



ANO 3 - NÚMERO 2 - AGOSTO 2018

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR





ANO 3 - NÚMERO 2 - AGOSTO 2018

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.3, n.2 (ago.2018) -- Curitiba: OABPR, 2018. 414 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 |
| Breves reflexões sobre o sistema das incapacidades no código civil brasileiro | 12 |
| Elimar Szaniawski | |
| Notas sobre a prescrição, a inocência e o interesse de recorrer..... | 36 |
| Luiz Antonio Câmara & Guilherme Ramos Justus | |
| A (i)lícitude da cláusula de trava bancária nos contratos de financiamento | 66 |
| Antônio Carlos Efig, Guilherme Misugi & Leonardo Gureck Neto | |
| Multiparentalidade: a socioafetividade nos laços de filiação .. | 107 |
| Ricardo Lucas Calderón | |
| Reflexões sobre a flexibilização procedimental | 142 |
| Fabio Caldas de Araújo | |
| Fundamentação das decisões judiciais, racionalidade argumentativa e os paradoxos da realidade brasileira..... | 172 |
| Francisco Cardozo Oliveira | |
| Regime jurídico e legitimidade passiva nas ações de responsabilidade civil por danos causados na prestação de serviços públicos de saúde | 201 |
| Silvio Guidi | |

**Intervalo intrajornada na reforma trabalhista
- lei 13.467/2017 231**

Marco Antônio César Villatore & Miriam Olivia Knopik Ferraz

**Reabilitação criminal: repensando os critérios
de comprovação da (in)idoneidade moral exigida
pelo inc. Vi, do art. 8º, do EOAB. 254**

Rodrigo Sánchez Rios

**Estabilização da tutela antecipada antecedente:
Seus propósitos e requisitos 283**

Cristina Leitão

**Honorários sucumbenciais na justiça do trabalho
- lei 13.467/2017: Evolução ou retrocesso? 307**

Mariane Josviak & Paulo Eduardo da Silva Muller

**Compliance no brasil: aspectos da responsabilidade fiscal
das empresas no combate à corrupção. 343**

Eliane de Oliveira Moreira

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE..... 376

**A irretroatividade do benefício da justiça gratuita sobre verbas
honorárias já arbitradas nos autos..... 377**

Maurício Barroso Guedes

PALAVRA DO PRESIDENTE

Extrema atualidade jurídica

A prática da advocacia reveste-se de diversos pressupostos, entre os quais destaca-se o da constante atualização profissional. Em um mundo cada vez mais frenético, a realidade líquida nos impõe novos costumes, conceitos e classificações.

Assim é que hoje temos uma sociedade muito distinta daquela que há 30 anos testemunhou a promulgação da Constituição Federal. Sob sua vigência, inúmeros diplomas infraconstitucionais foram incorporados ao nosso arcabouço legal, como os novos Códigos Civil e de Processo Civil, o Direito Penal Econômico (com manifestações iniciais ainda nos anos 1980, mas consolidado nas décadas seguintes), o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei Maria da Penha, as alterações nas legislações trabalhista e eleitoral, e tantas outras inovações. A tecnologia passou a ser parte do dia a dia, com a preponderância dos meios digitais. Conceitos foram expandidos, a exemplo da nova definição de família. E cabe aqui uma indagação: quem no país saberia o que é compliance antes das operações anticorrupção deflagradas nos últimos anos?

É nesse universo que se insere a Revista da ESA, publicando estudos de alta relevância para a rotina do profissional do Direito. A presente edição traz treze ensaios de extrema atualidade, cobrindo temas que vão desde a responsabilidade civil às incapacidades, da filiação em casais homoafetivos até a intrajornada nas relações de trabalho; dos honorários sucumbenciais à exigência de idoneidade moral para a prática da advocacia, passando pelas incapacidades à luz do Código Civil.

Um dos ensaios, de autoria do juiz Francisco Cardozo Oliveira, fala dos paradoxos da realidade brasileira, em um cenário que às vezes é até capaz de gerar perplexidade. Como escreveu o advogado e economista Belmiro Castor, “o Brasil não é para amadores”.

Para entender e explicar esse processo é que estamos colocando a sua disposição este novo número da nossa Revista da Esa.

Boa leitura!

José Augusto Araújo de Noronha
Presidente da OAB Paraná

APRESENTAÇÃO

É neste mês de agosto, muito importante por ser o mês de comemoração do dia do Advogado, que apresentamos a 7ª edição da Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR, disponível em versão eletrônica gratuita à comunidade jurídica.

Mais uma vez o objetivo foi alcançado: disponibilizar artigos de doutrina jurídica especializada, de renomados autores e que tratem de temas de interesse prático-teórico do advogado. Dentro desse propósito, esta 7ª edição apresenta artigos que analisam questões ligadas à responsabilidade civil na área de serviços públicos de saúde, honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho, responsabilidade fiscal das empresas no combate à corrupção, flexibilização procedimental no processo civil, fundamentação das decisões judiciais, multiparentalidade, o sistema das incapacidades no Código Civil Brasileiro, reforma trabalhista, prescrição e declaração de inocência na esfera criminal e, também, traz importante artigo ligado a requisito obrigatório de inscrição nos quadros da Ordem, de idoneidade moral. E, ainda, a Revista mais uma vez apresenta sua seção de jurisprudência comentada, voltando a analisar os honorários de sucumbência, tema sensível a todos os Advogados.

Acreditamos que esta obra, uma vez mais, reafirma o compromisso da instituição em contribuir para o aprimoramento cultural da classe jurídica, oferecendo conteúdo de livre acesso para a constante atualização dos advogados e para o uso profissional destes.

A Coordenação Científica, no cumprimento de seu mister, reconhece que os esforços para a conclusão de mais este volume da Revista, somente lograram bom êxito devido à participação dos juristas autores, que prestaram valioso apoio ao enviarem os artigos, que compuseram esta obra coletiva.

Agradecemos, sempre, todo o suporte prestado pela Diretoria da OAB-PR, Conselheiros, colaboradores da ESA-PR e por aqueles que, de algum modo, contribuíram para o êxito desta publicação.

Uma boa leitura a todos.

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

Coordenadores Científicos

DOCTRINA

BREVES REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA DAS INCAPACIDADES NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Elimar Szaniawski

Professor Titular de Direito Civil, da Faculdade de Direito da UFPR. Advogado em Curitiba

Introdução: o sistema das incapacidades no Código Civil brasileiro

A promulgação do Código Civil brasileiro em 10.01.2002, faustosamente denominado por seus idealizadores de “Código Civil do terceiro milênio” não trouxe entusiasmo para muitos civilistas brasileiros. A nova codificação deixou janelas abertas para o séc. XIX, não acompanhando, adequadamente, a evolução social, tecnológica e biomédica da sociedade brasileira, no decorrer do séc. XX.

Embora tenha o Código Civil de 2002 avançado ideologicamente em relação ao pensamento do legislador civil de 1916, devido ao seu alinhamento aos novos paradigmas inaugurados pela Constituição de 1988, nosso “novo” Código Civil mantém-se voltado primordialmente às questões de natureza patrimonial. Não se pode negar, no entanto,

que o Código Civil de 2002 preocupou-se em tutelar a “pessoa” e sua natureza existencial, porém, cuida, muito mais, de seu patrimônio.

A recepção da categoria de direitos de personalidade, regulamentados nos arts. 11 a 21 consolidou a noção de direitos existenciais do indivíduo, na sistemática civilista brasileira, ao lado dos direitos pessoais, familiares e patrimoniais.

O Código Civil de 2002 voltado para as concepções do séc. XIX regulamentou em sua versão originária, a capacidade civil das pessoas naturais nos arts. 3º e 4º, segundo a clássica tricotomia, que a classifica em *incapacidade absoluta*, *incapacidade relativa* e *capacidade absoluta ou plena* para exercer atos na vida civil.

No art. 3º, trata o código da incapacidade absoluta; estabelecendo que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. No art. 4º, cuida o mesmo diploma legal, da capacidade relativa determinando serem incapazes relativamente ao exercício de certos atos ou à maneira de exercê-los, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos.

O Código Civil de 2002 alicerçou o sistema das capacidades sobre dois grandes princípios. O primeiro princípio informa que a capacidade civil objetiva à prática dos

negócios e atos jurídicos. O segundo princípio, garante que a capacidade se constitui em regra geral e a incapacidade consiste em exceção.

A capacidade civil apresenta duas modalidades, a *capacidade de direito*, também, denominada *capacidade de gozo* e a *capacidade de fato* ou *capacidade de exercício*. A capacidade de direito é adquirida juntamente com a personalidade, no momento da concepção. (Szaniawski, 2005, ps. 65/66). Consiste na aptidão genérica para alguém ser titular de direitos e deveres na ordem jurídica, ser sujeito de relações jurídicas. (Amaral, 1998, p. 216). A capacidade de fato é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil e para o exercício dos direitos como efeito imediato da autonomia de que as pessoas dispõem. (Amaral, 1998, p. 216). Logo, o Código Civil brasileiro concebe a capacidade civil como sendo a aptidão para adquirir direitos e exercer por si, atos e negócios jurídicos da vida civil.

A capacidade de agir, segundo afirmamos, constitui-se em regra. Contudo, diversos fatores poderão estabelecer impedimentos ou limitações ao exercício da capacidade surgindo, segundo uma perspectiva tradicional, a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa das pessoas. Os fatores que podem limitar ou impedir o exercício, por si só, de atos na vida civil consistem na idade, na saúde, no discernimento, na aculturação e na localização da pessoa. Existindo um dos fatores que cause impedimento ou limitação à capacidade da pessoa, esta não poderá praticar por si só atos ou negócios jurídicos, necessitando do auxílio

ou da intervenção de terceira pessoa, possuidora de plena capacidade civil para, respectivamente, representá-la ou assisti-la na realização de tais atos.

A limitação da capacidade ao exercício dos direitos, tornando o indivíduo absolutamente incapaz ou relativamente incapaz, visa proteger as pessoas quando da realização de seus negócios, tutelando não só o sujeito, mas também, o próprio negócio. O desrespeito à norma que determina a representação ou a assistência do absolutamente ou relativamente incapaz, por terceira pessoa capaz, quando da realização de seus negócios, inquina o negócio ou o ato praticado com a sanção de nulidade ou anulabilidade, respectivamente. (CC arts. 166, I e 171, I). Pode-se, então, afirmar que as limitações impostas pelo legislador civil às capacidades de fato das pessoas, objetivaram a proteção aos interesses patrimoniais.

2. A concretização dos direitos existenciais da pessoa no ordenamento civil brasileiro

O término das duas grandes guerras mundiais trouxeram profundas alterações sociais em todo o mundo, deflagrando uma nova ordem econômico social ao séc. XX, que se estendeu pela Europa, Ásia e Américas. Em razão desta nova ordem econômico social, o sistema jurídico de origem romano-germânico, pautado pelo Direito Civil clássico, constituído por um sistema “fechado”, engessado pela codificação, deixou de responder às necessidades sociais,

bem como às necessidades do homem singular. (Amaral, 1998, p. 170). Desse modo, deixou o direito civil de ser o ponto nuclear da ordem jurídica dos povos, vindo a Constituição a ocupar o lugar desse e passou a determinar os princípios e as regras que constituem as relações sociais.

As constituições passaram, necessariamente, a avocar para si a regulamentação das instituições fundamentais e das categorias do direito que tradicionalmente pertenciam à área do direito privado, como o direito de propriedade, o direito de família e o direito contratual. Em decorrência desse fenômeno, o direito civil codificado passou, essencialmente, a ser lido sob a ótica dos princípios constitucionais. De acordo com essa nova ótica, o direito civil além de tutelar os valores patrimoniais individuais em si, passa a estender seu poder de atuação no sentido de realizar a efetivação de valores existenciais e de justiça social. (Szaniawski, 1999, p. 21).

Em virtude desse fato, o entendimento predominante tem sido o de dar ao operador do direito, o poder de aplicar diretamente os princípios e os valores inseridos nas normas constitucionais tanto nas relações do Estado com a pessoa, como nas relações entre indivíduos particulares, no âmbito de seus interesses privados.

A Constituição brasileira de 1988, seguindo o paradigma inaugurado no pós-guerra, adotou entre os princípios fundamentais que a informam, o princípio- mãe da *dignidade* da pessoa humana, inserindo-o no inciso III, do

seu art. 1º, devendo o ordenamento jurídico ser lido e interpretado segundo esse princípio fundamental. (Szaniawski, 1999, p. 22). A categoria da *dignidade* se revela como uma cláusula geral de tutela da personalidade do ser humano. (Szaniawski, 2005, p. 139).

O Código Civil brasileiro de 2002, ao alinhar o direito civil aos princípios e normas emanados da Constituição, recepcionou a categoria dos direitos de personalidade, regulando o direito geral de personalidade no art. 12 e alguns direitos especiais de personalidade nos arts. 13 ao 21. (Szaniawski, 2005, p. 178).

A recepção e o tratamento dado pelo Código Civil à categoria dos direitos de personalidade concretizaram o reconhecimento e a tutela dos direitos existenciais das pessoas.

O Código Civil alinhado ao novo paradigma da Constituição provocou alterações significativas ao caráter patrimonialista do direito civil brasileiro, comprometendo o tradicional exercício dos direitos subjetivos, categoria destinada à tutela dos interesses patrimoniais. A categoria dos direitos subjetivos mostrou-se insuficiente para o exercício e a proteção dos direitos não patrimoniais da pessoa. Assim, foi necessário buscar-se a categoria da *situação jurídica* para a realização da tutela dos interesses existenciais. Enquanto a situação jurídica patrimonial tem por escopo a livre iniciativa negocial; a situação jurídica existencial tem por função proporcionar o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa.

O Código Civil de 2002 embora tenha se afastado da natureza excessivamente patrimonialista do Código Civil de 1916, deixou, porém, aberta para o séc. XIX, a janela na qual se encontram as capacidades civis, mantendo, em parte, o modelo patrimonialista que possuía a codificação derogada e a aplicação da teoria do sujeito de direitos para seu exercício.

A regulamentação das capacidades pelo legislador civil de 2002 mostra-se obsoleta e incongruente em relação à recepção dos direitos de personalidade e da noção de dignidade da pessoa humana, que informa todo o sistema jurídico brasileiro. Em virtude desse fato, o sistema das capacidades civis no Código Civil brasileiro tornou-se lacunoso e insuficiente, por não prever e regulamentar a capacidade existencial do indivíduo.

Dessa maneira, quando se tratar da tutela de interesses existenciais, a capacidade de fato não deverá ser atrelada à noção de sujeito de direitos abstrato, mas deverá vincular-se à pessoa em sua dimensão total, não importando encontrar-se a mesma, ainda, no ventre materno em estado embrionário ou ser ela criança, adolescente, idoso ou portadora de deficiência. Quando se tratar do exercício de situações subjetivas existenciais não se poderá pensar em limitar sua capacidade em decorrência de idade ou de situações especiais. Havendo discernimento, a vontade livre e consciente da pessoa deverá ser ouvida e respeitada, afastando-se em definitivo as figuras da assistência e da representação, tão caras às situações jurídicas patrimo-

niais. O regime das capacidades de exercício de situações existenciais deverá promover sempre a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade humana.

3. A reforma do Regime das Incapacidades do Código Civil pela Lei nº 13.146/2015

O regime das incapacidades do Código Civil, pela sua ineficiência e incongruência em relação ao sistema jurídico constitucional brasileiro, embora tardiamente, foi objeto de uma reforma de extensão considerável, pela Lei nº 13.146/2015.

A Lei nº 13.146/2015 institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo escopo é assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, ocasionando sua inclusão social e o exercício da cidadania. Para poder assegurar e promover o efetivo exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pelas pessoas portadoras de deficiência foi necessária a reforma dos arts. 3º e 4º, do Código Civil, tendo em vista que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, por meio do seu art. 6º, considera que, em princípio, as pessoas portadoras de deficiência são pessoas portadoras de capacidade civil plena.

Diversamente da regulamentação das incapacidades pelo Código Civil, afasta o Estatuto da Pessoa com Deficiência a atribuição de incapacidade em relação aos por-

tadores de deficiência, mesmo em relação àqueles que são deficientes mentais, mesmo quando for exigida a aplicação de institutos assistenciais.

O art. 3.º, do Código Civil, teve a redação de seu *caput* alterada e os incisos derogados pelo art. 114, da Lei nº 13.146/2015. O referido artigo passa a determinar: “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

O art. 4º, do Código Civil, teve apenas derogados pela referida Lei, os incisos II e III, que tratam da incapacidade relativa dos que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e dos excepcionais, ditos especiais, que não possuam desenvolvimento mental completo. Os demais casos de redução da capacidade plena para a relativa ficaram mantidos com a renumeração dos incisos.

A Lei nº 13.146/2015 a fim de poder garantir aos deficientes que necessitem de apoio ou de auxílio para a prática de atos ou negócios jurídicos instituiu nova categoria jurídica no direito brasileiro, denominada *tomada de decisão apoiada*, que consiste em um procedimento pelo qual a pessoa com deficiência elege, pelo menos, duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para que ela possa exercer sua capacidade.

O ingresso do novo instituto no direito brasileiro provocou profunda reforma no Título IV, do Livro IV, da Parte Especial, do Código Civil, especificamente o capítulo que cuida da Curatela, mediante reforma dos arts. 1.767 e 1.777; revogação dos arts. 1.768 a 1.773 e art. 1.776 e a inclusão do art. 1.775-A. Foi, também, incluído o Capítulo III, com apenas um artigo, o art. 1.783-A, que dispõe sobre a *tomada de decisão apoiada*.

A figura da *tomada de decisão apoiada* não se confunde com a categoria da *curatela*. Na *tomada de decisão apoiada*, o deficiente permanecerá com o exercício de sua capacidade de fato; mesmo nos atos em que receba auxílio e orientação dos apoiadores. O portador de deficiência não sofrerá restrições no tocante à capacidade, apenas será privado de legitimidade para praticar determinados atos da vida civil. A *tomada de decisão apoiada* consiste em uma categoria jurídica que se afasta dos institutos protetivos da *tutela* e da *curatela* no que diz respeito à sua estrutura e à função. Por estas características, verifica-se que a *tutela* e a *curatela* são categorias destinadas prioritariamente à proteção do âmbito patrimonial do tutelado ou do curatelado, possuindo estes incapacidade absoluta. (Rosenvald, 2015).

O reconhecimento aos portadores de deficiência à capacidade de fato plena reduz, consideravelmente, a interposição do instituto da *curatela* na atualidade, transformando-se a aplicação desta, em medida excepcional.

4. A deficiência do sistema das incapacidades do Código Civil em relação aos adolescentes pacientes terminais e aos adolescentes portadores de disforia de gênero.

A reforma do regime das incapacidades do Código Civil, realizada em 2015, constitui-se em um significativo avanço legislativo, muito importante para a tutela da dignidade do deficiente.

O legislador brasileiro, todavia, foi tímido e omissivo, deixando de aproveitar a oportunidade da reforma do regime das incapacidades do Código para consagrar e regulamentar a categoria da *capacidade existencial* da pessoa. Deixou o legislador de 2015, ao reformar o regime das incapacidades codificado, de abarcar a situação jurídica dos adolescentes, pacientes que estejam vivenciando a fase terminal de suas vidas e que desejam exercer seu direito à recusa de iniciar um novo tratamento médico ou de prosseguir com determinada terapia que se mostra inócua. A mesma situação se apresenta aos adolescentes portadores de disforia de gênero primária, os quais, desde cedo, queiram vivenciar seu sexo psíquico, ou mesmo realizar, por sua própria vontade, a cirurgia de transgenitalização, adequando seu sexo morfológico ao seu sexo psíquico.

Consoante legislação vigente, as decisões no tocante à recusa ou continuidade ao tratamento médico do adolescente, paciente terminal, cabe aos pais ou ao tutor, na qualidade de assistentes, aplicando-se a esta situação, o re-

gime das incapacidades civis de natureza patrimonial, por não haver, no direito positivo brasileiro, uma lei expressa que reconheça aos adolescentes sua capacidade existencial para decidir o que lhes parece melhor para si próprios. Este é o fato que diariamente vem ocorrendo nos hospitais brasileiros, a vontade final do paciente adolescente lhe é subtraída transferindo-a aos genitores ou ao tutor.

No entanto, a Constituição em seu art. 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 15 consagram a *dignidade* da criança e do adolescente como pessoas que são, garantindo-lhes o direito à expressão, à opinião, à crença e à autonomia, entre outros direitos que lhes são inerentes.

Diante do mandamento contido na Constituição, o art. 3º, do Código Civil, passou a ser interpretado de acordo com o Enunciado nº 138, do CJF, (IIIª Jornada de Direito Civil, 2004), no sentido de que “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inciso I, do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”. Embora não se trate o citado enunciado de uma lei com eficácia *erga omnes*, os enunciados representam “um indicativo para a interpretação do Código Civil, estando todos diretamente relacionados a um artigo de lei, e significam o entendimento majoritário das respectivas comissões, nem sempre correspondendo à proposição apresentada pelo congressista”. (Aguiar Jr.. 2005, p. 9).

O citado Enunciado vem, por fim, reafirmar a exegese de parte da doutrina brasileira a qual, interpretando a Constituição e as normas estatutárias do ECA, defendia a presença e a vigência da categoria da *capacidade existencial* no direito brasileiro.

Embora grande parte dos operadores do direito defendam a existência da capacidade existencial em nosso sistema jurídico, e de o adolescente ser titular do direito à autonomia e à autodeterminação para decidir, por si só, sobre sua vida e sua própria saúde, os médicos e profissionais da saúde vem-se mantendo alheios ao exercício do direito de recusa de o paciente criança ou adolescente que se encontra em estado terminal, de se submeter a determinado tratamento clínico ou cirúrgico, cuja finalidade é simplesmente a de protelar o momento do final da vida.

No ano de 2005, o Conselho Regional de Medicina do Ceará – CREMC emitiu um Parecer, sob nº 16/2005, mediante o qual, reconhece que paciente adolescente, mesmo não se encontrando em estado terminal, possui autonomia para decidir se aceita ou não, submeter-se a procedimentos médicos que porventura lhe sejam propostos.

Trata o caso de uma paciente de 17 anos de idade, portadora de Osteossarcoma de Fêmur Esquerdo apresentando sinais radiológicos de “skip metastasis”. A paciente havia realizado duas sessões de quimioterapia *neodjuvante* sem, no entanto, obter resposta clínica ou radiológica ao tratamento. Realizado exame tomográfico computadorizado de

tórax, excluiu o referido exame a existência de lesões metastáticas. Posterior avaliação do Serviço de Ortopedia do HGF, concluiu este que a melhor indicação à paciente seria a de desarticulação do membro inferior esquerdo.

Ao final, decidiram os pais da enferma pela realização da amputação do membro inferior esquerdo lesado, de acordo com o laudo do Serviço de Ortopedia do HGF. A paciente, no entanto, após ter sido devidamente esclarecida pela junta médica, da situação de sua saúde e da recomendação do Serviço de Ortopedia do HGF no sentido da amputação da perna esquerda, recusou-se em consentir na realização de tal procedimento, contrariando, inclusive, a decisão formal dos pais.

Diante da controvérsia estabelecida entre a vontade da paciente, relativamente incapaz, segundo o sistema das incapacidades do Código Civil e da vontade dos pais, assistentes legais da menor, relativamente incapaz, foi instaurado um procedimento administrativo de consulta sobre o direito de a paciente recusar ao tratamento médico, ao Conselho Regional de Medicina do Ceará, Processo Consulta, nº 5.746/2005- CREMEC.

Relatado o feito pelos médicos Dalgimar Beserra de Menezes e Urico Gadelha de Oliveira Neto, (2005), entenderam estes pela predominância da vontade da paciente, mesmo sendo esta, ainda, adolescente, por possuir capacidade de escolher sobre o que entende ser melhor para si, pois lhe assiste o discernimento para entender os fatos.

Diz a ementa da decisão do CREMEC: “Adolescente em gozo de suas faculdades mentais tem livre direito de recusar tratamento cirúrgico mutilador, mesmo contrariando o consentimento dos genitores”.

Essa importante decisão administrativa reconhece ao paciente relativamente incapaz, o direito de decidir sobre sua própria saúde, mesmo contrariando anterior decisão de seus pais, encontrando seus fundamentos na existência de dois pressupostos fundamentais que dizem respeito ao *discernimento* do paciente e de sua *autonomia* para decidir sobre sua própria saúde.

A presença do pressuposto *discernimento* do paciente é fundamental para informar a capacidade de o adolescente paciente decidir sobre sua saúde e autonomia corporal.

A renúncia pelo paciente a determinado tratamento médico consiste em uma situação jurídica existencial, vinculada ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à promoção da dignidade dele. (Copi, 2016, p. 105).

Na hipótese em que o paciente perde sua consciência, não podendo declarar sua vontade, torna-se legítimo o consentimento dos familiares. Nessas condições o *consentimento* manifestado pelos familiares se caracteriza como o exercício de um legítimo *dever familiar*.

O fato de o paciente estar correndo grave risco de vida caracteriza o *estado de necessidade*. A constatação do *estado de necessidade* justifica a intervenção

imediate do médico tornando-se, nesta hipótese, lícita a diminuição permanente da integridade psicofísica do paciente, sem seu expresso consentimento. A efetiva comprovação do *estado de necessidade* do paciente transfere, primeiramente, seu poder de consentimento ao cônjuge, aos parentes ou ao representante legal. Todavia, diante de iminente risco de vida do paciente, não sendo possível encontrar alguma das pessoas acima referidas, ou não havendo tempo para procurá-las, estará o médico autorizado a realizar todos os meios possíveis para salvar a vida do indivíduo, independentemente do consentimento de seja quem for.

Ausente o estado de necessidade ou estando o paciente, mesmo menor de dezoito anos, consciente e ciente de sua situação, caberá a ele decidir sobre sua saúde e sobre a própria vida, exercendo sua capacidade existencial.

Outra hipótese na qual se manifesta o exercício da capacidade existencial de adolescentes ou mesmo, de crianças é a do diagnóstico de transexualidade primária.

A transexualidade consiste em uma “pseudo-síndrome psiquiátrica, profundamente dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se identifica com o gênero oposto. Trata-se de manifestação extrema de inversão psicosssexual na qual o indivíduo nega o seu sexo biológico e exige a operação de reajustamento sexual a fim de poder assumir a identidade do seu verdadeiro gênero que não condiz com seu sexo anatômico”. (Fa-

rina, 1982). Segundo Klabin (Klabin, 1981), a transexualidade primária consiste na modalidade de disforia de gênero na qual o paciente sofre a transformação do sexo precoce, insistente e imperativamente, sem haver desvio significativo tanto para o travestismo como para a homossexualidade.

Muitos especialistas da matéria opinam no sentido de que a síndrome da transexualidade se origina antes mesmo de a criança ter a capacidade de discernimento, com a possibilidade de se manifestar por volta dos dois primeiros anos de vida. (Szaniawski, 1999). Este fenômeno explica as razões de muitos meninos se transvestirem de meninas, de brincarem com bonecas e de se sentirem, eles próprios, meninas. O oposto, também ocorre. Meninas que usam roupas masculinas, brincam com brinquedos de meninos e se comportam como garotos. Estes fatos vêm provocando o surgimento de um novo modelo de educação familiar, no sentido de que os pais não venham a desenvolver nos filhos uma educação de gênero. São as próprias crianças que decidem se elas são meninos ou meninas, independentemente de seu sexo biológico. (Fantástico, 2016).

A proposição de educar os filhos sem a imposição de um determinado gênero vem sendo justificada como o direito de a criança desenvolver paulatinamente, durante seu crescimento, seu próprio gênero, isento de influências externas. Segundo este pensar, a criança, na medida da conscientização sobre o sexo e a sexualidade, poderá identificar

e selecionar seu verdadeiro gênero, mediante sua capacidade existencial, conforme seu próprio ver e sentir a vida.

A Resolução do CFM nº 1.955/2010, determina na alínea 2, do art. 4.º, os critérios para a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalização, entre eles, a idade mínima de 21 anos. Segundo nosso pensar, razão assiste ao Conselho Federal de Medicina em exigir a idade mínima de 21 anos para o paciente transexual realizar a cirurgia de transgenitalização, tendo em vista que a partir dessa idade seu desenvolvimento físico e mental estará pleno, além do fato de o paciente já ter vivenciado sua sexualidade psíquica por alguns anos e ter discernimento pleno para enfrentar a delicada e complexa cirurgia de adequação de seu sexo biológico ao seu sexo psíquico.

O vivenciar do sexo psíquico desde a adolescência ou mesmo, anteriormente a ela, não se confunde com o fato de a pessoa se submeter à realização da cirurgia de transgenitalização. O vivenciar do sexo psíquico, desde a adolescência ou mesmo, anteriormente a ela, tem como pressuposto o legítimo exercício da capacidade existencial.

Na presente situação, tal como no caso da renúncia pelo paciente menor a se submeter a determinado tratamento médico, será fundamental a presença do pressuposto *discernimento* e compreensão dos fatos pelo menor transexual, para poder decidir sobre sua saúde, sexualidade e autonomia corporal.

bordinam ao sistema público de saúde, deficiente e falido. Estes, nem sempre possuem a maturidade e o discernimento necessários para decidir sobre sua própria vida ou saúde.

Cada grupo apresenta um estado de compreensão da vida e de discernimento diferentes, sendo que os adolescentes pertencentes ao segundo grupo, na grande maioria das vezes, não possuem condições de exercer, por si só, sua capacidade existencial.

Não devemos esquecer que “os direitos decorrem da situação pessoal, dos papéis sociais e econômicos exercidos pelo indivíduo, das diversas relações decorrentes dos grupos sociais em que se integra, de acordo com os valores que a sociedade faz predominar em determinado momento histórico e a regulação das condutas sociais em atenção ao fundamento da identidade do indivíduo e dos grupos sociais em que está o mesmo inserido”. (Slaibi Filho, 2010, p. 4).

A situação individual de cada pessoa conduz à necessidade de o exercício da capacidade existencial ser casuísta, considerando não só a idade da criança ou do adolescente que vai consentir, mas também, o meio de onde o jovem provém, seu grau de instrução e sua capacidade para compreender o fato e decidir sobre o mesmo.

6. Conclusão

O Código Civil em vigor trouxe avanços em relação ao Código Civil de 1916 devido ao seu alinhamento aos no-

vos paradigmas personalíssimos e familiares inaugurados pela Constituição de 1988.

A nova codificação, porém, deixou muitas janelas abertas para o séc. XIX não acompanhando a evolução social, tecnológica e biomédica da sociedade brasileira, no decorrer do séc. XX mantendo-se, em muitos aspectos, ancorada às questões de natureza patrimonial.

O Código Civil de 2002 ao dedicar um capítulo à tutela dos direitos de personalidade, preocupou-se em cuidar da natureza existencial do ser humano. No entanto, ao regular o regime das incapacidades, a codificação civil manteve-se fiel à concepção patrimonialista oitocentista, sem tutelar a categoria da capacidade existencial, que ficou esquecida para o Código Civil do séc. XXI. Somente após o decurso de treze anos de vigência do Código Civil de 2002, é que foi reformado o vetusto sistema das incapacidades civis codificadas. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo objetivo é o de assegurar e em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, promover sua inclusão social e o exercício da cidadania, provocou a necessária reforma dos arts. 3º e 4º, do Código Civil, tendo em vista que o Estatuto da Pessoa com Deficiência determina que, em princípio, as pessoas portadoras de deficiência são pessoas que possuem capacidade civil plena.

A reforma do regime das incapacidades do Código Civil pela Lei nº 13.146/2015, somente outorgou capaci-

dade plena às pessoas portadoras de deficiência física ou mental, não a estendendo para os demais casos de capacidade meramente existencial de pessoas sem deficiência. Permanece, no entanto, a deficiência do sistema das incapacidades codificado em relação aos adolescentes, pacientes terminais ou não, às crianças portadoras de discernimento e aos adolescentes portadores de disforia de gênero primária, por não tratar o Código Civil da categoria da capacidade existencial.

O Enunciado nº 138/2004, do Conselho da Justiça Federal propõe uma exegese ampla ao inciso I, do art. 3º, do Código Civil, no sentido de ser a vontade dos absolutamente incapazes juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto. Esse Enunciado reafirma a categoria da capacidade existencial das pessoas, independente de sua idade e do seu *status*, em nosso sistema jurídico.

Deve, porém, ser considerado que entre nós existem dois universos heterogêneos, que agrupam as crianças e os adolescentes brasileiros, que impossibilitam o tratamento igualitário aos adolescentes quanto ao exercício de sua capacidade existencial. O primeiro grupo possuidor de acesso a um patrimônio mínimo existencial e educação razoável, compreendem a vida e possuem o discernimento necessário para decidir sobre sua própria vida, saúde e integridade corporal. O outro grupo, composto por jovens que devido à ausência de acesso a um patrimônio mínimo existencial, sem possuírem um mínimo de educação razoável,

vel, entre outras deficiências sociais, nem sempre possuem a maturidade e o discernimento necessários para decidir sobre sua própria vida ou saúde.

Por estas razões, a matéria do exercício da capacidade existencial por crianças e adolescentes, enquanto não for adequadamente regulamentada, deverá ser sempre casuística, considerando a situação individual de cada pessoa, a família e o meio de onde cada jovem provém, seu grau de instrução e sua capacidade para compreender o fato e decidir sobre o mesmo.

Referências.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *IIIª Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. Rio de Janeiro. Renovar. 1998.

COPI, Lygia Maria. *Recusa a Tratamento Médico por Adolescentes Pacientes Terminais. Do direito à morte com dignidade e autonomia à insuficiência do regime das incapacidades*. Dissertação de Mestrado. PPGD/UFPR. 2016.

Enunciado nº 138/2004, do Conselho da Justiça Federal. Brasília, 2004. In www.cjf.jus.br/enunciados. Acessado em 14.09.2012.

FARINA, Roberto. *Transexualismo. Do Homem à Mulher Normal Através dos Estados de Intersexualidade e das Parafilias*. São Paulo: Novalunar, 1982.

KLABIN, Aracy Augusta. Transexualismo, RDC, 17/27-48, 1981.

PROCESSO CONSULTA - CREMEC nº 5.746/2005. Rel. Dalgimar Beserra de Menezes e Urico Gadelha de Oliveira Neto. Decisão de 26.12.2005. In <http://www.cremec.com.br/pareceres/2005/par1605.htm>. Acessado em 12.04.2016.

ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada. In https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1462502307400791&id=140720712924951&substory_index=0 (2015). Acessado em 25.04.2016.

SLAIBI Filho, Nagib. Igualdade, identidade e direito à diferença: notas sobre os múltiplos estatutos jurídicos do cidadão do século XXI. Revista de Direito nº 72/2010. In http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/. Acessado 25.04.2016.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo RT. 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual*. São Paulo. RT. 1999.

NOTAS SOBRE A PRESCRIÇÃO, A INOCÊNCIA E O INTERESSE DE RECORRER.

Luiz Antonio Câmara

Doutor e mestre em Direito Penal e Processual Penal pela UFPR. Advogado Criminal.

Guilherme Ramos Justus

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo CELC e pela EMAP. Advogado.

Resumo: A extinção da punibilidade pela prescrição no Direito brasileiro impede o imputado de recorrer da decisão judicial buscando a declaração da inocência. A jurisprudência unânime entende se encontrar ausente o *interesse recursal*. Tal posição se funda na pretensa identidade entre a decisão que extingue a punibilidade e aquela que absolve e, ainda, na inexistência de consequências *práticas* de decisão absolutória. Contudo, inexistente tal identidade entre as decisões de natureza diversa e o impedimento de apelar, fundado na economia processual, confronta princípios da Constituição e de tratados internacionais de direitos humanos.

1. Introdução.

Da sentença criminal condenatória decorre uma série de consequências, destacando-se, entre elas, a imposição de pena restritiva da liberdade. O ato decisório de mérito no processo cognitivo resolve especialmente questões relacionadas à existência do crime e da autoria.

Não são incomuns casos em que, após o proferimento da decisão condenatória, se constata a ocorrência da extinção da punibilidade pelo advento de prescrição retroativa. Com a declaração desta não há aplicação de penas principais ou acessórias em razão da perda para o Estado do Direito de punir.

Em tais casos os tribunais brasileiros sedimentaram posição no sentido de que, não derivando da decisão condenatória consequência *prática*, o condenado não tem interesse recursal. Se se interpõe recurso com o objetivo de buscar a absolvição não é ele admitido. Contra tal postura há pouca oposição em razão da consolidação da ideia de que a extinção da punibilidade afasta quaisquer efeitos negativos.

Entretanto, mesmo que nenhuma sanção sobreviva à extinção, alguns resultados não positivos da condenação emitida persistem indefinidamente.

Diante de tal panorama, certamente em razão de economia processual e sobrecarga de trabalho, os tribunais se omitem na discussão mais aprofundada acerca dos efeitos da condenação superada pela prescrição. Em regra, alguns efeitos, destacadamente extrapenais, não comparecem ao

debate doutrinário e, no âmbito jurisprudencial, são objeto de contínua e irrefletida repetição.

Na via eleita se examinam posições centenárias arraigadas na jurisprudência das cortes superiores e alguns questionamentos reclamam resposta: por qual razão o acusado que teve reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição não pode recorrer em busca da absolvição? É razoável que o Estado deixe de atender tal demanda fundado na inexistência de *interesse recursal*? A negativa importa em atentado a direitos individuais ou constitucionais de quem busca insistente e unicamente o atestado de inocência?

Sendo várias as causas de extinção da punibilidade contempladas no Código Penal e em leis esparsas, aqui será objeto de análise somente a prescrição da pretensão punitiva após emissão de sentença penal condenatória.

Exclui-se do exame a prescrição declarada anteriormente à sentença condenatória. Não se analisam, mais, outras causas de extinção da punibilidade, especialmente a morte do agente e as decorrentes da superveniência de *lex mitior*, encontráveis, por exemplo, na recente Lei 13.254/16 (Lei de Repatriação). Reconhece-se que o exame de tais causas extintivas é relevante. Entretanto, os limites da via eleita não o permitem.

A matéria constitutiva do presente trabalho expressa conflitos entre princípios que têm, em um dos lados, os *estruturais/infracostitucionais* do processo e, de outro, os *constitucionais*, contemplados em convenções internacio-

nais de direitos humanos e na Constituição da República. Confrontam-se o direito do acusado de obter uma sentença que reconheça a inexistência do crime ou que ele não o cometeu (ou seja, de que é inocente) e o interesse geral de não mais investigar crimes em relação aos quais o decurso do tempo fez cessar o alarme social e comumente torna difícil a produção probatória¹.

2. Causas de extinção da punibilidade, prescrição e interesse recursal.

As causas de extinção da punibilidade estão previstas no art. 107 CP². Entre elas avulta, na *praxis*, a prescrição, que pode, com rapidez, ser definida como a perda pelo Estado do direito de punir ligada ao decurso do tempo³.

O fundamento da prescrição, conforme CANTARERO BANDRÉS⁴, reside, por razões de prevenção geral e especial, na desnecessidade de pena após o transcurso de

1 Conforme decisão proferida pela Corte Constitucional da Itália, Sentença 275 de 23.05.1990.

2 Tal artigo sem a seguinte redação: “Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição, decadência ou perempção; V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em “que a lei a admite; IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei”.

3 A propósito, MANTOVANI, **Diritto Penale**. Pádua: CEDAM, 1992, p. 828.

4 CANTARERO BANDRÉS, Rocio. **Problemas penales e procesales del delito continuado**. Barcelona: PPU, 1990, p. 165.

um determinado tempo. Para PAGLIARO⁵, embora não sejam claros os fundamentos, o mais verossímil deles se encontra “na carência de interesse estatal à punição pela diminuta lembrança social do fato”.

Se para alguns autores, concerne especialmente à execução da pena⁶, a prescrição, conforme regulada no Direito brasileiro, tem duas espécies principais: da pretensão *punitiva* e da pretensão *executória*, ocorrendo aquela quando ainda não há trânsito em julgado da sentença penal condenatória, dando-se esta após.

A princípio, a prescrição, especialmente a da pretensão punitiva, parece ser sempre favorável ao acusado, falando-se, inclusive, em *equivalência à absolvição*, pois afastaria todas as consequências de eventual condenação⁷.

5 PAGLIARO, Antonio. **Principi di Diritto Penale**. Milão: Giuffrè, 1996, p. 740.

6 Para STÉFANI, LEVASSEUR e BOULOC “a prescrição concerne essencialmente à *execução* da pena”. (**Droit Pénal Général**. Paris: Dalloz, 1994, p. 546).

7 A propósito, a seguinte passagem de voto do relator em acórdão do STJ: “Destarte, a extinção da punibilidade pela prescrição, em seus resultados, equivale a uma absolvição, pois impede qualquer tipo de registro relativo ao processo em que foi reconhecido o instituto e o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, entre outras benesses, tais como o levantamento do sequestro, da hipoteca legal e do arresto sobre os bens do acusado e devolução integral da fiança prestada”. (STJ - Ag. Rg. Em Ag. REsp. 1.073.627 – PR – Rel. Min. Saldanha Palheiro. J. em 27.06.2017 - DJe de 01.08.2017).

Para as graníticas posições jurisprudenciais, extinta a punibilidade pela prescrição, inexistente razão para o réu não se mostrar altamente satisfeito com o resultado. Entretanto, nem sempre é assim: o imputado pode ter a absolvição como meta exclusiva a ser perseguida no processo e decisão diversa não somente o frustra como obsta ou limita o exercício de profissão, importando, ainda, na persistência de uma convicção pública e generalizada de condenação.

Não há como negar que a proibição de contraste da decisão condenatória a eterniza. A extinção da punibilidade pela prescrição, evidentemente, não é equivalente da absolvição.

A questão ganha em magnitude quando se constata que, no Brasil, o acusado não pode renunciar à prescrição, como ocorrente em outros países⁸.

Pelas posições consolidadas na jurisprudência brasileira o réu cujo anseio único é a absolvição, sendo condenado e havendo extinção da punibilidade, encontra entrave intransponível para a demonstração da inocência: o inconformismo, expresso no desejo de confronto da decisão de mérito em apelação (art. 593, inciso I, CPP) desaguará na inadmissão do recurso. A autoridade emissora da deci-

8 Assim, por exemplo, na Itália, em decisão emitida pela Corte Constitucional em 31.05.1990, nº 275, *apud* PAGLIARO, op. cit., p. 740. Sobre a mesma decisão da Corte peninsular FIANDACA-MUSCO afirmam que “numa perspectiva de valorização dos direitos humanos fundamentais juntamente com a necessidade de garantir o direito constitucional de defesa, a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade do art. 157 do Código Penal Italiano na parte em que impedia a irrenunciabilidade da prescrição” (**Diritto Penale. Parte Generale**. Bolonha: Zanichelli, 1995, p. 742).

são extintiva da punibilidade o refutará em razão da ausência de *interesse recursal*.

Da decisão que não admite o recurso pela extinção da punibilidade cabe recurso em sentido estrito (art. 581, XV, CPP). Entretanto, a autoridade judicial não emitirá juízo de retratação e nem haverá alteração do quadro pelos tribunais de apelação (estaduais⁹ ou federais¹⁰).

O Superior Tribunal de Justiça também tem se mostrado firme na confirmação da inexistência do *interesse*¹¹ e

9 Segue-se, como exemplo, decisão do TJPR: “APELAÇÃO CRIME - HOMICÍDIO CULPOSO - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - RECURSO DA DEFESA - PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO - FALTA DE INTERESSE RECURSAL - RECURSO NÃO CONHECIDO”. (TJPR. Ap. Crim 1619062-2. Rel. Des. Clayton Camargo. j. em 27.04.2017. DJe de 08.05.2017).

10 Em tal sentido, decisão do TRF-4: “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. Reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, não há falar em interesse recursal para postular a absolvição. Extinto o processo, afasta-se qualquer efeito penal negativo. Precedentes (STF, AP 530 ED)”. (TRF4. RSE 5006238-82.2016.4.04.7002. 7ªT. Rel. Des. Cláudia Cristina Cristofani. j. em 06.12.2016. DJe de 14.12.2016).

11 V. a seguinte e recente decisão, expressiva da postura sedimentada no STJ: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento da APn 688/RO, pacificou o entendimento de que a extinção da punibilidade do agente, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, anula os efeitos penais e extrapenais da condenação, afastando o interesse na interposição de recurso. 2. Agravo regimental não conhecido.” (STJ. AgRg no REsp 1517471. 6ªT. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. j. em 03.04.2018. DJe de 09.04.2018). Da mesma corte v. as seguintes decisões: EDcl no AREsp 1223253. 6ªT. Rel. Min.

a jurisprudência do STF¹² vai em idêntico sentido.

Há, entretanto, ainda no âmbito jurisprudencial, algumas manifestações de resistência: decisões colegiadas não unânimes com votos pelo conhecimento do mérito vêm coadjuvando as posturas majoritárias. A propósito no STJ, REsp 908.863-SP¹³ e Ação Penal

Maria Thereza de Assis Moura. j. em 20.03.2018, DJe de 27.03.2018; AgRg no AREsp 1073627. 6ªT. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro. j. em 27.06.2017. DJe de 01.08.2017; APn 688/RO, Corte Especial. Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura. j. em 21.11.2012, DJe de 04.04.2013; REsp 318.12, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 19.05.2005, DJ 01.08.2005.

12 Veja-se, do STF, a decisão seguinte: “EMENTA: DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. 1. A jurisprudência dessa Corte é no sentido de que “consumada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, não mais se discutem as questões pertinentes ao fundo da controvérsia que se instaurou no âmbito do processo penal de conhecimento, eis que a ocorrência dessa típica questão preliminar de mérito impede que o órgão judiciário competente prossiga no exame da causa penal, por não mais subsistir o próprio objeto da *persecutio criminis in judicio*” (AI 795.670, Rel. Min. Celso de Mello). 2. Ainda nessa linha, vejam-se o AI 528.695 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, e, em sede de *habeas corpus*, o HC 115.098, Rel. Min. Luiz Fux. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (ARE 940489 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 19/04/2016, DJe 09/05/2016)

13 Rel. Min. Og Fernandes, julgamento em 25.04.2011, sendo vencidos os Ministros Napoleão Maia Filho e Maria Thereza Moura. Do voto do primeiro retira-se o trecho seguinte: “Penso que a pessoa tem o direito de ser absolvida mesmo que tenha cessado, por qualquer razão, a possível execução de uma sentença condenatória contra si”. Do voto da segunda se retira a seguinte passagem: “Note-se que, na espécie encontra-se em jogo não apenas a inflicção de pena, mas cumpre destacar, também, o significativo impacto – mesmo que não formalizado – da manutenção da condenação lançada nas instâncias ordinárias, cujas peculiaridades não podem ser re-

688-RO¹⁴. Há, também, recentes declarações de votos no mesmo sentido, destacadamente quando da revisão da decisão condenatória puderem derivar efeitos extrapenais¹⁵. No STF o tema já compareceu como objeto de

vistas”. No seu voto afirma a Ministra Maria Thereza: “Assim, mesmo que a sentença condenatória, *in casu*, não tenha força para submeter o paciente a qualquer consequência penal, é ineludível que, nesta seara, as componentes que projetaram a esboçada responsabilidade penal restaram, com o acolhimento da preliminar de prescrição, inatacadas”.

14 V. a seguinte passagem do voto vencido do Min. Humberto Martins: “Nessas condições, tendo em conta os efeitos morais que uma tal declaração gera na vida do acusado, é de rigor reconhecer-se que a busca pela reforma da sentença que o declarou culpado pela prática de um crime configura interesse juridicamente tutelado. Adotar entendimento diverso significaria dizer que alguém condenado injustamente tem obrigatoriamente que se conformar com essa condenação, caso a pena aplicada, por ser pequena, enseje a prescrição retroativa.”

15 STJ - AgRg no Agravo em REsp N° 1.073.627 – PR, **trecho de voto do Min. Rogério Schietti**: “É de sublinhar-se que, naquelas situações nas quais se vislumbra a possibilidade de influência direta e decisiva da sentença absolutória na esfera cível (exemplo da absolvição com base no inc. I do art. 386, por força do art. 66, ambos do CPP), há nítido interesse recursal, mas, nas demais situações previstas naquele dispositivo, será maior o esforço do apelante para demonstrar seu interesse de recorrer. Embora uma decisão que diga ter sido o acusado absolvido porque não se reuniram provas suficientes para a condenação não impeça o exercício da *actio civilis ex delicto*, ou de ação trabalhista ou, ainda, não interfira no curso do processo administrativo, tanto quanto uma decisão que diga ter sido o réu absolvido por não haver prova de ter concorrido para a infração penal, não se pode negar que esse segundo fundamento é mais favorável ao acusado, que terá, provavelmente, argumentos mais sólidos para sair-se vitorioso na esfera extracriminal. No caso em exame, com muito mais razão há interesse da defesa no provimento absolutório, sob qualquer fundamento, uma vez que, antes de reconhecer a incidência de causa extintiva da punibilidade, o Juízo sentenciante havia condenado o réu pela prática do crime de falso testemunho.”

debate na Ação Penal n. 465¹⁶.

No núcleo da questão, como se constata, está a abrangência do conceito de *interesse recursal*. Cabe, nesse passo, defini-lo e ver seus fundamentos.

Conforme MANZINI¹⁷ uma coisa é o direito de recorrer *abstratamente* reconhecido em lei para um determinado sujeito e outra coisa é o direito que *concretamente* tem a parte. Para a efetiva aquisição do direito de impugnação reconhecido a uma parte, diz o autor peninsular, é necessário que ela tenha, em concreto, *interesse* de impugnar¹⁸. O *interesse* de recorrer é, portanto, condição para aquisição do direito subjetivo de recorrer, não sendo só condição de exercício do direito, porque este não surge se não existe dito interesse¹⁹.

O corifeu da escola técnico-jurídica refere ainda que o interesse deve ser *direto*, somente reconhecível quando há possibilidade de que a decisão cuja reforma se objetiva

16 Por ocasião do julgamento concluiu o Min. LUIZ FUX que a decisão absolutória seria mais favorável ao réu. Destaca-se do seu voto o trecho que segue: “Ora, num país em que a Constituição Federal da República tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, a tutela da honra e da imagem das pessoas, é muito mais significativo, muito mais expressivo que se profira uma sentença absolutória. (AP 465, Rel.: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. em 24/04/2014, DJe 30-10-2014).

17 MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Trad. de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayera Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1954, vol. V, p. 27.

18 *Op. e p. cits.*

19 *Op. e p. cits.*

produza lesão de um direito subjetivo ou de outro interesse *jurídico* (não simplesmente *moral* ou *doutrinário*) de quem quer interpor o recurso, tendo em conta a eficácia atual e futura de dita decisão²⁰. Afirmar não ter o imputado nenhum legítimo interesse para impugnar, por exemplo, uma sentença por razões atinentes a outras partes ou que não o prejudiquem ou que seja vantajosa para ele, ainda que injusta²¹. Não haveria ainda interesse quando se tratasse de uma decisão gravosa para o imputado, ele se limitasse a requerer decisão equivalente ou mais gravosa em seus efeitos, nem quando os efeitos da decisão tenham sido afastados por outra decisão²². MORAES²³, referindo-se também aos recursos, afirma que “não se admite mais o processo como instrumento de vindita ou de caprichos acadêmicos”.

Para DE ROSA²⁴, juntamente com a legitimidade, o *interesse* é pressuposto de admissibilidade recursal. Segundo MAIER ambos atuam como limite à admissão e processamento das impugnações e têm em mira a economia de tempo e dinheiro, objetivando, mais, diminuir ou

20 *Op. e p. cit.*

21 MANZINI, *op. cit.*, pp. 37-38.

22 *Op. cit.*, p. 38.

23 MORAES, Maurício Z. **Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 161.

24 DE ROSA, Laura. **L'impugnabilità soggettiva nel processo penale: legittimazione e interesse ad impugnare**. In *Ius Itinere*, p. em 22.04.2017. <http://www.iusinitinere.it/impugnabilita-soggettiva-nel-processo-penale-legittimazione-interesse-ad-impugnare-2110>. Acesso em 20.07.2018.

afastar a sobrecarga de trabalho²⁵.

Sublinhe-se, de plano, ser razoável que, assim como na propositura de ações penais, estabeleçam-se limites para admissão e processamento dos recursos. As limitações expressas em requisitos (objetivos e subjetivos) são fundamentais para evitar abuso de direito das partes e gasto desnecessário de tempo e dinheiro pelo Estado.

A propósito, conforme LOPES JR²⁶, “o poder de impugnar não é genérico ou incontrolável, senão o reconhecimento de um poder relacionado a um efetivo interesse no controle da decisão judicial”.

Entretanto, na análise do direito de impugnar é necessário extremo cuidado, pois há casos em que ao invés de constituir abuso, o interesse do condenado é amparado por princípios constitucionais, o que transparece no desejo de ser absolvido, com apreciação do *meritum causae*. Como alertado por MAIER²⁷, as limitações (de economia e sobrecarga de trabalho) ao impedir que o condenado recorra da sentença condenatória podem se mostrar contrárias às garantias previstas em convenções internacionais e, também, na própria Constituição da República. E é justamente o que ocorre na situação sob análise o que demanda continuidade no exame do *interesse*.

25 MAIER, JULIO B.J. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 728.

26 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 997.

27 MAIER, *op. e p. cits.*

No processo penal brasileiro o *interesse recursal* é um dos pressupostos subjetivos dos recursos²⁸, previsto no parágrafo único do art. 577, CPP²⁹. É ele, quase sempre, associado à *sucumbência*. Para GRECO FILHO³⁰ “a sucumbência deve ser conceituada como a situação que decorre do não atendimento de uma expectativa juridicamente possível, o que caracteriza o interesse de recorrer, de pedir a reforma de uma decisão”. O mesmo autor trata de demonstrar a extensão do *interesse*, referenciando que ela não se resume ao prejuízo material e se “a decisão não atendeu à expectativa juridicamente possível, haverá sucumbência e, conseqüentemente, viabilidade de recorrer”³¹.

Conforme ANDREUCCI³² não é admissível o recurso da parte desinteressada na reforma ou “modificação da decisão, pois quem recorre certamente sofreu algum prejuízo, ou seja, deve ter sido vencido total ou parcialmente em uma decisão e quem não foi vencido não tem interesse jurídico para recorrer”.

28 V., por todos, REIS, Alexandre C.A e GONÇALVES, Victor E. R. **Processo Penal. Procedimentos, Nulidades e Recursos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 120 e ss.

29 É o seguinte o teor do parágrafo: “Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão”.

30 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 394.

31 *Op. e p.. cits.*

32 ANDREUCCI, Ricardo A. **Curso Básico de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 197.

LOPES JR³³ afirma como pressuposto subjetivo a existência de um gravame. Aproximando interesse recursal do interesse de agir como condição para o exercício da ação processual penal, refere dois binômios fundamentais para a delimitação do interesse recursal: interesse-*necessidade* e interesse-*utilidade*, sendo que o primeiro deve se expressar como meio necessário para o fim pretendido e o segundo como “utilidade prática ao recorrente”.

A propósito, parece que o interesse-*necessidade* é nítido nos casos de busca obstinada da absolvição: os recursos interpostos se expressam como único meio adequado para que o recorrente demonstre a inocência. O interesse *utilidade*, no entanto, não pode ser limitado pela possibilidade da obtenção de resultados *práticos*.

A respeito, destaque-se reflexão de PACELLI, no sentido de que “sucumbente é aquele cuja expectativa juridicamente relevante não tenha sido atendida na decisão judicial”³⁴.

Até o presente momento é possível concluir que parte da doutrina e a jurisprudência ligam o *interesse* a algum *resultado prático*. Este, não sendo visualizado em perspectiva, afasta aquele.

No entanto, considerando as referências doutrinárias fundadas no constitucionalismo recente, é razoável afirmar

33 *Op. cit.* p. 994.

34 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 959.

que se o imputado persegue exclusivamente a absolvição, é ela (sempre!) a sua única expectativa. Esta é frustrada no caso de não declaração da inocência. Isso, claro, é *juridicamente relevante*, sendo a parte altamente interessada na reforma da decisão. É evidente que quem persegue a inocência e não a obtém sofre perda, mesmo que não material. Decisão diversa da absolutória, desatende aos seus anseios, tornando-o *sucumbente*.

Os argumentos que fundam a inexistência de interesse recursal na situação em debate se sustentam, em regra, nas seguintes escoras: há *equivalência* entre extinção da punibilidade e absolvição, não havendo interesse *prático* em jogo. Na esteira de MANZINI atestam que não servem as vias recursais à discussão de interesse *moral*³⁵.

No, entanto, diferentemente do que se atesta reiteradamente, a decisão que extingue a punibilidade pela prescrição com base na pena corporal fixada não equivale àquela que, apreciando o mérito, absolve o imputado. E isso pelo simples fato de que a segunda, após análise das provas, declara a inocência do acusado. A primeira, sabe-se, importa, especialmente quando há anterior emissão de condenação, na *manutenção* dessa mesma decisão, apenas ultrapassada pelo transcurso do tempo.

Sublinhe-se que nem mesmo o fato de o art. 397, IV, CPP, após a pontual reforma processual penal de 2008, contemplar a extinção da punibilidade entre os

35 MANZINI, *op. cit.*, p. 27.

casos de absolvição sumária, é capaz de deferir àquela a condição de decisão de mérito. Houve, com a reforma legislativa operada pela Lei 11.719/2008, inadequada equiparação que pode influenciar posicionamentos equivocados quanto às características de cada tipo de decisão. LOPES JR, a propósito, quando trata dos casos de absolvição sumária, refere taxativamente que “a sentença que reconhece a extinção da punibilidade é uma decisão declaratória; não é uma sentença definitiva e, muito menos, absolutória”³⁶.

Alerta o autor riograndense que há que se ter cuidado para não se deixar seduzir pela nomenclatura utilizada pelo legislador (*absolvição*). Ela “não tem o condão de alterar a natureza jurídica do ato”³⁷.

Portanto, tratando-se de atos decisórios de naturezas diversas, a decisão declaratória de extinção de punibilidade não é tão benéfica ao réu quanto a sentença absolutória. Efetivamente não há equiparação possível: a extintiva não ostenta, evidentemente, a mesma *extensão*. A absolvição é, inegavelmente, mais favorável e abrangente. E isso mesmo que se diga que há identidade entre as duas. Não há como negar que o reconhecimento da inocência faz coisa julgada quanto à realidade histórica, não se fundando no simples passar do tempo impositivo de sanção ao Estado, que fica impedido de punir. A prescrição é castigo imposto ao Es-

36 LOPES JR., *Op. cit.*, p. 733.

37 LOPES JR., *Op. e p. cits.*

tado inativo ou lerdo que não pode mais punir o réu. A respeito, lembre-se BITENCOURT³⁸ que vê a prescrição como uma espécie de punição imposta aos órgãos oficiais que atuam em desconformidade com os prazos legalmente fixados. Diz ele que “o Estado deve arcar com a sua inércia: é inaceitável a situação de alguém que, tendo cometido um delito, fique sujeito, *ad infinitum*, ao império da vontade estatal punitiva. Se existem prazos processuais a serem cumpridos, a sua não-observância é um ônus que não deve pesar somente contra o réu.

Afirme-se em complemento e utilizando a referência doutrinária por último transcrita, que o Estado deve também arcar com o transcurso do tempo que conduz, concomitantemente, à prescrição e ao impedimento de apelar.

Recorde-se, mais, que se a extinção da punibilidade pela prescrição, como reconhece expressamente a jurisprudência italiana³⁹, raramente pode ser atribuída ao imputado, pode sê-lo ao Estado que, por desídia ou ineficiência, não julga o mérito ou, apreciando-o, reconhece extinta a punibilidade. É inegável que esta se expressa como falha estatal na entrega da prestação jurisdicional.

É também infastável a conclusão no sentido de que, havendo emissão de decisão condenatória e posterior reconhecimento da prescrição, permanecerá indefinida-

38 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral volume 1: São Paulo: Saraiva, 2009. p. 774.

39 Sentença 275 1990 da Corte Constitucional da Itália.

mente em desfavor do condenado a nódoa indicadora de que a inocência foi negada. Restará, perenemente, a constatação de que ele foi beneficiado pela lentidão dos órgãos de investigação ou de persecução penal que tardaram nas investigações preliminares ou nos processos criminais. Há, aí, clara ofensa à reputação do acusado “beneficiado” pela prescrição. A decisão que condena e extingue a punibilidade não afasta prejuízos sofridos pelo réu quando a infração judicialmente reconhecida afeta a honra objetiva e subjetiva. Há casos em que a reputação profissional do imputado é colocada em cheque com a condenação, ainda que a sanção seja afastada pela prescrição. Há outros em que a persistência da decisão condenatória causa prejuízos irreparáveis. Pense-se no caso de advogado que é acusado pela prática de lesões corporais numa briga de bar. Confronte-se tal situação com outra em que o mesmo profissional é acusado de apropriação indébita de haveres de cliente. É certo que na última situação é naturalmente mais intenso o desejo de absolvição. Negá-lo, após emissão de decisão condenatória com punibilidade extinta, é uma forma de manutenção da condenação.

A propósito, com a extinção da punibilidade pode persistir quadro de indefinição em relação aos antecedentes, como alerta SCHIETTI⁴⁰ atento para o fato de que “condenação que vem a ser ‘apagada’ pelo reconhecimento posterior da prescrição retroativa da pretensão punitiva não gera

40 SCHIETTI, Rogério. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

reincidência, mas, em uma interpretação menos liberal, pode ser utilizada para o reconhecimento dos ‘maus antecedentes’ do acusado em uma futura ação penal”.

Recorde-se, mais, que a prescrição não impede a sequência e sancionamentos em processos administrativos como quando, por exemplo, médico é acusado de homicídio culposo e se instaura contra ele investigação no órgão de classe.

Além disso, há também persistência da possibilidade de prejuízos de natureza *material*, pois a extinção da punibilidade, impedindo a reanálise de mérito, não afasta efeitos extrapenais, como a promoção de ações indenizatórias na via cível. Conforme lembrado por SCHIETTI “os danos poderão ser cobrados no cível, nas vias ordinárias, mas, se houvesse absolvição em fase do reconhecimento da inexistência material do fato ou pela presença de legítima defesa real, estaria fechada a porta para a *actio civilis ex delicto*.”

Mas, mesmo nas situações referenciadas nos dois últimos parágrafos, havendo nítido interesse *prático* em jogo, a jurisprudência não tem se mostrado permeável aos interesses do apenado “agraciado” com a prescrição.

Relembre-se, por fim, que se se encontram na doutrina e na jurisprudência alguns ensaios no sentido de reconhecer o *interesse de recorrer* quando o objetivo é afastar efeitos extrapenais da decisão, ainda assim, os Tribunais patinam quanto à confirmação da posição.

Prevalece, na verdade, posição que se contenta com o afastamento das consequências *penais* da extinção de punibilidade para negar o *interesse*.

3. A extinção da punibilidade e a declaração de inocência como objetivo exclusivo do condenado.

A extinção da punibilidade pela prescrição - especialmente a retroativa - decorre de omissão ou desídia estatal. Constatase que o resultado não desejado pelo condenado é decorrência exclusiva de falha de uma das funções estatais, considerando-se a unicidade do Poder estatal⁴¹. Como alertado pela Corte Constitucional da Itália e já referido, as causas que conduzem à prescrição raramente são atribuíveis ao imputado⁴². Mesmo que tal seja de fácil constatação, a falha estatal, contudo, é suportada pelo acusado. Este, segundo as cortes brasileiras, não tem direito de oposição ao resultado processual não desejado e para o qual não concorreu.

Realce-se ser inadmissível o repasse da responsabilidade pela prescrição àquele que para com ela não contribuiu. É paradoxal que a inércia do Estado, ex-

41 Cf. a propósito, LOEWENSTEIN, Karl. Tal autor afirma a unicidade do Poder estatal, diferenciadas apenas as funções básicas, essencialmente interligadas. Para o autor a separação constitui ilustração perfeita de um pensamento mecanicista. Mais adequado é, conforme ele, falar-se em três funções básicas: a decisão política fundamental, a execução dessa decisão e seu controle político. (**Teoria de la Constitución**, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1983, pp. 54/57).

42 Corte Constitucional da Itália, Sentença 275/90.

pressa no reconhecimento da prescrição, possa funcionar como impeditivo do exercício do direito de apelar para ver atestada a inocência.

Ainda: quando ocorre a prescrição a falta (o *inagir* ou o *agir descuidado*) é atribuível ao Estado seja pelo atuar inadequado da função executiva (na investigação preliminar) ou da função judiciária (na fase processual).

Só parece possível reconhecer que o condenado não tem interesse de recorrer quando ele se porte de modo incompatível com o desejo exclusivo de absolvição. A falta de interesse se expressa, por exemplo, quando o acusado arrola grande número de testemunhas cujo encontro é difícil ou impossível, havendo transcurso do tempo e extinção da punibilidade. Ou, como já decidiu a jurisprudência, quando o próprio réu requer a extinção da punibilidade pela prescrição⁴³. Há, aí, evidente incompatibilidade entre a postura do réu e o *interesse de recorrer*.

Quando se tem em conta efeitos práticos que possam decorrer da reforma da sentença condenatória, há

43 Veja-se a decisão seguinte do TJPR: “APELAÇÃO CRIME. INCÊNDIO EM MATA OU FLORESTA (ART. 41, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.605/98). DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA CULPOSA, COM EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL, TENDO EM VISTA QUE O PRÓPRIO RÉU POSTULOU O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM ALEGAÇÕES FINAIS. RECURSO NÃO CONHECIDO. Falta interesse recursal de pleitear em grau recursal sua absolvição ao réu que postula a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição e é atendido na sentença.” (TJPR. Ap. Crim. 1412186-5. Rel. Des. José Maurício Pinto de Almeida j. em 25.02.2016. DJe de 29.03.2016).

alguns requisitos que podem ser antepostos à admissão do recurso. Contudo, a inadmissibilidade absoluta, tenham-se ou não em vista efeitos *concretos*, confronta direitos constitucionais e individuais do condenado expressos em princípios.

4. O não reconhecimento do interesse de apelar e ofensa aos princípios da dignidade humana e da ampla defesa.

FISCHER e SILVA, debatendo o tema, indagam se na proibição de recorrer expressa na *inexistência de interesse* “não há de se reconhecer inegável afronta à dignidade do réu, mormente se há provas para absolvê-lo?”⁴⁴ Respondem eles mesmos afirmando, ainda em forma de indagação: “pois, se o Estado o diz culpado de um crime e o réu não tem o direito de provar que a afirmação do Judiciário está equivocada, porque o próprio Estado demorou-se em julgá-lo e agora reconhece a prescrição, não haveria aí injustiça gritante a reclamar urgente mudança de posicionamento jurisprudencial?”⁴⁵.

A mudança de posicionamento jurisprudencial, infelizmente, ainda engatinha, como antes demonstrado.

Não há dúvidas de que a recusa em reconhecer o *interesse* recursal de réu condenado que teve extinta a punibilidade pela prescrição é atentatória à *dignidade humana*,

44 *Op. cit*

45 *Op. cit*

uma vez que efeitos extrapenais e outros extremamente negativos são solenemente ignorados pelos tribunais⁴⁶.

Destaca-se que a preferência *técnica* pela prescrição frente à reapreciação do mérito e eventual emissão de sentença absolutória evidencia contrariedade a princípio adotado pela Constituição de 1988 e consolidado em tratados de direitos humanos: o da *dignidade humana*.

Relembre-se, a propósito, o referencial de concretização de tal princípio expresso na *teoria do homem objeto* concebida por GUNTER DÜRIG. Para este e conforme a concepção kantiana, a dignidade humana pode ser considerada atingida sempre que o indivíduo for rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratado como *coisa*, ou seja, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos⁴⁷.

É certo que quando o indivíduo processado e condenado é impedido de recorrer buscando a absolvição não é tratado como sujeito de direitos. É claramente *coisificado*, tratado com *res*.

Ainda em relação aos princípios constitucionais, a manutenção de sentença condenatória, mesmo que oculta sob o manto da extinção da punibilidade, eviden-

46 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71.

47 Cf. SARLET, Ingo W. **As Dimensões da Dignidade Humana** in Revista Brasileira de Direito Constitucional –RBDC n. 09 –jan./jun. 2007, p. 380.

temente confronta o *devido processo* legal e seu consectário da *ampla defesa*. Nesse sentido, há interessante reflexão de FISCHER e SILVA, que atestam a violação principiológica, pois, sendo o acusado condenado no penoso processo⁴⁸, tendo, após, reconhecida a extinção da punibilidade, é impedido de apelar⁴⁹. Para os autores configura-se ofensa ao *duplo grau de jurisdição*. Este, com mais exatidão, deve ser considerado decorrência do direito de recorribilidade que compõe o princípio constitucional da *ampla defesa*.

48 “Uma decisão condenatória, independentemente da aplicação da sanção penal, já carrega valores negativos ao sentenciado, pois já conviveu com o “penoso” processo penal”. É que a decisão condenatória traz em si valores negativos que não se restringem à natureza penal da sanção. Outro valor negativo de igual importância está na ofensa à dignidade imposta pela condenação de réu que, inocente da acusação, se vê impedido de buscar o reconhecimento dessa inocência. **Com efeito, compreendemos que ofende expressivamente a dignidade do inocente a afirmação do Estado de que é culpado por determinado crime que não cometera.** À luz especialmente dos valores constitucionais, não nos parece haver razão legítima que impeça o indivíduo que foi condenado de ver revista a sentença, pelo só fato de ter havido extinção da punibilidade” **SILVA, Rudson Coutinho da & FISCHER, Douglas. Interesse recursal do réu em caso de absolvição ou quando extinta sua punibilidade. Revista de Doutrina da 4ª Região.** Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/silva_fischer.html Acesso em: 30.07.18.

49 “Mais que isso, a fim de que o devido processo legal seja assegurado em sua plenitude, ao réu tem que ser garantido o direito a ver apreciadas pelo Judiciário as afirmações que oferecera no processo. Noutras palavras, tem verdadeiro direito subjetivo o réu que, negando a afirmação do autor, pretende ver reconhecida em juízo aquela que contrapôs aquela afirmação trazida pela acusação, Assim, nem sempre atende à justa expectativa do réu qualquer decisão judicial que o absolva da imputação ou reconheça que o ao Estado não mais é permitido julgá-lo” *Op. cit.*

PACELLI-FISCHER levantam, mais, questões relacionadas ao *devido processo legal*, uma vez que, na maioria dos casos, o lapso temporal necessário para o reconhecimento da prescrição é produto do inagir do Estado. Como consequência mais dura dessa demora no julgamento destaca-se a injustiça que um inocente sofre ao não ter sua tese avaliada em razão de morosidade a ele não atribuível⁵⁰.

Há, mais, como reconhecido na Itália, ofensa ao *direito de defesa* quando se impede o imputado de recorrer: a regulação do instituto da prescrição não pode deixar de considerar o caráter inviolável de tal direito, entendido como direito à *prestação jurisdicional* e, conseqüentemente, à *prova*⁵¹.

Em tais situações a ineficiência estatal é sempre suportada pela parte mais fraca da relação que opõe Estado e acusado: este é tolhido do direito de ver estampada a inocência.

Há, então, na proibição de recorrer evidente ofensa ao princípio constitucional da *dignidade humana* e aos direitos fundamentais ao *devido processo legal* e à *ampla defesa*. Objetivamente, vê-se o acusado sofrendo sanções extrapenais em decorrência de falta atribuível exclusivamente ao Estado. Pior que isso: aos olhos de todos o condenado **cometeu** crime cuja punição somente foi afastada pelo transcurso do tempo.

50 PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1114-1116.

51 Corte Constitucional, Sentença 275/90.

Sublinhe-se, por fim, que na opção feita pelos tribunais há prevalência de princípio estrutural do processo (*economia processual*), infraconstitucional na contraposição com princípio constitucional magno (*dignidade humana*) e princípio regente de direitos fundamentais (*a ampla defesa*).

5. Referenciais para detecção do interesse de apelar frente à decisão que reconheceu a extinção da punibilidade.

O acusado tem, quase sempre, interesse de recorrer quando, sendo condenado, vê extinta a punibilidade. Somente pode se afastar o recurso quando próprio réu tiver requerido ou admitido expressamente a extinção. Ou quando esta puder ser atribuída exclusivamente a ele.

Entretanto, parece ser razoável que na busca de um giro jurisprudencial, se estabeleçam critérios para reconhecimento do interesse recursal. No palco tem lugar privilegiado o grau de contribuição do Estado (nas suas diversas funções) no atingimento do prazo necessário à prescrição. De outro lado, a contribuição do acusado com manobras protelatórias ou expressivas de deslealdade processual (por exemplo, mudar-se de endereço sem comunicar a autoridade, arrolar número exagerado de testemunhas, não comparecer a atos processuais para os quais for intimado, etc.) podem ser lidas como propiciadoras da prescrição e, assim, expressivas do desinteresse.

6. Conclusão.

Tem evidente interesse de recorrer o acusado que, condenado, viu extinta a punibilidade pelo advento da prescrição, haja ou não perspectiva de alteração de consequências *práticas*. Posições diversas atentam contra os princípios da *dignidade humana* e da *ampla defesa*.

A jurisprudência brasileira revela contrassenso quando o acusado, almejando exclusivamente a absolvição, vê-se surpreendido pelo decreto de extinção da punibilidade, sendo impedido de recorrer para ver atestada a inocência. Causa perplexidade que a proibição se funde na prescrição debitável somente à negligência do Estado.

A compatibilização entre o princípio infraconstitucional da *economia processual* e os princípios constitucionais da *dignidade humana* e da *ampla defesa* pode se dar com a redução das limitações impostas ao processamento de recurso de réus que, querendo ver-se absolvidos, foram condenados e tiveram extinta a punibilidade pela prescrição. É, de início, admissível um rol de requisitos que, preenchidos, reconheçam o *interesse*: a) emissão de sentença condenatória anteriormente à decretação da prescrição, b) inexistência de contribuição do acusado condenado para a ocorrência de prescrição, c) culpa exclusiva do Estado (nas suas diversas funções) para a ultrapassagem do prazo conducente à prescrição e d) manifestação contínua e inequívoca da vontade do réu de ver-se absolvido

Referências bibliográficas

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Curso Básico de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 197.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANTARERO BANDRÉS, Rocio. **Problemas penales e procesales del delito continuado**. Barcelona: PPU, 1990.

DE ROSA, Laura. **L'impugnabilità soggettiva nel processo penale: legittimazione e interesse ad impugnare**. In Ius Itinere, p. em 22.04.2017. <http://www.iusinitinere.it/impugnabilita-soggettiva-nel-processo-penale-legittimazione-interesse-ad-impugnare-2110>. Acesso em 20.07.2018.

FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo. **Diritto Penale. Parte Generale**. Bolonha: Zanichelli, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1983.

MAIER, JULIO B.J. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 728.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale**. Pádua: CEDAM, 1992.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Trad. de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayera Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1954, vol. V, p. 27.

MORAES, Maurício Z. **Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 161.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

PAGLIARO, Antonio. **Principi di Diritto Penale**. Milão: Giuffrè, 1996.

REIS, Alexandre C.A e GONÇALVES, Victor E. R. **Processo Penal. Procedimentos, Nulidades e Recursos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo W. **As Dimensões da Dignidade Humana** in Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 –jan./jun. 2007.

SCHIETTI Rogério. **Garantias Processuais nos recursos criminais**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Rudson Coutinho da e FISCHER, Douglas. **Interesse recursal do réu em caso de absolvição ou quando extinta sua punibilidade**. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/silva_fischer.html Acesso em: 30 junho de 2018.

STÉFANI, Gaston, LEVASSEUR, Georges e BOULLOC, Bernard. **Droit Pénal Général**. Paris: Dalloz, 1994.

A (I)LICITUDE DA CLÁUSULA DE TRAVA BANCÁRIA NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO¹

Antônio Carlos Efig

Doutor em direito das relações sociais pela PUCSP. Professor titular do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Advogado inscrito na OAB/PR sob o n.º 16.870. E-mail: ace@eradv.com.br

Guilherme Misugi

Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Pós graduando em Master of Law, LLM em Direito Empresarial pelo Instituto Getúlio Vargas. Advogado inscrito na OAB/PR sob o n.º 63.608. E-mail: gmi@eradv.com.br.

Leonardo Gureck Neto

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós graduan-

¹ Artigo publicado na Revista Direito Empresarial (Curitiba), v. 9, p. 1, 2014.

do em Master of Law, LLM em Direito Empresarial pelo Instituto Getúlio Vargas. Advogado inscrito na OAB/PR sob o nº 50.519. E-mail: lgn@eradv.com.br.

Resumo: Trata o presente estudo da análise jurídica da cláusula denominada trava bancária, mormente sob uma ótica constitucional, consumerista e empresarial, partindo-se de uma compreensão crítica de sua natureza jurídica e sua necessária adequação aos princípios constitucionais que têm norteado o direito privado, como por exemplo, a função social da empresa e a manutenção de suas atividades. Ainda que esta cláusula contratual seja amplamente difundida nos contratos de financiamento, deve-se buscar sua harmonização com referidos valores a fim de que se possibilite a adequação ao princípio da menor onerosidade à atividade empresarial. Neste sentido, analisa-se a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e sua efetiva tutela aos vulneráveis no mercado de consumo, ainda que para as pessoas, físicas ou jurídicas, que têm sido compulsoriamente vinculadas a esta modalidade de garantia contratual comumente utilizada nos contratos de financiamento. Esta pesquisa ganha relevância ao se visualizar o acréscimo vertiginoso nas compras realizadas por meio de cartões de créditos, representando grande parcela do faturamento das empresas, e sua conseqüente vinculação à trava bancária. Tornando-se imprescindível sua releitura pautada na boa-fé objetiva e função social do contrato e da

empresa para que referido instituto não se configure prática ilícita ou abusiva, de modo que sua interpretação nos casos de recuperação empresarial demonstram toda sua complexidade e possível prejudicialidade à atividade empresarial.

Palavras-chave: Atividade empresarial; Cláusula de Trava Bancária; Contratos de financiamento; Direito do Consumidor; Função social do contrato.

1. Introdução

Inicialmente tratar-se-á da forma como tem sido utilizada a cláusula de trava bancária, que consiste na constituição da garantia que permite a apropriação pela instituição financeira de recebíveis futuros oriundos de créditos obtidos pelas empresas consumidoras (tomadoras de crédito), e que serve como garantia das operações financeiras realizadas.

Em que pese eventuais benefícios mercadológicos resultantes da segurança existente no momento em que há a concessão de créditos, sob uma perspectiva jurídica, será demonstrada a possível ilicitude por abusividade de tal prática pela inobservância dos princípios da função social do contrato e da preservação da empresa, já que as instituições financeiras que detêm tais garantias, em caso de pedido de recuperação judicial por determinada pessoa jurídica, podem continuar realizando a apropriação dos recebíveis futuros em decorrência de autorização legal.

Ocorre que, em função da vulnerabilidade das pessoas jurídicas consumidoras de serviços bancários, a inobservância aos deveres anexos da boa-fé, com evidente falta de informação clara e ostensiva sobre as consequências da celebração de contratos com tal garantia, referido instituto repercute em desequilíbrio também na Lei de Recuperação de Empresas e coloca a instituição financeira em um patamar de preferência no recebimento de valores que podem inviabilizar a própria atividade das empresas que atravessam períodos de dificuldade financeira.

Com isto, o objetivo do presente estudo é demonstrar a necessidade de que os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor sejam aplicados às relações havidas entre as pessoas jurídicas e as instituições financeiras com a função de reapreciar a possível abusividade da utilização da chamada trava de domicílio bancária, de modo a atender aos princípios e ideais constitucionais, consumeristas e da Lei de Recuperação de Empresas.

2. A utilização da cláusula de trava bancária pelas instituições financeiras

A presente análise da concessão de crédito e suas repercussões judiciais, mormente a utilização da trava bancária, insere-se em um contexto sociológico no qual o núcleo da sociedade transfere-se de seu caráter produtivo para uma finalidade estritamente consumista, que desvirtuou o consumo trivial inerente à natureza humana ao ponto de fazer

com que as pessoas gastem a maior parte de seu tempo e esforços na tentativa de ampliar os prazeres do consumo.²

De acordo com os ensinamentos do antropólogo Latouche, um dos três pilares da sociedade de consumo atual³, em conjunto com a obsolescência programada e a publicidade, a concessão de crédito é amplamente utilizada em todos os segmentos da economia e visada por consumidores de diversas classes sociais na expectativa de catalisar momentaneamente o poder de compra e/ou investimento.

Acrescente-se que há autores, como o Bauman, que elevam o crédito como instrumento principal do Estado capitalista e essencial à manutenção da economia posto que, *“na fase líquida da modernidade, o Estado é ‘capitalista’ quando garante a disponibilidade contínua de crédito e a habilitação contínua dos consumidores para obtê-lo”*.⁴

Diante desta relevância, as instituições financeiras, com auxílio do próprio Estado, têm utilizado de taxas de juros, índices de remuneração e mecanismos contratuais que asseguram, não somente a garantia econômico-financeira das operações na qual concedem crédito, mas também um meio de obter alta rentabilidade nesta disponibilização aos consumidores.

2 BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. 2 ed. trad. MEDEIROS, Carlos Alberto. 2001. p. 108.

3 LATOUCHE, Serge. **Farewell to Growth**. Cambridge: Polity Press, 2009. p. 17.

4 BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**: conversas com Citali Rovirosa-Madrazo. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 37.

Conforme leciona Fábio Ulhôa Coelho⁵, os advogados cariocas José Luiz Bulhões e George Siqueira inspiraram-se no instituto *trust receipt* de origem anglo-saxão e propuseram a utilização da alienação fiduciária em garantia na discussão da reforma de mercado de capitais. Ao ser atendida referida proposta, houve a positivação do primeiro dispositivo legal que trata da propriedade fiduciária como instrumento de garantia de crédito, qual seja, o art. 66 da Lei nº 4.728/65.

Este instituto tornou-se condição cotidiana nos contratos de concessão de crédito, pois aumenta significativamente a segurança jurídica nessas operações, já que a propriedade de determinado bem permanece com o credor, o qual se torna titular de propriedade resolúvel e possuidor indireto, enquanto o devedor constitui-se como possuidor direto e depositário. O adimplemento da obrigação pactuada entre as partes a situação retorna ao estado anterior.

Diante de sua origem mercantil, diversas foram as dúvidas suscitadas, no transcurso do tempo, acerca de sua aplicabilidade para aquisição de bens de consumo duráveis assim como sua extensão a bens móveis ou imóveis.

5 COELHO, Fábio Ulhoa. **Cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente**, A / 2010 A cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v.6, nº 33, p. 21-34, ago./set. 2010.

Questionamentos estes que se dirimiram com o posicionamento jurisprudencial, doutrinário e atuação legislativa nos anos subsequentes, como a regulamentação do sistema financeiro imobiliário (SFI), por meio da Lei nº 9514/97 que positivou a alienação fiduciária de bens imóveis em seu art. 22. Concluiu-se por sua aplicabilidade também no financiamento ao consumidor para aquisição de bens de consumo, sejam eles móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis.

Em que pese o Código Civil de 2002 fazer menção à propriedade fiduciária em seu art. 1.361, restaram alguns pontos obscuros acerca do tema. Adicionalmente a Lei 10.931/04 editou o art. 66-B da Lei 4.728/65 que viabiliza a cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios, objeto do presente estudo, cujo conceito é precisamente exposto por Fábio Ulhôa Coelho:

A cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios é negócio jurídico que visa a constituição de direito real em garantia consistente na titularidade fiduciária de créditos (documentados ou não em títulos de crédito) cedidos pelo autor da garantia. As origens do instituto encontram-se no contrato de alienação fiduciária em garantia, que tem igual objetivo.⁶

6 COELHO, Fábio Ulhoa. **Cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente**, A / 2010 A cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v.6, n.33 , p. 21-34, ago./set. 2010. p. 21.

Esta prática da utilização da denominada trava bancária tem sido amplamente utilizada pelas instituições financeiras nas concessões de crédito aos empreendedores. Operação na qual o empreendedor cede à instituição financeira seus direitos de crédito perante terceiros em garantia à satisfação do crédito tomado. Conforme expôs a jurisprudência:

A chamada “trava bancária” ocorre quando o empresário ou sociedade empresária toma um empréstimo junto à instituição financeira, porém, ao invés de haver uma garantia real, o banco torna-se o titular de futuros lucros “recebíveis”.⁷

Em outras palavras, a trava bancária constitui garantia fiduciária à concessão de crédito oferecida pelas instituições financeiras mediante a direta e integral “trava”, ou apropriação, dos recebíveis do cessionário provenientes de pagamentos feitos por cartão de crédito e/ou débito.

Apesar de a alienação fiduciária de direitos creditórios tratar-se de prática lícita, conforme regulamentação exposta, deve-se analisar sua aplicação compulsória e eventualmente divergente de princípios constitucionais e consumeristas em contratos manifestamente desequilibrados, que podem trazer sérias consequências para aqueles que utilizam do crédito oferecido pelo sistema bancário.

7 SANTA CATARINA. Vara Cível de Itajaí. Ação de revisão de contrato nº 033.13.010263-9, Juíza Vera Regina Bedin. p. 1012 Diário de Justiça do Estado de Santa Catarina, 08-08-2013. Por opção dos autores, o nome da parte litigante omitido em razão da privacidade.

Para ilustrar a forma como tem se dado a utilização contratual do referido instrumento, colaciona-se cláusula que foi objeto de ação revisional com pedido de tutela antecipada, no qual se pretendia a liberação desta trava bancária, em trâmite na 1ª Vara Cível da comarca de Itajaí/SC sob o nº 033.13.010263-9:

7. Garantias – Para garantir o pagamento de qualquer valor relacionado a esta Cédula, mesmo decorrente de adiantamento a depositante, damos ao Banco XXXXXX, isolada ou cumulativamente , as seguintes garantias:

7.1 Cessão fiduciária dos nossos direitos de crédito, atuais e futuros, perante as Credenciadoras, conforme definidas no subitem

7.1.1, decorrentes da realização de transações de aquisição de produtos e serviços oferecidos em nossos pontos de venda e pagos, pelos adquirentes, com o uso de cartões de crédito ou de débito das Bandeiras indicadas no Termo de Autorização de Manutenção de Domicílio Bancário, anexo a esta Cédula (‘recebíveis’).

A discussão sobre a validade desta cláusula ganha extrema relevância ao se considerar que 26,4% do consumo realizado pelas famílias brasileiras em 2013 deu-se por meio de cartões de crédito e débito⁸ e, com a amplia-

8 MACIEL, Camila. Cresce número de brasileiros que utilizam cartões de crédito e débito. **Agência Brasil**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-04-23/cresce-numero-de-brasileiros-que-utilizam-cartoes-de-credito-e-debito>>. Acesso em: 13 set. 2013.

ção do comércio eletrônico, constatou-se que 54% do faturamento dos estabelecimentos comerciais é proveniente dos meios eletrônicos de pagamento.⁹

Diante deste cenário nota-se que há grande repercussão econômica para as empresas que tomam crédito em instituições financeiras amparadas em contratos que possuem previsão de utilização de trava bancária. Isto se torna ainda mais evidente em função da banalização da utilização dessas travas aos cessionários de crédito e da manifesta desigualdade entre as partes na contratação deste artifício, o que justifica a revisão da trava bancária sob a ótica consumerista e constitucional.

3. A garantia da trava bancária e o diploma consumerista

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras aparentemente é tema superado pela jurisprudência, pois está consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça na edição da Súmula 297¹⁰, bem como pela decisão paradigmática pelo Supremo Tribunal Federal da ação direta de inconstitucionalidade (ADin) 2.591 que confirmou a constitu-

9 Disponível em: <http://www.abecs.org.br/site2012/admin/arquivos/releases/%7B1F1B431F-A438-41C1-9C3B-EA8F12FD69A9%7D_Pesquisa%20Abecs-Datafolha%20-%2009.2011.pdf>. Acesso em: 13 set. 2013.

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 297 – 12-05-2004. Diário da Justiça de 09-09-2004. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

cionalidade da proteção do consumidor de serviços e produtos bancários.

Vale destacar que referidas decisões somente vieram a ratificar a força constitucional da tutela dos consumidores que foi elevada ao grau de direito fundamental e princípio da ordem econômica pela Constituição Federal de 1988, de forma que não se pode excluir as instituições financeiras de sua atuação cogente e de ordem pública.

Ademais, em face das peculiaridades do presente estudo, deve-se esclarecer também sua plena aplicabilidade para os consumidores que contratam esta modalidade de crédito garantido pela trava bancária, ainda que utilizados em seu empreendimento.

Há na doutrina nacional diversas correntes acerca da conceituação de consumidor e a interpretação do art. 2º Código de Defesa do Consumidor¹¹, mormente em casos similares ao apresentado, classificadas como correntes finalista, maximalista e finalista mitigada ou aprofundada.

Em síntese, a corrente finalista compreende que consumidor é “àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial

11 Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equiparase a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

um grupo da sociedade que é mais vulnerável”¹².

Este raciocínio restritivo encontra oposição na corrente maximalista que compreende o Código de Defesa do Consumidor como norteador de todas as relações jurídicas de consumo, a qual os autores corroboram, conforme já exposto em outra oportunidade:

[...] o CDC veio para introduzir nova linha de conduta entre os partícipes da relação jurídica de consumo. Assim, não importa ter vislumbrada a relação de hipossuficiência do consumidor, como querem alguns autores, mas sim, uma completa moralização das relações de consumo da sociedade brasileira, onde somente permanecerão nos diversos segmentos da cadeia de consumo aqueles (pessoas físicas ou jurídicas) que assumirem esta posição com todos os seus ônus e encargos, dentre os quais o atingimento da perfeição no fornecimento de produtos e serviços, em total consideração ao consumidor.¹³

O entendimento jurisprudencial, contudo, tem convergido a uma aplicação condicionada do sistema consumerista, consolidando o que se denominou de finalismo mitigado ou aprofundado, exposto pela coordenadoria de editoria e imprensa do Superior Tribunal de Justiça:

12 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 305.

13 EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**: consumo e sustentabilidade. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 66-67.

(...) STJ tem admitido, em precedentes julgados nas turmas da Seção de Direito Privado (Terceira e Quarta Turmas), não ser o critério do destinatário final econômico o determinante para a caracterização de relação de consumo ou do conceito de consumidor.

(...)

Ocorre que, evoluindo sobre o tema, a jurisprudência do STJ flexibilizou o entendimento anterior para considerar destinatário final quem usa o bem em benefício próprio, independentemente de servir diretamente a uma atividade profissional. “Sob esse estopim, os julgados do STJ passaram a agregar novos argumentos a favor de um conceito de consumidor mais amplo e justo”, afirma a ministra.

Assim, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no artigo 2º do CDC. Mas a ministra da Terceira Turma explica que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, em concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica¹⁴.

Condicionou-se, assim, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos denominados consumidores pro-

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Aplicação do CDC**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 set. 2010.

fissionais nos casos em que apresentem hipossuficiência no caso concreto, seja ela técnica, jurídica ou econômica.

Mais ainda, ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor não contempla em seu texto somente a conceituação do consumidor destinatário final (artigo 2º, *caput*), mas também sua incidência aos consumidores equiparados (artigo 2º, parágrafo único, e artigo 17 do CDC), como as pessoas físicas ou jurídicas expostas às práticas mercadológicas (artigo 29 do CDC).

Ao estender esta tutela a todos os consumidores expostos às práticas mercadológicas, visou-se à tutela consumerista, individual ou coletiva, diante das abusividades presentes em determinadas condutas dos fornecedores que não se limitam simplesmente ao produto ou serviço em si, mas englobam todos os atos que permeiam o mercado de consumo.

Assim, a vedação de exigência de vantagem manifestamente excessiva, entre outras práticas abusivas exemplificadas pelo Código de Defesa do Consumidor, têm o condão de reprimir respectivos atos divergentes às normas consumeristas, não se fazendo qualquer distinção de consumidor final ou equiparado.

Não obstante, conforme preceitua o artigo 17 do Código do Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas de evento decorrente de fato do produto ou serviço, de modo que o desrespeito aos deveres anexos à boa-fé, em especial ao dever de

informação e cooperação, balizam também a configuração de fato de serviço bancário com informações insuficientes ou inadequadas.

Desta forma, a conceituação do consumidor de serviços ou produtos oferecidos pelos bancos está ligada a sua exposição às práticas abusivas lançadas pelas instituições financeiras e à proteção contratual conferida, especialmente se houver ajuste por meio de contrato de adesão (como no presente caso), quando não decorrente de evento danoso proporcionado pelo serviço de natureza bancária, financeira, de crédito ou securitária (segundo § 2º do art. 3º, do CDC).

Saliente-se, por fim, que as normas dos artigos 1º e 51 do Código de Defesa do Consumidor devem ser interpretadas de forma conjugada, de modo a se extrair dessa interpretação a conclusão de que o magistrado deve pronunciar-se “*ex officio*” sobre a matéria de cláusula abusiva, independentemente de provocação de qualquer interessado.

Assim, resta demonstrada a existência de relação de consumo entre pessoa jurídica e instituição financeira, de modo que não há dúvida sobre a necessidade de que seja conferida à consumidora a proteção outorgada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que, para a presente discussão, não restam maiores dúvidas acerca da necessária interpretação sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, pois visualiza-se uma manifesta vulnerabilidade e hipossuficiência dos cessionários de crédito ante as instituições financeiras.

Conclui-se, portanto, que a grande maioria das pessoas de direito privado, física ou jurídica, que contratarem com as instituições financeiras, como o contrato de concessão de crédito com a trava bancária, por exemplo, serão compreendidas como consumidoras diante de vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica.¹⁵

Ademais, como a garantia da trava bancária é utilizada em contratos de adesão (art. 54 do CDC), a exposição das pessoas físicas ou jurídicas a estas cláusulas, por força legal (art. 29 do CDC), estabelece-se a equiparação destas pessoas a consumidores.

Esta constatação torna-se relevante posto que se passa a analisar a utilização da trava bancária em contratações, muitas vezes, compulsórias e caracterizadas pelo desequilíbrio entre os contratantes sob a ótica constitucional-consumerista, sendo necessária uma explanação acerca dos valores que têm norteado o direito privado moderno.

4. A necessária releitura da trava bancária e a função social do contrato

A trava bancária e a violação aos preceitos consumeristas, estão sujeitas às tendências da hermenêutica que moldaram o atual direito privado, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor não se trata de sistema alheio

15 EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 133.

às demais fontes do ordenamento jurídico brasileiro. Pelo contrário, a edição deste microsistema, imposta constitucionalmente, é consequência de uma alteração paradigmática no direito privado, cujos reflexos ainda encontram certa resistência no Poder Judiciário.

Em síntese apertada, a alteração do sistema jurídico foi a resposta à crise do liberalismo ocorrida na primeira metade do século XX, na qual a autonomia da vontade privada e o absolutismo da propriedade como princípios norteadores do direito privado demonstraram-se insustentáveis, pois o desenvolvimento limitava-se somente a uma mínima parcela dominante, o que marginalizou as demais classes economicamente inferiores.¹⁶

A resposta imediata dos governantes foi a alteração na forma de atuação do Estado, o qual passou a intervir de forma bastante atuante na economia, o que, em curto prazo também se demonstrou inviável, em função da dificuldade na tomada de decisões em decorrência da burocracia imposta pela gestão pública das empresas.

Como meio termo, consolidou-se a relevância de um Estado mais atuante e incisivo que assuma ativamente seu papel na tutela dos direitos fundamentais de seus cidadãos e que vise, além do crescimento econômico, ao desenvolvimento socioambiental, no qual o Estado passou a intervir

16 GIBRAN, Fernanda Mara; EFING, Antônio Carlos. **Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental**. 2012. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012. p. 28.

em setores estratégicos da economia.¹⁷

Essa política intervencionista do Estado Social produziu uma diluição nas fronteiras outrora intransigentes entre o direito público e o direito privado¹⁸, de modo que as relações privadas não mais seriam balizadas pela simples autonomia da vontade das partes, devendo obrigatoriamente observar os valores fundamentais estampados na Constituição Federal.

E é justamente pela ocorrência da tão comentada constitucionalização do direito civil, que as relações jurídicas entre particulares jamais poderiam representar risco à dignidade da pessoa humana, valor supremo do direito brasileiro, e conseqüentemente a qualquer direito fundamental, como a defesa do consumidor, posto que “é possível, no mínimo, sustentar o ponto de vista de acordo com o qual os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁹

17 Neste sentido: “O Estado interveio energicamente, abandonando as técnicas do liberalismo, ciente de que nos momentos de crise econômica a ausência do Poder Público podia ser desastrosa para a maior parte dos grupos sociais envolvidos. A intervenção, primeiro excepcional, tornou-se intensa, através de uma torrente de regras destinadas a traçar objetivos do Estado. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 87.

18 “A caracterização do modelo jurídico liberal assenta em dois postulados essenciais: a separação absoluta entre o direito público e o direito privado, cada um deles com a sua esfera de aplicação perfeitamente diferenciada e o predomínio da autonomia da vontade privada na esfera econômica”. MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 18-19.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10.

Desta forma, ainda que a trava bancária possua grande eficiência na garantia patrimonial na concessão de créditos como instrumento auxiliar para a redução de taxas de juros, por exemplo, com a despatrimonialização do direito civil - no qual o núcleo do ordenamento jurídico transferiu-se da propriedade à pessoa humana -, tornou-se imperiosa a compreensão das outras dimensões desta prática atualmente corriqueira no sistema bancário.

É justamente esta imprescindível interpretação do contrato considerando-o no meio social em que se insere, que se desenvolveu a noção de função social do contrato, que serve como um dos tripés da teoria contratual moderna ao lado da boa-fé e o equilíbrio contratual.^{20 21}

ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 109-111.

20 TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 130.

21 Para melhor conceituação: “A função social do contrato corresponde à necessidade sentida pelo Estado moderno de limitar a autonomia contratual, em face da exigência social de “garantire interessi generali o colettivi” que não se satisfaziam dentro da sistemática do estado Liberal. A liberdade de contratar, nessa ordem de idéias, não pode contrastar com a utilidade social em temas como segurança, liberdade, dignidade humana, devendo sobrepor à autonomia contratual interesses coletivos como os ligados à educação, à saúde, os transportes, a utilização adequada das fontes de energia, à tutela do meio ambiente, a proteção a certos setores produtivos, etc. Há uma reciprocidade, nesse aspecto, entre as regras de limitação da propriedade e as que restringem a autonomia contratual. Incluem-se, ainda, no âmbito das limitações da liberdade de contratar (função social) a tutela da livre concorrência no mercado (combate aos trusts e às praxes de dominação de mercado) e à tutela das partes débeis das relações de mercado (os consumidores, no que diz respeito à propaganda enganosa, aos contratos standard, à contratação à distância, etc).” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**.

Trata-se, assim, de cláusula geral que deve ser observada por todos os contratantes e que aparentemente tem sido ignorada na aplicação das travas bancárias, uma vez que as instituições financeiras tem visado única e exclusivamente a segurança patrimonial. É certo que tal aplicação diverge da finalidade da função social do contrato que deveria buscar o “equilíbrio entre justiça e segurança, cabendo à ética dar contornos, sem se descuidar da importância econômica nas relações sociais”.²²

Não obstante os valores sociais serem suficientes para se repensar a licitude da trava bancária, os próprios interesses econômicos, em longo prazo, não justificam a apropriação de parcela tão significativa do faturamento de qualquer empreendimento. Deve-se considerar uma visão sistêmica e dinâmica da empresa, conforme expôs Machado:

O aspecto dinâmico da empresa consiste, em última análise, nos necessários arranjos (transações) que aquela se volta ao universo que a cerca para realizar sua atividade econômica. Assim, partindo-se que a empresa transaciona com diversos entes para realizar seu fim, esta transação deve ser eficiente em constituição, existência, efeitos e extinção dos contratos.^{23 24}

Forense: Rio de Janeiro, 2008. p. 53.

22 TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 133.

23 MACHADO, Rafael Boêchat Alves. A ilegalidade da trava bancária: uma análise frente ao problema da barganha. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, v. 8, p. 108-127, 2012. p. 06.

24 Esta análise econômica do direito, tão aclamada por alguns

Em outras palavras, a trava de recebíveis por cartão de crédito e/ou débito pode representar privação tão significativa ao faturamento da empresa que eventualmente inviabilizaria a atividade econômica desenvolvida e consequentemente obstaría a satisfação do próprio crédito concedido pela instituição financeira. Repise-se que, conforme preceitua a função social no direito civil, o melhor cenário econômico e social é a prosperidade do cessionário, com acesso integral a seu faturamento para adimplir sua obrigação no tempo predeterminado.

Entretanto, todo o benefício coletivo que seria possível nesta situação é sobrepujado pelo interesse avaro das instituições financeiras em obter segurança jurídica que garanta suas concessões, olvidando-se do equilíbrio buscado entre a segurança e justiça e, ao final, divergindo dos valores que deveriam guiar o direito privado.²⁵

juristas, evidencia que diante da complexidade que envolve as atividades empresárias, com uma rede variável de passivos e ativos, a trava bancária prejudica a eficiência da atividade empresarial, como complementa o autor: “Não podem os credores, em necessária dilaceração do estabelecimento do devedor, retirar-lhes bens indispensáveis a atividade lá exercida. Apesar de a lei caracterizar tais credores como proprietários, temos que a unidade produtiva do devedor deve ser respeitada e protegida, pois de lá emanam diversos contratos (todos com função social relevante), sendo ainda que não se prejudicará todos os credores e o próprio devedor em detrimento do credor proprietário.” MACHADO, Rafael Boëchat Alves. A ilegalidade da trava bancária: uma análise frente ao problema da barganha. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, 2012. p. 30.

25 “Limitando institutos de conformação nitidamente individualista, em contraposição aos ditames do interesse coletivo – que se apresentam acima dos interesses particulares – concedendo aos sujeitos de direito não só uma igualdade em seu aspecto estritamente formal, mas permitindo

Ressalva-se que não significa dizer que os cedentes de crédito não devam possuir instrumentos que garantam a satisfação da obrigação, trata-se apenas de uma reflexão a ser amadurecida pelos operadores do direito acerca de possível readequação ou alternativas menos incisivas e condizentes com os valores constitucionais. Isto porque a forma como se tem pactuado a trava bancária é um retrocesso ao liberalismo, a qual evidencia que a equidade contratual encontra-se simplesmente no âmbito formal, uma vez que materialmente apenas concretiza a imposição da vontade unilateral do contratante mais forte.²⁶

Busca-se, em outras palavras, uma adequação dos contratantes aos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato, mormente ao se considerar que os contratos complexos, como estes nos quais se inserem as cláusulas de trava bancária, são invariavelmente incompletos “com informações pouco confiáveis (decorrentes do oportunismo) que afastam a possibilidade de o simples conhe-

uma igualdade e liberdade aos sujeitos de direito os igualando de modo a proteger a liberdade, de cada um deles, em seu aspecto material.” TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 114.

26 “Os fenómenos particulares de restrição da liberdade contratual indicados nas páginas precedentes registam-se sempre que as partes da relação se encontram, relativamente ao objecto daquela, em posições de força económico-social desigual (e por isso “poder contratual”), que permitem ao contraente “forte” impor a sua vontade unilateral ao contraente “débil”, o qual é constringido a acatá-la.” ROPPO, Enzo. **O CONTRATO**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 319.

cimento do contrato entre duas partes ser suficiente para eliminar problemas pós-contratuais ou na execução”.²⁷

Partindo desta premissa e contextualizando-a ao disposto acerca da invariável vulnerabilidade nestes contratos, esclarece Marcia Carla Ribeiro e Guilherme Borba Viana que “a assimetria informacional nas relações econômicas ocorre quando uma das partes contratantes possui muito mais informação sobre o bem ou serviço transacionado do que a outra”.²⁸

Todas estas ponderações convergem para a necessidade de um reequilíbrio contratual que seja digno da referida evolução do direito civil nas últimas décadas, e que pode ser concretizada por meio da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

4.1. A lei de recuperação de empresas e a penhora de recebíveis futuros

Conforme se denota, a mitigação do instituto da alienação fiduciária de recebíveis futuros é tema bastante delicado no que toca às empresas. Nesse sentido, atualmente, ao se tratar das travas de domicílio bancário, necessário apresentar o tema sob o aspecto proposto pela Lei nº

27 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e Assimetria Informacional nas relações empresariais. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 24, p. 173-200, 2008. p. 185.

28 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e Assimetria Informacional nas relações empresariais. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 24, p. 173-200, 2008. p. 186.

11.101/2005, a qual traz os dispositivos que regulam a matéria da recuperação judicial de empresas e exclui tais créditos daqueles que estão sujeitos à recuperação judicial.²⁹

Importante ressaltar novamente que por meio da utilização do mecanismo da trava bancária foi possível que as instituições financeiras reduzissem as taxas de juros praticadas pelo mercado. Isto porque, como anteriormente explicado, a garantia proporcionada pela alienação fiduciária de recebíveis futuros que é contratada com o banco oferece segurança muito maior, o que por um lado auxilia no crescimento econômico do país.

Entretanto, o foco do presente estudo é demonstrar as possíveis abusividades que são perpetradas em função da autorização contratual que possibilita o bloqueio dos recebíveis da empresa financiada.

Para melhor compreender os reflexos do uso da trava bancária nas empresas, cabe neste ponto realizar uma distinção sobre os conceitos de receita, lucro e faturamento. Como bem resume Cássio Cavalli, “receita consistiria em ingresso de numerário em razão da operação da empresa; o lucro consistiria no valor obtido quando subtraídas as despesas da receita; enquanto o faturamento seria a receita

29 A Lei trata também da falência das empresas. Entretanto, o presente estudo não pretende analisar a falência, já que significa o fim da atividade empresarial e, conseqüentemente, um abalo a ordem econômica pela diminuição da produção de riquezas. Busca-se uma avaliação da (i)lícitude da cláusula de trava bancária com o foco no cumprimento da função social do contrato e portanto na manutenção da empresa financiada.

bruta³⁰.³⁰ Ocorre que, sob tais concepções no uso da trava bancária, seria possível que o juízo determinasse a penhora do valor integral de todo o valor que ingressasse no caixa da empresa, o que, evidentemente, é absurdo. É, justamente nesse sentido que se realiza uma análise bastante interessante do princípio da menor onerosidade em face da necessidade da preservação da empresa, de modo que vale a pena novamente colacionar a lição de Cássio Cavalli:

O princípio da preservação da empresa a orientar a espécie de penhora sob análise é doutrinariamente reconhecido no art. 678 do CPC, que trata da penhora de faturamento de empresa concessionária de serviço público. Com efeito, para evitar-se qualquer anormalidade ou prejuízo no funcionamento do serviço público, impõe-se que seja adotado um procedimento que determine a importância a ser expropriada sem afetar a continuidade do serviço público prestado pela concessionária. Esta mesma forma de promoção do princípio também deverá estar presente quando da penhora de faturamento de qualquer empresa, concessionária ou não. Vale dizer, a operacionalização da penhora de faturamento também deve ser orientada pelo princípio da menor onerosidade. Com isto, quer-se afirmar que não deve ser determinada a penhora de percentuais fixos sobre o faturamento da empresa, sobre pena de onerá-la excessivamente, com prejuízo, inclusive, aos *stakeholders* que contratam com a empresa. Daí porque, caso determinada a penho-

30 CAVALLI, Cássio. **O princípio da menor onerosidade e a penhora de faturamento de empresa**. Revista dos Tribunais. 926 (2012). p. 723.

ra de faturamento, ela deverá ser operacionalizada em consonância com os princípios da menor onerosidade e da preservação da empresa.³¹

Para os fins do presente estudo, necessário que seja aplicado o raciocínio relativo aos princípios da menor onerosidade e da preservação da empresa para tratar da legislação da recuperação de empresas e falências.

É evidente que a Lei de Recuperação de Empresas visa, primordialmente, a manutenção da atividade empresarial com a consequente viabilização da atividade econômica, preservação e geração de empregos, recolhimento de impostos, entre diversas outras funções que são decorrentes da própria existência da empresa. Ou seja, a edição da Lei referida pretende atender aos dispositivos constitucionais que tratam da função social da empresa e do incentivo à atividade econômica, principalmente.

Em síntese apontada por Marcia Carla Pereira Ribeiro, este instituto da recuperação judicial é requerida por empresário, insolvente, de boa-fé, com possibilidade de recuperação do negócio mediante sua manutenção na condução do negócio.³²

Como forma de auxiliar a empresa que passa pelo processo de recuperação judicial a se recuperar da crise

31 CAVALLI, Cássio. **O princípio da menor onerosidade e a penhora de faturamento de empresa**. Revista dos Tribunais. 926 (2012). p. 728.

32 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Empresa, fazenda pública e a nova lei de recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, p. 25-43, jan. 2005. p. 28.

que atravessa, a Lei nº 11.105/2005 estabelece em seu artigo 50 várias formas de atingir o seu principal fim.

Assim, nota-se que o objetivo principal da Lei de Recuperação e Falência é equilibrar os interesses dos credores em obter o recebimento de seus créditos e, ao mesmo tempo, propiciar a continuidade da atividade empresarial.

E, assim sendo, “deve-se observar que, embora o devedor ingresse em um estado de insolvência ou pré-insolvência, seus direitos e garantias fundamentais não podem ser afastados”, como exemplifica Auer Baptista Freire Júnior e Rodrigo Almeida Magalhães em crítica à certas abusividades perpetradas por esta lei.³³

Neste sentido, o § 3º do artigo 49 da Lei nº 11.105 excluiu do rol de créditos que estão sujeitos à recuperação judicial a alienação fiduciária de recebíveis. Ou seja, o legislador privilegiou uma das formas de garantias que a empresa pode ofertar no momento da contratação do crédito de instituições financeiras, fato que, indiretamente, causou a implementação de políticas em todo o sistema bancário no sentido de reduzir as taxas de juros para os clientes que oferecessem esse tipo de garantia, o que indubitavelmente põe em risco o instituto da recuperação judicial.

33 FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A Lei de Recuperação de Empresas e Falências e seus abusos frente a direitos fundamentais. **Revista de Direito Empresarial**: RDEmp, Belo Horizonte, v.8, n.2 , p. [175]-196 , jul. 2011. p. 195.

Necessário tratar do disposto no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, o qual prevê a exclusão de determinados créditos do plano de recuperação judicial:

Art. 49. § 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.

A simples leitura do § 3º do art. 49 da Lei de Recuperação Judicial demonstra que há grande risco em manter a posição privilegiada das instituições financeiras para recebimento de seus créditos no momento em que ocorre o processo de recuperação judicial, ou seja, de empresa que atravessa dificuldades financeiras. Isto porque enquanto todos os demais credores estarão sujeitos aos trâmites convencionais da recuperação judicial, o credor que possui a garantia da alienação fiduciária dos recebíveis (trava bancária) permanecerá tendo a prerrogativa de receber os

valores decorrentes dos créditos que possuí com a empresa no momento em que qualquer crédito ocorrer na conta corrente da empresa.

Frise-se uma vez mais, a forma como a Lei de Recuperação de Empresas foi redigida proporcionou às instituições financeiras privilégios que colocam em risco todo o ideal de manutenção da atividade empresarial.

Com isto demonstra-se necessária a adequada interpretação e aplicação das normas para que ocorra uma relativização do disposto no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, para que seja possível que mesmo nos casos em que exista a garantia de alienação fiduciária de recebíveis, a penhora efetuada pela instituição financeira seja realizada de modo que a empresa possa permanecer com suas atividades regularmente, posto que numa interpretação literal da legislação poderia autorizar que o banco efetive a penhora da forma e na quantidade que julgar adequada.

Já foram proferidas várias decisões judiciais em casos relacionados à penhora do faturamento da empresa. Apenas como forma de ilustrar o presente estudo, mencionam-se os casos AgRg no REsp nº 919.833, AgRg no REsp nº 1.170.822 e AgRg no REsp nº 1.313.904. Em todos esses casos os Ministros do Superior Tribunal de Justiça demonstra a necessidade de se observar a razoabilidade no momento em que se efetiva uma penhora no faturamento da empresa, tendo diminuído o valor da penhora e que tal ato somente é possível em caráter excepcional.

Assim, a trava bancária também em relação às empresas que passam ou não por processo de recuperação, deve atender aos princípios da menor onerosidade e da preservação da empresa a fim de que não se comprometa a atividade empresarial e direitos fundamentais em detrimento da garantia contratualmente autorizada.

5. O conflito com os princípios do código de defesa do consumidor

Conforme já se introduziu nos capítulos anteriores, a obrigatoriedade da contratação da trava bancária, nos exatos termos definidos pelas instituições financeiras, nos contratos de adesão que utiliza na concessão de crédito é resultado de uma vulnerabilidade inerente às relações desta natureza, cuja mitigação somente é possível com a irrestrita e escorreita aplicação dos preceitos legais consumeristas e da proteção contratual.

Repisa-se que, por se tratar de direito fundamental e princípio da ordem econômica, a defesa do consumidor, nos termos do seu art. 1º, representa norma de ordem pública e natureza cogente. Assim, resulta em uma obrigatoriedade de sua tutela às relações de consumo e que deve reger a nefasta atuação das travas bancárias.

Ocorre que, além de todos os direitos positivados no Código de Defesa do Consumidor, este diploma possui natureza principiológica e molda o consumo diante das diretrizes apontadas pela Política Nacional das Re-

lações de Consumo. Há doutrinadores, inclusive, que sustentam que caso a Lei nº 8.078/90 fosse limitada a seus primeiros sete artigos a tutela do consumidor permaneceria ampla, posto que estes dispositivos já refletiriam fielmente os princípios constitucionais, cabendo aos interpretadores assegurar sua eficácia.³⁴

Justificada a tutela consumerista pelo princípio da vulnerabilidade, a referida política ainda se sustenta nos princípios da intervenção do Estado, da confiança, da informação, da equidade, da boa-fé, entre outros, que visam ao reequilíbrio entre as partes e a plena proteção dos direitos básicos dos consumidores.

Deve-se aclarar ainda que a tutela mínima, disposta no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, assegura não somente os direitos da personalidade dos consumidores, mas também aqueles essenciais ao desenvolvimento de um mercado de consumo digno, como a informação adequada e o amparo contratual.

E justamente sob esta ótica minimamente protetiva que se deve compreender a utilização da trava bancária pelas instituições financeiras. De modo que se levanta o questionamento acerca da observância, entre outros, ao princípio da informação e transparência, visto que a disponibilização futura de parcela significativa do faturamento proveniente dos cartões eletrônicos representa valor variá-

34 NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

vel e imprevisível, cujas consequências na amortização do débito devem ser demonstradas de forma clara e adequada.

Trata-se de direito fundamental do consumidor à informação que representa “a única opção que se lhe coloca nos contratos de consumo massificados: aceitar ou não as condições gerais, já que não possui o poder contratual para modificar ou negociar os termos e o conteúdo contratual”.³⁵

Evidencia-se, novamente, a vulnerabilidade dos cesionários de crédito que diante de contrato de adesão com a instituição financeira somente visualiza a opção de aceitar a trava bancária ou recusar a concessão.

Razão pela qual o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se em viabilizar a revisão e modificação de “cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais”, conforme inciso colacionado acima. Cujas aplicabilidade não demanda condições específicas como da resolução por onerosidade excessiva prevista no Código Civil, sendo necessária apenas uma “quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre as prestações”³⁶, que pode ser constatada em algumas travas bancárias.

35 GIBRAN, Fernanda Mara; EFING, Antônio Carlos. **Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental**. 2012. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012. p. 66.

36 BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 60.

Visando à plena eficácia deste direito básico, os legisladores positivaram algumas situações específicas que prejudicariam esta equidade, como no art. 39, inciso V.

E ao se recordar que, em alguns casos, a trava bancária poderia reter até metade do faturamento do cessionário, pode-se concluir que há um desequilíbrio nesta contraprestação que não se justifica, caracterizando uma vantagem manifestamente excessiva, vedada pela legislação consumerista.

Novamente, ao contrário das práticas atuais realizadas pelas instituições financeiras e muitas vezes mantidas pelo Poder Judiciário, cabe esclarecer a necessidade de que seja utilizado o meio menos oneroso para que as empresas que atravessam dificuldades econômicas possam realizar o pagamento de suas dívidas e efetivamente recuperarem-se de eventuais crises.

Neste sentido, também, há de se apreciar a tutela contratual disposta no Código de Defesa do Consumidor especificamente acerca das cláusulas abusivas.³⁷

37 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...] § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Veja-se que uma vez mais o legislador buscou resguardar a boa-fé e equidade entre os contratantes, tanto é que tornou nulas de pleno direito as cláusulas que estabelecem obrigações iníquas e abusivas que acarretem em desvantagem exagerada.

Por óbvio que caberá aos magistrados esta análise em cada caso concreto, limitando-se a alertar com o presente estudo, a considerável possibilidade de que a trava bancária, direta e sob parcela significativa do faturamento empresarial, majore a vulnerabilidade dos consumidores de crédito diante de desvantagem exagerada e divergente também da função social do contrato.

E, por ser uma discussão relativamente recente, há divergências de posicionamento jurisprudencial que deve ser resolvida nos casos que chegarem em breve ao Poder Judiciário, não podendo se olvidar os julgadores da necessária leitura constitucional do direito privado e, principalmente, à integral tutela que se previu no Código de Defesa do Consumidor.

Considerando-se que trata de tema polêmico com divergência jurisprudencial ³⁸, deve-se louvar recente decisão

38 Para ilustrar este conflito de entendimentos, colacionam-se dois julgados, uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e outra do Egrégio Tribunal paulista:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL. Liminar obstativa de registro em cadastros protetivos de crédito. Possível o cadastro no caso de inadimplência, pois não estão presentes os pressupostos autorizadores para obstar a inscrição. Protesto de títulos vinculados ao contratado. Exercício regular de direito. Necessário o estabelecimento do contraditório.

da Exma. Juíza Vera Regina Bedin no referido processo sob nº 033.13.010263-9, no qual se atentou para a despatrimonialização do direito civil e ao sopesar a segurança patrimonial da instituição financeira e os demais direitos envolvidos, decidiu pela suspensão da trava bancária em razão da função social do contrato e desequilíbrio contratual, conforme exposto na fundamentação:

Nesse jaez, tem-se como necessária a salvaguarda do crédito da instituição financeira ré, mas também da preservação da empresa autora resguardando a sua função social, com a manutenção da fonte produtora, a manutenção de empregos, interesse dos credores, desenvolvimento da atividade empresarial na região etc.

Esta decisão ainda não é definitiva e não entra no mérito de eventual nulidade de pleno direito de cláusu-

DIREITOS CREDITÓRIOS DE RECEBÍVEIS DE CARTÃO DE CRÉDITO. AMORTIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. GARANTIA DO CONTRATO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70051247500*. Relator Des. Rubem Duarte. Julgado em 10-04-2013.

TUTELA ANTECIPADA - Requisitos - Acordo firmado entre as partes, no qual o agravante deu em penhor valores recebíveis nas vendas a cartão de crédito, além de trava bancária, em favor do banco - Banco que se utilizou da trava bancária - Hipótese em que o autor buscava antecipar os recebíveis junto às operadoras de cartão de crédito - Pedido de liberação da trava bancária - Ausência de verossimilhança da alegação, além de irreversibilidade da antecipação de tutela para liberação da trava - Recurso não provido.

São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 990.10.315203-4*. Relator Des. Melo Colombo. Julgado em 06-10-2010.

la abusiva, representando apenas um passo em direção ao direito privado que a Constituição Federal de 1988 previu e almejou.

6. Considerações finais

Conforme restou demonstrado no presente estudo, as pessoas jurídicas também estão sujeitas às regras trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor no momento em que contratam com instituições financeiras em decorrência da sua vulnerabilidade, bem como por se tratarem invariavelmente de destinatários finais do serviço prestado. É notório, ainda, que ao contratarem com fornecedores desta natureza, os consumidores não possuem conhecimento técnico sobre as imposições inseridas em contratos de adesão, fato que traz graves consequências posteriores e que devem ser objeto de apreciação do Poder Judiciário nos casos em que se constatem abusividades.

Ademais, cumpre ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor tutelou também como consumidores equiparados àqueles expostos às práticas comerciais, com especial atenção às práticas abusivas, que não são condizentes com seus princípios e objetivos.

Exemplo da ocorrência de abusividade é a utilização do § 3º do artigo 49 da Lei nº 11.105 que excluiu do rol de créditos sujeitos à recuperação judicial, a alienação fiduciária de recebíveis futuros das pessoas jurídicas.

Sob o argumento de que esta modalidade agressiva de garantia de crédito eventualmente reduziria as taxas sobre os créditos concedidos pelas instituições financeiras no mercado, a contratação de adesão realizada pelos concedentes de crédito autoriza que os bancos efetivem as travas bancárias, fato que na maioria das vezes ocasiona a bancarrota da pessoa jurídica em função da excessiva onerosidade que é imposta ao se lançar mão da garantia da trava bancária.

Tal situação, entretanto, deve ser ponderada sobre as novas perspectivas que têm norteado o direito privado, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, com indispensável observância à função social dos contratos e boa-fé na consolidação e execução destas relações. Derivando-se, ainda, nos seus deveres anexos que exigem uma convergência dos contratantes para que atuem de maneira proba, e respeitem o dever de informação e cooperação.

Em outras palavras, a alienação fiduciária de recebíveis futuros das pessoas jurídicas garante às instituições financeiras uma posição extremamente privilegiada no caso de a empresa não suportar realizar o pagamento integral da dívida contraída, permitindo que este penhore o faturamento futuro (oriundo de operações de crédito e débito) o que ocasiona o sufocamento da estrutura empresarial e deixa de observar o princípio da menor onerosidade e da preservação da empresa.

Especificamente às sociedades que atravessam dificuldades econômicas, restou demonstrado que a “trava bancária” impõe encargo ao tomador de crédito que muitas vezes torna-se manifestamente oneroso, impossibilitando a continuidade da atividade empresarial. Isto porque, ao invés de permitir que a empresa administre seus valores e possa se reestruturar e planejar seu saneamento financeiro e a retomada do crescimento por meio dos recursos que supostamente deveriam estar disponíveis, as instituições financeiras possuem a prerrogativa de, nos casos em que possuem a garantia de alienação fiduciária de recebíveis futuros, realizar bloqueios de todos os recebimentos da empresa, o que é extremamente oneroso contrariando o ordenamento jurídico vigente.

Por todo o exposto, conclui-se que a utilização da trava bancária em prejuízo do tomador de crédito (consumidor), autoriza a intervenção judicial para afastar tal abusividade.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**: conversas com Citali Roviroso-Madrazo. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. 2 ed. trad. MEDEIROS, Carlos Alberto. 2001.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 297 – 12-05-2004. Diário da Justiça de 09-09-2004. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Aplicação do CDC**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 set. 2010.

CAVALLI, Cássio. **O princípio da menor onerosidade e a penhora de faturamento de empresa**. Revista dos Tribunais. 926 (2012).

COELHO, Fábio Ulhoa. **Cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente, A / 2010** A cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v.6, n.33 , p. 21-34, ago./set. 2010.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo: consumo e sustentabilidade**. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A Lei de Recuperação de Empresas e Falências e seus abusos frente a direitos fundamentais**. **Re-**

vista de Direito Empresarial: RDEmp, Belo Horizonte, v.8, n.2 , p. [175]-196 , jul. 2011.

GIBRAN, Fernanda Mara; EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara. **Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental**. 2012. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012.

LATOUCHE, Serge. **Farewell to Growth**. Cambridge: Polity Press, 2009.

MACHADO, Rafael Boëchat Alves. A ilegalidade da trava bancária: uma análise frente ao problema da barganha. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, v. 8, p. 108-127, 2012.

MACIEL, Camila. Cresce número de brasileiros que utilizam cartões de crédito e débito. Agência Brasil. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-04-23/cresce-numero-de-brasileiros-que-utilizam-cartoes-de-credito-e-debito>>. Acesso em: 13 set. 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 305.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira ; VIANNA, Guilherme Borba . Risco e Assimetria Informacional nas relações empresariais. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 24, p. 173-200, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Empresa, fazenda pública e a nova lei de recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3 , p. 25-43, jan. 2005.

ROPPO, Enzo. **O CONTRATO**. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTA CATARINA. Vara Cível de Itajaí. Ação de revisão de contrato nº 033.13.010263-9, Juíza Vera Regina Bedin. p. 1012 Diário de Justiça do Estado de Santa Catarina, 08-08-2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Forense: Rio de Janeiro, 2008.

MULTIPARENTALIDADE: A SOCIOAFETIVIDADE NOS LAÇOS DE FILIAÇÃO¹

Ricardo Lucas Calderón

Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da especialização em Direito das Famílias e Sucessões da ABDCnst. Pós-graduado em Teoria Geral do Direito e em Direito Processual Civil. Professor de diversos cursos de pós-graduação. Membro da Diretoria Nacional do IBDFam. Membro do IBDCivil. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Sócio do escritório Calderón Advogados.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo comentar sobre a multiparentalidade, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu uma filiação socioafetiva e registral mesmo estando ausente o vínculo biológico. O princípio da afetividade está consolidado no direito de família brasileiro, reverbera em suas diver-

1 O presente trabalho foi baseado no artigo do autor “Multiparentalidade acolhida pelo STF: análise da decisão proferida no RE 898060/SC”. Revista IBDFam Família e Sucessões, v. 22, p. 169-194, 2017.

sas searas, inclusive nas definições de parentalidade. No Brasil, a doutrina e a jurisprudência foram as precursoras no reconhecimento da socioafetividade como suficiente vínculo parental. Ao lado da vinculação biológica figura o liame socioafetivo, lastreado na força construtiva dos fatos sociais. A posse de estado de filiação é acolhida pelo direito brasileiro, estando prevista na parte final do art. 1.593 do Código Civil. A paternidade socioafetiva espontânea e higidamente registrada é apta a produzir efeitos jurídicos. A decisão do Supremo Tribunal Federal traz à luz a consagração da categoria da socioafetividade, constituindo-se em julgado que pode servir de orientação para os desafiantes litígios de parentalidade.

Palavras-chave: Parentalidade; filiação; afetividade; socioafetividade; multiparentalidade.

1. Introdução: a multiparentalidade acolhida pelo STF

No final de agosto de 2017 o Supremo Tribunal Federal julgou a Repercussão Geral 622², na qual restou acolhida a possibilidade jurídica da multiparentalidade.

O STF aprovou uma relevante tese sobre Direito de Família, delineando o sentido da parentalidade no atual cenário jurídico brasileiro. Além disso, os argumentos cons-

2 STF, RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux.

tantes desse aresto também contribuem para a tradução contemporânea das categorias da filiação e parentesco.

O tema de Repercussão Geral 622³, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, envolvia a análise de uma eventual “prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica⁴”. Ao deliberar sobre o mérito da questão, o STF optou por não afirmar nenhuma prevalência entre as referidas modalidades de vínculo parental, apontando para a possibilidade de coexistência de ambas.

A importância do referido caso foi destacada pelo próprio voto do Ministro relator já ao início da sua manifestação, quando afirmou que:

O caso ora em julgamento, seja qual for o resultado proclamado pelo colegiado, constituirá precedente essencial para a definição do estatuto constitucional das famílias, em especial a densificação conceitual de um dos componentes mais elementares dos direitos da personalidade: a filiação.

A decisão redefiniu os contornos da filiação no nosso Direito de Família, tanto é que segue reverberando na doutrina e na jurisprudência, com projeções de várias ordens.

3 A sessão que fixou a tese foi realizada no dia 21/09/2016, em deliberação do pleno do STF. O caso que balizou a apreciação do tema foi o RE 898.060/SC, no qual o Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM atuou como *Amicus Curiae*.

4 Trecho do acórdão do plenário virtual que reconheceu a repercussão geral do tema.

O caso paradigma julgado pelo Supremo envolvia uma situação na qual se discutia o reconhecimento tardio de uma paternidade biológica não vivenciada, em substituição a uma paternidade socioafetiva registral e concretamente vivenciada.

A manifestação de um tribunal superior pela possibilidade de reconhecimento jurídico de ambas as paternidades, socioafetiva e biológica, de forma concomitante, merece destaque, pois deixou novamente o Brasil na vanguarda mundial do Direito de Família.

Outro aspecto digno de nota é que a conclusão do STF foi extraída a partir de uma hermenêutica civil-constitucional, robustecida por princípios e valores constitucionais, o que se mostra adequado e necessário, já que para edificar a solução do caso, o Supremo partiu do problema concreto ao sistema jurídico, a seguir analisou o conjunto de normas do nosso ordenamento a partir da Constituição Federal, perpassando pelas disposições do Código Civil e demais leis pertinentes⁵. Ao final, chegou-se a interessante solução, para a qual inexistia legislação prévia explícita a respeito.

5 Percurso comprovado na ementa do acórdão, conforme as passagens: “A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.” E, “a superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.”

A perspectiva hermenêutica aplicada ao caso permitiu que, mesmo sem lei que preveja expressamente a multiparentalidade no direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal houvesse por bem em afirmar essa possibilidade jurídica. Com isso, fornece aos operadores do Direito mais uma opção ao nosso “cardápio de soluções jurídicas”.

Esses novos conflitos familiares refletem alguns dos desafios que as múltiplas relações interpessoais apresentam aos juristas. No complexo, fragmentado e líquido cenário da atualidade, a possibilidade de pluralidade de vínculos parentais é uma realidade fática que exige alguma acomodação jurídica.

2. O caso concreto analisado pelo STF

A situação concreta que norteou a decisão do STF era oriunda do Estado de Santa Catarina⁶ e envolvia o pedido de uma filha que tinha um pai socioafetivo e registral consolidado (mais de 18 anos de convivência), mas em um dado momento foi informada que ele não era seu ascendente genético. A sua mãe lhe confirmou que o seu ‘pai biológico’ era efetivamente outro homem, que não o seu ‘pai socioafetivo’. A referida filha nunca havia travado nenhuma espécie de convivência com o ascendente genético.

Diante disso, com aproximadamente 19 anos de idade, esta filha demandou em juízo para pleitear o reconhecimento jurídico da sua filiação perante o ‘pai biológico’,

6 RE 898060/SC.

com todos os efeitos decorrentes dessa filiação (registro, nome, alimentos, herança, etc.). Para tanto, ajuizou uma ação de reconhecimento de paternidade em face do seu ascendente genético ('pai biológico'), requerendo a declaração dessa filiação.

À época do ajuizamento da demanda, não houve pedido expresso de multiparentalidade por parte da filha requerente (até mesmo porque o tema era incipiente naquele momento, meados de 2003), de modo que o pedido inicial envolvia excluir o então pai socioafetivo do seu assento de nascimento, para que, com isso, o pai biológico pudesse ser reconhecido (até então só se aventava de reconhecer apenas um pai).

A defesa do 'pai biológico', que resistiu à pretensão, alegou que a filha já possuía outro 'pai socioafetivo' há muitos anos, inclusive registrado no seu assento de nascimento, de maneira que isso impediria o provimento do seu pedido, pois, como ela já detinha um pai, seria impossível declarar uma segunda paternidade. Além disso, sustentou que, em respeito à filiação socioafetiva consolidada no Direito brasileiro, não seria nem o caso de substituir o 'pai socioafetivo' pelo 'pai biológico', mas sim de apenas indeferir o pleito. Ao final, alegava que como a filha inclusive já era maior de idade, seria evidente que a sua postulação tinha caráter exclusivamente patrimonial (pensão e herança), o que não deveria prevalecer em uma questão balizada por interesses existenciais. Assim, pedia a defesa do 'pai biológico' a improcedência total dos pedidos feitos na causa.

No decorrer do processo, a descendência genética da autora para com o demandado ficou comprovada por exames em DNA, tornando a questão da descendência genética incontroversa. Restava deliberar, portanto, se essa descendência se consubstanciaria na declaração plena da filiação que era postulada. Por outro lado, também restou inequívoca a existência de uma outra paternidade socioafetiva e registral por longa data, visto que foi admitida por todos no processo (inclusive pela autora, até mesmo com oitiva do ‘pai socioafetivo’ em juízo, que confirmou essa relação, mas afirmou que não se opunha ao pedido da filha perante o ‘pai biológico’).

Como ambas as espécies de vínculos foram comprovadas, restou ao judiciário deliberar qual das paternidades deveria prevalecer no caso concreto.

Em primeira instância, o feito foi julgado procedente (no ano de 2003), com a declaração de reconhecimento da paternidade biológica com todos os seus efeitos em substituição à paternidade socioafetiva, inclusive com determinação de alteração do registro de nascimento.

O ‘pai biológico’ recorreu ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, em um primeiro momento, deu provimento a sua apelação, por maioria, para reformar a decisão de primeiro grau, negando o pedido da filha⁷, com a alegação de que isso não seria possível face a existência de uma paternidade socioafetiva consolidada. Portanto, o caso seria apenas de declaração da descendência genética

7 TJ/SC, 4ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Luiz Fernando Boller.

que restou comprovada pelo DNA, mas sem reconhecer a filiação com esse ‘pai biológico’, ou seja, julgava improcedentes os pedidos postos na demanda pela filha.

Ante a divergência, foram opostos embargos infringentes pela filha perante o próprio TJ/SC, no Grupo de Câmaras de Direito Civil do TJ/SC⁸, que, em 2013, ao julgar este recurso, deu provimento aos referidos infringentes para reformar o acórdão anterior do próprio Tribunal, de forma a manter incólume a decisão de primeiro grau, pela prevalência da paternidade biológica.

Contra essa decisão final do TJ/SC (que privilegiava a paternidade biológica e excluía a socioafetiva), foi manejado o competente Recurso Extraordinário pelo ‘pai biológico’, que pediu ao STF a reforma da decisão por ofensa aos princípios e regras constitucionais atinentes à família e à filiação. Sustentou o recorrente que não se poderia excluir o pai socioafetivo anterior, bem como alegou que deveria ser declarada apenas a sua ascendência genética, sem os efeitos da filiação, declarando-se a improcedência dos mencionados pedidos meritórios.

O recurso foi admitido e chegou até o Supremo Tribunal Federal para deliberação, sendo que por decisão do Ministro Relator Luiz Fux, o caso embasou a Repercussão Geral que cuidava do tema (RG 622/STF – paternidade socioafetiva x biológica)⁹.

8 TJ/SC, Grupos de Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Raulino Jaco Bruning.

9 Inicialmente o caso que balizava a referida Repercussão Geral 622 era

3. A decisão do STF

Ao deliberar sobre a questão, em setembro de 2016 (quando a filha já estava com 33 anos de idade), o plenário do STF entendeu por negar provimento ao Recurso Extraordinário manejado pelo ‘pai biológico’. Por maioria, restou aprovado o voto do Ministro Relator Luiz Fux, que negava provimento à insurgência do pai biológico e mantinha a decisão que havia sido deliberada nas instâncias inferiores¹⁰, a fim de reconhecer a paternidade biológica com todos os efeitos decorrentes. O voto do Ministro Relator, entretanto, deixava clara a possibilidade de que essa paternidade biológica persistisse de forma cumulada e concomitante com a paternidade socioafetiva preexistente.

Ou seja, o voto foi expresso ao permitir a pluriparentalidade para o respectivo caso concreto subjacente, mantendo-se ambas as paternidades de forma simultânea, o que foi aprovado pela maioria dos Ministros.

A decisão pela viabilidade da manutenção de ambas as paternidades em pluriparentalidade com os efeitos jurídicos próprios decorrentes da filiação é inovadora, visto que engendrou uma nova solução para essa situação, distinta das proferidas até então no mesmo caso (que optavam sempre por privilegiar uma ou outra paternidade).

outro, oriundo da Paraíba, ARE 692.186/PB.

10 Nesta primeira votação que deliberou sobre o caso concreto, restaram vencidos os Ministros Edson Fachin e Teori Zavaski, mas a maioria votou com o relator Min. Luiz Fux.

Processualmente, esta decisão do STF foi pelo impro-
vimento do Recurso Extraordinário do pai biológico, mas
com a declaração de que era possível a manutenção de am-
bas as paternidades de forma concomitante (socioafetiva e
biológica) em coexistência no referido caso concreto.

Entretanto, como o STF alterou alguns aspectos da
decisão do Tribunal Estadual, tecnicamente parece que
o mais indicado seria reconhecer um parcial provimento
do recurso interposto do pai biológico, já que não houve
a manutenção na íntegra da decisão recorrida (do TJ/SC).
Assim, poderia o Tribunal ter dado parcial provimento ao
recurso, de modo a provê-lo na parte em que ele requeria
que a paternidade socioafetiva restasse mantida no caso
concreto, e, ainda, para negá-lo na parte que postulava que
a sua paternidade biológica não restasse reconhecida. Ano-
ta-se que, até o momento, a decisão do STF segue apontan-
do para o não provimento do recurso.

Quanto ao mérito do respectivo caso, portanto, a deci-
são do STF foi no sentido de acolher a multiparentalidade,
de modo a reconhecer a segunda paternidade (a biológica),
com a produção de todos os efeitos jurídicos inerentes à
filiação, mas sem excluir da paternidade já existente (a so-
cioafetiva). Ou seja, restaram reconhecidos os dois pais, de
forma concomitante.

Ao apreciar a temática subjacente à referida Reper-
cussão Geral, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por
maioria, houve por bem em aprovar a tese:

“A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

E, esta tese, servirá de diretriz para casos semelhantes, inclusive com efeito vinculante. Esta deliberação de aspecto geral foi extraída a partir de proposta do Min. Relator Luiz Fux, a qual restou aprovada por ampla maioria¹¹.

A disposição é explícita em afirmar a possibilidade de cumulação de uma paternidade socioafetiva concomitantemente com outra paternidade biológica, mantendo-se ambas em determinado caso concreto, admitindo a existência jurídica de dois pais, com vínculos de filiação reconhecidos com todos os efeitos jurídicos.

Ao prever expressamente a pluralidade de vínculos familiares, nossa Corte Suprema consagra um importante avanço: o reconhecimento da multiparentalidade. Para além disso, os votos dos Ministros trazem importantes considerações sobre temas jusfamiliares do presente, contribuindo de maneira significativa para uma adequada tradução do nosso Direito das Famílias deste início de século.

11 Restando vencidos apenas os votos dos Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, que discordavam parcialmente da redação final sugerida para a tese.

4. Principais premissas constantes no acórdão do STF

O acórdão do STF possui diversas considerações sobre temas familiares, o que permite destacar alguns dos seus aspectos principais.

4.1 Direito à busca da felicidade

Um dos primeiros fundamentos do voto vencedor foi uma referência a um direito à busca da felicidade, merecedor de grande atenção por parte do Min. Luiz Fux, para quem esse direito estaria presente em nosso sistema jurídico a partir do princípio da dignidade da pessoa humana:

Em estreita conexão com a dignidade humana, dela derivando ao mesmo passo que constitui o seu cerne, apresenta-se o denominado direito à busca da felicidade. Se a referência a este direito é relativamente recente no Brasil, a sua origem remonta ao próprio surgimento do conceito moderno de Constituição¹².

Após citar o surgimento e a experiência norte-americana com este “novo direito”, o Ministro Relator cita algumas decisões do próprio STF que já ventilaram o tema, ainda que *a latere*, e destaca a sua utilidade para as questões familiares:

12 Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898.060/SC, p.7/8.

Transportando-se a racionalidade para o Direito de Família, o direito à busca da felicidade funciona como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré- concebidos pela lei. É o direito que deve se curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaite, ao deparar-se com uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa, e não no cliente¹³.

Este tema é efetivamente novo no direito brasileiro, de modo que é tratado de forma pontual e incipiente tanto por parte da doutrina¹⁴ como da jurisprudência, em vista do que chama a atenção o fato do voto do Ministro Relator dedicar várias laudas a esse assunto. As considerações a respeito desse novo direito são instigantes e incentivam a uma maior reflexão sobre esta perspectiva.

Um dos precursores a discorrer sobre a temática é Mário Luiz Delgado, com o entendimento que:

A felicidade, em si, não é um direito, mas um estado de espírito. Não se pode transferir a ninguém o ônus de alcançá-lo ou a responsabilidade pela sua frustração. Mas a todos assiste um direito à busca desse estado emotivo. A Cons-

13 Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898.060/SC, p. 10.

14 Sobre o tema: ALVES, Jones Figueiredo. Direito à felicidade deve ter a família como base normativa. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-01/jones-figueiredo-direito-felicidade-familia-base-normativa>

tituição nos assegura o direito de buscar a felicidade e ninguém pode obstar essa busca, sob pena de cometer ato ilícito. (...) Para o Direito, a felicidade, além de sentimento, é igualmente um valor jurídico, ou seja, um valor com força normativa, posto que veiculado através de um princípio constitucional (o da busca da felicidade), como veremos no tópico seguinte. Em outras palavras, e de forma muito sintética: “felicidade” é o valor, enquanto a “busca da felicidade” é a norma. (...)”¹⁵.

A contribuição do direito à busca da felicidade, embora não pareça essencial para as conclusões centrais do acórdão, certamente será objeto de muito debate doutrinário e jurisprudencial, em especial no que tange a sua juridicidade e ao seu sentido jurídico.

4.2 O reconhecimento jurídico da afetividade

Ficou consagrada a leitura jurídica da afetividade, tendo ela perfilado de forma expressa na manifestação de diversos Ministros. No julgamento da Repercussão Geral 622, houve ampla aceitação do reconhecimento jurídico da afetividade pelo colegiado, o que resta patente pela paternidade socioafetiva referendada na tese final aprovada.

15 DELGADO, Mário Luiz Régis. Responsabilidade civil por violação do direito fundamental à busca da felicidade: reflexões sobre um novo dano. IN: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). **Os Grandes Temas de Direito Civil nos 15 Anos do Código Civil**. São Paulo: IASP, 2017.

A afetividade, inclusive, foi citada expressamente como princípio na manifestação do Ministro Celso de Mello, na esteira do que defende ampla doutrina do Direito de Família. Não houve objeção alguma ao reconhecimento da socioafetividade pelos Ministros, o que indica a sua tranquila assimilação naquele Tribunal¹⁶.

Prova disso é a afirmação da Ministra Rosa Weber, em seu belíssimo voto, ao afirmar que “é a afetividade que representa a grande marca distintiva do direito de família contemporâneo¹⁷”. Externou entendimento no mesmo sentido o Ministro Decano Celso de Mello, ao asseverar que:

Cabe acentuar, desde logo, que o afeto traduz valor jurídico impregnado de natureza constitucional, incumbindo a esta Corte Suprema, por isso mesmo, em fiel observância ao que consagra a Constituição da República, conferir à afetividade a condição de novo paradigma conformador da noção de família e das relações que dela resultam¹⁸.

A necessidade de o Direito contemporâneo passar a acolher as manifestações afetivas que se apresentam

16 O que também já era admitido pelo STJ: “O que deve balizar o conceito de ‘família’ é, sobretudo, o princípio da afetividade, que ‘fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.’” (STJ, REsp 945.283/RN, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, publ. em 28.9.2009).

17 Trecho do voto da Min. Rosa Weber, ao julgar o RE 898.060/SC.

18 Trecho do voto do Min. Celso de Mello, ao julgar o RE 898.060/SC.

na sociedade está sendo cada vez mais destacada, inclusive no Direito Comparado, como na recente obra de Stefano Rodotà, lançada em 2015, denominada *Diritto D'amore*¹⁹. Em suas afirmações, o professor italiano sustenta que um novo *cogito* poderia ser escrito na atualidade, com o seguinte teor: “*amo, ergo sum*”, ou seja, *amo, logo existo*, tamanha a atual centralidade conferida para a dimensão afetiva nos relacionamentos interpessoais deste início de século.

Na esteira disso, a necessidade de um tratamento jurídico escoreito da afetividade se impõe, sempre a partir das balizas conferidas pelo direito brasileiro. Nesse sentido, a tese aprovada pelo Supremo Tribunal Federal parece, de alguma forma, contribuir para uma adequada significação jurídica da afetividade e dos seus consectários.

4.3 Vínculos socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica

Outro aspecto que merece destaque se refere ao reconhecimento de ambas as paternidades, socioafetiva e biológica, em condições de igualdade jurídica. Ou seja, ambas as modalidades de vínculo parental foram reconhecidas com o mesmo status, sem qualquer hierarquia apriorística (em abstrato).

Esta equiparação é importante e se constitui em um grande avanço para o Direito de Família. Não é possível

19 RODOTÁ, Stefano. *Diritto D'amore*. Bari: Laterza, 2015.

se afirmar *a priori* que uma modalidade de vínculo de filiação deva sempre prevalecer sobre a outra, de modo que apenas o caso concreto apontará a melhor solução para a situação fática *sub judice*.

O tema gerava dissenso e, até então, imperava a posição do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de uma prevalência do vínculo biológico sobre o socioafetivo nos casos de pedido judicial de reconhecimento de paternidade apresentados pelos filhos²⁰, a qual sofrerá – a partir de agora – os influxos da tese aprovada pelo STF. Esta equiparação dentre as modalidades de vínculos é um dos principais contributos da referida decisão²¹.

A manifestação do Ministro relator no caso concreto que baseou a Repercussão Geral não deixa dúvidas quanto a essa igualação:

“Se o conceito de família não pode ser reduzido a modelos padronizados, nem é lícita a hierarquização entre as diversas formas de filiação, afigura-se necessário contemplar sob o âmbito jurídico todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais

20 Conforme demonstra: CARDOSO, Simone Tassinari. **Notas sobre parentalidade socioafetiva**. Trabalho aprovado e apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito Civil-IBDCIVIL. Evento realizado em Curitiba, em 2014.

21 O que já é adotado expressamente no direito belga, conforme informa Rui Portanova: **Ações de Filiação e paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

(como a fecundação artificial homóloga ou a inseminação artificial heteróloga – art. 1.597, III a V do Código Civil de 2002); (ii) pela descendência biológica; ou (iii) pela afetividade.²²)

O voto do Ministro Edson Fachin reforça essa assertiva, pois, ao concordar em grande parte com os argumentos do Ministro Relator, afirmou que “dentre essas premissas que subscrevo estão, por exemplo, a relevância da dimensão jurídica da socioafetividade e a ausência da hierarquização entre as diferentes espécies de filiação²³”, destacando dois aspectos centrais na temática em pauta.

Esta igualdade hierárquica entre os vínculos biológicos e afetivos quando da determinação da filiação era uma das bandeiras defendidas pelo IBDFAM, e restou acolhida até mesmo na manifestação do Ministério Público, no seguinte sentido:

Não é possível fixar em abstrato a prevalência entre a paternidade biológica e a socioafetiva, pois os princípios do melhor interesse da criança e da autodeterminação do sujeito reclamam a referência a dados concretos acerca de qual vínculo deve prevalecer.²⁴

A sensibilidade do entendimento do parquet refletiu o que é corrente em questões familiares: a impossi-

22 Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898.060/SC, p. 14.

23 Trecho do voto do Min. Edson Fachin, ao julgar o RE 898.060/SC.

24 Trecho do parecer do Ministério Público no RE 898.060/SC.

bilidade de se apontar uma solução única prévia e que sirva para todos os casos concretos, uma vez que há uma diversidade de situações fáticas, as quais podem exigir outros accertamentos.

Com este entendimento do STF, restou consolidado o status da parentalidade socioafetiva como suficiente vínculo parental, categoria edificada pelo professor Guilherme de Oliveira em Portugal, e corroborada no Brasil pelos professores João Baptista Vilella, Zeno Veloso, Luiz Edson Fachin e Paulo Lôbo, dentre outros²⁵.

Essa equiparação prestigia o princípio da igualdade entre os filhos previsto no art. 227, § 6º, CF, reiterado no art. 1.596 do Código Civil²⁶ e art. 20 do ECA, mostrando-se adequada, além de ser um dos principais aspectos do acórdão. Esta assertiva permite que a voz do caso concreto possa interferir na apuração da decisão final do conflito.

4.4 Possibilidade jurídica da multiparentalidade

O acolhimento expresso da possibilidade jurídica de pluriparentalidade/multiparentalidade foi certamente um dos maiores avanços alcançados com a tese aprovada pelo STF e se apresenta como um dos novos temas do Direito de

25 Sobre o tema, com a contribuição de cada um desses autores: CALDERON, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

26 Art. 1.596, CC: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Família, sendo objeto de debate em diversos países²⁷.

A aceitação da tese que veicula a possibilidade de concomitância de dois pais foi objeto de intenso debate na sessão plenária que cuidou do tema e, ao final, acabou aprovada por ampla maioria. O Min. Luiz Fux no seu voto, foi firme, no sentido, de reconhecer a pluriparentalidade, a partir de um amplo estudo feito com o direito comparado. Em um dado momento, afirma: “Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. (...) Por isso, é de rigor o reconhecimento da dupla parentalidade²⁸”.

Também o Ministério Público opinou expressamente pelo acolhimento da multiparentalidade:

É possível o reconhecimento jurídico da existência de mais de um vínculo parental em relação a um mesmo sujeito, pois a Constituição não admite restrições injustificadas à proteção dos diversos modelos familiares, cabendo à análise em cada caso concreto se presentes elementos para a coexistência dos vínculos ou para a prevalência de um deles.²⁹

27 Para ler mais sobre Multiparentalidade, consulte a coluna de Maria Berenice Dias, **Proibição das famílias multiparentais só prejudica os filhos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-01/processo-familiar-proibicao-multiparentalidade-prejudica-filhos>>. Acesso em: 26/05/2017.

28 Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898060/SC, p. 17-19.

29 Trecho do parecer do Ministério Público no RE 898.060/SC.

A Ministra Rosa Weber foi outra que discorreu sobre a necessidade de admitir a multiparentalidade para fazer frente às demandas complexas e fluídas do presente. Com uma sensibilidade ímpar, a Ministra até mesmo respondeu algumas das objeções que foram lançadas a respeito do assunto:

Por outro lado, a assertiva de que a multiparentalidade incentiva o desfeto não encontra, com a devida vênia, respaldo na realidade. A vida simplesmente acontece. Casais se unem, amam, e, eventualmente se separam como parece ser uma inevitabilidade da vida, e neste plexo de possibilidades sempre haverá espaço para sentimentos os mais diversos, mas a afetividade, em última análise, é a marca distintiva das famílias, e foi uma opção desde a assembleia nacional constituinte, e desde que esta Suprema Corte houve por bem julgar os precedentes inerentes à família, como na união entre pessoas do mesmo sexo: ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF. E sendo o afeto a marca distintiva primordial no direito das famílias, é de se reconhecer a possibilidade da concomitância entre a paternidade biológica e a paternidade socioafetiva, em termos de uma multiparentalidade.

Essas situações de manutenção de dois pais ou duas mães já apareciam como objeto de algumas decisões judiciais e figuravam com intensidade na doutrina³⁰. Há, inclusive, um enunciado do IBDFAM aprovado sobre o assunto no X Congresso Brasileiro de Direito de Família,

30 CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**. 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017. p. 194.

qual seja, o enunciado nº 09 – “A multiparentalidade gera efeitos jurídicos”.

O acolhimento da possibilidade dessa multiplicidade de vínculos familiares, exclusivamente pela via de uma decisão do nosso Tribunal Constitucional, certamente inaugura um novo momento.

4.5 Princípio da parentalidade responsável

Outro comando constitucional que orientou intencionalmente a decisão tomada é o que prevê a parentalidade responsável, princípio previsto expressamente no art. 226, § 7º, CF³¹. Por muitos, também, denominado princípio da paternidade responsável³², essa disposição impõe a responsabilidade aos pais pela sua prole, o que não pode ser olvidado.

Tal princípio figurou inclusive na ementa do julgado, tamanha a relevância para o caso:

31 Art. 226, § 7º, CF/88: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

32 “Ainda, a Constituição de 1988 escreve o princípio da paternidade responsável e o respectivo planejamento familiar (art. 226, §7º). O Código Civil de 2002 complementou e estendeu esses princípios, mas, sem dúvida, a verdadeira revolução legislativa em matéria de direito privado e especificamente de direito de família já ocorrera antes, com essa Constituição.” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 7.

A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.³³

A influência da responsabilidade para a conclusão final do acórdão fica clara inclusive na manifestação do Min. Ricardo Levandowski, quando afirma que:

Essa decisão que creio que a Corte vá tomar está também mais consentânea com o que se contém no art. 229 da nossa Lei Maior, o que estabelece o seguinte: “Art. 229 – Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (...)” Portanto, é a paternidade responsável, já aventada aqui por outros Ministros que me precederam. Penso que a Lei Maior, a nossa Constituição, não faz nenhuma distinção entre pai afetivo e pai biológico. O pai, qualquer que seja ele, tem que prestar essa assistência material.

Com entendimento no mesmo sentido, nesse particular, o Ministro Gilmar Mendes afirma que “é inevitável que se leve em conta a responsabilidade decorrente do fato de ser pai³⁴”.

33 Trecho da ementa do acórdão do RE 898.060/SC.

34 Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 898.060/SC.

No caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, houve clara deliberação pela prevalência da responsabilização do pai biológico, mesmo sem que tenha havido qualquer convivência familiar com ele e, ainda, mesmo tendo havido outra figura paterna socioafetiva que tenha assumido a referida filha.

Diante desse quadro, importava deliberar se seria possível ainda assim declarar o vínculo de filiação com o pai biológico e, com isso, de alguma forma responsabilizá-lo; ou, ao contrário, se tendo em vista a ausência de convivência fática paterno-filial, bem como face a existência de outro pai socioafetivo, se esses fatores impediriam o reconhecimento da paternidade biológica e, com isso, obstarium qualquer responsabilização desse ascendente genético.

A decisão do STF foi francamente pela primeira hipótese, ou seja, pela prevalência da paternidade responsável do pai biológico, mesmo que este não tenha convivido com o filho e mesmo que tenha havido outro pai socioafetivo que tenha assumido a criança em outro momento.

Em decorrência, o Tribunal entendeu que poderia ser reconhecida a filiação biológica, com todos os seus consectários, mantendo-se ao lado a filiação socioafetiva já existente, a partir de uma interpretação extensiva ao relevante princípio constitucional, fazendo imperar a responsabilidade de todos os envolvidos³⁵, de modo que

35 Sobre o tema da responsabilidade nas relações familiares, recomenda-se a excelente dissertação de mestrado de Fernanda Sanches,

a responsabilizar também o pai biológico com todos os efeitos inerentes à filiação.

Esse entendimento responsabiliza a paternidade biológica e respeita a paternidade socioafetiva consolidada, evitando que, para fazer valer seus direitos perante o ascendente genético, o filho tenha que afastar a paternidade socioafetiva com a qual conviveu há muitos anos.

Ao assim decidir, evitou-se que a paternidade socioafetiva de outrem seja indevidamente utilizada como “escudo de defesa”, apenas para “irresponsabilizar” o pai biológico pela sua prole, o que também não parece de todo adequado.

Nesse aspecto, inova a decisão, constituindo-se em mais uma opção que pode vir a ser adotada, com a responsabilização e o reconhecimento da filiação perante o ascendente genético, mesmo que ao lado de outra filiação socioafetiva. Esta posição auxilia a imprimir a extensão atual do princípio da parentalidade responsável.

5. Efeitos a partir da tese fixada pelo STF

A tese aprovada na Repercussão Geral 622 traz à lume alguns efeitos jurídicos decorrentes, já que foi explícita ao

defendida no Programa de Pós-graduação da UFPR, sob a orientação de Luiz Edson Fachin. SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. **A Responsabilidade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Do Jurídico à Ética.** Dissertação. (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

afirmar que a paternidade em pauta era reconhecida com os efeitos jurídicos próprios, ou seja, com todos os consecutórios jurídicos decorrentes de uma filiação³⁶.

Cabe aqui recordar o consagrado princípio da igualdade da filiação, de modo que não se pode aventar de filhos aos quais não lhes sejam conferidos alguns direitos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade (por exemplo, não se pode cogitar de um filho sem direito a alimentos ou um filho sem direito à herança, como já chegou a existir no Brasil, na redação originária do Código Civil de 1916).

Muitos dos efeitos decorrentes da declaração de multiparentalidade poderão demandar uma maior elaboração teórica, mas, desde já, doutrina e a jurisprudência passam a aventar alguns desdobramentos. Exemplo disso, a decisão do STJ de abril de 2017 que concedeu o direito de dupla herança, aplicando textualmente a tese aprovada na RG 622/STF (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, REsp 1.618.230/RS).

O Min. Edson Fachin inclusive já aplicou a tese da multiparentalidade para decidir um caso concreto de pedido de reconhecimento de maternidade socioafetiva, cuja pretensão havia sido negada pelo Tribunal estadual e chegou ao STF em Recurso Extraordinário

36 Para ler sobre os diversos efeitos existenciais e patrimoniais decorrentes da multiparentalidade: CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da Afetividade no Direito de Família. 2 ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

apresentado em uma demanda rescisória. Ao deliberar sobre o caso, monocraticamente o Min. Relator assim se manifestou:

O tema discutido nos autos é a prevalência da maternidade socioafetiva em detrimento da maternidade biológica. Em julgamento semelhante, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema discutido neste recurso. No exame do RE 898.060, de relatoria do Luiz Fux (Tema 622), DJe 29.09.2016, o Plenário desta Corte fixou a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.” Ante o exposto, com base no artigo 21, §2º, do RISTF, dou provimento ao recurso extraordinário para julgar procedente o pedido da ação rescisória e reconhecer o vínculo socioafetivo entre os Recorrentes e sua madrasta, em razão de ação declaratória de adoção póstuma, bem como todos os direitos daí decorrentes.³⁷

Esse reconhecimento de uma maternidade socioafetiva em multiparentalidade com uma maternidade biológica é um bom exemplo concreto de uma das possíveis extensões da tese aprovada em Repercussão Geral. Até mesmo porque, ao que parece, além de cuidar de um caso de maternidade (e não de paternidade), também aplica a tese aprovada “ao inverso” do que diz o texto literal

37 STF, ARE 933945/GO, Rel. Min. Edson Fachin, j. 01/02/2017.

aprovado na RG 622 (no sentido que a existência de uma filiação biológica não impede o reconhecimento concomitante de uma socioafetiva).

Outra vertente que ganha fôlego com a decisão é a temática do cuidado, conforme exposto na manifestação da Ministra Carmen Lúcia no referido julgamento “amor não se impõe, mas cuidado sim”, o que deve fomentar os já relevantes trabalhos sobre essas questões no Brasil³⁸.

6. Avanços e cautelas

Muitas são as análises e as consequências possíveis a partir da decisão proferida nessa Repercussão Geral³⁹. Por ora, registram-se apenas as primeiras impressões, com o intuito de destacar os principais avanços e as conquistas advindas de referida tese, principalmente os relacionados à temática da afetividade.

Houve significativo progresso com a decisão do STF, conforme também entendem, dentre outros, os juristas Flá-

38 Sobre o tema: CALDERON, Ricardo. Afetividade e Cuidado sob as lentes do Direito. (p. 511-526) IN: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme; COLTRO, Antonio Carlos Mathias. (orgs.) **Cuidado e Afetividade**: projeto Brasil/Portugal - 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2017.

39 “Acreditamos, até, que com esse reconhecimento é possível a admissão da multiparentalidade diretamente no Cartório de Registro civil das pessoas naturais, sem necessidade de ação judicial e advogado, bastando ter a concordância do filho reconhecido, se maior, ou , se menor, da mãe ou de quem conste no registro” CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**. Op. cit., p. 194.

vio Tartuce⁴⁰, Anderson Schreiber⁴¹ e Rodrigo da Cunha Pereira⁴².

Não se nega que alguns pontos podem não ter restado totalmente esclarecidos, como a distinção entre o papel de genitor e pai, cujo debate chegou a ser destacado no voto divergente do Min. Edson Fachin no caso concreto, mas que não recebeu maiores adesões e nem mesmo aprovação do plenário (mas também não foi expressamente rechaçada). Consequentemente, caberá a doutrina seguir cuidando desta temática.

Merecem ouvidos os alertas de José Fernando Simão⁴³ a respeito do risco de se abrir a porta para demandas frívolas, que visem puramente o patrimônio contra os pais biológicos, apesar de não parecerem alarmantes e muito

40 TARTUCE, Flávio. **Breves e iniciais reflexões sobre o julgamento do STF sobre parentalidade socioafetiva.** Blog oficial. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/387075289/breves-e-iniciais-reflexoes-sobre-o-julgamento-do-stf-sobre-parentalidade-socioafetiva>>. Acesso em: 23/09/2016.

41 Artigo publicado no jornal O GLOBO, de 6/10/2016, intitulado O Direito cai na real. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opinia/o-direito-cai-na-real-20243167>>. Acesso em: 14/05/2017.

42 Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6119/Tese+anunciada+pela+ministra+C%C3%A1rmen+L%C3%BAcia+rec+onhece+multiparentalidade>>. Acesso em: 14/05/2017.

43 SIMÃO, José Fernando. **A multiparentalidade está admitida e com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto?** IN: Jornal Carta Forense. Edição de 03/01/2017. São Paulo: Carta Forense, 2017. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17235>>. Acesso em: 14/05/2017.

menos intransponíveis. O parecer do Ministério Público Federal apresentado no caso concreto também traz esses avisos, a despeito de confiar na existência de salvaguardas dentro do próprio sistema:

De todo modo, os riscos de indolência e excesso nas questões alimentícias são controlados pelo binômio necessidade-possibilidade, que obsta o enriquecimento ilícito dos envolvidos na multiparentalidade. (...) Eventuais abusos podem e devem ser controlados no caso concreto. Porém, esperar que a realidade familiar se amolde aos desejos de um ideário familiar não é só ingênuo, é inconstitucional.

A maturidade do Direito das Famílias brasileiro saberá evitar que excessos puramente patrimoniais venham a desbordar dos limites que as situações existenciais devem resguardar. Entretanto, não se pode negar que há legítimos interesses patrimoniais que devem ser tutelados, mesmo diante de casos de multiparentalidade como o apreciado pelo STF.

Inúmeras outras situações familiares geram efeitos patrimoniais (aliás, reflexo esse que é deveras comum no Direito de Família, diga-se de passagem). Em vista disso, os filhos de relações multiparentais poderão fazer valer seus direitos patrimoniais e existenciais perante os seus pais biológicos se assim pretenderem, o que não parece destoar do nosso sistema⁴⁴.

44 VELOSO, Zeno. **Requisitos Da União Estável**. Artigo publicado no jornal O Liberal, de Belém do Pará. Edição do dia 06/05/2017.

Cumpra anotar que a tese do STF proferida nesta Repercussão Geral não deverá incidir indistintamente nos casos de adoção ou de reprodução assistida heteróloga (com doação de material genético), visto que não foi esta a matriz constante da *ratio decidendi* da referida deliberação judicial.

Ou seja, a diretriz da repercussão geral 622 deverá ser aplicada apenas para casos similares ao que foi deliberado, o que não guarda qualquer correlação com situações de adoção ou de reprodução assistida, já que a aplicação da tese para casos totalmente estranhos não parece guardar qualquer sentido.

Além do mais, a temática da possibilidade de conhecimento da identidade genética por parte do adotado possui comando legislativo próprio (art. 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁵), o que também ocorre com a filiação decorrente dos casos de reprodução assistida⁴⁶ (regulados pelo art. 1.597 do Código Civil⁴⁷).

45 Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

46 MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade**: mãe de aluguel. Curitiba: Gênese, 1998.

47 Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Para Flávio Tartuce, é a

multipartalidade um caminho sem volta do Direito de Família Contemporâneo, consolidando-se as novas teorias e os princípios constitucionais nesse campo do pensamento jurídico. A decisão do STF é o fim do caminho. A regra passou a ser a multipartalidade, nos casos de dilemas entre a parentalidade socioafetiva e a biológica. Uma não exclui a outra, devendo ambas conviver em igualdade plena.⁴⁸

Certamente o acolhimento da multipartalidade no Direito das Famílias brasileiro traz perguntas para as quais a literatura jurídica ainda não tem todas as respostas. Ainda assim, a novidade deve ser vista como um incentivo para os jusfamiliaristas, que terão muito trabalho pela frente.

Com essas importantes observações, entendemos que os ganhos foram muitos e merecem destaque para que reverberem de forma adequada na nossa avançada doutrina.

Não deixa de ser alvissareira a decisão do Supremo, que certamente remete a outras questões e a novos desafios, mas nos traz a esperança de uma nova primavera para o Direito das Famílias brasileiro⁴⁹.

48 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 5. – 12^a ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 455.

49 “Essa renovada estruturação familiar abriu as portas à compreensão e ao reconhecimento de inúmeros outros tons, a rigor sem modelos excluídos, resultado de uma série de transformações sociais, especialmente ocorridas aos anos que sucederam a gênese da nova ordem constitucional.” FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**. Sentidos, transformações e fim.

7. Considerações finais

A multiplicidade de vínculos torna mais complexa a trama da parentalidade contemporânea. Ligações biológicas, socioafetivas, registradas, adotivas e presuntivas estão presentes no nosso sistema jurídico, todos a desfilar com o mesmo status hierárquico e com guarida na Constituição Federal.

Em muitas situações existenciais, a dinâmica das relações sociais atuais acaba por exigir uma análise que encontre soluções a partir de uma metodologia civil-constitucional, muitas vezes a única a permitir ao julgador fazer justiça no caso concreto. O acórdão que ora foi apreciado parece ter percorrido esta trilha.

Merece destaque a decisão do Supremo Tribunal Federal que manteve a filiação lastreada no vínculo socioafetivo, o que demonstra a consolidação dessa importante categoria. Os fundamentos do julgado e os temas que lhe são correlatos permitem, de certa forma, perceber o atual estágio do direito de(as) família(s) brasileiro.

Referências bibliográficas

CALDERON, Ricardo L. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARDOSO, Simone Tassinari. **Notas sobre parentalidade socioafetiva**. Trabalho aprovado e apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito Civil, do Instituto Bra-

Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 162.

sileiro de Direito Civil-IBDCIVIL. Evento realizado em Curitiba, em 2014.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**. 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017. p. 194.

DELGADO, Mário Luiz Régis. Responsabilidade civil por violação do direito fundamental à busca da felicidade: reflexões sobre um novo dano. IN: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). **Os Grandes Temas de Direito Civil nos 15 Anos do Código Civil**. São Paulo: IASP, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**. Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade**: mãe de aluguel. Curitiba: Gênese, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tese anunciada pela ministra Cármen Lúcia reconhece multiparentalidade**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6119/Tese+anunciada+pela+ministra+C%C3%A1rmen+L%C3%BAcia+reconhece+multiparentalidade>>. Acesso em: 14/05/2017.

PORTANOVA, Rui. **Ações de Filiação e paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RODOTÀ, Stefano. **Diritto D'amore**. Bari: Laterza, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **O Direito cai na real**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/o-direito-cai-na-real-20243167>>. Acesso em: 14/05/2017.

SIMÃO, José Fernando. **A multiparentalidade está admitida e com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto?**. In: Jornal Carta Forense. Edição de 03/01/2017. São Paulo: Carta Forense, 2017. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17235>>. Acesso em: 14/05/2017.

TARTUCE, Flávio. **Breves e iniciais reflexões sobre o julgamento do STF sobre parentalidade socioafetiva**. Blog oficial. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/387075289/breves-e-iniciais-reflexoes-sobre-o-julgamento-do-stf-sobre-parentalidade-socioafetiva>>. Acesso em: 23/09/2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 5. – 12^a ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VELOSO, Zeno. **Requisitos Da União Estável**. Artigo publicado no jornal O Liberal, de Belém do Pará. Edição do dia 06/05/2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. 17^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

REFLEXÕES SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

Fabio Caldas de Araújo

Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor pela PUC-SP. Juiz de Direito no Estado do Paraná. Professor da Unipar Curso de Mestrado, Especialização e Graduação. Professor da Especialização da PUC-Cogea/SP. Professor da Especialização da UEL. Membro da *Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*.

Resumo: O novo Código de Processo Civil procura otimizar a relação processual entre as partes. Nesta tarefa assume grande relevância a possibilidade de flexibilizar o procedimento com a contribuição dos sujeitos processuais por meio da cooperação e da boa-fé processual.

Palavras-chaves: Cooperação, boa-fé, flexibilização procedimental.

1. O CPC de 2015 e o déficit procedimental

O novo CPC trouxe importantes modificações, as quais serão objeto de progressiva adaptação por parte de todos os operadores. Enganam-se aqueles que apregoam que as mudanças foram poucas e que não justificariam a redação de um novo Código.

Há uma tendência natural de resistir às modificações, especialmente no campo jurídico e principalmente quando existe legislação estabilizada pela jurisprudência.¹ Não é tarefa fácil assimilar as novas ondas do processo civil. Não falamos sobre o aprendizado dos institutos que são conhecidos estruturados, mas na mudança de perspectiva de sua aplicação com foco em dois pontos que consideramos cruciais: a) leitura constitucional e b) interação entre o direito processual e material.

O ano de 1994 pode ser considerado um marco introdutório para a abertura do caminho de construção do CPC/2015 com a inserção da tutela antecipada no procedimento ordinário por meio da lei 8952/94. Até então a urgência exigiria que os advogados formulassem pedidos por meio de cautelares nominadas ou inominadas, ou mediante a utilização de procedimentos especiais.² Em pleno século

1 Interessante perspectiva desta resistência pode ser analisada nos ciclos de debates que nortearam o CPC de 1973. Vide interessante colóquio com a participação dos saudos Barbosa Moreira, Galeno Lacerda e nosso maior processualista paranaense Moniz de Aragão, *in Ciclo de Palestras sobre o novo Código de Processo Civil – OAB/SC*, pp. 51-97.

2 A tutela antecipada acabou sendo estruturada nos procedimentos es-

XX o jurisdicionado brasileiro ainda não tinha condições de obter a tutela jurisdicional adequada quando a urgência fosse essencial para evitar o perecimento do seu direito.

O início das mini-reformas em 1994 demonstrou a preocupação dos operadores do sistema em atualizar o sistema processual e permitir a sincronia de compasso entre o direito material e processual. Ultrapassada a fase de isolamento do direito processual que foi compreensível pela necessidade de fundação de suas bases, a virada do século XXI impunha novos desafios. A ampliação do acesso à justiça e a desmaterialização da informação, especialmente pela adoção progressiva do processo eletrônico demonstrou que as reformas pontuais foram importantes, mas insuficientes. Um novo desenho se mostrava necessário com a formulação de um novo Código.

A técnica procedimental demonstrava sinais de claro esgotamento em um modelo que não correspondia às necessidades básicas para a profusão dos “novos direitos”.³ O

peciais com antecedência histórica, o que se comprova desde a época romana. Os interditos possibilitaram a concessão de medidas de urgência pelo pretor e a utilidade da ação possessória, assim como dos procedimentos especiais foi notória em auxiliar o procedimento de cognição plena a driblar sua fraqueza procedimental. Galeno Lacerda realizou excelente incursão sobre a origem e desenvolvimento das medidas liminares a partir das ações possessórias. Sobre o ponto, vide nosso estudo *Posse*, pp. 13-41, Forense, 2007.

3 Podemos elencar diversos exemplos em que se manifesta a deficiência do procedimento ordinário no período anterior. Uma das hipóteses mais famosas refere-se ao uso da posse para a defesa de direitos pessoais e que será abordada oportunamente. Outra hipótese é a tutela dos direitos da

século XXI também foi marcado pelo rompimento entre a dicotomia público-privado e pelo fenômeno da constitucionalização como suporte de eficácia aos direitos fundamentais materiais e processuais.⁴

Se até a metade do século XX ainda existia a possibilidade de construir o sistema jurídico com a noção de superioridade do Estado pela proteção ao bem comum (supremacia do interesse público sobre o interesse particular), a segunda guerra mundial acabou com o sonho estéril do positivismo jurídico. A imposição natural de busca de um novo parâmetro que não representasse uma volta ao direito natural ou mesmo o engessamento artificial provocado pelo legalismo tornou essencial a busca de um novo parâmetro.

O sistema jurídico, especialmente após a 1950, procura novos rumos para a paz e a segurança jurídica, com o reconhecimento de que as normas processuais também são normas fundamentais, na medida em que estabilizam a garantia propiciada pelo direito material (*Grundrechte als Verfahrensgarantie*).⁵

Nesta toada surge a compreensão quanto à insuficiência do discurso positivo como solução para a crise

personalidade por instrumentos voltados apenas para a técnica ressarcitória e pela ausência de mecanismos inibitórios.

4 Sobre o ponto, nosso *Curso de Processo Civil - Parte Geral- tomo I*, pp. 6-32, Malheiros, 2016.

5 Sobre a sustentação dos direitos fundamentais pela ótica procedimental: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte (Teoria dos Direitos Fundamentais)*, p. 30.

de justiça. A compreensão quanto à necessidade de um patamar de proteção mínima do *sujeito de direito* rompe com a tecnicidade da relação jurídica. A teoria da relação jurídica foi essencial para permitir o nascimento dos Códigos Modernos com a estruturação dos diversos ramos do direito privado: direito das obrigações, reais, família e sucessões e do próprio direito processual após a genial sistematização de Bülow.⁶⁻⁷

Por outro lado, a relação jurídica estabeleceu um termo de igualdade entre o sujeito, o objeto e a forma. Estes três elementos foram essenciais para a compreensão do sistema de direito privado e público, mas na atualidade não permitem mais posição igualitária.

A existência dos direitos fundamentais processuais e materiais representam o destacamento do sujeito de direito desta equação linear (sujeito-objeto-forma). O ser humano

6 Genial contribuição de Savigny que no segundo volume de seu *Sistema* Savigny introduz a matéria com o tratamento das pessoas naturais como portadoras de relações jurídicas e afirma, na primeira frase, “jedes Rechtsverhältnis besteht in der Beziehung einer Person zu einer andern Person” (“cada relação jurídica consiste na ligação de uma pessoa com outra pessoa”) (*System des heutigen Römischen Rechts – Sistema Atual do Direito Romano* –, t. II, § 60, p. 1).

7 *Die Lehre von den Prozessierenden und die Prozessvoraussetzungen (A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais)*, Gieses, 1868, reimpr., Aalen, Scientia Verlag 1969. Daí a afirmação de Goldschmidt: “O livro de Bülow teve um êxito sem precedentes. A Teoria da Relação Jurídica Processual e de seus pressupostos forma a base de todos os sistemas de processo, sendo indubitável que a partir de Bülow, e não antes, começa a formar-se uma Ciência autônoma do direito processual” (*Teoría General del Proceso*, trad. espanhola, Editorial Labor, p. 15).

é o centro de irradiação dos direitos e deveres. A sua proteção deve ser irrestrita, o que justifica a eficácia vertical dos direitos fundamentais como modelo de proteção do indivíduo em face do Estado.

Sem a compreensão desta dimensão axiológica que revela uma opção dos sistemas democráticos modernos de nada adiantaria qualquer reforma operada no direito material ou processual. Recentemente, o STJ decidiu, em sede de Recurso Repetitivo (REsp.1681690), que assiste legitimidade ao Ministério Público para ingressar com ação civil pública para a proteção da saúde de uma única pessoa.

Sob a ótica clássica, inexistente possibilidade jurídica ou legitimidade de agir para promover uma ação coletiva para a tutela de um interesse individual. Como justificar o manejo de uma ação coletiva para a proteção de uma única pessoa? A resposta não pode ser retirada do sistema infraconstitucional, mas apenas pela leitura constitucional.

A necessidade de proteção do direito fundamental da saúde e da vida permite que dogmas processuais sejam ultrapassados exatamente pela compreensão de que o direito é focado em benefício do ser humano e não o contrário. A importância de modelar e adaptar o sistema processual para a proteção integral do sujeito de direito revela o comprometimento moderno do sistema processual com a tutela dos direitos fundamentais.

1.1 Adequação do processo à realidade

A compreensão de que o processo deve servir a um fim prático e voltado para a realização dos direitos fundamentais exigiu uma nova postura por parte do legislador, cuja comprovação está refletida na postura principiológica do novo CPC.

A previsão de normas fundamentais na parte geral revela a interação natural entre os princípios constitucionais e infraconstitucionais reconhecendo-se a necessidade do grande preparo dos juízes para enfrentar este novo desafio. Este é grande dilema do art. 489 do CPC e que deve ser corretamente compreendido pelos magistrados. A crítica ao dispositivo é infundada. Na medida em que o sistema confere maior poder ao juiz permitindo que o juiz possa preencher conceitos indeterminados ou mesmo se afastar do texto legal invocando princípios constitucionais. Nada mais natural do que exigir ampla fundamentação para estas hipóteses, o que atende ao Estado de Direito Democrático. Qualquer outra solução levaria ao arbítrio.

O enfrentamento ativo dos problemas colacionados ao processo exige postura diferenciada do magistrado. Este novo papel está atrelado à necessidade de gestão e coparticipação. O magistrado não mais conduzirá sozinho a relação processual, por meio de movimentos mecânicos e coordenados, mas com a participação ativa de todos os demais sujeitos processuais formando uma autêntica comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*).

A necessidade de cooperação (art. 6º CPC) revela palavra chave do processo civilizado e que deverá ser almejado a todo custo. A preferência pela via consensual (ADR) é clara e revela a mudança de perspectiva do procedimento comum. Optou-se pela tentativa de solução amistosa, ainda que em algumas situações residuais ela não seja viável (*konsensuale Konfliktlösung*). A cooperação é uma necessidade, em vista da realidade do processo civil global correspondendo a um dado extremamente relevante no Direito Europeu, em função do processo de integração econômica da Comunidade Europeia. A posição de supremacia do Tribunal Internacional exige uma atenuação do princípio da soberania e a necessidade de cooperação entre os Países-membros para que as decisões possam ser obedecidas e cumpridas de modo eficaz.⁸

Nesta visão propomos uma reflexão interessante sobre a mudança de paradigma quanto à possibilidade de flexibilização procedimental. A visão moderna do processo civil, inspirada pela sua leitura constitucional, influenciou dois pontos essenciais no que tange à estrutura do procedimento: a) papel ativo das partes na colaboração e construção do procedimento adequado e b) possibilidade do juiz flexibilizar o procedimento em seu papel de gestão processual.

8 Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra, Livraria Almedina, 2014, pp. 539-540. Sobre os problemas da instituição de uma Constituição para a União Europeia, após o Tratado de Lisboa: Marianne Dony, *Après la Réforme de Lisbonne – Les Nouveaux Traités Européens (Após a Reforma de Lisboa – Os Novos Tratados Europeus)*, pp. 10 e ss.

O papel do advogado assume realce destacado no primeiro ponto, especialmente pela construção do negócio processual que poderá impactar consideravelmente na solução eficaz e célere do processo. Abordaremos brevemente esses dois itens com uma pequena retrospectiva sobre a evolução dos procedimentos especiais e com ênfase na atividade processual das partes na flexibilização procedimental.

2. O papel dos procedimentos especiais até o advento do CPC de 2015

Por motivos óbvios não podemos realizar a evolução histórica dos procedimentos. É importante ressaltar que o binômio processo/procedimento é indissociável. O procedimento revela a espinha dorsal da relação processual sendo marcado tradicionalmente pela *tipicidade*, *publicidade* e *dialecicidade*.

Não existe a possibilidade de decisão instantânea no processo. Somente a perfeição angélica, dotada da ciência infusa, tornaria possível uma sentença imediata, sem a necessidade de oitiva das partes. Mesmo Adão antes de ser expulso do Paraíso teve direito ao contraditório (Ubi est? - Gênesis 3:8:10).

O direito de ser ouvido (*in ius vocatio*) reclama a existência de um procedimento que permita a exposição da tese e da antítese para que o julgamento possa ser proferido. O procedimento é antes de mais nada, uma garantia das partes para que não sofram qualquer sanção sem a possibilidade de

explicação sobre os fatos que geram o desenvolvimento da relação processual e o conseqüente julgamento da demanda.

No processo romano, o procedimento era pautado pela rigidez e formalidade. A tipicidade fechada (*forma dat esse rei*) era a marca do processo civil romano. O seu descumprimento poderia propiciar o indeferimento da análise do direito material. A Lei das XII tábuas narram clássica narrativa de Gaio marcada pelo princípio do nominalismo. O erro procedimental quanto a utilizar a palavra árvore (*arbore*), ao invés de videira (*vides*), geraria o indeferimento do pedido feito ao pretor pelo erro quanto ao procedimento oral.⁹

A evolução do sistema jurídico propiciou o surgimento de diversos tipos de procedimentos especiais que seriam paralelos ao procedimento comum. Esta criação aconteceu já no direito romano e com grande aproveitamento por meio da criação dos interditos possessórios. A propriedade romana não poderia ser adquirida pelos estrangeiros ou conquistados e sua tutela era apenas admitida pela proteção da posse (*possessio*). O desenvolvimento do processo civil no período medieval e moderno levou à multiplicação dos procedimentos especiais como natural desenvolvimento das relações jurídicas civis e comerciais.

No Brasil, a importância dos procedimentos especiais pode ser visualizada pela grandiosa criação da teoria da

9 Ulrich Manthe, *Geschichte des Römischen Rechts*, p. 58, München, Beck, 2000.

posse de direitos pessoais por Rui Barbosa sobre a qual já fizemos uma referência neste texto.¹⁰ O jurista foi contratado por 4 (quatro) professores da Escola Politécnica de São Paulo porque tinham sido demitidos, *ad nutum*, pelo então Presidente Prudente de Moraes pelo apoio manifestado ao regime monárquico. A solução pela ótica atual seria simples. Bastaria a impetração do mandado de segurança para a correção do ato coator. Acontece que a figura do *mandamus* somente surgiria com a Constituição de 1934.¹¹

Este descompasso entre o direito material e processual no início do século XX permite duas conclusões simples: 1) É impossível a lei processual prever todos os procedimentos especiais em vista das necessidades do direito material; 2) o procedimento comum é insuficiente para preencher todas as necessidades do jurisdicionado.

O déficit procedimental tornou-se acentuado especialmente após a segunda metade do século XX. O descobrimento da tutela coletiva representa um primeiro exemplo desta afirmação. Até a década de 80 o único instrumento para a tutela de interesses difusos era representada pela lei de ação popular (lei 4717/65). A estruturação do sistema coletivo somente teve seu início a partir da lei da ação civil pública em 1985. Os conflitos de menor potencial econômico (*small claims*) somente tiveram sua descoberta com

10 *Posse de Direitos Pessoais*, p. 01-60. In: Clássicos do Direito, Saraiva, São Paulo, 1986.

11 Vide nosso texto, *Curso de Processo Civil – Procedimentos Especiais*, t. III, p. 35.

a estruturação nacional dos juizados especiais que ainda exige grande esforço de investimento para a efetiva universalização do acesso à justiça.

Nestes dois exemplos citados: ações coletivas e juizados especiais, a flexibilização do procedimento operou importante contribuição para o aprimoramento da concessão de *tutela jurisdicional adequada* pelo art. 5º, XXXV da CF/88 para as situações de ameaça ou lesão. Nas ações coletivas, a possibilidade de *mala gesti processus* por parte do representante adequado, pela subutilização do procedimento probatório não permitirá a formação de coisa julgada em prejuízo da coletividade (*secundum eventum probationis*). Nos juizados especiais, rompe-se a técnica processual de conflito e justaposição imediata das partes para a solução da controvérsia. O procedimento inaugurado pela lei 9099/95 estabelece a abertura do procedimento com a tentativa de conciliação entre as partes.

A conciliação é o reflexo de uma nova postura que também consiste na base do novo CPC e dependerá essencialmente da postura das partes, com especial relevo para o papel do advogado na advertência de seu cliente sobre o cenário do processo (art. 334 CPC). Embora infeliz, mas real, é notória a expressão “a justiça é morosa”. Todavia, o leigo não compreende a extensão deste prolongamento. O funcionamento do procedimento judicial é de conhecimento apenas dos operadores. As partes não conhecem as etapas, as fases

recursais, os meios de impugnação autônomos e muito menos a existência de um processo duplicado para a execução do julgado.

3. O negócio processual na construção do procedimento

O novo Código de Processo Civil procura corrigir a distorção do déficit procedimental chamando as partes para participar ativamente da construção do *procedimento adequado*. A elaboração dos negócios processuais assume importância fundamental como meio de racionalizar a utilização do procedimento judicial. Não se trata de atividade processual do juiz, mas das partes. Assume o advogado, responsabilidade essencial na sua construção, na medida em que o negócio processual exige a capacidade postulatória para sua validade. O conteúdo do negócio processual é riquíssimo e caberá às partes descobrirem paulatinamente a melhor forma de sua utilização em juízo.

Grande parte das demandas existentes são relativas a interesses patrimoniais e disponíveis. Nesta gama de litígios, a procura por vias alternativas à tutela jurisdicional contenciosa é permitida. A parte poderá se valer da mediação extrajudicial e da arbitragem. Com maior razão poderá construir e modelar o procedimento por meio de negócio processual para ajustá-lo às necessidades concretas da demanda, nos termos do art. 190 do CPC: “ *Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é*

lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.” O CPC/2015 assume o compromisso de materializar aquilo que o direito alemão considera como o pilar do princípio da cooperação (art. 6º CPC), ou seja, uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*).

As partes e o juiz formam esta comunidade. Os poderes do juiz são limitados e apenas exercem o papel de sindicância para o respeito da isonomia das partes quanto ao negócio processual (art. 190, parágrafo único). As partes podem ajustar o encurtamento do procedimento comum, abrir mão da esfera recursal, apresentar calendário processual (art. 191). As partes podem ajustar que em caso de uma desavença a demanda será proposta no foro do autor, do réu ou em outro local. Basta que a competência para a análise da questão não seja de caráter absoluto (art. 63 do CPC).¹² No afã de uma composição amigável e quando seja necessária a paralisação da demanda, para que as partes possam analisar a celebração de uma composição amigável, o processo poderá ficar suspenso por até seis meses (art. 313, § 4º). A suspensão facultativa do processo revela norma de natureza *dispositiva* (art. 313, II, do CPC). Existe até a possibilidade das partes abrirem mão da utilização do

12 CPC: “Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações”.

direito de ação (*pacto de non petendo*).¹³ Algumas destas hipóteses serão examinadas na sequência.

O negócio processual representa a vitória democrática do processo e a orientação de que o procedimento pode ser construído com a colaboração das partes para otimizar o funcionamento da atividade jurisdicional. Em matéria de negócio processual prevalecerá sempre o princípio *in dubio pro libertatis*. A restrição ao negócio processual deverá ser expressa e excepcional. A utilidade do negócio processual como instrumento de racionalização da atividade processual somente atingirá a eficácia desejada se observada a cooperação e a boa-fé processual.

3.1 O calendário processual

Muitos operadores demonstraram ceticismo quanto a uma modalidade de negócio processual que é representado pelo calendário processual, nos moldes do art. 191 do CPC: “*De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso*”.

A redação não deixa dúvida, trata-se de negócio processual complexo ou multilateral com a participação das partes e do juiz. O calendário processual é fruto da projeção do diálogo entre as partes. Por meio do calendário (*calendrier*) busca-se a otimização do tempo na relação

13 Sobre a polêmica do “*pacto non petendo*”, vide Fabio Caldas de Araújo, *Curso de Processo Civil- Parte geral*, t. I, p. 762.

processual, mas com um diferencial. Ela não nasce por iniciativa exclusiva do juiz, mas, sim, da combinação dos diversos sujeitos processuais.¹⁴

Por meio do calendário processual fixam-se prazos que assumem natureza cogente por meio de negócio processual. O calendário acaba por criar autêntico prazo peremptório por livre manifestação das partes e com a vinculação do juiz e dos demais auxiliares da Justiça. A desobediência ao prazo há de ser excepcional e devidamente justificada.¹⁵ A principal sanção a ser estabelecida é a preclusão consumativa. Nada impede que as partes convençionem a imposição de *astreintes* para o caso de descumprimento, por meio da incidência de multa. As *astreintes* têm natureza eminentemente processual, e sua inclusão apenas reforça a seriedade do compromisso firmado entre as partes.

O calendário tem como fim fixar o prazo de instrução processual, e poderá incluir prazo máximo para a atividade das partes. Em determinadas situações o calendário representará autêntico *negócio processual complexo*, na medida em que o prazo será acompanhado de outros ajustes de

14 Jean-Marie Denieul, *Petit Traité de l'Écrit Judiciaire*, 12^a ed., Paris, Dalloz, 2014, p. 174. No Direito Francês, v. o art. 764 do *Code de Procédure Civile*.

15 De forma similar ao previsto no Direito Francês, conforme o Decreto 2005-1.678, de 28.12.2005: “Le délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée” (“O prazo fixado de acordo com o calendário processual firmado entre as partes não pode ser prorrogado senão por meio de causa grave e devidamente justificada” – tradução livre) (Serge Guinchard e Frédérique Ferrand, *Procédure Civile – Droit Interne et Droit Communautaire*, p. 806).

vontade, como a inversão do ônus da prova ou da prática dos atos processuais de instrução (perícia após a oitiva ou cumprimento da deprecata para oitiva, sem a necessidade de observar a ordem regular de instrução). Além da maior celeridade, com a previsão de prazos e datas-limites para a realização dos atos processuais, o calendário dispensa a intimação prévia das partes quanto aos atos que serão produzidos. O acordo processual vincula as partes e as sujeita à observância de todos os prazos nele previstos.

Mesmo em processos em que sua adoção parece inusitada, os efeitos podem ser extremamente benéficos com economia processual. Um exemplo pode ser apontado em relação aos processos de inventário e arrolamento. Um dos maiores pontos de estrangulamento nestas lides refere-se ao descontentamento quanto aos atos praticados pelo inventariante e sua prestação de contas. Nada impede que as partes, de comum acordo, fixem prazo fatal para a apresentação das contas e do plano de partilha sob pena de remoção da função. O descumprimento do prazo torna desnecessário, inclusive a formalização do incidente de remoção representando economia ainda maior para a solução do litígio.

3.2 Suspensão do processo

A marcha processual tende ao seu deslinde inevitável por meio de decisão processual (*Prozessurteil* – art. 485 CPC) ou de mérito (*Sacheurteil* -art. 487). Em determina-

das situações a relação processual pode sofrer paralisação momentânea. Isto acontece por eventos ordinários ou extraordinários. A morte de uma das partes, do seu advogado representante, ou mesmo de seu advogado provocará a suspensão inevitável da relação processual (art. 313, I). No entanto, as partes também podem convencionar a suspensão do processo com o intuito de obter solução ajustada para o conflito (art. 313, II).

A suspensão denominada de convencional revela um autêntico negócio processual. A possibilidade de paralisação não é ilimitada, aliás, como nenhuma das hipóteses albergadas pelo art. 313, pois o limite máximo será de 1 ano (art. 313, §4º). O negócio processual de suspensão poderá ser operado tanto na fase de cognição como na fase de execução (art. 921, I).

O negócio processual de suspensão merece algumas advertências. O papel do advogado é muito importante nesta modalidade para que o instrumento não seja utilizado como meio indevido de paralisação da relação processual (art. 5º CPC). O primeiro aspecto a ser observado é a necessidade de fiscalização quanto ao prazo. É comum observarmos pedidos reiterados de suspensão. O prazo máximo será de 6 meses. Isto não significa que eventualmente o lapso não possa ser prolongado, mas nesta hipótese, além da necessidade de motivação, o alargamento do prazo terá que contar com o deferimento do juiz, pois não se trata mais de negócio processual, mas de dilação *ope iudicis*.

A hipótese de suspensão para fins de cumprimento de acordo não se encaixa na situação descrita no art. 313, II do CPC, mas no art. 922 do CPC e representa hipótese diferenciada de negócio processual para fins de cumprimento da execução. O prazo não ficará limitado ao art. 313 do CPC, uma vez que o parcelamento ou o tempo de cumprimento da obrigação de fazer ou dar coisa certa ou incerta poderá ultrapassar o termo de 1 ano.

3.3 Convenção sobre prazos processuais

Outro importante vetor de participação das partes na melhoria da relação processual é representado pela possibilidade de convenção sobre os prazos processuais.

Uma interessante inovação do novo CPC representa a definição de que os atos praticados antes do prazo não podem mais ser considerados intempestivos, inclusive o oferecimento da contestação ou mesmo da peça recursal antes do início da fluência do *termo a quo* (arts. 218, § 4o, e 225 do CPC). A questão merece aprofundamento quanto ao poder das partes de alterar os prazos de manifestação *endoprocessual*.

Os prazos podem ser *dilatatórios* ou *peremptórios*. Afora a polêmica que reina sobre a classificação apontada, há entendimento homogêneo quanto à *fatalidade do prazo peremptório* e à *prorrogabilidade do prazo dilatatório*. Os *prazos peremptórios* são legais e fixados no interesse da administração da justiça. Seu escoamento sem a prática do

ato processual provoca consequências importantes para a relação processual (ausência de apresentação da contestação no prazo: revelia; ausência de interposição do recurso no prazo legal: trânsito em julgado). A natureza cogente decorre da necessidade de impulso e da inevitabilidade da marcha processual.¹⁶ Os prazos dilatórios são prazos *legais* ou *convencionais*. A lei poderá fixar determinados prazos, mas sem considerá-los fatais, em vista do ônus ou do dever que está vinculado à prática do ato. O prazo de 15 dias sucessivos para a apresentação de memoriais consiste em prazo dilatório, sendo uma faculdade sua apresentação. Admite-se, inclusive, que possam ser apresentados em conjunto, por meio de negócio processual.

Pelo Código de Processo Civil/1973 as partes poderiam livremente convencionar os prazos dilatórios (art. 181), e um dos exemplos seria a própria convenção sobre a suspensão (art. 265, II, do CPC/1973 – art. 313, II, do CPC/2015). Qualquer disposição sobre prazos peremptórios sempre foi vedada pelo ordenamento, justamente pela função ordenadora e progressiva da relação processual, que é vocacionada à ultimação do processo – o que impede a convenção sobre prazos peremptórios.

O novo Código trouxe uma norma inovadora no art. 222, § 1º, que pode ser comparada com a do ordenamento alemão, especificamente quanto ao conteúdo do § 224

16 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*, cit., t. III, pp. 124-125.

da ZPO.¹⁷ No Direito Alemão permite-se o encurtamento do prazo (*abkürzung*), mas desde que o prazo não seja peremptório, ou seja, obrigatório (*Notfristen*). No sistema alemão apenas os prazos dilatatórios podem ser encurtados.

Em nosso sistema, o art. 222, § 1o, do CPC permite a convenção sobre o prazo peremptório, mas apenas para sua diminuição, como meio de acelerar a marcha processual, desde que exista *negócio processual entre as partes*. Por via de consequência, as partes não podem aumentar o prazo peremptório por convenção. O poder conferido pelo art. 139, VI, do CPC não se confunde com o negócio processual formulado pelas partes. O juiz poderá aumentar os prazos peremptórios, mas em situações excepcionais e devidamente justificadas, sob pena de quebrar a isonomia e retardar indevidamente a marcha processual.

3.4 O pacto de non petendo

Para encerrarmos os exemplos de algumas modalidades de negócios processuais devemos apresentar uma modalidade atípica. Os exemplos anteriores representam formas típicas. Aqui enfrenta-se um tema polêmico no sistema interno, assim como no direito alienígena. Trata-se da possibilidade de negócio processual que exclua o exercício

17 “Durch Vereinbarung der Parteien können Fristen, mit Ausnahme der Notfristen, abgekürzt werden. Notfristen sind nur diejenigen Fristen, die in diesem Gesetz als solche bezeichnet sind” (“Por meio de acordo entre as partes os prazos podem ser diminuídos, com exceção dos prazos peremptórios” – tradução livre).

do direito de ação, ou seja, a formulação de um *pacto de non petendo*.¹⁸ Até que ponto seria lícito ambas as partes, por meio de acordo, eliminarem o direito de discussão judicial sobre determinada questão?

A resposta, em nosso sentir, deve ser positiva. Pode-se pensar, *a priori*, que existe autêntica formulação de um pacto de não litigar quando se estabelece, por exemplo, uma convenção de arbitragem. O exercício do direito de ação em desconformidade com o modelo convencionalizado que prevê a instituição da arbitragem autoriza o nascimento da *exceptio pacti*. A questão, todavia, vai além. Seria possível impedir o acesso ao Estado-Juiz mesmo sem a previsão de um modelo alternativo de disputa (ADR)? Pensamos que a resposta deva ser afirmativa, desde que a questão se encaixe na previsão normativa do art. 190 do CPC. O exercício do direito de ação não deixa de representar direito subjetivo público. A renúncia ao exercício da pretensão processual para acionar ou recorrer não configura atentado à ordem pública ou restrição indevida ao exercício de direito fundamental.

O pacto *de non petendo* não elimina propriamente o direito de ação, mas apenas impede a judicialização de determinada pretensão. Com o pacto não há morte do direito material, apenas de sua acionabilidade.¹⁹

18 Gerhard Wagner, *Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, cit., pp. 413-414; Peter Schlosser, *Einverständnis Parteihandeln im Zivilprozeß*, cit., pp. 65-66.

19 Neste sentido manifesta-se Wagner (*Prozessverträge: Privatautonomie*

Não há dúvida de que o direito de ação assume natureza constitucional, como fonte de exercício de petição genérica, ao Estado, de tutela jurisdicional (art. 5o, XXXV, da CF/1988). Por outro lado, nada impede que a parte possa acordar sobre o não exercício do direito de ação em relação a pretensões disponíveis. O assunto é polêmico, e deverá ser estabilizado com cautela, uma vez que a discussão teórica se depara com a prática. O controle sobre o pacto *de non petendo* deve ser rígido, para impedir sua inclusão como cláusula de estilo, especialmente em contratos de adesão.

4. O diálogo entre o procedimento comum e especial

O procedimento comum ganhou grande desenvolvimento desde as reformas operadas pela introdução da tutela antecipada no ano de 1994. O exemplo mencionado sobre o famoso caso de Rui Barbosa revelava a hipertrofia do procedimento comum que necessitava se socorrer dos procedimentos especiais como meio de alcançar a tutela jurisdicional diferenciada.

Passados mais de 100 (cem) anos, o panorama atual permite uma visualização diferente. Os mecanismos pro-

im Verfahrensrecht, cit., p. 416): “Limita-se por meio do pacto a exclusão da acionabilidade, contudo o credor ainda mantém a possibilidade de exercer extrajudicialmente seu direito e até mesmo de exigir a compensação” (tradução livre) (“Beschränkte sich das pactum also auf den Ausschluß der Klagbarkeit, bliebe der Gläubiger weiterhin zur außergerrichtlichen Geltendmachung und sogar zur Aufrechnung der Forderung berechtigt”).

cessuais sofreram grande evolução. Nossa legislação atual conta com uma parte geral que fornece institutos com aplicação genérica e com dispositivos integradores.

O procedimento comum conta atualmente com grande desenvolvimento e permite a concessão de eficiente tutela específica para o cumprimento das decisões mandamentais e executivas. Ao contrário de outrora, são os procedimentos especiais que irão se utilizar do procedimento comum e da parte geral do CPC. Neste sentido vale a advertência do art. 318, parágrafo único do CPC: “*O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução*”.

A tipicidade dos procedimentos especiais sofre um abalo, especialmente pela atipicidade crescente do procedimento e das medidas executivas como forma de solução eficiente para o litígio entre as partes.

O papel das partes e a técnica processual a ser utilizada pelos advogados contribuirá enormemente para o enfrentamento de questões que até então não eram possíveis. Colocamos um exemplo muito interessante sobre hipótese inovadora alocada no art. 327, §2º do CPC: “Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum”.

Esta interessante regra deve ser estendida para o processo de execução o que permitirá a cumulação de execuções, ainda que sujeitas a procedimentos diferenciados. Um exemplo é o da cumulação de alimentos marcados pela diferença quanto ao lapso temporal do débito. As dívidas protegidas pela Súmula 309 do STJ terão direito ao regime especial do art. 528 do CPC. As dívidas pretéritas não poderão se beneficiar deste regime e estarão sujeitas ao regime do cumprimento por quantia certa (art. 523 CPC). A diferença entre os procedimentos não impede que o procedimento de cobrança possa ser compatibilizado nos termos do art. 327,§2º do CPC, como meio de facilitar a execução, inclusive, a conciliação.

A interação procedimental permitirá que os advogados possam realmente se utilizar do processo civil como instrumento que vise à efetividade, contudo, torna-se essencial que o juiz acompanhe esta evolução e rompa com modelos até então desenhados. Um exemplo desta afirmação refere-se à engenhosa substituição da ação de exibição de documentos pela produção antecipada de provas. Aqui visualizamos um erro de interpretação e de aplicação do novo CPC.

Muitos Tribunais, equivocadamente, passaram a considerar que a ação de exibição de documentos desapareceu com o novo CPC, na sua forma cautelar, o que levaria à impossibilidade de seu ajuizamento. E mais, a apesar de admitirem a fungibilidade com a medida de produção antecipada de provas utilizam a jurisprudência anterior do STJ para negar a fixação de sucumbência quando a medida

é utilizada para fins de exibição do documento.²⁰ Não há dúvida de que a produção antecipada de prova quando utilizada como medida de jurisdição voluntária não permite tratamento de ação contenciosa. No entanto, mesmo perante o regime anterior, as “ações cautelares” de exibição eram ajuizadas com caráter satisfativo.

O novo CPC não mudou essa natureza. Embora tenha sido eliminado o livro III, nada impede o processamento de medidas de exibição por meio do procedimento comum, ou em situação de urgência, por meio de cautelar genérica. A flexibilização procedimental permite realmente a fungibilidade entre as medidas, mas quando existir resistência quanto ao fornecimento do documento não há dúvida de que a fixação da verba honoraria é imperiosa.

20 Neste sentido vide julgado do TJPR: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. 1. NATUREZA AUTÔNOMA. RITO PREVISTO NOS ARTIGOS 381 E SEQUINTE. INAPLICABILIDADE DO ART. 400, I DO CPC/15. NÃO DISCUSSÃO DE FATOS E DIREITO. SENTENÇA MERAMENTE HOMOLOGATÓRIA DAS PROVAS PRODUZIDAS. 2. RECURSO DO AUTOR. NÃO CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 382, § 4º DO CPC/15. 3. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. FIXAÇÃO INCABÍVEL. 1. Há jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça entendendo que a presunção de veracidade ficta se aplica aos incidentes de exibição de documentos, não às ações cautelares autônomas (CPC/73) ou de produção antecipada de provas (CPC/15). 2. No procedimento de produção antecipada de prova não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário (art. 382, § 4º do CPC/15). 3. Para arbitramento dos Apelação Cível nº 0009991-23.2016.8.16.0194 fls. 2 honorários recursais, a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso. RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJPR - 9ª C. Cível - 0009991-23.2016.8.16.0194 - Curitiba - Rel.: Coimbra de Moura - J. 12.07.2018).

Outro ponto importante refere-se à eliminação de alguns procedimentos especiais como a ação de usucapião. Esta ação revela um exemplo interessante de amadurecimento de nosso sistema processual. A única especialidade do procedimento era revelada pela formação de um litis-consórcio complexo, o que não justificaria a especialidade da ação. Por outro lado, a ação de usucapião demonstra exemplo sensível do processo de desjudicialização pela possibilidade de utilização da via extrajudicial (art. 1071 do CPC e art. 218-A da LRP).

5. O redimensionamento do papel do Juiz

O juiz sempre assumiu papel de destaque na relação processual. No entanto, perante a nova legislação há uma clara mudança no seu enfoque de atuação (*management case*). Existe uma grande tensão quanto ao papel ativo do juiz, seus limites e os problemas gerados pela sua intervenção.

O art. 139 do CPC demonstra claramente a necessidade do papel ativo do juiz na contribuição para o desenvolvimento da relação processual. Podemos enaltecer dois pontos considerados essenciais. O primeiro relativo ao art. 139, IV que revela o *poder geral de tutela do juiz* no cumprimento das decisões, independentemente de sua natureza: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva. Não importa que a decisão seja provisória ou definitiva. O sistema clama por medidas executivas atí-

picas que permitam o cumprimento do art. 5º, XXXV da CF/88. Aqueles que reclamam do “ativismo judicial” esquecem que o papel do juiz não está em substituir as partes, mas apenas garantir a tutela e o cumprimento das pretensões processuais que são materializadas em juízo. Os limites serão sempre testados pela via recursal. Aos poucos a jurisprudência formará contornos quanto aos limites e à extensão dos poderes do art. 139, IV do CPC. Por óbvio, sabe-se que esta tarefa é muito delicada, pois a discussão não paira propriamente sobre a existência do poder, mas sobre as formas de sua manifestação, o que sempre dependerá da apreciação do caso concreto.

O segundo ponto reside na possibilidade do juiz auxiliar na construção do procedimento adequado, em vista do art. 139, VI do CPC. Não houve uma autorização ampla como aquela conferida no sistema Português. Todavia, na medida em que o juiz inverte fases processuais, toma a iniciativa para a formação de calendário processual para a prática de atos processuais, ou flexibiliza prazos há uma clara modulação no procedimento.

A atividade de gestão processual tem como fim contribuir para o modelamento do procedimento comum ou especial. O art. 327, § 2º do CPC revela um exemplo importante desta aplicação e das dificuldades que serão enfrentadas pelo juiz e pelas partes na tarefa de compatibilizar pedidos aparentemente incompatíveis, mas que poderão sobreviver na mesma relação processual evitando a duplicação de autos.

6. Conclusão

O processo deve realmente refletir um instrumento colocado à disposição do jurisdicionado para a solução do seu conflito. O procedimento representa uma garantia de publicidade e contraditório, mas o rigor formal pode e deve ser atenuado quando prejudicial para o desenvolvimento da relação processual. O novo sistema processual fornece mecanismos para permitir a criação, adaptação e interação do procedimento civil (arts. 189, 190, 136, VI CPC). A cooperação e o diálogo processual serão peças chaves para que o novo modelo processual possa surtir os efeitos almejados destacando-se o papel dos advogados na elaboração dos modelos que serão apreciados pela via judicial. A construção do negócio processual em suas possíveis facetas contribuirá imensamente para a flexibilização do procedimento. A atividade judicial também poderá contribuir desde que observada a participação das partes na construção alternativa para a solução do objeto litigioso.

Referência bibliográfica

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2a ed., 4a tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

—————. *Theorie der Grundrechte (Teoria dos Direitos Fundamentais)*. Zweite Auflage. Frankfurt am Main. Suhrkamp, 1994.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de Processo Civil – Parte Geral*. Tomo I. São Paulo, Malheiros Editores, 2016.

_____. *Curso de Processo Civil – Procedimentos Especiais*. Tomo III. São Paulo, 2018.

_____. *Posse*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

BARBOSA, Ruy. “Posse de direitos pessoais”. In: *Clássicos do Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1986.

GUINCHARD, Serge, e FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile – Droit Interne et Droit Communautaire*. 31ª ed. Paris, Dalloz, 2012.

MANTHE, Ulrich. *Geschichte des römischen Rechts (História do Direito Romano)*. München, Verlag C.H. Beck, 2015.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia*. Coimbra, Livraria Almedina, 2014.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil (1973)*. ts. I, e XV. Rio de Janeiro, Forense, 1976.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts (Sistema Atual do Direito Romano)*. t. II. Reedição Scientia Verlag Aalen. 1981.

WAGNER, Gerhard. *Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen, Mor Siebeck, 1998.

WALTER, Franz. *Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß (Vícios da Vontade nos Atos Jurídicos Oriundo das Partes no Processo Civil)*. Breslau, Verlag E. Broeger, 1931.

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA E OS PARADOXOS DA REALIDADE BRASILEIRA

Francisco Cardozo Oliveira

Juiz de Direito Substituto em 2.º Grau no
Tribunal de Justiça do Paraná, pós-doutor
pela UFSC e Professor no UNICURITIBA

1. Introdução

Na cultura ocidental moderna, a fundamentação das decisões judiciais assumiu relevância na medida em que o Estado se tornou o eixo articulador de direitos e garantias individuais. No Brasil, a partir da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, a tarefa de fundamentação das decisões judiciais ganhou amplitude, em face das exigências decorrentes das necessidades de assegurar efetividade aos direitos constitucionalmente assegurados. Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe regulação específica acerca dos parâmetros de fundamen-

tação das decisões judiciais, o dever de fundamentar pelos órgãos do Poder Judiciário tem exigido esforço de construção dogmática, de modo a situar o alcance normativo e prático da tarefa de aplicação do direito.

A regulação do dever de fundamentação das decisões judiciais surge confrontada, na realidade atual, com a racionalidade argumentativa, e seu correlato de uma tutela de direitos orientada por precedentes e súmulas, capaz de enfrentar os desdobramentos das demandas de massa características da sociedade de consumo que se configura no Brasil. A racionalidade argumentativa, pelo menos no Brasil, deu ensejo a uma relação específica entre regras e princípios que, ao mesmo tempo em que manteve atual o debate entre H.L. A. Hart e Ronald Dworkin, permanece enredada na compreensão formal e abstrata dos institutos jurídicos. A operabilidade interpretativa do direito apoiada em princípios no Brasil também serviu para ampliar processos de judicialização da vida e da política, com seus desdobramentos de colonização do sistema político pelo sistema jurídico.

Na realidade jurídica brasileira, segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, teria se configurado o que ele denomina de crise da centralidade da lei, em que o Poder Legislativo perde protagonismo para o Poder Judiciário. Talvez seja o caso de uma crise não apenas da lei, mas dos fundamentos do direito confrontados com as exigências paradoxais de construção da socialidade brasileira que, rigorosamente, não é muito diferente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos no Ocidente.

Em meio aos paradoxos da construção da socialidade brasileira e das exigências colocadas pelos processos sociais de judicialização da vida e da política, a tarefa da fundamentação das decisões judiciais não deixa de estar confrontada também com o que lhe é elementar que é a relação normativa entre fatos e normas; todavia, essa relação aparentemente simples envolve a complexidade e os desafios para o sistema jurídico impostos por uma realidade social em constante mutação de valores, em que o sentido dos fatos e das normas propriamente ditas está mergulhado em incertezas, contradições e paradoxos.

O problema proposto é o de analisar a relação entre a tarefa de fundamentação das decisões judiciais e a racionalidade argumentativa, consideradas as exigências decorrentes da construção da socialidade brasileira na atualidade, com objetivo de fornecer os fundamentos da prática de fundamentação que sirva aos propósitos de tutelas comprometidas com a pessoa e a democracia.

Embora a questão da fundamentação das decisões judiciais tenha merecido inúmeras reflexões, principalmente depois da entrada em vigor no Código de Processo Civil de 2015, o que justifica a análise proposta é a tentativa de situar a centralidade da tarefa de fundamentar para a compreensão não apenas da operabilidade do sistema jurídico, mas do modo como o sistema jurídico interage na articulação entre tutela de direitos e evolução da vida da pessoa em sociedade.

Seguindo uma metodologia crítica, a análise se articula em três eixos; i) o da compreensão da relação entre regras e princípios nas dinâmicas de judicialização da vida e da política no Brasil, e seus efeitos na fundamentação das decisões judiciais; ii) o do modo como a racionalidade argumentativa está situada em face da crise de fundamentos do direito, e sua interferência na fundamentação das decisões judiciais; iii) e o problema da fundamentação das decisões judiciais e o modo como, no contexto social e jurídico brasileiro, se articula a relação entre fato e norma, que é central na interpretação e aplicação do direito.

2. A relação entre regras e princípios e as dinâmicas de judicialização da vida e da política na realidade brasileira

O debate entre regras e princípios, que contempla a dimensão do problema entre direito e moral, assinala o momento de uma virada hermenêutica e pragmática na compreensão do fenômeno jurídico, que se tornou incontornável no tempo histórico, por força da necessidade de ampliar a efetividade dos direitos, ao mesmo tempo em que o modelo político e econômico proposto pela socialdemocracia de compromisso com a inclusão entrava em crise.

Como afirma Norberto Bobbio, as transformações sociais que exigiram formas de intervenção do Estado na economia e a sobreposição de leis, de modo a dar conta dos problemas nascidos da inflação e da passagem de um

regime autoritário para um regime democrático permanecendo os textos legislativos, (o que tem especial significado na realidade brasileira no caso da ditadura militar de 1964), obrigou os juristas a prestar atenção aos interesses sociais relacionados a interpretação jurídica; o tecnicismo do método lógico-formal, ligado ao positivismo jurídico, entra em declínio e assume importância o método sociológico (2016, p. 87). As variantes sociais e históricas se não chegaram a impor uma mudança de paradigma, segundo o modelo clássico de Thomas Khun (2005), pelo menos exigiram uma reorientação na compreensão dos fundamentos do direito para um viés pragmático linguístico de modo a colher o sentido da normatividade rente às exigências da realidade social.

O redimensionamento dos pressupostos positivistas formulado por H. L. A. Hart, ao considerar que se manifesta nas regras um sentido interno que conforma a regularidade dos comportamentos e que, portanto, implica a admissão da existência de uma regra de reconhecimento, capaz de assegurar a configuração do sistema jurídico (1961, p. 65), orienta a questão dos fundamentos do direito para as razões pelas quais determinadas regras são seguidas. Ganhou ênfase a racionalidade interpretativa do direito. Não seria o caso de compreender as regras jurídicas desde um ponto de vista objetivo e externo como pressuposto até então pelo positivismo. Esta reorientação do modo de compreensão do direito abriu oportunidade para o debate acerca dos fundamentos do direito desde

uma perspectiva de valores e de princípios. As premissas de Hart também confrontaram o direito com a virada linguística, na medida em que se tornou necessário indagar o quanto a observância das regras jurídicas constitui expressão de uma determinada forma de vida ou de uma prática social. Seguindo o que sustenta Hart, pode-se afirmar que as regras jurídicas encerram uma prática em que está em causa a interpretação da intencionalidade; o direito se origina do fato: a lei, o costume e a decisão judicial; nesse sentido, a proposta de Hart está em sintonia com o que já havia intuito Wittgenstein de que na linguagem o significado se expressa no uso, que diz respeito ao modo de vida no mundo, e a práxis de significação que exige uma explicação remetida ao contexto dos desdobramentos da vida em sociedade (2008, p. 61 e 205); para a teoria do direito significa afirmar que se manifesta no fenômeno jurídico uma regularidade de observância de regras, cuja compreensão denota um discurso argumentativo de explicação.

Perdeu relevância considerar a forma da relação jurídica, no sentido do formulado por Kant na *Metafísica dos costumes*. Mesmo Bobbio admite que na teoria pura do direito (Kelsen) emerge o caráter coativo e uma conformação do ordenamento jurídico no sentido de estabelecer diretivas, como ocorre com maior ênfase nas questões econômicas. Para além da questão lógico-formal, se impôs a hermenêutica das finalidades e dos valores em torno da normatividade.

A abertura na direção da consideração de valores e de finalidades, de certo modo propiciada pela proposta de H.L.A. Hart, permitiu uma ancoragem dos fundamentos do direito na normatividade dos princípios, embora tenha permanecido a defesa da separação entre direito e moral, sem excluir que, de forma contingente, possa ocorrer assimilação de conteúdos morais pelo direito. Desde a perspectiva de normatividade dos princípios, Ronald Dworkin formula a crítica à proposta de H.L.A. Hart. Ronald Dworkin sustenta que os juristas procuram soluções para os casos difíceis por meio de um debate utilizando padrões que funcionam como princípios; ele denomina princípios “o padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política e social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (2011, p. 36).

Segundo Ronald Dworkin, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica; diz ele que “os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.” (2011, p. 39). As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, enquanto os princípios possuem a dimensão do peso ou da importância. De acordo com Ronald Dworkin, é necessário abandonar a premissa de regra de reconhecimento de Herbert Hart porque ela não permite admitir que os princípios devam

ser tratados como direito; em linhas gerais, ele sugere rejeitar toda a concepção do positivismo jurídico que aposta na discricionariedade do juiz e sustenta a ideia de um ordenamento jurídico composto por normas (princípios e normas). Dworkin contesta a premissa de regra social de Hart e afirma que uma regra social de reconhecimento não se sustenta, na medida em que não possa ser aplicada a determinados casos. Na tentativa de superar o que seriam os limites da concepção de direito de Hart, é sugerida a existência de um ordenamento jurídico composto por regras e princípios, de modo a romper com o escalonamento de normas proposto pelo positivismo jurídico.

A crítica formulada por Dworkin está inserida nos desdobramento da virada linguística, de ênfase pragmática da normatividade. O que parece relevante é o fato de conferir-se importância à normatividade dos princípios, de modo a dar suporte sistemático às decisões judiciais, no contexto da estrutura de um ordenamento jurídico comprometido com a solução de casos complexos, decorrentes das demandas por direitos na sociedade pós-moderna. Mas a normatividade conferida aos princípios faz emergir em novos patamares o problema da relação entre direito e moral que o positivismo havia resolvido nos termos de um formalismo centrado na validade procedimental da lei. Em função desse impasse, os positivistas propuseram um desdobramento capaz de conceber a inclusão na norma de valores morais; trata-se de um positivismo mitigado ou, na terminologia que veio a ser adotada, um positivismo includente (2008, p.189-219).

Ronald Dworkin vai postular uma visão de ordenamento jurídico composto por normas e princípios, em que a distinção entre direito e moral perde sentido na medida em que as decisões judiciais consideram razões morais para ação. É nessa direção que Ronaldo Porto Macedo Junior sustenta que fazer a leitura do pensamento de Dworkin relacionado ao reforço da importância dos princípios, na constituição do direito, negligencia o que é mais importante que é a proposta metodológica de uma concepção interpretativista do direito, no sentido da necessidade de justificação desde o estágio semântica da norma, que coloca ênfase nos desacordos e no papel que a argumentação desempenha na conformação da normatividade (2014).

Na cultura jurídica brasileira, a assimilação da normatividade dos princípios, principalmente depois da Constituição de 1988, na esteira dos efeitos da virada linguística, em face das assimetrias sociais, aclimatou-se à dinâmica histórica de temperamento entre uma visão abstrata e conceitual dos institutos jurídicos e a prática de soluções exigidas pela situação do caso. Com variações de grau, foi o que ocorreu com as consequências da adoção do naturalismo jurídico que, como lembra José Reinaldo Lima Lopes, permaneceu a meio caminho entre a recusa à redução metodológica e à análise lógica da linguagem, no sentido neokantiano, ocupando-se da experiência jurídica como forma de compreensão da estrutura do ordenamento jurídico (2014, p. 236); o salto exigido pela virada linguística não

se mostrava possível em face dos conflitos na construção da socialidade brasileira.

A operabilidade da normatividade dos princípios no Brasil, conseqüentemente, permaneceu à beira da virada linguística; tanto serviu para o resgate de valores jusnaturalistas, em torno da premissa de dignidade da pessoa humana, que resultou na ampliação de formas de judicialização da vida, como também nutriu vieses abstratos e conceituais abrindo espaço para intensificar a judicialização da política, neste caso com uma torção: ao invés da colonização do sistema jurídico pelo sistema de poder, o sistema jurídico acabou colonizando o sistema de poder, com conseqüências imprevisíveis para o arranjo precário da democracia brasileira. Nas duas situações, os resultados mensuráveis indicam a configuração de perdas de certeza na aplicação do direito, que podem ser observadas, por exemplo, na erosão dos pressupostos de indenizabilidade, conforme o apontado por Anderson Shereiber (2013, p. 151-191), ou nos impasses das crises políticas que demandam soluções judicializadas, no modelo investigativo do inquérito e de audiências, ao invés de debates e formação de consensos.

De modo sintético, no caso brasileiro, o reconhecimento da normatividade dos princípios, ainda que tenha permitido ampliar a tutela de direitos, como no caso do direito à saúde, não chegou a representar alteração substancial na estrutura de desigualdades sociais, dado que a visão principialista do direito, ao invés de convergir para

adensar uma compreensão crítica da necessidade de mudança social, acabou refugiada em considerações abstratas e conceituais que, no limite, reforçam assimetrias no campo social e retrocessos no campo político. De algum modo, na situação brasileira, o sistema jurídico, em que pese a retórica, permanece tanto mais comprometido com a manutenção de direitos e titularidades do que com a promessa de mudança social. O paradoxo configurado tem consequências para a metodologia de fundamentação das decisões judiciais, que tanto pode apelar para o idealismo da abstração dos princípios, como forma de fuga da realidade dos conflitos e da violência na evolução da socialidade, como pode também reduzir-se a mero exercício de discricionariedade e de preferências políticas e ideológicas, no momento presente em que a partidarização do Poder Judiciário parece ter assumido contornos objetivos.

3. Racionalidade argumentativa, crise de fundamentos do direito e seus reflexos no Brasil

A conexão entre concepção interpretativista do direito e argumentação ganha relevo pelos reflexos que produz no alcance da fundamentação das decisões judiciais.

De acordo com Klaus Günther um dos principais problemas da sociedade, e conseqüentemente do direito, diz respeito a compatibilização entre ação, norma e situação; para enfrentar esse problema ele propõe uma racionalidade discursiva de fundamentação e de aplicação, em que pres-

suposta a aceitação das razões dos participantes, ao mesmo tempo em que o discurso esteja organizado segundo modelos procedimentais e por um princípio de reciprocidade (2011). A proposta de uma racionalidade argumentativa capaz de dar conta do desafio de fundamentar a relação entre ação, norma e situação coloca pelo menos duas questões, que devem ser vistas por uma ótica de complementaridade funcional: i) a relacionada à verdade; ii) e a outra relacionada ao direito à justificação como critério de justiça.

O critério de verdade que a fundamentação da decisão judicial exige tem uma vertente procedimental e outra dialógica, ambas conectadas por um critério de justiça ou de justificação. Logo, na relação entre racionalidade argumentativa e fundamentação da decisão judicial, o que possa ser verdadeiro se estrutura por uma procedimentalidade e por uma convenção em que pressuposto o risco de distanciamento das possibilidades de evidência empírica.

A ideia de intencionalidade que confere sentido à ação humana, nos moldes do delineado por H.L.A. Hart, tem ligação com os pressupostos da filosofia analítica, que pressupõe o que Giuseppe Zaccaria qualifica de intervenção ativa do sujeito no mundo, em face de uma observação neutra e da objetividade dos fatos; no âmbito do direito, segundo ele, a filosofia analítica teria propiciado formas de enunciados declarativos (2004, p. 166). O caráter declarativo do enunciado parte do pressuposto de que existe uma correspondência entre linguagem descritiva e objetividade do mundo e conduz à assertiva de

uma verdade inscrita na ordem da natureza das coisas. Os juízos meramente declarativos, característicos do modelo do direito da modernidade, adquirem sentido quando compreendidos à luz das concepções da filosofia analítica. O dever do juiz de declarar o direito aplicável ao caso, pressuposto pelo direito processual moderno, deriva da concepção de linguagem descritiva e de neutralidade em relação a valores morais. O recurso argumentativo nesse tipo de concepção do direito e de decisão judicial assume caráter secundário, em face da objetividade inquestionável da verdade que se manifesta no decidido.

O caráter problemático da ideia de verdade inscrita na objetividade das coisas e do mundo emerge quando se torna evidente que não existe uma correspondência entre linguagem descritiva e objetividade do mundo.

No momento em que na pintura a representação da natureza não fazia mais sentido, em face da tecnologia da fotografia, e que conseqüentemente se tornou problemático captar o sentido exato da incidência dos raios de sol sobre o campo e as árvores, segundo E. H. Gombrich, ficou evidente para os artistas que a arte trata do estabelecimento de relações. Como diz ele, o pintor não investiga a natureza do mundo físico, mas as relações do ser humano com o mundo; ele não trata das causas, mas dos mecanismos dos efeitos; a arte trata de elaborar uma imagem convincente da realidade e o quanto essa elaboração repercute efeitos psicológicos de sentimento e de compreensão da beleza (2007, p. 29-54). O problema da verdade, portanto, tem um

caráter relacional o que implica a questão da linguagem. Consequentemente, o pressuposto de uma verdade inscrita na objetividade do mundo, a ser desvendada pelo sujeito, perde relevância. Do ponto de vista jurídico, significa admitir que a redução da fundamentação das decisões judiciais a mero caráter declaratório já não se mostra suficiente para dar conta da complexidade do ato de interpretação e de aplicação do direito.

A questão da verdade a ser enfrentada na fundamentação das decisões judiciais assume outro sentido; trata-se do quanto o enunciado da decisão judicial incorpora uma relação fenomenológica e existencial com o mundo da vida. Não se trata, obviamente, de um apelo estrito a verdade material, mas de assimilar a materialidade da trama de relações em que configurado o caso e a relação jurídica. Como na arte, se trata da tarefa a que se refere E. H. Gombrich de elaborar categorias para pensar a experiência; ou de atentar para o fato de que a linguagem não se presta apenas para elaborar conceitos ou dar nome as coisas, mas para articular a experiência do homem no mundo (2007, p. 76-77).

No caso específico da fundamentação das decisões judiciais se tratar de analisar o modo como articuladas as relações que permitem estabelecer o alcance da verdade e, consequentemente, do direito à justificação como critério de justiça.

Michel Foucault chama a atenção para a forma como a instituição judiciária se consolida a partir do Medievo;

configura-se um poder judiciário que utiliza o inquérito como meio do que ele denomina de gestão, de exercício do poder, de autenticar a verdade e de estruturar informações que possam ser consideradas verdadeiras; o inquérito, segundo Michel Foucault, é uma forma de saber-poder, que permite compreender as relações entre conflitos de conhecimento e determinações econômicas-políticas (2013, p. 57-79). A forma do inquérito, que articula investigação, perguntas e respostas, permite articular relações. A decisão que a sentença encerra somente se torna possível pela forma do inquérito que articula relações de investigação e prova. O direito processual, portanto, de algum modo, sempre estrutura uma forma de inquérito, que tem por objetivo obter a verdade sobre o fato que está na essência da relação jurídica.

A prova constitui o eixo de apuração da verdade que se opera no desenvolvimento do processo. Configura-se, portanto, uma relação entre prova e verdade no processo; de acordo com Jordi Ferrer Beltrán, a prova jurídica tem como finalidade alcançar o conhecimento acerca da verdade dos enunciados fáticos do caso. Não se trata, contudo, de estabelecer uma verdade ontológica; o que segundo Jordi Ferrer Beltrán está em causa é a possibilidade de incorporar ao processo elementos probatórios suficientes a favor da verdade de uma proposição, de tal modo que o juiz possa considerá-la provada e incorporá-la às razões da decisão na sentença (2005, p. 74-75) A produção de provas não se destina a estabelecer o que é verdade, mas

o que pode ser aceito como verdadeiro para a solução do conflito. Nesse sentido, Ricardo Luiz Lorenzetti, assinala que, por força dos paradigmas da teoria da argumentação, o processo trata da solução de problemas e não da averiguação da verdade (2009, p. 179).

O critério de verdade que o processo encerra, mediante o escrutínio da prova, na forma do inquérito, assume um caráter convencional, ligado ao modo como estruturado o contraditório e a solução do conflito. Embora não esteja voltada para certificar uma verdade última, essa convencionalidade precisa encontrar um suporte lógico na realidade, sob pena de retirar legitimidade do procedimento de decisão judicial.

O que é aceito como verdadeiro no processo para fins de estruturar a fundamentação das decisões judiciais deriva da construção de relações no desenvolvimento do exercício do contraditório. O papel da racionalidade argumentativa reside exatamente no estabelecimento dessas relações que permitem que um enunciado seja aceito como verdadeiro e, ao mesmo tempo, não esteja em contradição lógica com o que ocorre na realidade da vida em sociedade.

Em face do caráter convencional da verdade para o direito, a racionalidade argumentativa se confronta com dois riscos: a) o de assumir uma perspectiva idealista e abstrata e b) o de limitar a compreensão dos desdobramento dos fatos e da realidade social subjacente ao caso, por meio daquilo que Mario Barcellona identificou na Itália de “ideia

do social”, na esteira da crise dos postulados do pantectismo e do juspositivismo (2006, p. 40-41). Em relação ao primeiro risco, a racionalidade argumentativa pode apoiar-se em um principalismo de ampliação de critérios de ponderação e proporcionalidade, que aceita todas as soluções possíveis para o caso. No segundo risco, a racionalidade argumentativa pode não ser capaz de romper com o que Fabio Ciaramelli identifica como a única forma de consenso possível, no contexto da economia globalizada, que são as práticas instrumentais ditadas pelos mercados; em uma sociedade incapaz de exprimir-se por meio de representação parlamentar, ou incapaz de objetivar uma legitimidade a partir do consenso político, resta apenas a entrega ao jogo dos mercados e a uma legitimação baseada em fundamentos de consenso econômico (2013, p. 226-228).

Não é mais o caso de considerar que o sistema jurídico consolida um consenso social que se estrutura em torno da lei; como adverte Fabio Ciaramelli, na atualidade, manifesta-se uma produção descentralizada de formas de consenso social, ou seja, a normatividade é produto de uma gestão difusa e negociada (2013, p. 207-208). Não se trata apenas de uma crise da centralidade da lei, nos termos do formulado por Tércio Sampaio Ferraz Junior, e de uma reorientação judicialista da normatividade (2014); considerado o que afirma Fabio Ciaramelli de configuração de uma forma de normatividade que não está estabilizada no texto da lei, mas que depende de consensos difusos, resulta caracterizada uma crise de fundamentos

do direito, que produz efeitos no alcance da fundamentação das decisões judiciais.

Para adquirir legitimidade e preservar o caráter convencional da verdade no processo, a racionalidade argumentativa necessita estar atrelada a um direito à justificação. De acordo com Rainer Forst, no fundamento dos direitos humanos está o direito à justificação (*Rechtfertigungsverhältnisse*) que, na dimensão procedimental, significa que ninguém pode ser submetido ao sistema jurídico sem que possa participar da vida social como ser de justificação (2015, p. 56).

Em termos de síntese, pode-se dizer que, na realidade brasileira, parece manifestar-se uma racionalidade argumentativa enredada por consensos precários em torno de interesses mercantis, com seu corolário de uma “ideia do social”; ao mesmo tempo, de forma paradoxal, manifesta-se a falta de legitimidade da lei e do direito, em que a normatividade deriva de uma negociação contingente, com a conseqüente insegurança jurídica, as perdas de certeza e os questionamentos sobre a imparcialidade de julgamentos, vistos como representativos de interesses políticos, econômicos e ideológicos. Configura-se o cenário de distanciamento entre a fundamentação das decisões judiciais e o direito à justificação, tomado como critério de justiça, com o conseqüente descrédito do sistema jurídico e de sua aptidão para a solução dos impasses da vida em sociedade. O quanto a fundamentação das decisões judiciais no Brasil possa incorporar o sentido de uma

democracia aberta ao direito à justificação do exercício do poder dependerá do compromisso da prática de argumentação com os desdobramentos da normatividade no contexto das formas de vida em sociedade.

4. Fundamentação das decisões judiciais: o CPC de 2015 e a solução normativa entre fato e norma no contexto da normatividade dos princípios e da racionalidade argumentativa

A dogmática em torno da fundamentação das decisões judiciais, na realidade brasileira, necessita enfrentar a questão da normatividade dos princípios e o caráter idealista que ela assumiu na tarefa de interpretação e aplicação do direito. Também precisa dar conta das exigências da racionalidade argumentativa e seus limites em face da crise dos fundamentos do direito, que parece paralisar a mudança social e a evolução da democracia.

Um momento privilegiado para o exame dos reflexos dessas questões nos fundamentos da fundamentação da decisão judicial é o que envolve a relação entre fato e norma e suas determinantes normativas. O inciso I do § 1.º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 contempla uma regra exemplar da complexidade das relações entre fato e norma na aplicação do direito. Segundo essa regra, “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato

normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”. Convém verificar a partir dessa regra como pode ser compreendida a relação entre fato e norma e o modo como ela diz respeito à normatividade dos princípios e à racionalidade argumentativa. Por esse caminho, será possível delimitar uma prática de fundamentação das decisões judiciais de compromisso com os interesses da pessoa e da democracia. Para essa análise, é necessário tratar inicialmente do alcance da normatividade da fundamentação das decisões judiciais no CPC de 2015 para, na sequência, estabelecer os contornos de uma prática de fundamentação condizente com a complexidade do momento atual na realidade brasileira.

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 abriu espaço para uma racionalidade argumentativa característica do modelo de precedentes. De acordo com Anderson Cortez Mendes reforça-se a necessidade de fundamentação, nos termos do que determina o art. 489 do Código de Processo Civil; buscou-se estabelecer as razões da decisão e operacionalizar critérios de distinção (2015, p. 2-28). A racionalidade argumentativa se estrutura no Código de Processo Civil brasileiro em dois eixos principais: 1) o contraditório e 2) a fundamentação das decisões judiciais.

Nicola Picardi relaciona o contraditório no processo judicial a uma lógica orientada por técnicas argumentativas e justificativas; por essa lógica, diz ele, o contraditório traduz investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes, no âmbito do provável e do razoável, não

do necessário e do inevitável; o contraditório constitui instrumento de investigação da verdade provável (2008, p. 127-141). Pelo contraditório se desenvolve no processo a construção da verdade. Consequentemente, a fundamentação das decisões judiciais, observado o princípio da cooperação (art 6.º do CPC de 2015) impõe um dever que abrange também a atividade das partes e dos seus advogados, conforme, inclusive, o defendido por Fredie Didier Junior e Ravi Peixoto, no sentido de uma comunidade de diálogo dos sujeitos processuais (2018, p. 85-97). Mas o que é mais importante é a conexão direta que se estabelece no processo, por meio do contraditório, entre racionalidade argumentativa e construção da verdade.

Por outro lado, a normatividade dos princípios, que inclui a operabilidade de cláusulas abertas e de precedentes, potencializa a complexidade da relação entre fato e norma. Tereza Arruda Alvim reconhece que a interpretação e a aplicação de princípios enfrentam as dificuldades de consenso em torno de significados característicos da heterogeneidade da sociedade atual; ao mesmo tempo, diz ela, as regras do art. 489, I e II do CPC de 2015 exigem maior densidade da fundamentação da decisão judicial que se apoia em princípios (2018, p. 244-245).

O Código de Processo Civil de 2015 adotou um modelo de dizer o que é decisão fundamentada por uma fórmula de exclusão, a de considerar o que não é decisão judicial fundamentada; seguiu-se uma solução de acordo com o que propunha Marcelo Lima Guerra de que, se não

é possível encontrar um limite para as possibilidades de fundamentação, do ponto de vista lógico, é possível identificar o que não é decisão judicial fundamentada (2006, p. 517-541). Está pressuposto na sistemática de regulação do fundamento das decisões judiciais infinitas possibilidades de fundamentação. A normatividade conferida aos princípios amplia as possibilidades de fundamentação, ao mesmo tempo em que multiplica instabilidades de sentidos, de modo a dificultar o controle da decisão pelas partes e seus advogados. Conforme afirmam Francisco Cardozo Oliveira e Miguel Kfoury Neto, a saída para esse impasse, considerada a regra do inc. I. do § 1.º do art. 489 do CPC, pode estar na compreensão do caráter constitutivo da relação entre fatos e normas, visto na perspectiva do caso concreto (2015, p. 203-232). Esse caráter constitutivo, que repercute na configuração do direito afirmado pela parte no processo, precisa desdobrar efeitos compatíveis com a verdade que possa ser compreendida no contexto da própria fundamentação da decisão judicial e na realidade da vida social.

Observada a complexidade da relação normativa entre fato e norma, que tem caráter constitutivo de direitos, a normatividade dos princípios e a racionalidade argumentativa remetem para uma compreensão da normatividade que coloca em evidência o fato e, conseqüentemente, os elementos do caso concreto. Do ponto de vista do direito processual, Michele Taruffo sustenta, inclusive, que o problema central do processo e da prova é determinar a ver-

dade dos fatos (2011, p. 21-87). A relevância dos fatos para o direito não se restringe ao âmbito do direito processual, embora seja no processo que emerge o caráter exemplar da hermenêutica em face do caso; a orientação da normatividade para o fático e a complexidade do caso implica assimilar uma compreensão do caráter fenomenológico do direito, em que o sentido da lei precisa alcançar a dinâmica da linguagem e dos usos das várias possibilidades de formas de vida. De certo modo, admitir a orientação da normatividade para os fatos remete de volta ao pensamento de H.L.A. Hart dado que, conforme assevera John Finnis, nele se define a importância do sentido interno da ação, no contexto da vida social (2012, p. 29-58). Assumir a dimensão do fático na constituição da normatividade do direito exige dos operadores jurídicos uma compreensão dos desdobramentos materiais da vida da pessoa em sociedade; operar sob a racionalidade argumentativa e com a normatividade dos princípios demanda entender, acima de tudo, o modo como se articula a vida da pessoa em sociedade; veja-se, por exemplo, o direito do consumo e seus desdobramento nas práticas de mercado em termos de acesso a bens; o direito de indenização e as dinâmicas de risco da sociedade tecnológica, que envolve um alcance mais complexo do estabelecimento de nexos de causalidade; o direito das famílias e as várias formas de convivência e de afeto entre as pessoas; a ampliação de formas de punição no direito penal e o consequente aumento de prisões como resposta aos conflitos na vida social; o direito do trabalho e a redução de formas de empregabilidade formal. O alcance da funda-

mentação das decisões judiciais dependerá do modo como os operadores do direito consigam recolher na complexidade linguística das formas de vida os elementos determinantes do fato capaz de constituir direitos e titularidades. Mas essa compreensão não se dá de forma apriorística; ela é fruto de uma prática, que não se reduz à técnica; trata-se de uma prática de compartilhamento do sentido e da linguagem dos modos de vida.

De forma sintética, como se observa, o problema da fundamentação das decisões judiciais tem uma dimensão jurídica, regulada desde a Constituição da República (art. 93, inc. IX), e agora detalhada no CPC de 2015, mas tem também uma dimensão atrelada à construção da socialidade na medida em que, neste último caso, diz respeito a uma compreensão das formas de vida e o modo como nelas se articulam os sentidos que abrem espaço para a titularização de direitos. Da compreensão dessas formas de vida e dos seus desdobramentos materiais dependerá a elaboração de argumentos e a construção da normatividade de regras e princípios.

5. Conclusões

A reflexão levada a efeito procurou analisar as relações entre normatividade dos princípios, racionalidade argumentativa e os desdobramentos da socialidade no Brasil, com o propósito de estabelecer os fundamentos de uma prática de fundamentação das decisões judiciais.

T.W. Adorno afirmava que não existe prática sem mediação teórica. Logo, para desenvolver uma ação no mundo é necessário antes elaborar uma construção teórica. Nesse sentido, a análise conduziu a uma síntese conclusiva incontornável: o alcance da fundamentação das decisões judiciais depende de uma prática que envolve a compreensão dos fatos, no contexto das formas de vida constituintes da dinâmica de evolução social.

Aceita essa premissa, em termos de conclusões, é necessário indicar os obstáculos que emergem e que podem comprometer uma correta compreensão dos fatos que conferem sentido à normatividade e à tutela de direitos. O primeiro obstáculo que emerge da análise decorre dos limites da virada linguística implicada no Brasil com uma dinâmica social e econômica de avanços e de retrocessos, em que se manifestam formas de judicialização da vida e da política, mediadas por concepções idealistas e abstratas da normatividade dos princípios, com os consequentes bloqueios para a democracia e para a ampliação de direitos. O segundo obstáculo reside nos limites da racionalidade argumentativa enredada em um principialismo que multiplica critérios de ponderação e de proporcionalidade, de que resultam soluções contraditórias, de pouca efetividade, em face das dificuldades de consensos mínimos para além das práticas ditadas pelos mercados e pela globalização econômica.

Em um sentido prático, a contribuição que resulta da análise pode ser resumida no seguinte: não se tra-

ta de aprender uma técnica ou de elaborar um modelo de fundamentação das decisões judiciais, que permita apontar aquelas que são desfundamentadas e exigem correção na via dos recursos; somente o contexto do caso e a solução articulada podem indicar os limites da fundamentação. Mas a vida é curta demais para aprender caso a caso; se trata então de compreender a articulação dos elementos jurídicos e sociais dos fundamentos da fundamentação das decisões judiciais. Por meio dessa compreensão pode se tornar mais fácil para advogados, promotores e juízes cooperarem no processo, no interesse da pessoa e da democracia, de modo a construir a fundamentação das decisões judiciais que esteja verdadeiramente comprometida com um direito à justificação, capaz de, ao mesmo tempo, questionar o exercício do poder e evitar a submissão à violência, com mais urgência nestes tempos sombrios de intolerância, de desrespeito e de instrumentalização do outro.

Referências bibliográficas

ALWIM, Teresa Arruda. **Embargos de declaração** – como se motiva uma decisão judicial? 4.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BARCELLONA, Mario. **Critica del nichilismo giuridico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2006.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

CANO, Roberto M. Jiménez. **Una metateoría del positivismo jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

CIARAMELLI, Fábio. **Consenso sociale e legittimazione giuridica** – lezione di filosofia del diritto. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013.

DIDIER JR. Fredie; PEIXOTO, Ravi. O art. 489, § 1.º do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ. **Revista jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Ano 3, n.º 1, maio de 2018, p. 85-97.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3.ª ed. 2.ª tiragem. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Editora Noeses, 2014.

FINNIS, John. Sobre los caminos de Hart: el derecho como razón y como hecho. In KRAMER, GRANT, COLBURN, HATZISTAVROU (Comp.). **El legado de H.L.A. Hart**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 29-58.

FORST, Rainer. **Justificación y crítica** – perspectivas de una teoría crítica de la política. Buenos Aires, Katz Editores, 2015.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013.

GOMBRICH, E.H. **Arte e ilusão** – um estudo da psicologia da representação pictórica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

HART, H.L.A. **O Conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

KUHN, S. Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 9.^a ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial** – fundamentos de direito. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia** – Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo Código de Processo Civil e os precedentes vinculares. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro. Pós-graduação em direito da UERJ, vol. 16, julho-dezembro de 2015, p. 2-28.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. O alcance da fundamentação da decisão judicial

na relação entre fatos e normas segundo o inciso I do § 1.º do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil. In VASCONCELOS, Fernando Adreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.) **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 203-232.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição.** São Paulo: Editora Atlas, 2013.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** 4.^a ed. Barcelona: Editorial Trotta S.A., 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones filosóficas.** Barcelona: Editorial Crítica, 2008.

ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación.** Navarra: Editorial Aranzadi, 2004.

REGIME JURÍDICO E LEGITIMIDADE PASSIVA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Silvio Guidi

Advogado, mestre em direito administrativo pela PUC-SP

Resumo: O presente artigo se volta a apresentar o regime jurídico ao qual a prestação de serviços públicos de submete, bem como a diferenciação desse regime em relação ao dos serviços de saúde prestados pelo terceiro setor e fomentados pelo Estado. Tal apresentação tem como objetivo nortear a estruturação do polo passivo das ações de responsabilidade civil que objetivam a indenização por danos causados quando da prestação desses serviços de saúde.

Palavras-chave: serviço de saúde – prestação pública – prestação pelo terceiro setor – defeito na prestação – dano – ação - responsabilidade civil – formação – polo passivo

1. Introdução

Não se engane, esse não é um artigo sobre processo civil. Isso significa que haverá, daqui em diante, um texto que apresentará as várias formas de prestação de serviços públicos de saúde e o respectivo regime jurídico que sobre elas incide. E será a partir dessa identificação que o texto indicará quem pode ou não compor o polo passivo de uma ação judicial civil que pretenda a reparação por danos causados quando da prestação de serviços de saúde (ação de responsabilidade civil). Ou seja, para compreender como o polo passivo da ação pode ser formado, a identificação do regime jurídico incidente sobre a relação prestacional é tão importante quanto à identificação de quem causou o dano.

A finalidade do texto não é só acadêmica (hipotética). O texto irá apresentar qual o posicionamento atual e predominante do Judiciário sobre a legitimidade passiva de prestadores de serviços de saúde nas ações de responsabilidade civil. O fim por trás dessa análise é o de verificar se: (i) o posicionamento judicial está consolidado; (ii) o comportamento do Judiciário é coerente com o regime jurídico incidente sobre as relações prestacionais de serviços de saúde.

2. Brevíssimas noções essenciais sobre a responsabilidade civil do Estado

O avanço no pensamento desse artigo exige a apresentação de algumas premissas, ainda que de forma breve e resumida. A primeira dessas premissas é a noção de

responsabilidade civil do Estado, que será apresentada a partir de um rápido contexto evolutivo.

Sabe-se que a formação do Estado não coincidiu com sua responsabilização por danos derivados das ações ou omissões que ele ou seus agentes cometiam. Os primeiros passos daquilo que poderia se chamar de Estado conviveram com a teoria da não responsabilidade estatal. Confirmada por algumas máximas como “the king can do no wrong”, essa teoria afastava do Estado qualquer dever de indenizar e, por consequência, o direito de ser indenizado, ainda que flagrantemente tivesse agido o Estado de forma comissiva ou omissiva e, dessa maneira, tivesse causado dano a terceiro.

Com a evolução do Estado, que avança para o modelo de estado de direito, ainda que numa formatação liberal, passa-se a admitir a responsabilidade estatal por meio da teoria do “faute du service”. Trata-se de admitir a responsabilização do Estado toda vez que este: não agir, agir de forma insuficiente ou com atraso. Sob a perspectiva do pensamento atual, tal formatação de responsabilidade carrega a noção subjetiva, já que impõe a necessidade de demonstração de culpa do Estado, como elemento essencial à responsabilização.

Após outros passos evolutivos, em que a sociedade caminha de um estado de direito liberal para um modelo de estado democrático de direito, surge uma modificação na teoria da responsabilização civil estatal, vindo a prevalecer a

formatação objetiva de responsabilidade. A principal marca dessa forma de responsabilização civil é o afastamento da necessidade do elemento culpa para a demonstração da responsabilidade. Assim, o dever estatal de indenizar os danos derivados de suas ações ou omissões ilícitas¹ é encontrado por meio da demonstração: (i) da existência do dano; (ii) da existência do ato ilícito praticado pelo Estado (comissivo ou omissivo); (iii) do nexo de causalidade entre ambos.

No Brasil, a teoria da responsabilização objetiva do Estado, em razão de ato ilícito, é encontrada por meio de interpretação da própria CF (artigo, 37, §6º).

3. A evolução da prestação de serviços públicos de saúde

A segunda premissa desse artigo é encontrada na evolução da prestação dos serviços públicos de saúde no Brasil. Em boa medida, essa prestação seguiu a evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado. Não que haja uma coerência lógica ou proposital nesse compasso. No entanto, é possível constatar o seguinte: ao passo em que o regime jurídico pátrio intensifica a relação entre cidadão e Estado, no que concerne a prestação de serviços de saúde, também caminha de forma a objetivar a forma de apuração

1 Os danos causados por ações lícitas do Estado também podem ser objeto de responsabilização. O tema, que não será abordado nesse trabalho pode ser estudado e aprofundado *in*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. São Paulo. Malheiros, 2016, p.1027 e seguintes.

da responsabilidade do Estado pelos danos causados aos cidadãos em decorrência de suas ações omissivas e comissivas quando do exercício da atividade pública.

Tal como ocorreu em um número significativo de Estados, a prestação de serviços de saúde passou a ser inserida como objeto do direito positivo a partir da construção do Estado Providência.² A contar desse fato social, pelo qual o Estado passou a se preocupar com a existência digna do cidadão, iniciou-se a inserção de normas jurídicas voltadas a impor à Administração o dever de prestar serviços de saúde aos cidadãos. No Brasil, a primeira atuação estatal voltada à saúde pública surge com a Lei Eloy Chaves,³ que, junto a outras normas que a sucederam, regulamentou as “Caixas de Assistência e Pensão (CAPs) criadas por grupos específicos de trabalhadores de determinadas empresas, sob a forma de seguro social, adotado no resto do mundo à época”.⁴ Com o avanço do tempo, surgiram Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), os quais passaram a agregar categorias profissionais como um todo, ao invés de funcionários de determinada empresa. Esses institutos foram unificados em 1966, por meio do Decreto n. 72 e incorporados ao Instituto

2 Sobre a evolução dos modelos de estado, sugere-se a consulta de: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. Parecer sobre concessão de serviço público. Natureza jurídica da remuneração paga pelos usuários. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

3 Que nada verdade é o Decreto n.4.682/1923.

4 MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.90.

Nacional de Previdência Social (INPS). Até aqui, a atuação estatal na prestação de serviços públicos de saúde era praticamente inexistente, cuidando o Estado de estimular tal prestação no ambiente privado.

Em 1975, é criado o Sistema Nacional de Saúde, por meio da Lei n. 6.229. É o primeiro momento em que se registra a preocupação do legislador com a saúde coletiva e da população, independentemente de vínculos laborais ou profissionais. São assumidos compromissos genéricos e programáticos, como a elaboração de planos de combate a epidemias e de prestação de serviços de saúde às pessoas. Mas é somente com a promulgação da CF que o direito à saúde é reconhecido como um direito social do cidadão (art. 6º). A viabilização do exercício desse direito,⁵ também de acordo com a CF (art. 196), passa a ser obrigação do Estado. Tal obrigação deve ser concretizada (art. 198 da CF) por meio de ações (atividades não prestacionais) e serviços (atividades prestacionais) públicos.

E é também na CF que surge, já se disse, a formatação da apuração objetiva da responsabilidade civil do Estado. Conectada com as obrigações de garantir o exercício do direito à saúde⁶ está a obrigação de reparar o dano derivado de ações ou serviços.

5 Para saber mais sobre a diferença entre atividades e serviços, consulte: FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

6 Diz-se garantir o direito ao exercício, porque se o cidadão não quiser exercê-lo, serão raras as hipóteses em pode ser obrigado.

4. As formas de prestação de serviços públicos de saúde

É certo que é plenamente possível o Estado ser responsabilizado por atividades não prestacionais voltadas à garantia do exercício do direito à saúde (ações de saúde), como por exemplo as ações de vigilância sanitária no controle de insumos farmacêuticos que podem ser comercializados no país. Entretanto, o presente artigo irá se dedicar à análise de responsabilidade pela prestação de serviços públicos de saúde. Isso porque, enseja maior número de dúvida, pois se trata de atividade prestacional, cuja delegação ao privado é possível, à luz do artigo 175 da CF. Daí que a complexidade para identificação de quem pode ou não compor o polo passivo de ações judiciais pela responsabilidade civil estatal é muito maior quando se está a falar em prestação de serviços públicos. É que, nessas hipóteses, é possível identificar uma pluralidade de sujeitos na cadeia ativa prestacional (públicos e privados), o que não ocorre nas ações públicas não prestacionais, pois indelegáveis. Ou seja, para a finalidade prática, o operador do direito irá se deparar, na maioria das vezes, com danos derivados da atividade pública prestacional dos serviços de saúde do Estado.

Feito esse recorte, é interessante observar que as normas que disciplinam a prestação de serviços de saúde no direito positivo brasileiro estão no topo da cadeia hierárquica. O conteúdo constitucional já traz uma série de normas que permite desenhar, com um bom grau de precisão, o ambiente da prestação dos serviços públicos de saúde. Há

aquela prestação de serviços de competência estatal, que se volta ao dever do Estado em atender ao direito social de saúde dos cidadãos. Essa atividade pode ser realizada direta ou indiretamente (inclusive por meio de particulares), mas sempre dirá respeito à competência estatal de garantir a saúde da população. Há outra espécie de prestação de serviços de saúde, que não se volta à garantia social do direito à saúde, mas sim à exploração privada. Ou seja, a CF (artigo 199)⁷ cria outro ambiente de prestação de serviços de saúde, mediante exploração privada, a serem disponibilizados à população.

Aqui já se revela o primeiro cuidado necessário quando da aplicação ou da interpretação das normas que regulam a prestação de serviços de saúde. É fundamental localizar se se está diante do regime de direito público ou privado. Um tem essência de função pública para atender ao direito social; outro é embasado na livre iniciativa de atividade econômica e, apesar de ter como escopo o atendimento à saúde do indivíduo, não diz respeito ao atendimento do direito social. O regime jurídico constitucional fornece, portanto, ambientes normativos distintos para a solução de demandas envolvendo a prestação de serviços de saúde. Fundamental, ainda, não confundir a hipótese em que o privado faz as vezes do Estado na prestação de serviços públicos de saúde com aquele que presta saúde na formatação privada.

7 Artigo 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Com base no conteúdo constitucional, é possível estabelecer duas formas distintas de prestação de serviços: a pública e a privada. Ocorre que a própria CF permite a participação privada, *complementar* à pública, como instrumento de auxílio na consecução do dever estatal de garantir o direito dos cidadãos à saúde (§1º do artigo 199). Assim, há: (I) a saúde pública, executada diretamente pelo Estado e voltada a garantir o direito do cidadão à saúde; (II) a saúde pública complementar, executada por particular em nome do Estado, e também voltada a garantir o direito do cidadão à saúde; (III) a saúde privada, executada por particular com o fim de prestar a atividade com ou sem finalidade econômica.

No âmbito da prestação pública complementar, é possível que o Estado delegue a titularidade da prestação dos serviços públicos. Tal autorização se dá, já se disse, pela própria norma constitucional (art. 175), que permite que a delegação ocorra pela via da concessão ou da permissão.⁸ Ainda de acordo com CF (novamente pelo *caput* do art. 199), é possível identificar que as condições que objetivam permitir ou conceder a prestação de serviços públicos de saúde ao privado pode ser instrumentalizadas por meio do contrato (nas hipóteses em que visar a auferir lucro pela prestação) ou do convênio (nas hipóteses em

8 Saiba mais sobre as diferenças entre concessões e permissão consultando a Lei nº 8.987/95. Doutrina relevante sobre o tema pode ser encontrada *in*: DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.134.

que não visar a auferir lucro pela prestação).⁹ Assim, o privado poderá ser titular da prestação de serviços públicos de saúde, mediante delegação, viabilizada por meio de concessão ou de permissão e instrumentalizada por meio de contrato ou convênio.

5. Compreendendo a natureza jurídica da prestação de serviços de saúde pelo terceiro setor

A terceira e última premissa desse artigo é a identificação da atuação do terceiro setor, quando presta serviços de saúde. Vive-se hoje, no ambiente jurídico e político da saúde, uma forte tendência ao fomento, o qual pode ser definido como a “ação da Administração com vistas a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos”.¹⁰ Ao fomentar essas atividades, como a prestação de serviços de saúde gratuitos, o Estado acaba satisfazendo o interesse público por via alternativa. É que, incentivando essa forma de prestação, a demanda pelo serviço público de saúde diminui. Assim, a concentração de esforços públicos acaba sendo mais eficiente para a boa prestação do serviço público.

9 Para saber mais sobre diferenças e peculiaridade de contratos e convênios, sugere-se a seguinte leitura: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: RT, 2014, p.467 e seguintes.

10 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.24.

Mas, o que é importante desde logo deixar claro, é que o fomento a serviços privados e gratuitos de saúde não se confunde com a atuação complementar da iniciativa privada na saúde pública. Apesar disso, tal fomento pode ser decisivo para o bom desempenho dos serviços públicos de saúde.

Terceiro setor e fomento são temas muito presentes na agenda jurídica. Estão situadas no terceiro setor aquelas entidades que não visam ao lucro e realizam atividades que promovam a evolução da sociedade. No jargão popular, essas instituições ficaram conhecidas como *organizações não governamentais* (ONGs). Trata-se de uma descrição bastante ampla, o que demonstra que o terceiro setor abrange um “vasto campo não uniforme na realidade”.¹¹

As ONGs revelam a preocupação de certos setores da sociedade com o bem-estar social. É que, por mais entusiasmada que seja a promessa de que o Estado será o grande provedor da sociedade, verdade é que a mão estatal não consegue atender a todas as necessidades individuais e coletivas. Nesse ambiente, começa uma mobilização social altruísta, voltada a suprir essa lacuna.¹² Assim, por exemplo, se não há acesso à saúde, a sociedade se mobiliza e cria uma pessoa

11 LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: RT, 2014, p.78.

12 Para Leonardo, não há dúvidas “de que o desenvolvimento desse espaço de atuação denominado terceiro setor, por maiores críticas que a expressão possa merecer, tem efetiva ligação com uma recomposição da relação entre o público e o privado após a retração do âmbito de atuação estatal na crise do Welfare State”. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: RT, 2014, p.79).

jurídica que adquire materiais hospitalares e contrata médicos para assistir àqueles que, por inúmeras razões, não conseguem acessar serviços médico-hospitalares. Essa organização (que ultrapassa os limites do mero voluntariado, pois parte da criação de uma pessoa jurídica voltada à assistência ou ao desenvolvimento, formalizando as ações altruísticas) é deveras interessante ao Estado, que passa a contar com parceiros importantes para cumprir suas missões. Por essa razão, o Estado deixa de ser mero expectador desses movimentos sociais, passando a estimulá-los.

Certamente, no Brasil, o fomento ao terceiro setor não é capaz de isentar o Estado de realizar atividades que a própria CF alocou em sua esfera de competência. Assim, enquanto viger o regime jurídico atual, o Estado continuará como o único sujeito sobre o qual recai o dever de garantir o exercício do direito à saúde do cidadão. Entretanto, parece evidente que, quão mais pessoas e organizações sociais se dispuserem a oferecer à comunidade serviços de saúde suficientes, menor será a atuação estatal em favor da garantia do direito à saúde do indivíduo. Diante dessa constatação, natural que o Estado passe a fomentar o terceiro setor.

Há várias maneiras de o Estado fomentar atividades do terceiro setor. Na saúde, são comuns as seguintes formas: (i) o fomento econômico, que ocorre “mediante determinadas vantagens patrimoniais que são outorgadas em favor daquelas pessoas ou entidades que cumprem ou

se propõe a prestar”¹³; (ii) o fomento por meios reais, que consiste na “prestação ou dação de coisas ou serviços da Administração aos particulares, sem encargos para estes”,¹⁴ a bem de facilitar a atividade social do privado e; (iii) o fomento realizado por meio de “isenções e imunidades tributárias, redução de alíquotas, remissão, anistia, diferimento e fixação de prazos excepcionais para recolhimento de tributos”¹⁵. Por meio dessa tríade de incentivos, entidades do terceiro setor recebem verba e bens estatais (móveis e imóveis) para prestar serviços de saúde, além da imunidade tributária.

A análise acerca da pertinência do fomento reflete-se na Lei n.4.320/1964 (art. 16). Por meio dela, a concessão de subvenções “visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica”. Ou seja, reconhece a norma que o fomento implica a perda orçamentária. Entretanto, o ganho supera esse déficit, seja de forma indireta, com um incremento no ambiente social, seja de forma direta (porque se fosse o Estado quem tivesse de promover a ação fomentada, o gasto seria maior).

13 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.36.

14 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.37.

15 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.37.

Dito tudo isso, é preciso compreender que, quando se fala em atividade do terceiro setor fomentada, está-se no ambiente de atividades privadas, ainda que fortemente estimuladas e reguladas pelo Estado. Portanto, no que diz respeito à prestação de serviços de saúde, essas atividades estão fora do ambiente dos serviços públicos, ainda que sua execução auxilie enormemente a atividade pública.

Por isso, quando, por exemplo, a Lei das Organizações Sociais n. 9.637/1998 anota que as entidades qualificadas como organizações sociais firmarão contratos de gestão com a Administração Pública “com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades”,¹⁶ não se pode compreender esse ajuste como vinculado à saúde pública complementar, mas sim, como um contrato de fomento. O mesmo se pode dizer da Lei n. 9.790/1999 (Lei das OSCIPs), segundo a qual o termo de parceria deve ser “assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público.”¹⁷

Por tudo isso, e ao que interessa ao presente artigo, nas hipóteses em que houver dano derivado de serviços de

16 Artigo 5º da Lei n.9.637/1998.

17 Conteúdo do artigo 9º da Lei n.9.790/1999.

saúde prestados por entidades do terceiro setor, cuja prestação é incentivada por contrato de fomento, não há de se falar em responsabilidade do Estado, tampouco em aplicação da teoria da responsabilidade civil do Estado. Em razão disso, não se encontra no regime jurídico norma que admita a reponsabilidade, solidária ou subsidiária, do Estado, quando proposta ação judicial que objetive a reparação de dano em decorrência da prestação de serviços de saúde. Ainda, não se identifica no regime jurídico a proibição de ajuizamento de ação em desfavor do agente causador do dano, em vista da inexistência de atividade pública.

6. Uma conclusão parcial sobre a legitimidade para composição do polo passivo nas ações judiciais de responsabilidade por danos derivados da prestação de serviços de saúde

Apresentadas essas três premissas, é possível avançar no tema, enfrentando o conteúdo do §6º do artigo 37 da CF, já com enfoque na prestação de serviços públicos de saúde. A redação da norma constitucional é a seguinte: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A interpretação da norma, dentro do enfoque proposto, pode ser a seguinte:

O Estado, quando prestar diretamente serviços públicos de saúde, responderá pelos danos que, por seus agentes, causar; o privado, prestador de serviços públicos de saúde, também responderá pelos danos causados por seus agentes. A norma deixa claro que, se o dano for causado por prestadores privados de serviços públicos, o Estado não irá ser responsabilizado. E isso faz todo o sentido, pois, com a delegação, há a transferência da titularidade da prestação do serviço público.¹⁸ Além disso tudo, a norma constitucional orienta que é o Estado quem responde pelos danos causados por seus agentes, o que significa que a responsabilização pessoal do agente público só pode ocorrer em ação de regresso, movida pelo Estado em seu desfavor, sendo sempre necessária a comprovação de culpa (em sentido amplo). A última conclusão parcial, vinculada ao terceiro setor, é que, como tais serviços não são públicos, não poderá o Estado responder por danos causados quando dessa prestação.

Com base na interpretação acima, a composição do polo passivo de uma ação judicial de responsabilidade civil, movida por cidadão que buscou a prestação de serviços públicos de saúde e sofreu dano derivado dessa atividade

18 Valiosa é a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “se deve confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação do serviço. Uma e outra são realidades jurídicas visceralmente distintas”. *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. São Paulo. Malheiros, 2016, p.709. Para compreender tal diferenciação, recomenda-se a seguinte leitura: MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13.ed. São Paulo: RT, 2009, p.369-370.

pode ser a seguinte: (i) se a prestação do serviço se deu diretamente por um ente estatal (União, estados, Distrito Federal ou municípios), a ação deve ser movida contra esse ente; (ii) se a prestação do serviço se deu indiretamente pelo Estado, por entidade pública descentralizada, cuja titularidade da prestação se transferiu (autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista), o polo passivo será composto somente por essa entidade; (iii) se a prestação se deu de forma indireta pelo Estado, por meio de pessoa jurídica de direito privado, permissionária ou concessionária de serviço público (entidades privadas com ou sem finalidade lucrativa), a ação será movida contra essa pessoa jurídica.

Duas observações ainda restam: (i) o agente público causador do dano não irá compor o polo passivo da ação; (ii) os prestadores de serviços de saúde não públicos, mas gratuitos, cuja atuação é fomentada pelo Estado, não respondem civilmente pelos danos cometidos com base no §6º do art. 37 da CF, mas sim como base na responsabilização civil (arts. 186, 187, 927 e seguintes do Código Civil).

7. A perspectiva do Poder Judiciário sobre a legitimidade para formação do polo passivo nas ações judiciais de responsabilidade por danos derivados da prestação de serviços de saúde

A conclusão parcial do item acima buscou ser somente coerente. Trata-se de interpretação semântica da norma.

Nada impede que outro intérprete chegue à conclusão diversa, desde que também coerente. Mas a pragmática do direito não pode ser inocente a ponto de sustentar teses com premissas meramente interpretativas, ainda que embasadas na melhor doutrina (especialmente aquela interpretação vocalizada pelo advogado da parte em ação judicial). A prática jurídica impescinde da análise do comportamento jurisprudencial, de forma a estimar (com maior ou menor grau de precisão, mas nunca com certeza), se a pretensão a ser deduzida em juízo (embasada na interpretação da norma) será julgada procedente.

Dito isso tudo, vem, a pergunta: como o Poder Judiciário vem aplicando a norma do §6º do art. 37 da CF? A busca por essa resposta decorrerá de outras três perguntas adiante apresentadas.

7.1 Qual a posição do Judiciário sobre a composição do polo passivo nos danos causados por delegatário (permissionário ou concessionário) de serviços públicos de saúde?

A posição jurisprudencial sobre esse assunto é antiga. Em 2003, o STJ firmou entendimento pelo qual o delegatário “ainda que exerça atividade concedida pelo Estado, responde em nome próprio pelos seus atos, devendo reparar os danos ou lesões causadas a terceiros”.¹⁹

19 QO no REsp 287.599/TO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/09/2002, DJ 09/06/2003, p. 165.

Certamente, pode-se aventar a responsabilidade subsidiária do Estado, mormente nas hipóteses de falência do delegatário. Também nesse sentido se manifestou o STJ.²⁰ Mas, adverte a Corte, que tal responsabilidade só “tem início no momento em que se configurou a responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, *in casu*, a falência da empresa concessionária”.²¹ Ou seja, em termos práticos, pela orientação do STJ, uma ação judicial de responsabilidade civil somente poderia ser ajuizada em desfavor do delegatário e do Estado, na hipótese daquele não deter, comprovadamente, condições econômicas de indenizar. Ausente tal condição a ação deve ser proposta exclusivamente em desfavor do delegatário.

7.2 É possível que o polo passivo da ação judicial seja composto exclusivamente pelo agente público causador do dano? É possível haver litisconsórcio passivo entre o Estado (ou o delegatário) e o agente público causador do dano?

Esse questionamento ganha contornos especiais nas ações de responsabilidade civil por dano causado na prestação de serviços de saúde. É que, nesses casos, o cidadão que sofre dano (ou mesmo sua família, na hipótese de óbito) tem uma tendência revanchista, praticamente vingativa. Ou seja, afligir aquele que lhe casou dano e tão ou mais

20 REsp 1135927/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 19/08/2010.

21 *Idem*.

importante do que a reparação financeira. Em razão disso, muitos dos pacientes ou familiares desejam, antes da condenação do Estado, a do profissional da saúde.

A busca pela responsabilidade direta de agente público (também conhecida como responsabilidade *per saltum*) já foi tema de enfrentamento no STF. No julgamento do RE 327904,²² a Suprema Corte compreendeu que o conteúdo constitucional do §6º do art. 37 revela uma dupla garantia “uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular”. Dessa forma, pela compreensão do STF, há um direito do agente público de, no exercício de sua função pública, não sofrer ações judiciais de pessoas que sofreram danos derivados dessa atividade pública. Ou seja, nas palavras do acórdão, pelos danos derivados do exercício da função, o agente público não responde “como uma pessoa comum”.

Já segundo o STJ, “a presença do agente público no polo passivo da lide induz a formação de litisconsórcio meramente facultativo (art. 46 do CPC), sendo, por isso, lícito

22 RE 327904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78.

ao juiz, por critérios de economia e celeridade processuais, determinar a exclusão daquele preposto da relação processual, sem qualquer prejuízo para o ente público, que continua detendo ação de regresso”.²³ Essa posição do STJ pode deixar certa margem de dúvida, na medida em que, sendo o litisconsórcio facultativo, poderia aquele que sofreu o dano ingressar com ação somente contra o Estado, mas também somente contra o agente causador do dano. Essa dúvida, entretanto, parece vir sanada por outro julgado do STJ,²⁴

23 REsp 1215569/AL, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014.

24 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PLEITO DE DANOS MORAIS. INDEPENDÊNCIA DAS AÇÕES PROPOSTAS CONTRA O ENTE OU ENTIDADE PÚBLICA E A AÇÃO DE REGRESSO. INTERESSE PROCESSUAL QUE SE MANTÉM MESMO QUANDO AFASTADA EVENTUAL RESPONSABILIDADE DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO. RETORNO DOS AUTOS QUE SE IMPÕE PARA JULGAMENTO DA AÇÃO CONTRA O CONSELHO PROFISSIONAL, QUE RESPONDE OBJETIVAMENTE POR SEUS ATOS. 1. Ação de indenização por danos morais em razão de conduta de médico que divulgou informações sigilosas de procedimento administrativo em tramitação no Conselho Profissional ao qual encontrava-se inscrito, a qual restou julgada improcedente, ensejando a extinção, pelo juízo a quo, de outra ação proposta diretamente contra a citada autarquia, por perda de objeto, sob a seguinte fundamentação: “a responsabilidade imputada ao réu decorre exclusivamente da alegada conduta culposa do médico Antônio Carlos Bastos Gomes, de modo que, tendo sido julgada improcedente a ação contra este, não há como condenar o Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul; (...) o réu CREMERS não pode ser condenado no presente feito porque, tendo sido absolvido o médico, a quem o autor imputou os fatos pelos quais responsabiliza o CREMERS, ficaria inviabilizada a ação regressiva contra o causador direto dos alegados danos.” (fls. 312) 2. A propositura de ação de responsabilidade civil aforada pelo particular contra o autor do fato causador do dano não afasta o direito à ação para demandar contra o ente público, que responde objetivamente pelos danos causados a terceiros. 3.

que manifestamente se vale do precedente do STF acima

A responsabilidade civil do Estado objetiva nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, não se confunde com a responsabilidade subjetiva dos seus agentes, perquirida em ação regressiva ou em ação autônoma. 4. Extrai-se da Constituição Federal de 1988 a distinção entre a possibilidade de imputação da responsabilidade civil, de forma direta e imediata, à pessoa física do agente estatal, pelo suposto prejuízo a terceiro, e o direito concedido ao ente público de ressarcir-se, mediante ação de regresso, perante o servidor autor de ato lesivo a outrem, nos casos de dolo ou de culpa. 5. Consecutivamente, essas ações não geram coisa julgada prejudicial, umas em relação às outras, e a fortiori, não autorizam a extinção terminativa dos feitos. 6. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no seguinte sentido, verbis: No tocante à ação regressiva, asseverou-se a distinção entre a possibilidade de imputação da responsabilidade civil, de forma direta e imediata, à pessoa física do agente estatal, pelo suposto prejuízo a terceiro, e entre o direito concedido ao ente público, ou a quem lhe faça as vezes, de ressarcir-se perante o servidor praticante de ato lesivo a outrem, nos casos de dolo ou de culpa. Em face disso, entendeu-se que, se eventual prejuízo ocorresse por força de agir tipicamente funcional, não haveria como se extrair do citado dispositivo constitucional a responsabilidade per saltum da pessoa natural do agente. Essa, se cabível, abrangeria apenas o ressarcimento ao erário, em sede de ação regressiva, depois de provada a culpa ou o dolo do servidor público. Assim, concluiu-se que o mencionado art. 37, § 6º, da CF, consagra dupla garantia: uma em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; [...] A Min. Cármen Lúcia acompanhou com reservas a fundamentação. (RE 327904/SP, rel. Min. Carlos Britto, 15.8.2006 - RE-327904 - Informativo 436) 7. A marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva (...)), sendo certo que a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, *latu sensu*; c) nexu causal: também denominado nexu de causalidade entre o fato administrativo e o dano, consecutivamente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido

citado (RE 327904) para garantir o direito de ação contra o Estado, ainda que o mérito de ação tenha sido julgado improcedente em processo anterior, movido em desfavor do agente público.

Assim, o posicionamento das cortes superiores é também no sentido de que a ação judicial de responsabilidade civil por danos causados na prestação de serviços públicos deve ser movida em desfavor do Estado ou de quem lhe faça as vezes, não sendo possível ação autônoma contra o agente público, tampouco litisconsórcio entre o agente e o Estado.

adveio da conduta estatal, sendo despidendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa. (José dos Santos Carvalho Filho, in Manual de Direito Administrativo, 12ª Edição, 2005, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, páginas 497-498) 8. In casu, prospera o entendimento exposto no voto divergente da apelação, que prevaleceu na Corte de origem ao dar provimento ao apelo do autor, in verbis: "(...) Cabe ao ente público avaliar a oportunidade, a pertinência da ação de regresso. O funcionário não responde diretamente ao particular, pois não pratica ato pessoal, mas sim como agente da Administração. Em outra hipótese, o lesado, como cidadão, pode até desejar que o funcionário culpado efetue o ressarcimento à União pelo dano indenizado por esta. No entanto, isso não afasta a necessidade de demandar contra o ente público e se assim desejar, incluindo o funcionário mediante causa de pedir específica. O que houve no caso em tela, foi um erro da ação aforada pelo particular contra o Conselheiro do Conselho Regional de Medicina, enquanto pessoa física. Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento à apelação para determinar a remessa dos autos ao juízo a quo para que após a instrução do feito profira outra sentença." 9. Recurso Especial desprovido, divergindo do Relator porque as ações de indenização principal e a de regresso possuem objetivos distintos, sendo independentes entre si, razão pela qual mantenho incólume a ordem de realização de novo julgamento, determinando-se o retorno dos autos à instância a quo, consoante explicitado no voto da apelação supratranscrita. (REsp 976.730/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 04/09/2008).

7.3 Em ações de responsabilidade civil, os tribunais afastam a teoria da responsabilidade objetiva do Estado nas hipóteses de prestação de serviços públicos pelo terceiro setor?

A pesquisa jurisprudencial feita para esse trabalho não encontrou posicionamento das cortes superiores sobre o tema, o que revela que a matéria ainda deve ser objeto de amadurecimento e consolidação. Já no âmbito das cortes estaduais, foram encontrados precedentes interessantes, que mantêm a aplicação da teoria da responsabilidade do Estado, mesmo quando o serviço de saúde é prestado por entidade do terceiro setor.

No voto 8071,²⁵ o TJSP entendeu que “a celebração de convênio com Organização Social para administração de hospital público do Estado e prestação de serviço de saúde, por meio do sistema único de saúde – SUS, não afasta a responsabilidade do titular do serviço público pelo serviço prestado pelo conveniado”. Segue o acórdão anotando que, ainda que as cláusulas contratuais transfiram a responsabilidade à entidade do terceiro setor para a prestação dos serviços, tal dispositivo “não possui o condão de afastar a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros, sobretudo porque a ele incumbe a obrigação de zelar pela qualidade da prestação de serviço

25 TJ-SP-APL:00441745320068260562SP0044174-53.2006.8.26.0562, Relator: Marcelo Berthe, Data de Julgamento: 09/11/2015, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/11/2015.

público confiada às organizações sociais”.²⁶

A compreensão do precedente paulista permite concluir que o TJSP não só entende que a prestação de serviços de saúde por entidade do terceiro setor se configura como prestação de serviço público (indo de encontro com à interpretação feita no item 5 desse artigo), mas também que o Estado é legítimo para figurar no polo passivo da ação, conjuntamente com o prestador do serviço (o que parece colidir com os precedentes do STJ apresentados no item 7.1). A justificativa para tal interpretação é a de que o Estado segue como titular da prestação do serviço pública (não somente titular do serviço), ainda que a prestação seja feita por terceiro, eleito pelo próprio Estado. Ademais, compreende a Corte paulista que o dever de fiscalizar a prestação do serviço executada por entidade do terceiro setor legitima o Estado a figurar no polo passivo da ação de responsabilidade civil por dano na prestação de serviços de saúde.

O TJRJ já se posicionou sobre tema. Em ação de responsabilidade civil movida somente em desfavor do

26 Esse posicionamento parece estar consolidado na Corte paulista. É o que se extrai dos seguintes precedentes: TJ-SP - AI: 21079358020148260000 SP 2107935-80.2014.8.26.0000, Relator: Edson Ferreira, Data de Julgamento: 23/01/2015, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 23/01/2015; TJ-SP - AI: 21819456120158260000 SP 2181945-61.2015.8.26.0000, Relator: Vicente de Abreu Amadei, Data de Julgamento: 20/10/2015, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 23/10/2015; TJ-SP - AI: 20407233720178260000 SP 2040723-37.2017.8.26.0000, Relator: J. M. Ribeiro de Paula, Data de Julgamento: 19/09/2017, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 19/09/2017.

Estado, por dano ocorrido na prestação de serviços de saúde executada por organização social, a corte fluminense entendeu pelo descabimento da presença da entidade do terceiro setor no polo passivo da ação. Ao fundamentar tal posição, o TJRJ anotou que “nas hipóteses em que há contrato de gestão, a Administração mantém a titularidade do serviço público, delegando ao gestor, tão somente, sua execução, segundo critério discricionário, mediante juízo de conveniência e oportunidade. Logo, tratando-se de serviço público (saúde) persiste a responsabilidade objetiva do Município sobre os agentes delegados, ou seja, aqueles que atuam em seu nome”.²⁷ Por meio de tal fundamento, o acórdão indeferiu a pretensão do município réu de denunciar à lide a entidade do terceiro setor.

Aqui, mais uma vez, o precedente afasta a premissa de que a atuação do terceiro setor, por meio de contrato de gestão, não configura serviço público, divergindo do posicionamento anotado no item 5 desse trabalho. Ademais, tal como o TJSP, entende que a teoria da responsabilidade objetiva do Estado legitima a presença estatal no polo passivo da ação de responsabilidade civil. A diferença entre tais posicionamentos é a de que, enquanto o TJSP admite a presença de terceiro no polo passivo da ação, na condi-

27 TJ-RJ - AI: 00560297520178190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 6 VARA FAZ PUBLICA, Relator: BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO, Data de Julgamento: 23/11/2017, DÉCIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/11/2017.

ção de litisconsorte passivo, o TJRJ, ao considerar a efetiva prestação de serviço público, compreende incabível o litisconsórcio entre titular do serviço (Estado) e titular da prestação, devendo somente entidade estatal figurar no polo passivo da ação, ainda que ela não tenha sido a efetiva prestadora do serviço que causou dano.

Finalmente, é de se destacar o posicionamento do TJPR. O caso envolvia ação de responsabilidade civil movida por cidadão em desfavor de município, em razão de dano causado na prestação de serviços de saúde executada por entidade do terceiro setor. O juiz de primeiro grau extinguiu a lide, decidindo pela ilegitimidade estatal. A Corte paranaense reformou a decisão de primeiro grau, argumentando que o contrato de gestão “não tem o condão de retirar”²⁸ a legitimidade do município para “figurar no polo passivo da lide”. Para o TJPR a prestação executada pela entidade do terceiro setor é direcionada “para o Sistema Único de Saúde – SUS”. Conclui o voto que “a transferência da prestação do serviço de saúde a Organização Social, por meio de contrato de gestão, não altera a natureza pública do mesmo”. Por isso, o Município, “na qualidade de cogestor do SUS, deve responder por eventual má prestação dos serviços de saúde, ainda que haja contrato de gestão entre o ente público e organização social de saúde, como ocorre no caso em tela”.

28 TJ-PR - APL: 12885979 PR 1288597-9 (Acórdão), Relator: Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, Data de Julgamento: 12/05/2015, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1566 18/05/2015.

A posição do TJPR revela que, em boa medida, a jurisprudência das cortes estaduais de justiça vai ao sentido de: (i) compreender que a prestação de serviços de saúde por entidades do terceiro setor, derivados de contratos de gestão, configura-se como serviço público; (ii) que o Estado responde pelos danos que essas entidades causam quando prestam tais serviços; (iii) há pequena oscilação em relação à possibilidade ou não de litisconsórcio passivo, entre a entidade estatal e a do terceiro setor.

8. Conclusão

O presente artigo objetivou demonstrar o regime jurídico a que se subsumem os contratos que delegam a terceiros a prestação de serviços públicos de saúde, diferenciando-o do regime ao qual os contratos de fomento que o terceiro setor ajusta com o Estado. A partir da interpretação desse regime, chegou-se a uma conclusão parcial, pela qual as entidades estatais que delegam a terceiro a prestação de serviços públicos de saúde não devem compor o polo passivo de ação de responsabilidade civil, nas hipóteses em que o dano foi causado pela prestação privada de serviços públicos de saúde. Além disso, alegou-se a impossibilidade de litisconsórcio passivo, nas ações de responsabilidade civil por dano derivado da prestação de serviços públicos de saúde, entre o Estado (ou o delegatário de serviço público) e o agente causador do dano.

Após tal conclusão parcial, avançou-se para a análise do comportamento jurisprudencial do tema. Em tal análise, embasada no posicionamento das cortes superiores, as conclusões parciais foram mantidas. Ou seja, ações judiciais de responsabilidade civil por dano derivado da prestação de serviços públicos de saúde devem ser interpostas em desfavor da entidade causadora do dano (Estado ou delegatário), não se admitindo, ordinariamente, o litisconsórcio entre ambos, tampouco a presença do agente causador do dano no polo passivo da ação.

Entretanto, ao se analisar o comportamento jurisprudencial atinente à prestação de serviços de saúde pelo terceiro setor, viu-se a inexistência de precedentes das cortes superiores sobre o tema. Além do mais, viu-se que os precedentes judiciais estaduais compreendem essa prestação como serviços públicos de saúde, aplicando a teoria da responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de judicialização dessas relações. Entretanto, mesmo aplicando tal teoria, há posicionamento judicial admitindo o litisconsórcio passivo entre Estado e prestador.

Bibliografia

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas.** São Paulo: Malheiros, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 10.ed. São Paulo: RT, 2014.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos.** São Paulo: RT, 2014.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 13.ed. São Paulo: RT, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 33.ed. São Paulo. Malheiros, 2016.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

INTERVALO INTRAJORNADA NA REFORMA TRABALHISTA - LEI 13.467/2017

Marco Antônio César Villatore

Advogado. Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma II. Doutor em Direito del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito na PUCPR. Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da PUCPR. Presidente do Instituto brasileiro de Ciências Jurídicas e Sociais (IBCJS). Professor Adjunto III da UFSC. Membro do Centro de Letras do Paraná. Acadêmico da cadeira número 73 da Academia brasileira de Direito do Trabalho. Membro da Comissão de Direito do Trabalho e de Direito Internacional da OAB/PR.

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Advogada. Mestranda em Direito pela PUCPR (Bolsista CAPES). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro do Núcleo Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômi-

co. Membro da Comissão de Igualdade Racial e da Comissão de Advogados Iniciais da OAB/PR.

Resumo: O objetivo do trabalho é estudar as principais alterações realizadas pela Lei 13.467/2017 no que tange ao intervalo intrajornada e as suas possíveis implicações constitucionais. Por meio de uma metodologia ampla de análise buscaram-se diversas fontes para o entendimento do intervalo intrajornada, sua formação e estruturação. Para tanto estuda-se a construção da normativa do intervalo e suas regulamentações pelas portarias do Ministério do Trabalho e Emprego, a doutrina e a jurisprudência. Assim, estuda-se a estruturação do intervalo antes e após a reforma trabalhista Lei 13.467/2017. Ao fim, busca-se comprovar que a possível redução do intervalo intrajornada é passível de inconstitucionalidade, pois confronta com o princípio da proibição do retrocesso e infringe norma de saúde e segurança do trabalho.

Palavra-chave: Reforma Trabalhista de 2017; Redução do Intervalo Intrajornada; Proibição do Retrocesso; Inconstitucionalidade; Saúde e segurança do trabalho.

1. Introdução

A reforma trabalhista, Lei 13.467/2017, trouxe grandes transformações ao direito trabalhista em sua estrutura e desenvolvimento. Diversos questionamentos surgem so-

bre cada ponto e uma análise detalhada de cada instituto é necessária, quando se observa a realidade da adaptação a prática e do desenvolvimento nas empresas.

A este estudo propõe-se o aprofundamento do intervalo intrajornada e se é possível o entendimento da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social e da inconstitucionalidade das alterações trazidas pela Lei 13.467/2017. Para tanto, subdividiu-se o estudo em dois tópicos estruturais: o estudo do intervalo intrajornada antes e depois da reforma trabalhista de 2017 e, posteriormente, a análise de seu confronto ao princípio da proibição do retrocesso social e da possível inconstitucionalidade.

A relevância de tais argumentos se funda nos resultados de sua acepção, e na possibilidade de se rechaçar a normativa, por não possuir conformidade com o sistema constitucional brasileiro.

2. Intervalo intrajornada antes e depois da reforma trabalhista de 2017

Os intervalos intrajornada possuem uma função específica: permitir que o empregado recupere suas energias e forças durante a jornada de trabalho. Assim, denota-se que a sua estruturação está fundada essencialmente na protetiva de saúde e de segurança de trabalho, inclusive como um critério limitador para a preservação da higidez física e mental do trabalhador ao longo da prestação de serviços.¹

1 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed.

No sistema jurídico brasileiro, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) possui critérios rígidos de aplicabilidade do intervalo; apesar disso, muito antes da reforma, Lei nº 13.467/2017, já se discutia a sua possibilidade de flexibilização.

Essencialmente, o intervalo regular, aqui não consideradas jornadas especiais, está previsto no artigo 71 da CLT, no qual o trabalho realizado em jornada de 4 horas a 6 horas o intervalo será de 15 minutos; para jornadas de 6 horas à 8 horas o intervalo será de no mínimo 1 hora e no máximo 2 horas.² Ainda, tais intervalos de descanso não irão computar na duração do trabalho.

O primeiro ponto de flexibilização da normativa está adstrito nela, previsto no § 3º, do art. 71, o qual permite a redução do intervalo de 1 hora, desde que tal redução seja realizada sob observância do “Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social” e, também, quando o estabelecimento atenda exigências de organização dos refeitórios e se os empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas extras.³

São Paulo: LTr, 2005, p. 868.

2 BRASIL, **Lei nº 5.452/1943. Consolidação das leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 12 de agosto de 2018.

3 BRASIL, **Lei nº 5.452/1943. Consolidação das leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 12 de agosto de 2018.

Assim, em caráter complementar, o Ministério do Trabalho estabeleceu três disposições sobre o tema, por meio de portarias, inclusive permitindo a redução para o limite de 30 min; a evolução delas pode ser vislumbrada na tabela:

Figura 1 – Evolução das Portarias do Ministério do Trabalho sobre a possibilidade de redução do intervalo intrajornada

| Portaria | Portaria 3.116/1989 | Portaria 42/2007 | Portaria 1.095/2010 |
|----------------------------------|---|--|---|
| Competência | Delegados Regionais do Trabalho. (Atualmente utiliza-se a terminologia de Superintendentes Regionais do Trabalho) | Das próprias partes (acordo ou convenção) | Das Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego |
| Requisitos para a empresa | Apresentar justificativa, acordo coletivo ou anuência expressa; comprovar que os empregados não estariam submetidos ao regime de horas extras; refeitório nos padrões da Norma Regulamentadora nº 24 apresentando mensalmente o valor cobrado dos empregados e para o convênio Programa de Alimentação ao Trabalhador (PAT)- se houver; e ainda um programa médico de acompanhamento. | Convenção ou acordo coletivo desde que sem regime de sobrejornada, observância de refeitório, normas de saúde e segurança. | Acordo ou Convenção; Cumprir exigências sob refeitórios e não submeter a regime de sobrejornada; Respeitar o limite mínimo de 30min |
| Fiscalização | Inspeção regular pelo órgão regional do Ministério do Trabalho e Emprego. (Atualmente a palavra “emprego” foi suprimida) | Fiscalização a qualquer tempo e <i>in loco</i> . | O Superintendente Regional do Trabalho e Emprego poderá deferir o pedido formulado, independentemente de inspeção prévia |

FONTE: os autores.

A discussão não permeava somente o Ministério do Trabalho, sendo objeto de discussão do Tribunal Superior do Trabalho. O respectivo tribunal sumulou a questão, na Súmula 437, de 2002, e, anteriormente, na Orientação Jurisprudencial nº 349, nas quais determinou que a supressão ou redução do intervalo se trataria de normativa de higiene, saúde e segurança no trabalho, e por isso, confrontaria os art. 71 da CLT e no art. 7º, XXII da CRFB/1988, não sendo possível realizar negociação coletiva sobre a temática.⁴ Dessa forma, o TST só aceitava a redução do intervalo quando autorizado e seguido o regimento imposto pelo Ministério do Trabalho e Emprego.⁵

O TST, na referida Súmula, entendeu que “a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo” implicaria o pagamento total do período do intervalo e não somente o suprimido, acrescendo ainda a multa de 50%, no mínimo, sobre o valor da remuneração da hora

4 BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 437**. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437>. Acesso em 12 de agosto de 2018.

5 INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO. AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Não há cogitar em contrariedade ao item II, da Súmula n.º 437 deste Tribunal Superior, na hipótese em que expressamente consignada pela Corte de origem a existência de autorização do Ministério do Trabalho e Emprego para a redução do intervalo intrajornada, tendo o Tribunal Regional registrado, ainda, que o obreiro não estava submetido a regime de labor em sobrejornada. Recurso de revista de que não se conhece. BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1016020135020435**. Órgão Julgador: 1ª. Turma. Publicação: DEJT 06/03/2015. Julgamento: 4 de Março de 2015. Relator: Desembargador Lelio Bentes Corrêa.

normal de trabalho (OJ 307). A multa também foi normatizada no § 4º do mesmo dispositivo legal, por meio da Lei 8.923, de 27.07.1994.⁶

Ressalta-se que as decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho não possuíam uma uniformidade; destaca-se as decisões dos tribunais da 2ª, 12ª e 15ª região que validavam negociações coletivas que tratavam sobre a redução de intervalos. Os argumentos utilizados por esses tribunais valorizam a negociação coletiva, pautados no art. 7º, XXVI, XIII e XIV da Constituição de 1988 que reconhecem as convenções e acordos e permitem que elas flexibilizem regras de duração da jornada.⁷

Na data de 28 de abril de 2017 o presidente Michel Temer apresentou ao Plenário do Senado Federal o Projeto de Lei Complementar 38, que posteriormente seria intitulado de “reforma trabalhista” e seria promulgado como a Lei 13.467/2017. Estudam-se as alterações realizadas quanto ao intervalo intrajornada:

6 SILVA, José Antônio Riberio de Oliveira. Horas extras pela supressão dos intervalos e pausas: por um olhar sistêmico. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**: N. 47 (jul./dez. 2015). Disponível em: < <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/91895>> Acesso em 20 de agosto de 2018.

7 BRASIL, Tribunal Regional da 2ª Região. **Recurso Ordinário nº. 00851/2005**. Relator Desembargador Wilson Fernandes; BRASIL, Tribunal Regional da 12ª Região. **Recurso Ordinário 00894/2007**. Relatora Desembargadora Mari Eleda Migliorini; BRASIL, Tribunal Regional da 15ª Região. **Recurso Ordinário 208/2008**. Relatora Desembargadora Olga Ainda Joaquim Gomieri.

1. Modificação do Art. 71, § 4º: a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo implicaria o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

2. Destaque dado a negociação coletiva, no Art. 611-A passa-se a dispor sobre a prevalência do negociado sobre o legislado, e no inciso III deste, transcreve-se a possibilidade da redução do intervalo sob observância do mínimo de 30 minutos.

3. Ressalta-se que o disposto no art. 71, § 3º da CLT não foi revogado (dispõe que a redução do intervalo dar-se-á somente com autorização e sob os critérios do Ministério do Trabalho).

4. Inovação do art. 611-B da CLT, que estipula os temas que não podem ser negociados, e em seu parágrafo único deixa expressamente consignado: “Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

Dessa forma, os parâmetros atuais da regulamentação do intervalo intrajornada são: 1. A supressão ou concessão parcial do intervalo enseja o pagamento apenas do período suprimido (com natureza indenizatória) e, com acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. 2. Manteve-se a disposição

acerca da possibilidade de redução do intervalo desde que por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio (quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social), e se verificar o cumprimento das exigências quanto aos refeitórios e o não exercício em trabalho prorrogado. 3. É possível a supressão do intervalo intrajornada até o limite mínimo de 30min, desde que por acordo coletivo ou convenção coletiva. 4. Intervalo intrajornada não é considerado norma de saúde, higiene e segurança do trabalho e, portanto, é passível de negociação coletiva.

Já há posicionamentos a favor e contra as alterações realizadas, a primeira posição legitima as alterações com o enfoque nas limitações que a própria negociação coletiva trará, sendo possível formar relações trabalhistas adaptáveis.⁸ O próprio parecer da Câmara dos Deputados encaminhada ao Senado Federal dispunha como objetivos da reforma “aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores”.⁹

8 ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. A reforma do direito coletivo. Prevalência do negociado sobre o legislado. *Negociado x Legislado II Reforma Trabalhista. Revista do Tribunal Regional da 9ª Região*. V. 6. N. 58. Março/Abril de 2017. Disponível em:< https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/105367/2017_rev_trt09_v06_n058.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=31> Acesso em 10 de agosto de 2018.

9 BRASIL, Câmara dos Deputados. **Parecer Reforma Trabalhista**. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em 10 de agosto de 2018.

Na contramão às disposições da reforma trabalhista, observam-se as críticas que tratam sobre: a falsa liberdade negocial: o próprio texto da reforma dita o que pode e o que não pode ser objeto de negociação, então, o que realmente prevalece é o disposto em lei.¹⁰ O objetivo do legislador não foi fortalecer a atuação sindical, mas sim tornar “imutável o negociado, inclusive por sindicatos enfraquecidos e com pouco ou nenhum poder negocial”¹¹; da (im) possibilidade da supressão do intervalo, esta somente sob pré-condições, o usufruto integralmente para a sua finalidade (alimentação e descanso)¹² e a autorização do MT¹³; quando da supressão ou não concessão, a possibilidade do pagamento integral e não somente do período suprimido; intervalo como norma de saúde e segurança do trabalho, e as consequências constitucionais.¹⁴

10 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. O Acesso à Justiça sob a Mira da Reforma Trabalhista – Ou Como Garantir o Acesso à Justiça diante da Reforma Trabalhista. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. Ano XXIX – Nº 339 – Setembro 2017. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RST_339_miolo.pdf>. Acesso em 15 de novembro de 2017.

11 MELEK, Marcelo. O projeto arquitetônico da reforma trabalhista no direito sindical. Reforma Trabalhista III. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. V. 7. n. 63. 2017.

12 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. O Acesso à Justiça...*Op. Cit.*

13 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. O Acesso à Justiça...*Op. Cit.*

14 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. O Acesso à Justiça sob a Mira da Reforma Trabalhista – Ou Como Garantir o Acesso à Justiça diante da Reforma Trabalhista. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. Ano XXIX – Nº 339 – Setembro 2017. Disponível em:

Dessa forma, diante do confronto entre a situação do intervalo intrajornada pré-reforma e pós-reforma, e os argumentos contra e a favor, estudar-se-á sobre a possível inconstitucionalidade e violação do princípio do retrocesso social da Lei nº 13.467/17, já em vigência.¹⁵

3. Retrocesso social e inconstitucionalidade da reforma trabalhista

Observa-se no cenário atual, as mais diversas posições e opiniões sobre a possibilidade da flexibilização, seja por formas negociais coletivas, seja por acordos individuais. Este trabalho enfoca na técnica constitucional para verificar se a legislação em questão, Lei nº 13.467/2017, está em consonância com o sistema constitucional brasileiro.

Parte-se do entendimento de que a lógica das relações do trabalho sempre está em constante transformação e adaptação, e estas são inevitáveis, mas, fundamenta-se que estes fatores não podem ocasionar uma inversão da essência protecionista do direito laboral.¹⁶

<http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RST_339_miolo.pdf>. Acesso em 15 de novembro de 2017.

15 Sobre a inconstitucionalidade do Art.71, § 4º e a discussão da remuneração e penalidades acesse: LEDUR, José Felipe. Barreiras constitucionais à erosão dos direitos dos trabalhadores e a reforma trabalhista. Reforma Trabalhista III. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. V. 7. n. 63. 2017.

16 PADILHA, Viviane Herbst. **Direito do trabalho na crise ou a crise do direito do trabalho?** In: Direito material e processual do trabalho/Maria Cecília Máximo Teodoro...[et al], coordenadores. São Paulo: LTr, 2017, p. 128.

Em um primeiro momento estuda-se o princípio da proibição do retrocesso social, elemento basilar para a concretização dos direitos fundamentais¹⁷, incluindo, então, os direitos do/ao trabalho.

Esse princípio não está disposto expressamente na Constituição, mas pode ser entendido como um princípio implícito,¹⁸ sendo também decorrência dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito; da dignidade da pessoa humana e da máxima eficácia e efetividade das normas que definem os direitos fundamentais.¹⁹

Parte da doutrina entende ainda, que este é uma projeção do artigo 60, § 4º da Constituição, no caso das cláusulas pétreas e a proibição de emendas.²⁰ O próprio Supremo Tribunal Federal possui decisões em que se reconhece a existência de obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento de direitos fundamentais sociais.²¹

17 GUIMARÃES, Heloisa Werneck Mendes. **Responsabilidade Social da Empresa: uma visão histórica de sua problemática**. 1984. Disponível em: <<https://goo.gl/MK59wo>>. Acesso em 15 agosto de 2018. p. 35.

18 NETTO E PINTO, Luísa Cristina. **O Princípio de Proibição do Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 113.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p. 443. p. 449.

20 MURADAS, Daniela. O Princípio da Vedação do Retrocesso Social no Direito Coletivo do Trabalho. **Revista Síntese Trabalhista**. n. 262. Abril 2011. p. 40.

21 [...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão

Esse princípio se materializa como um obstáculo ao legislador, que ao realizar alterações, estas devem ser feitas de forma controlada, e sempre com atenção e respeito aos princípios constitucionais fundamentais”.²² Assim, Ana Paula de Barcellos e Roberto Barroso afirmam que o princípio do retrocesso social é aplicável à legislação infraconstitucional de todos os direitos constitucionais, enquanto Felipe Derbli defende que esta aplicação seria somente aos direitos fundamentais sociais.²³

Independentemente, advoga-se pela aplicabilidade desse princípio ao direito social ao/do trabalho, regulamentado pela CLT e legislações esparsas. Esse princípio é essencial para a proteção dos direitos dos trabalhadores, por ser estruturante para a efetividade de direitos garantidos

ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº.639337**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011.

22 CROIRIE, Benedita Mec. **Os direitos Sociais em crise?** Disponível em: <<https://goo.gl/LuwOcT>>. Acesso em: 10 de novembro de 2017. p. 44.

23 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime Jurídico do Serviço Público: Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição do Retrocesso Social**. Universidade Federal do Paraná (Tese Doutorado). p. 152.

no ordenamento, e também, com a visão do princípio da progressividade, impedindo alterações negativas e supressoras.²⁴ Para a materialização desse princípio, ressalta-se que não há um “engessamento” da normativa trabalhista, e sim a impossibilidade do legislador em retroceder de forma desproporcional,²⁵ somente sendo permitido que haja esse retrocesso quando comprovada a pertinência, necessidade e a ponderação como justificativa.²⁶ O que de fato não ocorreu com a Lei nº 13.467/2017. Impõe-se retrocesso dos direitos sociais²⁷ dos trabalhadores, uma vez que se mostra evidente o sentido negativo das modificações²⁸, especificamente à supressão do intervalo.²⁹

24 MURADAS, Daniela. O Princípio da Vedação do Retrocesso Social no Direito Coletivo do Trabalho. **Revista Síntese Trabalhista**. n. 262. Abril 2011. p. 85.

25 DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 34.

26 NETTO E PINTO, Luísa Cristina. **O Princípio de Proibição do Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 202.

27 REIS, Daniela Muradas. **O princípio ...Op.Cit.**

28 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed., São Paulo: LTr, 2008. pp. 1.402-1.403.

29 No que resta a modificação a respeito da multa para supressão parcial ou total do intervalo, esta foi construída pela jurisprudência objetivando o caráter pedagógico da punição. Não resta atrelada a ela efetivamente a garantia do direito, e sim, a punição para transgressões. Dessa forma, a este estudo não se vislumbra que esta disposição esteja atrelada às restrições do princípio da proibição do retrocesso social e da progressividade de direitos, estando em realidade atrelada a modos punitivos diversos de enfrentamento da mesma questão. Entretanto, há doutrinadores que afirmam a inconstitucionalidade dessa matéria por estipular como parte da remunera-

Ressalta-se a importância da matéria quando se observa o próprio histórico das Convenções da Organização Internacional do Trabalho que já na década de 1980 advertia sobre a relação intrínseca entre a gestão do tempo e fatores de saúde e de segurança do trabalho, sendo necessário: “pausas breves durante as horas de trabalho, pausas mais extensas para as refeições, descanso noturno ou diurno e descanso semanal”.³⁰ A doutrina reafirma o fundamento biológico do controle de jornada, inclusive de intervalos, como garantia da saúde e segurança do trabalhador; é o que afirmam Arnaldo Sússekind³¹, José Augusto Rodrigues Pinto³², Alice Monteiro de Barros³³, Orlando Gomes, Elson Gottschalk³⁴ e Mauricio Godinho Delgado.³⁵

ção a penalidade, e não como verba indenizatória. Sobre a inconstitucionalidade do Art. 71, § 4º e a discussão da remuneração e penalidades acesse: LEDUR, José Felipe. Barreiras constitucionais à erosão dos direitos dos trabalhadores e a reforma trabalhista. Reforma Trabalhista III. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. V. 7. n. 63. 2017.

30 CLERC, J. M. **Introducción a las condiciones y el medio ambiente de trabajo**. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1987. p. 130.

31 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. v. II. São Paulo: LTr, 2005, p. 803.

32 PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 431.

33 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 646.

34 GOMES, Orlando, **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 295-296.

35 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 830-836

Relaciona-se, ainda, a ausência de intervalo com a fadiga, que tem vários reflexos biológicos: “autointoxicação pela liberação de leucomáinas no cérebro, aumento de ácido láctico nos músculos e creatinina no sangue e diminuição da resistência nervosa conducente a acidentes”³⁶. Como consequência também, ocasiona a redução da potência muscular, aumenta o desconforto e dor e ainda, acredita-se que, em longo prazo, contribua para o desenvolvimento de distúrbios, lesões, stress e demais enfermidades.³⁷ Diversos estudos vêm sendo desenvolvidos relacionando a supressão do intervalo a consequências muito mais graves.

Como o realizado por Rodrigo Filus e Maria Lúcia Okimoto, que observou duas formas de materialização da fadiga: a que, dentro de um certo limite, é possível de recuperação por meio do repouso; e a que, quando ultrapassa esse limite, irá gerar o acúmulo e desgaste residual, resultando na fadiga crônica.³⁸ Há ainda estudos que relacionam a possibilidade de aumento dos acidentes de trabalho, estes

36 CATALDI, Maria José Giannella. **Stress e fadiga mental no âmbito do trabalho**. Palestra. In: I Congresso Internacional sobre Saúde Mental no Trabalho. Goiânia: Instituto Goiano de Direito do Trabalho, 2004.

37 BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Jornada de trabalho e acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. **Revista TST**, Brasília, vol. 75, nº 2, abr/jun 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13497/003_brandao.pdf?sequence=5> Acesso em 15 de agosto de 2018.

38 FILUS, Rodrigo; OKIMOTO, Maria Lúcia. O efeito do tempo de rodízios entre postos de trabalho nos indicadores de fadiga muscular – o ácido láctico. In: **14º Congresso Brasileiro de Ergonomia**. Curitiba, 2006.

elencam que o máximo alcança por volta das onze horas da manhã e cai por volta do meio-dia, fato que se repete no período da tarde.³⁹

A nível positivo, observa-se a redução em 60% do número de acidentes quando se reduziu a jornada de uma fábrica de 12 horas para 10 horas de trabalho.⁴⁰

Dessa forma, observa-se a necessidade de se vislumbrar estudos reais para se analisar a possibilidade ou não da supressão do intervalo. Não basta somente a alteração legislativa, elencando que o “intervalo não é norma de saúde e segurança de trabalho”, para que a realidade seja alterada e todos os problemas resolvidos.

A partir do momento em que se confirma a natureza de saúde e segurança do trabalho do intervalo intrajornada, não é mais possível a sua supressão sem um estudo de viabilidade caso a caso e, assim, constata-se a completa inconstitucionalidade. Há nesse momento o ferimento do princípio da proibição do retrocesso social e da própria constituição, por incidência da progressividade dos direitos sociais (art. 7º “caput”); as bases constitucionalmente previstas dos direitos trabalhistas “caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e

39 COLETA, José Augusto Dela. **Acidentes de trabalho: fator humano, contribuições da psicologia do trabalho, atividades de prevenção.** São Paulo: Atlas, 1989, p. 50.

40 COLETA, José Augusto Dela. **Acidentes de trabalho: fator humano, contribuições da psicologia do trabalho, atividades de prevenção.** São Paulo: Atlas, 1989, p. 50.

nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”⁴¹; e a proteção à saúde e segurança do trabalhador (art. 7º, XXII).

4. Consideração finais

O intervalo intrajornada é um dos institutos mais importantes do Direito do Trabalho, e sua essência o consolidou como normativa de saúde e segurança do trabalho. A negatória de sua essencialidade denota a artificialidade dos dispositivos elencados na Lei 13.467/2017.

Analisou-se o instituto do intervalo intrajornada antes e depois da reforma trabalhista de 2017, demonstrando-se que o seu desenvolvimento se deu em diversas vertentes, não sendo a possibilidade de sua diminuição uma completa inovação da reforma trabalhista. Apesar disso, institutos como o sopesamento e a autorização do Ministério do Trabalho foram completamente flexibilizados com a referida lei, o que encaminhou o presente estudo ao último tópico supracitado, em que se adentrou no estudo do princípio da proibição do retrocesso social e da inconstitucionalidade das mudanças trazidas pela legislação.

Concluiu-se que a aplicação do princípio da proibição do retrocesso no caso em tela não “engessa” as relações trabalhistas, uma vez que a alteração foi feita completamente aquém dos estudos realizados sobre o tema e não

41 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

acompanhou compensações, retrocedendo-se a legislação de forma desproporcional. Além disso, confirmou-se a natureza de saúde e de segurança do intervalo intrajornada, por meio de estudos técnicos, e assim, respaldou-se a inconstitucionalidade na progressividade dos direitos sociais (art. 7º “caput”); as bases constitucionalmente previstas dos direitos trabalhistas; e a efetiva proteção à saúde e à segurança do trabalhador (art. 7º, XXII).

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Jornada de trabalho e acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. *In: Revista TST*, Brasília, vol. 75, n. 2, abr/jun 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13497/003_brandao.pdf?sequence=5> Acesso em 15 de agosto de 2018.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Parecer Reforma Trabalhista**. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em 10 de agosto de 2018.

BRASIL, **Lei nº 5.452/1943. Consolidação das leis do Trabalho.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 639337.** Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011.

BRASIL, Tribunal Regional da 12ª Região. **Recurso Ordinário nº 00894/2007.** Relatora Desembargadora Mari Eleda Migliorini.

BRASIL, Tribunal Regional da 15ª Região. **Recurso Ordinário nº 208/2008.** Relatora Desembargadora Olga Aida Joaquim Gomieri.

BRASIL, Tribunal Regional da 2ª Região. **Recurso Ordinário nº 00851/2005.** Relator Desembargador Wilson Fernandes.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1016020135020435.** Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: DEJT 06/03/2015. Julgamento: 4 de Março de 2015. Relator: Desembargador Lelio Bentes Corrêa.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 437.** Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#-SUM-437>. Acesso em 12 de agosto de 2018.

CATALDI, Maria José Giannella. **Stress e fadiga mental no âmbito do trabalho.** Palestra. In: I Congresso

Internacional sobre Saúde Mental no Trabalho. Goiânia: Instituto Goiano de Direito do Trabalho, 2004.

CLERC, J. M. **Introducción a las condiciones y el medio ambiente de trabajo**. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1987.

COLETA, José Augusto Dela. **Acidentes de trabalho: fator humano, contribuições da psicologia do trabalho, atividades de prevenção**. São Paulo: Atlas, 1989.

CROIRIE, Benedita Mec. **Os direitos Sociais em crise?** Disponível em: <<https://goo.gl/LuwOcT>>. Acesso em 10 de agosto de 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed., São Paulo: LTr, 2008.

DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **In: A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FILUS, Rodrigo; OKIMOTO, Maria Lúcia. O efeito do tempo de rodízios entre postos de trabalho nos indicadores de fadiga muscular – o ácido láctico. In: **14º Congresso Brasileiro de Ergonomia**. Curitiba, 2006. s/p.

GUIMARÃES, Heloisa Werneck Mendes. **Responsabilidade Social da Empresa: uma visão histórica de sua problemática. 1984**. Disponível em: <<https://goo.gl/MK59wo>>. Acesso em 15 de agosto de 2018.

GOMES, Orlando, **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense.

LEDUR, José Felipe. Barreiras constitucionais à erosão dos direitos dos trabalhadores e a reforma trabalhista. Reforma Trabalhista III. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. V. 7. n. 63 .2017.

MELEK, Marcelo. O projeto arquitetônico da reforma trabalhista no direito sindical. Reforma Trabalhista III. In **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. V.7. n. 63. 2017. pp.7-19.

MURADAS, Daniela. O Princípio da Vedação do Retrocesso Social no Direito Coletivo do Trabalho. In: **Revista Síntese Trabalhista**. n. 262. Abril 2011. pp. 84-100.

NETTO E PINTO, Luísa Cristina. **O Princípio de Proibição do Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PADILHA, Viviane Herbst. **Direito do trabalho na crise ou a crise do direito do trabalho?** In: Direito material e processual do trabalho/Maria Cecília Máximo Teodoro...[*et al*], coordenadores. São Paulo: LTr, 2017. pp. 123- 130.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. A reforma do direito coletivo. Prevalência do negociado sobre o legislado. Negociado x Legislado II Reforma Trabalhista. In: **Revista**

do Tribunal Regional da 9ª Região. V. 6. N. 58. Março/Abril de 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/105367/2017_rev_trt09_v06_n058.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=31> Acesso em 10 de agosto de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime Jurídico do Serviço Público: Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição do Retrocesso Social.** Universidade Federal do Paraná (Tese Doutorado).

SILVA, José Antônio Riberio de Oliveira. Horas extras pela supressão dos intervalos e pausas: por um olhar sistêmico. *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região:* N. 47 (jul./dez. 2015). Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/91895>> Acesso em 20 de agosto de 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. O Acesso à Justiça sob a Mira da Reforma Trabalhista – Ou Como Garantir o Acesso à Justiça diante da Reforma Trabalhista. *In: Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária.* Ano XXIX – nº. 339 – Setembro 2017. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RST_339_miolo.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho.** 22. ed. v. II. São Paulo: LTr, 2005.

REABILITAÇÃO CRIMINAL: REPENSANDO OS CRITÉRIOS DE COMPROVAÇÃO DA (IN) IDONEIDADE MORAL EXIGIDA PELO INC. VI, DO ART. 8º, DO EOAB.

Rodrigo Sánchez Rios

Conselheiro estadual e Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OABPR. Professor de Direito Penal da PUCPR e advogado criminalista

Resumo: O presente artigo pretende analisar o requisito indispensável para a inscrição como advogado nos quadros da OAB, qual seja o da idoneidade moral. Objetiva-se demonstrar as hipóteses legais, bem como o limite da discricionariedade administrativa do órgão de classe para demonstrar o preenchimento satisfatório de tal requisito. Do mesmo modo, no caso de condenação por crime infamante, da insuficiência da reabilitação criminal para atestar a integridade moral do requerente à inscrição, haja vista revestir-se de contornos secundários e meramente formais.

Palavras chave: reabilitação; inidoneidade; requisitos; inscrição; discricionariedade administrativa.

1. Introdução

A averiguação da idoneidade moral do bacharel em Direito é requisito indispensável àqueles que pleiteiam sua inscrição como advogado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Trata-se de critério legal exigido pelo art. 8º, inc. VI do EAOB, e deve ser realizado em duas etapas. A primeira delas, no âmbito da Câmara de Seleção, mediante procedimento instaurado de ofício ou em razão de representação, incidental e prejudicial ao pedido de inscrição, suspendendo seu curso. Uma vez entendendo, a Câmara de Seleção, pela configuração da inidoneidade moral do candidato, os autos devem subir à apreciação do Conselho Pleno, ao qual caberá a declaração final sobre a configuração, ou não, da inidoneidade mediante decisão de, no mínimo, dois terços dos votos dos membros. (art. 8º, §3º, EOAB).

O §4º, do art. 8º, do EAOB prevê uma das circunstâncias que impedem o preenchimento do requisito em análise, qual seja, a prática de crime infamante pelo requerente da inscrição. Trata-se de presunção legal de inidoneidade, todavia, não a única hipótese passível de declará-la. Há de se ressaltar que o texto legal não esgota as situações ensejadoras da negativa de filiação à Ordem, mas apenas prevê

uma delas. A discricionariedade administrativa insculpida no parágrafo terceiro do art. 8º permite, desde que devidamente motivada e aprovada com quórum qualificado, outras circunstâncias que ensejam a ausência de integridade moral, não sendo os motivos, portanto, expostos em *numerus clausus*.

O objetivo do presente artigo, nesse sentido, é o de apresentar a tese segundo a qual a inidoneidade moral daquele que almeja se inscrever nos quadros da OAB, permite a análise e a decisão dos conselhos competentes à luz da sua discricionariedade administrativa. Esta, no entanto, deve atender, em todo caso, o quórum qualificado em lei para aprovação, bem como o mandamento do art. 2º, parágrafo único, IV da Lei 9784/99, concernente ao processo na Administração Pública Federal, para o qual se deve indicar os pressupostos de fato e de direito determinantes para a decisão. Na mesma linha de raciocínio, deve se incluir a discussão de que a reabilitação criminal, no caso da prática de crime infamante, nem sempre garante a idoneidade moral do candidato a advogado, devendo esta disposição ser lida em conformidade com o disposto no § 3º do art. 8º, que garante ao administrador a faculdade de interpretar a norma de forma a viabilizar o melhor atendimento ao interesse público.

Evidentemente há necessidade de incursionar na origem do instituto da reabilitação criminal, nos seus efeitos específicos na seara jurídico-penal e na própria motivação do seu surgimento atrelado a um momento de total entu-

siasmo com a tese da ressocialização da pena privativa de liberdade no âmbito da execução penal. Desde a Reforma penal de 1984 até os dias de hoje é possível perceber uma configuração formal-burocrática nos pedidos de efetivação do modelo da reabilitação judicial estampada nos artigos 93 a 95 da lei penal substantiva. Mesmo entre os entusiastas desse instituto¹, não se ignorava que o efeito recuperativo do sistema carcerário era cada vez mais inatingível, tornando-se pelo contrário um fator propulsor da reincidência². A Lei 7.210/84 atinente à Execução penal já passa da hora de ser revista. Constata-se que os espaços de poder, outrora de responsabilidade do poder público, hodiernamente encontram-se sob o manto de organizações criminosas que deturpam qualquer pretensão reeducativa da pena. E justamente por faltar efeitos práticos ao instituto da reabilitação criminal, não surpreende a proposta da sua extinção no Projeto de revisão do Código Penal pátrio (PLS 236/2012).

Também não se desconhece seu tratamento heterogêneo por parte da jurisprudência quando instada a rea-

1 DE MENEZES, Marco Antônio. A reabilitação criminal no passado e no presente: uma visão histórico-jurídica. *Psic: revista da Vetor Editora*. V. 3, n. 1, São Paulo, jun. 2012. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-73142002000100007. Acesso em: 16 de julho de 2018.

2 DE MENEZES, Marco Antônio. A reabilitação criminal no passado e no presente: uma visão histórico-jurídica. *Psic: revista da Vetor Editora*. V. 3, n. 1, São Paulo, jun. 2012. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-73142002000100007. Acesso em: 16 de julho de 2018.

lizar um juízo sobre a idoneidade moral de candidatos ao exercício de outras profissões que não a advocacia, como por exemplo a função de vigilante³. É de fácil constatação nas manifestações judiciais que a reabilitação criminal não perde seu caráter secundário e formal ante a possibilidade de ser substituída por outros meios de prova da idoneidade moral. Em todo caso, leva-se em consideração primordialmente as características do injusto cometido e uma eventual incompatibilidade deste com a função pretendida⁴.

3 A título de exemplo, citam-se duas decisões diametralmente opostas proferidas pelo TRF1, proferidas em reduzido lapso temporal. Na primeira (AC 00054334820134013400), a exigência formal da reabilitação judicial como prova da idoneidade moral do sujeito que pretendia homologação de certificado de curso de vigilante foi flexibilizada, considerando-se a punibilidade já extinta pelo cumprimento da pena, de modo a evitar a perpetuação dos efeitos da pena. A decisão data de 16 de março de 2018. De outro lado, o segundo acórdão (AC 00220947320114013400), datado de 13 de junho de 2017, incidente sobre questão semelhante – postulação de registro de vigilante mediante homologação de certificado de reciclagem de curso de vigilante – foi no sentido de negar o pedido do autor, haja vista a inexistência de reabilitação judicial, erigida à condição de indispensabilidade para a comprovação da idoneidade moral do candidato.

4 Veja-se que, no acórdão nº AC 00220947320114013400, o fato de o candidato a vigilante ter sido condenado pelas práticas dos crimes de roubo e furto foram também determinantes para a não flexibilização da exigência da reabilitação criminal.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CERTIFICADO DE RECI-
CLAGEM DE CURSO DE VIGILANTE. NEGATIVA DE REGISTRO. LEI N.
7.102/1983, ART. 16, INCISO VI. DUAS CONDENAÇÕES CRIMINAIS PE-
LOS CRIMES CAPITULADOS NO ART. 155, § 4º, INCISO IV, E NO ART.
157, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL, TRANSITADAS EM JULGADO.
PUNIBILIDADE EXTINTA, PELO CUMPRIMENTO DA PENA. REABILITA-
ÇÃO NÃO COMPROVADA. SENTENÇA CONFIRMADA. PRECEDENTES
DESTE TRIBUNAL. 1. Consoante o disposto no art. 16, inciso VI, da Lei n.

7.102/1983, para o exercício da profissão de vigilantes, entre outros requisitos, o interessado não pode ter antecedentes criminais registrados, desde que tenha decorrido de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, como no caso. Precedentes. 2. Na hipótese, apesar de extinta a punibilidade pelo cumprimento integral das penas impostas ao apelante, não foi comprovado se houve a necessária reabilitação, que é a forma prevista em lei para eliminar o registro de antecedentes criminais - condição imprescindível para a homologação do curso de reciclagem de Vigilantes, mormente quando ainda não decorridos 2 (dois) anos da extinção da pena (art. 94 do CP) para que o apenado pudesse requerer a sua reabilitação. 3. Sentença confirmada. 4. Apelação desprovida. A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (AC 00220947320114013400, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, e-D-JF1 DATA:13/06/2017 PAGINA:.)

O posicionamento está em consonância ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça em relação ao levantamento do perfil do candidato a um cargo público:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. OFICIAL DE JUSTIÇA. EXCLUSÃO DO CERTAME. FASE DE INVESTIGAÇÃO DE VIDA FUNCIONAL E INDIVIDUAL. CANDIDATO QUE TEVE PENA DE SUSPENSÃO EM OUTRO CARGO PÚBLICO.

1. O agravante alega que a imposição da penalidade de suspensão pela prática de infração administrativa de pequena gravidade no exercício do cargo de agente vistor do Município de São Paulo afasta o requisito de boa conduta exigido pelo art. 47, V, da Lei Estadual 10.261/68, e que a negativa de nomeação e posse caracteriza punição em duplicidade por fato ocorrido há mais de 5 anos, cujo processo administrativo já está encerrado.

2. É certo que cabe à Administração Pública definir as normas e os critérios específicos de seleção e aprovação de seus servidores, tendo como propósito a escolha dos melhores candidatos e que esse julgamento ou seleção deve respeitar os direitos e as garantias dos participantes da disputa, os quais estarão, assim como a própria Administração, vinculados ao edital do concurso público.

3. Indubitavelmente que a definição desses critérios utilizados para se alcançar o perfil do candidato, de acordo com as atividades que serão exercidas, é feita de forma discricionária pela Administração Pública, que, com base na oportunidade e conveniência administrativas, estabelece as diretri-

2. Idoneidade moral como requisito de inscrição nos quadros da OAB

A advocacia é serviço público e, como tal, a ela se aplicam integralmente os princípios da administração pública, dentre eles o da moralidade. A esta exigência constitucional soma-se aquela inserida na própria lei corporativa, razão pela qual a relevância da idoneidade moral como requisito para inscrição e atuação profissional não pode ser questionada.

No contexto dos pedidos de inscrição, a averiguação de idoneidade moral realizada pelo Conselho Pleno pauta-se pela observância dos requisitos traçados nos §§ 3º e 4º, do art. 8º, da Lei 8.906/94. Fala-se, assim, da conjugação de um elemento material e de um elemento formal. Referente ao elemento material, constata-se o cerne da própria idoneidade. Nada obstante se trate de conceito indeterminado, é, também, elemento de caráter objetivo de conteúdo determinável. Como pondera Paulo LÔBO, “*depende da mediação concretizadora do Conselho competente, em cada caso.*”⁵ A gravidade da declaração motivou a conveniência

zes a serem seguidas na escolha dos candidatos.

4. Esses requisitos, todavia, pressupõem a estrita correlação com as funções a serem futuramente exercidas pelo servidor, sob pena de serem considerados discriminatórios e violadores dos princípios da igualdade e da impessoalidade.

Agravo interno improvido.

(AgInt no RMS 44.828/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 17/08/2016)

5 LÔBO. Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 99.

de quórum qualificado para a votação pelo Conselho, seu elemento formal. Outrossim, o §3º, do at. 8º, do EOAB, revela também a margem de apreciação discricionária conferida à OAB acerca do eventual não cumprimento do requisito do inciso VI, do art. 8º, do EOAB. Neste cenário, a Reabilitação judicial de que trata o § 4º, do dispositivo em comento, se apresenta não como um requisito imprescindível e autossuficiente a certificar a idoneidade do averiguado, mas tão somente secundário.

A normativa incidente sobre a regulamentação do exercício da advocacia, máxime no que toca aos requisitos exigidos para a inscrição como advogado, não permite perder de vista o seu objetivo: *“ao tempo em que regula a profissão, a lei protege a sociedade como um todo”*.⁶ Nestes termos, e considerando a ponderação de Juliana Colle Bretas em seus comentários ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, *“a pergunta que se faz ao averiguar a idoneidade moral de alguém por fato que chega ao conhecimento da OAB é: esse fato põe em risco ou compromete a atuação profissional do requerente como advogado?”*⁷

O processo administrativo no âmbito federal, sobre o qual se amparam as decisões tomadas no cerne dos procedimentos em curso na Ordem dos Advogados do Brasil, deve se adequar aos princípios e regras gerais ditadas

6 PIOVEZAN, Giovani Cassio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira. (Orgs.) *Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado*. Curitiba: OABPR, 2015, p. 105.

7 PIOVEZAN, Giovani Cassio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira. (Orgs.) *Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado*. Curitiba: OABPR, 2015, p. 113.

pela Constituição federal, bem como pela lei 9.784/99 (art. 68, EOAB). Isso quer dizer que o objetivo primordial do administrador é perseguir o interesse público sobre qualquer outro, observados os princípios da moralidade e da impessoalidade. A atuação segundo padrões éticos de decoro, probidade e boa-fé deve amparar não só a decisão do administrador em si, mas também deve visar a conduta daquele que pleiteia o ingresso nos quadros da instituição.

Os padrões éticos referidos também hão de ser considerados como requisitos sem os quais não se pode comprovar a idoneidade moral daquele que postula sua inscrição como advogado. O Código de Ética e Disciplina recentemente alterado (2015) prevê que o exercício da advocacia deve se pautar pelos princípios da moral individual, social e profissional (art.1º). Assim, Marcus Vinicius Furtado Coêlho entende ser imperativos da conduta do advogado “*para honrar sua função de elemento essencial à administração da justiça, a atuação pautada na verdade, na lealdade e na boa-fé, e a dedicação na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio, atuando como instrumento intermediador da realização dos direitos de seu cliente*”⁸.

Além de considerar sua conduta individual, em atenção aos princípios éticos do seu *múnus* público, a dignidade da classe advocatícia também demanda um bom conceito desta perante o seio social e a opinião pública. Profissio-

8 COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Comentários ao Novo Código de Ética dos Advogados*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017 – ebook.

nais que, sistematicamente, atentem contra o bom funcionamento de uma das atividades estabelecida constitucionalmente como essencial à justiça não podem estar aptos a representar uma instituição zelosa da aplicação do Direito.

O interesse público, somado à necessidade do advogado ter individualmente uma conduta proba, moral e socialmente adequada, bem como manter perante a sociedade a dignidade inerente à sua função, são os indicativos aptos a atestar sua idoneidade moral. Se, por outro lado, o candidato a se inserir na instituição não ostentar tais atributos, há de ser declarada a sua inidoneidade para o exercício da profissão, desde que alcançado, no Conselho competente, o quórum qualificado ao qual se refere o artigo 8º, §3º, do EOAB.

A legislação, na tentativa de tornar menos subjetiva a análise da inidoneidade para o exercício da profissão, estabeleceu no § 4º, do art. 8º, do EOAB, uma presunção legal não exaustiva de hipótese configuradora de motivo suficiente para a negativa de inscrição. Trata-se da condenação por crime infamante, salvo a comprovação de reabilitação judicial. Algumas ponderações devem ser realizadas a partir desta proposição normativa.

3. A concepção do crime infamante e os parâmetros legais para a definição da inidoneidade moral

Conforme resulta de uma interpretação sistemática da legislação pátria sobre o tema, observa-se que a prática

de um ilícito penal não é suficiente a obstar a inscrição nos quadros da Ordem daquele que reúna os demais requisitos demandados para tanto. Tal restrição é destinada para hipóteses dotadas de elevada reprovação social, por tal razão albergadas na especulativa definição de “*crime infamante*”. Diga-se, este conceito não encontra qualquer similar em nossa legislação capaz de lhe precisar os contornos mínimos inerentes ao núcleo do tipo de injusto, sem o qual impossível determinar institutos normativos limitadores de direitos.

Preceito unicamente mencionado no Código Civil brasileiro, como justificante à dissolução do vínculo conjugal (art. 1.573, V, CC), e no Estatuto da Advocacia e da OAB, como impeditivo à verificação da idoneidade moral – requisito imprescindível à inscrição como advogado – o crime infamante também não encontra conceituação precisa pela doutrina. Ante o silêncio da lei sobre o tema, muitas tentativas de definição existem, por vezes buscando atribuir, nos moldes de um tipo aberto, as características elementares básicas que permitiriam uma valoração mais segura. É possível deduzir que um crime poderá ser considerado infamante a depender das circunstâncias como foi praticado, dos motivos ou dos meios empregados pelo agente. O próprio Conselho Federal tem buscado delimitar o alcance deste conceito aberto, atendendo às peculiaridades que circundam a prática do fato delitivo.⁹

9 RECURSO N. 49.0000.2017.004614-2/PCA. Recte: R.S.C. Interessado: Conselho Seccional da OAB/Minas Gerais. Relator: Conselheiro Federal

Nada obstante se esteja a tratar de conceito, *a priori*, subjetivo – pois fala-se em crime infamante como demonstrativo da **inidoneidade moral**, termo por si só amplo e passível de contradições – o legislador instituiu critérios objetivos para balizar o requisito da idoneidade moral ao definir que não se coaduna a ele “*aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial*” (§4º, art. 8º). As mesmas balizas devem ser observadas,

Ary Raghiant Neto (MS). EMENTA N. 068/2017/PCA. RECURSO AO CONSELHO FEDERAL. INCIDENTE DE INIDONEIDADE. HIPÓTESE DO ARTIGO 8º, §4º, DO ESTATUTO DA OAB. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. EXECUÇÃO DA PENA EM CURSO. IMPROVIDO. Não possui idoneidade moral bacharel em direito que é condenado pela prática de furto qualificado, cuja decisão transitou em julgado e pena encontra-se na fase de execução. Conforme decidiu esse Colegiado “não é a gravidade do crime que o qualifica como infamante, quando praticado por advogado, mas a repercussão inevitável à dignidade da advocacia. Por infamante, entende-se todo crime que provoque para o seu autor desonra, má fama (...)” (Ementa n. 89/2016/PCA, DOU S1 24.06.2016, p. 206-207, relator Conselheiro Marcelo Lavocat Galvão). Não caracteriza bis in idem a declaração de inidoneidade moral daquele que foi condenado criminalmente pela prática de crime infamante (furto qualificado), no âmbito da OAB, já que se trata de procedimento previsto em lei para aferir a o preenchimento de requisito essencial à inscrição nos quadros da Ordem (art. 8º, VI, EAOAB), não se confundindo com a pena aplicada no processo penal pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e improvido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 8º, §3 da Lei n. 8.906/94, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Brasília, 18 de setembro de 2017. Felipe Sarmento Cordeiro. Presidente. Ary Raghiant Neto, Relator. (DOU, S.1, 03.10.2017, p. 78) Cita-se, ainda: RECURSO N. 49.0000.2016.005588-9/SCA-STU, DOU, S.1, 21.10.2016, p. 505-506; RECURSO N. 49.0000.2015.006690-0/OEP, DOU, S.1, 01.02.2017, p. 124.

enfim, na compreensão daquilo que, porventura, possa ser concebido como crime infamante: somente aqueles delitos cuja gravidade justifique, abstratamente, uma maior reprovação poderão se encaixar nesta formulação.

Neste desígnio, a depender da análise de cada circunstância fática, entende a doutrina ser crime infamante aquele que *“entre os tipos penais, provoca o forte repúdio ético da comunidade geral e profissional, acarretando desonra para seu autor e que pode gerar desprestígio para a advocacia se for admitido seu autor a exercê-la”*¹⁰.

É possível, então, concluir que em razão da inexistência da modalidade típica de “crime infamante” na normativa penal, bem como a elasticidade conferida a esse instituto pela doutrina e pela prática administrativa, resta inviável inserir as diversas hipóteses delitivas dentro do seu âmbito, sem qualquer distinção. Isto porque, determinados tipos de injusto penal que agridem de forma mais acentuada a determinados bens jurídicos, podem configurar um crime passível de maior reprovabilidade social. Pense-se, por exemplo, nos chamados crimes hediondos. Aliás, a consequência criminal também é um critério para superar eventual acolhida aos supostos crimes infamantes.

Em outras palavras, quando a lei penal confere uma sanção restritiva de direitos ou aplica a suspensão condicional do processo, está transmitido expressa ideia de que a

10 Conceito definido por LÔBO. Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 4ª ed. Rev. E atual. Editora Saraiva, 2007, p. 101.

infração não se reveste de maior gravidade. Diversamente podemos deduzir quando a carga punitiva for maior, implicando uma pena privativa de liberdade a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Entretanto, mesmo em caso de crime infamante o legislador impôs uma condição resolutiva a seus efeitos para fins de inscrição, qual seja, a reabilitação judicial. Frise-se, de qualquer modo, o implemento da “providência judicial suspensiva de determinados efeitos da sentença condenatória”¹¹ não basta para determinar a idoneidade moral do averiguado. Isso porque, tal instituto pode ser revogado no caso concreto, ou ainda cumulado a outros fatores que atestem uma conduta incompatível com a dignidade da advocacia.

4. A prescindibilidade da reabilitação judicial na comprovação da idoneidade moral do averiguado

Há algum tempo a reabilitação judicial, dispositivo de índole essencialmente penal, tem sua ineficiência apontada pela doutrina e por alguns precedentes judiciais. Trata-se, em verdade, de figura controversa e cuja aplicação prática não tem a amplitude que a disposição do artigo 93, do Código Penal pode sugerir.¹²

11 DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal. Parte Geral*. 6ª ed. Curitiba: ICPC Cursos e edições, 2014, p. 569.

12 Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

De acordo com a exposição de motivos da legislação penal substantiva, a Reabilitação judicial é a declaração apta a atestar que o condenado, uma vez cumprida a pena ou extinta sua punibilidade, “*está em plenas condições de voltar ao convívio da sociedade, sem nenhuma restrição ao exercício de seus direitos*”. (item 83). É a mera declaração judicial de que “*cumpriu a pena imposta ou esta foi extinta, e de que, durante dois anos após o cumprimento ou extinção da pena, teve bom comportamento e ressarciu o dano causado, ou não o fez porque não podia fazê-lo*” (item 83 da exposição de motivos do CP).¹³

Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Sobre a Reabilitação, vide a clássica monografia de LOPES, Jair Leonardo. *Da Reabilitação no Direito Penal*. Belo Horizonte: 1956.

13 82. A reabilitação não é causa extintiva da punibilidade e, por isso, ao invés de estar disciplinada naquele Título, como no Código vigente, ganhou Capítulo próprio, no Título V. Trata-se de instituto que não extingue, mas tão-somente suspende alguns efeitos penais da sentença condenatória, visto que a qualquer tempo, revogada a reabilitação, se restabelece o status quo ante. Diferentemente, as causas extintivas da punibilidade operam efeitos irrevogáveis, fazendo cessar definitivamente a pretensão punitiva ou a executória.

83. Segundo o Projeto, a reabilitação não tem, apenas, o efeito de assegurar o sigilo dos registros sobre o processo e a condenação do reabilitado, mas consiste, também, em declaração judicial de que o condenado cumpriu a pena imposta ou esta foi extinta, e de que, durante dois anos após o cumprimento ou extinção da pena, teve bom comportamento e ressarciu dano causado, ou não o fez porque não podia fazê-lo. Tal declaração judicial reabilita o condenado, significando que ele está em plenas condições de voltar ao convívio da sociedade, sem nenhuma restrição ao exercício de seus direitos.

Consoante o magistério de René Ariel Dotti, este instituto foi pela primeira vez apresentado pelo sistema penal francês, em 1670, como benesse outorgada pelo Monarca ao condenado “*que tivesse cumprido a pena e satisfeito as obrigações resultantes do delito. Tinha o efeito de apagar a nota de infâmia e restabelecer o punido em sa bonne fame et renommé*”¹⁴. Remetendo à atual legislação brasileira, citado autor trata da medida como “*de política criminal, consistente na restauração da dignidade social e na reintegração do condenado ao exercício dos direitos e deveres sacrificados pela sentença*”.¹⁵

Todavia, esta exigência denota, conforme a lição de Busato, uma pretensão de “*controle da vida dos condenados para muito além da mera imposição de uma pena*”¹⁶, convalidando um estigma social inerente à intervenção penal na esfera individual. Não se concebe exigir do Estado, mesmo após o cumprimento de uma sanção criminal um atestado de idoneidade moral do indivíduo e sua habilitação para retornar ao convívio social e, assim, reaver parcela de seus direitos suspensos com a imposição da pena. Quer parecer que o próprio poder punitivo é chamado a certificar a efetividade de suas consequências: que a pena corporal, de fato, tem efeitos de ressocialização. É quase tautológico

14 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 701.

15 Idem, *Ibidem*.

16 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 10005.

o argumento de que o responsável pela aplicação da pena seja convocado para dar testemunho de sua eficácia.

A mensagem transmitida pela exigência da reabilitação judicial não se reveste de um estímulo à regeneração, mas da criação de mais um obstáculo à reintegração social do apenado, na contramão de uma ciência penal do fato. Conforme destaca Busato, é o reconhecimento, pelo Estado, da falência do sistema penal, máxime no tocante aos efeitos de ressocialização da pena: *“se a prisão efetivamente reabilitasse, a saída dela, com a pena cumprida, implicaria imediatamente no reconhecimento de sua aptidão para o convívio social. Mas o Estado requer outro prazo e o cumprimento de diversas condições”*¹⁷.

Ressalte-se, a originária inserção do instituto da reabilitação criminal no marco de uma normativa tendente a idealizar a obtenção da finalidade da prevenção especial da pena. Contudo, mesmo no plano das boas intenções a imposição de encargos adicionais ao cumprimento total da pena sempre obstou a sua aplicação efetiva. Bastaria uma mera ponderação comparativa com o enunciado do artigo 16 do Código penal para constatar uma falta de sintonia com a legislação estrangeira usada como referência pelo legislador pátrio¹⁸.

17 Idem, Ibidem.

18 A legislação penal austríaca de 1975 estampava no seu parágrafo 167 a não punição do agente nos casos de crimes contra a propriedade, uma vez efetuada a reparação do dano antes de iniciada a determinação da autoria por parte da autoridade administrativa ou policial. Em vez de seguir

Condicionar na esfera penal, por exemplo, a reparação à vítima para sua procedência prática inviabiliza a integração do condenado à sociedade.

Por outro lado, a configuração de mencionado instituto e de seus efeitos civis, não possui qualquer utilidade prática. Nada obstante o *caput* do artigo 93, do diploma penal defina sua aplicação a “*quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva*”, a normativa tem como meta principal assegurar ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação, podendo atingir também os efeitos da condenação previstos no artigo 92 do Código Penal, vedada a reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Porém, a Lei de Execuções Penais (art. 202) já assegura o sigilo dos registros da condenação do sentenciado para efeitos civis imediatamente após o cumprimento ou extinção da pena, tornando despicienda a espera de dois anos e a instrução de um processo postulatório para só então poder o egresso, solicitar tal provimento por intermédio da sentença de reabilitação judicial.¹⁹

esta orientação, o legislador decidiu conferir apenas a redução de 1/3 a 2/3, e não sua exclusão total, dificultando sua efetividade. Vide: ZAFFARONI, Raul Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo, 2000, p. 115.

19 **Art. 202, Lei 7.210/84:** Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Em verdade, nenhum apenado terá interesse em obter uma declaração judicial atestando sua possibilidade em reintegrar-se novamente em sociedade após passados dois anos da extinção de sua punibilidade. A este prazo deve ser somado o lapso que o Poder Judiciário levará para apreciar o pedido ao reconhecimento da situação jurídica atestada pelo expediente do art. 93, do CP. Ao final, portanto, o decurso para a sentença de reabilitação demandará muito mais que o prazo legal de dois anos, perpetuando a expiação do sujeito na medida em que se limita as possibilidades de retomar suas atividades na dinâmica social.

Deveras, se os efeitos pretendidos pela declaração da reabilitação judicial são assegurados de imediato a partir da sentença de extinção de punibilidade, e facilmente detectáveis por outros meios de informação “*é uma ilusão supor que alguém possa interessar-se em ver declarado solenemente que se acha judicialmente reabilitado*”²⁰. Nesse mesmo sentir, Nucci sublinha: “*nem o condenado tem interesse nessa declaração de reinserção social, que quase nenhum efeito prático possui, como também dificilmente o prestígio social é recuperado pelos próprios costumes da sociedade [...]. Pode até ser que ele seja resgatado, mas não será por intermédio da reabilitação e sim pela nova postura adotada pelo sentenciado após o cumprimento de sua pena*”.²¹ (grifo nosso).

20 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral I*. 21ª ed. amp. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 854.

21 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 12ª ed. rev.

Digno de nota, o instituto revela-se obsoleto mesmo quando destinado à reintegração daqueles direitos suspensos ou perdidos como efeitos extrapenais secundários. Isto porque a própria redação do artigo 93 do diploma penal o limita à hipótese do inciso III, do artigo 92: *“a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso”*. Ademais, este expediente não atinge qualquer outro efeito da condenação criminal. Conforme bem sintetiza Bitencourt: *“a reabilitação, além de não alcançar nenhuma pena, também não impede a reincidência, que é um dos mais graves efeitos da condenação”*.²²

Mesmo que guarde alguma relevância para efeitos decorrentes da Lei 11.101/2005, que trata da Recuperação Judicial, Extrajudicial e da Falência (art. 181), assim como da Lei 9.613/98, atinente à Lavagem de Capitais (art. 7º, I e II), impedindo o acesso a alguns cargos por motivos de confiabilidade econômica, no Estatuto da Advocacia os efeitos da condenação guardariam um conteúdo atentatório ao exercício de uma profissão essencial à justiça (art. 133, CF). Com a existência de um dispositivo legal específico para atestar a idoneidade moral, e a necessidade de votação qualificada pelo conselho competente (art. 8º, § 3º EAOB), a reabilitação não se mostra suficiente para o preenchimento do requisito legal para a inscrição.

atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 544.

22 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral I. 21ª ed. amp. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 857.

Com esta argumentação acerca da reabilitação Judicial, insculpida pelo §4º, do artigo 8º, do EOAB como atestado da recuperação da idoneidade moral do sujeito anteriormente submetido à sanção penal, pretende-se demonstrar a defasagem do instituto, tornado obsoleto pela existência de outros expedientes que garantem os mesmos objetivos de maneiras exponencialmente mais eficazes. Basta mencionar a declaração da Extinção de Punibilidade, decorrentes das diversas modalidades acolhidas no art. 107 do Código Penal, possuindo o efeito de afastar qualquer resquício de punibilidade pelo injusto outrora praticado, de forma a não perpetuar uma punição já extinta²³.

Pode-se debater, de forma idêntica, sobre a dimensão do alcance de cada uma das hipóteses elencadas no dispositivo supra (entre eles, por exemplo, a anistia, o indulto, ou *abolitio criminis* etc.), objetivando percorrer outras searas extrapenais, mas o critério fundamental é retirar qualquer resquício de pretensão punitiva, permitindo ao indivíduo, com essa declaração, retomar suas atividades sociais. Ademais, deve-se consignar a necessidade de se rever a normativa corporativa neste íterim, repensando o devido lugar da reabilitação judicial – como procedimento jurisdicional moroso e de finalidade meramente declaratória.

23 A respeito da extinção de punibilidade, especificamente nos delitos econômicos, confira-se: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Das Causas de extinção de punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Cumpra observar que a defesa da manutenção do instituto da reabilitação judicial, conforme determina nosso Estatuto, privilegiando um critério formalista, irá implicar ao mesmo tempo em um tratamento igualitário para injustos penais de diversas magnitudes, sem discriminar crimes graves dos menos graves. Esta orientação (em favor da manutenção do instituto) acaba também afetando o critério distintivo da gravidade em eventual discussão corporativa.

Nessa senda, trata-se, no caso concreto, de interpretação mais benéfica ao sujeito que, limitando os efeitos da reabilitação judicial, não descuida do cuidado direcionado à lisura dos advogados, porquanto sua retidão e confiabilidade social permaneceriam sob avaliação, agora, no âmbito de um procedimento administrativo. Isto porque, se a reabilitação judicial tem por finalidade a regeneração e reintegração social, não pode servir como obstáculo a ela por uma desconfiança do Estado em relação à eficiência de seus próprios mecanismos penais.

5. A inidoneidade apesar da reabilitação judicial

Em que pese a existência de reabilitação judicial, há casos nos quais, mesmo assim, a discricionariedade administrativa dos Conselhos Competentes poderá decidir pela declaração de inidoneidade. É dizer: se é possível falar em comprovação da idoneidade moral mesmo nos casos em que inexistente a reabilitação judicial, o inverso também será verdadeiro, ou seja, existirão casos nos

quais a inidoneidade moral precisará ser reconhecida no âmbito administrativo, inobstante a existência da suspensão judicial dos efeitos da condenação. Por exemplo, a prática de infração administrativa antes do término do cumprimento do livramento condicional tem o condão de permitir o reconhecimento da inidoneidade do bacharel para o exercício da advocacia.

Há muito se tem evidenciado que a pena corporal não reeduca e, muito menos, ressocializa²⁴. Com efeito, tal visão tem sido criticada até mesmo sob o viés de sua compatibilidade constitucional. Ao Estado não é permitido reger um sistema de ressocialização forçada, pois não pode imiscuir-se no interior do sujeito na tentativa de educar pessoas adultas contra a sua vontade. Em verdade, a prática de novos ilícitos pelo apenado, uma vez cumprida a pena, é demonstração clara de que os efeitos ressocializadores da sanção deixaram de ser alcançados e, assim, descabido falar em “reabilitação criminal, no sentido essencial do termo.

24 Na literatura penal brasileira, mantém sua atualidade o clássico trabalho de Augusto Thompson que ao refletir sobre o atrito entre a adaptação à prisão e a readaptação, nos oferece uma lúcida reflexão sobre a inviabilidade de ressocialização em um regime fechado: “... treinar homens para a vida livre submetendo-os as condições de cativeiro, afigura-se tão absurdo como alguém se preparar para uma corrida, ficando na cama por semanas”. THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976, p.44. Na experiência comparativa, vide o capítulo X “Funzione di Rieducazione”, de AMATO, Nicolás. *Diritto Delitto Carcere*. Milano: Giuffrè, 1987. E evidentemente, não se deixar de referenciar as críticas de Beccaria quanto de aptidão da pena corporal para eventual reintegração social. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pena*. Milano: Rizzoli, 1988. p.55 e ss.

Em sua função administrativa de regulamentação e tutela da profissão mediante a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República (art.44, inciso II, do EOAB)²⁵, a Ordem dos Advogados do Brasil tem legitimidade de interpretação, como qualquer órgão do Judiciário. Atuando nos exatos limites da lei, seu dever é o de promover a precisa subsunção do fato à norma posta. Malgrado a Administração tenha sua atuação restrita a esse patamar, nem sempre a norma se mostra clara, exigindo certa atividade de integração do intérprete. Será, então, lícito usar de certo grau de discricionariedade na espécie, desde que não ultrapassados os marcos normativos.²⁶

Isto é, a interpretação deve encontrar limites implícitos, sob pena de ferir o legislativo e, mediamente, a soberania popular. A hermenêutica não deve buscar a vontade subjetiva do redator originário da lei, mas sim perseguir e se adequar às possibilidades semânticas da norma e da preservação dos princípios fundadores da identidade constitucional e legal.²⁷ Em qualquer caso, é lícito tanto ao judi-

25 Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

26 No sentido proposto por HART, Herbert. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 161 e ss.

27 Vide: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 272 e ss. No mesmo sentido, de nossa lavra: SÁNCHEZ RIOS; Rodrigo; COSTA, Victor. O papel do Supremo Tribunal Federal e a mutação constitucional em matéria de garantias penais fundamentais: uma

ciário quanto à administração promover a interpretação da norma com vistas a sua aplicação no caso concreto.

No caso de se decidir pela inidoneidade, o conselho competente não estará atuando fora dos limites da lei, mas sim, usando da prerrogativa que o próprio sistema jurídico lhe confere, que é, justamente, a interpretação e a adequação dos fatos ao Direito. Tal faculdade é expressamente prevista no âmbito da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo federal, bem como se reveste da qualidade de princípio constitucional implícito em analogia ao disposto no art. 93, inciso IX, da CF, referente à necessidade de fundamentação das decisões.

6. Conclusão

A idoneidade moral é condição sem a qual não se permite ao bacharel em Direito a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. A legislação de regência implementa como forma de apuração da obrigação normativa a apreciação pelo conselho competente e sua aprovação por maioria qualificada (art. 8º, §3º do EOAB). Sugere, ainda, uma das circunstâncias nas quais se presume não haver integridade por parte do candidato, isto é, quando houver condenação por crime infamante, não estando presente a reabilitação criminal.

análise à luz do *habeas corpus* 126.292/SP. In. *Direito Penal, Processo Penal, Execução Penal e Criminologia nos 30 anos da Constituição Cidadã*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, no prelo.

Ocorre que essa presunção legal não esgota os possíveis cenários nos quais se verificará a inidoneidade moral. Quando o Estatuto outorgou aos conselhos a possibilidade de afastar essa exigência por 2/3 dos votos de seus membros, inaugurou a viabilidade de decisão à luz da discricionariedade administrativa, desde que amparada por motivação de fato e de direito que sustente o veredito. Isso se inclui na faculdade de interpretação própria da Administração pública, sempre dentro dos limites semânticos e pragmáticos da lei.

Mesmo no caso de condenação por crime infamante, em que a própria norma apresenta as razões para a negativa de inscrição, a condicionante da reabilitação criminal afastaria os efeitos da condenação e reintegraria a condição de idôneo ao postulante. Sem embargo, não de maneira imediata, mas demandando do intérprete a análise de cada caso concreto.

Como “providência judicial suspensiva de determinados efeitos da sentença condenatória”²⁸, a reabilitação judicial não pode ser erigida como única forma de comprovação da idoneidade moral. Por sua própria essência revogável, é de se admitir sua inaptidão para comprovar, isolada e peremptoriamente, a idoneidade moral do candidato à inscrição profissional no marco da OAB.

Assim, inobstante a presença da decisão emitida pelo Juízo criminal declaratória da reabilitação, haverá a faculdade do órgão de classe de, analisando o contexto fático à

28 DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Op. cit.* p.569.

luz das exigências do Código de Ética, reconhecer a inidoneidade moral do bacharel em Direito demandante da inscrição como advogado. Situações incompatíveis com o exercício da atividade pleiteada indicariam motivos suficientes para negar a presença de integridade moral. Isso, de modo algum, pode ser confundido com a aplicação de sanções que se perpetuem indefinidamente no tempo, haja vista a extinção da pena por parte do condenado. Não é mais a condenação pretérita a razão para a negativa da inscrição, senão a proteção do interesse público, consideradas as provas de condutas incompatíveis com a dignidade da profissão que se pretende exercer.

Referências

AMATO, Nicoló. *Diritto Delitto Carcere*. Milano: Giuffrè, 1987.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pena*. Milano: Rizzoli, 1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral I*. 21ª ed. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015;

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 105.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Comentários ao Novo Código de Ética dos Advogados*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017 – ebook.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal. Parte Geral*. 6ª ed Curitiba : ICPC, Cursos e Edições, 2014.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LÔBO. Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

LOPES, Jair Leonardo. *Da Reabilitação no Direito Penal*. Belo Horizonte: 1956.

DE MENEZES, Marco Antônio. A reabilitação criminal no passado e no presente: uma visão histórico-jurídica. *Psic: revista da Vetor Editora*. V. 3, n. 1, São Paulo, jun. 2012. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-73142002000100007. Acesso em: 16 de julho de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

PIOVEZAN, Giovani Cassio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira. (Orgs.) *Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado*. Curitiba: OABPR, 2015.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Das Causas de extinção de punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SÁNCHEZ RIOS; Rodrigo; COSTA, Victor. O papel do Supremo Tribunal Federal e a mutação constitucional em matéria de garantias penais fundamentais: uma análise à luz do *habeas corpus* 126.292/SP. In. *Direito Penal, Processo Penal, Execução Penal e Criminologia nos 30 anos da Constituição Cidadã*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, no prelo.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976.

ZAFFARONI, Raul Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo, 2000.

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE: SEUS PROPÓSITOS E REQUISITOS

Cristina Leitão

Mestre em Direito pela UFPR. Professora de Direito Processual Civil da FAE - Centro Universitário e da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Membro do IBDP. Especialista em Advocacia Pública. Procuradora do Estado do Paraná.

Resumo: O artigo aborda a estabilização da tutela antecipada antecedente e seus requisitos, estabelecidos no Código de Processo Civil, bem como as formas do réu evitar a estabilização, apresentando críticas à lei, com base em princípios do processo civil e na jurisprudência após mais de dois anos de vigência do CPC de 2015.

Palavras-chave: tutela provisória; antecipação da tutela; estabilização; princípio da efetividade do processo; princípio da economia processual.

1. Noções introdutórias: tutela provisória no CPC e especificamente a estabilização da tutela antecipada antecedente

Tutela provisória é o instrumento destinado a antecipar ou assegurar direitos no processo civil, quando a espera pela prestação jurisdicional definitiva – sentença provida de coisa julgada material – pode causar perigo de dano à parte (**tutela da urgência antecipada**), inviabilizar a realização do direito no futuro (**tutela da urgência cautelar**) ou mesmo quando a espera se torna injusta em virtude da verificação da alta probabilidade da existência do direito muito antes da prolação da sentença (**tutela da evidência**).

O Código de Processo Civil de 2015 sistematizou as tutelas provisórias, unificou os requisitos das tutelas de urgência e simplificou seu procedimento, principalmente porque acabou com o processo cautelar e viabilizou a concessão das tutelas cautelares no bojo do processo de conhecimento ou do processo de execução.

A tutela provisória, segundo o legislador, é classificada em tutela da urgência e tutela da evidência (CPC, art. 294), podendo a primeira ser cautelar ou antecipada. Os requisitos para a tutela da urgência antecipada ou cautelar consistem na probabilidade do direito e no perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (CPC, art. 300). O requisito da tutela da evidência é a alta probabilidade da existência do direito e funda-se na defesa inconsistente.

Quanto à tutela provisória da urgência, seu alicerce está na Constituição Federal, nos princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV) e na razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), mas também na isonomia (art. 5º, caput). Ora, para que a tutela jurisdicional seja plena, é preciso que ela propicie ao indivíduo não só a declaração do seu direito, como também a sua efetivação e a sua antecipação ou garantia quando isto se mostre necessário. Um processo não é justo se reconhece o direito de forma atrasada.¹ Um processo não é justo se reconhece um direito que não é efetivado.

Como referido acima, a tutela da urgência pode ser antecipada ou cautelar. Antecipada, quando o juiz conceder ao autor, em cognição sumária e mediante os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano, a satisfação imediata do direito antes dele ser reconhecido em sentença transitada em julgado. Neste caso, o autor recebe o bem da vida pretendido de forma antecipada, como por exemplo quando o juiz concede tutela antecipada para que o réu desocupe um imóvel, sendo este também o pedido principal.² Já a tutela cautelar é medida destinada a

1 De há muito se propaga as injustiças do processo tardio, como Rui Barbosa: “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

2 TJRS - AgIn 70071691554 - 15.ª Câmara Cível - j. 8/3/2017 - julgado por Ana Beatriz Iser, in RT *on line*, <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016559af88ef115da719&docguid=1b548f5605afe11e79695010000000000&hitguid=1b548f5605afe11e79695010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=145&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>, acesso em 20/08/18.

conservar direito que eventualmente seja declarado em sentença. A tutela cautelar é também concedida em cognição sumária e mediante a demonstração dos requisitos pertinentes e assegura que, ao final, o direito já reconhecido como existente de forma exauriente pelo juiz possa ser efetivado, como ocorre quando são feitos bloqueios de recursos financeiros do demandado.³

As tutelas da urgência podem ser concedidas em caráter **antecedente** ou **incidental** (CPC, art. 294, parágrafo único). Antecedente, quando requerida antes mesmo de formulado o pedido final de tutela jurisdicional. Incidental, quando requerida juntamente com o pedido final ou no bojo do procedimento, a qualquer momento, mediante a demonstração dos seus requisitos. A tutela da evidência, disciplinada no CPC, artigo 311, não tem previsão de ser requerida na forma antecedente.

Ocorre que os procedimentos estabelecidos pelo legislador para a tutelas de urgência antecedentes são distintos, principalmente porque aquele pertinente à tutela antecipada permite a sua **estabilização**, o que é discipli-

3 TJMG - AgIn 1.0000.17.012606-4/001 - 9.^a Câmara Cível - j. 19/9/2017 - julgado por Márcio Idalmo Santos Miranda - Área do Direito: Civil; Processual; in RT *on line*, <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9b-0000016559b14a98e72df034&docguid=1bfb825a03a3e11e897ca010000000000&hitguid=1bfb825a03a3e11e897ca010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=162&crumb=-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>, acesso em 20/08/18.

nado no CPC, arts. 303⁴ e 304⁵.

4 Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

5 Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no

2. Por que estabilizar? E o conceito de estabilização

É comum ouvir do jurisdicionado: “*Só quero resolver meu problema (receber o dinheiro, o projeto, o medicamento, retomar minha casa, ser reintegrado no trabalho etc.)*”. Ou então: “*Não me importa a decisão, basta-me a satisfação do direito*”.

As relações sociais do século XXI são rápidas, resolvem-se num “piscar de olhos”. As mutações são contínuas e inerentes à vida pós-moderna. Modos de ontem já são obsoletos hoje. A vida é frenética. O Judiciário é lento. E a lentidão decorre da necessidade de exaurimento da cognição do juiz, que implica uma série de atos aos quais as partes têm direito. Petição inicial, despacho do juiz, citação, audiência de conciliação e mediação, contestação, saneamento, produção de provas, alegações finais, sentença. Todos esses atos demandam tempo. E a sentença não é o fim. Depois dela inicia-se a fase recursal. O **tempo fisiológico** do processo – aquele decorrente da prática dos atos imprescindíveis à solução da causa – é salutar. Mas além do tempo inerente ao processo, há também o problema do **tempo patológico**, resultado do mau funcionamento da máquina judiciária, das chicanas processuais, do abuso do

§ 2o deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2o deste artigo.

direito de defesa.⁶ Novas demandas agregam-se às antigas e o resultado disso é o assoberbamento do Poder Judiciário, tornando ainda mais lentos os processos.

Por conta disso é que se deve abrir espaço para técnicas diferenciadas que propiciem o alcance ao bem jurídico sem necessidade de uma sentença transitada em julgado.

A estabilização consiste em técnica monitoria⁷ de abreviação do processo que viabiliza a sua extinção sem resolução do mérito quando o autor, satisfeito com a efetivação da tutela antecipada requerida e concedida na forma antecedente, não possui interesse na prolação de sentença de mérito, ao mesmo tempo em que o réu não manifesta igual intenção. A realização do direito mediante a tutela provisória é suficiente para a satisfação do autor. Para ele, a declaração do direito por sentença transitada em julgado

6 Sobre tempo fisiológico e tempo patológico, comentam MARINONI, ARENHART e MITIDIERO: “O processo tem um perfil necessariamente *cronológico* – não sendo instantâneo, tem inevitavelmente de consumir tempo para que seja capaz de prestar tutela jurisdicional. O estado ideal de coisas que deve ser alcançado de acordo com o direito fundamental à tutela tempestiva – isto é, prestada em tempo razoável – é o de que o processo consuma apenas o tempo absolutamente necessário para tanto (*tempo fisiológico*), não incorrendo em dilatações indevidas no seu curso (*tempo patológico*)” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118.

7 TALAMINI, Eduardo. “Tutela de urgência no projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a monitorização do processo civil brasileiro”, in **REPRO**, ano 2012, v. 209, p. 23 e DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, pp. 617.

é desnecessária. Seu problema está resolvido e não precisa ser acobertado por sentença de mérito ou coisa julgada. Por outro lado, ao réu é conferido o ônus de instaurar ou dar continuidade ao procedimento de cognição exauriente. Neste sentido lecionam Eduardo Cambi et al.:

Portanto, a técnica de sumarização do procedimento e da cognição prevista nos arts. 303 e 304 do NCPC, a exemplo da estabilização prevista no processo monitorio, está baseada em cognição sumária, atribuindo força preclusiva à inércia do réu, invertendo-se ao réu o ônus da instauração de processo de cognição exauriente e sem visar a eliminação da incerteza, de forma que não produz coisa julgada material.⁸

Há alguns anos, Ada Pellegrini Grinover destacava, citando Proto Pisani, que “o modelo tradicional de procedimento ordinário é inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva a todas as situações de vantagem”.⁹ A saudosa professora da USP indicou, em suas reflexões quanto a relatórios apresentados por diversos países sobre os seus respectivos processos civis, que o processo ordinário (atual procedimento comum) não desaparecerá, “porquanto adequado às controvérsias mais complexas e capaz de levar a uma maior estabilidade nas relações jurídicas (com a coisa

8 CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 291.

9 GRINOVER, Ada Pelegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 121, mar. 2005, p. 18.

julgada)”.¹⁰ Todavia, acrescentou: “mas certamente pode e deve ser substituído nas diversas situações que justificam a tutela diferenciada (ou sumária lato sensu)”.¹¹ E concluiu sobre a estabilização:

Esta época chegou agora. O exemplo do direito comparado parece autorizar que, com as devidas adaptações, o Brasil finalmente legisle a respeito do tema, hoje maduro.

Temos diante dos olhos o caminho evolutivo da estabilização da tutela antecipada, que alguns ordenamentos já consagram, como ocorre no *référé* da França e da Bélgica e nos projetos legislativos italianos, um deles já convertido em lei. E a este caminho evolutivo não pode permanecer alheio o Brasil, que já apresenta, em muitos pontos, um sistema processual civil de vanguarda.

Com as reformas pontuais do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) e com leis extravagantes (como a Lei da Ação Civil Pública, a Lei dos Juizados Especiais e o Código de Defesa do Consumidor, dentre outras) o Brasil já deu largos passos adotando técnicas processuais que assegurem a efetividade da tutela jurisdicional (que se insere, em última análise, na questão de acesso à Justiça). O processo brasileiro soube adaptar os princípios fundamentais do processo civil clássico às novas questões que surgem na sociedade contemporânea:

10 GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização, cit., p. 19.

11 GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização, cit. p. 19.

e assim reviu os tradicionais esquemas da legitimação, da coisa julgada, dos poderes do juiz, dos controles pelo Ministério Público.

Agora é hora de desmistificar, sempre que necessário, os dogmas da universalidade do procedimento ordinário de cognição, da sentença e da coisa julgada, que não podem mais ser considerados como a única técnica processual para a solução jurisdicional das controvérsias.¹²

Acima foi afirmado que a estabilização é técnica monitória. Isto porque, conforme mencionado em outra oportunidade, “o rito a ser seguido após a citação e intimação do réu depende da sua atitude, que vai variar dependendo da escolha por ele empreendida”.¹³ Fredie Didier et. al propõem um “microsistema de técnica monitória, formado pelas regras da ação monitória e pelos arts 303 a 304 do CPC, cujos dispositivos se complementam reciprocamente”.¹⁴

Além de ser interessante para o autor, a estabilização da tutela antecipada antecedente também poderá beneficiar o réu que não tenha a intenção de exaurir o julgamento

12 GRINOVER, Ada Pelegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização, cit., p. 22.

13 LEITÃO, Cristina. Estabilização da tutela antecipada antecedente: um olhar otimista. **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni**. MITIDIERO, Daniel (coord.); Sérgio Cruz (org.); DOTTI, Rogéria Fagundes (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 419.

14 DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 617.

da causa. Isto porque, como se trata de técnica de monitorização, algumas sanções premiativas previstas nos dispositivos legais que tratam da ação monitória também poderão ser aplicados na estabilização¹⁵, como aqueles previstos no artigo 701 e seu parágrafo único, *verbis*:

Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

§ 1o O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.

De fato, em sendo cumprida a tutela antecipada com a entrega do bem da vida ao autor e não fazendo as partes questão do julgamento de mérito, muito providencial implantar os benefícios para o réu, de modo que não precise arcar com as custas e arque com apenas cinquenta por cento dos honorários. A ideia é coerente com outros dispositivos do CPC que estimulam as soluções consensuais dos conflitos, como o artigo 90, §§ 3º e 4º, que dispõem:

Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.

15 DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Cit., p. 617-8.

(..)

§ 3º Se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver.

§ 4º Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade.

Pode-se dizer que a extinção do processo sem resolução de mérito da sentença posterior à estabilização (CPC, art. 304, § 6º) não traz segurança jurídica, já que qualquer das partes poderá propor ação visando à revisão da decisão estabilizada em até dois anos (CPC, art. 304, § 5º).¹⁶ Este é o preço que se paga quando se cria técnicas diferenciadas, o que não ocorre apenas neste caso. Ora, as tutelas provisórias em geral podem ser revogadas ou modificadas a qualquer momento no processo (CPC, art. 296) e isto não raras vezes ocorre após muitos anos. O sistema tem convivido bem com isso.

Em entrevista ao CONJUR publicada em 17 de maio de 2009, a professora Ada Pellegrini Grinover explicou singela e certamente a estabilização:

ConJur — O professor Kazuo Watanabe propõe que, caso a parte perdedora não conteste uma decisão interlocutória dada no processo, a causa

16 É também criticável o prazo estabelecido pelo legislador, já que os prazos prescricionais do direito material é que deveriam ser aplicados para a ação visando ao exaurimento da decisão estabilizada.

termine ali mesmo, sem julgamento de mérito. Isso atenuaria a crise?

Ada Pellegrini Grinover — Esse é o nosso projeto de estabilização da sociedade vertical. O ônus, na tutela antecipada, é da parte prejudicada. A ideia é possibilitar a tutela em um procedimento autônomo prévio, um processo em que só se pede a tutela. Então, se ela for deferida no curso do processo, cabe ao prejudicado — ou ao autor, caso a tutela seja deferida parcialmente —, impugná-la e pedir o prosseguimento do processo. Se ele se conformar, o processo se extingue, a tutela antecipada se estabiliza e faz coisa julgada. A coisa julgada fica vinculada a decisão antecipatória”.¹⁷

3. Requisitos necessários à estabilização da tutela antecipada antecedente

Ao requerer a tutela antecipada na forma antecedente, o autor limita-se a apresentar ao juízo competente os fatos e fundamentos jurídicos destinados à concessão da medida provisória, demonstrando a probabilidade do direito e o perigo de dano e indicando o pedido final que será formulado posteriormente. É claro que esta petição inicial deverá conter alguns elementos descritos no CPC, art. 319, como a indicação do juízo, qualificação das partes e valor da causa. Mas também deverá o autor indicar se pretende o benefício do caput

17 In www.conjur.com.br/2009-mai-17/abuso-grampos-mostra-mediocridade-autora-lei-interceptacoes, acesso em 18/08/18.

(CPC, art. 303, §5º). “Pelo que se pode interpretar da norma, a intenção do legislador foi estabelecer que o autor deve indicar que pretende se valer do benefício da estabilização em caso de inércia do réu”.¹⁸

Pois bem. Caso deferida, a tutela antecipada antecedente será estabilizada¹⁹ se o autor não interpuser o respectivo recurso (CPC, art. 304). Em primeiro grau de jurisdição, o recurso cabível contra a decisão que defere tutela provisória é o agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, I).

18 LEITÃO, Cristina. Estabilização da tutela antecipada antecedente: um olhar otimista, cit., p. 417.

19 Lembre-se, como já ponderado em artigo sobre o tema, somente as decisões condenatórias, mandamentais e executivas admitem estabilização: “Como a estabilização abrevia o término do processo e ao mesmo tempo afasta a necessidade de resolução do mérito, decisões de natureza declaratória e constitutiva não podem ser estabilizadas, já que seu efeito preponderante não pode ser antecipado. Com efeito, mera decisão interlocutória, proferida mediante cognição sumária, não resolve a pretensão de direito material do autor nos casos de ações declaratórias e constitutivas. Não se imagina estabilizáveis, por exemplo, uma declaração provisória de falsidade de documento ou uma decisão provisória decretando divórcio. Logo, não se sujeitam à estabilização as decisões que, por sua natureza ou por seus efeitos, não podem ser proferidas antecipadamente, em cognição sumária. Quando muito, algum efeito pode ser objeto de antecipação, não o principal (preponderante). De modo que estabilização só se pode admitir de decisões condenatórias, mandamentais e executivas, vale dizer, de decisões que determinam ao réu cumprimento de obrigação de pagar quantia, de fazer, não fazer e de entregar coisa, sempre que seja prescindível uma sentença de mérito sobre a situação apresentada em juízo” (LEITÃO, Cristina. Estabilização da tutela antecipada antecedente: um olhar otimista, cit., p. 420).

Apesar da interpretação literal da lei conduzir à necessidade de interposição do recurso competente, parte da doutrina tem se manifestado no sentido de que outras formas de manifestação do réu contrárias à estabilização são suficientes para evitá-la.

Com efeito, Marinoni,²⁰ Mitidiero²¹, Fredie Didier et. al.,²² Teresa Arruda Alvim Wambier et. al.²³ e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro,²⁴ entendem que qualquer forma de reação do réu contrária à estabilização ou, por outras palavras, no sentido do exaurimento da cognição, são suficientes para evitar a estabilização, sendo despicienda a interposição do recurso competente.

Para Theodoro Júnior²⁵, Eduardo Arruda Alvim²⁶,

20 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência, cit., p. 234.

21 MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 146.

22 DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. cit., p. 621 e 623.

23 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO e Leonardo Ferres da Silva, MELLO. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 512.

24 RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela da urgência e tutela da evidência**. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 227.

25 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 57ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 683.

26 ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 219.

Dierle Nunes e Érico Andrade²⁷, é necessária a interposição do recurso para evitar a estabilização.

4. Críticas à forma legal de evitar a estabilização

Diversos recursos de agravo de instrumento estão sendo interpostos tão somente com a finalidade de evitar a estabilização, o que parece desarrazoado em virtude de princípios fincados no próprio sistema processual brasileiro.

A seguir alguns exemplos neste sentido:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA OBTIDA DE FORMA ANTECEDENTE. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTABILIZAÇÃO AFASTADA (CAPUT DO ART. 304 DO CPC/15). PRECEDENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.²⁸

AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE – RECURSO PARA EVITAR ESTABILIZAÇÃO – ACUIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA –

27 NUNES, Dierle e ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no Novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER, Fredie (coord. Geral). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 84.

28 In TJPR - 17ª C.Cível - 0007166-38.2018.8.16.0000 - Rio Branco do Sul - Rel.: Fernando Paulino da Silva Wolff Filho - J. 18.05.2018, acesso em 18/08/18. O relatório do acórdão, neste caso, inicia-se assim: “Neste agravo de instrumento, a agravante pretende obstar a estabilização da decisão proferida na ‘medida de tutela antecipada requerida em caráter antecedente’”.

PROBABILIDADE DE PROVIMENTO E RISCO DE DANO. - Recurso evidentemente fundado na pretensão de se opor à eventual estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente (artigos 303 e 304, do Novo Código de Processo Civil); - Acuidade da tutela de urgência concedida (artigo 300, do Código de Processo Civil). Prestação de serviço público essencial, cuja continuidade decorre do ordenamento (art. 22, do Código de Defesa do Consumidor), impositiva a manutenção do fornecimento de energia elétrica – patente a probabilidade de provimento e o risco de dano; AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.²⁹

Estabilização da tutela antecipada. Interposição de agravo de instrumento contra decisão que concedeu a tutela antecipada é hábil a evitar a estabilização. Inteligência do artigo 304 do CPC de 2015. Recurso provido.³⁰

TUTELA ANTECIPADA Estabilização da tutela antecipada - A interposição de agravo de instrumento contra a decisão que conceder a tutela ante-

29 TJSP; Agravo de Instrumento 2035241-11.2017.8.26.0000; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/05/2017; Data de Registro: 31/05/2017, in tjsp.jus.br, acesso em 18/08/18.

30 TJSP - AgIn 2213071-95.2016.8.26.0000 - 10ª Câmara de Direito Privado - j. 30/5/2017 - julgado por Araldo Telles - Área do Direito: Civil; Processual, in RT *on line*, <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000165597cabe5d-c487d56&docguid=I58ec99f0a99d11e7b4ca010000000000&hitguid=I58ec99f0a99d11e7b4ca010000000000&spos=15&epos=15&td=4000&context=32&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>, acesso em 20/08/18.

cipada é hábil a evitar a estabilização Inteligência dos arts. 303,304,994 e 1015, I, do CPC - Decisão mantida Recurso provido.³¹

Antes de abordar as consequências da exigência legal, é preciso lembrar que a redação do projeto do CPC aprovada no Senado Federal (PLS 166/2010), previa que a ausência de **impugnação** da tutela provisória antecedente implicaria a continuidade da produção de efeitos da decisão liminar. Após ser remetido à Câmara dos Deputados, o projeto foi alterado e aprovado tal como consta da redação do Código (item 1, *n fine*).

Há que se fazer a interpretação sistemática das normas do CPC e esta leva necessariamente à posição mais abrangente, de que qualquer forma de impugnação ou qualquer meio pelo qual o réu mostre interesse na cognição exauriente, dentro do prazo do recurso, é suficiente para obstaculizar a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Impor a interposição do agravo de instrumento pelo réu com a simples finalidade de obstaculizar a estabilização da tutela antecipada antecedente é assumir

31 TJSP - AgIn 2099850-37.2016.8.26.0000 - 21ª Câmara de Direito Privado - j. 22/6/2016 - julgado por Maia da Rocha - Área do Direito: Civil; Processual, in RT *online*, <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016559851e6dd677ffc0&docguid=lb3eeadb08aef11e7a84e010000000000&hitguid=lb3eeadb08aef11e7a84e010000000000&spos=2&epos=2&td=1208&context=61&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMulti-Summ=&startChunk=1&endChunk=1>, acesso em 20/08/18.

uma desconstrução dos princípios da razoável duração do processo e da economia processual, levando mais questões a serem apreciadas pelos tribunais. O princípio da razoável duração do processo, além de expressamente consagrado na CF, art. 5º, LXVIII, está contemplado no CPC, art. 4º, segundo o qual “as partes têm o direito de obter em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Ora, a exigência de interposição de um recurso apenas para demonstrar ao Poder Judiciário a intenção de que o réu pretenda o julgamento da causa atenta à razoável duração do processo, justo porque obriga à prática de atos processuais desnecessários, o que flagrantemente também viola a economia processual. O agravo de instrumento será distribuído ao relator, que apreciará eventual pedido de efeito suspensivo, determinará intimação do agravado para apresentar contrarrazões e levará a julgamento pelo colegiado. Multiplicando-se os agravos, pode-se imaginar a quantidade de atos realizados desnecessariamente.

Por outro lado, ainda que se entenda pela imprescindibilidade do agravo de instrumento pelo réu, a fim de evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente, a possibilidade de ajuizamento de ação de exaurimento no prazo de dois anos (CPC, art. 304, §2º) torna a exigência ainda mais improdutiva.

Ainda que o juiz desconsidere impugnação do réu feita diferentemente do agravo de instrumento e profira decisão de extinção do processo, o demandado poderá propor,

até mesmo no dia seguinte, ação visando à revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada, a fim de que a cognição seja exaurida (CPC, art. 304, §2º).

Lembre-se que a estabilização é uma técnica de monitorização e autonomização do procedimento, dependendo da atitude do réu a continuidade ou não do processo. Se ele manifestar interesse, qualquer que seja a forma, o processo continua; do contrário, o processo será extinto, sem resolução do mérito (CPC, art. 304, §2º).

5. Para uma interpretação da lei consonante com a eficiência

Portanto, qualquer espécie de oposição do réu à estabilização ou ao interesse na cognição exauriente, como simples petição informando que pretende participar da audiência de conciliação ou mediação, contestação apresentada antes do prazo, reconvenção, pedido de suspensão de liminar, reclamação, é suficiente. Tal insurgência deverá ser feita dentro do prazo do recurso competente. Em sendo agravo de instrumento contra decisão de juiz de primeiro grau, quinze dias úteis (CPC, arts. 219, 1003, §5º e 1015, I).

Sendo a tutela antecipada antecedente concedida em sede recursal por força de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu a tutela em primeiro grau, o recurso competente será o agravo interno (CPC, art. 1.021), mas também as impugnações acima descritas poderão inviabilizar a estabilização, tanto se apresenta-

das em primeiro, quanto em segundo grau. Neste caso, a apresentação de contrarrazões ao agravo de instrumento já obsta a estabilização.

A consolidação do entendimento proposto certamente evitará a prática de diversos atos desnecessários que demandam a prestação jurisdicional e aumento do custo do processo.

6. Conclusões

O CPC de 2015 trouxe muitas mudanças ao processo civil brasileiro, além de ter estabelecido esteios distintos da codificação de 1973. Os princípios do processo civil previstos na Constituição da República foram corroborados no CPC, que também deixou clara a intenção do legislador em propiciar o estímulo às formas consensuais de resolução de conflitos, destacando-se a conciliação e a mediação. Apesar da autocomposição gerar título executivo judicial se homologada por sentença, não há, neste caso, propriamente julgamento do mérito, mas tão somente uma chancela do Poder Judiciário à transação das partes.

A estabilização da tutela antecipada antecedente também é algo novo, mas já aplicado em outros países e de há muito proposto por processualistas de vanguarda no Brasil.

A resistência à estabilização nada mais é do que o bloqueio ao moderno, que inicialmente assusta, mas depois faz acostumar e vislumbrar novos perspectivas de resultados.

Se a sociedade está disposta a aceitar novos costumes tecnológicos também deve estar aberta aos modelos diferenciados de solução de conflitos que prescindem de sentença judicial: conciliação, transação, negociação, arbitragem, estabilização da tutela.

Não se está propondo o fim do processo civil propiciado pelo procedimento comum ou pelos procedimentos especiais que propiciam a prolação de sentença de mérito, mas o estabelecimento de filtros para viabilizar a resolução de problemas de forma mais rápida e eficiente, sendo a estabilização da tutela antecipada antecedente uma forma diferenciada capaz de regular diversas situações em que o simples cumprimento de uma decisão já satisfaz o demandante, que não precisa de uma sentença transitada em julgado.

Desta forma, elogiável a opção do legislador em contemplar a estabilização da tutela antecipada antecedente. Todavia, alguns ajustes merecem atenção da doutrina e jurisprudência, a fim de que o procedimento não viole os princípios da razoável duração do processo e da economia processual.

É imperioso que se admita ao réu evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente por qualquer meio de impugnação, não só o recurso competente, para não se afogar o Póde Judiciário com recursos desnecessários e improdutivos.

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 121, mar. 2005, pp. 11-37.

LEITÃO, Cristina. Estabilização da tutela antecipada antecedente: um olhar otimista. **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni**. MITIDIERO, Daniel (coord.); Sérgio Cruz (org.); DOTTI, Rogéria Fagundes (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 413-425.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, Dierle e ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no Novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER, Fredie (coord. Geral). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 69-101.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela da urgência e tutela da evidência**. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TALAMINI, Eduardo. “Tutela de urgência no projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a monitorização do processo civil brasileiro”, in **Revista de Processo**, ano 2012, v. 209, p. 20.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 57ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO e Leonardo Ferres da Silva, MELLO. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO - LEI 13.467/2017: EVOLUÇÃO OU RETROCESSO?

Mariane Josviak

Mestre em Direito Cooperativo e Cidadania, pela UFPR; Especialista em Direito do Trabalho pela EMATRA; Especialista em Direito Contemporâneo pelo IBEJ e Direito Constitucional pelo IBConst; Procuradora Regional do Trabalho do Ministério Público do Trabalho da 9ª Região - Paraná.

Paulo Eduardo da Silva Muller

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba, Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela EMATRA, Advogado do escritório Glomb e Advogados Associados.

Resumo: O presente artigo versa sobre as implicações dos honorários advocatícios sucumbenciais na justiça do trabalho, sob o enfoque das novas regras introduzidas pela lei 13.467/2017.

Através de uma análise comparativa do instituto sob o manto do Código de Processo Civil, buscamos obter esclarecimentos quanto a aplicabilidade dos honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho, observando as peculiaridades que definem esse ramo do Direito, em especial o Princípio Protetivo ao hipossuficiente da relação jurídica.

Os honorários advocatícios sucumbenciais não podem servir como impedimento ao acesso à justiça, principalmente por aqueles que mais necessitam da prestação jurisdicional, como é o caso dos hipossuficientes assistidos pelo benefício da justiça gratuita.

Palavras-chave: Honorários Sucumbenciais, Justiça do Trabalho, Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, Hipossuficiente, Justiça Gratuita, Acesso à Justiça, Princípio Protetivo.

1. Introdução

Versa este artigo sobre honorários sucumbenciais introduzidos pela Reforma Trabalhista, em vigor desde o dia 11 de novembro de 2017, com substanciais mudanças na Consolidação das leis do Trabalho.

Na sistemática antiga, os honorários advocatícios não eram devidos pela mera sucumbência, exigindo-se para a sua concessão a presença cumulativa de dois requisitos: [a]

estar assistido pelo sindicato da categoria; [b] ser beneficiário da justiça gratuita, conforme Súmula n. 219, I, do TST. Existiam apenas os honorários contratuais e assistenciais, incidindo os honorários sucumbenciais apenas nas ações rescisórias, quando o ente sindical figurasse como substituto processual e nas lides que não derivassem da relação de emprego.

Com a promulgação da Lei nº 13.467/17, o que se vislumbra é a condenação em honorários sucumbenciais, com o entendimento majoritário de serem devidos apenas para lides ajuizadas após a reforma, quando devidos.

Em síntese, pela reforma são devidos honorários advocatícios: [a] pela mera sucumbência, ainda que o advogado atue em causa própria, [b] nas ações contra a Fazenda Pública, [c] nas ações que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato da sua categoria e [d] na reconvenção.

Se faz mister primeiro classificar as modalidades de honorários existentes: contratuais, sucumbenciais e assistenciais. Observa-se que os honorários contratuais exsurgem de relação de prestação de serviços existente entre advogado e seu cliente. As partes os definem por comum acordo de vontades. Os honorários assistenciais, por sua vez, resultam da assistência judiciária gratuita e são devidos ao sindicato. E, por último, os honorários de sucumbência são fixados na sentença, resultado do fato da derrota. Eles estão previstos no art. 791-A, *caput*, da CLT.

A garantia da gratuidade judiciária aos hipossuficientes foi posta em cheque pela Reforma Trabalhista, sendo parte de seu conteúdo objeto de arguição de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 5766) pelo Procurador Geral de Justiça. Há um contrassenso ao impor riscos ao hipossuficiente de demandar na Justiça do Trabalho, sobretudo quando sujeito a pagar custas e despesas processuais de sua sucumbência mediante uso de créditos trabalhistas de natureza alimentar, em prejuízo de seu sustento e de sua família. Argui-se, portanto, a seguinte indagação: o estabelecimento de honorários sucumbenciais a serem pagos pelo empregado não fere o princípio constitucional de acesso à justiça e, por consequência, o seu direito material ao recebimento de verbas alimentares?

Com este artigo pretendemos analisar essa importante modificação introduzida pela reforma trabalhista, os honorários sucumbenciais. Se devidos, nos parece que devem ser aplicados apenas aos processos ajuizados após a reforma, dado o caráter híbrido da norma, de natureza material e processual, e ainda com a observância de cautelas essenciais, que irão compor este artigo, sob pena de se obstaculizar o acesso à Justiça. Intenta-se ao final demonstrar que se houver o indeferimento do pedido do autor, sem que haja pleitos manifestamente incongruentes, tal negação não ocasionará prejuízos aos advogados que já possuem garantidos os seus honorários advocatícios. Nesta senda, acabará por preservar o direito dos empregados de acesso a Justiça para receber verbas alimentares não recebidas oportuna-

mente, face ainda a hipossuficiência que deve prevalecer como regra interpretativa. Alternativamente, sugere-se a condenação em valores fixos e objetivos, fazendo valer referida reforma trabalhista, sem impedir efetivamente a garantia constitucional de acesso à Justiça.

2. Peculiaridades do direito do trabalho

Indubitavelmente, a discussão sobre a aplicação dos honorários advocatícios na esfera trabalhista nos remete a ideia de equidade com o Direito Processual Civil, inclusive para aqueles que operam nas respectivas esferas. A função do advogado é essencial e indispensável à Justiça, e contra esse conceito não há discussão, conquanto previsto no artigo 133 da Constituição Federal de 1988.

Assegurado pelo Estatuto da advocacia, destinados a remunerar o serviço profissional prestado e ostentado natureza alimentar (súmula 47 do Supremo Tribunal Federal), os honorários advocatícios são assegurados aos advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

Portanto, por qual motivo é garantido aos advogados “civilistas” o direito de receber honorários advocatícios sucumbenciais e os advogados “trabalhistas” não?! A atônita merece ser avaliada com cautela.

Diferente do Direito Civil, que tem como premissa a igualdade entre as partes (ressalva-se aqui as diretrizes norteadoras do Direito do Consumidor, em especial a que relativiza o conceito de equidade processual, de modo a

conferir um tratamento diferenciado à parte hipossuficiente da relação de consumo), no Direito do Trabalho prevalece o Princípio Protetivo, que visa proteger o hipossuficiente da relação laboral, condição essa pré-existente, para estabelecer uma igualdade substancial entre as partes. Américo Plá Rodriguez¹, de forma simples e objetiva nos orienta:

“O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se a uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.”

A reflexão, portanto, reside em estabelecer o bem da vida tutelado nos processos trabalhistas: se a proteção ao trabalhador (enquanto agente hipossuficiente) ou o direito de honorários sucumbenciais pela prestação de serviço profissional do advogado (artigo 22 do Estatuto da Advocacia).

O direito de acesso à justiça deve sempre prevalecer em um Regime Democrático de Direito. A presença do advogado nessa tarefa é imprescindível, contudo, de nada

1 RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Editora Ltr, 2002. p. 83.

adiantará o seu papel se o principal deixar de existir em razão da lei causar embaraços ou dificultar o seu acesso, revelando assim, uma ameaça a sua existência. É sob esse prisma que os honorários advocatícios sucumbenciais merecem ser vistos com cautela, não porque o advogado não é merecedor de prestígio, mas atento à diferenciação do Direito do Trabalho.

A diminuição do ingresso de ações trabalhistas já é uma realidade, não porque não existe um direito a ser tutelado, muito menos porque as pessoas tomaram consciência quanto as suas obrigações e passaram a cumpri-las, mas sim porque existe o temor de ser condenado ao pagamento de honorários sucumbenciais em quantia superior a capacidade econômica. Não se esqueçamos de que se trata de verbas de cunho estritamente alimentar, que deveriam ter sido pagas oportunamente pela força de trabalho despendida em prol das atividades econômicas finalísticas para a qual trabalhara.

3. A intenção do legislador com a reforma trabalhista– Lei 12.467/2017

Reservando, por ora, a reflexão epistemológica que o tema exige, a adoção dos honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho pelo legislador, através da lei 12.467/2017, teve como escopo outra finalidade, que por sinal, passa longe das discussões acadêmicas sobre o tema e do papel essencial do advogado à justiça.

O Código de Processo Civil, ao estabelecer em seu artigo 85 que “*a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor*”², traduz a consequência do princípio da causalidade, em que a parte perdedora deve arcar com os honorários da parte vencedora. Reparem que o termo vencido e vencedor remete à ideia de disputa. Esta, analisada sob um senso de justiça, gera uma condição de igualdade de forças entre os oponentes. O ônus de sucumbência no Processo Civil é válido, haja vista que seu fundamento é pautado na igualdade entre as partes, não somente no aspecto formal, mas também social, econômico e processual.

A esfera trabalhista, nesse ponto, é totalmente antagônica ao Direito Comum. A relação de capital e trabalho desdobra a um estado de desigualdade entre as partes que faz parte da sua essência. O Princípio Protetivo direciona o Direito do Trabalho como fonte de proteção ao sujeito hipossuficiente da relação laboral, em razão da inevitável condição econômica mais favorável e direção do empreendimento de uma das partes. Mais do que conferir uma proteção ao hipossuficiente, o princípio protetivo nos parece garantir uma disputa justa entre as partes, estabelecendo assim, uma aproximação concreta com o Direito Comum.

Comparando o artigo 791-A da CLT com o artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015, observamos que

2 BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

legislador incorporou a regra do direito processual civil quase que em sua integralidade, ressalvadas algumas peculiaridades. De plano, podemos descartar a ideia de que o legislador procurou equiparar o advogado trabalhistas ao civilista, já que os percentuais dos honorários são inferiores – mínimo de 5% e máximo de 15% para os advogados trabalhistas, em contrapartida, mínimo de 10% e máximo de 20% para os advogados civilistas.

Denota-se, portanto, que a motivação do legislador ao inserir os honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho se revelou totalmente diversa daquela prevista pelo Código de Processo Civil. Aliás, o legislador foi franco quanto a sua intenção, conforme decorre a exposição de motivos do deputado federal Rogério Marinho (PSDB), relator do substitutivo ao projeto de lei originário da reforma trabalhista³:

“A ausência histórica de um sistema de sucumbência no processo do trabalho estabeleceu um mecanismo de incentivos que resulta na mobilização improdutiva de recursos e na perda de eficiência da Justiça do Trabalho para atuar nas ações realmente necessárias. A entrega da tutela jurisdicional consiste em dever do Estado, do qual decorre o direito de ação. Todavia trata-se de dever a ser

3 BRASIL, **Parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do poder executivo, que “altera o decreto-lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de Janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências.** Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961 Fls. 69. Acesso em: 27 fev. 2018.

equilibrado contra o impulso da demanda temerária. **Pretende-se com as alterações sugeridas inibir a propositura de demandas baseadas em direito ou fatos inexistentes.** Da redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho. Além disso, o estabelecimento do sistema de sucumbência coaduna-se com o princípio da boa-fé processual e tira o processo do trabalho da sua ultrapassada posição administrativa, para aproximá-lo dos demais ramos processuais, onde vigora a teoria clássica da causalidade, segundo a qual quem é sucumbente deu causa ao processo indevidamente e deve arcar com os custos de tal conduta.” (*grifo nosso*)

A natureza dos honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho, portanto, é punitiva, visando, sobretudo, estancar e reduzir o número de ações trabalhistas. Não se trata de estabelecer uma aproximação da ciência jurídica do Direito Processual Civil com o Direito do Trabalho, como defendem aqueles que sustentam a ideia de promoção de equidade entre os operadores do direito.

Conforme dados levantados, a verdadeira finalidade da introdução de honorários sucumbenciais parece estar sendo alcançada. Apenas no TRT-2, passados seis meses desde a vigência da CLT reformada, verificou-se uma queda na demanda do Tribunal em 40%⁴. Já é possível afirmar

4 BRASIL, Boletim de Notícias Conjur. **Reforma trabalhista derruba de-**

que de fato a possibilidade de pagamento de honorários sucumbenciais em caso de improcedência tem desestimulado o trabalhador a buscar os seus direitos na via judicial.

A intenção do legislador é contrária às garantias estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, sobretudo a de acesso a justiça, previsto no artigo 5º, XXXV da Carta Magna, em especial àqueles que demandam maior proteção pelo Estado.

4. Outros mecanismos de proteção contra ações temerárias

O Código de Processo Civil (lei 13.105/2015), de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho (artigo 769 da CLT), dispõe sobre os deveres das partes, sobretudo o de agir de boa-fé, conforme preceitua o artigo 6º do CPC. Rui Stoco⁵, sobre o tema, assim nos orienta:

“Estar de boa-fé e agir de boa-fé constituem estados inerentes ao ser humano. Ele nasce puro, ingênuo e absolutamente isento de maldade ou perversidade. Em sua gênese, vai se transformando segundo influência dele sobre si próprio e da sociedade em que vive sobre ele, podendo manter sua condição original ou assumir comportamentos decorrentes da influência e da sua conversão.

manda ao TRT-2 em 40%, diz presidente da corte. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/reforma-trabalhista-derruba-demanda-trt-40-presidente>. Acesso em 15 mai. 2018.

5 STOCO, Rui. **Abuso de direito e má-fé processual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

Portanto, a boa-fé constitui atributo natural do ser humano, sendo a má-fé o resultado de um desvio de personalidade. ”

Equivocadamente, o legislador reformista adotou como premissa a má-fé, quando a hermenêutica jurídica nos orienta que a boa-fé é presumida. Trata-se de uma obrigação das partes, devendo estar presente em todas as relações jurídicas, enquanto dever de lealdade de todos. Nesse diapasão, o artigo 187 do Código Civil⁶ determina: “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*”.

Na relação processual não é diferente, competindo às partes agir de forma leal, mediante exposição dos fatos conforme a verdade, nos termos do artigo 77 do Código de Processo Civil. Já alertava Pontes de Miranda que “quem, em ação contra B, para reivindicar um bem, em vez de só expor o que deu ensejo à propositura, diz que o possuidor das terras reivindicadas vivia com uma senhora vizinha do autor da ação, procede deslealmente porque isso nada tem com a causa”⁷.

As ações temerárias alcançam todas as esferas do Direito, não exclusivamente no Direito do Trabalho. Inseridas

6 BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. de 2002. 181º da Independência e 114º da República.

7 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 471.

no conceito de Abuso de Direito, constituem-se em ato ilícito e, por consequência, estão sujeitas à Responsabilidade Civil, surgindo a obrigação de reparar os eventuais danos causados. A lei dispõe sobre diversos mecanismos de proteção nesse sentido, que não se confundem com a finalidade dos honorários sucumbenciais, até porque, na prática, nem sempre uma ação temerária será improcedente.

O legislador se esqueceu das regras já previstas para esse tipo de comportamento, ensinamentos valiosos obtidos por meio do artigo 79 e seguintes do Código de Processo Civil que, inclusive, dispõem sobre penalidades àqueles que se aventuram nesse engenho, aplicadas de forma subsidiária e bem vista pelo Poder Judiciário Trabalhista, conforme ilustram os seguintes arrestos jurisprudenciais⁸:

“TRT-PR-29-09-2017 EMENTA: LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO “EX OFFICIO”. Reputa-se litigante de má-fé a parte que nega ou distorce de forma grosseira a verdade dos fatos, utilizando-se do processo para obtenção de vantagem indevida. O instituto tem aplicação restrita, sendo necessário demonstrar o elemento subjetivo, sobretudo em face da garantia constitucional do direito de ação e do amplo acesso ao Poder Judiciário. Se a conduta da parte se enquadra nas hipóteses inscritas nos incisos I

8 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (9. Região). **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, disponível em: <https://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml> . Acesso em: 12/02/2018.

a VII do artigo 80 do novo Código de Processo Civil (CPC), cabível a aplicação das respectivas multas (artigo 81 do CPC) e indenização (artigo 79 do CPC). Recurso ordinário do reclamante conhecido e não provido. TRT-PR-01841-2015-659-09-00-2-ACO-29179-2017 - 7A. TURMA Relator: ALTINO PEDROZO DOS SANTOS Publicado no DEJT em 29-09-2017”

“TRT-PR-15-08-2017 LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - PARTE FALTOU COM A VERDADE - COMPROVAÇÃO EM DILIGÊNCIA - ACORDO DE APLICAÇÃO DA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. As partes e os procuradores têm o dever de lealdade, de probidade e de verdade, sob pena de traduzir litígio nos termos do artigo dos arts. 80 e 81 do CPC. Na hipótese vertente, a reclamante apresentou versões dos fatos diverso do que restou evidenciado por diligência realizada pelo MM. Juízo, o que confirma que a autora faltou com a verdade em suas declarações, sujeitando-se a aplicação da multa por litigância de má-fé, que as partes concordaram em audiência se submeterem, tendo o MM. Juízo da instrução permitido a reconsideração dos depoimentos antes do resultado da diligência. Litigância de má-fé reconhecida. TRT-PR-00031-2015-594-09-00-8-ACO-25629-2017 - 6A. TURMA Relator: SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS Publicado no DEJT em 15-08-2017”

“TRT-PR-15-08-2017 LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PEDIDO DE VERBA COMPROVADAMENTE JÁ PAGA. CARACTERIZAÇÃO. Os incisos do art. 80 do NCPC, utilizado subsidiariamente no processo trabalhista, nos termos do art. 769, da CLT, apresentam as hipóteses de configuração de litigância de má-fé. No caso, o reclamante ajuizou a presente demanda alegando não ter recebido, “qualquer” valor referente às verbas rescisórias “até a presente data”. Contudo, em contestação, a reclamada juntou às fls. 357/359 o comprovante de pagamento das referidas verbas, no qual consta que a operação foi efetivamente realizada logo após a rescisão contratual, documento esse que sequer foi impugnado pelo autor. Conclui-se, portanto, que o autor faltou com a verdade em suas declarações e agiu maliciosamente ao alegar não ter recebido verba que comprovadamente lhe foi paga. Não se debate, aqui, o direito de ação, incólume, mas a falsidade das informações apostas na causa de pedir e o comportamento desleal da parte que procedeu de modo temerário, visando o recebimento, de forma dúplice, de verba sabidamente já quitada antes do ajuizamento da ação, até mesmo contando com uma eventual revelia do réu. Postura deliberadamente falaciosa, que atrai a aplicação da multa prevista no art. 81, do NCPC. Recurso do réu provido, para se condenar o autor ao pagamento de multa por litigância de má-fé. TRT-PR-02534-2014-872-09-00-4-ACO-25803-2017 - 6A. TURMA Relator: SUELI GIL EL RAFIHI Publicado no DEJT em 15-08-2017”

“TRT-PR-04-08-2017 SINDINCATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. ABUSO DE PRERROGATIVAS. DESVIRTUAMENTO DO DIREITO DE AÇÃO. O exercício do direito da ação, especialmente quando exercido por entidade de classe na proteção dos direitos dos substituídos, pressupõe a imputação de conduta indevida à parte adversa, não sendo lícito a utilização genérica e ir-restrita do processo trabalhista tão somente como meio investigativo de interesses privados. Do contrário, estar-se-ia a perverter não só as prerrogativas inerentes ao ente sindical, como também a imputar ao Poder Público a atuação em prol de terceiro cuja incúria é evidente e pautada pela nefasta ideia do “se conseguir algo, é lucro”. Recurso Ordinário a que se nega provimento, com a condenação do sindicato autor por litigância de má-fé. TRT-PR-37478-2014-014-09-00-2-ACO-24873-2017 - 4A. TURMA Relator: MARCUS AURELIO LOPES Publicado no DEJT em 04-08-2017”

Outros exemplos demonstram que a forma de coibir o ingresso de ações temerárias não depende da deturpação da função dos honorários advocatícios. Citamos o previsto no artigo 702, §10 do CPC que dispõe sobre a multa por litigância de má-fé nas ações monitórias; também o previsto no art. 940 do CC, que atribui consequências severas para aqueles que demandam por dívidas pagas.

O exercício do direito de ação, manifestado simplesmente pelo ajuizamento de demanda judicial, não deve ser interpretado como abuso de direito. Porém, há situação diversa quando ocorre a alteração da verdade com o intuito

de obter vantagem indevida, hipótese que se configura desleal e de má-fé. Nesse sentido, o jurista Stoco⁹ nos orienta:

“Se o seu comportamento processual se der *secundum ius*, ou seja, conforme a moldura estabelecida na lei processual civil, não há abuso nem desvio, pouco importando que o resultado da demanda lhe seja favorável ou desfavorável, na consideração de que a só perda da ação judicial não licencia o vencedor a pretender perdas e danos, como de resto não justifica invocar o fundamento de que a sua condição de réu (embora vencedor) causou-lhe incômodos e prejuízos.”

O exercício regular do direito de ação vai além da hipótese de isenção de responsabilidade civil, enquanto garantia prevista na Constituição Federal de 1988. Segundo Nelson Neri Junior, sequer a lei infraconstitucional possui a prerrogativa de restringi-lo:¹⁰

“Nisso reside a essência do princípio: o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional *adequada*. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação. [...] Como as garantias fundamentais e os direitos sociais (CF 5.º a 8.º) devem ser interpretados *ad amplianda* – contrariamente aos demais preceitos constitucionais, que se interpretam *ad*

9 STOCO, 2002, *op. cit.*, p. 144-145.

10 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2009. P. 172-173.

restringenda -, não se pode dar à lei interpretação que impeça ou dificulte o exercício da garantia constitucional do direito de ação.”

Desnecessária a constatação de sucesso ou insucesso da ação para que se configure o abuso de direito, que se constitui apenas na hipótese de má-fé, conforme leciona Stoco¹¹:

“Do que se infere que o fato da perda da ação mostra-se despiciendo e insuficiente para conduzir ao dever de indenizar, considerando que o conceito de improbidade processual, como insistentemente observado, prende-se à má-fé e tem como antecedente um comportamento culposos. ”

O propósito não deveria ser inibir a proposituras de ações trabalhistas, conforme quis o legislador, até porque tal afirmativa ofende o direito de acesso à justiça, consagrado pelo artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988. A questão é identificar as ações temerárias, cuja atribuição cabe ao Poder Judiciário, quando da entrega da tutela jurisdicional.

5. O hipossuficiente – garantia de acesso ao poder judiciário

Prevista inicialmente na lei 1.060/50, a Assistência Judiciária Gratuita compreendia a isenção de despesas processuais (de modo geral), honorários do advogado e do

11 STOCO, 2002, *loc. cit.*

perito, além de nomeação de defensor público para o patrocínio da causa. O beneficiário era o demandante necessitado, assim compreendido àqueles que não podia demandar sem prejuízo de seu sustento ou de sua família. Ganhou status de garantia constitucional a partir de 1988, pelo artigo 5º, LXXIV da Carta Magna.

Bastava requerer o benefício ao juiz competente, mediante simples petição ou na própria inicial, afirmando não possuir condições financeiras para demandar judicialmente sem o prejuízo do sustento. Embora exigido que o requerente comprovasse a sua hipossuficiência mediante atestado (expedido pela autoridade policial ou pelo prefeito municipal) ou prova de recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do salário mínimo regional (contrato de trabalho, CTPS ou holerite), a afirmação da sua condição de pobreza, nos termos da lei, bastava para a presunção e deferimento dos benefícios. Era esse o teor do antigo artigo 790, §3º da CLT.

A Assistência Judiciária Gratuita, com o advento do novo Código de Processo Civil (lei n. 13.105/2015), passou por sensíveis alterações, que não se restringiram somente ao seu título. Com a alcunha de Gratuidade da Justiça, previsto no artigo 98 e seguintes do CPC de 2015, os benefícios passaram a ser estendidos também às pessoas jurídicas, e não somente às pessoas físicas.

O rol de isenções não sofreu alterações, sendo incluídas outras possibilidades para o bom andamento do pro-

cesso, como por exemplo: remuneração de intérprete ou de tradutor nomeado para tradução de documento em língua estrangeira e despesas com elaboração de cálculos.

Os honorários advocatícios e as despesas processuais decorrentes da sucumbência não foram incluídas na assistência, passando o beneficiário a responder por elas em caso de improcedência da ação. Sua exigibilidade, no entanto, permanece suspensa por até 5 anos após o trânsito em julgado da decisão que as certificou, cabendo ao credor, no interesse de executar as obrigações decorrentes da sucumbência, comprovar que a condição de hipossuficiente do beneficiário se extinguiu nesse interregno, sob pena de decadência do direito de exigí-las.

A presunção da insuficiência de recursos, feita por pessoa natural mediante simples afirmação, continua válida. O requerimento poderá ser indeferido apenas se existirem nos autos elementos que evidenciam o não atendimento dos requisitos necessários para a concessão do benefício, hipótese em que o beneficiário deverá ser intimado para comprovar o preenchimento desses requisitos.

As regras da gratuidade da justiça dispostas no Código de Processo Civil e na lei 13.105/50, com supedâneo no artigo 769 da CLT, são adotadas de forma subsidiária perante a Justiça do Trabalho, desde que compatíveis com as normas estabelecidas no título X - Do Processo Judiciário do Trabalho da CLT.

Com o advento da lei 13.467/2017, a legislação trabalhista também passou a estabelecer algumas regras sobre a gratuidade da justiça (na CLT é chamada de justiça gratuita). Dispostas em artigos esparsos ao longo da CLT, trazem, de uma forma geral, semelhanças com aquelas previstas no CPC. É o caso da responsabilidade pelos honorários sucumbenciais, salvo duas alterações que o parágrafo 3º do artigo 98 do CPC não dispõe: a permissão de compensação das despesas sucumbenciais (incluindo também honorários periciais) com créditos reconhecidos ao beneficiário em outros processos e a redução do prazo suspensivo de exigibilidade da despesa sucumbencial em 2 anos, conforme parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT.

A novel legislação trabalhista inovou, através do parágrafo 3º do artigo 790 da CLT, ao facultar ao juiz a concessão da justiça gratuita *“àqueles que percebam salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência social”*¹².

A presunção da hipossuficiência do beneficiário, quando declarada por simples manifestação, não foi esclarecida na lei 13.467/2017, de modo que a CLT não traz qualquer previsão nesse sentido. Entretanto, considerando que o artigo 769 da CLT permaneceu inalterado, entendemos pela aplicabilidade subsidiária do artigo 99, parágrafo 3º do CPC nos processos trabalhistas, porquanto compa-

12 BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943, 122º da Independência e 55º da República.

tíveis com as regras processuais do Direito do Trabalho, resolvendo assim, a lacuna legislativa sobre a presunção de insuficiência de recursos. O parágrafo 4º do artigo 790 da CLT, não afasta essa conclusão, porquanto o artigo 1º da lei 7.115/83, que trata sobre a prova documental e, portanto, é lei especial que derroga a geral, dispõe que a declaração destinada a fazer prova de pobreza, quando firmado pelo interessado ou seu procurador, presume-se verdadeira.

Nesse sentido trilha o entendimento majoritário do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, conforme sedimentado em sua súmula n. 463¹³:

“Súmula nº 463 do TST

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017

I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

13 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 463. **Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho.** Resolução nº 220 de 18 de setembro de 2017 Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_451_600.html#SUM-463. Acesso em: 20/02/2018.

II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo. ”

Mesmo diante das recentes alterações legais, o legislador pretende novamente alterar as regras da Gratuitidade da Justiça prevista no Código de Processo Civil e na lei 1.060/50, para fixar requisitos objetivos de concessão do benefício.

Tramitando na Câmara dos Deputados¹⁴, o projeto de lei n. 5.900/16, de autoria do Deputado Paes Landim (PTB-PI), pretende fixar os mesmos parâmetros daqueles utilizados no cadastro único para programas sociais do Governo, dentre eles, exigência de comprovação de renda de até 3 salários mínimos. O projeto encontra-se em análise perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Também no Senado Federal¹⁵, tramita o projeto de lei n. 229/2017 de autoria da Senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB/AM), que fixa como condição para concessão do benefício a comprovação de dois requisitos, dentre eles: renda de até 10 salários mínimos, participação em programa de

14 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Acesso à Justiça gratuita poderá ter novos critérios**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/519612-ACESSO-A-JUSTICA-GRATUITA-PODERA-TER-NOVOS-CRITERIOS.html> . Acesso em 13/02/2018.

15 BRASIL. Senado Federal. **Requisitos para concessão da gratuidade de justiça serão analisados pela CCJ**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/07/24/requisitos-para-concessao-da-gratuidade-de-justica-serao-analisados-pela-ccj>. Acesso em: 13/02/2018.

assistência social; isenção de Imposto de Renda e propriedade de apenas um imóvel utilizado como moradia. Ainda, o projeto também dispõe sobre a possibilidade do juiz fixar outros parâmetros para determinar a hipossuficiência do requerente. O projeto também encontra-se em análise perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Ainda prospectivamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5766, ajuizada pelo Procurador-geral da República Rodrigo Janot perante o Supremo Tribunal Federal, tem como escopo a declaração de inconstitucionalidade do artigo 790-B da CLT em seu caput e parágrafo 4º; do artigo 791-A §4º e artigo 844 da CLT, que dispõem sobre a responsabilidade do beneficiário da justiça gratuita em arcar com custas, honorários periciais e advocatícios sucumbenciais. Segundo o Procurador-geral¹⁶ (fls. 3):

“Os dispositivos apontados apresentam inconstitucionalidade material, por impor restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho, em violação aos arts. 1º, incisos III e IV; 1º 3º, incs. I e III; 5º, *caput*, incs. XXXL e LXXIV e § 2º; e 7º a 9º da Constituição da República.”

Neste processo, o Ministro Edson Fachin entendeu em seu voto que a imposição dos honorários de sucumbência

16 BRASIL. Procuradoria Geral da República. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=13465868&tipo=TP&descricao=ADI%2F5766>. Acesso em 13/02/2018. P. 3.

ao beneficiário da Justiça Gratuita significa “uma possibilidade real de negar-se direitos fundamentais dos trabalhadores pela imposição de barreiras que tornam inacessíveis os meios de reivindicação judicial de direitos, o que não se pode admitir no contexto de um Estado Democrático de Direito¹⁷”. Segundo o Ministro, o conteúdo do direito à gratuidade da Justiça se impõe perante o legislador infraconstitucional. Assim sendo, ao concluir que as limitações impostas pela Reforma afrontaram os objetivos da Constituição, esvaziando direitos fundamentais essenciais dos trabalhadores, votou pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (ANAMATRA), que reuniu mais de 650 juizes, procuradores e auditores fiscais, além de advogados e demais operadores do direito¹⁸, para tratar sobre a interpretação e aplicação da lei n. 13.467/2017, concluiu também pela inconstitucionalidade da previsão de pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais pelo beneficiário da justiça gratuita, editando o enunciado n. 100:

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Vogal nº ADI 5.766. Brasília, 2018, p. 10.

18 BRASIL. Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. **REFORMA TRABALHISTA: Confira enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.** Disponível em: <http://www.anpt.org.br/imprensa/noticias/3208-reforma-trabalhista-confira-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho>. Acesso em 13/02/2018.

“100 HONORÁRIOS E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

É inconstitucional a previsão de utilização dos créditos trabalhistas reconhecidos em juízo para o pagamento de despesas do beneficiário da justiça gratuita com honorários advocatícios ou periciais (artigos 791-A, § 4º, e 790-B, §4º, da CLT, com a redação dada pela lei nº 13.467/2017), por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado, e à proteção do salário (artigos 5º, LXXIV, e 7º, X, da Constituição Federal).”

Embora, de fato, o enunciado não seja de aplicação compulsória, ao contrário das súmulas vinculantes, conforme artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela lei n. 11.417/2006, traduz pelo menos a tendência sobre a interpretação das alterações promovidas pela reforma trabalhista (lei n. 13.467/2017) por parte dos magistrados nas ações trabalhistas.

José Antonio Pancotti sustenta que não basta estabelecer garantias de acesso à justiça apenas no campo jurídico, é preciso criar mecanismos para a sua efetividade¹⁹:

“Tais garantias se iniciam pelo princípio da *inafastabilidade jurisdicional* dos atos jurídicos em geral, insculpidos no art. 5º, inc. XXXV da CF/88, *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Para a efetivação

19 PANCOTTI, José Antonio. **Institutos Fundamentais de Direito Processual: jurisdição, ação, exceção e processo**. São Paulo: Ltr, 2002. p. 70.

da garantia, enfatizou-se a garantia de assistência judiciária (art. 5º, LXXIV), criou-se a defensoria pública (art. 134) e ampliaram-se as garantias ao Ministério Público.”

A oneração do processo mediante atribuição de pagamento de honorários sucumbenciais aos vulneráveis, assim compreendidos os beneficiários da justiça gratuita, pode gerar um obstáculo insuperável de acesso à justiça, hipótese que fere os preceitos fundamentais de inafastabilidade jurisdicional, esculpido na Constituição Federal de 1988.

6. Aplicação da lei no tempo

O artigo 14 do Código de Processo Civil²⁰ assim dispõe: *“A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”*.

Embora previsto em norma processual, é inegável a repercussão material dos honorários advocatícios sucumbenciais, porquanto implicam em constituição de crédito ao advogado, em detrimento daquele que deu causa à propositura da ação. Natural, portanto, que se reconheça a sua natureza híbrida. Esse é o entendimento consubstanciado no enunciado n. 98 da Segunda Jornada de Direito Material

20 BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

e Processual do Trabalho promovida pela ANAMATRA²¹:

“98 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO

Em razão da natureza híbrida das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da lei 13.467/2017, haja vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida no momento da propositura da ação.”

Quando da alteração do Código de Processo Civil de 1973 para o de 2015, também não foi diferente, surgindo diversas dúvidas quanto a fixação dos honorários recursais para as ações em curso, ou seja, se a regra do §11º do artigo 85 do CPC já se aplicavam aos recursos interpostos antes da sua vigência, desafio esse semelhante que ora se enfrenta na Justiça do Trabalho, sobre as ações em curso quando da vigência da lei 13.467/2017. Inegável, portanto, socorrer-se no valioso conhecimento que os colegas civilistas detêm sobre o tema.

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, no intuito de consolidar o entendimento sobre a incidência dos ho-

21 BRASIL. Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. **Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.** Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em 13/02/2018.

norários recursais na fase de transição, editou o enunciado administrativo n. 7²², que assim dispõe: “**Enunciado administrativo n. 7** Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

A questão central da discussão reside no marco inicial dos honorários sucumbenciais. Há quem defenda o seu reconhecimento a partir da sentença, porque é através dela que surge a sucumbência. Por outro lado, existe a corrente que defende como marco inicial a propositura da demanda, haja vista que a sucumbência não é o único fator para a constituição dos honorários advocatícios, dependendo também, da causalidade.

Socorrendo-nos a esse último entendimento, que nos parece mais adequado, é seguro afirmar que os honorários sucumbenciais na justiça do trabalho seriam devidos somente àqueles processos propostos a partir da vigência da nova lei 13.467/2017, porquanto é a propositura da demanda o marco inicial para a fixação das regras processuais sobre os honorários sucumbenciais. A sentença, por sua vez, tem sua condição condenatória.

É no momento da propositura da demanda que se estima os riscos e ônus da ação, igual sorte ao Réu, que no

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado administrativo número 7. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos. Acesso em 15/02/2018.

momento da resposta avalia a sua resistência, não sendo razoável, portanto, sustentar a tese de que os honorários sucumbenciais previstos na lei 13.467/2017 sejam aplicados às ações em curso.

Exegese, portanto, compatível com o princípio da não surpresa, conforme artigo 10º e 489 do CPC; do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, garantias constitucionais previstas no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988, a mesma sorte o art. 6º da Li de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Algumas decisões judiciais já vão neste sentido. O TRT-4, em decisões recentes, considerou que tais normas seriam inaplicáveis aos processos anteriores à data da vigência da Lei n. 13.467, aplicando os princípios da causalidade e não surpresa²³.

7. Conclusão

A introdução dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho certamente possui caráter punitivo. Seu objetivo é claro, estancar e reduzir o número de ações trabalhistas. Não se trata de estabelecer uma aproximação da ciência jurídica do Direito Civil com o Direito do Trabalho, podendo-se descartar a ideia de promoção

23 BRASIL. Portal Mundo Sindical. **Autor de ação ajuizada antes da reforma trabalhista está livre de honorários sucumbenciais.** Disponível em: <http://www.mundosindical.com.br/Noticias/32192,Autor-de-acao-ajuizada-antes-da-Reforma-Trabalhista-esta-livre-de-honorarios-sucumbenciais> acesso em 15 mai. 2018.

de equidade entre os operadores do direito.

A intenção do legislador é contrária às garantias estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, sobretudo o de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV da Carta Magna, em especial àqueles que demandam maior proteção pelo Estado, o hipossuficiente.

Se o objetivo for evitar lides temerárias e o entendimento for da efetiva aplicabilidade, entendemos, reformulando opinião anterior, que a alteração legislativa no aspecto dos honorários sucumbenciais seja aplicada apenas para lides ajuizadas depois da vigência da nova lei, ou seja, após 11 de novembro de 2017.

Observe-se ainda que quanto ao beneficiário da justiça gratuita, o estabelecimento de honorários sucumbenciais deve ser tido como inconstitucional. Neste diapasão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5766, ajuizada pelo Procurador-geral da República Rodrigo Janot perante o Supremo Tribunal Federal, tem como escopo a declaração de inconstitucionalidade do artigo 790-B da CLT em seu caput e parágrafo 4º; do artigo 791-A §4º e artigo 844 da CLT, que dispõem sobre a impossibilidade beneficiário da justiça gratuita arcar com custas, honorários periciais e advocatícios sucumbenciais.

No caso do hipossuficiente, há a necessidade de cautela pelo aplicador do direito, pois o empregado pleiteia verba alimentícia que julga não estar paga adequadamente e, ainda assim, deverá pagar honorários a parte contrária,

na hipótese de ser sucumbente no pedido. Indaga-se: não seria mais equânime e justo com os princípios basilares do Direito do Trabalho aplicar as regras de honorários sucumbenciais apenas e supletivamente em caso de lides temerárias e comprovação de litigância de má-fé, conforme demonstrado nos itens desse artigo?

Ou ainda, estabelecer-se a fixação de valores específicos e fixos correspondentes a pequenos valores e que não comprometam efetivamente o acesso à Justiça e tampouco os créditos de natureza alimentar devidos ao demandante empregado hipossuficiente na Justiça do Trabalho.

Atemorizar o empregado para não ingressar na Justiça do Trabalho através da possível condenação em honorários sucumbenciais não parece razoável em um Estado Democrático de Direito. Exige-se, nesse momento, mais cautela do julgador, para garantir que não se aniquile o direito de acesso ao Poder Judiciário. O sentimento de entrega de força de trabalho sem a justa remuneração, jamais deve prevalecer, sob pena de se ferir a almejada segurança e paz social.

Referências bibliográficas

BRASIL. Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. **Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em 13/02/2018.

BRASIL. Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. **REFORMA TRABALHISTA: Confirma enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.** Disponível em: <http://www.anpt.org.br/imprensa/noticias/3208-reforma-trabalhista-confirma-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho>. Acesso em 13/02/2018.

BRASIL, Boletim de Notícias Conjur. **Reforma trabalhista derruba demanda ao TRT-2 em 40%, diz presidente da corte.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/reforma-trabalhista-derruba-demanda-trt-40-presidente>. Acesso em 15 mai. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Acesso à Justiça gratuita poderá ter novos critérios.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/519612-ACESSO-A-JUSTICA-GRATUITA-PODERA-TER-NOVOS-CRITERIOS.html> . Acesso em 13/02/2018.

BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943, 122º da Independência e 55º da República.

BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 jul. 1991. 170º da Independência e 103º da República.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 de março de 2015; 194o da Independência e 127o da República.

BRASIL, **Parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do poder executivo, que “altera o decreto-lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de Janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências.** Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961 Fls. 69. Acesso em: 27 fev. 2018.

BRASIL. Portal Mundo Sindical. **Autor de ação ajuizada antes da reforma trabalhista está livre de honorários sucumbenciais.** Disponível em: <http://www.mundosindical.com.br/Noticias/32192,Autor-de-acao-ajuzada-antes-da-Reforma-Trabalhista-esta-livre-de-honorarios-sucumbenciais> acesso em 15 mai. 2018.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?i-d=13465868&tipo=TP&descricao=ADI%2F5766>. Acesso em 13/02/2018. P. 3.

BRASIL. Senado Federal. **Requisitos para concessão da gratuidade de justiça serão analisados pela CCJ.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/>

materias/2017/07/24/requisitos-para-concessao-da-gratuidade-de-justica-serao-analisados-pela-ccj. Acesso em: 13/02/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado administrativo número 7. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos. Acesso em 15/02/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Vogal nº ADI 5.766. Brasília, 2018, p. 10.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 463. **Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho**. Resolução nº 220 de 18 de Setembro de 2017. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_451_600.html#SUM-463. Acesso em: 20/02/2018.

FRANÇA, R. Limonge. **A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal – Processo Civil, Penal e Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PANCOTTI, José Antonio. **Institutos Fundamentais de Direito Processual**. São Paulo: Editora LTr, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 471.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2000.

SCHIAVI, Mauro. **A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho.** São Paulo: Editora LTr, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

STOCO, Rui. **Abuso do Direito e Má-Fé Processual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista.** São Paulo: Editora LTr, 2017.

WALDRAFF, Célio Horst. **Direito Adquirido e (In) Segurança Jurídica.** São Paulo: Editora LTr, 2000.

COMPLIANCE NO BRASIL: ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE FISCAL DAS EMPRESAS NO COMBATE À CORRUPÇÃO.

Eliane de Oliveira Moreira

Advogada formada pela PUC-PR e Contadora pela UFPR. Mestrado em Administração Estratégica pela PUC-PR; MBA em Finanças e Controladoria pelo INPG e Especialista em Auditoria Integral pela UFPR. Docente em cursos de pós-graduação e palestrante em diversos eventos empresariais. Experiência em empresas multinacionais como Electrolux, Renault e Votorantim, atuando nas áreas de Controladoria e Planejamento Tributário.

Resumo: Considerando a relevância do tema no atual cenário societário, o presente artigo tem por objetivo, através da identificação das origens e conceitos do compliance, somados à análise das questões envolvendo a Lei Anticorrupção, realizar uma abordagem vinculada ao compliance empresarial exigido na área tributária e fiscal. Nesse sentido, será analisado o compliance fiscal na

perspectiva do ordenamento jurídico específico, da ética empresarial e também como método auxiliar na prevenção e combate às ações de corrupção nas relações empresa-governo. Destaca-se que o compliance independente de sua área de atuação é um dos pilares dos órgãos reguladores junto à gestão das empresas no que diz respeito à reputação da boa imagem e às normas e controles de conformidade. A Lei Anticorrupção nº. 12.846/13 foi instituída com o intuito de evitar fraudes empresariais, estabelecendo a responsabilidade objetiva, por meio do qual o programa de controles internos do compliance se torna necessário e essencial a toda e qualquer instituição. Neste contexto, o compliance fiscal constitui um componente específico para coordenar as atividades e obrigações fiscais da empresa, que deve assegurar adequação e conformidade com a legislação tributária, com o gerenciamento de riscos fiscais, com a identificação de oportunidades e com o planejamento e recuperação ou compensação de tributos. Com base nesta abordagem, o compliance surge para resgatar os procedimentos e padrões de conformidade ética e de obediência aos preceitos legais, constituindo-se em ferramenta fundamental para gestões corporativas íntegras e transparentes.

Palavas-chave: Compliance; Lei Anticorrupção; Gestão Tributária e Compliance Fiscal.

1. Introdução

O controle da corrupção constitui objetivo comum da sociedade contemporânea democrática, visto que seus efeitos não impactam apenas a esfera governamental, mas somam indistintamente cidadãos, instituições pública e privada; provocando concorrência desleal, comprometendo o crescimento econômico e dispersando intensamente os investimentos internos e externos. Adicionalmente a corrupção impõem freios ao desenvolvimento econômico, ao bem-estar da população e à própria legitimidade das instituições do nosso Estado Democrático de Direito.

Em nosso favor, o desnudamento de sucessivos escândalos de corrupção na Administração Pública brasileira tem repercutido na edição de diversos diplomas jurídicos que visam suprir lacunas legais; como se percebe na Lei Anticorrupção, que estabelece a responsabilidade objetiva por atos causados por pessoas jurídicas que sejam na referida lei enquadrados como atos de corrupção.

Neste recorte, destaca-se que o compliance corporativo ganhou evidência com a promulgação da Lei Anticorrupção e constitui importante instrumento de combate à corrupção empresarial principalmente por meio da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas com pesadas sanções; mas também com o acordo de leniência, ou seja, com a cooperação do infrator com o poder público na investigação e no processo, em troca de redução das sanções previstas na supracitada Lei.

Sendo assim, a Lei Anticorrupção abriu caminho para novas ideias e oportunidades para discussões acerca do compliance, impulsionando esse tema a ganhar destaque e importância na agenda empresarial. Todavia, a questão é ainda mais importante para o Direito visto que a Lei Federal 12.846, de 1º de agosto de 2013, valorizou a cultura organizacional de ética e probidade, conferindo destaque às iniciativas adotadas pelas empresas no sentido de prevenir práticas de fraude e corrupção, em conformidade com o seu art. 7º, Inciso VIII.

Mister citar que os escândalos que envolveram grandes empresas nacionais e seus respectivos diretores passaram a exigir uma atenção mais rígida em determinadas áreas empresariais, dentre elas a tributária e fiscal. Cada vez mais, o setor empresarial se torna sensível quanto à importância de assegurar regularidade tributária em seus projetos e operações; e, se torna mais assertivo ao fazer frente ao emaranhado complexo de leis, exigências normativas ou procedimentos reclamados pelos mais variados atores representantes das diferentes esferas públicas e privadas.

Com base no exposto, introduz-se que o presente artigo tem por objetivo analisar o compliance na perspectiva da Lei Anticorrupção e da ética empresarial. Para tanto, serão analisadas as questões envolvendo a Lei 12.846/2013, juntamente com a identificação das origens do compliance e sua aplicação na área fiscal. Posteriormente, confrontar-se-á a aplicação do compliance em

função das exigências da Lei Anticorrupção, pretendendo-se demonstrar os benefícios do compliance como ferramenta de gestão fiscal e controle da corrupção.

A escolha do tema é justificada por sua importância na realidade brasileira, abalada por uma onda de corrupção envolvendo grandes organizações empresariais e o risco exposto à economia brasileira no caso de arrasamento dessas grandes corporações que dominam segmentos importantes do mercado nacional e mundial, sendo grandes empregadoras de mão de obra, geradoras de PIB e fomentadoras de conhecimento e tecnologia.

Diante dessa realidade, o compliance fiscal assume um papel fundamental como instrumento de combate à corrupção nas empresas, cooperando para a construção de uma consciência ética na gestão de negócios. Deste modo, este trabalho busca contribuir para a discussão a respeito da importância desse valioso instrumento de gestão e controle.

Com a edição da Lei Anticorrupção, explicitando e valorando as práticas de compliance, observa-se que o país indubitavelmente impulsionou um grande passo no sentido enfrentar com coragem e empenho as questões da corrupção e da lavagem de dinheiro. Dessa forma, a aplicação desse comportamento como fomento às ações, visando à adequação e cumprimento normativo, apresenta-se como fator de destaque no sucesso dos esforços para se alcançar tal meta.

2. Compliance

Compliance é uma palavra anglo-saxônica, cujo significado literal compreende objetivamente agir de acordo com uma regra, uma instrução interna, um comando ou um pedido, ou seja, estar em “compliance” contempla estar em conformidade com leis e regulamentos externos e internos.

Diante disso, tem-se que o compliance materializa-se numa forma de evitar e prevenir riscos, utilizando-se de uma programação e de normas que devem ser seguidas, sendo que essas regras devem ser cumpridas a fim de evitar ou pelo menos minimizar riscos. Podendo ser entendido também como uma forma de defesa leal e justa que se utiliza de táticas para prevenção de riscos futuros.

A redução dos riscos relacionados às condutas antiéticas dos profissionais aumenta a competitividade das empresas, pois a gestão de riscos preserva a imagem corporativa interna e externa, diminui a probabilidade de fraudes internas e gera ambiente mais seguro para a realização de negócios. A corrupção em suas diversas formas compromete o desenvolvimento do mercado e reduz possibilidades de lucratividade consistente no longo prazo (SANTOS; GUEVARA; AMORIM, 2013, pág. 54).

Caneloro, Rizzo e Pinho (2012, p. 37-38) citam que os principais objetivos da implantação de uma política de compliance contemplam cumprir a legislação nacional e internacional, bem como, regulações do mercado e das nor-

mas internas da empresa; prevenir demandas judiciais; obter transparência na condução dos negócios; evitar conflito de interesse entre diversos atores da instituição; evitar ganhos pessoais indevidos por meio da criação de condições artificiais de mercado ou da manipulação e uso de informações privilegiadas; evitar o ilícito de lavagem de dinheiro; e por fim disseminar na cultura organizacional, por meio de treinamento e educação, os valores de compliance.

Um dos maiores riscos externos que o compliance pretende minorar é a quebra da reputação, pois a sua perda provoca “publicidade negativa, perda de rendimento, litígios lentos e dispendiosos, redução da base de clientes e, nos casos mais extremos, até a falência” (COIMBRA e MANZI, 2010, p. 2). Assim, a implantação de uma política de compliance anticorrupção seguramente trará custos para a organização empresarial, porém os prejuízos causados pela corrupção podem ser bem mais elevados.

Portanto, a implantação da política de compliance tende a representar diferencial competitivo uma vez que, num mundo em constante transformação, a nova geração de consumidores tende a ser altamente crítica e a adquirir não somente produtos e serviços, mas valores e comportamentos éticos e sustentáveis; avaliando também os seus impactos em termos de confiança pública nacional e internacional.

Adotar valores éticos neste contexto significa, para a empresa, agir com espontaneidade, seguindo regras de conduta não escritas. Todavia, a administração empresa-

rial não é pautada somente pela ética, uma vez que as organizações empresariais devem ter responsabilidade legal. Tal responsabilidade se relaciona ao compliance.

Segundo Giovanini (2014, pág. 20), a ideia do compliance transcende o simples atendimento à legislação, sendo elemento que aspira um ambiente empresarial em que também estejam sendo observados preceitos morais de honestidade e transparência, não somente na condução dos negócios, mas em todas as atitudes das pessoas que convivem no ambiente corporativo.

Enquanto a ética pressupõe genericamente a ação voluntária, o compliance implica o cumprimento de normas e regulamentos, seguindo rigidamente o que preconiza a lei. Sendo assim, observa-se que o comportamento de compliance determina uma gestão ética, moral, vinculada ao cumprimento irrestrito das normas e regulações internas e externas, compreendendo aí, as questões sociais, ambientais, fiscais e penais. O Brasil por sua vez, gradativamente, está se inserindo nessa filosofia.

3. Compliance no Brasil

Com a abertura comercial do Brasil incrementada especialmente na década de 90 do século XX foram adotadas medidas que procuravam alinhar o mercado interno às demandas e condições do mercado internacional (FARIA e NETO, 2016, p. 63). Além disso, inspirado pelos ventos neoliberais que influenciaram a corrente principal do pensa-

mento econômico naquele período, nossa nação intensificou a sua abertura comercial com diminuição de restrições e redução de tarifas de importação (LACERDA, 2013).

No cenário internacional, alguns fatos, como o escândalo financeiro em Wall Street em 2002, acabaram por despertar as instituições para a necessidade de haver uma regulamentação efetiva e de rápida aplicação em diversos países, a fim de gerir os riscos aos quais tais instituições estão sujeitas.

Dentro deste cenário, é publicada a lei americana conhecida como *Sarbanes-Oxley*, cujo objetivo foi estabelecer maior transparência na divulgação de informações econômico-financeiras, maior rigor nos procedimentos de controle interno e atribuir maior responsabilidade aos principais executivos das organizações.

Observa-se que no Brasil a implantação dos programas de compliance não constitui novidade absoluta, visto que a própria Lei de Lavagem de Dinheiro, nº 9.613/98, já previa a adoção de programas específicos de compliance, todavia, em sua totalidade limitava-se a exigir cumprimento legal exclusivamente das instituições financeiras.

Contemplando dados estatísticos, segundo informações da Transparência Internacional (2016), o Brasil, lamentavelmente, é um dos países mais corrupto do planeta, sendo colocado na 79ª posição no ranking, dentre 176 países. Além do Brasil, estão empatados em 79º lugar Bielorrússia, China e Índia.

A conscientização sobre a importância do compliance anticorrupção vem aumentando significativamente nos últimos anos. Isto se deve a uma série de fatores, dentre eles a relevância global da economia brasileira e o aumento do investimento estrangeiro direto. No entanto, mesmo com a velocidade em que as mudanças estão acontecendo, ainda há uma lacuna na cultura de compliance do país em comparação com mercados maduros (CABRAL e BOECK, 2016, p.5).

Empresas que comprovadamente agem de forma diligente na prevenção de violações devem ser diferenciadas daquelas que agem de má-fé ou que adotam uma conduta negligente diante dos riscos de que condutas indevidas sejam cometidas por seus empregados ou agentes na obtenção de negócios ou outras vantagens comerciais. Além de incentivar condutas socialmente desejáveis, o tratamento diferenciado para empresas que investem em medidas de prevenção e de promoção de integridade corporativa serve para minimizar desvantagens competitivas e reduzir distorções de mercado que beneficiariam empresas que nada fazem para evitar práticas ilícitas (CLAYTON, 2013, pág. 153).

Reconhecendo que empresas que adotam uma postura comprovadamente diligente e vigilante devem receber tratamento diferenciado em relação às que optam por fechar os olhos diante da corrupção, incentiva-se o combate e prevenção às ilegalidades dentro das organizações. Isso não significa minimizar o papel de fiscalização, combate e repressão que deve ser desempenhado pelo Estado, que continua fundamental, mais indicar que a lei dever ser

cumprida e de fato aplicada, anda com mais rigor contra empresas que negligenciam seu papel na prevenção da corrupção (MAEDA, 2013, pág. 183).

Definido por Ribeiro e Diniz (2015, p. 28) como um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais que têm por finalidade orientar o comportamento de uma determinada empresa, o compliance ganhou significância no direito empresarial brasileiro, com a promulgação, em 2013, da Lei nº12.846, também conhecida como Lei Anticorrupção, que prevê a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos.

4. Lei anticorrupção

De acordo com a história antiga e recente do Brasil, até o ano de 2013, é possível afirmar que dificilmente uma empresa era punida neste território pela prática de atos de corrupção. A punição se restringia ao corrupto (funcionário público), esquecendo que para se romper com a lógica da corrupção é necessário também punir o corruptor (empresa).

É nessa seara que nasce, em 1º de agosto de 2013, a Lei Anticorrupção, diante do clamor popular pela responsabilização dos envolvidos nos recentes escândalos de corrupção, que malversaram o patrimônio público e atingiram a imagem das empresas brasileiras no cenário internacional; esta Lei surge com o objetivo de suprimir um vácuo que até então existia em nosso sistema jurídico, seguindo o exemplo de diversos países no combate à corrupção.

Trata-se de um diploma normativo atual, que adota a responsabilidade objetiva (civil e administrativa) de pessoas jurídicas pela prática de ato de corrupção contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Em sintonia com as mais importantes legislações do mundo, introduz instrumentos modernos e arrojados que se adaptam às particularidades da corrupção.

A Lei Anticorrupção Empresarial “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira e dá outras providências” (BRASIL, 2013). Esta se mostra como verdadeiro estímulo para a concretização de conduta empresarial ética e no combate à corrupção, bem como para o crescimento e o desenvolvimento dos programas de compliance; além de exaltar o papel da confiança nos negócios, pressuposto básico, que deve resurgir como característica essencial em tais condutas.

O objetivo precípua da referida Lei é responsabilizar as pessoas jurídicas privadas nacionais e estrangeiras, que oferecem propinas ou outras vantagens indevidas a entidades ou órgãos públicos, com a finalidade de obterem favores econômicos em detrimento dos cofres públicos e do interesse social; proporcionando verdadeira evolução na legislação nacional.

Com a edição deste diploma normativo, as pessoas jurídicas passaram a ser objetivamente responsáveis no âmbito administrativo e cível pelos atos de corrupção contra a

Administração Pública nacional ou estrangeira, bem como solidariamente responsáveis com suas controladoras, controladas e coligadas por quaisquer atos de corrupção.

A Lei inflige penalidades gravosas, como a de multa de 0,1 a 20% do faturamento bruto do último exercício ou, não sendo possível identificar o faturamento bruto da empresa nos termos do art. 6º, inciso I, da Lei, a multa aplicada será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). Todavia, a aplicação da multa não exclui a obrigação de reparação integral dos danos porventura causados à Administração Pública, nem a responsabilização judicial da empresa e dos envolvidos, tratada em capítulo próprio da Lei.

Trata-se desta forma de importante avanço para o combate à corrupção no Brasil, implementando definitivamente o sistema de políticas de compliance nas corporações nacionais, ensejando a transparência, a necessidade de prestação de contas das empresas e de correspondência das contas prestadas com a fiel realidade patrimonial da empresa.

A Lei nº 12.846/2013 representa um marco no combate à corrupção, visto que a impunidade representa um poderoso combustível e um forte estímulo a esta. Sendo assim, sua contribuição não visa apenas preencher um vazio que existia em nosso ordenamento, mas também trazer instrumentos importantes que são capazes de alterar radicalmente o comportamento e a visão que a iniciativa privada possuía da corrupção.

Sendo assim, ao determinar que as corporações estabeleçam práticas de compliance no âmbito empresarial, o Estado compartilha com a iniciativa privada a responsabilidade pela investigação dos atos de corrupção que por ventura ocorram no ambiente corporativo. O Poder Público, diante da sua incapacidade e limitações de fiscalizar todos os atos ocorridos dentro das empresas, passa a incentivar que as entidades privadas e seus funcionários auxiliem nesta tarefa.

5. Gestão tributária

Desde os primórdios da tributação, sempre houve um embate econômico entre o Estado e o contribuinte. A administração tributária necessitando cada vez mais de recursos para atingir as finalidades sociais não vacila em punir, muitas vezes, rigorosamente, o contribuinte que não cumpre com suas obrigações fiscais. Assim, lança mão do clássico instrumento da sanção como forma de educar o mau pagador (MARTINEZ, 2014, pág. 327).

Sobre a atividade tributária, sabe-se que a realidade brasileira é peculiar, considerando o volume de tributos e obrigações exigidos no país. Mesmo assim, toda empresa possui a obrigação legal de pagar e administrar os tributos previstos na legislação de forma a preservar sua capacidade de reinvestimento e os interesses de seus acionistas, da sociedade civil e do próprio país. O tributo é a forma do Estado ser financiado pelo contribuinte, através de uma

imposição legal que provém de uma relação jurídico-tributária, tendo por premissa uma hipótese de incidência descrita na lei (CASTRO e MONTEIRO, 2009, p. 02).

Sendo assim, cabe destacar o conceito de “tributo”, segundo o Código Tributário Nacional (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2012):

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

É saudável complementar que a tributação constitui a seiva do Estado e determina, assim, sua vida ou sua morte; neste contexto, dentre os maiores poderes concedidos pela sociedade ao Estado está o poder de tributar. A tributação está inserida no núcleo do contrato social estabelecido pelos cidadãos entre si para que se alcance de forma perene o bem-comum.

Dando enfoque ao âmbito corporativo, acompanha-se que toda empresa enfrenta incertezas na condução de suas operações que podem interferir na sua função principal ou na geração de valor às partes interessadas (*stakeholders*). O gerenciamento de riscos corporativos permite que administração das empresas tenha um tratamento eficaz destas incertezas e dos riscos a elas inerentes.

Surge nesse contexto a gestão tributária incorporando o gerenciamento dos tributos à estratégia do negócio

e buscando maximizar o valor da empresa, ao contrário da abordagem tradicional do planejamento tributário que visa apenas minimizar os tributos através da redução da carga tributária.

No entanto, nem sempre a minimização simples e direta dos tributos é a melhor opção. De acordo com Calijuri (2009, p. 55), as empresas buscando a economia tributária elaboram diversas formas de planejamento que podem incorrer em outros custos maiores que a economia almejada. A referida autora também elucida que o planejamento tributário com ênfase em redução de tributos é olhar somente sob um ângulo, ignorando que a lucratividade da empresa depende também, de outros relevantes fatores.

A legislação tributária é altamente dinâmica, sendo que um procedimento fiscal que no mês anterior era feito de uma forma, pode ser incorreto para o mês seguinte. Em vista disso, o papel da área fiscal não deve ser apenas o gerenciamento das obrigações, mas também a análise estratégica de diversas novas situações que envolvem esses procedimentos fiscais, como novos fornecedores e novas oportunidades de benefícios fiscais disponíveis no mercado para cada nova transação empresarial (BECOMEX, 2018, p. 01).

O comportamento dos administradores deve preservar e aumentar a reputação da sociedade. Assim, incentivar uma postura ética em conformidade com a lei é crucial para a reputação da empresa. O importante, no tocante a

esse princípio, é que a empresa não sofra nenhuma crítica relativa à sua reputação.

Adianta-se que, enquanto a gestão tributária cria políticas, diretrizes e boas práticas a serem seguidas pela empresa em todas as suas camadas; fica a cargo do compliance fiscal assegurar os seus devidos cumprimentos.

6. Compliance fiscal

Nas últimas décadas a carga tributária brasileira tem alcançado tamanha representatividade que chega a ponto de impactar os resultados das organizações e, consequentemente, demandar eficiente gestão de tributos visando minimizar este impacto. Por outro lado, o Fisco investe em tecnologia da informação para garantir uma tributação mais efetiva e vantajosa aos cofres públicos.

Desde a vigência da Constituição de 1988 já foram editadas mais de trezentas mil leis tributárias e, considerando também todos os atos administrativos normativos editados pela Receita Federal do Brasil e demais Fazendas estaduais e municipais, somam mais de três milhões de normas. Essa “voracidade” legislativa exige uma atenção muito maior por parte das empresas independentemente da atividade (CARNEIRO, 2018, p. 01).

Os programas de compliance no âmbito empresarial têm por finalidade mitigar riscos, adequando empresas às inúmeras legislações do ordenamento jurídico brasileiro. Neste contexto, ganha destaque o compliance fiscal, o

qual materializa-se como medida para combater eventuais divergências fiscais, fundamentado na observância fiel e precisa de toda a legislação em vigor, indispensável para garantir a boa gestão da empresa; evitando, de forma eficaz e lícita, possíveis penalidades fiscais que podem atingir o patrimônio da sociedade e até mesmo, em alguns casos, o patrimônio pessoal dos sócios.

Sendo assim, compliance fiscal é o conjunto de verificações para identificar se as operações da empresa estão sendo feitas conforme preconiza a legislação, para que assim as obrigações tributárias sejam entregues em conformidade, evitando penalizações (FERREIRA, 2015, p. 03). Compliance fiscal consiste na identificação de inconsistências antes que elas gerem autos de infração. “O objetivo da revisão é garantir a qualidade das informações e fazer as conciliações, prevenindo, antecipando e saneando os dados que serão transmitidos eletronicamente ao Fisco” (SCHIGUEMATU e CUSTÓDIO, 2012, p. 32).

De forma complementar, destaca-se que compliance fiscal é um trabalho preventivo focado na adoção das melhores práticas na execução dos processos fiscais de uma corporação, com utilização de ferramentas que irão auxiliar esses controles, de modo a garantir segurança tributária em suas operações. Além disso, o monitoramento constante das atividades fiscais efetuados por equipe competente evitará possíveis riscos referentes ao planejamento tributário, viabilizando sua identificação prévia e evitará que a empresa responda por possíveis sanções legais.

Pereira (2018, p. 01), elucida que ao optar por uma gestão com base em compliance tributário, a companhia sempre poderá exercitar com assertividade suas políticas de planejamento tributário não abusivo e materializar efetivos ganhos, sem gerar riscos de exposição fiscal. Sem autuações, sem perda de tempo, sem preocupações desnecessárias por não ter dimensão das consequências de ações feitas com pouca qualidade, certamente, o retorno sobre o investimento estará mais bem garantido.

Por outro lado, o mundo empresarial tem se modernizado intensamente e o Fisco acompanhou essa inovação implantando tecnologias que exigem informações fiscais digitais dos contribuintes, formando uma grande base de dados com o intuito de manter maior controle dos tributos e potencializar sua arrecadação.

Com base neste contexto, God; Ezar; Ricardo (2016, p. 29) complementam que o Fisco tem se modernizado cada vez mais e as novas tecnologias implantadas têm mostrado sucesso no combate às incoerências na apuração de tributos, como descrito por:

O Brasil possui uma das malhas mais complexas do mundo com cerca de 300 mil regras e inúmeras obrigações a serem cumpridas pelos contribuintes. Atualmente, a Receita Federal do Brasil (RFB) é capaz de realizar o processamento de 5 bilhões de transações por ano, maior volume já registrado na história. Este resultado se deve, em muito, à implementação do Sistema Público de Escrituração Digital (Sped) em 2007, que possibi-

lita o cruzamento das informações prestadas pelas pessoas jurídicas com o intuito de identificar e evidenciar quaisquer inconsistências nos procedimentos adotados por elas. Em meio a tantas obrigações, as organizações podem sofrer multas em decorrência dos erros apresentados, sejam pontuais ou sistêmicos.

No Brasil, impera um calendário repleto de obrigações fiscais a cumprir, com diferentes regras e tributos nas esferas municipais, estaduais ou federal. Muitas leis novas surgem a cada dia. Segundo o IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação), a federação brasileira tem em média 46 alterações fiscais por dia útil, e as empresas precisam estar preparadas para cumprir todos os prazos, com acurácia de dados e informações (CARNEIRO, 2018, p. 01).

Contudo, quando isso não acontece, as empresas podem receber penalidades e multas por não-conformidades ou erros de cálculo, pagar juros de impostos atrasados ou gerar outros encargos por simples falta de controle ou organização. Isso, sem dúvida, abala a saúde financeira do negócio e, muitas vezes, pode levar a pontos mais extremos, como a falência.

Conforme aponta uma pesquisa do Banco Mundial, as empresas brasileiras gastam em média 2.600 horas para se manter em conformidade com a legislação tributária, isso representa mais de 10 vezes a média mundial (God; Ezar; Ricardo, 2016, p. 49). A partir desses dados podemos

observar a complexidade do sistema tributário brasileiro e afirmar que ele precisa de pessoas especializadas para garantir o correto recolhimento dos tributos.

Quirius (2016, p. 01), por sua vez, alega que, “em média, as empresas perdem cerca de 20% a 30% do valor de benefícios fiscais por inconsistências na escrituração e demais documentos fiscais. Ou ainda, possuem sérias divergências no valor da apuração dos impostos, comprometendo diretamente seu resultado”.

Por isso, estar em compliance fiscal significa mitigar riscos e diminuir a carga tributária, adequando os processos contábeis e fiscais das empresas às inúmeras alterações e obrigações legais vigentes, entregando tudo com conformidade e respeitando os devidos prazos legais. É um procedimento de conformidade tributária, cujo sistema de gestão é aplicado para evitar complicações penais e fiscais. Intimamente ligado à saúde financeira da empresa, podemos defini-lo, de forma mais prática, como um conjunto de políticas ou diretrizes estabelecidas para que as atividades cumpram as normas legais estabelecidas.

Além de contribuir para a saúde financeira da empresa, estar em compliance fiscal traz outros ganhos indiretos que geram um impacto extremamente positivo às empresas. Um deles é a visibilidade e a valorização da sua marca, visto que atender às exigências legais e estar regular com processos e controles tributários significa que a empresa em questão é confiável, ganhando credibilidade com

fornecedores, investidores, instituições bancárias e, claro, com clientes (CARNEIRO, 2018, p. 01).

Uma das consideráveis vantagens de estar em compliance fiscal, compreende padronizar processos e controles internos, tornando as equipes muito mais produtivas e eficientes, melhorando em contrapartida a qualidade das informações geradas. Portanto, ao mesmo tempo que os programas de compliance fiscal são implantados na gestão de uma empresa, surgem os personagens da Auditoria Independente e da Consultoria Tributária como ferramentas de auxílio e adequação às normas fiscais.

Diferente da auditoria interna que realiza seus trabalhos de forma aleatória e pontual por meio de amostragens para certificar que as normas e processo estejam sendo cumpridos, “o compliance executa tais atividades de forma rotineira e permanente, monitorando-as para assegurar, de maneira corporativa e tempestiva, que as diversas unidades da instituição estejam cumprindo as normas e processos internos para prevenção e controle dos riscos” (SIBILLE e SERPA, 2016, p. 31).

Para executar este feito, é necessário monitoramento constante, além de buscar um gerenciamento financeiro impecável para evitar quaisquer desvios, incongruências ou falhas humanas. Tudo isso, porque o compliance representa a preocupação e o gerenciamento meticuloso e criterioso de suas próprias atividades. Adotá-lo, significa ganhar automaticamente maior credibilidade por parte de

fornecedores, investidores, clientes, instituições bancárias e do próprio mercado.

Para aplicar diretrizes e políticas relacionadas à gestão tributária e fiscal, destaca-se como um importante fator, a criação de uma matriz tributária que permita um maior controle e uma análise mais completa de quais tributos incidem sobre cada negócio e atividade da empresa. “Nem sempre o enquadramento tributário de um produto feito pela empresa é o mais adequado. Ela pode estar pagando imposto a menor e ser autuada, ou estar pagando a mais e deixando de se beneficiar de uma alíquota menor de tributação” (SCHIGUEMATU e CUSTÓDIO, 2012, p.32-33).

Quanto mais transparente o sistema tributário, maior a moral fiscal (TORGLER, 2007, **apud** Bastos, p.25). Além disso, a simplicidade do sistema tributário conduz também a uma maior moral tributária, sendo que a complexidade está correlacionada com a evasão. Um bom sistema tributário deve ser simples e fácil de entender.

Complexidade pode resultar em descumprimento não intencional. O cumprimento ou o descumprimento da norma são, algumas vezes, uma questão de oportunidade, além de relacionar-se com a vontade do contribuinte de pagar o tributo ou evadir a norma (KELLMAN, 1965, **apud** Bastos, p.26). As pessoas cumprem a norma por diferentes razões. Aqueles que pagam seus tributos, fazem-no porque o querem ou porque têm medo das consequências. Comportam-se de determinado modo, porque são influenciadas

dos pelas normas sociais e por suas crenças (KELLMAN, 1965; VOGEL, 1974, **apud** Bastos, p.26).

É utópico o ideal de existência de uma sociedade justa, igualitária e fraterna sem que o Estado forneça políticas públicas de qualidade, inclusive, políticas de distribuição de rendas. Para isso, é fundamental uma eficiente ação fiscalizadora que se complementa e se torna efetiva com ações ágeis de fiscalização, punindo e reprimendo aqueles que não cumprem com suas obrigações tributárias. Entretanto, igualmente importante é recompensar aqueles que, com sacrifício e comprometimento social, honram os seus compromissos, lembrando que a sonegação é produto de um descompromisso com uma sociedade mais justa (MARTINEZ, 2014, pág. 330).

Assim, o compliance deve estar envolvido em todas as práticas organizacionais, com o escopo de conduzir, orientar, conscientizar, disponibilizar normas e práticas de conduta convergentes com a visão organizacional, de modo que sua fiscalização acerca do cumprimento de tais normas e práticas seja efetiva e consistente, impactando de modo efetivo não apenas a organização em si, mas sublimemente, a visão gerada no mercado, em decorrência de uma reputação impecável e de condutas éticas atrativas aos clientes, o que gera perspectiva de ganho, integridade e credibilidade (PEREIRA, 2015, p. 01).

Estar em compliance com as boas práticas equivale a atender aos padrões existentes atualmente e, mais que isso:

destaca a empresa quanto ao reconhecimento no mercado, valorização e maior vantagem competitiva. Isso implica em angariar descontos melhores em linhas de crédito e alavancar seus resultados em investimentos, entre outros benefícios valiosos para qualquer empreendimento, independentemente do seu porte ou área de atuação.

7. Conclusão

A importância quanto ao controle da corrupção constitui objetivo comum da sociedade democrática e contemporânea, visto que o efeito nocivo desse crime impacta decisivamente na execução dos direitos sociais. Desta forma, uma sociedade corrupta e enfraquecida do ponto de vista moral, discrimina e privilegia pessoas em desacordo com o princípio constitucional da igualdade, fazendo com que critérios de eficiência e meritocracia cedam a favoritismos.

Com o intuito de evitar este cenário nefasto, em 1º de agosto de 2013 foi editada a lei nº 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção, a qual define a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. O referido diploma legal é expresso em afirmar que a responsabilidade imposta às pessoas jurídicas não exige prova de conduta culposa, sendo devida pela simples prática de ato contra a Administração Pública, configurando, assim, responsabilidade por culpa objetiva.

Nesse contexto, surge o compliance corporativo, disciplinado na referida Lei brasileira, constituindo mecanismo destinado a diminuir a probabilidade da ocorrência de práticas ilícitas no âmbito empresarial, atuando na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas, diretrizes e boas práticas de gestão.

Ainda que o tema compliance, por se tratar de uma novidade em muitos setores da economia em vista da pouca tradição do tema no Brasil, seja de diminuto conhecimento de grande parte de empresários e executivos, observa-se que diversas empresas vêm adotando, com muito empenho e de forma sistemática e contínua, práticas reconhecidas de compliance.

Tais empresas estão conscientes e seguras que, aplicando mecanismos eficientes de integridade e transparência, além de contribuir para sua saúde financeira e perenidade; ao estar em total compliance, obterão ganhos como aumento da credibilidade junto às partes interessadas (*stakeholders*), além de alavancar forte vantagem competitiva em relação aos concorrentes.

Deste modo, eliminar o “risco de compliance” consiste também em eliminar o risco de sanções regulatórias, de perda financeira ou perda de reputação, que uma organização pode sofrer como resultado de falhas no cumprimento de leis, regulamentações, códigos de conduta e das boas práticas.

Por outro lado, o Estado, mesmo não sendo um investidor acionário das companhias, possui interesse direto na

forma de gestão das mesmas, uma vez que se mantem quase que exclusivamente pela arrecadação de tributos. Em face desta condição, constata-se que o Estado será decisivamente beneficiado pela postura de transparência, probidade e retidão adotada pelas empresas.

Mesmo sendo comum comentar que a sonegação e a fraude fiscal constituem problemas culturais e endêmicos a qualquer nação, cabe mencionar que garantir a correta e devida arrecadação aos cofres públicos somam vantagens robustas tanto ao Fisco, quanto às empresas; sendo que os cidadãos, num cenário ideal, deverão colher a maior parte dos frutos desta parceria.

Porém, a dinâmica de realizar negócios e gestão das empresas mudou. Hoje, a fim de alcançar altos padrões éticos em suas transações empresariais, as companhias privilegiam processos mais burocráticos e mais seguros, sendo que especificamente no campo tributário e fiscal, lançam mão de planejamentos tributários muitas vezes classificados como pouco ortodoxos, quer sejam através de ajustes, quer sejam através de imposição de penalidades.

A importância de se seguir a legislação atual, cumprindo com limpidez e exatidão todas as obrigações principais e acessórias demandadas pelo Fisco, legitima uma postura impecável de respeito junto ao público externo, ofertando exemplo tangível a todos os colaboradores da organização. Mesmo que para alcançar tal objetivo, muitas vezes, seja necessário sacrificar parcela de sua lucrativida-

de, porém ciente de que a recompensa materializar-se-á no reconhecimento imensurável brindado pelo mercado.

A tradição democrática, calçada na ética e transparência, além de recente no País, demonstra-se ainda bastante frágil, sendo certo que apenas com o amadurecimento ético e a criação de uma consciência social dos cidadãos para a sua participação na vida pública será possível o controle efetivo da corrupção e o fortalecimento das instituições nacionais, prerrogativa indispensável à efetividade das leis e a moralização da Administração Pública e Privada.

Referências bibliográficas

ALMEIDA NETO, Edmilson Machado de. **Combate à corrupção: uma análise do acordo de leniência e do programa de Compliance na lei nº 12.846/2013**. 2015. 75 f. Monografia (Bacharelado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

ANDRADE, Berenice Silveira de Sousa; QUIRINO, Israel. **COMPLIANCE: uma nova prática no combate à corrupção nas empresas**. *Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1461*. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto>> Acesso em: 4 fev. 2018.

BASTOS, Frederico Silva. **Administração Tributária Eficiente, Democracia Eficiente: Contornos de um novo modelo na relação entre fisco e contribuinte**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2d949fc>>. Acesso em 08/04/2018.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BERTOLUCCI, Aldo V.; NASCIMENTO, Diogo Toledo. **Quanto custa pagar tributos?** Rev. contab. finanç. vol.13 no.29 São Paulo May/Aug. 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Barueri, SP: Edipro, 2001.

CALIJURI, M. S. S. **A avaliação da gestão tributária a partir de uma perspectiva multidisciplinar**. São Paulo, 2009. Tese (Doutorado em Contabilidade). Programa de PósGraduação em Ciências Contábeis da USP, São Paulo, 2009.

CABRAL, Maria Eliza Leal; BOECK, Patrícia Fernanda Goldschimidt. **Patologias Corruptias na Contemporaneidade: Breve Considerações sobre o Compliance Corporativo como Política Educativa de Enfretamento à Corrupção**. IV Mostra de Trabalhos Acadêmicos. UNISC, 2016,

CANDELORO, Ana Paula; RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinícius. **Compliance 360°, riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativos**. São Paulo: Singular, 2008.

CARNEIRO, Cláudio. Os Desafios da Área Fiscal. Disponível em: < <http://revistavisaojuridica.com.br/2017/08/26/os-desafios-da-area-fiscal/>>. Acesso em 15/03/2018.

CASTRO, Hélder Uzêda. MONTEIRO, Augusto de Oliveira. **Governança Corporativa, Gestão de Processo e Administração Tributária na Petrobrás**. Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia. Out/2103.

CLAYTON, Mona. **Entendendo os desafios de Compliance** no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do **Compliance** anticorrupção em um país emergente. in DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro e AYRES, Carlos Henrique da Silva. **Temas de Anticorrupção**. RJ. Elsevier, 2013, p. 150.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a governança e integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

DAUDE, Christian; MELGUIZO Ángel. **Taxation and more representation? On fiscal policy, social mobility and democracy in Latin America**. Working paper n°294 – OECD Development Centre. September 2010. p.19.

EVANS, Chris et alii. **Taxation Compliance Costs: A Festschrift for Cedric Sandford**. St. Leonards, Australia: Prospect Media, 2001.

FARIA, Edimur Ferreira e NETO, Miguel Kfourri. **Intervenção Estatal, Governança Corporativa e Compliance no Combate à Corrupção**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/1m82505v/CEO0i18J4P1XjWH5.pdf> . Acesso em 04/02/2018.

FORTINI, Cristiana; SHERMAN, Ariane. **Governança Corporativa e Medidas Preventivas Contra a Corrupção na Adm. Pública: Um Enfoque à Luz da Lei nº 13.303/2016.** Revista de Direito da Adm. Pública. Ano 2. Vol. 1; nº. 2 (2016).

GOD, Frederico; EZAR, Roberta; RICARDO, Marcos. **SISCOSERV: Os desafios que as empresas enfrentam ao declarar a obrigação e o que devem fazer para mitigar penalidades.** Ernest & Young, 2016.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática.** 1ª Ed. São Paulo. 2014.

LACERDA, Antonio Correia. **Abertura Comercial e Indústria.** Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,abertura-comercial-e-industria-imp->>. Acesso: 10/03/2018.

MARTINEZ, Antonio Lopo. **Recompensas Positivas como Mecanismo de Incentivo ao Compliance Tributário.** Cad. Fin. Públ., Brasília, nº 14, p. 327 a 342, dez. 2014.

MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. **A importância do compliance na prevenção aos crimes de sonegação fiscal e de lavagem de dinheiro.** Disponível em: <http://www.lecnews.com/artigos/2016/11/30/compliance>. Acesso em 07/04/2018.

MAEDA, Alessandra; Carneiro, Bruno; Ayres, Carlos e Silva, Henrique. **Temas de Anticorrupção e Compliance.** Rio de Janeiro. Elsevier, 2013.

MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais.** in DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro e AYRES, Carlos Henrique da Silva. Rio de Janeiro. Elsevier, 2013.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 12.846** (de 1º de Agosto de 2013). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 01/03/2018.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 5.172** (de 25 de Outubro de 1966). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 12/03/2018.

PEREIRA, José Antonio. **Compliance tributário como medida mitigadora de riscos na atual conjuntura dos negócios.** Disponível em: <<https://mauriciomacedoadvocacia.jusbrasil.com.br>>. Acesso em 08/04/2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Ditrach Ferreira. **Compliance e a Lei Anticorrupção nas Empresas.** Ano 52, número 205, jan./mar. 2015

SANTOS, Renato de Almeida dos. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional.** São Paulo, 2011.

SANTOS, Renato Almeida; GUEVARA, Aroldo José de Hoyos; AMORIM, Maria Cristina Sanches. **Corrupção nas organizações privadas: análise da percepção moral**

segundo gênero, idades e grau de instrução. R. Adm., São Paulo, v.48, n.1, p.53-66, jan/fev/mar. 2013.

SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. **Os pilares do programa de compliance: Uma breve discussão.** LEC Legal Ethics Compliance, 2016.

SCHIGUEMATU, Cecílio; CUSTÓDIO, Marlon. **Compliance tributário na era digital.** KPMG Business Magazine, 2012.

TORGLER, Benno. SCHAFFNER, Markus. MACINTYRE, Alison. **Tax Compliance, Tax Morale and Governance Quality.** CREMA Gellertstrasse 18 CH - 4052 Basel. Working Paper No. 2007 – 17.

ZANETTI, Adriana Freisleben. **Lei Anticorrupção e Compliance.** Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/lei-anticorruptao-compliance-artigo.pdf>. Acesso em 04/02/2018.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

A IRRETROATIVIDADE DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA SOBRE VERBAS HONORÁRIAS JÁ ARBITRADAS NOS AUTOS

Maurício Barroso Guedes

Advogado. Graduado em Direito pela UFPR. Especialista em Direito Constitucional e em Direito Notarial e de Registro. Presidente da Comissão de Defesa dos Honorários Advocatícios da OAB/PR.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DOS VALORES RELATIVOS À HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS PROCESSUAIS - JUSTIÇA GRATUITA - VERBAS SUCUMBENCIAIS ANTERIORES - EFEITO EX NUNC - IMPOSSIBILIDADE DE O BENEFÍCIO RETROAGIR PARA ALCANÇAR CONDENAÇÃO PRETÉRITA - VERBAS SUCUMBENCIAIS POSTERIORES - CONCESSÃO DA BENESSE - DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS QUE PERMITEM CONCLUIR PELA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA - PARCELAMENTO

DA DÍVIDA - NÃO ACOLHIMENTO - INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO CAPUT DO ART. 916 DO CPC - DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA.1. A concessão da justiça gratuita não retroage para alcançar atos pretéritos, inclusive com trânsito em julgado, tendo, de consequência, efeito *ex nunc*. 2. O parcelamento do débito perseguido em cumprimento de sentença apenas é possível se observados os requisitos dispostos no art. 916 do CPC. Recurso Conhecido e Parcialmente Provido.” (TJPR - 17ª C. Cível - AI - 1744363-5 - Cornélio Procópio - Rel.: Rosana Amara Girardi Fachin - Unânime – Julgado em 14.03.2018)

A ementa em questão é objeto desta análise, em especial, dada a discussão havida a respeito dos efeitos da justiça gratuita deferida no curso do processo.

Mais precisamente, abordar-se-á a necessária interpretação de tal benefício quando concedido após o arbitramento de honorários de sucumbência em desfavor do beneficiário, a fim de que seja afastada qualquer dúvida a respeito do direito dos advogados ao seu recebimento, sem que isso enseje ofensa à gratuidade concedida.

1. Da justiça gratuita

O direito à “*assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*” é assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil de

1988 (CRFB/88) dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro, previsto no art. 5º, LXXIV¹.

Há aqui que se destacar, *ab initio*, que o princípio constitucional é mais amplo do que a mera gratuidade processual aos hipossuficientes. Isso porque, ao assegurar a “*assistência jurídica integral e gratuita*”, tem-se a obrigação de garantir também que a causa (orientação e/ou propositura de medida judicial) seja patrocinada de forma gratuita por advogado, seja por meio da Defensoria Pública (Advogados Públicos) ou de Advogados particulares (p. ex. Dativos pagos pelo Estado ou núcleos de prática jurídica de faculdades de Direito).

O presente estudo, porém, ficará adstrito ao direito à gratuidade da justiça.

Porém, antes mesmo da promulgação da CRFB/88 a matéria já possuía previsão em nosso ordenamento jurídico, estando regulamentada, fundamentalmente, pela Lei nº 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária – LAJ).

Ao que interessa ao presente ensaio, a Lei nº 1.060/50, dentre as benesses concedidas aos que preenchessem os requisitos à concessão da assistência judiciária gratuita, previa a isenção das taxas (art. 3º, I) e dos “*honorários de advogado e peritos*” (art. 3º, V)².

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “Art. 5º (...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

2 Dispositivos revogados pelo CPC/2015 (Lei nº 13.105/2015).

Não suficiente, e com intuito de dar efetividade máxima ao disposto na CRFB/88, menciona-se também a criação dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), que permite o acesso à justiça para todos os cidadãos, independentemente do pagamento de custas e de contratação de advogados (este facultativo), nas causas com valor máximo de vinte salários mínimos (art. 9º).

Após amadurecimento jurisprudencial sobre o tema, a gratuidade da justiça foi objeto de seção específica no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015 – Lei nº 13.105/2015), correspondente aos artigos 98 a 102 do diploma, que acabaram por revogar alguns dos dispositivos da Lei nº 1.060/50 – embora não tenha revogado aludida Lei por inteiro.

Finalmente, vale mencionar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já consolidou entendimento de que os benefícios da justiça gratuita podem ser deferidos não só às pessoas físicas (nacionais e estrangeiros), mas também às pessoas jurídicas, matéria que foi objeto da Súmula nº 481 daquela Corte³, desde que demonstrada “*sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais*”.

3 Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça – “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.”, DJE 01/08/2012. Disponível em http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf, acesso em 26/08/2018.

2. Reflexos da gratuidade da justiça em relação aos honorários advocatícios de sucumbência

Especificamente no que se refere aos honorários de sucumbência, prevê o art. 98, § 1º, VI, do CPC/2015, que “a gratuidade da justiça compreende” também “os honorários do advogado”. Trata-se de regra que nada inova em relação ao disposto no art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50.

Por sua vez, os §§ 2º e 3º do art. 98 do CPC/2015, novamente consolidando entendimento jurisprudencial que já se firmava, preveem:

“§ 2o A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3o Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.”⁴

Primeiramente, quanto ao supramencionado § 2º, observa-se a adequação terminológica promovida pelo

4 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 26/08/2018.

CPC/2015, à medida em que torna claro que a concessão da gratuidade, em relação às despesas processuais e aos honorários de sucumbência, não se trata de isenção (desnecessidade de pagamento), tal como antes previsto no *caput* do art. 3º da Lei nº 1.060/50. Pelo contrário, a despeito da gratuidade, é o beneficiário responsável pelo seu pagamento.

Nas palavras de Ticiano Alves e Silva, aludido benefício “*não constitui propriamente uma dispensa de pagamento, mas apenas uma dispensa de adiantamento das despesas do processo. Por isso que é equivocado, na sentença, isentar o beneficiário vencido do pagamento das despesas processuais e dos honorários do advogado*”⁵.

Assim, o pagamento ficará sob “*condição suspensiva de exigibilidade*” em razão de sua condição de insuficiência financeira do beneficiário, visto que impossibilitado de fazer o pagamento sem prejuízo ao sustento de sua família (art. 98, § 3º, do CPC/2015).

Tal “*condição suspensiva de exigibilidade*” pode ser revogada a qualquer tempo, desde que o credor comprove que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que ensejou a gratuidade. Frise-se que o CPC/2015 é claro ao atribuir ao credor o ônus de tal comprovação, afastando a discussão jurisprudencial outrora existente.

5 SILVA, Ticiano Alves. O benefício da justiça gratuita no novo código de processo civil, in Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. 8 ed. Recife, 2015. p. 316.

Para além disso, o supramencionado § 3º ainda prevê prazo prescricional de 5 (cinco) anos para que o credor demonstre que “*deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade*” do devedor. Passado aludido prazo, extingue-se a obrigação mesmo que a condição cesse em momento posterior.

Sobre o tema, discorre Nelson Nery Junior⁶:

“21. Suspensão da exigibilidade. Tendo em vista que o beneficiário da justiça gratuita é tão responsável pelo pagamento como qualquer outro litigante, o que realmente faz a diferença é o fato de que, nos casos de gratuidade de justiça, a exigibilidade do pagamento das custas e honorários fica suspensa pelo prazo de cinco anos, contados do trânsito em julgado da decisão que fixou a sucumbência. Tendo cessado a impossibilidade econômica do beneficiário, a exigibilidade das custas é retomada. O ônus de provar que as condições financeiras do beneficiário mudaram é do credor das custas e dos honorários (o perito, o advogado da parte vencedora etc.).”

Disso decorrem duas conclusões. A primeira, de que, a despeito da justiça gratuita, quando vencido, deve a sentença/acórdão prever a condenação do beneficiário ao pagamento de custas e honorários advocatícios de sucumbência. A segunda, de que não se trata de isenção/gratuidade absoluta de honorários/custas, mas sim um

6 NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 568.

privilégio de não ser obrigado a pagá-la enquanto perdurar a sua situação financeira.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), externado nos autos do RE 249003:

“8. Do art. 12 da Lei 1.060/1950 extrai-se o entendimento de que o beneficiário da justiça gratuita, quando vencido, deve ser condenado a ressarcir as custas antecipadas e os honorários do patrono vencedor. Entretanto, não está obrigado a fazê-lo com sacrifício do sustento próprio ou da família. Decorridos cinco anos sem melhora da sua situação econômica, opera-se a prescrição da dívida. (...). 9. Portanto, o benefício da justiça gratuita não se constitui na isenção absoluta das custas e dos honorários advocatícios, mas, sim, na desobrigação de pagá-los enquanto perdurar o estado de carência econômica do necessitado, propiciador da concessão deste privilégio. Em resumo, trata-se de um benefício condicionado que visa a garantir o acesso à justiça, e não a gratuidade em si.”⁷

Superado o ponto, passa-se à análise da formalização do pedido de justiça gratuita, bem como aos seus efeitos de acordo com o momento processual em que realizado.

3. Pedido de justiça gratuita

O pedido de justiça gratuita encontra-se regulamentado pelo art. 99 do CPC/2015, cujo *caput* prevê, como regra,

⁷ RE 249003 ED, rel. min. Edson Fachin, voto do min. Roberto Barroso, P, j. 9-12-2015, *DJE* 93 de 10-5-2016.

que seja formulado quando da primeira manifestação nos autos, seja ela a petição inicial, a contestação ou a petição para ingresso de terceiro.

Entretanto, o CPC/2015 também admite que o pedido ocorra de modo incidental, no transcorrer do processo – *ainda que não se dê por motivo superveniente* – contexto no qual deve ser feito por meio de petição simples (art. 99, § 1º) ou na peça recursal (art. 99, *caput*). Isso porque a necessidade do aludido benefício pode ocorrer apenas ao longo do trâmite processual, em razão da alteração da situação fática da parte.

Uma vez deferido o benefício, cabe à parte contrária impugná-lo na *contestação, réplica, contrarrazões de recurso ou petição simples*, sempre nos próprios autos do processo (art. 100 do CPC/2015).

Sobre o tema discorre Nelson Nery Junior⁸:

“2. Momento para se fazer o requerimento. Os momentos indicados como próprios para a elaboração do requerimento de gratuidade da justiça são aqueles nos quais a parte ingressa no processo ou oferece recurso. Porém, o pedido pode ser feito a qualquer tempo, se a causa de a parte fazer jus à gratuidade decorrer de fato surgido durante o curso do processo.

• **§ 1.º: 3. Forma do requerimento.** O CPC 99 dá a entender que o pedido pode ser feito no

8 NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 572

corpo da inicial, da contestação, do recurso ou da peça que requer o ingresso de terceiro no feito, o que difere do que antes era previsto pela LAJ 6.º. O STJ entendia que a inobservância da previsão do LAJ 6.º consistia em erro grosseiro (STJ, 2.ª T., AgRgAREsp 442048-MS, rel. Min. Humberto Martins, j. 6.2.2014, DJUE 17.2.2014).”

Porém, apesar de ser possível realizar o pedido a qualquer tempo, tal ato pode resultar em distintas consequências de acordo com o caso concreto.

Isso porque, como será melhor abordado no próximo tópico, a concessão da justiça gratuita possui efeitos *ex nunc*, isto é, não retroage a atos/fatos processuais pretéritos.

Assim, nos casos em que o benefício da justiça gratuita for requerido quando da primeira manifestação nos autos, e deferido, terá o interessado o direito a seus amplos efeitos sobre todos os atos processuais a serem praticados enquanto vigente.

Entretanto, se requerido de modo incidental – no transcorrer do processo –, tal benefício não retroagirá para alcançar as custas processuais já pagas e nem ensejará quaisquer efeitos sobre eventuais honorários de sucumbência já arbitrados.

4. Efeitos “ex nunc” da concessão dos benefícios da justiça gratuita concedida no decorrer do processo

Com base nos argumentos preliminares tecidos, torna-se possível uma análise detida da jurisprudência ora objeto deste estudo.

Independentemente do objeto da ação em discussão no precedente⁹, interessa-nos aqui o entendimento externado com base na pacífica jurisprudência nacional a respeito da concessão da justiça gratuita incidental e seus efeitos.

A celeuma afastada pelo r. *decisum* se manifesta, principalmente, naqueles casos em que o benefício da justiça gratuita é deferido depois de proferida sentença em que o beneficiário é vencido.

Isso porque é comum que partes que tiveram deferida a justiça gratuita em grau recursal (ou em cumprimento de sentença) sustentem que isso ensejaria a suspensão da exigibilidade dos honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em sentença proferida em momento pretérito.

Vale dizer, embora não fossem beneficiários de justiça gratuita no momento da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais, tentam se valer do posterior benefício como se tal resultasse em espécie de *anistia* dos valores devidos. Tal entendimento, no entanto, é equivocado.

9 Ação de Busca e Apreensão

Primeiramente, vale destacar que o v. acórdão em comento está alinhado com a consolidada jurisprudência quando manifesta entendimento pela irretroatividade do deferimento do benefício da justiça gratuita.

A respeito, a Desembargadora Relatora do acórdão – Des. Rosana Fachin – bem menciona recentes precedentes que demonstram a pacífica jurisprudência do E. STJ sobre o tema, a saber: REsp 1.674.366, Decisão Monocrática, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 19/12/2017; AgRg no Ag 1.222.063, Decisão Monocrática, Rel. Min. Maria Isabel Galloti, DJe 08/08/2017; AgRg no AREsp 771.115/RN, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 16/06/2016.

De tal modo pacífico o entendimento no E. STJ que as decisões têm sido proferidas monocraticamente pelos Ministros, a exemplo¹⁰:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. MEDIDA CAUTELAR DE ATENTADO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. JUSTIÇA GRATUITA DEFERIDA NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EFEITO RETROATIVO. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM NÃO IMPUGNADO. SÚMULA Nº 283 DO STF, POR ANALOGIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.”

10 STJ, REsp 1.729.480, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 20/04/2018.

Irretroatividade essa que, na prática, resulta em duas consequências diretas: i) inexistência do direito de restituição de eventuais custas e despesas processuais pagas em momento anterior ao benefício; e ii) obrigação de pagamento dos honorários sucumbenciais arbitrados até aquele momento, os quais não são alcançados pelo benefício da suspensão de sua exigibilidade.

Especificamente quanto aos honorários de sucumbência, o entendimento pelo efeito *ex nunc* nos parece lógico e necessário.

Primeiro, porque uma vez fixados contra determinada parte que não era (à época da decisão) beneficiária de justiça gratuita, o ato tornou-se juridicamente perfeito de acordo com as condições do processo.

Segundo, porque a partir do momento em que arbitrados, surge ao advogado da parte vencedora um direito sobre aqueles valores (art. 22 da Lei nº 8.906/94). Direito esse consolidado antes de qualquer benesse processual recebida pela parte, em momento no qual ela ainda sequer era abarcada pela justiça gratuita.

Inclusive, o Estatuto da Advocacia e da OAB (EAOAB - Lei nº 8.906/94) reconhece que tal direito é autônomo ao ponto de que, inclusive, seja possível ao advogado promover individualmente a execução da sentença nesta parte (art. 23 da Lei nº 8.906/94).

Vale dizer que, a partir do momento em que fixados os honorários de sucumbência contra a parte que não é beneficiária de justiça gratuita – e ainda que ela venha a ser no futuro – surge entre a parte vencida e o procurador da parte vencedora uma relação autônoma de devedor e credor, independente da relação processual com a parte por ele patrocinada (parte vencedora).

Em outras palavras, a partir do momento em que fixada a verba honorária de sucumbência, não se trata mais de aspecto processual que poderia ser alcançado pela benesse necessária ao acesso à justiça, mas de verdadeira dívida de natureza civil, líquida e exigível a qualquer momento.

Neste aspecto, a verba honorária fixada apenas deixará de ser devida ao advogado da parte contrária em caso de reforma da sentença ou do acórdão. Decisão de mérito que em nada se relaciona à benesse deferida à parte.

Terceiro, aludido direito torna-se ainda mais flagrante quando a justiça gratuita vier a ser deferida apenas após o trânsito em julgado da decisão que arbitrou honorários de sucumbência (v.g. quando deferidos na fase de cumprimento de sentença).

Isso porque o direito do advogado ao recebimento da verba honorária de sucumbência torna-se imutável à medida em que não pode mais ser objeto de recurso, surgindo-lhe, aqui, também o constitucional direito à observância da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CRFB/88).

Ora, se já houve trânsito em julgado de decisão condenando a parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, então é evidente que eventual deferimento posterior de justiça gratuita em cumprimento de sentença não tem o condão de retirar sua exigibilidade imediata.

Pelo contrário, o valor dos honorários de sucumbência arbitrados em momento anterior à concessão do benefício é passível de execução imediata pelo advogado da parte vencedora assim como o é a condenação principal.

Quarto, porque não só é passível de execução imediata, como muitas vezes possui preferência em relação ao próprio crédito principal da parte vencedora.

Isso porque os honorários advocatícios são verba de natureza alimentar, fator agora expressamente reconhecido na legislação pátria no § 14 do art. 85 do CPC, que prevê que os *“honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”*¹¹.

Natureza alimentar essa que, a propósito, frequentemente é utilizada como um dos parâmetros à irretroatividade dos efeitos da justiça gratuita, como se vê, por exemplo, do entendimento externado pelo E. Tribunal de Justiça

11 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 26/08/2018.

do Estado de Minas Gerais¹²:

“APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ EXECUTIVIDADE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. JUSTIÇA GRATUITA. EFEITOS DECISÃO. EX NUNC. O fim do benefício da justiça gratuita é o de dar acesso ao Judiciário para aquele que não tem condições de arcar com os ônus de um processo. A gratuidade da justiça se concedida posteriormente a sentença de primeiro grau, quando expresso, tem efeito após a prolação da decisão de concessão. Os honorários de sucumbência também têm natureza alimentar, logo se a parte tiver bens que paguem o débito, é possível o prosseguimento da execução.”

Quinto, pois admitir que o pedido de justiça gratuita tenha efeitos “*ex tunc*”, ou seja, de retroagir para suspender a exigibilidade de honorários de sucumbência já arbitrados, significaria promover substancial instabilidade processual e insegurança jurídica.

Ora, se ao longo da instrução processual a parte possuía condições financeiras suficientes a arcar com todas as despesas processuais, foge ao sentimento de justiça admitir que eventual alteração em sua situação fática possa lhe ensejar um benefício superveniente de “afastar” a condenação já havida.

Tal situação torna-se ainda mais grave quando se admite que a parte vencida possa, em ato de completa má-fé,

12 TJMG, 15ª CC, AC 1.0145.08.469626-2/0004, Rel. Des. Antônio Bispo, julgado em 19/05/2016.

simular uma superveniente situação de insuficiência financeira exclusivamente para fins de afastar a exigibilidade dos honorários contratuais arbitrados, apenas para se eximir de seus ônus da sucumbência.

Sobre o tema bem discorre a doutrina¹³:

Por outro lado, o deferimento do pedido *posterior* de justiça gratuita não tem efeitos retroativos¹⁴, noutras palavras, não alcança as despesas processuais anteriores ao pedido. Como explicam Fredie Didier e Rafael Alexandria de Oliveira, ‘a se entender o contrário, ter-se-ia que admitir legítima a esdrúxula situação em que a parte, vendo-se na iminência de sair derrotada, pleiteasse, antes mesmo da prolação da sentença, o deferimento do benefício da justiça gratuita, no intuito único de ver-se liberta dos ônus da sucumbência’¹⁵”.

Vale dizer que a importância de se atribuir efeitos *ex nunc* à concessão de justiça gratuita persiste, também,

13 SILVA, Ticiano Alves. O benefício da justiça gratuita no novo código de processo civil, in *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. 8 ed. Recife, 2015. p. 310.

14 “A gratuitidade não opera efeitos *ex tunc*, de sorte que somente passa a valer para atos ulteriores à data do pedido” (STJ, 4ª Turma, REsp 556.081, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, j. 14.12.2004, DJ 28.03.2005, *apud* SILVA, Ticiano Alves. O benefício da justiça gratuita no novo código de processo civil, in *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. 8 ed. Recife, 2015. p. 310.

15 DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Benefício da justiça gratuita. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 49-50, *apud* SILVA, Ticiano Alves. O benefício da justiça gratuita no novo código de processo civil, in *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. 8 ed. Recife, 2015. p. 310.

como medida a se evitar que tal pedido seja formulado exclusivamente para que a parte vencida se veja desonerada de pretérita condenação.

Não se pode perder de vista, ainda, o fato de que, infelizmente, nosso sistema processual permite uma incontável gama de recursos, os quais, aliados à morosidade do Poder Judiciário, muitas vezes resultam em processos que tramitam por mais de 10 (dez) anos, período no qual, de fato, pode haver uma alteração fática que resulte no direito da parte vencida à justiça gratuita. Entretanto, admitir que tal possa retroagir para atingir verbas sucumbenciais arbitradas há tanto tempo resultaria em flagrante ofensa a todo e qualquer direito da advocacia.

Por todos esses motivos é que a jurisprudência nacional se consolidou pela irretroatividade do benefício da justiça gratuita, alcançando apenas atos processuais futuros. Nesse sentido são inúmeros os acórdãos do TJPR. A respeito, para além do acórdão em debate que expressamente prevê que a “*concessão da justiça gratuita não retroage para alcançar atos pretéritos, inclusive com trânsito em julgado, tendo, de consequência, efeito ex nunc*”¹⁶, merece destaque o voto proferido também neste ano de 2018 pelo Des. Sigurd Roberto Bengtsson¹⁷:

16 TJPR, 17ª C.Cível, AI 1744363-5, Rel.: Rosana Amara Girardi Fachin, julgado em 14/03/2018.

17 TJPR, 11ª C.Cível, AI 0006908-28.2018.8.16.0000, Rel. Sigurd Roberto Bengtsson, julgado em J. 01/08/2018.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA VISANDO O RECEBIMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. JUSTIÇA GRATUITA QUE PODE SER REQUERIDA E CONCEDIDA A QUALQUER TEMPO, MAS QUE NÃO RETROAGE. EFEITO EX NUNC. RECURSO PROVIDO.”

Destaque-se igual entendimento proferido por outros relevantes Tribunais pátrios, dentre os quais: STJ, AgInt no REsp 1448570/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 24/04/2018; TJSP, AI 2079035-48.2018.8.26.0000, 10ª C. de Direito Privado, Rel. Des. J. B. Paula Lima, DJe 21/06/2018; TRF 4ª Região, AC 0010278-28.2016.4.04.9999/RS, Rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti, DJe 27/09/2016; TJDF, AI 07055512120188070000, 7ª Turma Cível, Rel. Gislene Pinheiro, DJe 11/06/2018.

Por outro lado, embora a justiça gratuita deferida em grau recursal ou em cumprimento de sentença não alcance as verbas honorárias arbitradas em momento anterior, é evidente que continua a surtir efeitos (de suspensão de exigibilidade) sobre verbas posteriores ao seu deferimento.

Vale dizer que, se o benefício da justiça gratuita for deferido em apelação (p. ex.), embora os honorários ad-

vocatícios arbitrados em sentença sejam imediatamente exigíveis pelo advogado da parte adversa, os honorários atribuídos em grau recursal (nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015) terão sua exigibilidade suspensa enquanto perdurar a condição do beneficiário (art. 98, § 3º, do CPC/2015). O mesmo ocorrerá em relação a eventuais honorários em cumprimento de sentença, tudo a considerar o momento em que deferido o benefício, o que deverá ser observado no caso concreto.

Nesse ponto, p. ex., não terá a parte direito à suspensão da exigibilidade de honorários de sucumbência em cumprimento de sentença se fizer o pedido após o arbitramento do juiz, dado o efeito *ex nunc*.

Assim, também a respeito é precioso o v. acórdão ora em debate, à medida em que a ementa nos remete, a um só tempo, à “*IMPOSSIBILIDADE DE O BENEFÍCIO RETROAGIR PARA ALCANÇAR CONDENAÇÃO PRETÉRITA*” e, por sua vez, à possibilidade de concessão de efeitos da benesse apenas em relação às verbas sucumbenciais posteriores (“*VERBAS SUCUMBENCIAIS POSTERIORES - CONCESSÃO DA BENESSE*”).

No mesmo sentido foi a decisão proferida pelo Des. Péricles Bellusci de Batista Pereira¹⁸, também do E. TJPR, que, além da delimitação de quais honorários estariam com exigibilidade suspensa, ainda manifestou seu enten-

18 TJPR, 18ª C. Cível, Autos 0001462-10.2011.8.16.0123, Rel. Péricles Bellusci de Batista Pereira, julgado em 20/06/2018.

dimento pelos efeitos *ex nunc* “até mesmo para evitar-se que a benesse seja pleiteada com o escopo de livrarem-se os requeridos de pretérita condenação”:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. REJEIÇÃO DA ALEGAÇÃO DE USUCAPÃO TRAZIDA EM SEDE DE CONTESTAÇÃO. RECURSO DOS RÉUS. 1. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS REQUERIDOS. DEMONSTRAÇÃO PELOS DOCUMENTOS CARREADOS AOS AUTOS. BENESSE COM EFEITOS EX NUNC. CONDENAÇÃO PRETÉRITA AO PAGAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. MANUTENÇÃO. - Havendo demonstração, pelos documentos carreados aos autos, que os apelantes são hipossuficientes e não possuem condições de arcar com os custos do processo, possível conceder-se a eles os benefícios da assistência judiciária gratuita. - Os benefícios da assistência judiciária gratuita possuem efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroagem para alcançar atos processuais passados, até mesmo para evitar-se que a benesse seja pleiteada com o escopo de livrarem-se os requeridos de pretérita condenação. 2. RECURSO DE APELAÇÃO. 2.1 POSSE AD USUCAPIONEM. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE ANIMUS DOMINI. POSSE PRECÁRIA ORIUNDA DA MERA PERMISSÃO DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL. SENTENÇA MANTIDA. - As provas que emergem dos au-

tos evidenciam que a posse exercida pelos réus não se reveste de animus domini, mas decorre de mera permissão do proprietário do terreno, amoldando-se à hipótese a figura do comodato (aqui na forma verbal), oriundo da relação de emprego havida entre o dono do imóvel e a avó do requerido. 2.2 HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. MAJORAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 85, § 11, DO NCPC. CONTUDO, PARCELA ACRESCIDA QUE SE ENCONTRA ABARCADA PELA JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA. - Em razão do que determina o art. 85, §11º, do NCPC, acresço aos honorários advocatícios a quantia de R\$200,00 (duzentos reais), sendo que esta, contudo, se encontra abarcada pela justiça gratuita concedida em grau recursal. Recurso de apelação parcialmente provido.”

Conclui-se, portanto, que pouco interessa à análise do caso em qual fase processual o benefício é concedido, mas sim o momento processual em que ocorre. O alcance do benefício deverá sempre ser avaliado e analisado caso a caso para observar quais honorários já foram arbitrados e, portanto, que não são alcançados pela decisão.

5. Honorários contratuais do advogado de beneficiário de gratuidade da justiça

Importante, ainda, que não se confunda os honorários de sucumbência devidos pelo beneficiário de justiça gratuita ao vencedor da causa com os honorários contratuais que porventura tenha ajustado com seu próprio advogado.

A partir do momento em que o interessado decide contratar advogado particular (não fazendo uso da assistência jurídica gratuita), firma com este contrato de honorários por meio do qual assume obrigação à qual encontra-se vinculado, ainda que tenha sido beneficiado por justiça gratuita no trâmite processual.

Nos termos do EAOAB¹⁹, a prestação de serviços advocatícios “*assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados*” (art. 22, caput), sendo o contrato de honorários escrito título executivo (art. 24, caput). Logo, tendo sido ajustado contrato de honorários com o(a) advogado(a), tem este(a) o direito ao recebimento dos valores acordados.

É consolidado o entendimento jurisprudencial tanto a respeito da obrigação do beneficiário realizar o pagamento dos honorários contratuais ajustados, quanto sobre a regularidade de tal contratação sem prejuízo do direito ao benefício da justiça gratuita. Cita-se, a título de exemplo²⁰:

“PROCESSO CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ADVOGADO PARTICULAR. CONTRATAÇÃO PELA PARTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AD EXITO. VERBA DEVIDA. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 1º, IV, 5º, XXXV E LXXIV, DA CF/88, 3º, V, 4º E 12 DA LEI Nº 1.060/50; E 22 DA LEI Nº 8.906/94.

19 BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm. Acesso em 26/08/2018.

20 STJ, REsp 1404556/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 01/08/2014.

1. Ação ajuizada em 16.10.2009. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 04.10.2013. 2. Recurso especial em que se discute se a assistência judiciária gratuita isenta o beneficiário do pagamento dos honorários advocatícios contratuais. 3. Nada impede a parte de obter os benefícios da assistência judiciária e ser representada por advogado particular que indique, hipótese em que, havendo a celebração de contrato com previsão de pagamento de honorários ad exito, estes serão devidos, independentemente da sua situação econômica ser modificada pelo resultado final da ação, não se aplicando a isenção prevista no art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50, presumindo-se que a esta renunciou. 4. Recurso especial provido.”

Não fosse o suficiente, o próprio CPC, em seu art. 99, § 4º, deixa expresso que *“a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça”*.

Na mesma esteira, o STF editou a Súmula nº 450, por meio da qual consolidou sua jurisprudência no sentido de que *“são devidos honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário de justiça gratuita”*.

Trata-se de Súmula que consolida o entendimento pelo direito dos advogados ao recebimento da verba contratual (se tiver sido contratado de modo particular) e sucumbencial, mesmo que tenham defendido os interesses de pessoa beneficiária de justiça gratuita, e ainda que esta persista

em condições de insuficiência financeira. A respeito²¹:

“(…) não há qualquer ilegalidade ou crime no fato de um advogado pactuar com seu cliente, em contrato de risco, a cobrança de honorários, no caso de êxito em ação judicial proposta, mesmo quando este goza do benefício da gratuidade de justiça. Este entendimento, aliás, está pacificado na Súmula 450 deste Tribunal, que dispõe que são devidos honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário da justiça gratuita. Vê-se, portanto, que o Parquet estadual, laborou em equívoco ao consignar, na exordial acusatória, que o paciente estaria impossibilitado de cobrar honorários advocatícios, por força art. 3º, V, da Lei 1.060/50, uma vez que o referido dispositivo apenas isenta a pessoa necessitada de pagar os honorários resultantes da sucumbência, ou seja, aqueles devidos ao advogado da parte contrária, mas não os que ela contrata com o seu patrono, levando em conta o eventual proveito que terá na causa.”

Não há, portanto, o que se discutir a respeito do pagamento de eventuais honorários contratuais firmados pelo beneficiário de justiça gratuita com seu patrono.

6. Conclusão

Como se observa, a justiça gratuita é direito fundamental do cidadão brasileiro de enorme relevância para assegurar o amplo acesso à justiça. Neste aspec-

21 STF, HC 95058, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T, DJe 14/12/2012.

to, foi positiva a atualização normativa sobre a matéria promovida pelo CPC/2015.

Na outra ponta, porém, há a participação da advocacia no processo e a necessidade de sua justa remuneração, visto que figura constitucionalmente reconhecida como indispensável à administração da justiça (art. 133 da CRFB/88) e que deve ter seus direitos respeitados.

Nessa balança de interesses, andou bem a jurisprudência ao consolidar entendimento pela aplicação de efeitos *ex nunc* à concessão de justiça gratuita solicitada incidentalmente nos processos, respeitando e resguardando o direito dos advogados ao recebimento imediato dos honorários sucumbenciais arbitrados em momento anterior à benesse, ou seja, sem que fiquem sujeitos à condição suspensiva do art. 98, § 3º, do CPC/2015.

Posição essa que, ao tempo em que resguarda o direito do advogado aos honorários sucumbenciais já arbitrados, assegura também à parte que se socorra do benefício caso venha a sofrer alteração em sua situação financeira ao longo da tramitação processual, condicionando tal benesse, nesse caso, apenas às despesas processuais e eventuais honorários futuros.

Antônio Carlos Efig
Cristina Leitão
Eliane de Oliveira Moreira
Elimar Szaniawski
Fabio Caldas de Araújo
Francisco Cardozo Oliveira
Guilherme Misugi
Guilherme Ramos Justus
Leonardo Gureck Neto
Luiz Antonio Câmara
Marco Antônio César Villatore
Mariane Josviak
Miriam Olivia Knopik Ferraz
Paulo Eduardo da Silva Muller
Ricardo Lucas Calderón
Rodrigo Sánchez Rios
Silvio Guidi