produção e está muito longe de empregar em massa as novas tecnologias”.¹⁶

Nas rápidas pinceladas precedentes, verifica-se que as grandes mudanças na evolução da humanidade, a partir da Idade Moderna, começaram com a Revolução Científica, a que se seguiram a Política, Industrial, nos Transportes, na Informação e nas diversas Tecnologias; sem que se vislumbrasse, de imediato, a possibilidade destes avanços e conquistas das técnicas como aplicáveis às ciências humanas. Uma das principais barreiras sempre foi (e ainda é) a mensuração dos elementos coligidos.

15 Id., p. 136.

16 Id., p. 137.

Em contexto de mudanças deve-se lembrar a importância da educação tecnológica, que propicia avanços incontáveis ao País, conforme análise de Osvaldo Vieira do Nascimento.¹⁷

2.3.1 Jurimetria: Subsídios Valiosos ao Direito

Jurimetria é um neologismo jurídico que se refere à técnica de interpretação de fatos jurídicos com base em dados estatísticos e matemáticos. Sua utilização tem se intensificado em virtude das importantes contribuições que as análises interdisciplinares propiciam à evolução dos saberes, em particular, do Direito. Com os subsídios da jurimetria, calcados nos métodos e técnicas estatísticos e matemáticos, problemáticas sociopolíticas e econômicas, por exemplo, podem ser, cuidadosamente, examinadas, servindo de fontes ao planejamento de futuras atuações do Estado, mediante políticas públicas.

O levantamento de necessidades vitais básicas de específicos segmentos sociais, ou mesmo a correção de rumos adotados em estratégias diversas podem ser redimensionados por intermédio das análises estatísticas. De sorte que, quer seja o Poder Público, na implementação e correção de políticas públicas, quer se trate de particulares nas opções de investimento ou na seleção de novos negócios, se socorrem de fontes estatísticas em suas atividades cotidianas.

17 NASCIMENTO, Osvaldo Vieira. Educação profissional e tecnológica: princípios e filosofia. Curitiba: J.M. Livraria, 2010, p. 72-73.

Os diagnósticos e direcionamentos adotados, quando baseados em resultados probabilísticos, a partir de determinados comportamentos do mercado ou do público alvo, por exemplo, podem impulsionar o desenvolvimento e crescimento econômico de uma região, classe social ou até mesmo de um país. Infelizmente, nem sempre se dá às pesquisas estatísticas, a devida importância; muito mais pelo desconhecimento dos resultados práticos, do que por outra razão; como acontece na sociedade brasileira, em que o “jeitinho” parece ser o motivo de “orgulho” nacional. O imprevisto não deve nortear, não só a ação política governamental, mas, igualmente, as iniciativas de empresários e particulares.

No caso do levantamento dos indicadores sociais de problemas emergentes ou mesmo persistentes, em busca de solução não só jurídicas, mas, políticas, econômicas, educacionais, dentre outras, as tecnologias sociais são fundamentais, como em especial, as ações afirmativas.

A multiplicidade social e a contínua exigência de maior sintonia entre as expectativas de uma época e as possíveis soluções ofertadas pelo legislador, tornam as políticas públicas cada vez mais onerosas diante das complexas e crescentes necessidades das sociedades globalizadas do século XXI: “O Direito não é uma fotografia que fica pendurada numa parede e não muda nunca; ele é um filme que se desenrola progressivamente [...]”¹⁸

18 PRADO, Maurício Almeida e SANTANA, Renata Duarte de (Org.). O Brasil e a globalização: pensadores do direito internacional. São Paulo: Ed. de Cultura, 2013, p. 27.

A complexidade e diversidade dos dados coligidos pelos novos meios de acesso e classificação propiciados pelas tecnologias sociais devem sofrer restrições quanto à intimidade e privacidade das pessoas.

“Global” e “informacional” correspondem aos novos modelos e desafios sobre os quais se assentam as sociedades pós-modernas. Os avanços tecnológicos da presente década não se limitam, apenas, às demandas econômicas de sua evolução, com a crescente comercialização de produtos, serviços e novas conexões. Há, ainda, a exigência de que as mudanças se tornem, além de tecnicamente possíveis, dotadas de universalidade, gratuidade e igualdade de acesso às atuais e futuras gerações com qualidade de vida.

As políticas públicas ao promoverem iniciativas em matéria de informatização, inovação e acessibilidade devem intensificar, simultaneamente, a promoção da pessoa humana, independentemente de sua condição, contemplando-a da concepção até à morte; como nos casos do exame pré-natal ou mesmo do suporte hospitalar em situações de terminalidade (ortotanásia).

Os princípios constitucionais não podem ser descumpridos, a exemplo da soberania, cidadania e da dignidade da pessoa, como corolários do Estado Democrático de Direito (art. 1º, I a III); em que os valores individuais e coletivos devem priorizar, acima de tudo, a vida com qualidade, vale dizer, com saúde, trabalho,

moradia, educação etc (art. 6º e 7º, CF).¹⁹

Convergem para a Jurimetria, de um lado, métodos de interpretação do Direito, como o empírico-dialético e, de outro, os quantitativos, subsidiados pelas ciências matemáticas. O levantamento de dados, por amostragem, por exemplo, é extremamente útil ao equacionamento de estratégias no planejamento de políticas públicas a longo e médio prazo.

“Globalizado” não conserva mais a significação original, como uma economia sem fronteiras territoriais; mas transcende a percepção capitalista inicial, para abarcar o sentido planetário de interlocução com todos os seres humanos, sobretudo, os vulnerabilizados pela miséria extrema, pelo deslocamento de sua raiz natal, de sua cultura, em razão de guerras intermináveis.

Outros ângulos, além do viés economicista, são expectados pelo cidadão comum, impondo-se aos governantes um olhar vanguardista, no sentido de priorizar em tudo o ser humano como início e fim de todos os avanços tecnológicos. Neste particular, lembrando sempre que o Direito tem e deve ter, antes de mais nada, uma constante vocação para a Justiça, como já pensavam os romanos, dos quais a civilização ocidental é perene e agradecida herdeira: “*Jus est ars boni et aequi*” (o Direito é a arte do bem e do justo – em tradução livre).

19 BRASIL, Constituição da República Federativa do. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>.

A riqueza do Direito está, exatamente, na flexibilidade das respostas que pode oferecer à sociedade, mediante seus modelos teóricos e práticos, a exemplo da nova porta – a Jurimetria.

3 Considerações Finais

Estabelecer conexões de sentido entre aspectos tão díspares e, ao mesmo tempo, próximos, torna-se desafiante a cada momento em que se depara com saberes tecnológicos que ainda carecem do viés humanizador de suas contribuições e resultados.

Negar-se o progresso científico e técnico como realidades estranhas ao Direito e às ciências humanas é proceder com absurda postura dogmática que já devia ter sido superada.

O Direito é, deve ser, o espelho mais fiel possível da vida, da sociedade e dos seus avanços e contradições. Nada que se passa no ambiente social deve escapar ao olhar atento e observador dos seus operadores, posto que manter velhos discursos em novos contextos significa empobrecer os instrumentos jurídicos postos à disposição da sociedade.

O Direito sempre refletiu os diferentes estágios da evolução humana, de modo que ao interferir em realidades cambiantes, que exigem novas soluções, sofre, também, fortes impactos atualizadores. Retratá-los na construção de institutos, figuras, princípios e critérios diversos que

impulsionam o despontar de novos ramos do Direito, exige dos profissionais constante esforço investigativo.

Desapegar-se dos padrões conceituais, legais e jurisprudenciais estabelecidos é estar em dialética tarefa reconstrutiva do pensamento jurídico, nem sempre confortável aos acomodados e tradicionais operadores do Direito.

Reinterpretar os modelos conceituais já assentes remete à percepção de que o diálogo com outros saberes não é uma opção, mas uma necessidade urgente. Pesquisas de opinião, entrevistas e questionários, círculos de debates e ações afirmativas podem ser a etapa inicial de sondagens no ambiente social que interpretadas pela Matemática e Estatística permitem diagnósticos mais precisos.

Por outro lado, o equacionamento de possíveis soluções, ainda que iniciais, somente podem ser alcançados se passadas pelo crivo da Jurimetria, no caso do Direito.

Novas tecnologias exigem o estabelecimento de objetivos, metas, estratégias, indicadores etc, que permitam a quantificação dos resultados, formando uma base de dados que viabilizados pelos instrumentos jurídicos, possam contribuir para a valorização da pessoa, em qualquer fase de sua vida.

Os operadores do Direito precisam assumir o papel de protagonistas diante dos problemas sociais, não se limitando, apenas, ao exercício profissional legalmente regulado. Quando a Constituição de 1988, no art. 133, enumera, à

guisa de exemplificação, a importância destes operadores, elege três princípios, pilares da prática jurídica, a saber, indispensabilidade, inviolabilidade e legalidade de suas atribuições profissionais.

Desta forma, como aproximação empírico-conceitual, poder-se-á dizer que as tecnologias sociais correspondem à junção de elementos operacionais (Técnica) aos científicos (Lógica), unificados e convergentes, no sentido da interpretação dos significados humanos de que estão impregnados (Ética) e seus reflexos na sociedade.

Acima de tudo, o avanço das tecnologias permite à sociedade, e a cada cidadão em particular, a conquista de patamares econômicos e sociais inalcançáveis, se observados, apenas, os meios tradicionais. Em particular, a Organização das Nações Unidas, na Agenda Global, 2030, prevê, dentre seus ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável), o 17, que propõe à comunidade internacional: “Fortalecer os mecanismos de implantação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento”.²⁰

Dentre os aspectos abordados no texto, deve-se acentuar a urgente necessidade de mudanças nas matrizes curriculares dos cursos de Direito, oportunizando novos conhecimentos e construindo novas mentalidades em relação à interlocução com as tecnologias sociais.

20 ONU, Organização das Nações Unidas: “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>>.

Referências

BRASIL, Constituição da República Federativa do. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>

COLUCCI, Maria da Glória. Apontamentos em Juri-metria. Disponível em: rubicandarascalucci.blogspot.com

GRECO, Marco Aurelio. Internet e direito. São Paulo: Dialética, 2000.

GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre direito. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUERRA, Sidney. Direitos humanos & cidadania. São Paulo: Atlas, 2012.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do Direito. 28 ed. Rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HARNECKER, Marta. Tornar possível o impossível. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

JESUS, Damásio de. Marco civil da internet: comentários à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014/José Antonio Milagre. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Osvaldo Vieira. Educação profissional e tecnológica: princípios e filosofia. Curitiba: J.M. Livraria, 2010.

ONU, Organização das Nações Unidas. Convenção do Clima. Paris, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cop21/>

ONU, Organização das Nações Unidas: “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>

PAESANI, Liliana Minardi. Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PERRY, Marvin. Civilização ocidental: uma história concisa. Trad. Waltensir Dutra, Silvana Vieira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PRADO, Maurício Almeida e SANTANA, Renata Duarte de (Org.). O Brasil e a globalização: pensadores do direito internacional. São Paulo: Ed. de Cultura, 2013.

TEIXEIRA, A. V. Gestão, design e novas tecnologias. Organizador: Alisson Marcelo Laurindo. Autores: Humberto Costa e Vivian Sayuri Kadowalsi. Curitiba: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014.

FATO GERADOR DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS NOS PROCESSOS TRABALHISTAS E ENCARGOS MORATÓRIOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Ademar Rogério Weber Heylmann,

Advogado, economista, especialista em direito tributário.

Fernanda Carla Henrique Busetti,

Advogada, especialista em direito tributário.

Resumo: O presente trabalho visa analisar os fundamentos jurídicos e legais da decisão proferida no processo nº TST-E-RR-1125-36.2010.5.06.0171, em outubro de 2015, pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, o qual modificou entendimento pacificado na jurisprudência da Corte até então, entendendo que a partir da alteração do artigo

43, da Lei 8.212/91, pela Lei 11.941/2009, o fato gerador das Contribuições Sociais passou a ser a prestação de serviços pelo trabalhador e sobre elas incidem encargos moratórios a partir dessa data, isto nas decisões proferidas pela Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Fato gerador. Contribuições sociais nas reclamações trabalhistas.

1. Introdução

As contribuições sociais executadas na Justiça do Trabalho sempre foram objeto de controvérsia e este estudo analisou a decisão proferida pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho no processo nº TST-E-RR-1125-36.2010.5.06.0171, em outubro de 2015, a qual entendeu que a partir da nova redação do parágrafo segundo, do artigo 43, da Lei 8.212/1991, introduzido pela Lei nº 11.941/2009, o fato gerador das contribuições sociais nas reclamações trabalhistas passou a ser a prestação do serviço. A decisão acrescentou os itens IV e V da Súmula nº 368 em sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2017. O novo entendimento definiu que para o período anterior à alteração legislativa, considera-se como fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes de créditos trabalhistas reconhecidos em juízo o efetivo pagamento das verbas trabalhistas, a mora só ocorre a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação.

Houve grande embate sobre o tema no Tribunal Pleno do C. TST e a votação alcançou 12 votos a favor e 12 votos contra a tese da União, sendo que estes ministros entendiam que o fato gerador da contribuição previdenciária é o crédito ou pagamento, com suporte no artigo 195, I, “a”, da Constituição Federal. O desempate veio através do voto de minerva do ministro Ives Gandra Martins Filho que presidia a sessão, entendendo que a partir da modificação introduzida pela lei nº 11.941/2009, no parágrafo segundo da lei nº 8.212/1991, impõe aos empregadores o pagamento de juros de mora pela taxa Selic a partir da prestação dos serviços, tanto para a contribuição do empregador, quanto para a quota parte do empregado, majorando consideravelmente as condenações trabalhistas.

O presente estudo procura analisar a hipótese de incidência a partir da regra matriz da incidência tributária, a qual não foi enfrentada pelos ministros no julgamento em comento, o que reporta que a discussão, apesar da importância e dos efeitos no valor das condenações trabalhistas, não recebeu a devida análise pelo prisma do direito tributário, ensejando um resultado equivocado que merece ser revisto.

2. As contribuições sociais no processo trabalhista

Durante muitos anos foi discutida a competência da Justiça do Trabalho para executar as Contribuições Sociais e do Imposto de Renda nas condenações trabalhistas, sen-

do que a matéria se assentou de forma definitiva com a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (DOU de 16 de dezembro de 1998), a qual introduziu o § 3º no artigo 114 da Constituição Federal, tornando a Justiça do Trabalho, de ofício, guardiã das execuções das Contribuições Sociais.

A partir de então foram sepultadas as discussões a respeito da Competência da Justiça do Trabalho para executar as Contribuições Sociais, contudo, essa competência é reflexa ou derivada, haja vista que está restrita a existência de decisão condenatória proferida pela própria Justiça do Trabalho (TEIXEIRA FILHO, 2004, p. 655).

O INSS, agora União, passou a figurar no processo como parte na fase de execução, discutindo as contribuições sociais devidas na execução das sentenças condenatórias (TEIXEIRA FILHO, 2004, p. 658).

A competência da Justiça do Trabalho sofreu nova modificação com a Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004 (DOU de 31 de dezembro de 2004), a alteração da redação do artigo 114, inseriu a competência para a execução de ofício das contribuições sociais no inciso oitavo, mas sem mudanças na redação se comparada com a disposição introduzida pela Emenda Constitucional nº 20/1998.

A União além de implementar as alterações constitucionais ampliando a competência da Justiça do Trabalho para executar de ofício as contribuições sociais, também

aprovou a Lei nº 10.035, de 25 de outubro de 2000, a qual introduziu uma série de alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, dentre elas, por exemplo, o direito de recurso da Previdência Social nas conciliações (artigo 831 da CLT), imposição de indicação da natureza jurídica das parcelas nas condenações e acordos, assegurando a intimação do INSS sobre as decisões para eventual interposição de recurso (artigo 832, §§, 3º e 4º da CLT) e a aplicação da atualização do crédito devido à Previdência Social os critérios estabelecidos na legislação previdenciária (artigo 879, § 4º, da CLT).

Esse arcabouço legal é classificado por James Marins como execução anômala de tributos perante a Justiça do Trabalho (MARINS, 2008, p. 1).

Neste diapasão, quais são os acréscimos estabelecidos pela legislação previdenciária? Ficou assegurado que até dezembro de 1995, os tributos devidos na legislação tributária eram atualizados pela UFIR, sendo que foram convertidos pela UFIR vigente em 1º de janeiro de 1996 para reais, nos termos do artigo 30, da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, ficando extinta a correção monetária a partir dessa data. No caso só há aplicação de juros e multa moratória (artigo 35, da Lei nº 8.212/1991), para contribuições sociais em atraso nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Portanto, não satisfeitas as contribuições sociais no

momento oportuno, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, aplica-se juros equivalentes ao Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC e multa calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso, limitada ao percentual de 20% (vinte por cento). Como se infere, são dois encargos moratórios (juros Selic e multa) e não há aplicação de correção monetária.

Estabelecida a competência de ofício da Justiça do Trabalho para executar as contribuições sociais e resguardada a aplicação dos acréscimos legais previstos pela legislação previdenciária, acrescentou-se novas redações nos parágrafos 2º e 3º, no artigo 43, da Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, isto pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, definindo que os valores devidos a título de contribuições sociais nas ações trabalhistas seriam apurados pelo regime de competência, ou seja, mês a mês, com acréscimo de juros de mora pela taxa Selic e multa moratória apurada a partir da prestação dos serviços.

A partir dessa alteração, a União, através da Procuradoria Geral Federal, passou a travar uma batalha nos processos em tramitação, para impor os acréscimos legais a partir da prestação dos serviços. A matéria foi pacificada pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do processo sob o número TST-E-RR-1125-36.2010.5.06.0171, o qual em síntese, entendeu que a base legal para a definição do fato gerador da contribuições previdenciárias é infraconstitucional, tendo em vista que o artigo 195, I, da Constituição Federal não tratar da hipótese de incidên-

cia do tributo. Tal entendimento é fruto da nova redação conferida ao artigo 43 da Lei nº 8.212/91, por meio da Lei nº 11.941/2009, que acresceu o § 2º ao citado dispositivo, passando a enquadrar o devedor em mora desde a data da efetiva prestação dos serviços, e não somente a partir do pagamento do crédito devido ao trabalhador, como anteriormente previsto no artigo 276 do Decreto nº 3.048/99.

A partir de tal entendimento o réu executado perante a Justiça do Trabalho é condenado em juros de mora pela taxa Selic desde a data da prestação dos serviços. Quanto a multa será computada depois de apurado o crédito e exaurido o prazo para pagamento, ou seja, após a citação do devedor, nos termos dos artigos 61, § 1º, da Lei nº 9.430/96, 43, § 3º, da Lei nº 8.212/91, observado o limite máximo de 20% previsto no artigo 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96.

A discussão entre os ministros ficou dividida entre o posicionamento do ministro relator Alexandre de Souza Agra Belmonte, e recebeu 12 votos, já o posicionamento divergente foi liderado pela ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, e também 12 votos, o desempate veio através do voto de minerva do ministro Ives Gandra Martins Filho, que presidia a sessão, e a decisão teve como principal justificativa a tese de que a regra da Lei 8.212/1991 objetiva o equilíbrio da fonte de custeio para subsidiar o aporte financeiro dos benefícios previdenciários. Se os valores devidos ao trabalhador, definidos em sentença ou acordo, retroagem à data da prestação de serviços inclusive para efeito de média do salário de contribuição, sobre o qual

será calculado o de benefício, as contribuições são devidas a partir dessa mesma data, para observância do equilíbrio atuarial previdenciário.

Como será demonstrado a seguir, a corrente vitoriosa na discussão ocorrida no Pleno do TST não andou bem no voto majoritário e não se sustenta pelos próprios fundamentos do acórdão de relatoria do ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. A decisão confirmou o que defende José Rodrigo Rodrigues, que a formação de jurisprudência no Brasil não é fruto a reconstrução argumentativa de casos paradigmáticos que constituem uma tradição, a decisão refletiu o apelo pela maior arrecadação para cobrir os gastos da previdência, cingindo-se a confrontar o que dispõe o artigo 195 da Constituição Federal com a redação atual do artigo 43 da Lei nº 8.212/91. A decisão ficou desprovida de argumentos organizados, foram conjugados fundamentos diretivos para chegar ao resultado pretendido, mas essa mudança de rumo não foi resultado de uma revisão aprofundada sobre o assunto (RODRIGUEZ, 2013, p. 7).

3. O fato gerador das contribuições sociais no processo trabalhista

Antes de adentrar na análise do fato gerador, mister se fazer a distinção da disposição da lei como hipótese, ou seja, antes de enquadrar-se em um fato concreto, situação definida por Geraldo Ataliba como hipótese de incidência e também do fato materializado, após a subsunção do fato

a norma, definido pelo autor como fato imponible, como se infere a seguir:

“22.1 A hipótese de incidência é a descrição hipotética e abstrata de um fato. É parte da norma tributária. É o meio pelo qual o legislador institui um tributo. Está criado um tributo, desde que a lei descreva sua h.i., a ela associando o mandamento “pague”.” (ATALIBA, 2002, p. 66)

(...)

“22.10 Aí o fato imponible, que há de ser um fato concreto, ocorrido *hic et nunc*, no mundo fenomênico, como acontecimento fático, sensível, palpável, concreto, material, apreensível e que corresponde à “mágem abstrata” como diz A.D.Giannini que dele faz a lei.” (ATALIBA, 2002, p. 67)

A previsão de recolhimento das contribuições sociais nos processos trabalhistas está prevista como hipótese de incidência inserida no artigo 43, da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, no texto original de 1991, com a seguinte redação:

“Em caso de extinção de processos trabalhistas de qualquer natureza, inclusive a decorrente de acordo entre as partes, de que resultar pagamento de remuneração ao segurado, o recolhimento das contribuições devidas à Seguridade Social será efetuado incontinenti.”

Possível verificar que o texto legal prevê o recolhimento das contribuições sociais na extinção do processo trabalhista, inclusive nos acordos, ou seja, não só

nos processos que foram liquidados e executados, mas também em caso de conciliações com pagamentos de parcelas tributáveis.

A primeira alteração ocorreu com a Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993, quando a redação do artigo 43, da Lei 8.212/1991, foi modificada no *caput* e passou a contar com o parágrafo primeiro, com a redação assim:

“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.

Parágrafo único. Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas à contribuição previdenciária, esta incidirá sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado.”

Se infere da mudança que a nova redação passou a prever o recolhimento da contribuição previdenciária nos pagamentos sujeitos a incidência, o que antecipa o momento dos recolhimentos em casos de acordos parcelados, também foi introduzida a previsão da pena de responsabilidade ao juiz, caso não determine o recolhimento. Ainda o parágrafo único prevê que nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados devem discriminar as parcelas legais com indicação da natureza jurídica do

pagamento, para se determinar a tributação das parcelas sujeitas a incidência das contribuições devidas.

O artigo 43 da Lei nº 8.212/91, foi regulamentado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, estabelecendo no artigo 276 que o recolhimento no dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença, deve se entender no caso da sentença de liquidação, cuja natureza é de decisão com caráter interlocutório, no caso é o ato pelo qual o juiz define o *quantum* é devido no processo (TEIXEIRA FILHO, 2004, p. 354), também se conhece por sentença de homologação, contudo, a exigência do tributo no dia dois do mês seguinte deste ato, se mostra equivocado, porque nos termos do artigo 880 da CLT, tornada líquida a sentença o tribunal mandará expedir o mandado de citação do executado para que cumpra a decisão ou o acordo, inclusive as contribuições sociais no prazo de 48 horas ou garanta a execução, sob pena de penhora. É nesta oportunidade que o devedor toma ciência do valor a ser pago e nesta oportunidade que o recolhimento deve ser realizado, pois o valor a ser pago não é definido antes dessa data.

Quanto a oportunidade do recolhimento das contribuições sociais foi acrescentado pela Lei nº 10.035/2000, de 25 de outubro de 2000, o artigo 878-A, na CLT, com a seguinte redação: *Faculta-se ao devedor o pagamento imediato da parte que entender devida à Previdência Social, sem prejuízo da cobrança de eventuais diferenças encontradas na execução ex officio*, a disposição legal remete a pretensão da União de antecipar os recolhimentos, o que

não faz sentido, dado que, como já visto o artigo 880 da CLT assegurava a citação do executado para pagamento inclusive das contribuições sociais no prazo de 48 horas.

A Lei nº 10.035/2000, também inseriu no artigo 879, da CLT, o qual estabelece os procedimentos de liquidação das sentenças ilíquidas, fixando no parágrafo quarto que a atualização dos créditos devidos a previdência social observará os critérios estabelecidos pela legislação previdenciária, portanto, ficou afastando o critério previsto no artigo 39, da Lei 8.177 de 1º de março de 1991, o que já dava sinais da pretensão da União de engordar os recolhimentos com encargos moratórios.

O INSS, através da Procuradoria Geral Federal, passou a intervir nos processos postulando a incidência de juros e multa a partir da prestação dos serviços o que era frequentemente negado nas decisões em face do disposto no artigo 43, da Lei nº 8.212/91 e no artigo 276, do Decreto nº 3.048/1999.

A partir da meta da União de engrossar a arrecadação com encargos moratórios sobre os recolhimentos das contribuições sociais nos processos trabalhistas, foi alterada a redação dos parágrafos do artigo 43 da Lei nº 8.212/1991, pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, os quais passaram a contar com a seguinte redação:

“§ 1º Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas às contribuições

sociais, estas incidirão sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado.

§ 2º Considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço.

§ 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.

§ 4º No caso de reconhecimento judicial da prestação de serviços em condições que permitam a aposentadoria especial após 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, serão devidos os acréscimos de contribuição de que trata o § 6º do art. 57 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.

§ 5º Na hipótese de acordo celebrado após ter sido proferida decisão de mérito, a contribuição será calculada com base no valor do acordo.

§ 6º Aplica-se o disposto neste artigo aos valores devidos ou pagos nas Comissões de Conciliação Prévia de que trata a Lei no 9.958, de 12 de janeiro de 2000.”

Com a alteração introduzida, especialmente pelo parágrafo segundo, o qual estabelece expressamente que *considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço*, e do parágrafo terceiro, definindo que *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*, se instalou o celeuma quanto ao fato gerador das contribuições sociais no processo do trabalho e as incidência dos encargos moratórios.

Mesmo com a mudança, a União não lograva êxito na sua pretensão de receber multa e juros pela taxa Selic a partir da prestação dos serviços pelo reclamante. Reiterados julgamentos foram proferidos indeferindo os encargos moratórios a partir da prestação dos serviços, por força da limitação estabelecida pelo artigo 195, I, “a”, da Constituição Federal. O entendimento era que só incide encargos moratórios sobre os recolhimentos previdenciários, a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação de sentença.

Tal entendimento foi corroborado também por Sergio Pinto Martins, o qual reconhece que o fato gerador da obrigação previdenciária necessita ser declarado na sentença, mesmo seja devida em decorrência da prestação dos serviços (MARTINS, 2008, p. 36).

Contudo, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho foi modificado em outubro de 2015, no julgamento do processo nº TST-E-RR-1125-36.2010.5.06.0171, onde foi preferida a seguinte decisão especificamente quanto ao fato gerador¹:

1 RECURSO DE EMBARGOS. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. MATÉRIA AFETA AO TRIBUNAL PLENO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA DE MULTA E JUROS DA MORA.

1. A competência da Justiça do Trabalho abrange a execução de ofício das contribuições previdenciárias previstas no artigo 195, da Constituição Federal, decorrentes das decisões que proferir, nos termos do artigo 114, VIII, da Carta Magna.

2. O STF, em julgados recentes, concluiu que a Constituição Federal não define o momento em que ocorrem o fato gerador, a base de cálculo e a exigibilidade da contribuição previdenciária, podendo assim tais matérias ser disciplinadas por lei ordinária. Precedentes.

3. O artigo 195 da Constituição Federal apenas dispõe sobre o financiamento das contribuições previdenciárias. Tal artigo deve ser interpretado sob o enfoque dos princípios que norteiam a seguridade social: da solidariedade, da universalidade da cobertura, do atendimento, da seletividade, da distributividade, da equidade na forma de participação do custeio e da diversidade da base de financiamento. Para que tais princípios sejam concretizados, deve-se levar em conta que a seguridade social abrange as áreas da saúde, da assistência social e da previdência social, conforme o disposto no artigo 194 da Constituição Federal.

4. As questões referentes ao fato gerador das contribuições previdenciárias e incidência de juros de mora e multa decorrentes de decisões judiciais que determinem ou homologuem o pagamento de créditos trabalhistas sujeitos à incidência do referido tributo e de seus acréscimos moratórios, estão disciplinadas pelo artigo 43 da Lei 8.212/91 e pela Lei nº 9.430/96.

5. Tem-se, contudo, que a referida legislação foi alterada pela Medida Provisória nº 449 de 2008, posteriormente convertida na Lei 11.941/2009, dando nova redação ao artigo 43 da Lei nº 8.212/91. Em face de tais alterações legislativas, necessário se faz delimitar a questão em dois

“7. Quanto ao período posterior à alteração do ar-

momentos relativos à matéria afeta ao artigo 43 da Lei 8.212/91: um, quanto ao período que antecede a alteração da lei e o outro, em relação ao período posterior à alteração legislativa.

6. No tocante ao período anterior à alteração legislativa, considera-se como fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes de créditos trabalhistas reconhecidos em juízo o efetivo pagamento das verbas trabalhistas, configurando-se a mora a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação. Pelo que para cálculo dos acréscimos legais (juros de mora e multa) aplica-se o disposto no artigo 276 do decreto nº 3.048/99, ou seja, para aquelas hipóteses em que a prestação do serviço se deu até o dia 4/3/2009, observar-se-á o regime de caixa (no qual o lançamento é feito na data do recebimento do crédito ou do pagamento que gera o crédito decorrente).

7. Quanto ao período posterior à alteração do artigo 43 da Lei nº 8.212/91, feita pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, tem-se duas importantes alterações: a primeira, é que o fato gerador da contribuição previdenciária passou a ser a prestação do serviço, conforme o artigo 43, §2º, da Lei nº 8.212/91; e a segunda, é que no §3º da referida lei instituiu-se o regime de competência para aplicação dos acréscimos legais moratórios, pois se passou a considerar o mês de competência em que o crédito é merecido, e não o momento em que o pagamento é feito, como no regime de caixa.

8. Contudo, a Constituição Federal estabelece o princípio da anterioridade nonagesimal, pelo qual as contribuições sociais, por serem uma espécie de tributo, só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado (art. 150, III, “a”, c/c o art. 195, § 6º, ambos da CF). Como a Medida Provisória nº 448/2008 foi publicada em 4/12/2008, suas alterações só podem ser exigidas após transcorridos noventa dias de sua publicação, pelo que o marco inicial da exigibilidade do regime de competência ocorreu na data de 5/3/2009.

9. Desta forma, em relação ao período em que passou a vigorar com a nova redação do artigo 43 da Lei 8.212/91, aplicável às hipóteses em que a prestação do serviço ocorreu a partir do dia 5/3/2009, observar-se-á o regime de competência (em que o lançamento é feito quando o crédito é merecido e não quando é recebido), ou seja, considera-se como fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes de créditos trabalhistas reconhecidos em juízo, a data da efetiva prestação de serviço.

tigo 43 da Lei nº 8.212/91, feita pela Medida Provisória

10. O lançamento pode direto (dispensando o auxílio do contribuinte); pode ser misto (decorrente de ação conjugada entre o Fisco e o contribuinte) e pode ser por homologação.

Nos termos do artigo 150, *caput*, do CTN, a contribuição social tem lançamento por homologação, eis que quem deve declarar e calcular o valor do tributo é o contribuinte e não o órgão arrecadador. Trata-se, pois, de lançamento que tem o recolhimento exigido do devedor independentemente de prévia manifestação do Fisco, que não precisa efetuar o ato final de lançamento para tornar exigível a prestação tributária.

Da mesma forma que no IRPF a pessoa física presta as informações, faz o cálculo e ainda recolhe o tributo, na contribuição previdenciária, devida, na forma da lei, a partir da prestação do serviço, o contribuinte presta as informações sobre o pagamento por serviços prestados, faz o cálculo e recolhe o tributo, por se tratar de tributo cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa. Donde se conclui que a prestação de serviços é o fato gerador da contribuição previdenciária, com lançamento automático, porque exigível a obrigação independentemente de prévio exame da autoridade administrativa, competindo ao tomador a retenção e o recolhimento do tributo.

11. Entretanto, a nova redação do § 3º do artigo 43 da Lei nº 8.212/91 utilizou a expressão “acréscimos legais moratórios”, indo, portanto, além da contribuição previdenciária em valores atualizados, para abranger os juros da mora correspondentes à utilização do capital alheio, ou seja, para remuneração do tempo em que a empresa deixou de verter para o sistema previdenciário as contribuições devidas, utilizando os valores devidos em proveito próprio.

11. Pela atualização monetária das contribuições respondem trabalhador e empresa, contribuintes do sistema e sem prejuízo para o trabalhador, que por sua vez receberá o crédito igualmente atualizado.

12. Pelos juros incidentes sobre as contribuições, no entanto, responde apenas a empresa, não sendo justo e nem cabível que por eles pague quem não se utilizou de um capital sobre o qual incidem as contribuições previdenciárias.

13. Quanto à multa, ao contrário da atualização monetária para recomposição do valor da moeda e dos juros, pela utilização do capital alheio, é uma penalidade destinada a compelir o devedor à satisfação da obrigação a partir do seu reconhecimento, pelo que não incide retroativamente à

nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, tem-se duas importantes alterações: a primeira, é que o fato gerador da contribuição previdenciária passou a ser a prestação do serviço, conforme o artigo 43, §2º, da Lei nº 8.212/91; e a segunda, é que no §3º da referida lei instituiu-se o regime de competência para aplicação dos acréscimos legais moratórios, pois se passou a considerar o mês de competência em que o crédito é merecido, e não o momento em que o pagamento é feito, como no regime de caixa.

É possível perceber que a discussão se resumiu a uma questão: a definição do fato gerador está no artigo 195, I, “a”, da Constituição Federal ou na lei infraconstitucional com a nova redação do artigo 43, § 2º, da Lei 8.212/91?

Não foi discutido que havendo a subsunção do fato a norma, em qualquer processo onde haja sentença condenatória ou acordo homologado, sempre, sem qualquer exceção, os sujeitos passivos serão obrigados a pagar juros de mora a partir da data da prestação dos serviços. Desta forma, nunca o Réu da ação poderá honrar esse pagamento sem os encargos moratórios, isso é um aumento indireto do tributo, que nos parece ilegal.

prestação de serviços, e sim a partir do exaurimento do prazo da citação para o pagamento, uma vez apurados os créditos previdenciários, nos termos do art.61, §1º, da Lei nº 9.430/96, c/c art.43, §3º, da Lei nº 8.212/91, observado o limite legal de 20% previsto no art.61, §2º, da Lei nº 9.430/96.
Recurso de embargos conhecido, por divergência jurisprudencial, e parcialmente provido.”

Não existe oportunidade do devedor de pagar o tributo sem encargos moratórios, se for ajuizada a ação e houver acordo ou condenação em parcela remuneratória, haverá acréscimos de juros de mora e multa, ou seja, trata-se de situação teratológica e ainda que fosse legal, seria imoral. Essa situação reforça a percepção de que estamos em um país que abusa dos excessos tributários para se locupletar a qualquer custo, sempre sob o manto da carência de arrecadação para cobrir as despesas da previdência social.

Como ponto de partida do estudo sobre a legalidade da disposição legal do artigo 43, da Lei 8.212/91, cita-se o artigo 114, do CTN, onde está definido como fato gerador da obrigação principal a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Conjugando-se esta definição com o disposto no artigo 116, também do CTN, tem-se que se considera ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos, nas situações de fato, no momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produzam os efeitos que normalmente lhe são próprios; e na situação jurídica, a partir do momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

O Código Tributário Nacional definiu regras apontando o momento do fato gerador, mas manteve a liberdade do legislador para definição de tal situação de forma diferente, essa liberdade, entretanto, é relativa na lição de Hugo de Brito Machado, o qual ensina que o há de se manter nos limites de razoabilidade nessa admissão, em cada situação fática. O autor ainda destaca como exemplo

que o fato gerador de determinado tributo considera-se consumado “antes” de que seja “de fato” presente a situação prevista na hipótese de incidência correspondente (MACHADO, 2006, p. 148).

É exatamente o que ocorre na decisão do processo nº TST-E-RR-1125-36.2010.5.06.0171, o qual validou como ocorrido o fato gerador na prestação dos serviços, contudo, esta não ocorre se não existir sentença condenatória procedente de parcelas que se configurem como salários-de-contribuição, ou acordos prevendo o pagamento de parcelas passíveis de incidência de contribuição social. Nos contratos onde houve prestação de serviços, com relação de emprego, mas que não houve ação trabalhista, ou que a ação trabalhista não foi julgada procedente, ou ainda que tenha sido julgada procedente, mas não tenha condenado o Réu em parcelas sujeitas a incidência de contribuição social, **não há fato gerador**, mas houve prestação de serviços, o que deve ser ponderado para a aplicação dos encargos moratórios segundo a lógica do artigo 43, § 2º, da Lei 8.212/91. Assim, o fato gerador está na sentença ou na prestação dos serviços?

Para elucidar melhor o tema, será trabalhado a decomposição da norma jurídica tributária pela regra-matriz de incidência tributária, pelas lições de Paulo de Barros Carvalho, o qual destaca que no enunciado hipotético da norma tributária existem três critérios identificadores do fato: a) critério material; b) critério espacial; e c) critério temporal (CARVALHO, 2005. P. 256).

3.1. Critério material

O estudo da regra-matriz de incidência tributária das contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários foi analisado criteriosamente por Nicolau Konkel Júnior e descreve que critério material é o dado nuclear da hipótese tributária e será identificado por um verbo e um complemento, resume-se ao comportamento de alguém (pessoa física ou jurídica), resultante em um ser, num dar ou num fazer, a partir da norma tributária em abstrato, traduzida como hipótese tributária (KONKEL JÚNIOR, 2005, p. 99). No estudo o autor conclui que o critério material da contribuição social é “ter despesas com salários”, fruto de serviços decorrentes de relação empregatícia, mas ressalta que é despiciendo que essas despesas tenham sido efetivamente pagas, ou seja, se houve a relação utilizando mão de obra subordinada, mesmo que fique pendente de pagamento, já se identifica o critério material da regra matriz (KONKEL JÚNIOR, 2005, p. 168/169).

Uma análise precipitada poderia reportar que o entendimento de Konkel Júnior ratifica o entendimento da decisão proferida no processo nº TST-E-RR-1125-36.2010.5.06.0171, mas não é essa a nossa análise.

Todos os estudos sobre o tema analisam a incidência das contribuições sociais sobre os salários, em sentido estrito, ou seja, sem se aprofundar no tipo de condenação e de pagamento que está ocorrendo no processo trabalhista.

Muitas verbas objeto de condenações trabalhistas não são passíveis de impor o empregador como devedor, sem que haja a condenação judicial transitada em julgado. Como exemplo, um bancário que foi contratado para trabalhar como gerente de um banco, recebendo gratificação de função igual ou superior a cinquenta e cinco por cento do salário efetivo (previsão convencional) e que para o banco tem poderes específicos inerentes a função, portanto, enquadram-se na disposição prevista no parágrafo segundo do artigo 224, da CLT, recebendo do seu empregador, todas as horas extras laboradas após a oitava hora diária.

O que aparentemente está em total sintonia com a legislação vigente, portanto, sem verbas salariais devidas e não pagas, é frequentemente discutida nos tribunais trabalhistas, concluindo-se que houve uma irregularidade do empregador na contratação desse empregado no cargo de oito horas normais, e que o correto seria que sua contratação como bancário de 6 horas (artigo 224, da CLT, *caput*), logo, o banco será condenado a pagar duas horas extras por dia a esse empregado, sobre as quais incidirão contribuições sociais.

A questão é simples, existiria a obrigação do pagamento de horas extras excedentes da sexta hora normal sem o reconhecimento da irregularidade pela Justiça do Trabalho? Lógico que não, logo, não é a prestação dos serviços que gerou a obrigação do pagamento, mas sim a sentença trabalhista.

Situações como a desse exemplo se repetem em diversas situações nas ações trabalhistas, e necessitam da análise de cada caso individualmente, obtendo decisões procedentes e improcedentes, dependendo das circunstâncias do caso concreto e da prova produzida para o juízo chegar a uma conclusão.

Inclusive, dois empregados de um mesmo setor e laborando em condições semelhantes ao do nosso exemplo, podem ter resultados diametralmente diferentes nas suas ações quanto a procedência ou a improcedência, nessas situações a ação procedente há fato gerador das contribuições sociais e na ação improcedente não, mas ambos prestaram os serviços nas mesmas condições.

Situações análogas se multiplicam aos milhares nos processos trabalhistas, recebendo diferentes julgamentos em cada uma das instâncias que tramitam, demonstrando que mesmo dentro da Justiça do Trabalho as conclusões dos julgamentos são específicos para cada caso.

Logicamente, em casos controvertidos, ao nosso ver, parece equivocado concluir que o critério material tenha ocorrido com a prestação de serviços, pois sem a intervenção da Justiça do Trabalho não haveriam salários-de-contribuição devidos, nem ordem “pague” contribuições sociais sobre essa verba.

Caso a empresa tivesse sofrido qualquer processo de fiscalização não poderia ser enquadrada como devedora no nosso exemplo, pois sem uma intervenção judicial e a aná-

lise do caso concreto, não se poderia concluir que a empresa é devedora de parcelas salariais.

Como o próprio artigo 43, da Lei nº 8.212/91, *impõem a existência de ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária*, para que se reconheça a existência de valores devidos e não pagos, o critério material da regra matriz da incidência tributária das contribuições sociais nos processos trabalhistas é a sentença condenatória de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária transitada em julgado, ou o acordo homologado com pagamentos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, impondo ao sujeito passivo o dever de recolher, sem este comando, não existe a obrigação do recolhimento previdenciário, logo, o fato gerador não nasceu com a prestação dos serviços, mas sim com a condenação judicial transitada em julgado.

3.2. Critério espacial

O critério espacial aponta o lugar que condiciona o acontecimento do fato jurídico na norma tributária em hipótese (KONKEL JÚNIOR, 2005, p. 99).

As suas classificações são definidas por Paulo de Barros Carvalho como sendo (CARVALHO, 2005, p. 262):

- “a) hipótese cujo critério espacial faz menção a determinado local para a ocorrência do fato típico;
- b) hipótese em que o critério espacial alude a áreas específicas, de tal sorte que o acontecimen-

to apenas ocorrerá se dentro delas estiver geograficamente contido;

c) hipótese de critério espacial bem genérico, onde todo e qualquer fato, que suceda sob o manto da vigência territorial da lei instituidora, estará apto a desencadear seus efeitos peculiares.”

Nas contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho é classificada como sendo todo o território nacional, pois foi a sua competência atribuída a União e não há indicação expressa da área específica para a identificação do fato tributário (KONKEL JÚNIOR, 2005, p. 232/233).

Transpondo a hipótese da norma legal às contribuições sociais nas ações trabalhistas, o fato não pode ocorrer em qualquer lugar, mas apenas nas ações que são de competência da Justiça do Trabalho, portanto, o critério espacial são as varas e tribunais do trabalho em todo o território nacional ou nas varas cíveis nas comarcas sem jurisdição da Justiça do Trabalho, onde o juiz de direito atua como juiz do trabalho de primeiro grau.

3.3. Critério temporal

Quanto ao critério temporal *deve assinalar o surgimento de um direito subjetivo para o Estado (no sentido amplo) e de um dever jurídico para o sujeito passivo*, e não deve ser confundido como o fato gerador (CARVALHO, 2005, p. 265).

Seguindo a metodologia de primeiro verificar a hipótese de incidência das contribuições sociais sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho, nos socorremos mais uma vez a lição de Konkel Júnior, que aponta como critério temporal, o pagamento mensal do salário, fixando o último dia de cada mês como marco da ocorrência do fato jurídico, pois a Lei nº 8.212/1991, no artigo 22, I, dispõe sobre as remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos empregados (KONKEL JÚNIOR, 2005, p. 233).

As contribuições sociais incidentes nos processos trabalhistas não têm um marco temporal único, porque dependem de três condições do processo.

Se a sentença for líquida, o marco do critério temporal é o trânsito em julgado dessa decisão, onde torna imutável o valor arbitrado pela sentença ou acórdão.

Já nos processos com sentenças ilíquidas, o critério temporal só é definido na citação do devedor para pagamento, pois a sentença liquidanda deverá passar pela liquidação por cálculos para chegar ao *quantum* devido no processo (Lei 8.212/1991, artigo 43, § 1º), que ainda necessita ser homologado pelo juízo e cientificar o devedor do valor devido, o que só ocorre com a citação para pagamento.

Ainda nos acordos homologados pela justiça o critério temporal é reconhecido é a sentença de homologação do acordo.

3.4. Determinação quantitativa

Para a determinação quantitativa mister se analisar a base de cálculo e a alíquota para permitir a individualização exata do valor da obrigação tributária (KONKEL JÚNIOR, 2005, p. 232/239).

As contribuições sociais nas reclamações trabalhistas antes da conjugação da base de cálculo e da alíquota, deverá definir o regime de cálculo que ser apurado. No caso a ordem legal prevê a utilização do regime de competência, ou seja, calculada, mês a mês, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição, vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas e deve ser observado o limite máximo do salário-de-contribuição (Lei 8.212/1991, artigo 43, § 3º).

4. Os encargos moratórios no recolhimento das contribuições sociais nos processos trabalhistas

Nos termos do artigo 35 da Lei nº 8.212/1991, as contribuições sociais não recolhidas nos prazos previstos na legislação e serão acrescidas de multa de mora e juros de mora, contudo, no julgamento do processo nº TST-E-RR-1125-36.2010.5.06.0171, ficou entendido que os juros de mora serão aplicados a partir do mês seguinte a prestação dos serviços, já a multa de mora só é aplicável a partir do exaurimento do prazo da citação para o pagamento, uma vez apurados os créditos previ-

denciários, não há lógica para tal entendimento se ambos os encargos incidem nas mesmas condições, atraso no recolhimento do tributo.

De plano mister se rechaçar o argumento de que *“alteração legislativa se deu, sobretudo, como forma de observar a diversidade da base de financiamento das contribuições previdenciárias, insculpida no artigo 195 da Constituição Federal, com o intuito de manter equilibrada a trílice forma de custeio da previdência social, pois não há como determinar o pagamento de uma parcela sem que haja uma respectiva fonte de custeio, que dê aporte ao pagamento da referida parcela, o argumento contraria as próprias razões recursais que ao apreciar a incidência da multa foi decidido que se trata de uma penalidade destinada a compelir o devedor à satisfação da obrigação a partir do seu reconhecimento, pelo que não incide retroativamente à prestação de serviços, e sim a partir do exaurimento do prazo da citação para o pagamento, uma vez apurados os créditos previdenciários, nos termos do art.61, §1º, da Lei nº 9.430/96, c/c art.43, §3º, da Lei nº 8.212/91, observado o limite legal de 20% previsto no art.61, §2º, da Lei nº 9.430/96.”*

Nos termos do artigo 35, da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 11.941/2009, as contribuições sociais não pagas nos prazos previstos na legislação, serão acrescidos de **multa de mora e juros de mora**, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430/96, como se percebe, a multa e os juros incidem juntos pela mora, se a mora só se configura a

partir do exaurimento do prazo da citação para o pagamento, uma vez apurados os créditos previdenciários, os juros moratórios seguem a mesma sorte.

Não se pode confundir correção monetária e juros de mora.

A jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 09ª Região entende que os juros de mora tem natureza punitiva, como se infere pela redação da OJ-EX-SE nº 24, item IX, que preceitua que as “*contribuições previdenciárias devem ser calculadas apenas sobre o capital corrigido monetariamente, excluídos os juros e as multas fixados em acordo ou sentença, em virtude da natureza punitiva, e não salarial destes.*”

Para José Aparecido dos Santos a atualização monetária é parte integrante da obrigação, refere-se à reposição do valor original da moeda solapado pela inflação e não representa um acréscimo ao valor (SANTOS, 2004, p. 422). O mesmo autor conceitua os juros de mora como um ganho pela demora no pagamento do que é devido, equivalente a um *lucro* ou *usura* (SANTOS, 2004, p. 438).

Tal entendimento se coaduna com o artigo 404 do Código Civil, o qual assegura o pagamento de atualização monetária, juros, custas e honorários de advogado nas obrigações pagas em dinheiro, sendo que o parágrafo primeiro deste artigo também prevê pagamento de indenização suplementar na ausência de *pena convencional* se os juros não forem suficientes para cobrir o prejuízo.

No mesmo sentido a súmula nº 211 e OJ-SDI-1 nº 400, ambas do Tribunal Superior do Trabalho, destacando que não se confunde juros de mora com correção monetária, inclusive, é importante lembrar que a partir de 1º de janeiro de 1996, foi extinta a correção monetária, nos termos do artigo 30, da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, mas não os juros de mora em caso de inadimplemento das contribuições sociais.

Há que se ressaltar ainda que nos termos do parágrafo quarto, do artigo 112 do Código Tributário Nacional a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado quanto a natureza da penalidade aplicável.

Portanto, por qualquer ângulo que se analise não há lógica para a dicotomia de tratamento da aplicação da multa e dos juros moratórios no julgamento do processo nº TST-E-RR-1125-36.2010.5.06.0171, parecendo certo que ambos só são devidos a partir do exaurimento do prazo da citação para o pagamento, uma vez apurados os créditos previdenciários.

Acrescente-se ainda que a justificativa da decisão em comento de que o acréscimo dos juros de mora sobre as contribuições a partir da prestação dos serviços, tem a intenção de corrigir uma distorção no sistema de arrecadação e para fazer frente ao pagamento de benefícios equilíbrio atuarial previdenciário, não faz sentido, pois nos termos do próprio acórdão, foi reconhecido que os recursos previstos

no o artigo 195, I, “a”, da Constituição Federal serão utilizados para cobrir a base de financiamento da seguridade social, a qual abrange as áreas da saúde, da assistência social e da previdência social, conforme o disposto no artigo 194 da Constituição Federal e não para servir de poupança atuarial previdenciária. Não existe o modelo previdenciário previsto pelo relator na decisão do TST.

O empregador brasileiro não pode ser tratado pela Justiça do Trabalho como um devedor que se apropria intencionalmente de valores devidos aos seus empregados para o financiamento dos seus interesses, porque a complexidade, a extensão do número de leis, regulamentos, interpretações da legislação trabalhista, faz qualquer pessoa ficar exposta a uma eventual reclamação trabalhista. Essa condição somada a valorização da prova testemunhal torna o processo incerto e inseguro, tornando eventualmente devedor na justiça do trabalho mesmo aqueles que honraram corretamente com suas obrigações, a reforma trabalhista introduzida pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, teve como principal escopo corrigir essa condição.

5 O lançamento da contribuição social do processo trabalhista

A constituição do crédito tributário depende do lançamento para a sua existência, a qual é de competência privativa da autoridade administrativa, mesmo nos casos onde o sujeito passivo faz o lançamento, como nos casos

do artigo 150 do CTN, é na homologação pela autoridade competente que se constitui o crédito tributário (MACHADO, 2006, p. 190-191).

O lançamento foi definido pelo legislador no artigo 142 do Código Tributário Nacional como *o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível*.

No caso da contribuição social executada no processo do trabalho situação teratológica se constitui, pois, o processo não comporta impugnação administrativa, apenas judicial na forma do artigo 879 da CLT e após a homologação e garantia do juízo, por embargos à execução na forma do artigo 884 da CLT. Nas situações onde o título judicial foi liquidado por perito judicial, o *quantum debeatur* é definido pelo juízo na homologação dos cálculos, neste caso, não há autoridade administrativa atuando, o procedimento que se refere o artigo 142 do CTN é realizado pelo juiz.

As modalidades de lançamento estão divididas em: *de ofício* quando é realizado por iniciativa da autoridade administrativa, mesmo sem a participação do sujeito passivo; *por declaração* é a modalidade prevista no artigo 147 do CTN, quando o sujeito passivo ou terceiro prestam à autoridade administrativa informações indispensáveis a sua

efetivação; e *por homologação* prevista no artigo 150 do CTN, é a modalidade em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento do tributo, sem exame prévio da autoridade administrativa, a qual ao tomar conhecimento da determinação feita pelo sujeito passivo, a homologada expressamente (MACHADO, 2006, p. 194-195).

A questão foi enfrentada no acórdão em comento proferido no processo nº TST-E-RR-1125-36.2010.5.06.0171, nos seguintes termos:

“RECURSO DE EMBARGOS. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. MATÉRIA AFETA AO TRIBUNAL PLENO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA DE MULTA E JUROS DA MORA

(...)

10. O lançamento pode direto (dispensando o auxílio do contribuinte); pode ser misto (decorrente de ação conjugada entre o Fisco e o contribuinte) e pode ser por homologação.

Nos termos do artigo 150, *caput*, do CTN, a contribuição social tem lançamento por homologação, eis que quem deve declarar e calcular o valor do tributo é o contribuinte e não o órgão arrecadador. Trata-se, pois, de lançamento que tem o recolhimento exigido do devedor independentemente de prévia manifestação do Fisco, que não precisa efetuar o ato final de lançamento para tornar exigível a prestação tributária.

Da mesma forma que no IRPF a pessoa física presta as informações, faz o cálculo e ainda recolhe o tributo, na contribuição previdenciária, devida, na forma da lei, a partir da prestação do serviço, o contribuinte presta as informações sobre o pagamento por serviços prestados, faz o cálculo e recolhe o tributo, por se tratar de tributo cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa. Donde se conclui que a prestação de serviços é o fato gerador da contribuição previdenciária, com lançamento automático, porque exigível a obrigação independentemente de prévio exame da autoridade administrativa, competindo ao tomador a retenção e o recolhimento do tributo.

(...)

Recurso de embargos conhecido, por divergência jurisprudencial, e parcialmente provido.”

A leitura da decisão reporta a princípio a criação de nova modalidade chamada de *lançamento automático*, a qual não está entre as modalidades previstas pelo Código Tributário Nacional, o que remeteria o leitor a concluir se tratar do resultado de julgamento na Justiça Especializada de matéria que não é do seu domínio jurídico, contudo, tratou-se de um erro material, reconhecido de ofício no julgamento dos embargos declaratórios, com a seguinte redação:

“Por equívoco, constou que *“a contribuição previdenciária sobre a prestação de serviços é o fato gerador da contribuição previdenciária,*

com lançamento automático, porque exigível a obrigação independentemente de prévio exame da autoridade administrativa, competindo ao tomador a retenção e o recolhimento do tributo” (fls. 599-600, grifamos).

Na verdade pretendeu-se tão-somente referir que o crédito previdenciário é devido independentemente do lançamento, uma vez que a sua exigência é decorrente de lei. Até porque, como preconiza o Desembargador José Geraldo da Fonseca, do TRT da 1ª Região, em seu artigo “*Fato Gerador da Obrigação Tributária Previdenciária*”, in Revista do TRT/EMATRA DA 1ª Região, JAN/JUN 2007, “*O que o art. 142 do CTN prevê é o modo pelo qual a obrigação tributária se constitui pelo lançamento, e não que somente o lançamento constitua obrigação tributária.*”

O erro material foi sanado, mas o entendimento manifestado de que o tributo é devido independentemente do lançamento, uma vez que sua exigência é decorrente de lei, mostra-se no mínimo anômalo.

A contribuição social é modalidade de tributo, sendo que não existe tributo sem lei que estabeleça, isto nos termos do artigo 150, I, da CF, logo, não é a existência de previsão legal para pagamento das contribuições sociais que exclui a necessidade do lançamento, e sem este, não se constitui o crédito tributário, é vinculada e obrigatória, a autoridade que se omite desta obrigação está sujeita a responsabilidade funcional nos termos do parágrafo único do artigo 142 do CTN.

As modalidades de lançamento estão todas presentes nas execuções das contribuições sociais no processo do trabalho, variando apenas o procedimento adotando no processo.

Como se infere, estão presentes diversidades paradoxais no caso concreto, a solução da decisão no processo nº TST-E-RR-1125-36.2010.5.06.0171, não foi acertada e carece de revisão, foi no mínimo precipitada a decisão do TST de transformar a matéria nos itens IV e V da Súmula nº 368.

6. Considerações finais

A incidência das contribuições sociais nas reclamações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária sob a ótica da regra matriz da incidência tributária reporta que o fato gerador das contribuições sociais não pode ser considerado a “prestação do serviço”, pois o elemento que define a obrigação do sujeito passivo de recolher o tributo é a sentença transitada em julgado ou o acordo homologado.

Em todos os casos de relações de trabalho há a prestação de serviços e a obrigação de recolher as contribuições sociais sobre as remunerações pagas, creditadas ou devidas, mas só haverá a obrigação do devedor de recolher o tributo nas ações trabalhistas se houver sentença procedente transitada em julgado ou acordo homologado, ambos com pagamentos sujeitos a incidência do tributo em apreço.

Como demonstrado, a complexidade das interpretações da legislação trabalhista, pode sujeitar o empregador a pagamentos em ações que não estavam previstos e sequer poderiam ser identificados em uma fiscalização do INSS, portanto, não é a mera prestação dos serviços que gera a obrigação, mas sim o comando a sentença transitada em julgado reconhecendo valores devidos sujeitos a incidência da contribuição social. Com efeito, a obrigação não nasce na “prestação dos serviços”, mas sim no entendimento da sentença transitada em julgado, ou no acordo homologado.

O resultado alcançado na decisão do processo nº TS-T-E-RR-1125-36.2010.5.06.0171, não foi acertada, pois se limitou a analisar o fato gerador sob a ótica da sua previsão no artigo 195, I, “a”, da CF e no artigo 43, parágrafo 2º, da lei nº 8.212/1991, a matéria não foi enfrentada sob a ótica do direito tributário e carece de revisão, para afastar os encargos moratórios indevidos aplicados aos réus condenados pela Justiça do Trabalho com o novo entendimento.

Referências

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência tributária**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KONKEL JUNIOR, Nicolau. **Contribuições sociais: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 27. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Execução da contribuição previdenciária na Justiça do Trabalho**. 3ª. edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SANTOS, José Aparecido dos. **Curso de cálculos de liquidação trabalhista**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

SOUZA, James José Maris de. **Execução anômala de tributos perante a justiça do trabalho**. Disponível: <http://www.marinsbertoldi.com.br/artigos/execucao-anomala-de-tributos-perante-a-justica-do-trabalho/>, 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Execução no processo do trabalho**. 8. Ed. São Paulo: LTr, 2004.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência social: custeio e benefício**. São Paulo: LTr, 2005.

LIGEIRO OLHAR SOBRE NOVAS TENDÊNCIAS DO SISTEMA PENAL A PARTIR DA CORRELAÇÃO VIDA E DIREITO

Gilberto Giacoia

Graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo e pós-doutorados pelas Universidade de Coimbra e Universidade de Barcelona. Atualmente é professor associado da Universidade Estadual do Paraná e procurador de justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, justiça, direitos fundamentais, dignidade e direito.

Resumo: A eterna questão dos limites de nosso saber acerca da relação entre vida e morte e, em particular para o jurista, como ela se projeta na razão de ser do direito, inspira esta ligeira reflexão que se propõe a superar uma fundamentação meramente social da existência da ordem jurídica, derivada da necessidade de regulação da vida em

sociedade, por outra mais vinculada ao fenômeno da vida, articulada à ideia de justiça, acenando para pressupostos metajurídicos, à luz de um método universal de compreensão do fenômeno jurídico, devido ao caráter transcendental da vida, que se reflete em diferentes áreas estruturais do conhecimento, desde o teológico e filosófico, inspirada no postulado da dignidade humana, postulado indeclinável a que ele (direito) deve permanentemente voltar-se, no sentido de reconhecimento e amparo. Tal reflexão inspira a compreensão dos sistemas de controle social em sua funcionalidade, abrindo horizontes para um viés cada vez mais crítico do sistema penal, dada sua notável inefetividade no sentido de enfrentar os novos desafios trazidos pela modernidade nas sociedades de risco, acenando, quem sabe, para uma via intermédia.

Palavras-Chaves: Vida. Direito. Dignidade humana. Direitos humanos. Comunicação. Controle social. Sistema penal.

1. Introdução

O presente artigo aborda, em sua primeira parte, tema central de todo e qualquer discurso científico. Cuida da tentativa de explicar e encontrar respostas para questões existenciais altamente complexas a partir da vida, daí porque desde logo reclama restrição de seu objeto, inatingível e intangível aos limites de nosso conhecimento racional. Trata

da busca incessante de uma definição bastante da vida, não apenas em sentido abstrato, senão real, isso é, como realidade fática, existência biológica, condição das formações sociais. A vida como caminho que se faz ao andar, no dizer poético. Vivemos porque andamos o caminho da vida.

Esse panorama extraordinariamente plural da vida humana reclama seu vínculo com profundos significados e acepções que objetivam desvelar sua essência, em torno da qual as muitas ciências – particularmente, aqui, a ciência jurídica - perseguem suas raízes, na dimensão de um contexto de especulação e análise que desemboca na justificativa mais forte e consistente para a razão de ser do direito.

E, dentro de uma visão multidisciplinar, não há como fugir nessa odisseia, porquanto como é ela que coroa a criação, de sua associação com nossa finitude, inclusive da própria capacidade de conhecimento, drama permanente que nos ancora em porto jamais seguro, a não ser que ponhamos a vida mais além da vida, em regiões transcendentais a que não chegam nossos parcos conhecimentos científicos.

Daí porque se limita aqui a exploração temática a aspectos inicialmente conceituais para, então, associá-los a um princípio reitor da existência do direito e, assim, da aproximação ao fundamento de sua proteção jurídica, tratamento este que, em especial, foca o marco da doutrina dos direitos humanos.

Com esse propósito, persegue-se, ainda que singelamente, o intento de uma fundamentação jusfilosófica da vida como princípio que, hierarquicamente, justifica o referencial de sua indeclinável proteção derivada da dignidade humana, como começo, meio e fim da aventura do homem na face da terra, ou em outras palavras, como o primeiro e mais fundamental direito seu, qual seja, o de defesa de sua própria vida.

Passa-se, então, a partir dessa inspiração jusfilosófica, a tratar do tema dos sistemas de controle social, visto em sua conexão com a matriz comunicativa, bem como, visitando alguns cortes de novas tendências do sistema penal, diante da crise de efetividade do modelo tradicional, a sugerir, quem sabe, uma via alternativa mais compatível com a modernidade e a impostergável exigência de defesa social, banida das trincheiras de luta dos penalistas, muitas vezes impotentes, com suas armas já gastas nas velhas e familiarizadas caças, de alcançarem os poderosos.

2. Recortes conceituais da vida humana

Inicialmente, chama-se a atenção para a necessidade de serem reavivadas antigas distinções ou aportes conceituais, senão ligeiros recortes ou visões segmentadas da ideia de vida.

A partir dessa premissa, sustenta-se ser o homem um ser transcendente para a teologia, pensante para a filosofia, vivo para a biologia, moral para a ética, belo

para a estética, social para a sociologia, consciente para a psicologia, doente para a medicina, histórico para a história e sujeito de direito para a ciência jurídica, no dizer de FERNANDES DE BUJÁN¹.

Ora, sabemos, com efeito, que, desde tempos imemoriais, as diferentes teorias da justiça sempre foram esboçadas a partir de dois modelos básicos, o do tipo metafísico ou religioso e o racionalista. Pois bem! O primeiro parte do princípio absoluto. O homem tem que acreditar na existência de um Deus, de entes atemporais, inacessível à cognição racional, ainda que não possa compreender ou definir suficientemente esta entidade.

Entretanto, crê e, assim, sendo um problema de fé, absorve e assimila o viés criacionista. Deus é a causa da criação, é a origem da própria vida. Apresenta-se, pois, como sumo e onipotente criador e legislador da vida.

Aqui, no enfoque teológico, o homem, na perspectiva agostiniana, é concebido como uma criatura, em princípio, má e, embora criado por Deus à sua imagem, participando, por efeito reflexo, da inteligência divina, habita o Estado terreno imperfeito e só admitido como uma espécie de transição para a Cidade de Deus, esta sim, simbolizada pela Igreja, povoada por almas libertas do pecado e próximas ao Criador. Lembrando sempre ser considerado Santo Agostinho o primeiro filósofo da vontade, título

¹ FERNÁNDES DE BUJÁN, Federico. *La vida – principio rector del derecho*. Dykinson: Madrid, 1999, p. 20.

lhe conferido por Hannah Arendt, em seu livro *A vida do espírito*². Sendo a acepção do termo vida, então, compreendida como a união da alma e do corpo, de modo que esta definição da vida humana reflete a vida de Deus. Para AGOSTINHO, cabe à alma vivificar o corpo, uma vez que cabe à alma fazer com que o corpo mantenha ativas as suas funções vegetativas, daí não ser possível atribuir ao corpo nenhum poder sobre a alma. Em suma, o que é vivo é melhor do que o meramente corporal – um animal é melhor que uma pedra; de modo similar, o que dá vida é melhor do que aquilo que recebe a vida: a alma é melhor do que o corpo. Ora, se o corpo é mau, no sentido metafísico, por isso mesmo não pode dominar a alma; se o mal é pensado numa escala de bens, então um bem inferior não pode dominar um bem superior³.

É certo que, também se aponta, no contexto de outra abordagem religiosa e que parece efetivamente mais acertada, como se pode conferir dos ensinamentos tomasianos, esboçada um milênio após *De Civitate Dei*, que ele, homem, por natureza, é bom, a exemplo do que pregou Aristóteles, já nasce social e essa natural sociabilidade gera o potencial necessário para construir um mundo generoso e justo, ainda aqui na terra. E isso desde o Jardim de Éden⁴.

2 ARENDT, Hannah. *A vida do espírito. O querer (a vontade)*. RJ: Relume-Dumará e Editora UFRJ, 1995, vol. 2, p. 248.

3 AGOSTINHO, Aurélio. *Confesiones*. Trad. Sánchez Ruiz. 4ª ed. Editorial Apostolado de La Prensa: Madrid. 1964, pags. 287 e segs.

4 AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Ed. Loyola. 2010. I q. XVIII, arts. 1.2.

E, rapidamente, para a teologia cristã, só Cristo, que é o Verbo Divino, é a origem da vida. E, assim, com Ele se aprende, porque há vida antes da vida, há também vida depois da vida. Cristo como verbo encarnado que dá a vida humana, dá também a vida eterna.

Em suma, ao se atribuir a vida a Deus, tendo-O como Criador da vida, também se predica a Ele a origem de toda justiça.

Já para a filosofia, desde os filósofos gregos, o conceito da vida é construído a partir de diferentes acepções. Para uma delas, vida se identifica com vida orgânica e esta se entende como princípio vital. Neste sentido, para ARISTÓTELES, a vida é aquilo pelo qual um ser se nutre, cresce e perece por si mesmo e, neste significado, vida orgânica não se reduz exclusivamente à vida biológica ou física, mas se abre inclusive a realidades incorporais (o ímpeto, a alma), situando seu estudo fora do campo exclusivo das ciências experimentais, mas, por igual, o introduzindo no âmbito da filosofia e da psicologia⁵.

Um outro sentido é o de identificar o conceito da vida com o modo de comportar-se o homem, ou seja, com a “vida moral”, entendendo-se por aquela em que o comportamento humano se ajusta a pautas, costumes e normas sociais que se consideram adequadas para alcançar uma harmoniosa convivência.

5 ARISTÓTELES, *De anima II*, 1,412^a, 10-20.

Mais modernamente, estamos a assistir a um progresso científico notável, uma verdadeira erupção da investigação em parcelas do saber especulativo. Tende-se a afirmar que o conceito de vida não pode mais ser objeto de uma análise ontológica, senão estritamente biológica. A ciência biológica conhece hoje cada vez melhor as condições vitais, as circunstâncias que possibilitam e mantém a vida e as causas que a ameaçam. Busca-se contrapor o evolucionismo ao criacionismo. E, no século das neurociências, existe hodiernamente uma tendência que afirma que nada se pode apontar sobre a vida mais além do estritamente verificável.

Entretanto, não obstante esta posição, entende parte do saber filosófico que a vida tem sido, e seguirá sendo um conceito ou uma categoria indefinível empiricamente por inalcançável e inabarcável⁶. E tal porque mesmo o que as ciências do ser oferecem não passam de conjecturas de difícil e controvertida verificação.

Isso não obstante persista, desde a referida origem helênica, muitas tentativas de buscar uma causa metafísica, na filosofia, para a vida física. Como se viu, esta posição espiritualista tem sido sustentada por um conjunto heterogêneo de pensadores de todas as épocas. Desde PLATÃO e ARISTÓTELES, Santo AGOSTINHO e Santo TOMÁS, até a chegada do existencialismo, como pelo pensar do fi-

6 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico. *La vida – principio rector del derecho*. Dykinson: Madrid, 1999, p. 52.

lósofo francês Gabriel MARCEL que analisa as relações humanas na perspectiva do existencialismo impregnado de caráter cristão⁷, ou ao conceito de alma em ZUBIRI⁸, ou ainda, contrapondo-se a ela, a outra linha representada fundamentalmente por NIETZCHE⁹ e conhecida pelo movimento denominado “filosofia da vida”, entendendo que o espírito é o inimigo fundamental da vida.

Seja dentro de uma concepção mecanicista, no seio da qual tiveram especial eco as teorias germinais que atribuem a origem da vida a umas células primárias presentes em todos os seres vivos, bem como as organicistas para as quais a vida surgiria da mútua influência de distintos elementos vitais atuando reciprocamente, todas acabam superadas, embora deixando importantes contributos, por pretenderem demonstrar, sem êxito, por meio de uma suposta base experimental, a origem e o fundamento da vida. Isso porque as causas que apresentam como geradoras da vida, podem se caracterizar como causas mediatas, mas não últimas.

Veja-se, por exemplo, num viés funcionalista, a *auto-poiesis*, buscando, como explicação da vida, o que permanece inalterável durante ela (durante todo ciclo existencial), numa coerência interna representada por uma certa organização de seus elementos constitutivos que se interagem,

7 MARCEL, Gabriel. *Homo viator...*

8 ELLACURÍA, Ignacio. *Presentación al volumen Sobre el hombre*. Madrid, 1986.

9 NIETZCHE, Friedrich. *Ecce Homo...*

interação essa que é referencial e recursiva, baseando-se no conceito de clausura organizacional.

Desse modo, tanto as doutrinas metafísicas como as mecanicistas, que se pretendem empiristas, situam-se no mesmo plano de especulação filosófica, permanecendo sob acesa discussão e acirrado debate, porque não se demonstra e nem se demonstrará, porque resposta definitiva não se alcançará cientificamente, nem que a vida física procede de uma causa metafísica, nem que encontra sua origem em uma causa intrinsecamente física.

De qualquer modo, essas considerações às escâncaras mostram o que se propõem a mostrar, ou seja, que o ser humano não só é um ser biológico, mas também uma pessoa que tem dignidade e direitos inatos, que se podem ver afetados se não se atua rigorosamente no âmbito de uma limitação ética mesmo no campo do progresso crescente da investigação científica, tendo como parâmetro e limite uma relação de respeito e proteção da vida humana. Assim, por mais ricas e variáveis que sejam as circunstâncias socioculturais, há que se pautarem por um princípio básico e imutável, conduzido por um primeiro e sobreposto dever ético, desde o surgir das civilizações e até o seu ocaso, qual seja o da obrigação moral com a vida.

Com efeito, ao discorrer sobre a pessoa humana como valor fonte de todos os valores, a filosofia se debruça em torno do exame de acontecimentos históricos que compõem experiências ora felizes, ora malogradas nas conjun-

turas de tempo e espaço, sempre no propósito de dominar a natureza ou estabelecer formas de convivência. Anota a respeito o jusfilósofo MIGUEL REALE:

“Quando se estuda, por conseguinte, o problema do valor, devemos partir daquilo que significa o próprio homem. Já dissemos que o homem é o único ser capaz de valores. Poderíamos dizer, também, que o *ser do homem é o seu dever ser*. O homem não é uma simples entidade psicofísica ou biológica, redutível a um conjunto de fatos explicáveis pela Psicologia, pela Física, pela Anatomia, pela Biologia. No homem existe algo que representa uma possibilidade de inovação e de superamento. A natureza sempre se repete, de acordo com a fórmula de todos conhecida, segundo a qual tudo se transforma e nada se cria. Mas o homem representa algo que é um acréscimo à natureza, a sua *capacidade de síntese*, tanto no ato instaurador de novos objetos do conhecimento como o ato constitutivo de novas forma de vida.

No centro de nossa concepção axiológica, situa-se a ideia do homem como ente que é e *deve ser*, tendo consciência dessa dignidade. É dessa autoconsciência que nasce a ideia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência. Quando apreciamos o problema do homem, toda Ontologia se resolve em Axiologia, abrindo-se as perspectivas da Metafísica. (...).

O homem, cujo *ser é seu dever ser*, construiu o mundo da cultura à sua imagem e semelhança, ra-

ção pela qual todo bem cultural *sé é* enquanto *deve ser*, e a ‘intencionalidade da consciência’ se projeta e se revela como intencionalidade transcendental na história das civilizações”¹⁰.

Assim, ao tratar da personalidade moral do homem, a filosofia fornece relevantes subsídios ao encaminhamento que aqui, modestamente, se pretende dar ao tema objeto desta ligeira análise tópica. Colhe-se, a propósito, dos ensinamentos de OSWALDO GIACOIA JR:

“Somente enquanto personalidade moral uma pessoa é possível receber dois predicados éticos fundamentais: a) a dignidade ou valor absoluto, que só pode ser conferido ao sujeito autolegisador; b) o *status* de fim em si mesmo, a saber, a prerrogativa de nunca poder ser tratada como coisa incapaz de imputação, nem sequer por si mesma, e de jamais ser considerada unicamente como meio, mas sempre também como um fim em si. É sobre essa diferenciação entre coisas e pessoa, valor absoluto e preço, que se fundamentam os conceitos basilares da filosofia moral”¹¹.

Esta reflexão não se encerra aqui, nem se encerrará jamais. Pertinente, no entanto, deixar como fecho desta ligeira e despretensiosa digressão, a constatação de que o motivo do reconhecido insucesso deve ser atribuído a simples e absoluta verdade de que a solução almejada escapa

10 REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. Saraiva: SP. 1994, págs. 159-161.

11 GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche x Kant – uma disputa permanente a respeito de liberdade, autonomia e dever*. Casa da Palavra:RJ. 2002, págs. 82-83.

ao campo da ciência e, assim, do conhecimento puramente racional, ainda que encontre na razão humana sua permanente sede de inspiração.

3. A tutela jurídica da vida humana e os direitos humanos

No tópico anterior, pretendeu-se extrair de diferentes perspectivas, os diversos tratamentos dispensados à vida humana, a que correspondem distintas parcelas do saber, exemplificativamente, como se ponderou, por ser impossível esgotá-las, mesmo no âmbito de uma mais profunda investigação científica, atuando, pois, mais como prolegômeno a justificar sua relação com o direito que se intentou estabelecer por meio de uma conexão mais ética.

Busca-se, agora, a exata ligação deste ensaio com o tema objeto do estudo, qual seja, sua abordagem jurídica, dando respostas ao problema acerca das plúrimas intervenções do engenho humano sobre as condições naturais que se vinculam à vida, de modo a deslegitimá-las, ainda que esteticamente sinalizem para um certo nível de desenvolvimento científico, desde que desconectadas da proteção, em qualquer escala, da pessoa humana para a qual o direito se dirige, de modo a modificar ou alterar o curso da natureza, reclamando uma postura cada vez mais ética ou moral que as repute aceitáveis ou reprováveis. E isso sempre sem perder de vista, desde ARISTÓTELES, mediante a constatação de ser o homem um ser social, um animal político.

Neste sentido, desde logo se deve assumir um renovado compromisso ético de um atuar, no campo das ciências, em especial da ciência jurídica, cada vez mais crítico ante as grandes contradições que, nos dias de hoje, atingem a crise do sistema legal vigente, voltando-se contra uma certa imagem romântica do direito que se calcificou mais nos bancos acadêmicos, como um fim em si mesmo, bem distante, porém, das profundas agruras por que passa a pessoa humana para a qual ele se dirige. Bem como de professar o advento de um novo tempo em que o direito nasça cada dia mais intensamente como filho dileto dos apetites de um mundo mais justo, tanto mais justo quanto mais honesto com os valores morais, tal qual realidade jurídica referida ao valor da justiça que muito mais ressalte a balança que a espada.

Como referencial desse núcleo duro de importância vital – vida humana -, que o direito esteja a serviço, se não exclusivo, mas ao menos preferencial da instrumentalização de uma trincheira ética contra o rebaixamento da pessoa humana, que avilta sua dignidade moral, contra a onipotência dos números e o esquecimento dos nomes, contra o individualismo e a negação da pluralidade e da diversidade do novo.

Nessa guerra santa, nessa cólera sagrada, nessa batalha quase divina, a arma da lei há de estar apontada para alvo certo, fazendo irromper no meio social um viço ético, uma perturbante indignação pela violação dos direitos humanos e das liberdades públicas e, por isso mesmo, um tão claro mi-

metismo com a voz das ruas, que nos transforme na síntese acabada dos mais lídimos anseios de humanidade e justiça.

O direito, pois, sensível a essa realidade, sobretudo em nossos dias, a partir da perspectiva individual e social, consciente da necessidade de prioritária regulação normativa da tutela da vida humana, haverá de cada vez mais iluminar a ordem jurídica e a cabeça dos juízes a fim de oferecer cobertura efetiva à proteção da vida por considerá-la o bem mais digno de proteção.

Motivados por essa preocupação, legisladores, juristas e operadores do direito têm que compassar seus labores e esforços de modo a estender proteção eficaz à vida, em todas as suas várias formas, desde o marco do direito positivo, até a análise e interpretação à luz teórica de seus estudos, passando pelo prisma prático das soluções judiciais e da jurisprudência de cunho muito mais social que formal.

Assim e nessa toada, volta-se aqui a AGOSTINHO a justificar a razão de ser do direito, fundamentalmente voltado à tutela da vida humana. Qual é o peso peculiar ao homem? O que move o homem? Responder a isso é declarar justamente o que está na base da natureza humana, o que confere ao homem seu papel na ordem dinâmica universal. Para AGOSTINHO¹² em particular, a noção de peso está intimamente vinculada à sabedoria que preside a constitui-

12 AGOSTINHO, Aurélio. Citações extraídas de: ***A Cidade de Deus Volume II***. Trad. de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Goulbekian, 2000; *Confissões*. Tradução de M.L.Amarante. SP: Paulinas, 1984..

ção do mundo: não são raras as vezes em que cita e comenta uma passagem bíblica, do livro da *Sabedoria*: “*Deus tudo dispôs com medida, número e peso*” (Sb. 11, 21).

Se a ordem universal é dotada de dinamismo originário, então os homens, criaturas dotadas de vontade, participam ainda mais acentuadamente desta ordem, correspondem ainda mais ao princípio criador que deu impulso ao universo, à medida que seu dinamismo consiste justamente em poder acompanhar com livre arbítrio aquele impulso de conversão à ordem. Enquanto as criaturas irracionais movem-se inexoravelmente segundo a ordem, as criaturas racionais o fazem por livre escolha. E o direito funda-se, como se sabe, na *recta ratio*.

Disso resulta, na base da proteção que a ordem jurídica deve outorgar à vida, a doutrina dos direitos humanos. Seu desenvolvimento decorre de uma postura que a situa em uma zona de convergência entre o direito vigente e o âmbito metajurídico. Com efeito, o valor da vida humana antecede o direito positivo, condiciona-o e lhe dá a razão de existir.

Com adverte FERNÁNDEZ DE BUJÁN¹³, se pretendemos descobrir o fundamento ou a causa de toda proteção jurídico-positiva à vida humana, devemos partir necessariamente do reconhecimento da dignidade humana como princípio básico da ordem constitucional. O direito deve

13 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico. *La vida – principio rector del derecho*. Dykinson: Madrid, 1999, págs. 113 e 162..

proteger a vida, desde seu início até seu fim, independentemente de seu grau de desenvolvimento, devido a que a proteção da vida humana é a manifestação mais genuína do reconhecimento da dignidade da pessoa. Este reconhecimento não pode depender de cada conjuntura sociopolítica que produz um determinado e versátil conteúdo de direito vigente, mutável de acordo com uma variável moral ou social. Pelo contrário, a dignidade humana que o direito deve reconhecer ou constatar emana da própria e invariável natureza humana. Em suas próprias palavras:

“La vida és un *prius*. Es presupuesto, condicionante y determinante de todo lo demás. Es el sendero por donde discurre lo que acaece. En este sentido, el Derecho existe como consecuencia de la vida social humana. El Derecho es una necesidad, una exigencia derivada de la vida del hombre en sociedad. Aristóteles en su *Tratado De Política* define el hombre como un animal político, haciendo referencia a su vida en la polis¹⁴. Debido a este carácter social, el hombre vive entre y con sus semejantes. La convivencia del hombre provoca conflictos y controversias que es necesario regular. Se hace preciso un conjunto de normas que ordenen la vida social.

(...)

Siendo el hombre origen y fundamento del Derecho, la protección de aquel es también su ob-

14 En este sentido afirma, “La naturaleza arrastra instintivamente a los hombres a la polis”. Vid. Aristóteles, *De Política*, Colección Austral nº 239, Ed. Espasa-Calpe. Décimosexta edición. Madrid. 1983, pág. 24.

jetivo esencial. Este respecto y protección al ser humano debe iniciarse, de acuerdo con un principio jerárquico, dando cobertura a la propia vida del hombre para, desde su amparo, proteger a continuación todos los demás intereses humanos. Desde esta reflexión podemos intentar descubrir, al hilo de nuestra exposición, la vinculación de la protección a la vida con el fin del Derecho.

Resulta generalmente aceptado en la doctrina afirmar que el fin del Derecho es la consecución o realización de la justicia”.

Ainda como muito bem conclui o jusfilósofo RECASENS SICHES, a dignidade da pessoa, que se considera consubstancial a todo ser humano, é um valor metajurídico que o direito deve reconhecer. A dignidade humana não é um direito, senão causa e fundamento de todo direito¹⁵.

Não é por acaso que os que se dedicam ao estudo dos métodos de argumentação jurídica ou da elaboração teórica do discurso ou da justificação jurídica, reportam-se sempre à formulação de conceitos superiores, a que se poderia, aqui, associar ao valor fonte já referido. O próprio ALEXY, ao iniciar sua *Teoria da Argumentação Jurídica*, cita Karl Larenz, ao assentar que *ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores*

15 RECASENS SICHES, Luís. *Filosofia del derecho*. Ed. Porrúa. México, 1961, p. 549.

*abstratamente formulados*¹⁶

Ora, num mundo globalizado que gera sociedades de risco e de insano consumo, dentro de uma síndrome consumista, não raras vezes, essa dignidade humana perde-se na totalidade de um planeta habitado, no dizer de BAUMAN, completo, com seus ocupantes inanimados e animados, animais e humanos – como um imenso contêiner cheio até a borda de apenas e tão somente objetos de consumo. Por conseguinte, isso justifica e promove a percepção, estimativa e avaliação de toda e cada uma das entidades terrenas segundo os padrões instituídos nas práticas do mercado de consumo. Concluindo:

“Contudo, e se acontecer de a ‘coisa’ em questão ser mais uma entidade senciente e consciente, sensível, pensante, capaz de julgar e de escolher, em resumo, outro ser humano? Por mais estranho que possa parecer, essa pergunta nada tem de extravagante”¹⁷.

4. Sistema de controle social e comunicação

Ora, a partir da necessária conexão jusfilosófica entre vida e direito de que se cuidou nos tópicos anteriores, reserva-se agora espaço propriamente para a tentativa de compreensão crítica do nosso sistema de controle social,

16 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy;SP. 2001. pág. 17.

17 BAUMAN, Zygmunt e BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato Aguiar. Zahar:RJ. 2016, pág. 179.

compreensão essa mais voltada para a funcionalidade do sistema de justiça penal.

Quando se vê o filme da pretensa pós-modernidade, repetido cotidianamente, diante de nossos olhos incrédulos, da violência que grassa tornando o homem presente um refém de seu próprio tempo, do terror, dos refugiados nos corredores da morte, da perversa agenda política pautada pela inversão de valores éticos, dos desmandos administrativos, da hipocrisia política, da fraude que se generaliza, da devastação dos nossos recursos naturais a comprometer não só a qualidade de vida mas a própria existência humana na face da terra, da corrupção capilarizada abrindo largos espaços e fincando tentáculos na administração pública, pareceria lógico pensar que o desenvolvimento de um tema com forte conotação histórica, como é o das transformações das práticas formais de administração do sistema de justiça penal, tem muito a dizer sobre o sistema jurídico-penal, em particular, motriz do modelo de controle social penal. Com efeito, como o direito penal é um sistema, que parte da vida humana e de seu instinto gregário, então uma teoria de sociologia do controle penal deveria poder contribuir, de fato, para a questão sobre o que é – melhor dizendo, como se pode melhor compreender – o sistema jurídico penal.

Este segmento do texto tem por objetivo provocar uma aproximação e oferecer os fundamentos de influência de talvez um novo modelo do sistema de controle social no âmbito jurídico-penal, na perspectiva oposta à *vida nua* da

forte expressão *agambeniana*¹⁸, em direção à *vida digna*, sem a pretensão de encerrar a rica discussão em torno desse empolgante assunto.

E parte da necessária conexão, hoje mais do que nunca falha, entre controle e comunicação, para tanto voltando a trazer como básico à reflexão sobre a acumulação histórica da experiência humana, da qual se fundaram os conceitos de ordem e razão no mundo, sempre vinculados ao intento da sociedade moderna por controlar-se e supervisionar-se a si mesma, na linha dos ensinamentos de Baecker, inspirados naquele longo processo de sedimentação do pensamento historicista e dos seus respectivos intercâmbios entre diferentes épocas, para culminaram com o sistema de controle social tal qual o concebemos hoje.

Com efeito, em especial no campo das ciências sociais, senão em todos os ramos do saber humano que levam em conta o fator tempo e a interdependência entre o observador e o fenômeno, não se pode deixar ao relento, ou de se dar maior relevo ou importância à comunicação, matriz filosófica que parece ausente na repercussão dos fatos, cada vez mais dramáticos aos valores ético-sociais, nas respostas que a eles vem oferecendo nosso sistema de controle social.

De fato, como já colocamos em outro espaço acadêmico, todo controle é um ato de comunicação e somente

18 AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. UFMG, Coleção Humanitas. 2010.

pode ter êxito na medida em que a comunicação tem êxito. Isto é o que não alcança a maior parte das críticas ao conceito de controle. Assim, como bem pondera Baecker, por sua vez, ao realizar a crítica, precisamente tende a assegurar esse marco de comunicação que o controle também busca em todo caso. Afirma ele,

Ao perseguir ao rei se assegura seu status. Ao rastrear o poder das instituições, tem-se que pressupor que dito poder existe. Agora, não sustento que o valor do rei ou o poder das instituições irão a desaparecer simplesmente por não se falar neles, mas que ao mencioná-los, seja em sentido positivo ou negativo, se ajuda a estabelecer a rede de comunicação que também se utiliza para assegurá-los.¹⁹

Nesse sentido, controle significa estabelecer uma causalidade para assegurar a comunicação, vale dizer, consiste em reduzir os graus de liberdade na autosseleção dos sucessos. E por isso que a noção de “condicionamento” se dá enquanto se introduz uma distinção que separa um subconjunto de possibilidades, por um lado, e um observador forçado a escolher, por outro. Precisa-se que a comunicação induza os observadores à autosseleção e à redução dos graus de liberdade associados a ela.

19 BAECKER, Dirk. **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación.** Traducción de Carlos Gómez-Jara Diéz. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2005. p.3-19. Título original: *Why systems?*, publicación en: *Theory Culture & Society*, v. 18, p. 59-74, 2001.

Assim, ensina Parsons²⁰, “*se deriva a necessidade de uma certa ganância na redução dos graus de liberdade, a qual pode, por exemplo, criar maior certeza com respeito a expectativa que certas coisas ocorrem ou não ocorrerão.*”

Afirma mais Baecker ao observar que o controle baseado na comunicação implica uma negociação e uma espécie de contrato que supõe consentimento, senão um pacto secreto, por ambas partes de relação de controle, que

Um sistema é uma forma de comunicar controle no caso de que não exista outra forma de controlar que não seja comunicando. É uma forma de explicar como poder surgir o controle se este, precisamente, obriga, tanto o controlador como o controlado, a renunciar a certos graus de liberdade que de outra maneira desfrutariam e a recorrer à comunicação. O sistema é a “caixa branca” que emerge de duas “caixas negras” interagendo-se entre si. Tem um poder de reflexão maior que o todo que engloba sistema e entorno. Com efeito, o sistema, por si mesmo, compreende os graus de liberdade que elimina e as razões para sua eliminação (tanto a respeito do entorno como do próprio sistema).²¹

A comunicação, pois, é componente estrutural dos sistemas e, em especial, do sistema de controle social em qualquer momento histórico.

20 PARSONS, Talcott. ***El sistema social***. Traducción de J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez. Madrid: Biblioteca de la Revista de Occidente, 1976.

21 BAECKER, *op.cit.*, p. 47.

E a sociedade moderna não tende a aceitar como evidente qualquer tipo de formato de estruturas sociais. Assim, deve haver numerosas posições na sociedade moderna que insistam em referida evidência. Não é por acaso que certos tipos de organizações tenham, hoje em dia, que tratar com a competência de duas posições que reclamam sua evidência. As organizações são instrumentos heurísticos de autodestruição da sociedade moderna. Nas organizações nada é evidente e, sem embargo, em nenhum outro lugar a evidência é tão indispensável.

É preciso, ademais, quando se trata de sistema, num estágio seminal de reflexão, recorrer a uma visão holística, fazendo preponderar sempre a superioridade do todo social sobre as partes que o integram.

Importa a partir daqui um rápido escorço evolutivo do conceito social de controle. Ora, nos primórdios da humanidade, na configuração primitiva dos direitos dos povos, os atos contrários à pretensa ordem social não tinham qualificação específica – civil ou penal -, e eram corrigidos identicamente. Foi o passar dos séculos com as relações sociais se tornando cada vez mais complexas, que determinou a separação de entidades jurídicas e a cristalização de, só bem mais tarde ordenados em ramos e organizados em estruturas dogmáticas próprias.

Para a busca do processo integrador e explicativo dos grandes sistemas sociais, contudo, pode-se recorrer a tradição sociológica, paralelamente a qual, no campo do ins-

trumento penal, é possível recorrer à dinâmica da evolução doutrinária, desde o repto sempre vivo de Cesare Bonesana, o célebre Marques de Beccaria, antes revisitando Nicoló Macchiavelli, pela vertente jusnaturalista de Hobbes a Locke, até Hegel e Marx. Este esforço da construção do saber doutrinário revela a imprescindibilidade da intervenção estatal, vale dizer, da instância de controle na vida humana, mesmo no estado de natureza, atuando o controle punitivo como instrumento de controle social do qual não se pode abrir mão mesmo na presente fase ou grau civilizatório. Isso resulta, obviamente, de nosso instinto gregário, que vem da constatação aristotélica do homem como animal político.

Um exemplo recorrente deste atuar, para nossa reflexão sobre a quase falência atual do sistema de justiça penal, pode-se buscar na conhecida *Escola de Chicago*. Por ela se revela como a aproximação ecológica ao fenômeno criminal consiste em estudar como as agregações humanas influem nas taxas de delinquência que se produzem.

Tomando como laboratório de análise a Cidade de *Chicago* do século XIX, que havia deixado de ser um pequeno assentamento, para transformar-se, como consequência do processo de industrialização, em uma cidade de mais de três milhões de habitantes já nas primeiras três décadas do século XX.

Os pensadores desta Escola partiram do fato de que o primeiro fator para entender o grande incremento da

criminalidade que se produz em forma paralela ao crescimento da cidade é a passagem de uma vida rural para uma vida *urbana*.

Park²² desenvolve este ponto de vista assinalando que enquanto nas comunidades pequenas existe um controle pessoal da comunidade sobre o indivíduo (o indivíduo realiza toda sua atividade no marco do contexto de pessoas conhecidas com capacidade de desaprovar um comportamento desviado), nas comunidades urbanas é frequente que a pessoa desenvolva sua atividade fora do escrutínio de pessoas que têm capacidade de controle. Indica o autor que se passa de um controle baseado nos costumes, permanentemente reforçados por membros da comunidade, a um controle mais abstrato e impessoal baseado nas leis. O marco da cidade dá muito mais possibilidade para que se produza uma desintegração da vida moral, como demonstram as maiores taxas de fenômenos tão díspares como o divórcio, a evasão escolar e o delito.

Mas esta desintegração da vida moral a que alude Park parece não se distribuir de maneira homogênea na cidade, porém se concentra em algumas partes dela.

Burgess é o autor da *Escola de Chicago* que analisa a forma de crescimento da cidade, assinalando como ponto de partida, que o fato das indústrias se estabelecerem na

22 PARK, Robert E. **The city: suggestions for the investigation of human behaviours in the city environment.** *American Journal of Sociology*, v. 20, p. 577-612, 1915 (*apud* CID MOLINÉ, Jose; PIJOAN, Elena Larrauri. *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch, 2009. p. 594).

área central produz, do ponto de vista residencial, o afastamento deles, pois tais lugares deixam de ser atrativos (ao se transformarem em focos de contaminação, sujeira e ruídos). Este gera um duplo processo: por um lado as residências das áreas centrais diminuem de preço, porque tais áreas tendem a ser habitadas pelos imigrantes mais recentes, de menos recursos; por outro lado, as pessoas de mais recursos se mudam para as áreas periféricas. Então, à medida que os habitantes das áreas centrais melhoram sua posição econômica tendem a abandonar tais áreas e a se estabelecerem em áreas periféricas. De tal maneira, produz-se um constante processo de mobilidade nas áreas centrais, que se convertem em zonas de transição.

É, pois, um importante e muito expressivo e ilustrativo exemplo, em uma visão histórica, em que se pode verificar a forma de atuação dos sistemas de controle social, em especial do sistema penal, possibilitando aprofundar as razões que dificultam o exercício do controle social em dados lugares. Reflexo do que até aqui tratado, oportuno haver uma relação com as funções do direito e, em especial, do sistema penal, para uma mais exata compreensão do tema objeto deste trabalho.

Na linha do que aqui se reflete, em termos introdutórios e necessários a um novo olhar sobre o sistema de controle penal, cabe um recorte dos outros tantos que têm mobilizado os estudiosos, do ponto de vista de inspiração na base da teoria dos sistemas. Neste sentido, por funcionalismo em Direito Penal se pode entender a concepção da

dogmática jurídico-penal que intenta construir as categorias do sistema a partir dos fins do Direito Penal.²³

As concepções “funcionalistas” assim entendidas não constituíram pois um fenômeno de moda, senão que se remontariam ao menos até a irrupção das sistemáticas teleológicas inspiradas no neokantismo. Funcionalismo equivaleria assim a orientação a fins (sociais) e se opõe basicamente as dogmáticas ontologicistas e, em particular, a concepção de Welzel e sua *Escola*. Sob esta perspectiva, é desde logo funcionalista Jakobs, mas também o são destacadamente, entre outros, Roxin e seus numerosos seguidores.²⁴

Segundo Silva Sánchez as diferenças entre Roxin e Jakobs não residem tanto no método, em todo caso teleológico ou funcional, como nas concretas premissas político-criminais que cada um deles toma como referência: assim a concepção funcionalista “moderada” do primeiro se caracterizaria por uma consideração mais global dessas finalidades político-criminais, que não se reduzem aos fins da pena; a orientação “radical” do segundo se distinguiria na troca por uma (excessivamente) categórica vinculação à função de prevenção geral positiva atribuída à pena.²⁵

23 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Barcelona: BdeF, 1992. p. 67.

24 PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito*: teoría de sistemas y derecho penal fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005. p. 223.

25 SILVA SÁNCHEZ, *op.cit.*, p. 19.

Günther Jakobs elabora sua construção dogmática influenciado pelos “*sistemas sociais*” propostos por Niklas Luhmann, tratando de dar explicação aos fins do Direito Penal, daí o chamado modelo radical do *funcionalismo*. De acordo com seu pensamento, o Direito Penal está destinado a uma função útil à sociedade, pois o Direito como subsistema social, e portanto como uma ferramenta para responder às expectativas criadas e mantidas pelas pessoas, sustenta-se na manutenção da norma, impondo a todos sua obediência incondicional como uma condição de funcionalidade do sistema em seu conjunto. A violação da norma representa uma disfunção da pessoa que vive no entorno social, uma defraudação de expectativas, legitimando a intervenção penal.

As normas penais não têm a função de eleger o que é bom ou adequado para uma dada sociedade (esse conteúdo se deve buscar dentro do próprio contexto social, donde o sentido do bem e do mal que se estabelece), e a elas cabe estandarizar os conceitos que a sociedade tem a respeito do que é bom ou mal. Daí falar-se na função social do Direito Penal ou em “*funcionalismo normativista*”. Assim,

em lugar da Dogmática ontologicista de WELZEL, JAKOBS propugna decididamente uma completa renormatização dos conceitos jurídico-penais com o propósito de orientá-los precisamente a função que, a seu juízo, corresponde ao Direito Penal. Como consequência dele não só sucede que os conceitos de culpabilidade e de ação... se conver-

tam em conceitos dos que não se pode dizer absolutamente nada sem referência à missão que se imputa e se mostra como um conceito funcional.²⁶

“*O universo dos conceitos jurídico-penais tem que se ajustar a função social do Direito Penal e não a fenômenos naturais ou de outro modo alheios ao social.*”²⁷ Afirma Jakobs:

É impossível desgarrar o direito pela da sociedade; o direito penal constitui uma tarjeta de apresentação da sociedade altamente expressiva, por igual que sobre a base de outras partes da sociedade cabe derivar conclusões bastante fiáveis sobre o direito penal. Por exemplo, que a pena máxima se imponha por bruxaria, por contar chistes sobre o *Führer* ou por assassinato, caracteriza a ambos, ao direito penal e a sociedade. Por conseguinte, existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o direito penal: cabe pedir ao direito penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social do mesmo modo que ao inverso o direito penal possa recordar à sociedade que se deve ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis.²⁸

26 PEÑARANDA RAMOS, *op.cit.*, p. 228.

27 JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general - fundamentos y teoría de la imputación**. Traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Pons, 1997.

28 *Ibidem*, p. 44-61.

O desenvolvimento da temática do funcionalismo para melhor entendimento da evolução histórica dos conceitos que determinam as funções do direito penal, no contexto de um sistema de orientação social, é importante, sob a influência do funcionalismo e da teoria de sistemas nas atuais concepções do delito e da pena, como já referido, podendo-se afirmar que é possível identificar certa integração da análise funcional na teoria crítica do delito e da pena.

Esse cotejo importa por dar a perceber como se processa a transformação do conceito de autocontrole no de controle social, sob a concepção interacionista, depois suplantada pela estrutural-funcionalista. Sublinhar este *último* corte teórico parece relevante à compreensão da demanda atual por mais proteção e, em consequência, por mais punição. Daí, a grande influência do funcionalismo ao entendimento do modelo de atuação do direito penal na maior parte do mundo. Interpretar esta situação de modo correto implica aceitar que a representação social do direito penal subjaz a sua atual tendência expansiva.

Com efeito, percebe-se hoje claramente uma maior influência nas legislações de quase todos os países – e aí se remeteria ao estudo no âmbito do controle normativo-coercitivo – do modelo estrutural-funcionalista em lugar do interacionista, donde resulta outra língua comum que propõe a aceitação da relativização dos princípios político-criminais, diante do reconhecimento da ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, com a flexibilização das regras de imputação, de modo a alterar-se

significativamente o modelo de controle social desde sua evolução do *self control*, segundo compreensão no contexto de nascimento da sociologia do controle penal.

Assim, esse estudo tópico do desenvolvimento e aplicações dos conceitos, em especial quando se busca sua evolução histórica, permite perceber melhor, por meio da investigação científica, os fundamentos do sistema jurídico-penal, hoje dominado por uma onda de caos e de insegurança criada por um normativismo exacerbado. Esta sintética exposição, pelo corte teórico compreendido, do contraste entre o modelo interacionista e o estrutural-funcionalista, põe em relevo esta reflexão prévia, revelando desta maneira a forma como incidem nos bastidores da política, a influência ideológica na condução do processo de seleção valorada do mecanismo ação-reação.

Volvendo, neste ponto e novamente, a uma abordagem clássica, a justificativa da intervenção penal sempre esteve vinculada à seletividade, no sentido de reservar sua atuação para coibir os comportamentos humanos mais graves e nocivos à sociedade, porque capazes de colocar em perigo valores fundamentais à convivência coletiva, já que gregários somos por natureza.

5. Uma possível via intermédia? Transposição ou convivência do modelo punitivista ao garantista?

Com esse sentido conceitual e nesse outro recorte de abordagem, o direito penal, ao longo do tempo, foi dei-

xando a arena privilegiadora do espetáculo do medo e da coerção, do terror e da difusão do temor, um direito penal preponderantemente preocupado com o resultado, para assumir claramente o papel ou a função de formação de juízos ético-sociais, a que correspondem os valores civilizatórios essenciais que marcam o convívio humano em sociedade, nos dias de hoje.

O que se observa, contudo, desses lineamentos tradicionais contidos nos manuais, é que se inspiram muito mais em objetivos meramente aparentes, que reais, distantes de nosso tempo e de nosso espaço onde grassa a impunidade e se torna inalcançável, no mais das vezes, a chamada criminalidade dourada, ditada pelas teias do clientelismo político e manipulada por nossas elites acostumadas a se alimentar nas tetas da viúva de César, assassinado pela traição da cobiça e do poder.

O que produz o direito penal, assim concebido, ao trabalhar com a imposição de penas a indivíduos autores de umas tantas ações criminalizadas, gera a superficial sensação de solução do problema social porque encobre os perigos e males que se ocultam sob o telhado do poder e da dominação, conduz aos efeitos e não às causas ao tornar invisíveis e intocáveis as verdadeiras fontes geradoras da violência, que, essas sim, são produtoras da exclusão e das desigualdades.

E isso vem, para nós, de forma muito mais forte, porquanto carrega o legado da história de uma formação social

tipificada pela privação de bens e direitos a um segmento expressivo da população brasileira, em seu detrimento, pois, em benefício dos favorecidos porque ligados à concentração do poder e da riqueza.

Claro, essa colocação, por singela e sumária, não intenta equacionar todas as questões e graves problemas, muitos emergentes, gerados por uma legislação criminal elitista e em dissonância com os reclamos sociais e, assim, o grito das ruas, cada vez mais indignados com o amargo dueto da dor e do sofrimento ainda a abater a população mais vulnerável que, inocente, povoa as palafitas, os morros, os alagados a reclamar instituições de justiça que não sejam iguais para todos, mas, com coração e coragem, que façam a diferença.

O direito penal, por isso mesmo, não pode estar conformado, e até comportado, à sombra das estruturas dominantes, dócil e compassivo com os fortes e poderosos, e intransigente e forte apenas com os fracos e débeis. Sua vocação há de ser buscada para além das fronteiras tradicionais de sua condição conceitual tricotômica.

Em razão disso, temos experimentado, a partir do desdobramento de seu caráter fragmentário, que funda o princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*, e seduz ideias minimalistas e mesmo abolicionistas, um movimento de deslegitimação desse modelo punitivo clássico, não obstante se insista no viés expansionista, de outro lado, tendo em conta as demandas hodiernamente determinadas

por uma sociedade progressivamente de riscos, na expressão empregada por Ulrich Beck²⁹.

Daí a crescente edição de novos corpos normativos que, mesmo carecendo de uma melhor sistematização, acabam por abarcar medidas de ordem penal, algumas inclusive distantes, a rigor, das garantias que o trato criminal requer, mas justificadas em construções teóricas que atendem às novas necessidades de que vem se ocupando os modernos postulados de um novo direito penal.

Desse modo, o fenômeno expansionista procura fazer frente aos perigos produzidos a uma coletividade afetada por atividades cada vez mais nocivas à vida em sociedade, sendo o direito penal chamado a assumir uma estratégia da gestão de riscos, de modo a contribuir para sua contenção e, em consequência, para a segurança jurídica.

Daí pensarem os novos penalistas numa nova formulação ética não propriamente na concepção do que é mal em si mesmo, mas no prognóstico do que poderá vir a gerar um mal³⁰, influenciando, no campo do direito penal, uma certa ideia de antecipação de proteção e tutela de novos bens, compatível e proporcional ao aparecimento de novas demandas sociais.

29 BECK, Ulrich. **La Sociedad Del Riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.

30 JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica**. RJ: Contraponto, PUC, 2006.

Aqui, a ênfase ao paradigma preponderantemente preventivo, que não escapa à crítica, especialmente quanto à sua atuação como *prima ratio*.

Caberia, desde logo, já neste momento, lembrar que, diferentemente do que até então se pensava, o público nem sempre se confunde com o estatal. Público, com efeito, é o que interessa a toda a coletividade e não apenas ao Estado, enquanto personalidade jurídica própria. E, apesar de ainda subsistirem dois regimes jurídicos diferentes (público e privado), tais esferas não se excluem, mas se complementam de forma interdependente e não excludente. Ora, da mesma forma que, na esfera privada, não se cuida de direito absoluto ao egoísmo, já que mesmo a ela a ordem jurídica impõe limites de natureza pública, de igual forma o sistema jurídico necessita desenvolver elementos que assegurem o resguardo do interesse público, de modo a fortalecer a relação direito-ética-política.

Neste ponto de aproximação das esferas público/privado, comporta-se bem a doutrina da ponderação de princípios, regras e valores, orientada pelo ensinamento de Alexy, quando afirma que o que deve regular essa relação entre público-estatal, e também a relação público-privado é o balanceamento de valores onde se aplique o chamado princípio da proporcionalidade. Aqui, a compreensão de hierarquia ou juízos de valores conduzida pela pauta da razoabilidade, tal qual árbitro de um jogo não improvável na ordem do cotidiano da relação humana no meio social. Para ele, a aplicação da norma jurídica deve contemplar,

simultaneamente, todos os possíveis princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto, graduando-os, proporcionalmente, conforme uma escala de importância³¹.

Sua proposta não foge à crítica de ser impossível a ponderação de vários princípios a uma mesma situação fática, mas mostra-se bastante útil à compreensão da contemporaneidade e necessidade da especial tutela da administração pública. É necessário que se resguarde a probidade na administração pública, como uma necessidade que foge aos limites e interesses apenas estatais, mas entrando na esfera de direitos e necessidades de toda a sociedade e, inclusive, das instituições estatais.

Tal aproximação, decorrente de uma maior comunicação entre as entidades jurídicas, tem se mostrado de fundamental importância para a maior eficiência da tutela estatal, notadamente em relação a bens que reclamam uma intervenção preferencialmente preventiva. Ressabida a dificuldade em se alcançar tutela eficiente do patrimônio público, com as correspondentes responsabilizações, sem intercâmbio de instâncias. Fecha-se aqui este parêntese, para reabri-lo após.

Em continuidade ao que foi dito anteriormente, a atuação do direito penal preventista não exclui o contraponto de um discurso, usualmente inflamado por uma mídia sensacionalista da ideia de insegurança social, do

31 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SP: Malheiros, 2001.

recrudescimento de um sistema acentuadamente punitivo e repressivo que admita até mesmo a restrição ou atenuação de garantais.

Esses extremos não deixam de convergir num ponto comum da crítica, qual seja o de ampliar o campo de atuação do direito penal, quer num processo de endurecimento das leis de conteúdo incriminador com redução de garantias, quer num de expansão a outras áreas que reclamam, crescentemente, esse tratamento, portanto, a ideia de sistemas penais paralelos.

Este último viés interventivo aproxima-se mais da ideia de um direito penal intermédio, que assimile a dinâmica de uma espécie de direito administrativo sancionador, como se pode notar nos regramentos contidos nessa seara e que insistem em abarcar conteúdos penais travestidos em regulamentos administrativos, de modo a gerar uma certa tensão entre os dois ramos do direito, ambos reclamando dessa mesma tendência expansiva.

Para esse assunto, não há como deixar de consultar os ensinamentos da Escola de Frankfurt, em especial no que toca ao direito de intervenção, tal como preconizado por Hassemer, sob uma nova roupagem. É cada vez mais frequente, com efeito, a apuração de graves prejuízos e lesões à administração pública por atividades de empresas, como podemos consultar na recente história das investigações brasileiras envolvendo graves ilícitos na dinâmica de negociações entre empresários e gover-

nos nas instâncias do poder político e que chegam a abalar nossas estruturas republicanas.

Ora, a Escola de Frankfurt critica o direito penal moderno e sua expansão no contexto de uma sociedade de riscos, tal qual cogitado no modelo de um direito penal de emergência, entendendo apresentar-se insustentável o direito penal atual. Segundo sua concepção, o direito penal dos novos tempos deveria ser marcado pela criação de tipos penais cujo escopo seria proteger bens supraindividuais, de imprecisa definição, surgindo, assim, com abundância, normas penais que criminalizariam condutas de perigo abstrato. Nessa perspectiva, observa-se uma crise do direito penal, de base liberal, que passa a ser um instrumento de controle de macroproblemas sociais ou estatais, veiculando punições à criação de perigos e não lesões a bens jurídicos, tendo por finalidade prevenir situações problemáticas e não mais a proteção desses bens³².

Por isso mesmo que Hassemer prega a ruptura do direito penal clássico do direito penal moderno. Para ele, o direito penal clássico, seria “dotado de um núcleo essencial, dentro do qual estariam insertas as tradições democráticas da determinação da proibição, da subsidiariedade do direito penal e da lesividade como inerente ao comportamento, de modo que, de regra, as normas penais veiculavam proibições sobre condutas ocasionadoras de

32 TOMILLO, Manuel Gómez. **Derecho administrativo sancionador**. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo. Espanha, Aranzadi, 2008, p.39.

um dano real e efetivo a um bem jurídico, havendo, no entanto, uma ruptura entre este direito penal clássico e o direito penal moderno, a ocasionar problemas específicos. Nessa linha, é identificada uma tentativa de transmudar o direito penal, a fim de que ele atinja finalidades precipuamente preventivas e de orientação pelas consequências, segundo a qual é veiculado como um meio para obtenção de sensibilização das pessoas, sem que, contudo, seja indagado acaso se afigura enquanto instrumento jurídico adequado para intervenção”³³.

Não é por outra razão que Silva Sánchèz, expressão maiúscula do trato teórico do expansionismo do direito penal, ainda que não adepto desta escola, concorda com os pressupostos problemáticos que justificam a proposta de criação do direito de intervenção por Hassemer, embora sob a nomenclatura de direito penal de segunda velocidade³⁴.

Em Portugal, nossa experiência de estudo de direito comparado faz lembrar o direito de contraordenação social que, na prática, busca atuar nas duas frentes, mas em sequência progressiva, se necessário. Jorge de Figueiredo Dias identifica a existência desse direito de mera ordenação social como incongruente com o movimento de minimização do direito penal. Entende ele que o direito penal

33 HASSEMER, Winfried. **Características e crises do moderno direito penal**. In: Revista de Estudos Criminais, Ano 2, 2003, n. 8, 54-66, PUC-RS, ps. 55-58.

34 SÁNCHÈZ, Jesus María Silva. **A expansão do direito penal**. 2 ed. SP: Revista dos Tribunais, 2011, p. 165.

passou a cuidar de questões que eram antes objeto exclusivo do poder de polícia da administração pública. Esse direito de mera ordenação social seria, lá, análogo ao direito das contravenções penais e é considerado um direito penal secundário. Este fenômeno adquire maior amplitude hodiernamente, com a expansão do direito penal, a fundamentar propostas como a do direito de intervenção, porquanto, cada vez mais, se expande o direito penal³⁵.

Na linha de desenvolvimento dessas ideias e, principalmente, a partir dos ensinamentos de Hassemer, no sentido de que se deve conter uma desenfreada expansão do direito penal, ganha força a já anotada tendência para um direito penal intermédio, vale dizer, a defesa de transferência para o direito administrativo ou administrativo sancionador de parcela da tutela penal, sustentando aquele autor alemão a criação do chamado “direito de intervenção”, segundo ele, para afastar do âmbito do direito penal, problemas que, a rigor, não lhe pertencem, mas sim ao direito administrativo, civil, e também ao mercado e às próprias precauções das vítimas, por meio dos quais seriam até melhor tutelados. Em suas palavras:

Recomenda-se regular aqueles problemas das sociedades modernas, que levaram à modernização do direito penal, particularmente, por um direito de intervenção que esteja localizado entre o direito penal e o direito dos ilícitos administrativos, entre

35 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões do direito penal revisitadas**. SP: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 171.

o direito civil e o direito público, que na verdade disponha de garantias e regulações processuais menos exigentes que o direito penal, mas que, para isso, inclusive, seja equipado com sanções menos intensas aos indivíduos³⁶.

É o reconhecimento, por ele, da necessidade de se desenvolver uma teoria de criação de uma via alternativa sancionadora (daí denominá-la direito de intervenção), em razão da incapacidade inerente ao direito penal de tratar com determinados assuntos. Ou seja, a admissão da inaptidão dele agasalhar direitos supraindividuais, nestes incluído o conceito de administração pública, passando para o direito de intervenção tal tutela, quando possível funcionalizar estes bens com relação aos bens individuais.

Assim, segundo o seu pensar, ao direito penal seria reservada a proteção dos bens jurídicos relacionados à civilização, ocupando-se de condutas individuais que efetivamente causem lesão ou perigo concreto para o bem jurídico (crimes de dano).

Portanto, seu conceito de direito de intervenção está diretamente ligado à ideia de criação de novos bens jurídicos coletivos vagos, viabilizando, por ele, a incriminação de meros perigos abstratos. Um direito mais faticamente adequado para acolher os problemas da sociedade moderna.

36 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões do direito penal revisitadas**. SP: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 64.

O direito penal, na esteira de seu pensamento, não desaparecerá, não se tratando, pois, de uma doutrina abolicionista, mas será reduzido em seu campo de atuação, contendo o expansionismo acima referido.

Claro, para os fins deste texto, lança-se aqui apenas em termos exemplificativos, uma das muitas ideias de um sistema penal alternativo, na sugestiva proposta de Hassemer que, mesmo assim, não escapa a severas críticas, como se extrai do pensamento de Schünemann ao considerar a tese do direito de intervenção excessivamente individualista, porquanto conforma a teoria do bem jurídico-penal orientada à proteção de bens individuais. Assim, defende que o direito penal deve ser modernizado, para atender as novas necessidades sociais, considerando que a criminalização de condutas de perigo abstrato é uma necessidade da sociedade atual, que decorre da própria dinâmica das relações sociais, em que as relações se tornaram massificadas e pouco se dão entre dois indivíduos definidos³⁷. Outros autores, como Tiedemann, também defendem a modernização, preconizando a possibilidade de que os bens supraindividuais tenham supremacia sobre os bens individuais³⁸.

Neste ponto, bem pertinentes as observações do Professor José Eduardo Faria, em recente artigo veiculado pelo

37 SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 18.

38 TIEDEMANN, Klaus. **Derecho penal y nuevas formas de criminalidad**. Lima, Grijley, 2007.

periódico “O Estado de São Paulo”, colhidas descontextualizadamente nestes recortes:

(...) A concentração do poder empresarial e a integração mundial dos mercados financeiros exigiram mudanças radicais num direito positivo elaborado com base em quatro pilares: soberania, poder, território e representação. Obrigados a se ajustar a cenários complexos, operadores jurídicos passaram a ter dificuldades para enfrentar conflitos inéditos por meio de normas concebidas para realidades mais simples. No campo do Direito Penal, considerado a manifestação jurídica por excelência da soberania dos Estados, essas dificuldades foram criadas pela expansão do narcotráfico, fraudes financeiras e terrorismo. Por envolverem sofisticadas redes de transgressão, esses delitos têm caráter transnacional, o que levou a articulação entre os recursos ilícitos captados por essas redes e os circuitos bancários a pôr em xeque o Direito Penal com jurisdição territorial. Como enfrentar o crime transnacional organizado com tipificações e procedimentos penais forjados para crimes interindividuais e de alcance nacional? Desde então, cresceu a opção por novos critérios para determinar uma jurisdição penal transterritorial, sob influência do pragmatismo inerente à cultura jurídica anglo-saxão, em detrimento do formalismo da cultura germânico-romana. (...) Neste cenário, são inevitáveis as tensões entre os planos locais e supraestatais de enfrentamento do crime transnacional. No plano nacional, é natural que investigações de corrupção sofram pressões políticas. Como as inovações introduzidas pela legislação anticorrup-

ção são recentes no País, elas contêm falhas – a Lei 12.846/13, por exemplo, não define com clareza os limites dos órgãos com competência punitiva para firmar acordos de leniência. Isso permite que algumas decisões dos juízes da Lava Jato não só possam ser criticadas juridicamente, como também seivam de pretexto para serem agredidos moralmente por políticos. Este clima estimula o Congresso a patrocinar projetos que cerceiam procuradores e magistrados. Nos países onde as mudanças no Direito Penal foram promovidas há mais tempo, como nos E3UA, o cenário é outro. Nele, prevalece o rigor do FCPA, que blindava investigações de denúncias de corrupção contra pressões políticas, garantindo que executivos e acionistas – da matriz ou de coligadas – condenados por corrupção não fiquem impunes. Quando o Brasil estará numa situação como essa³⁹.

6. Considerações conclusivas

O encaminhamento aqui reivindicado no início, de todo exposto sobre a vida humana, dentro de um panorama pluridisciplinar, encontra o mesmo fio condutor e ideia matriz a desembocar, por distintas manifestações, a um mesmo e convergente fim, o de sua prioritária proteção, de sua conservação, uma vez que para essa permanente aventura humana na face da terra é que se inspira e se dirige a própria ideia do direito.

39 FARIA, José Eduardo. **Corrupção sistêmica e Direito Penal**. In O Estado de São Paulo, edição de 9 de setembro de 2017.

Seja pela visão teológica da vida, que atribui sua origem a Deus e sua consequente preservação à Sua providência amorosa, projetando uma íntima relação entre vida e justiça e, reflexamente, um vínculo próximo entre injustiça e morte; seja pela filosófica, que elucubra como a vida pode ser essencialmente identificada com aquilo que resiste, persiste e subsiste frente à morte, portanto, um eterno presente. Seja pelo viés biológico que apresenta a vida como uma tendência natural à sua conservação projetada, inclusive, a outros seres. Ou seja, por qualquer outro ângulo que se a compreenda, depara-se com questões mesmo transcendentais que suscitam um ponto em comum conclusivo, qual seja, o do porto seguro de onde parte o primeiro dever ético ou a obrigação moral por excelência que é a própria razão de ser da ciência jurídica e que propicia a vigência ahistórica e ageográfica das leis, portanto, no tempo e no espaço indefinidos, do preceito nuclear do direito de sempre preceder, em qualquer escala hierárquica, o respeito à vida, do qual derivam todos os demais direitos, por pertencer ele a uma ordem natural que, de per si, é inderrogável por mais que possam variar as circunstâncias sociopolíticas, culturais ou científicas.

E nessa linha, avulta de importância a dimensão dos direitos humanos que pode, assim, ser considerada uma esfera intangível de tutela jurídica, levando este singelo ensaio à clara constatação de que, contrapondo-se a isso, o direito, como ciência, não subsiste nem se legitima, por-

quanto não se pode subtrair a essa tendência natural que é a proteção, conservação e defesa da vida humana.

Todo o ato atentatório a essa dimensão de dignidade, que retira da vida humana seu substrato, relegando à exclusão, marginalidade e, assim, à perda da humanidade, seja provocada pela irresponsabilidade nos negócios públicos, seja pela perda de sentido entre o ético e o amoral, deve encontrar resposta eficaz do direito.

Da tutela da vida digna, pois, projetou-se lúcida crítica sobre a funcionalidade do sistema penal tradicional, viabilizando a aproximação entre comunicação e controle social uma visão mais aberta e a identificação de algumas das causas da inefetividade do instrumento penal ao enfrentamento dos crescentes desafios, notadamente voltados à defesa dos exponenciais valores sociais, a partir do afastamento da confusão entre a esfera pública e privada.

Ao fim e ao cabo, pois, o presente e singelo estudo orienta, modestamente, revisitar o direito penal com as lentes da modernidade, no contexto da sociedade de riscos em que vivemos, de modo a liberar ao intérprete de novos corpos normativos a criatividade para lidar com o novo, rompendo as amarras clássicas do direito penal e seus vínculos excessivamente garantistas rumo ao caminho por uma via intermédia apta a contemplá-la como possível direito de intervenção.

Esse instrumental para o jurista, obviamente, não deve abdicar da preservação das prerrogativas do núcleo

duro dos direitos fundamentais, garante do Estado Democrático de Direito, porém, compatibilizá-lo. Aqui a necessidade de permanente reciclagem ideológica dos operadores do direito penal e das instituições que integram o sistema de justiça, em especial, da advocacia pública e privada, para saber bem lidar com essas novas ferramentas na linha interdisciplinar (*compliance; colaboração premiada; responsabilidade objetiva do ente coletivo...*), para que deixem de ser vistas como meros modismos, e passem a dar efetividade a uma nova forma de agir e de pensar o direito penal estruturalmente.

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. UFMG, Coleção Humanitas. 2010.

AGOSTINHO, Aurélio. *A Cidade de Deus Volume II*. Trad. de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2000.

_____ *Confissões*. Tradução de M.L.Amarante. SP: Paulinas, 1984. *Confesiones*. Trad. Sánchez Ruiz. 4ª ed. Editorial Apostolado de La Prensa: Madrid. 1964.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SP: Malheiros, 2001.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Trad. plural. Ed. Loyola. 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy;SP. 2001.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito. O querer (a vontade)*. RJ: Relume-Dumará e Editora UFRJ, 1995.

ARISTÓTELES, *De Anima*. Apresentação, tradução e notas de Maria Cecília Gomes Reis. São Paulo. Ed. 34, 2006.

BAECKER, Dirk. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Traducción de Carlos Gómez-Jara Diéz. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2005. p.3-19. Título original: *Why systems?*, publicación en: *Theory Culture & Society*, v. 18, 2001.

BAUMAN, Zygmunt e BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato Aguiar. Zahar:RJ. 2016.

BECK, Ulrich. **La Sociedad Del Riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.

CID MOLINÉ, Jose; PIJOAN, Elena Larrauri. *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch, 2009

ELLACURÍA, Ignacio. *Presentación al volumen Sobre el hombre*. Madrid, 1986.

FARIA, José Eduardo. **Corrupção sistêmica e Direito Penal**. In O Estado de São Paulo, edição de 9 de setembro de 2017.

FERNÁNDES DE BUJÁN, Federico. *La vida – principio rector del derecho*. Dykinson: Madrid, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões do direito penal revisitadas**. SP: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche x Kant – uma disputa permanente a respeito de liberdade, autonomia e dever*. Casa da Palavra:RJ. 2012.

HASSEMER, Winfried, **Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal**. In: **Revista de estudos criminais**, 2008.

_____. **Características e crises do moderno direito penal**. In: **Revista de Estudos Criminais**, Ano 2, n. 8, 54-66, PUC-RS, 2003.

_____. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. **Perspectivas de uma moderna política criminal**. In: **Revista brasileira de ciências criminais**. SP: RT, outubro/1994.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general - fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Pons, 1997.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica**. RJ: Contraponto, PUC, 2006.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. SP: Revista dos Tribunais, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano Demasiado Humano* (tradução de Paulo Cezar de Souza). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____ *A Gaia Ciência* (tradução de Paulo César de Souza). São Paulo: Companhia das Letras, 1ª ed. 2001.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 256 fls. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). USP, 2012.

PARK, Robert E. **The city: suggestions for the investigation of human behaviours in the city environment**. *American Journal of Sociology*, v. 20, p. 577-612, 1915 (*apud* CID MOLINÉ, Jose; PIJOAN, Elena Larrauri. *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch, 2009).

PARSONS, Talcott. *El sistema social*. Traducción de J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez. Madrid: Biblioteca de la Revista de Occidente, 1976.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito: teoría de sistemas y derecho penal fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.

PIJOAN, Elena Larrauri; CID MOLINÉ, Jose. ***Teorías criminológicas***. Barcelona: Bosch, 2009

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal** – RJ: Forense, 2012.

_____ *Introdução à filosofia*. Saraiva:SP. 1994.

SÁNCHEZ, Jesus María Silva. **A expansão do direito penal**. 2 ed. SP: **Revista dos Tribunais**, 2011.

_____ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Barcelona: BdeF, 1992. p. 67.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. SP: Palas Athena, 2008.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

APLICABILIDADE DE MEDIDAS INDUTIVAS/COERCITIVAS NAS EXECUÇÕES/ CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE.

Fábio Luis Franco¹

Formado em direito pela UEM. Especialista em Direito civil e Processo civil Pela UNIPAR. Mestre em direito da personalidade pela UNICESUMAR. Professor em Graduação e Pós Graduação em Direito.

EXECUÇÃO. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. MEDIDAS INDUTIVAS E COERCITIVAS. BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO. CABIMENTO. O princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, III, CF) deve ser analisado tanto da ótica do devedor como do credor. Na aplicação do ordenamento jurídico, incumbe ao juiz resguardar a dignidade da

1 Artigo produzido com colaboração da acadêmica GLEYSISLAINE ANDREA SOARES, 4.^a Ano, UNIPAR, Paranavaí.

pessoa humana, a razoabilidade e a eficiência (art. 8º, CPC/2015). Diante do esgotamento das tentativas de localização de bens dos devedores, incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas e coercitivas que assegurem o cumprimento da ordem judicial, qual seja a de satisfazer o crédito postulado em juízo. Parte credora que tem direito às providências que induzam ou forcem o devedor a pagar a dívida, bem como que obstem a prática de manobras fraudulentas, com nítida intenção de furtar-se ao cumprimento de sua obrigação. No caso em tela, é preciso considerar que a execução tramita desde 2008, tendo o exequente exaurido todos os meios de localização de bens em nome dos devedores, todos sem sucesso. Execução que se encontra suspensa com relação à coexecutada Regina HELENA BERTOLLI Rodrigues CHAGAS FELISBERTO. Impossibilidade de bloqueio do cartão da coexecutada Regina Helena. Requerimento de bloqueio de cartão de crédito de titularidade dos devedores Fernando BERTOLLI Rodrigues CONSTANTINOS KATSONIS, FABRICIO Rodrigues CONSTANTINOS KATSONIS e REDE D COSTA SERVIÇOS AUTOMOTIVOS Ltda. Que se mostra cabível. Leitura do art. 139, II, III e IV, CPC/2015. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO NESTE TÓPICO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA DE HABILITAÇÃO (CNH) E DE PASSAPORTE. DESCABIMENTO. Providência que se mostra prematura e que não está ligada diretamente ao direito de crédito. Medida que

se mostra de duvidosa eficácia, desproporcional e inadequada. Com relação à CNH, nota-se que não se cuida de infração de trânsito, prevista na Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). RECURSO DESPROVIDO NESSE TÓPICO. (TJSP; AI 2085222-09.2017.8.26.0000; Ac. 10943542; São Paulo; Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Sérgio Shimura; Julg. 01/11/2017; DJESP 07/11/2017; Pág. 2490)

A presente ementa traz em si decisão acerca de aplicabilidade de medidas coercitivas/indutivas aplicadas em execução que tinha por objeto obrigação de pagar quantia certa contra devedor solvente.

A questão é: quais e quando estes eventuais meios coercitivos/indutivos podem ou devem ser aplicados na execução/cumprimento de obrigação de pagar quantia certa?

E mais: em relação à quais tipos de obrigação de pagar podem ser aplicados. Só alimentos? Também as de natureza alimentar (por exemplo honorários advocatícios, etc.)? Ou, ainda, para toda e qualquer obrigação civil de pagar?

Eis os pontos que, ao menos incipientemente, se pretende enfrentar aqui.

A base infraconstitucional está especialmente no inc. IV, do Art. 139, do NCPC², e também nos Arts. 3.º, *caput*³

2 NCPC, Art. 139, inc. IV: Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; **IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária**; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

3 NCPC, Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

4.⁰⁴, 6.⁰⁵, 8.⁰⁶, 77, inc. IV e § 2.⁰⁷, 378⁸, 380, inc. I e parágrafo

4 NCPC, Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

5 NCPC, Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

6 NCPC, Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

7 NCPC, Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; § 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

8 NCPC, Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

único⁹, 774¹⁰, 789¹¹, 797, *caput*¹², 805, *caput* e parágrafo único¹³, todos do NCPC, Art. 391, do CC/2002¹⁴ e Art. 5.^o¹⁵, da LINDB (antiga LICC), além de outros, sobre questões conexas, que também estão citados neste comentário.

9 NCPC, Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

10 NCPC, Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: I - frauda a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - dificulta ou embaraça a realização da penhora; IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais; V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus. Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

11 NCPC, Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

12 NCPC, Art. 797. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

13 NCPC, Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

14 CC/2002, Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

15 LINDB, Art. 5.^o. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Na Constituição Federal, os Arts. 1.º, *caput* e inc. III¹⁶, e 5.º, incs. XXXV¹⁷ e LXXVIII¹⁸.

A regra é que, na execução de pagar quantia certa contra devedor solvente, é o patrimônio, presente, futuro e passado (em casos de fraude à execução ou contra credores) do devedor que responde pela obrigação.

Os meios típicos de execução postos à disposição, são: a alienação particular, a adjudicação e o leilão público.

Nas execuções de créditos de natureza alimentar, há, ainda, o desconto em folha de pagamento, a própria expropriação de bens, além do meio, típico, de coerção, mediante ameaça de prisão (ou efetivação dela).

Obrigações de pagar que permitem a aplicação dos meios coercitivos/indutivos atípicos.

Não há na lei qualquer restrição ou seleção do uso das medidas coercitivas/indutivas para obrigações de

16 CF, Art. 1.º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

17 CF, Art. 5.º 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 termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

18 CF, Art. 5.º, inc. LXXVIII: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

pagar, sejam alimentos propriamente ditos, de natureza alimentar ou civis.

À todos (sujeitos processuais) deve ser garantida uma prestação jurisdicional satisfativa/executiva (de qualquer natureza, processual e de direito material) concreta, plena, efetiva e em tempo razoável.

Assim, não se justifica a admissão de aplicação de medidas atípicas visando a realização do direito reconhecido num título executivo (judicial ou extrajudicial) exclusivamente em obrigação de alimentos ou de caráter alimentar e não as permitir nas obrigações civis em geral. E o precedente ora em comento, aplicou ditas medidas em execução de pagar obrigação de natureza civil, corretamente.

Evidentemente que as obrigações de alimentos, aliás, que já têm previsão de meio típico coercitivo como a prisão¹⁹, típico de desconto em folha (mais efetivo do que a própria expropriação de bens) demandam uma maior intensidade, dada a sua ligação com o direito material envolvido que diz respeito à sobrevivência propriamente dita, mas isto não dispensa esta efetividade, razoabilidade de tempo, que a prestação deve ter também em relação às demais obrigações de pagar.

A dignidade da pessoa (tanto do devedor, mas também do credor, CF, Art. 1.º, inc. III), o direito a duração

19 Para a execução que cumula até três prestações de alimentos vencidas e impagas na data do ajuizamento, mais as que se vencerem no curso da execução, até o decreto prisional.

razoável do processo, da efetividade/inafastividade processual e material²⁰ da prestação jurisdicional (CF, Art. 5.º, incs. XXXV e LXXVIII, NCPC, Arts. 3.º, 4.º e 6.º) açambarcam todas as obrigações de pagar.

O dever de colaboração entre as partes e entre estas e o Judiciário (NCPC, Arts. 6.º, 77, 378, 774) para a prestação jurisdicional efetiva, igualmente, não especifica natureza de obrigações.

A autorização para o uso dos meios atípicos, igualmente, não se restringe à determinado tipo de prestação ou obrigação de pagar/pecuniária (NCPC, inc. IV, do Art. 139).

O acórdão em referência, por sua vez, foi lavrado em processo de direito privado, causa cível, portanto, não somente em execução/cumprimento de alimentos ou de obrigação de natureza alimentar.

Assim, conclui-se primeiramente que os meios coercitivos/indutivos, atípicos, podem e devem ser aplicados em qualquer tipo de obrigação de pagar quantia/pecuniária, própria ou subsidiária de obrigação específica não realizada, seja originária de alimentos (rito prisional, desconto em folha ou de expropriação), de natureza alimentar (honorários advocatícios, por exemplo) ou civis. Vale citar:

“É com bons olhos que vemos esse movimento em direção a um sistema amplamente flexível

20 Acesso à justiça, ou melhor dizendo, à prestação jurisdicional sob o aspecto material (da prestação efetiva no mundo dos fatos) e processual (do acesso ao serviço público da jurisdição).

de técnicas de tutela jurisdicional para todas as espécies de obrigações, permitindo ao juiz, no caso concreto, e ponderando devidamente os valores da efetividade e da segurança, eleger mecanismos mais adequados a realização prática do direito.”²¹

Quais medidas coercitivas atípicas podem ser utilizadas.

Os meios coercitivos previstos atualmente na legislação pátria, sabidamente, não têm sido o suficiente para o cumprimento do mister da atividade jurisdicional (substitutiva da atuação privada, como regra). Por isso os Tribunais vêm adotando novas medidas coercitivas visando com que o devedor (a ação parte do devedor, daí a coerção ou a indução, ou seja, meios indiretos) satisfaça o débito.

Enfrentam-se, aqui, algumas dessas medidas que já vem sendo utilizadas.

Do protesto do pronunciamento judicial e da inclusão do nome do devedor em cadastro de restrição ao crédito

O Novo Código de Processo Civil trouxe previsão neste sentido, em seu artigo 782, § 3º, que dispõe que “**a requere-**

21 AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. Doutrina também citada no acórdão que origina a ementa ora sob comento.

rimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes”.

A referida medida visa causar dificuldade ao executado em relação à sua vida creditícia, já que, com a informação constante dos cadastros de inadimplentes, ele (o executado) e a sociedade (ao menos mediatamente), terão conhecimento da pendência de pagamento de obrigação de pagar atual.

Este desconforto que dita informação pode gerar, de acesso à novos créditos, têm por objetivo, justamente, fazer com que tal situação gera ao devedor a necessidade de cumprir com a obrigação de pagar que motivou a inscrição e, com isto, satisfação a atuação jurisdicional no mundo dos fatos e, ao mesmo tempo, livre o devedor daquele embaraço.

Saliente-se que dito embaraço ao crédito se justifica, exatamente, porque não é menor do que o próprio embaraço levado a credor que não tem crédito seu recebido, ante inadimplência do executado.

Mais, ainda, no caso de dívida de alimentos ou de natureza alimentar. Neste sentido decidiu o Desembargador Natan Arruda (SÃO PAULO, 2012)²², de modo que poderá,

22 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 0285338-75.2011.8.26.0000. Partes Litigantes Beatriz Alessandra Quintal de Freitas Souza Fernandes; Reginaldo Souza Fernandes, Relator Natan Zelinschi de Arruda. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo. DJe 15 mar 2012**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/32464054/djsp-judicial-2a-instancia-22-11-2011-pg-187>> Acesso em 05 out 2017.

sim, a dívida do alimentante ser inscrita no SPC e no Serasa, até porque se é permitido o mais, ou seja, a prisão do devedor de alimentos, é possível, antes disso, a inscrição do seu nome em razão da sua inadimplência em face da agravante. Isto porque, o ordenamento jurídico confere ao magistrado poderes para adotar medidas coercitivas atípicas, adequadas ao caso concreto, com o objetivo de garantir a efetiva e célere satisfação do credor. Ademais, a inscrição do nome do agravado no rol de devedores tem por escopo fazer com que o obrigado cumpra determinação judicial.

Tal medida é mais uma maneira coercitiva de obrigar o inadimplente a arcar com sua obrigação, quando os típicos não foram capazes de satisfazer a inadimplência com relação ao débito exequendo.

Da apreensão do passaporte, suspensão da CNH/ARRAIS/BREVÊ e a suspensão do uso do cartão de crédito

A suspensão do direito de dirigir conferido através de Carteiras Nacionais de Habilitação (CNHs), ou de navegar ou pilotar, o ARRAIS e o BREVÊ, até mesmo apreensão de passaportes e até cancelamento de cartões de créditos, são outros meios coercitivos/indutivos nas execuções/cumprimento de sentença de pagar quantia, amparado no disposto no inc. IV, do Art. 139, do NCPC.

No caso ementado a medida aplicada foi, justamente, o bloqueio do cartão de crédito.

A Desembargadora Maria Pizzotti (SÃO PAULO, 2017)²³, explica que o objetivo do novel dispositivo não é impor penas ou restringir direitos, não sendo intenção do Judiciário suspender indefinidamente o direito de dirigir do executado ou sua liberdade de viajar, mas sim *impor uma restrição tão gravosa caso ele não cumpra a determinação, que escolha cumprir sua obrigação e dar fim ao problema.*

Novamente se verifica, assim, que tais meios, visam, em verdade, inculcar ao devedor uma situação tal que o faça cumprir a obrigação de pagar que está inadimplente.

Sobre a consecução destas medidas atípicas em si, verifica-se que a apreensão do passaporte se perfaz fisicamente, por ato judicial com a apreensão do documento ou, ainda, indiretamente, mediante ofício dirigido ao departamento competente da polícia federal.

A suspensão do direito de dirigir, pilotar ou navegar, igualmente, se dará mediante a apreensão física do documento da habilitação (CNH, ARRAIS ou BREVÊ) ou mediante ofício aos órgãos competentes.

23 São Paulo. Habeas Corpus 2183713 85.2016.8.26.0000. Impetrantes Paulo Antônio Papini, Ariston Pereira de Sá Filho; Paciente Milton Antônio Salerno; Impetrado MM Juiz de Direito da 1 Vara Cível do Foro Regional de Ipiranga. Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo. DJSP 03/10/2017.** Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/505587588/andamento-do-processo-n-2183713-8520168260000-habeas-corpus-03-10-2017-do-tjsp?ref=topic_feed > Acesso em 05 out 2017.

Quanto à suspensão do uso do crédito do cartão de crédito, para a efetivação o juiz determinará a expedição de ofício às companhias de créditos, comunicando-os da decisão.

As administradoras de cartões de crédito têm o dever, sob o crivo do artigo 378 do NCPC, de colaboração com o judiciário e, caso não seja devidamente cumprido a determinação, poderão (por seus presentantes) incorrer no crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal²⁴.

Ressalta-se, que o mesmo procedimento será adotado nas outras modalidades de coerção, ou seja, mediante ofício para os respectivos órgãos, com o fito de darem o cumprimento da determinação, como já dito.

Assim, conclui-se: quaisquer medidas atípicas, possíveis e imagináveis, podem ser utilizadas para a busca da satisfação do débito, tais como: suspensão de uso do crédito objeto de cartão de crédito (nacional ou internacional), suspensão do direito de dirigir, inscrição em órgão de informação de inadimplência, proibição de contratação de novos empréstimos, e outras medidas que estão surgindo no ordenamento jurídico, respeitado, obviamente, o que se indica abaixo: o momento para isto e a proporcionalidade dos meios atípicos a serem utilizados.

24 CP, Art. 330: Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

O momento autorizador de se utilizar as medidas coercitivas/indutivas atípicas.

A execução de pagar, como dito, volta-se, como regra, ao patrimônio do devedor, presente, futuro e passado (em caso de fraude à execução ou contra credores. NCPC, Art. 789; CC/2002, Art. 391). Assim, a satisfação da obrigação de pagar, como regra, volta-se aos bens da vida que compõem o patrimônio do devedor, com as ressalvas (de impenhorabilidade).

O disposto no inc. IV, do Art. 139, do NCPC é claro quando autoriza que os magistrados possam tomar todas as medidas necessárias para que a decisão judicial, inclusive das obrigações pecuniárias (também as de outras naturezas: fazer, não fazer, mandamental, executiva *lato sensu*, etc...) seja cumprida, de modo que se impõe tal questionamento: há limitações para essa aplicação? E, ainda, na e para a aplicação destas e outras eventuais medidas, o que deverá ser observado?

A questão aqui a se enfrentar é a seguinte: há necessidade de se esgotarem os meios típicos para se permitir, somente a partir disto, como requisito objetivo, a adoção de medidas atípicos indutivas/coercitivas?

Nesta primeira impressão, verifica-se que as novas medidas indutivas/coercitivas devem ser adotadas de forma excepcional, após esgotadas os meios típicos previstos para cada execução/cumprimento de pagar (sejam alimentos, obrigações de natureza alimentar ou civis) e, ainda, des-

de que havendo ao menos indícios de que o devedor usa de artifício para escamotear-se da execução, seja quando levando padrão de vida incompatível com o seu status de inadimplente, sem bens passíveis de satisfazer a dívida, seja ostentando viagens, carros, bens, e, ainda que não se encontrem, efetivamente, bens em seu nome.

Nessa perspectiva, o professor FERNANDO FONSECA GAJARDONI, em seu artigo publicado no JOTA, aborda sobre o momento de se autorizar as medidas coercitivas/indutivas, veja-se:

“Por isso – a prevalecer a interpretação potencializada do art. 139, IV, do CPC/2015 –, o emprego de tais medidas coercitivas/indutivas, especialmente nas obrigações de pagar, encontrará limite certo na excepcionalidade da medida (esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito), na proporcionalidade (inclusive à luz da regra da menor onerosidade ao devedor do art. 805 do CPC/2015), na necessidade de fundamentação substancial e, especialmente, nos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal (v.g., não parece possível que se determine o pagamento sob pena de prisão ou de vedação ao exercício da profissão, do direito de ir e vir, etc.). De todo modo uma coisa é certa: a parte não conta com ninguém mais, a não ser o Estado/Juiz, para fazer a decisão judicial valer. Que a doutrina e os Tribunais se conscientizem que a efetivação é tão, ou até mais importante, do que a própria declaração do direito.”²⁵

25 Disponível em < [https://jota.info/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-](https://jota.info/artigos/a-revolucao-silenciosa-da)

É justamente aí, no atingimento desta vida incompatível do devedor, que as medidas indutivas/coercitivas incidem. Contra os devedores profissionais. Não se pode admitir que um devedor se utilize de ilícito ou abuso para frustrar a prestação jurisdicional executiva. A prática de frustrar a execução, se opor maliciosamente às medidas coercitivas, constitui, inclusive, ato atentatório à dignidade da Justiça (NCPC, Art. 774).

Como explica, a Desembargadora Themis Furquim (PARANÁ, 2016)²⁶:

Não se tratam de mecanismos destinados aos devedores que não têm condições para honrar qualquer compromisso financeiro ou os que passam por dificuldades momentâneas, mas sim àqueles chamados ‘devedores profissionais’, ou seja, que conseguem blindar seu patrimônio contra os credores, com o objetivo de não serem obrigados a pagar os débitos.

É o juiz aplicando a lei para atingir seu fim social (LINDB, Art. 5.º; NCPC, Art. 8.º).

execucao-por-quantia-24082015> Acesso em 27 nov 2017. Dita referência também fora mencionada no acórdão da ementa ora em análise.

26 PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 0041463-42.2016.8.16.0000. Partes Litigantes Rosana Guitti Gamba; Abrão Fuezi Bastos, Relator Themis Furquim. **Diário de Justiça do Estado do Paraná. DJe 24 nov 2016**. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/consultaprocessual/publico/b2grau/consultaPublica.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff72d6c5e2eb4a83ec94166f74fb079388064c5aafe-1777cd7>> Acesso em 28 out 2017.

Ressalta-se que o executado possui o dever de cooperar com justiça para que a demanda obtenha uma solução de forma célere, justa e efetiva, inclusive, se for o caso, indicando bens seus, livres, para se sujeitarem a execução (NCPC, inc. V, do Art. 774), ou, na hipótese de serem tomadas medidas indutivas/coercitivas, competindo-lhe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos (princípio da menor gravosidade ao executado), conforme parágrafo único do Art. 805, do NCPC.

Conforme explicitado na ementa em questão, tal princípio visa proteger o devedor de modo a lhe assegurar condições mínimas de sobrevivência, resguardando a sua dignidade como pessoa. Não existe para proteger o devedor que procede com menosprezo à justiça, com total descaso com suas obrigações, com a parte adversa, praticando conduta atentatória à dignidade da justiça (Art. 77, 772 e 774, todos do NCPC) ou qualquer outra conduta incompatível com o não cumprimento da obrigação de pagar, exatamente o que restou configurado no caso em tela, um abuso por parte do devedor, descumprimento do dever de colaboração (artigo 378 e 380, inciso I do NCPC).

Ademais, a quem a dignidade deve ser resguardada? Ao devedor? Ao credor? Ambos? E se se estiver em conflito a dignidade de um frente à do outro? A execução é feita no interesse do credor. É o devedor quem deixou de cumprir norma de conduta. É ele, devedor, que está, frente ao credor imediatamente e frente à sociedade, mediamente, violando as regras do bem comum.

A inadimplência do devedor já gera ao credor situação de restrição em sua vida e é justamente isto que justifica (após esgotados os meios típicos e em havendo demonstração de vida incompatível com o status de inadimplente e com a aparente ausência de bens), que o devedor deva se sujeitar à estas medidas coercitivas/indutivas.

E, entre elas, podem ser aplicadas cumulativa ou sucessivamente. Também não há restrição objetiva para isto, na lei.

Na ementa ora analisada, verifica-se que fora indeferido o pedido de suspensão da CNH e o passaporte dos executados, sob argumento de tais medidas se mostrarem prematuras e não estarem ligadas à obrigação pecuniária e ainda, sendo de eficácia duvidosa, desproporcional e inadequada, considerando que não se trata de infração de trânsito.

Nesta parte e em parte, critica-se a referida decisão.

É evidente que a proporcionalidade há de ser observada.

Destaque-se que as medidas coercitivas/indutivas incidem na esfera fático-jurídica do devedor para incutir ou fazê-lo adimplir a obrigação pecuniária e, para isto, esta incursão na esfera fático-jurídica não necessita guardar relação com a natureza da dívida objeto da execução. E, usualmente, não vai, manter, justamente porque se trata de meio atípico. E, como dito, o inc. IV, do Art. 139, do

NCPC, também não faz esta limitação. Nem a efetividade da prestação jurisdicional limita.

É assim que já acontece com a tutela específica, onde não realizada a tutela de maneira específica adota-se a prática de atos visando o resultado prático equivalente e, sendo este impossível, a conversão desta obrigação específica em genérica (pecuniária).

Ademais disto, o inadimplemento de obrigação de pagar, para o credor, gera repercussões em sua vida, de todas as ordens. Inclusive em sua psique.

Portanto, as medidas atípicas coercitivas/indutivas adotadas, por interferirem na esfera fático-jurídica do executado inadimplente injustificável, não precisam guardar relação com a natureza da obrigação, mas sim, devem guardar somente a proporcionalidade. A utilização de tais medidas, sucessiva ou cumulativamente, possui o escopo de tão somente coagir o devedor a quitar o débito, imputando-lhe um (ou mais) incômodo(s) da mesma forma ou de intensidade aproximada que ele próprio devedor vem causando ao credor (que também sofre restrição de várias as ordens, ainda reflexamente, considerada a natureza da obrigação, de pagar, em sua esfera fático-jurídica, ante a inadimplência do devedor, ao não receber o que lhe é devido).

Assim, conclui-se que: os meios atípicos, indutivos/coercitivos, isolada ou cumulativamente, devem ser aplicados subsidiariamente, após esgotados os meios típicos previstos para cada espécie execução de pagar quantia e desde

que verificada, ainda, situação/conduita (ilícita, abusiva) do devedor, de vida incompatível com o status de inadimplente e com a aparente ausência de bens sujeitos à execução.

Análise da proporcionalidade da aplicação das novas medidas

As medidas atípicas, como exposto e como constou da própria ementa ora sob comentário, possuem caráter excepcional e encontram limite no plano da proporcionalidade, como critério balizador da decisão e das medidas a serem impostas pelo magistrado, devendo-se observar os três passos apontados pela doutrina: a necessidade (exigibilidade), a adequação (idoneidade) e a proporcionalidade em sentido estrito, as quais juntas possuem o condão de alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores de direito.

No dizer de Barros (1996, p. 76,77)²⁷, a **necessidade** é que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não pode ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. Na consideração de que uma medida é inexistente ou desnecessária, e que, por isso fere o **princípio da proporcionalidade**, é importante indicar outra medida menos gravosa, de menor restrição, apta para lograr o mesmo ou um meio mais idôneo.

27 BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. DISTRITO FEDERAL: Brasília Jurídica, 1996.

No mesmo sentido, a doutrinadora Barros, aduz que a **adequação** dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional.

A respeito do exame da proporcionalidade em sentido estrito, Dimoulis; Matins (2011, p. 210)²⁸, sugere o uso da metáfora da balança, na qual se realiza uma ponderação de valores ou bens jurídicos, avaliando o respectivo peso e devendo prevalecer aquela que na situação concreta, apresenta a maior urgência e importância.

Sobre as premissas fundamentais, seguindo o norte de Medina (2002, p.57)²⁹, os princípios fundamentais do processo estão em três grandes grupos:

“os relativos aos pressupostos básicos da execução sem título permitida; os relativos à estrutura ou forma da execução e sua relação com a cognição, onde estão os princípios da autonomia da execução e do sincretismo entre cognição e execução; e os relativos aos poderes do juiz e sua limitação quanto aos meios executivos suscetíveis de serem utilizados, estando-se diante da tipicidade e atipicidade das medidas executivas, cuja aplicação é norteadas

28 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

29 MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução Civil**. Princípios Fundamentais. São Paulo: RT, 2002.

pelos princípios do meio mais idôneo e da menor restrição possível”.

No entanto, a utilização do princípio da proporcionalidade deve ser no âmbito da interpretação constitucional, respeitando os direitos fundamentais. Sobre o assunto, assim se manifesta Guerra (1999, p. 167)³⁰:

“Por outro lado há que se reconhecer que a valoração feitas pelo juiz ao decidir a respeito do cabimento e do conteúdo adequado da medida coercitiva, são extremamente complexas e exigem elevado descortino quanto à repercussão prática da sanção aplicada. É que, quando se trata de aplicação de medidas dessa natureza se assim está diante de situações-limite, onde princípios fundamentais e de idêntica importância acham-se em “rota de colisão”.”

Dessa forma, se de um lado faz-se necessário o uso dessas medidas para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, por outro lado a sua aplicação pode em certos casos, chocar-se com os direitos fundamentais do devedor, podendo ferir a dignidade da pessoa do mesmo.

Entretanto, como dito, os direitos fundamentais, como o da dignidade, resguardar, além do devedor, também o credor.

Por isso, aqui, se entende que as medidas atípicas devem ser aplicadas de maneira subsidiária e desde que verificado situação de vida ou de conduta incompatível

30 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. 1. ed., 2 tir. São Paulo: RT, 1999.

do executado com o seu status de inadimplente de obrigação de pagar e da aparente ausência de bens sujeitos à execução.

Entretanto, é esta verificação que deve se dar em cada caso. Por exemplo, se o executado depender do uso da CNH para exercer sua profissão, ou precisar do passaporte para viajar a trabalho, é de se considerar que tais restrições seriam extremamente onerosas e desproporcionais ao devedor e, portanto, não deveria ser aplicada, sendo a medida até mesmo desproporcional, uma vez que sem a utilização desses meios para obtenção de renda, não poderá de adimplir o débito.

Deve-se, portanto, insistir em que esse conflito, subjacente a aplicação de medidas coercitivas, se dá entre princípios que asseguram direitos fundamentais e, por causa disso, não se pode solucioná-lo simplesmente por um deles. (GUERRA, 1999, p. 168).

Insta salientar, que o princípio da menor onerosidade, que está previsto no artigo 805 do CPC³¹, também impõe ao devedor o ônus de demonstrar o meio menos gravoso, o que torna perfeitamente controlável e compatível a adoção das medidas atípicas ora indicadas e, para o devedor, pos-

31 Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. **Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.**

sibilitará, ainda, a demonstração por parte dele de outro meio menos gravoso para a tutela executiva.

Novamente frisa-se, que embora deva ser considerado o princípio da menor onerosidade ao executado na aplicação dessas medidas em comento, há de se lembrar a dignidade da pessoa do credor que também possui seus direitos restringidos pela inadimplência e falta de colaboração no processo por parte executado, devendo trazer à baila o princípio da especificidade, que diz que a execução deve propiciar ao credor, na medida do possível, aquilo que ele obteria se obrigação fosse cumprida voluntariamente.

Não resta dúvida que o princípio da proporcionalidade é balizador da aplicação de medidas coercitivas e que deva ser observado em cada caso concreto. Abstratamente, como dito, não se pode, de antemão, restringir a aplicação de medidas atípicas não proibidas em lei. Credor e devedor são merecedores de proteção perante a lei, devendo assegurar, igualmente, a dignidade da pessoa do credor, cuja execução é feita no interesse, sem se descuidar da dignidade da pessoa do devedor, que descumpre a sua obrigação de pagar, não podendo este tem acobertada conduta abusiva, ilícita ou quando tenha vida incompatível com o status de inadimplente e com a aparente ausência de bens sujeitos à execução.

Destaque-se, por fim, que a decisão sobre o cumprir ou não a obrigação de pagar e sofrer a restrição objeto da medida atípica é do devedor.

Saliente-se, ainda, que ao devedor, quando imposta contra si medida atípica, cabe o ataque via agravo por instrumento, com possibilidade de atribuição de efeito suspensivo-decisão recorrida positiva- ou antecipação de tutela recursal-decisão recorrida de cunho negativo- (NCPC, Arts. 1015, p. único³² e 1019, inc. I³³) de maneira que a ele, devedor, além da decisão acerca da submissão à medida (ao não decidir pelo cumprimento da obrigação de pagar) também cabe o controle da proporção da medida, pela via recursal.

Assim, não se pode suscitar que as medidas atípicas cerceariam direito fundamentais do devedor. A submissão à tais medidas está na esfera jurídica do devedor e a ele a lei confere meio de controle (via recursal).

De outra banda, não se pode perder de vistas, também, que o credor está se sujeitando às restrições, iguais ou maiores, com a inadimplência injustificável do devedor, o que legitima a adoção das medidas atípicas, quando presentes os seus requisitos.

32 NCPC, Art. 1015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

33 NCPC, Art. 1019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias: I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

Conclusão

Conclui-se, portanto, que os meios coercitivos/indutivos, atípicos, podem e devem ser aplicados em qualquer tipo de obrigação de pagar quantia/pecuniária, própria ou subsidiária de obrigação específica não realizada, seja originária de alimentos (rito prisional, desconto em folha ou de expropriação), de natureza alimentar (honorários advocatícios, por exemplo) ou civis.

Assim, quaisquer medidas atípicas, possíveis e imagináveis (desde que não expressamente proibidas em lei), isoladas ou cumulativamente, podem ser utilizadas para a busca da satisfação do débito, tais como: suspensão de uso de crédito de cartão de crédito (nacional ou internacional), suspensão do direito de dirigir, inscrição em órgão de informação de inadimplência, proibição de contratação de novos empréstimos, e demais medidas que possam surgir, respeitado, obviamente, o momento certo para a aplicação e a proporcionalidade dos meios atípicos a serem utilizados e desde que não sejam expressamente vedadas em lei.

Logo, as medidas excepcionais terão lugar desde que tenha havido o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito, havendo indícios que o devedor usa de ilícito ou abuso ou tenha vida incompatível com o status de inadimplente e com a aparente ausência de bens sujeitos à execução.

A aplicação de tais medidas atípicas devem ser adequadas e proporcionais ao caso concreto, sem limitação de

dever ser de mesma natureza ou conexas com o crédito inadimplido (natureza da obrigação).

A incidência ou não dos efeitos das medidas atípicas, em derradeira análise, está afeta à decisão do próprio devedor em adimplir ou não a obrigação de pagar, e, assim, não fere direito algum do devedor (liberdade, ir ou vir, dignidade), inclusive porque, igualmente, o controle do ato judicial que impõe a medida atípica está sob sujeição/controlado pela via recursal do agravo de instrumento, com possibilidade, inclusive, de atribuição de efeito suspensivo ou antecipação de tutela recursal.

Ademar Rogério Weber Heylmann

Alexandre H. de Quadros

Carlos Eduardo Quadros Domingos

Cássio Casagrande

Daniel Müller Martins

Fábio Luis Franco

Fernanda Carla Henrique Buseti

Gilberto Giacoia

Letícia de Souza Baddauy

Luiz Fernando Cortelini Meister

Maria da Glória Colucci

Munir Karam