REVISTA JURÍDICA da Seção Judiciária de Pernambuco

JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Pernambuco

Número 13
Volume II
2021

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juiz Federal Diretor do Foro
FREDERICO JOSÉ PINTO DE AZEVEDO

Juíza Federal Vice-Diretora do Foro
CAROLINA SOUZA MALTA

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

Juízes Federais Integrantes do Conselho Editorial
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER – Diretor do Conselho Editorial
JOAQUIM LUSTOSA FILHO
RODRIGO VASCONCELOS COÊLHO DE ARAÚJO
MARCOS ANTONIO MACIEL SARAIVA
BERNARDO MONTEIRO FERRAZ
FELIPE MOTA PIMENTEL DE OLIVEIRA
RAFAEL TAVARES DA SILVA

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Secretários da Revista
FILIPE ISHIGAMI/LUANA TUCCI/SUZAN VITORINO

Revisão de Texto
SUZAN NATALLY VITORINO SILVA

Capa
SUZAN NATALLY VITORINO SILVA

Arte da Capa
JÚLIA COSTA – Servidora Aposentada da JFPE

Endereço: Justiça Federal de Primeira Instância
Seção Judiciária de Pernambuco
Av. Recife, 6250 – Jiquiá
CEP: 50.865-900, Recife-PE
www.jfpe.jus.br

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 13 (2021) Recife, 2021

Anual

ISSN 1984 – 512X

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Justiça Federal – Pernambuco.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca desta Seção Judiciária

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente
Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho

Vice-Presidente
Desembargador Federal José Lázaro Alfredo Guimarães

Corregedor
Desembargador Federal Carlos Rebêlo Júnior

Desembargador Federal José Lázaro Alfredo Guimarães
Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima
Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt
Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho
Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira
Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior
Desembargador Federal Fernando Braga Damasceno
Desembargador Federal Francisco Roberto Machado
Desembargador Federal Paulo Cordeiro
Desembargador Federal Cid Marconi Gurgel de Souza
Desembargador Federal Carlos Rebêlo Júnior
Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto Neto
Desembargador Federal Alexandre Costa de Luna Freire
Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho
Desembargador Federal Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

Roberto Wanderley Nogueira
Francisco Alves dos Santos Júnior
Edvaldo Batista da Silva Júnior
Ubiratan de Couto Mauricio
Hélio Sílvio Ourem Campos
Nilcéa Maria Barbosa Maggi
Frederico José Pinto de Azevedo
Joana Carolina Lins Pereira
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
Cesar Arthur Cavalcanti de Carvalho
Tarcísio Barros Borges
Ara Cárita Muniz da Silva Mascarenhas
Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo
Arthur Napoleão Teixeira Filho
Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti
Tiago Antunes de Aguiar
Georgius Luís Argentini Príncipe Credídio
José Baptista de Almeida Filho Neto
Carolina Souza Malta
Jorge André de Carvalho Mendonça
Flávio Roberto Ferreira de Lima
Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Roberta Walmsley Soares Carneiro Porto de Barros
Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Polyana Falcão Brito
Marília Ivo Neves
Allan Endry Veras Ferreira
Ivana Mafra Marinho
Kylce Anne Pereira Collier de Mendonça
Thalynni Maria de Lavor Passos
José Moreira da Silva Neto
Paulo Roberto Parca de Pinho

Joaquim Lustosa Filho
Claudio Kitner
Leonardo Augusto Nunes Coutinho
Edwiges Conceição Caraciolo Rocha
Rodrigo Vasconcelos Coêlho de Araújo
Flávia Tavares Dantas
Ethel Francisco Ribeiro
Temístocles Araújo Azevedo
Mateus de Freitas Cavalcanti Costa
Marcos Antonio Maciel Saraiva
Tarcísio Corrêa Monte
Madja de Sousa Moura
Bernardo Monteiro Ferraz
Luiz Bispo da Silva Neto
Felipe Mota Pimentel de Oliveira
Carlos Vinícius Calheiros Nobre

Juízes Federais Substitutos:

Liz Corrêa de Azevedo
Isaac Batista de Carvalho Neto
Guilherme Soares Diniz
Danielli Farias Rabêlo Leitão Rodrigues
Augusto Cesar de Carvalho Leal
Rafael Tavares da Silva
Katherine Bezerra Carvalho de Melo
Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti
Fernando Braz Ximenes
Jaime Travassos Sarinho
Caio Diniz Fonseca
José Joaquim de Oliveira Ramos
Marina Cofferri
Aline Soares Lucena Carnaúba
Flávia Hora Oliveira de Mendonça
Guilherme Castro Lôpo

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA E O ADVENTO DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

Alberto Delgado Neto e Maurício Gomes Pereira França..... 13

UMA CONTRIBUIÇÃO HERMENÊUTICO-FILOSÓFICA AO DIREITO FUNDAMENTAL À JUSTIFICAÇÃO EM RAINER FORST SOB A ÓTICA DA CRÍTICA SOBRE A LINGUAGEM JUDICIAL

Antônio Lúcio Túlio de Oliveira Barbosa 37

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE GRUPO ECONÔMICO: CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO, EFICÁCIA

Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz..... 69

BREVE ENSAIO SOBRE A GLOBALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Diego Fernandes Guimarães.....115

APONTAMENTOS SOBRE AS REGRAS DO DIREITO INTERTEMPORAL RELACIONADAS AOS EMBARGOS INFRINGENTES E A TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ART. 942 DO CPC À LUZ DA DOUTRINA E DO STJ

Dulce Dias Ribeiro Pontes..... 127

RESPONSABILIDADE CIVIL E A UTILIZAÇÃO DE ROBÔS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E ANÁLISE DO DIAGNÓSTICO COM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL: QUEM DEVE SER RESPONSABILIZADO EM CASO DE DANO À SAÚDE?

Gracemerce Camboim Jatobá e Silva..... 145

A COMPATIBILIDADE DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL ATRAVÉS DAS FERRAMENTAS ELETRÔNICAS COM OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

Laercio Lima Coelho Teixeira 167

A CONTRATAÇÃO NA SOCIEDADE MASSIFICADA E AS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO NO DIREITO ALEMÃO

Leonardo Estevam de Assis Zanini *183*

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA E A DIGNIDADE DO IDOSO: REPERCUSSÕES E ALTERNATIVAS PARA A SUA HARMONIZAÇÃO

Marlos Oliveira Magalhães Porto..... *205*

A SUPER RPV E O CRÉDITO SUPERPREFERENCIAL: INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 9º, §3º, DA RESOLUÇÃO N.º 303/2019 DO CNJ

Matusalém Jobson Bezerra Dantas *239*

CONCILIAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL: APLICAÇÃO DE TÉCNICAS ÚTEIS AOS CONFLITOS PREVIDENCIÁRIOS

Mayra Barboza Coelho..... *255*

PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO E A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988: BREVE ENSAIO SOBRE VARIAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO

Nathalia Brito de Carvalho *269*

AS LEGALIDADES E O PRAZO DE VENCIMENTO DO TRIBUTO: A (IM) POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO PRAZO DE PAGAMENTO POR ATO INFRALEGAL E A TIPICIDADE DO CRIME DO ART. 2º, II, DA LEI Nº 8.137/1990

Priscilla Queiroga Câmara *287*

A MULTA JUDICIAL (ASTREINTE): CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA *FIXAÇÃO* E *MODULAÇÃO* DO *QUANTUM* ALCANÇADO

Rafael Caselli Pereira..... *307*

ABORDAGEM POLICIAL E *ACCOUNTABILITY*: UMA APROXIMAÇÃO DO INTERACIONISMO SIMBÓLICO DE G.H. MEAD AO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Tatiana Almeida de Andrade Dornelles..... *333*

O CARÁTER PROBLEMÁTICO DAS CONDUÇÕES COERCITIVAS INTERPRETADO A PARTIR DA RETÓRICA ANALÍTICA: REVISITANDO AS ADPFs 395 E 444 SOB O ÂNGULO DA EFETIVIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL E DO DISCURSO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS HUMANOS

Tomás Pires Acioli *359*

APRESENTAÇÃO

Concebida, inicialmente, como um foro de divulgação das ideias dos magistrados federais, sobretudo acerca de temas jurídicos caros ao Judiciário Federal, a Revista da Seção Judiciária de Pernambuco, com a ampliação de sua tiragem e a abertura para a participação de toda a comunidade jurídica, tem se notabilizado por bater recordes ano após ano.

Em razão do número expressivo de artigos recebidos e da qualidade apresentada pelos textos, a revista selecionou trinta e dois deles e irá, pela primeira vez, ser publicada em dois volumes, o que é motivo de júbilo para todos que se dedicaram a torná-la uma realidade.

Os temas tratados nesta edição são pujantes e despertam grande interesse para os operadores de direito, como o artigo que trata das medidas cautelares penais em processos suspensos por ordem dos tribunais superiores e o que examina os princípios da proteção dos dados nas relações de consumo.

A discussão sobre a prisão antes do trânsito em julgado, tão atual em razão do pronunciamento recente do STF sobre a matéria, é outro tema de grande interesse dos juristas e que é objeto de artigo publicado nesta edição.

As questões tratadas nos trabalhos selecionados, contudo, não se limitam a discutir o direito positivo brasileiro. Para muito além disso, tratam de assuntos de todas as matizes da ciência do direito, inclusive envolvendo temáticas de direito internacional, como o artigo que trata da globalização do direito constitucional.

Os textos não se restringem a problematizar questões já amplamente discutidas na doutrina e na jurisprudência. São inovadores e apresentam soluções para problemas atuais e com ampla repercussão na sociedade, donde se extrai que sua relevância se espraia para muito além dos limites do âmbito da Justiça Federal.

O sucesso que as edições anteriores alcançou exige do Corpo Editorial uma crescente preocupação com a qualidade dos trabalhos, a fim de preservar o interesse cada vez maior da comunidade jurídica com os artigos publicados na revista.

Desejamos que esta edição continue a despertar em todos a satisfação que as anteriores o fizeram.

Boa leitura!

Claudio Kitner
Juiz Federal da 3ª Turma Recursal de Pernambuco

1

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA E O ADVENTO DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

Alberto Delgado Neto
Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Mestre em Direito pela UNISINOS
Professor na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul
Ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul

Maurício Gomes Pereira França
Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Mestre em Direito pela UIT
Professor em programas de pós-graduação

RESUMO: O artigo aborda o processo executivo a partir do compromisso na realização do direito material frente aos efeitos decorrentes da publicação e os impactos causados com a publicação da Lei 13.869/2019. A análise da devida tutela jurisdicional executiva é o fio condutor do trabalho. A problemática passa pela criminalização da ordem de indisponibilidade patrimonial insculpida no artigo 36 da Lei de Abuso de Autoridades. A conjugação dos conceitos acadêmicos e das questões de ordem prática direcionam a análise em busca da solução dos conflitos apresentados à Justiça. A relevância do tema reside no risco de ineficiência do processo executivo diante da ameaça de criminalização da conduta judicial que visa à concretização de um direito já acertado. Não obstante, acredita-se que o dispositivo da lei incriminadora não teria alcance de incidência na forma posta no sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade da jurisdição. Devido processo executivo. Indisponibilidade patrimonial. Lei de Abuso de Autoridades.

INTRODUÇÃO

O artigo aborda as consequências, sobre o processo executivo cível, da criminalização prevista no artigo 36 da Lei 13.689/2019. O tipo penal prevê pena de detenção de um a quatro anos ao magistrado que *decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la*.

Os efeitos nocivos na atividade jurisdicional e na realização do direito material subjacente ao processo executivo, com prejuízo à efetividade, já se mostram presentes no âmbito forense, sem que o valor jurídico proposto pela regra (abuso da autoridade) estivesse ameaçado.

A partir da publicação da Lei 13.689/2019, percebeu-se alteração na rotina jurisdicional no tocante aos bloqueios de valores por meio da ferramenta BACENJUD. São muitos os recursos interpostos contra decisões que indeferiram a medida constritiva, sob o fundamento de que a referida lei passaria a incriminar a constrição de ativos financeiros.

Limitando-se à temática da ordem de bloqueio de ativos financeiros diante da Lei 13.689/2019, o articulado convida à reflexão sobre os impactos do dispositivo incriminador no processo executivo e sobre a atuação do magistrado neste processo.

1. DIREITO A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Desde há muito são conhecidos os entraves ao acesso universalizado à justiça. Sobre o tema, Mauro Capelletti e Bryan Garth[1] enumeram diversos obstáculos que podem desestimular a busca pelo Poder Judiciário, como altos custos em geral, e para causas de pequena repercussão patrimonial (considerando-se gastos com taxas judiciárias e contratação de advogados); o tempo de tramitação dos processos em geral; a aptidão da população para conhecer um direito seu e saber que instrumentos processuais podem ser utilizados a fim de buscar sua realização; a disposição psicológica para enfrentar uma demanda; o enfrentamento de demandas pelo demandante eventual contra entes que são considerados demandantes habituais; a capacidade postulatória; as demandas de interesses difusos e coletivos em contraponto ao espírito individualista humano.

A viabilização do acesso aponta para a compreensão e prática da chamada "ordem jurídica justa", que perpassa pelo direito de informação e conhecimento do direito substancial; pelo direito de obter a tutela de juízes inseridos na realidade

1 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 15-29.

social; pelo direito aos instrumentos processuais capazes de viabilizar a efetiva tutela dos direitos; e pela remoção dos obstáculos que impeçam a realização do acesso efetivo[2].

Quando a Constituição da República encarta em meio às garantias fundamentais a inafastabilidade da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV), não põe em relevo apenas a promessa de buscar do Estado a resposta para um conflito. O que exsurge do texto constitucional é a compreensão de que, ao se postar diante do Estado-Juiz, o jurisdicionado receberá a efetiva tutela jurisdicional. A assunção do monopólio da aplicação da justiça pelo Estado traz a reboque o dever da concretização (execução) de suas decisões, quando não voluntariamente cumpridas.

Com os olhos voltados para a efetividade da tutela, registra Luiz Guilherme Marinoni que o direito de ação não se limita ao pedido de solução do conflito, mas tem como pilares a participação adequada do processo, com a necessária produção probatória e de alegações, além da capacidade de influir sobre o convencimento do magistrado. Ainda conforme exposto pelo autor, a ação não se exaure com a sentença de mérito transitada em julgado. Explica:

> O direito de ação também não se exaure com a sentença que afirma o direito, mas carece de execução para conferir a tutela do direito ao autor. É o caso das sentenças que dependem de execução, isto é, das sentenças condenatórias, mandamental e executiva.
> A prolação dessas sentenças, como é intuitivo, não presta a tutela do direito. A menos que sejam adimplidas voluntariamente, quando, em verdade, deixam de importar como carentes de execução.
> A sentença condenatória, apesar dos esforços doutrinários, nunca prestou a tutela de um direito. Sempre constituiu uma mera fase à prestação da tutela jurisdicional[3]

Essa compreensão ultrapassa a noção clássica trabalhada por Liebman, que promovia a cisão entre direito de ação e o direito à efetiva prestação jurisdicional. Esta última era vista pelo autor italiano como um direito de menor amplitude[4]:

> *O direito de ação adquire, com isso, uma fisionomia suficientemente precisa: é um direito subjetivo diferente daqueles regidos pelo direito substancial, porque é dirigido ao Estado, sem se destinar à obtenção de uma prestação deste.*

2 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo: um novo ramo do direito processual. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 61.

3 MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao art. 5º, XXXV. In. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição da Brasil. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013, p. 362-363.

4 LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil, 4 ed. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo : Malheiros Editores, 2005, p. 200.

A ruptura com o movimento processual responsável pela *conceituação* de institutos visa à concretização dos direitos. Conforme expõem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,

> a rica literatura formada a respeito do conceito de ação na primeira metade do século XX, principalmente na Itália, portanto, com o advento da *fundamentalização do direito de ação*, ganha novo significado: o *foco* é deslocado do *conceito* para o *resultado* propiciado pelo seu exercício. Vale dizer: a ação passa a ser teorizada como meio para a prestação da tutela jurisdicional adequada e efetiva aos direitos. Trata-se de direção oriunda da consciência de que 'não basta declarar os direitos', importante antes 'instituir meios organizatórios de realização, procedimentos adequados e equitativos', sem os quais o *direito* perde qualquer significado em termos de *efetiva atuabilidade*[5].

A propósito, a lição de Robert Alexy[6]:

> Los derechos a procedimentos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una 'protección jurídica efectiva'. Condición de uma efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimento garantisse los derechos materiales del respectivo titular de derechos.

Ao erigir à condição de garantia fundamental a inafastabilidade da apreciação jurisdicional, abarcada está a devida tutela, que enfeixa o acertamento do direito e a sua respectiva realização por meio do devido processo. A preocupação do legislador constituinte com a garantia do acesso universalizado fez inserir em meio às garantias fundamentais a tutela dos direitos individuais e coletivos *lato sensu*, sob ameaça de lesão ou já aviltados.

E nesse sentido, a atuação estatal visa garantir ao jurisdicionado a técnica processual adequada à realização da efetiva tutela jurisdicional. A tal respeito, registrou Luiz Guilherme Marinoni:

> Se o juiz não tem apenas a função de resolver litígios, porém a de zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional, sem poder resignar-se a aplicar a técnica processual que possa conduzir a uma tutela jurisdicional inefetiva, é certo dizer que o seu dever não se resume

5 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 2ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 712.

6 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 472.

> a uma mera resposta jurisdicional, pois exige a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva. Ou seja, o dever do juiz, assim como o do legislador ao instituir a técnica processual adequada, está ligado ao direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional, compreendido como um direito necessário para que se dê proteção a todos os outros direitos[7].

Em outras palavras, a proteção de um direito aposto no texto de lei deve ter o correspondente instrumento processual a veiculá-lo e, provocada a jurisdição, a resposta adequada e efetiva se faz imperiosa, sob pena de se desonrar a garantia do acesso.

Analisando-se de forma sistêmica, é de se notar que a efetividade da prestação jurisdicional guarda relação com outros princípios ínsitos ao Estado, como o da eficiência. Essa inter-relação restou registrada em trabalho relevante de Teori Albino Zavascki[8]:

> Sob a denominação de direito à efetividade da jurisdição queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribui ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização 'Tática' da sua vitória"

A gama de escritos sobre o direito à tutela jurisdicional efetiva é infindável. Os registros colacionados descortinam a convergência de compreensão de que a garantia do acesso somente deixará de ser uma promessa quando o conjunto *norma-atuação judicial* assumir o compromisso de promover a realização do direito pretendido.

E nesse passo, o novo Código de Processo Civil chega vocacionado à concretização da devida tutela jurisdicional. A baliza constitucional é trazida em seu primeiro artigo[9]. A efetividade e a celeridade estão cravadas logo na sequência juntamente ao princípio da proporcionalidade, nos artigos 4º, 6º e 8º.

Da exposição de motivos se extrai logo nas primeiras linhas:

---

7 MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 188.

8 ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 64.

9 Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

> Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direito, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.
> Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico por meio do processo.
> [...]
> O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidade sociais e muito menos complexo.

Imbuído na missão de realizar o direito eficiente, o legislador urdiu o novo Código de Processo Civil de modo a 1) estabelecer fina sintonia com a Constituição da República; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade dos subsistemas; 4) dar todo o máximo rendimento a cada processo; 5) garantir ao sistema processual melhor organização.

A interpretação e a aplicação das normas processuais civis no curso do devido processo devem ter em vista a finalidade da realização de um direito eficiente, em prazo razoável. Os objetivos acima registrados somente confirmam a necessidade de se atentar à efetiva prestação da tutela jurisdicional, que não se detém na certificação do direito.

A satisfação de uma obrigação, acertada por sentença judicial ou ajustada em outro título, é o último elemento da extenuante jornada. E seu alcance depende da existência e da possibilidade de utilização desembaraçada de instrumentos legais àquele fim.

2. A EFETIVIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

A temática *efetividade do processo* conduz a uma conclusão intuitiva. "O processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir"[10].

A realidade, entretanto, mostra que a inferência de clareza meridiana não necessariamente se converte na realização voluntária por parte do obrigado. Na maior parte das vezes o apontamento de um direito em título não conduz em medida automática de satisfação. Daí a existência do processo executivo.

Duas técnicas processuais permitem a imposição da obrigação por meio

10 CHIOVENDA, Guiseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 4ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas : Bookseller, 2009, p. 87.

da atuação da jurisdição cível. Elas podem alcançar o patrimônio do devedor, impor conduta positiva (*facere* ou *dare*) e até mesmo a abstenção de certas práticas. São o processo autônomo de execução e o cumprimento de sentença, assim denominada a fase de execução[11]. A determinação do procedimento a ser adotado decorre de escolha legislativa.

A garantia fundamental de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal torna imperativa a observância do *due process*, dos limites do título (*nulla executio sine titulo; nulla titulus sine lege*), e da utilização de ferramentas legais (meios típicos e/ou atípicos) para a realização do objetivo final do processo executivo.

O processo de execução possui estrutura normativa e princípios próprios. Nele, o princípio da efetividade ganha contorno especial, consistente na exigência de um sistema completo, apto a proporcionar a pronta e integral satisfação de qualquer direito merecedor de tutela executiva[12].

Ombreando com a efetividade da execução, podem ser citados os princípios da *primazia da tutela específica*, *tipicidade*, *patrimonialidade*, *desfecho único* e *menor onerosidade*. Esses princípios, em maior parte positivados, formam um conjunto harmônico em busca da satisfação da obrigação.

Não se olvida ainda da incidência de outros princípios, como o *contraditório* e a *ampla defesa*. Estes em dimensões readequadas à realidade da execução, *utilidade*, *cooperação*, *boa-fé processual* e *disponibilidade da execução*. De se registrar que a efetividade passa necessariamente pelo desfecho único e pela primazia da tutela específica. Dispõe o artigo 797 do Código de Processo Civil:

> Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

A disposição geral contida no comando legal reflete o princípio do desfecho único do processo executivo[13]. A redação guarda grande semelhança com o texto do artigo 612 do Código de Processo Civil de 1973, que inaugurava as disposições gerais das diversas espécies de execução.

11 DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil : execução - 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 46-47.

12 DIDIER JR., Fredie ob. cit, p. 65 *apud* GUERRA, Marcelo lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civíl. São Paulo: RT, 2002.

13 Art. 924. Extingue-se a execução quando:

II - a obrigação for satisfeita;

A respeito, consignou Ovídio A. Baptista da Silva[14]:

> Se observarmos o que acontece no "processo de execução" regulado por nosso Código de Processo Civil – relativo às execuções obrigacionais –, veremos que o processo executivo, em qualquer de suas modalidades, tem por fim a realização de um ato material de transformação do mundo dos fatos, através do qual se opera, por intermédio do juiz, uma transferência de valor do patrimônio do devedor executado para o patrimônio do credor exequente.

A realização referida por Ovídio Baptista alcança seu exaurimento por meio da tutela específica (em regra), ou pela tutela do equivalente (de forma residual). Quando se está diante de execução por quantia certa, a efetividade será alcançada ao se assegurar ao exequente a importância a que faz *jus*. Nas obrigações de fazer ou de entregar coisa, a efetividade depende da realização da prestação devida ao credor.

Um dos maiores problemas da execução por quantia certa é a inexistência de patrimônio. Quando se fala em execuções que têm por objeto a obrigação de fazer, o entrave está na limitação quanto ao constrangimento do executado para a prática de atos (*nemo ad factum praeciso cogi potest*). Mas se o processo executivo deve entregar ao credor *exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir*, é a norma processual que providenciará gatilhos para a *substituição da vontade* do devedor.

Em vigência até março de 2016, o Código de Processo Civil de 1973 passou por profundas reformas a partir do final do século XX, que visaram à otimização do processo executivo e de medidas indutivas à realização dos direitos do credor. Essas reformas redefiniram o rumo da satisfação das obrigações por meio do processo. Sedimentaram-se medidas indutivas e coercitivas a bem do cumprimento específico de obrigações positivadas[15]. Tais medidas buscavam, conforme expressão talhada por José Carlos Barbosa Moreira, garantir a maior coincidência possível entre a obrigação existente e o que era entregue ao credor.

É possível notar a intenção do legislador de afastar a existência de um processo duplo na sistemática nacional, sendo um dirigido à formação de um título executivo e outro com o escopo de fazer cumprir o comando desse título. O movimento legislativo forte em busca da efetividade dos comandos judiciais ganhou especial relevo em 1994. Com o advento da Lei 8.952 veio a *antecipação da tutela*. A medida, lapidada posteriormente pela Lei 10.444/2002, buscava salva-

14 SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil, 4ed. revista e atualizada com a recente reforma processual. Revista dos Tribunais, 2006, p. 335.

15 Reformas trazidas pelas Leis 8.952/1994, 10.444/2002, 11.232/2005 e 11.382/2006.

guardar direitos contra riscos de danos irreparáveis ou de difícil reparação, refrear a utilização de defesas temerárias, além de possibilitar à parte a obtenção, ainda no curso do processo cognitivo, de medidas satisfativas de seu direito. "Com isso fraturou-se, em profundidade, o sistema dualístico que, até então, separava por sólida barreira o processo de conhecimento e o processo de execução, e confinava cada um deles em compartimentos estanques"[16]. Viu-se o início da implementação do *sincretismo* no direito processual civil brasileiro. O movimento seria irreversível.

No tocante ao cumprimento de tutelas específicas de fazer ou não fazer, o artigo 461 do Código de 1973 conferiu ao juiz instrumentos que pudessem garantir ao credor o resultado prático equivalente ao adimplemento. Medidas coercitivas diversas passavam a dar suporte ao cumprimento do comando judicial a bem da satisfação dos interesses do credor. E a evolução no tocante às tutelas específicas diversas do pagamento de quantia ganhou completude quando as medidas de apoio previstas para as obrigações de fazer ou não fazer foram dirigidas também às obrigações de entregar coisa (art. 461-A – CPC/73).

Mais adiante, a Lei 11.232/2005 afastou a necessidade da inauguração de outra relação jurídica para dar cumprimento à sentença cível condenatória. Foi o fim do processo executivo como instrumento autônomo para a execução das sentenças judiciais cíveis.

A onda renovatória do processo em busca da satisfação dos direitos afirmados no comando judicial era uma conclamação da literatura jurídica, dos Tribunais, do jurisdicionado, e uma imposição do texto constitucional. É que à medida em que a lei conferia garantias inúmeras ao devedor, assim já apontado em título executivo judicial, dava a ele novo fôlego para se furtar do cumprimento. De outro lado, sufocava o credor. Este se via numa jornada sem fim, envolto a ordens judiciais objurgadas por recursos, incidentes e artifícios diversos, à espera de uma *perfeição formal* a ser alcançada pelo processo. Muitas vezes esse estado da arte só seria atingido quando já não mais havia patrimônio a ser expropriado, ou mesmo o exequente já não mais poderia dele usufruir. Uma nódoa ao acesso à justiça.

A necessidade de se converter o processo executivo em instrumento efetivo e mais célere restou consignada na exposição de motivos da Lei 11.232/2005:

> As teorias são importantes, mas não podem se transformar em embaraço a que se atenda às exigência naturais dos objetivos visados pelo processo, só por apego ao tecnicismo formal. A velha tendência de restringir a jurisdição ao processo de conhecimento é hoje idéia do passado, de sorte que a verdade por todos aceita é a da completa e indispensável integração das atividades cognitivas e

16 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. III - 50. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

> executivas. Conhecimento e declaração sem execução - proclamou COUTURE, é academia e não processo (apud Humberto Thedoro Júnior, A execução de sentença e a garantia do devido processo legal, Ed. Aide, 1987, p.74).
> A dicotomia atualmente existente, adverte a doutrina, importa na paralisação da prestação jurisdicional logo após a sentença e na complicada instauração de um novo procedimento, para que o vencedor possa finalmente tentar impor ao vencido o comando soberano contido no decisório judicial. Há, destarte, um longo intervalo entre a definição do direito subjetivo lesado e sua necessária restauração, isso por pura imposição do sistema procedimental, sem nenhuma justificativa, quer que de ordem lógica, quer teórica, quer de ordem prática (ob. cit., p. 149 e passim)[17].

Guardadas as questões de procedimento, as preocupações registradas na exposição de motivos subscrita por Márcio Thomaz Bastos ainda são atuais. Ainda merecem atenção as medidas que buscam o cumprimento efetivo das obrigações.

Traçar a evolução histórica e mostrar como as reformas se sucederam importa para que se possa compreender que as normas e ferramentas dispostas à satisfação de direitos não nasceram com o Código de Processo Civil em vigor, e nem que foram concebidas sem reflexão, experiências, tentativas, erros e acertos. Houve paulatino atendimento às demandas que visavam à efetividade da tutela jurisdicional. A evolução dos procedimentos executivos deve ser constante, de modo que se possam aperfeiçoar mecanismos à concretização do direito. Esta é uma realidade que se consolida.

Voltando a atenção à época atual, verifica-se que no Código de Processo Civil de 2015 existem medidas típicas e atípicas a bem da satisfação da obrigação já afirmada. No âmbito das tutelas de urgência, destaca-se a estabilização da tutela requerida em caráter antecedente (art. 304 – CPC/15). O julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 e parágrafos – CPC/2015), inclusive com a possibilidade de se instaurar sobre a parcela julgada o correspondente procedimento executivo, é outra evidência da preocupação sobre a efetividade da tutela em busca da realização do direito.

A persecução processual pela satisfação da obrigação conta com ferramentas e gatilhos diversos. Alguns já se mostravam presentes no Código de Processo Civil de 1973. Outros passaram a ser utilizados a partir da nova lei processual. Fala-se na existência de medidas executivas *típicas* e *atípicas*.

Podem ser citadas a averbação da execução junto aos cartórios em que estejam registrados os bens do devedor (art. 828 – CPC/2015), a incidência de

17 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/34.htm (consulta em 22 de julho de 2020).

multas que desanimam a renitência do devedor (art. 523, §1º– CPC/2015), as tutelas inibitórias para o cumprimento de obrigações mandamentais (art. 536, §1º– CPC/2015) e condenatórias (art. 782, §§3º e 4º – CPC/2015), sem mencionar as tradicionais medidas constritivas diretas como a penhora (art. 831 – CPC/2015), bloqueio de ativos financeiros em nome do executado (art. 854 – CPC/2015) e o arresto executivo (art. 830– CPC/2015).

Não se olvide ainda a possibilidade de utilização de meios atípicos de coerção. Todavia, a incidência destas medidas ainda não está livre de discussões. Há questionamentos sobre a própria legitimação dos meios atípicos e sobre o alcance deles quando utilizados. Extrai-se da literatura jurídica:

> O direito brasileiro consagra o princípio da tipicidade dos meios executórios. Não pode ser diferente, porque a CF/1988 tem feição garantista e o art. 5.º, LIV, exige que a privação de bens obedeça ao devido processo legal. A ideia da relativa atipicidade, defendida com base na regra equivalente ao atual art. 536, §1º, esbarra na falta de exemplos práticos e convincentes e, ainda, nos valores consagrados na CF/1988[18].

De outro lado, há quem defenda a aplicação dos meios. Por todos, cita-se:

> Os arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º são cláusulas gerais processuais executivas. (...). A existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos.
>
> As cláusulas gerais servem para a realização da justiça do caso concreto[19].

E segue o autor:

> Essas cláusulas gerais (art. 139, IV. art. 297 e art. 536, § 1º, CPC) autorizam o uso de meios de execução direta ou indireta. É muito importante esse registro, para que não se restrinja a sua aplicação às técnicas de coerção indireta[20].

Os comandos normativos, na visão de Fredie Didier Jr., aplicar-se-iam a todo tipo de execução, prestigiando-se aprioristicamente os meios típicos e, de

18 ASSIS, Araken de. Manual da execução. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 186.
19 DIDIER JR. FREDIE. *Ob. cit*. p. 102.
20 DIDIER JR. FREDIE. *Ob. cit*. p. 103.

forma subsidiária, os meios atípicos. A aplicação deles (meios atípicos) ainda deveria observar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e menor onerosidade ao devedor.

Sem a intenção de aprofundar na discussão, que não é o objeto do estudo, o que se constata é que o novo Código de Processo Civil promoveu, sim, uma ampliação do instrumental a garantir a efetividade do processo executório. E as Cortes de Justiça vêm sendo chamadas a se manifestar sobre a possibilidade ou não da ampliação dos mecanismos para efetividade da execução (assim compreendidos o procedimento de cumprimento de sentença e o processo autônomo de execução por título executivo extrajudicial).

Com a atenção voltada para as Cortes de Justiça, destaca-se fundamento lançado pelo Ministro Francisco Falcão no julgamento do Habeas Corpus nº. 478.963/RS. Na ocasião, discutia-se a legalidade da apreensão de passaporte de devedor. As evidências do processo apontavam para ocultação patrimonial. Constou da decisão que denegou a ordem:

> (...)
> I - Na origem, trata-se de cumprimento de sentença que persegue o pagamento de indenização por danos ambientais fixada por sentença.
> Indeferida a medida coercitiva atípica de restrição ao passaporte em primeira instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao agravo interposto pelo Ministério Público, determinando a apreensão do passaporte dos pacientes.
> (...)
> IV - Os elementos do caso descortinam que os pacientes, pessoas públicas, adotaram, ao longo da fase de conhecimento do processo e também na fase executiva, comportamento desleal e evasivo, embaraçando a tramitação processual e deixando de cumprir provimentos jurisdicionais, em conduta sintomática da ineficiência dos meios ordinários de penhora e expropriação de bens.
> V - A decisão que aplicou a restrição aos pacientes contou com fundamentação adequada e analítica. Ademais, observou o contraditório. Ao final do processo ponderativo, demonstrou a necessidade de restrição ao direito de ir e vir dos pacientes em favor da tutela do meio ambiente.
> VI - Ordem de habeas corpus denegada.

Da fundamentação se extrai:

> (...)
> A novidade fica por conta da abertura do sistema para o uso de meios atípicos na execução por quantia.

> (...)
> Não fosse assim e o processo civil capitularia diante da resistência do devedor, deixando desassistido o credor. Descumpria com o seu dever de efetividade, não obstante as circunstâncias da realidade indicassem a necessidade de persistir. Daria ao credor a resposta "não foi possível", muito embora o devedor seguisse explorando os prazeres da vida em todas as suas possibilidades. Em suma, as medidas executivas atípicas agregaram-se aos meios típicos de execução em ordem a permitir que o juiz, à luz das circunstâncias do caso concreto, encontre a técnica mais adequada para proporcionar a efetiva tutela do direito material violado.

Repisa-se. A execução deve tramitar em prol do exequente. Não se diz com isso que medidas inócuas ou que exponham o executado a situações degradantes devem ser utilizadas para satisfazer a qualquer custo a obrigação. O princípio da menor onerosidade é um importante instrumento de controle.

A questão é que são os mecanismos procedimentais que insuflam o direito material para torná-lo efetivo. As novas realidades demandam com frequência a implementação de dispositivos e ferramentas que possam tornar exequíveis os direitos.

Nada obstante, permanecem muitas as dificuldades para a satisfação da obrigação. Por vezes não se consegue sequer localizar o devedor e/ou patrimônio apto a solver a dívida. Isso sem mencionar os casos em que ocorre o desvio do comportamento processual adequado com as manifestações defensivas infundadas, dilapidação patrimonial, interposição recursal a cada decisão proferida nos autos, para citar exemplos.

Em levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, apurou-se que a execução judicial é a "fase mais demorada". A média para a extinção do processo executivo é de cinco anos e onze meses, conforme o Sumário Executivo da Justiça em números do ano de 2019[21].

E as relações jurídicas hoje mostram-se mais complexas. O surgimento de novos serviços, a criação e comercialização de novos produtos, as formas de contratação e as obrigações se dinamizam na sociedade contemporânea. Necessita o magistrado, enquanto condutor do processo, de aparato legal que possa consolidar a promessa constitucional da efetividade do processo. Sobremodo quando a cooperação não é o fio condutor do comportamento das partes.

No mais das vezes, a realidade forense revela que os atos como a indisponibilidade de ativos a partir da ferramenta BACENJUD, ou o lançamento de

21 Informação disponível em < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/ conteudo/arquivo/2019 /08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf >, p. 8. Consulta em 08/4/2020.

impedimento veicular por meio do RENAJUD, ou até a restrição creditícia pela via do SERASAJUD, revelam-se prolíficos tanto para a localização do devedor oculto quanto para o próprio cumprimento da obrigação. São mecanismos que aproveitam o progresso tecnológico e invertem o polo do interesse na solução da demanda, ao atingirem o nome ou o patrimônio do devedor oculto ou renitente, impondo a este a busca da solução, por força do constrangimento.

Para o alcance da efetividade, não obstante haver entendimentos em sentido contrário, pode-se dispensar o esgotamento de meios privados/extraprocessuais em busca do patrimônio do devedor ou do próprio devedor. Cita-se precedente da Corte Superior:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. SERASAJUD. ART. 782 DO CPC/2015.
> POSSIBILIDADE. FACULDADE DO JUIZ. RECUSA POR AUSÊNCIA DE CONVÊNIO OU INDISPONIBILIDADE DO SISTEMA. IMPOSSIBILIDADE. 1. É possível a utilização do sistema Serasajud nos processos de Execução Fiscal.
> Não há óbice ao seu emprego em relação a devedores inscritos em Dívida Ativa que, demandados em juízo, não cumpram a obrigação em cobrança.
> (...)
> 3. Como bem ressaltado pelo e. Min. Francisco Falcão, no REsp 1.799.572/SC, "tal medida concretiza o princípio da efetividade do processo, possuindo respaldo basilar nas Normas Fundamentais do Processo Civil, considerando que 'as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa' (art. 4º do CPC/2015) e o dever de cooperação processual, direcionado igualmente ao Poder Judiciário, 'para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva' (art. 6º do CPC/2015)" (Segunda Turma, DJe 14.5.2019).
> 4. O STJ possui compreensão firmada de que é legal a realização de pesquisas nos sistemas Bacenjud, Renajud e Infojud, porquanto são meios colocados à disposição da parte exequente para agilizar a satisfação de seus créditos, dispensando-se o esgotamento das buscas por outros bens do executado. Precedentes: REsp 1.778.360/RS, Rel.
> Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14.2.2019; AgInt no AREsp 1.398.071/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.3.2019; AREsp 1.376.209/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 13.12.2018; AgInt no AREsp 1.293.757/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.8.2018; AgInt no REsp 1.678.675/RS, Rel. Min. Og

Fernandes, Segunda Turma, DJe 13.3.2018.
5. Sendo medida menos onerosa à parte executada, a anotação do nome em cadastro de inadimplentes pode ser determinada antes que se esgote a busca por bens penhoráveis.
6. O uso da expressão verbal "pode" no art. 782, § 3º, do CPC/2015, torna claro que se trata de faculdade atribuída ao juiz, a ser por ele exercida ou não, a depender das circunstâncias do caso concreto.
7. Interpretação que encontra amparo no art. 139, IV, do CPC/2015, segundo o qual, no exercício do poder de direção do processo, incumbe ao juiz "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária". Precedentes da Segunda Turma: REsp 1.794.447/AL, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 22.4.2019; REsp 1.762.254/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16.11.2018.
8. O magistrado não pode se recusar a incluir o nome do devedor em cadastro de inadimplentes, por inexistência de convênio para negativação pela via eletrônica.
9. A Segunda Turma já se pronunciou no sentido de que "o pedido de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, tal como o SerasaJUD, nos termos do art. 782, § 3º, do CPC/2015, não pode ser recusado pelo Poder Judiciário sob o argumento de que tal medida é inviável em via de execução fiscal" (REsp 1.799.572/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14.5.2019).
10.
Eventuais adversidades momentâneas no sistema eletrônico igualmente não representam óbice à adoção dessa medida processual, haja vista a possibilidade de expedição de ofício ao Serasa, por meio físico (REsp 1.736.217/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 1º.3.2019).
11. Se compete ao juiz da execução efetivar as medidas executivas tendentes à satisfação do crédito, a ausência de convênio ou a indisponibilidade do sistema não são motivos suficientes à negativa judicial de aplicação do art. 782, § 3º, do CPC/2015. A possibilidade de expedição de ofício ao banco de dados restritivo, por si só, afasta a razoabilidade da recusa.
12. Em síntese: a) é possível a utilização do sistema Serasajud nos processos de Execução Fiscal; b) é legal a realização de pesquisas nos sistemas Bacenjud, Renajud e Infojud, porquanto são meios colocados à disposição da parte executada para agilizar a satisfação de seus créditos, prescindindo-se do esgotamento das buscas por outros bens do executado; c) sendo medida menos onerosa à parte executada, a anotação do nome em cadastro de inadimplentes pode ser determinada antes de exaurida a busca por bens penhoráveis; d) o uso da expressão verbal "pode", no art. 782, § 3º, do CPC/2015,

> demonstra que se cuida de faculdade atribuída ao juiz, a ser por ele exercida ou não, a depender das circunstâncias do caso concreto; e) o magistrado não pode recusar o pedido de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, tais como o Serasajud, argumentando apenas a ausência de convênio ou a indisponibilidade do sistema.
> (...)
> 15. Recurso Especial parcialmente provido.
> (REsp 1762462/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 05/09/2019 – sem grifos no original)

Isso não significa dispensar o credor de tomar medidas em busca da satisfação do interesse particular. Mas advém da reflexão de que a efetividade do processo de execução perpassa pela atuação conjunta, em cooperação, de todos aqueles que figuram no processo, o que inclui o Poder Judiciário, nos termos do artigo 6º da Lei Processual Civil.

No tocante à utilização da ferramenta BACENJUD (art. 854, §7º - CPC/2015), pode-se dizer que ela é, provavelmente, a mais eficiente quando se trata de execução ou cumprimento de sentença para o pagamento de quantia certa. Havendo ativos financeiros, estes se tornarão indisponíveis, podendo ocorrer a convolação do bloqueio em penhora. A partir daí, há o cumprimento da obrigação e a consequente extinção da execução tornam-se mais facilitados.

A legislação estabeleceu a preferência da penhora sobre dinheiro, depósitos ou aplicações financeiras em geral (art. 835, §1º – CPC/2015). A prioridade referida no texto de lei deflui da leitura conjugada dos princípios da efetividade, do desfecho único do processo e da primazia da tutela específica.

Ao se analisar a evolução das normas processuais, desde as reformas do Código de 73 até o advento do Código de 2015, o que se vê é a preocupação do legislador em conferir ao processo civil contornos de *efetividade*. A criação de embaraços à utilização destes instrumentos impõe retrocesso e colide com as garantias referidas à exaustão. A medida da utilização é que deve ser conformada à necessidade e adequação ao caso.

3. A DETERMINAÇÃO DE BLOQUEIO DE VALORES E A LEI 13.869/2019

Desde a entrada em vigor da Lei 13.869/2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, avolumam-se os recursos que visam à reforma de decisões que negaram aos credores as medidas que implicariam em indisponibilidade de ativos financeiros dos devedores, com o fim de saldar obrigações exigidas por

meio de procedimento executivo judicial. A justificativa para o indeferimento deflui da compreensão de que a só constrição dos valores geraria a repercussão penal imputada no artigo 36 da Lei de Abuso de Autoridades.

Convém registrar que não se vedou a utilização da ferramenta eletrônica BACENJUD para a constrição de ativos financeiros. A utilização do sistema referido no artigo 854, §7º do Código de Processo Civil não passou a ser proscrita com a Lei 13.869/2019. O que se pode inferir, é que a norma sob comento tentou criar um tipo penal para incidir nas hipóteses em que a determinação ou a manutenção de uma ordem de bloqueio rompa com a legalidade em uma medida ainda a ser decifrada.

A redação do tipo incriminador é criticável sob vários aspectos. A técnica legislativa mostrou-se especialmente sofrível. Está-se diante de tipo penal aberto, que demanda integração interpretativa amplamente subjetiva. Há no artigo 36 da Lei em comento locuções que demandam interpretação para a pretensa caracterização da conduta incriminadora. Transcreve-se o dispositivo:

> Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la:
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

O advérbio exacerbadamente é nada elucidativo. Indo além, para a caracterização da conduta incriminada, não bastaria apenas a decretação de indisponibilidade, mas o devedor deveria provar a "excessividade da medida". E, ainda assim, o Magistrado deveria deixar de ordenar a correção, em prazo sequer definido.

Inevitáveis são os questionamentos: O que seria considerada uma extrapolação exacerbada para a caracterização da conduta? O que caracterizaria a "excessividade da medida"? Em que prazo deveria o magistrado "corrigir" a "excessividade da medida"?

A falta técnica na elaboração de um tipo penal tão aberto ofende importantes princípios do Direito Penal. Há inobservância ao princípio da *estrita legalidade*, na medida em que falta à norma conteúdo jurídico preciso. A norma penal necessita de elementos claros, inequívocos de modo que esteja socialmente clara a criminalização e não haja margem de dúvidas ao destinatário. Citando Luiz Luisi, Guilherme de Souza Nucci expõe:

> O postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais

> possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme[22].

Arrepiaram-se também os princípios da fragmentariedade e da proporcionalidade. O legislador cominou pena que varia de um a quatro anos a uma conduta judicial corrigível pela via recurso. O Direito Penal serve a socorrer os bens mais caros a uma sociedade quando os demais ramos do direito fracassaram. O caráter fragmentário deve servir como freio ao legislador. O contrário é banalizar o Direito Penal. Sobre este princípio, traz-se à colação a lição de Muñoz Conde, citado por Cezar Roberto Bittencourt:

> O caráter fragmentário do Direito Penal apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações que possam ser consideradas como imorais, tais como o incesto, a homossexualidade, a infidelidade no matrimônio ou a mentira[23].

No tocante à proporcionalidade, a cominação de pena é igualmente falha. O dispositivo em questão foi contemplado com preceito normativo secundário equiparado, em quantidade de pena, aos crimes como furto, apropriação indébita e receptação, para citar alguns. A distinção fica por conta do regime de cumprimento.

É de se indagar qual a lógica utilizada para equiparar as condutas de bloqueio de ativos de um devedor em processo judicial por meio de ato estatal e o assenhoramento indevido de patrimônio alheio pelo agente criminoso.

Ultrapassadas as incorreções acima referidas, é preciso notar que a conduta descrita no artigo 36 somente poderia ser considerada criminosa se presentes elementos volitivos específicos. A constrição patrimonial deve ter por mote o desejo de causar prejuízo ou angariar vantagem para si ou para terceiro, ou ainda

22 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – 16ed. Rio de Janeiro : Forense, 2020, *apud* LUISI, Luis *in Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 18*.

23 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal V.1 - 26 Ed. São Paulo : Saraiva, 2020, *apud* MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Barcelona, Bosch, 1975, p. 72.

satisfazer a capricho pessoal. Inexistentes, não há se falar em caracterização de conduta típica por ausência de elemento integrador do tipo subjetivo.

É o que se extrai das disposições gerais da Lei 13.869/2019. *In verbis*:

> Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.
>
> § 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Novamente está-se diante de imprecisão legislativa. Ao determinar que medidas constritivas sejam ultimadas, o magistrado o faz no cumprimento de seu dever. Não goza qualquer prazer pessoal, mas atende à efetividade da tutela jurisdicional. A esse respeito, Rosemiro Pereira Leal esclarece sobre a atuação do magistrado no paradigma do Estado Democrático de direito:

> (...) no direito modero, é o paradigma constitucionalizado para aferira a legitimidade da conduta procedimental dos órgãos jurisdicionais. É muito comum, nos livros de Direito Processual, falar-se em livre arbítrio e discricionariedade no exercício da jurisdição quando, atualmente, com as conquistas históricas de direitos fundamentais incorporadas ao Processo, como instrumentalizador e legitimador da Jurisdição, a atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal e idiossincrásico do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos seqüenciais a que se obriga o órgão jurisdicional pelo controle que lhe impõe a norma processual, legitimando-o ao Processo. Portanto, não há para o órgão jurisdicional qualquer *folga* de conduta subjetiva ou flexibilização de vontade, pelo arbítrio ou discricionariedade, no exercício da função jurisdicional, porque, a existirem tais hipóteses, quebrar-se-ia a garantia da simétrica paridade dos sujeitos do processo[24].

O outro aspecto que impõe críticas à norma incriminadora permeia a própria legalidade da Lei 13.689/2019. O corpo normativo em comento é impugnado por algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Dentre os argumentos sustentados, cita-se a existência de vício formal, vez que a atividade da Magistratura só pode ser regulada por Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal

24 LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos - 5ed. São Paulo : Thomson-IOB, 2004, p. 41-42.

Federal, conforme dispõe o artigo 93 da Constituição da República. O ato imputado decorre de atuação política estatal. Há também preocupação com a garantia do livre convencimento motivado.

Pertinentes, sobre as garantias dos membros do Judiciário previstas no artigo 95 da Constituição da República, as ponderações de Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck:

> Esse dispositivo trata das garantias funcionais da magistratura. O conjunto de garantias da magistratura visa, em primeira linha, assegurar a independência e imparcialidade dos órgãos judiciais. Nesse ponto, ressalte-se que, no Estado Democrático de Direito, a independência judicial é mais importante para a eficácia dos direitos fundamentais do que o próprio catálogo de direitos contidos nas Constituições. Assim, é que, no intuito de garantir a independência judicial, os diversos ordenamentos constitucionais contêm normas que asseguram e disciplinam o pleno exercício da magistratura[25].

O desiderato de tentar criminalizar a conduta do magistrado que cumpre preceitos legais a bem da resolução integral e efetiva do mérito processual, incluída a atividade satisfativa, bem cabe na expressão cunhada por Rui Barbosa como *a hipérbole do absurdo*. O libelo defensivo apresentado por Rui Barbosa no final do século XIX denunciava a tentativa de amesquinhar a função judicante, criminalizando a atividade interpretativa, no que ficou conhecido como *crime de hermenêutica*. Advertiu Rui Barbosa que acusação de crime faria "da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã" [26].

É inegável que as decisões judiciais causam uma série de efeitos para fora do processo. Ocasionalmente, inclusive terceiros podem ser atingidos pelos efeitos de uma decisão. Certamente, em demandas marcadas pela litigiosidade, a decisão proferida deixará pelo menos uma das partes insatisfeitas. Veja-se que sem a possibilidade de exercer a função judicante de modo imparcial, independente e sem desassombros, o magistrado restará manietado. O exercício de seu mister será intranquilo. O direito das partes de alcançar a solução de mérito justa e efetiva (arts. 4º e 6º - CPC/2015) também fica comprometido.

Da maneira como foi posta, a Lei 13.689/2019 gera uma indesejável tensão entre os Poderes. A repercussão negativa sobre a disposição do artigo 2º da

25 MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. Comentário ao art. 95. *In*. CANOTILHO, J.J. Gomes. *et. al.* (Coords.). Comentários à Constituição da Brasil. São Paulo : Saraiva/ Almedina, 2013, p. 1329.

26 Obras completas de Rui Barbosa. Vol. XXIII 1896. Tomo III. Posse de Direitos Pessoais. O Júri e a Independência da Magistratura. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976, p. 228.

Constituição da República é clara.

Não se ignora a importância de se criarem mecanismos para conter as práticas intoleráveis de abuso. Mas as condutas abusivas, que maculam a Constituição da República, precisam ser reprimidas na medida em que afrontam direitos fundamentais e colocam o cidadão sob o jugo de um agente que labora ao arrepio da lei.

E de fato, eventual decisão de constrangimento patrimonial pela via do BACEN pode eventualmente ser adequada ao valor da dívida em caso de excesso, sem qualquer prejuízo ao devedor, que não o constrangimento natural de vir aos autos e indicar o alegado, atendendo ao compromisso legal de colaboração processual. E tal produz o efeito próprio de adequar valores em casos minoritários e eventuais, como ocorre em muitas outras diversas situações processuais.

Entretanto, está-se muito distante de elemento social de interesse criminal, cujos pressupostos não residem no ato político funcional de jurisdição. Da leitura integral da Lei 13.689/2019 é possível notar uma invasão ao espaço de atuação de membros do Poder Judiciário. Há nítida tentativa de se tolher a atuação independente da Magistratura. O conjunto normativo como um todo revela uma ameaça perene.

Ao fim e ao cabo, a promessa do malogro não deve esmorecer o trabalho do magistrado. Ele antes, deve imbuir-se da coragem, serenidade e do espírito de justiça que são ínsitos ao exercício da judicatura.

O Conselho Nacional de Justiça divulgou que no ano de 2018, entre os meses de janeiro a setembro, foram bloqueados mais de R$ 40,5 bilhões por ordens judiciais via BACEN, de acordo com dados do Banco Central[27]. Na maior parte das vezes é o único meio de se garantir ao credor a satisfação da obrigação e ao processo o seu desfecho.

CONCLUSÃO

O sistema processual civil brasileiro, inserido em ambiente democrático, a partir dos fundamentos do Estado, e que residem nas garantias fundamentais presentes na Carta Maior, está à mercê de regramento específico do artigo 36 da Lei 13.869/2019, onde o valor jurídico a ser preservado, no caso eventual abuso estatal por excesso doloso, não se mostra atendido. E para tanto já dispõe o sistema de mecanismos vários na atuação frente a excessos do Estado.

De outro lado, a criminalização de ato judicial de finalidade clara no ordenamento, para atender o direito material definido, muitas vezes já com trânsito em

27 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/juizes-destacam-eficacia-do-bacenjud-na-execucao-de-sentencas/> . Consulta em 11/4/2020.

julgado, não só fulmina a efetividade da jurisdição em relação ao direito subjetivo posto, como também anuncia a falta de disposição do país em realizar o direito violado, através da estrutura constitucional própria e definida para tanto.

É dispositivo legal que foge do contexto constitucional de garantia dos direitos e efetividade do processo, indicando viés repressor sob a veste de proteção a excessos, que naturalmente são imediatamente solvidos pelo próprio sistema, quando eventualmente ocorrem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: um novo ramo do direito processual.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução.** 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa.** Vol. XXIII 1896. Tomo III. Posse de Direitos Pessoais. O Júri e a Independência da Magistratura. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Vol.1 - 26 Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição da Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil.** Vol. I. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CHIOVENDA, Guiseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** 4.ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas : Bookseller, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo.** 21. ed. São Paulo: Malhei-

ros, 2005.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: execução** - 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos** - 5ed. São Paulo : Thomson-IOB, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** 4.ed. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil.** 4.ed., rev., e atualizada com a recente reforma processual. Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. III - 50. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela.** São Paulo: Saraiva, 1997.

2

UMA CONTRIBUIÇÃO HERMENÊUTICO-FILOSÓFICA AO DIREITO FUNDAMENTAL À JUSTIFICAÇÃO EM RAINER FORST SOB A ÓTICA DA CRÍTICA SOBRE A LINGUAGEM JUDICIAL

Antônio Lúcio Túlio de Oliveira Barbosa
Mestrando em Filosofia do Direito pela UFMG
Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar caminhos e soluções provenientes da hermenêutica filosófica como teoria aplicável para a formação de uma decisão judicial justa, atributo cujo resultado represente a capacidade de expressar, discursivamente, o debate linguístico num espaço de crítica. Busca-se explicitar que as tendências de emancipação para a diversidade de pessoas e grupos, as quais, sujeitas a relações arbitrárias de dominação, veem-se prejudicadas em relação à observação dos critérios básicos de justiça em igualdade de condições. Por meio do método de pesquisa dialético, entre as filosofias do direito, a hermenêutica, e a teoria crítica – esta principalmente focada no direito fundamental à justificação em Rainer Forst – pretende-se evidenciar a ilegítima subtração dos espaços de discussão democrática.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão Judicial. Hermenêutica filosófica. Linguagem. Teoria Crítica.

INTRODUÇÃO

Na modernidade, atingir a melhor interpretação e aplicação do Direito perpassa, certamente, por assumir os contornos das discussões sobre modos de promover uma sociedade mais justa entre pessoas que devem e precisam se reconhecer mutuamente como autônomas, livres e iguais.

Muito embora seja primordial apresentar uma teoria crítica da justiça capaz de indicar as tendências de emancipação para a diversidade de pessoas e grupos submetidos a relações arbitrárias de dominação econômica, social e política, ainda permanece sedimentada na tradição jusfilosófica a ordinária concretização

da norma jurídica por meio de um sistema hermeticamente fechado e estático. Trata-se daquele no qual se contempla uma aplicação do Direito, partindo-se dos tradicionais critérios jurídicos de interpretação cuja elaboração teórica fundada por Friedrich Savigny corresponde aos conhecidos instrumentos gramatical, histórico, teleológico e sistemático.

Num outro viés circular, consagram-se alguns elementos desenvolvidos na ciência hermenêutica, principalmente na obra desenvolvida por Hans-Georg Gadamer, da qual sobrevém a aproximação íntima com a interpretação do Direito. Essa conexão tem lugar particularmente, por comportar o fenômeno de interpretação o desvelamento da compreensão e a essência do fazer hermenêutico como um saber linguístico autorreflexivo, conjuntamente com a participação no ser, de modo ativo, reconstruindo, incessantemente a esfera de sentidos do objeto compreendido.

Com esse norte, o presente ensaio propõe mostrar a pertinência de como a ciência hermenêutica filosófica possibilita ao intérprete definir critérios de aproximação entre a esfera crítica do direito à justificação no campo institucional do Poder Judiciário, sobretudo, acerca dos limites hermenêuticos da interpretação judicial num Estado Democrático de Direito.

1. DIREITO FUNDAMENTAL À JUSTIFICAÇÃO EM RAINER FORST

A formulação da questão da justiça perpassa pela concepção procedimental de construção de um conjunto de princípios, argumentos e raciocínios levados a efeito pela convivência social e política. Nesse trilhar, o núcleo moral da dignidade humana reveste-se de relevância democrática. Dele sobressai o direito fundamental à justificação, cuja percepção comporta em grande medida "[...] garantias de participação nos processos em que esses direitos básicos são formulados e justificados." (FORST, 2014, p. 102).

De fato, Rainer Forst, um dos representantes contemporâneos da teoria crítica da Escola de Frankfurt, compromete-se com o ideário de um direito fundamental à justificação. Utilizando-se em parte de uma trilha filosófica desenvolvida por Kant, cujo enfrentamento às dicotomias parte da crítica da razão pura, o autor projeta a rejeição ao dogmatismo da época, mas

> "[...] diferencia-se da fundamentação kantiana, porque se baseia, em lugar de uma razão prática pura, em uma razão que se efetiva contextualmente na forma de justificações. Ela pode ser resumida do seguinte modo. Toda crítica pressupõe a recusa à arbitrariedade. E entende-se como arbitrária qualquer relação que não possa ser

razoavelmente aceita por todos os concernidos. (MORAES, 2019).

1.1. PRESSUPOSTOS DE UMA PAUTA DEMOCRÁTICA PELA CRÍTICA AOS ESPAÇOS INSTITUCIONAIS

Especialmente porque as estruturas sociais e políticas justificadas assumem formas extremamente diversas, imprescindível investigar o conteúdo do que concerne o direito fundamental à justificação, e, conseguintemente, como se estabelecem os pressupostos indispensáveis à consolidação de uma pauta democrática no campo da justiça. De acordo com Forst (2014, p. 105), "[...] uma teoria crítica das relações sociais exige uma análise sistemática das práticas de justificação dentro de uma sociedade." Logo, conclui-se como primordial descrever e retificar a desigual distribuição dos recursos, assim como criticar as "falsas" justificativas, visando a tornar efetivo, nas palavras do autor, o "poder de justificação" em espaços institucionais e informais.

Obviamente, existe uma série de linguagens normativas que possibilitam o uso da crítica – notabilizando-se a articulação de sentido moral –, assim como razões imanentes e transcendentes de um determinado corpo social. De qualquer forma, avulta como primordial o direito fundamental do indivíduo de se justificar e também proceder à crítica particularmente sobre a estrutura da ordem de justificação institucionalizada. Exatamente em virtude de contextos de injustiça não suficientemente justificáveis em termos recíprocos e universais, Forst, ao utilizar argumentos de Horkheimer, discorre sobre o conteúdo universal do conceito de justiça, segundo o qual "[...] a desigualdade social que prevalece em determinado momento requer uma justificativa racional. Deixa de ser considerado bom e torna-se algo que deve ser superado". (*apud* FORST, 2014, p. 108).

Assim, nessa linha de leitura contemplada por Forst, rejeita-se a compreensão prevalecente em relações de dominação injustificáveis, pois, dentro da esfera de interesse dos indivíduos, repercute a condução das lutas históricas, de onde surgiu em primeiro plano o conceito de "dignidade".

Especialmente nessa ótica, decisivo é explorar mais detidamente a ideia básica de tolerância num viés de respeito moral à dignidade e autonomia das pessoas ou ainda de grupos, com foco na paridade de direitos numa organização normativa instituída formalmente. Precisamente, sob esse aspecto, destaca-se o respeito incondicional das pessoas, enquanto seres livres e autônomos tendo direito à justificação, a partir da elaboração e concretização de normas dotadas de validade social universal e recíproca, invés de assumir um equivocado espectro de sujeição a meros juízos de tolerância sobre concepções e formas de vida diferentes.

Um dos eixos primordiais frente ao contexto da tolerância cinge-se ao exame do espectro das ideologias, estruturas políticas de poder e posturas críticas para reivindicações de reconhecimento perante as instituições. Nota-se que a questão da tolerância amadureceu paulatinamente num longo trajeto histórico trabalhado pela filosofia, e "[...] as diferentes acepções do conceito possibilitaram o entendimento que oscilou numa tensão constante entre moralidade e poder." (FRONZA JUNIOR, 2017, p. 99).

Isso revela a imprescindibilidade de articular uma crítica à linguagem imanente às relações sociais, prioritariamente no desenvolvimento do sistema político democrático, visando compreender seu real funcionamento bem como os fins à que se prestam, numa rede de relações de poder na contemporaneidade:

> A tarefa primeira de uma teoria crítica da justiça é visar ao estabelecimento de uma estrutura básica de justificação na qual as pessoas possuam procedimentos e condições materiais de exigir, produzir e questionar justificações – o que não se confunde, nem exclui, a perspectiva mais utópica de uma estrutura básica justificada, na qual todos os procedimentos e condições materiais foram justificados universal e reciprocamente. (MORAES, 2019).

Por meio da preliminar tarefa crítica, cumpre às instituições estatais justamente procurar conferir, cada vez mais e por múltiplos itinerários, a abertura dialógica com os destinatários das normas, os sujeitos de direito dotados especialmente de dignidade. O objetivo do envolvimento contínuo do pressuposto de participação resume-se em validar adequadamente a estrutura institucionalizada do Estado. No presente ensaio, conferiremos destaque, sem prejuízo de outras searas, mormente por via da normatividade decisória no seio do Poder Judiciário, cuja teia linguística correspondente às suas sentenças, invariavelmente, carrega marcantes traços herdados por uma tradição reprodutora do padrão capitalista dominante. (WARAT, *apud* STRECK, 2017, p. 269).

Consequentemente, paradigmas da linguagem expressos na cotidianidade daquele ambiente jurisdicional importam, inevitavelmente, no distanciamento de grupos e camadas sociais relevantes no palco de debate institucionalizado pelo Estado, desconstituindo e desestimulando tanto a voluntariedade como a liberdade de manifestação, para o uso e acolhimento da participação efetiva nos instrumentos constitucionalmente assegurados perante a esfera estatal.

Em face deste horizonte particular jurisdicional, a reflexão hermenêutica é capaz de apontar discriminações linguísticas – colocadas sob controle do método teórico-científico. Deveras, a hermenêutica filosófica pode contribuir ao desvelamento, por via de elementos teóricos de pesquisa, acerca das razões pelas quais formas de controle da linguagem, bem assim estruturas discursivas reproduzem valores sociais e jurídicos homogêneos, concebidos, tradicionalmente, no seio de "[...] diversas doutrinas que simplesmente reduzem a complexa questão do 'ato de julgar' a uma escolha individual da consciência do intérprete [...]". (STRECK, 2017, p. 87).

Semelhantemente, o rearranjo da questão da tolerância reverbera como verdadeira condição de possibilidade acerca da própria existência das práticas democráticas, com prontas consequências nos atos estatais. Logo, a inviabilização de um horizonte de rearticulação linguística, num campo democrático, sustenta a permanência das estruturas de poder captadas por ideologias de classe dominantes.

Um exemplo destes efeitos nefastos diz respeito ao "senso comum teórico" cujo significado representa o conjunto de crenças e práticas que englobam os preconceitos imanentes ao modo-de-ser do jurista hodierno. Nele sobrepõe-se a função tecnocrata inerente à tendência capilarizada do saber acumulado, com vistas a reassegurar aquelas relações de poder mencionadas. Diante desta assinalação, Lenio Streck (2017, p. 270) prescreve que, no campo do direito,

> O senso comum teórico sufoca as possibilidades interpretativas. Quando submetido a pressão do novo, (re)age institucionalizando a crítica. Para tanto, abre possibilidades de dissidências apenas possíveis (delimitadas previamente). Ou seja, no interior do sentido comum teórico, permite-se, difusamente, (apenas) o debate periférico, mediante a elaboração de respostas que não ultrapassem o teto hermenêutico prefixado (horizonte de sentido). [...] E o conhecimento científico do Direito termina sendo um acúmulo de opiniões valorativas e teóricas, que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela *episteme*.

Decerto, os princípios de justiça que funcionam na estrutura básica social, por via de um emaranhado de normas, regulamentações e construtos semânticos, fechados em si, e impõem limites de remodelação aos planos individuais e de grupo, dentro da tessitura comunitária plural. Destarte, a construção tecnológica da linguagem, que se foi formando historicamente na tradição ocidental do espaço jurídico, culminou em separar, modelada e hierarquicamente, os segmentos estra-

tificados classes de indivíduos e grupos a serem ouvidos. Os mais discriminados, contudo, intermediados por lutas sociais prementes, conseguiram absorver, dentro da estrutura, alguma fenda capaz de minimamente superar os impedimentos e consagrar, de alguma forma, seus ideais de fala no campo do direito.

Essencial perceber, num panorama de desigualdade de condições, que a proposta emancipadora da teoria crítica de Forst consagra o direito inalienável à justificação, independentemente de revoluções ou quebras do regime institucionalizado constitucionalmente. Consoante assinala Edegar Fronza Junior (2017, p. 100),

> a proposta de Forst ao associar a tolerância ao sistema democrático não é simplesmente inverter o poder fazendo uma crítica à arbitrariedade que aconteceu em muitos sistemas políticos, mas acima de tudo, apesar das diferenças éticas, culturais, políticas e religiosas da sociedade hodierna, pôr em evidência a pessoa no seu direito inalienável e inviolável de justificação. A dignidade não é mais um conceito metafísico abstrato, mas um reconhecimento da autonomia e liberdade do indivíduo tendo possibilidade de viver uma vida que vale a pena ser vivida segundo padrões próprios.

Segundo aventa Forst, viabiliza-se uma "gramática de justiça" com linguagem própria para fins de justificação no domínio dos juízos intersubjetivos exprimidos diante dos fenômenos. Em questões de justiça, realmente, isto se opera em boa medida, porque as relações sociais e políticas básicas ostentam estruturas relevantes, e seu conteúdo de validade exige justificação mútua e universal:

> Assim, os critérios de reciprocidade e universalidade passam, reflexivamente, de critérios de validade para critérios de justificação discursiva. Visto dessa forma, contextos de justiça são contextos de justificação baseados nesses critérios; de uma perspectiva realista [...]. (FORST, 2014, p. 114).

A concepção de uma ou algumas formas de linguagem particularmente vocacionadas, nesse contexto, ao pleno exercício do direito à justificação pode, portanto, representar algo estratificado a um grupo ou classe também especial da comunidade. Sem prejuízo, deve-se, permitir que as críticas sociais e políticas valham-se da reorganização instrumental da linguagem de forma abrangente, invertendo o efeito negativo da difusão de pretensões em diferentes níveis de lutas sociais, conciliando a consagração de uma linguagem comum orientada em favor da reformulação articulada por um acordo básico.

Com vistas ao pleno funcionamento dos parâmetros democráticos instaurados no mundo contemporâneo transformador da justiça social, Forst expõe que a superação da

> [...] "alienação", que é o foco de muitas formas éticas de crítica, envolve a 'apropriação' da estrutura social básica através de seus membros, tornando-a sensível às suas demandas e submetendo-a ao seu controle democrático. (2014, p. 107).

Mediante o ponto de vista do filósofo, revela-se rigorosamente indispensável à construção de uma estrutura básica de justificação abrangente, de acordo com a qual todos os membros da comunidade obtenham lugar de expressão, ainda que dele não desejem se valer. No caso do espaço jurisdicional ínsito às democracias contemporâneas, onde se emprega tomada de decisão estatal dotada de força definitiva, com maior razão, importa que se franqueiem possibilidades efetivas para que aqueles sujeitos se manifestem e obtenham respeito de fala de acordo com suas preferências.

Efetivamente, aqui entra em cena a importância de estabelecer uma instância judicial em conformidade com os anseios de justiça e igualdade de condições, e, por conseguinte, com força impulsionadora incessante a favor de um direito fundamental à justificação, inclusive, porque se torna imprescindível "[...] falar sobre instituições justas de produção e distribuição, não principalmente de redistribuição." (FORST, 2014, p. 116).

Pelo ângulo da justiça, avulta decisivo rememorar e refletir historicamente sobre o modelo organização social e política de determinada comunidade, cujos contornos, decerto, irão desaguar na formatação da decisão judicial, a qual se cuida, afinal, de irretorquível instrumento inerente ao funcionamento harmônico do modelo institucionalizado. O viés concreto deste tipo de justificação perpassa, consequentemente, pela concepção de uma via teórica crítica da justiça preocupada com as verdadeiras "[...] condições de a vida emancipada reconstruir, em primeiro lugar, as normas e os princípios que estão contidos nessa pretensão prática de que a ordem normativa da sociedade esteja justificada [...]." (WERLE, 2017, p. 403).

Exemplificativamente, podemos traçar a rota de um determinado fenômeno de injustiça social, sobreposta pela exploração e exclusão econômica sobre indivíduos do corpo comunitário, ou mesmo mencionar a real existência acerca da falta de reconhecimento cultural de grupos.

Para que se produza uma decisão judicial viável por critérios eminentemente racionais, mais próxima possível de um contexto de justiça, diversos elementos hermenêuticos devem ser levados em conta. Aqui, sobreleva como con-

tribuição hermenêutica a reflexão sobre o respeito ao direito em sua integridade existencial, abarcado obviamente por um roteiro histórico, representado, entre outros aspectos paradigmáticos dessa ciência, sobre elemento da fusão de horizontes, segundo o qual os componentes históricos e culturais do momento de confecção do texto interpenetram-se com acervo cultural do momento de aplicação e concretização da norma concreta.

2. CONTRIBUTOS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA UM ESPAÇO DE JUSTIFICAÇÃO ADEQUADA NO CAMPO DA NORMA JURÍDICA

Vistos os contornos basilares do papel primordial da teoria crítica frente às estruturas institucionalizadas, inclusive em formas éticas de crítica, ressobrou assente que a participação democrática de indivíduos e grupos, com efetividade de instrumentos, é capaz de tornar sensível o aparelho jurisdicional do Estado enquanto instituição acobertadora das demandas sociais submetidas ao seu controle.

No presente passo, transmitiremos em breve escorço histórico sobre evolução da teoria da norma jurídica, mais facilmente compreensível a partir de um recorte no tempo, a fim de seguir o itinerário do estudo para, num segundo momento, discutir a possível tarefa da hermenêutica filosófica no campo do direito. Isso trará luzes pertinentes com vistas à proposta conclusiva do ensaio, visando à assimilação de um componente estrutural linguístico aberto, para a aplicação hermenêutico-filosófica do direito, e, consequentemente, passível aos reclamos sociais subjugados historicamente.

2.1. POSITIVISMO-NORMATIVISTA DE KELSEN E O PAPEL DA NORMA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Evidentemente, a tarefa natural da doutrina do direito, no contexto da teoria da norma, repousa na construção uma série de critérios e procedimentos científicos próprios, separando as proposições, prescrições jurídicas e classificação das normas. Mais precisamente sobre o paradigma da interpretação jurídica, o objetivo do estudo do direito resume-se em auxiliar o intérprete a extrair o direito aplicável, em sua extensão de sentidos, diante da apreciação de um caso ou hipótese, a partir de sua conjugação com a lei, isto é, de cada espécie de fato natural ou social relevante captado pelo legislador e que interesse à resolução dos conflitos sociais.

Operando um recorte histórico diretamente ao Século XX, depura-se que a teoria de Kelsen desenvolveu primeiramente de modo científico a construção teórica do conceito de norma tal como atualmente é concebida e trabalhada, alçando-a ao centro da própria existência do direito. (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 424).

Para tanto, conferiu em seu normativismo jurídico a concepção do direito representado pelo conjunto de normas jurídicas, formando, no entanto, uma divisão nítida, entre ciência jurídica e direito; a primeira que engloba dimensões semânticas e sintáticas (função de metalinguagem); a segunda dotada de viés pragmático (linguagem-objeto), admitindo um ato de vontade no plano da aplicação. (STRECK, 2017, p. 19).

Exatamente neste contexto, exprime-se a importância, na esteira normativista da teoria kelseniana, acerca da distinção entre a interpretação realizada no campo científico-doutrinário, dotado de caráter conhecimento jurídico, e aquela aperfeiçoada no nível das autoridades estatais, cujo procedimento envolve um ato final de vontade, com viés prático.

De outro vértice, ao propor uma separação precisa, entre direito (ciência) e moral, estancando qualquer tipo de valoração sobre o primeiro, Kelsen elabora um

> [...] esquema de interpretação, que determina o sentido deôntico dos fatos sociais. [...] A grande inovação kelseniana, contudo, reside em introduzir, no nível desta estrutura deôntica, uma lógica de 'proposições jurídicas' e não simplesmente de 'normas jurídicas'. A norma jurídica se mantém como esquema de interpretação, porém apenas para apoiar a construção de uma linguagem rigorosa que pode assumir as estruturas formais a priori exigidas pelo conhecimento científico efetivo. (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 426-427).

Em síntese, o estudo de Kelsen parte da resolução de quatro pontos fundamentais para erguer sua teoria pura, desenvolvendo, em primeiro lugar, a) a hierarquia entre as espécies de normas e unidade do ordenamento; b) a sistematicidade do ordenamento; c) o problema das lacunas; d) a completude do ordenamento. (ABBOUD et al., 2019, p. 426-427). Todo fundamento adotado por Kelsen, orienta-se, em última instância, em superar o positivismo exegético baseado unicamente na lei, abrindo a possibilidade de sistematização científica do direito, justamente em razão da hierarquia escalonada de normas válidas, na qual restam compreendidas, certamente, as decisões judiciais.

Paralelamente à construção do normativismo jurídico de Kelsen, surgiram análises teóricas contrapostas que buscaram encontrar o fenômeno que interessa, na realidade social, "[...] onde o direito se forma e se transforma, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seu comportamento as regras de conduta que os governam." (BOBBIO, 2005, p. 62). Por este caminho, tem-se premissas de estudiosos ligados ao movimento denominado realismo jurídico, cujas hipóteses teóricas levantadas vão de encontro aos postulados do jusnaturalismo, e,

igualmente, contra o positivismo jurídico normativista kelseniano. Neste embate, apresentam-se os autores do realismo jurídico que "[...] não vêem o direito como deve ser, mas como efetivamente é, e nem o entendem como complexo de normas válidas, mas como normas efetivamente aplicadas em uma determinada sociedade". (BOBBIO, 2005, p. 62). Porque para tal corrente somente o direito aplicado ostenta eficácia, a concepção que marca este último movimento proscreve a imperiosa observância das regras criadas formalmente pelo Estado, desacolhendo sua exigibilidade e coerção.

Bem pelo contrário, no conceito de direito, o realismo admite como eficazes, tão somente as normas aplicadas pelos juízes, ao dirimir as controvérsias a eles levadas à resolução. Deveras, a corrente do realismo jurídico traduz, mais propriamente, a concepção científica, cuja ênfase repousa diretamente no respeito conferido ao ordenamento jurídico ante o elemento da eficácia de suas normas, e não na sua simples validade, conforme propõe o positivismo.

Concebendo a aplicação e execução da norma a finalidade imediata do direito – elementos que circulam na realidade visível dos fatos –, o realismo comporta um consectário, afinal, do ponto de vista do ser, e não do dever ser. Logo, admite-se a seguinte suma da escola realista do direito, "[...] é direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade." (BOBBIO, 2006, p. 142).

Enfim, considerando que as diversas definições conferidas por ambas as escolas mencionadas traduzem perspectivas diversas, contudo legitimamente suficientes sobre o fenômeno jurídico, Bobbio, então, sumariza que os positivistas enfocam o direito pelo "[...] ângulo visual do dever ser, considerando assim o direito como uma realidade normativa; os realistas enfocam o direito do ângulo visual do ser, considerando assim o direito como uma realidade fatual." (2006, 142-143).

De resto, independemente da concepção adotada, na qual se agasalhe mais confortavelmente a normatização numa determinada sociedade, interações interessantes de comportamentos são ordenadas numa rede de relações mútua, decorrentes por meio de linguagem. Tercio Ferraz Jr. (2019, p. 74), por exemplo, discorre sobre tal fenômeno existencial humano, cuja passagem inaugurará o próximo passo deste ensaio: "comportar-se é estar em situação com os outros, os endereçados das mensagens [...]. Trata-se de um dado irrecusável, posto que o homem sempre se comporta, se comunica: é impossível não se comportar, não se comunicar".

2.2. LINGUAGEM E CONSCIÊNCIA JURÍDICA COMO FENÔMENOS DA APLICAÇÃO DO DIREITO

A rigor, a posição situacional revelada pelo comportamento humano, em

suas inúmeras relações, enleva uma rede expectativa prévia, cujos mecanismos sempre são assegurados pelos meios comunicativos sociais. “Esses mecanismos, que conferem à rede instável de relações certa estabilidade, uma estabilidade dinâmica, compõe sua estrutura”. (FERRAZ, 2019, p. 75). No campo de estudo do jurista, evidentemente, a composição da organização em sociedade, de alguma forma, consubstancia o conceito da norma jurídica em vigor, frente ao dado fático que lhe soa relevante, identificando-o.

Para Joaquim Salgado, o momento de criação da norma perpassa um processo histórico, lógico e dialético, radicado na experiência da consciência jurídica. Em termos de processualidade histórica, a experiência jurídica funcionaliza-se mediante a totalidade do direito, isto é, resulta concebida desde sua elaboração ou criação da lei pelo legislador até o momento da aplicação pelo magistrado. Aqui, efetiva-se o direito em si, concretizando os valores então expandidos pelo ordenamento, respeitando uma estrutura do espírito ético – como totalidade ética –, e chega à sua consumação instrumentalizada na decisão atualizadora do bem jurídico universal do sujeito de direito,

> [...] segundo um critério de tribuição igualitária, da universalidade e da exigibilidade desse bem jurídico ou direito. [...] Desse modo, a consciência jurídica é um processo de superação da consciência moral subjetiva, por força da objetividade positiva do direito, realizando nesse movimento a totalidade ética. (2006, p. 24).

É dizer, em outros termos mais precisos, que, para este autor, a experiência da consciência jurídica, por representar um processo histórico e lógico-dialético, filtra no universal do direito aquilo que cabe a todos, um eu que é um nós, por instrumentalização da própria razão, de maneira imediata, tanto no momento da elaboração legislativa como da aplicação do direito. “Enquanto a consciência jurídica é o momento de reconhecimento do caráter universal do direito subjetivo, considerado como ‘tribuição’ de um bem jurídico, a razão jurídica é o momento concreto dessa realização [...]”. (SALGADO, J., 2006, p. 24). E constituindo-se o produto de uma universalidade concreta, a lei é objetivamente posta por um nós, ou seja, por toda a coletividade de indivíduos num certo espaço territorial, num momento de consciência jurídica – “[...] não é mais produto de uma subjetividade e universalidade abstrata do eu transcendental, mas adquire objetividade e universalidade concreta como lei posta por todos concretamente”. (SALGADO, J., 2006, p. 34).

Diante da proposta por Salgado, concebe-se, a unidade do conceito de justiça, uma vez que recolhe como válido e eficaz o texto jurídico captado e ela-

borado pelo legislador, cuja emanação, afinal, provém do povo, como ente legitimado de poder. Mas a efetiva exigibilidade, assegura-se, num momento posterior, com a atualização jurisdicional da norma posta, individualmente, atualizando-se o movimento universal com a mesma autenticidade do direito legislado para todos – "um eu que é um nós".[1]

Visto comportar categorias fundamentais do direito, o caráter universal da consciência jurídica lida com a prevenção, solução de conflitos e interesses de uma comunidade organizada. Porém, é necessário perceber que, no momento do julgamento, decorre como inexpugnável que a coisa ou fato em análise probatória recebe valoração a ser dada pelo sujeito cognoscente. (SALGADO, 2006, p. 34). Todavia, a juridicidade dos valores precisa ser considerada por um terceiro imparcial ou neutro, quem atue, com uma consciência universal – "um nós social" –, haja vista que a norma jurídica abstrata universal encontra sua efetividade, frente à existência fática da vida, no reconhecimento do direito individual como algo exigível, "[...] portanto universal, por força da atualização da norma jurídica no fato concreto." (2006, p. 87).

> No processo da aplicação, essa consciência formalmente jurídica, caracterizada pelas categorias fundamentais do direito, mostra-se com toda sua especificidade como consciência que não se revela interiormente na individualidade particular do aplicador, mas se remete para a exterioridade do outro e se afirma como consciência de um terceiro neutro a efetivar a singularidade ou universalidade concreta da universalidade abstrata da lei. (SALGADO, J., 2006, p. 89).

2.3. POSITIVISMO-NORMATIVISTA DE KELSEN VERSUS A EXISTENCIALIDADE DOS FATOS (FATICIDADE) NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Visto o movimento do processo de aplicação racional do direito, advém, logo, a inferência de que a atividade interpretativa decorrente da decisão jurisdicional, invariavelmente, produz resultados práticos no mundo da vida, e, assim, retornam, seus efeitos para o todo, reconciliando a universalidade do direito.

1 Explicando as categorias jurídicas desenvolvidas pelos romanos que merecem de Salgado, Saulo Oliveira expõe como se conceitualiza, para aquele filósofo, o Sujeito Universal de Direito a título de centro gravitacional do direito. O momento universal concreto do Direito está no sujeito de direitos universais, uma vez que neste se encontra tanto o momento abstrato da lei objetiva como a particularidade do indivíduo perante a lei, sendo, portanto, razão jurídica, no momento de efetivação do direito. O sujeito de direitos é um *eu* que é um *nós*. A exigência de seu direito subjetivo (*facultas agendi*), porque pautado numa lei objetiva (*norma agendi*), é por si um ato de universalidade do direito. "Ele é exigível porque é um *nós*, prerrogativa de um sujeito particular, mas que reflete um direito que no seu momento universal abstrato é de todos os sujeitos e quer, assim, efetivar-se no seu momento concreto." (2013).

Distinguindo a finalidade usual da tradição jurídica, correspondentemente ao conceito de interpretação por ela empregado, importa consignar, por indispensável, que a conhecida expressão "concretização" merece uma redefinição terminológica. Vale dizer, a essencialidade dos conceitos teórico-abstratos concebidos pelo positivismo, culminou por afastar aquela feição eminentemente prática da atividade interpretativa. Na verdade, a lei não expressa, por si só, o sentido jurídico da norma, o qual somente é consubstanciado efetivamente pela verificação da ocorrência dos fatos, em sua concretude, por um complexo processo de concretização do direito. (STRECK, 2017, p. 279).

Nesse viés, as lições de autores mais preocupados, atualmente, com o caráter existencial do direito como fenômeno social, criticam justamente a tomada de posição teórica inerente à concepção do positivismo normativista, concebido para atuar a ciência do direito, metodologicamente em abstrato, como se tratasse de uma entidade autônoma, exterior à realidade vivida:

> Sendo a norma não uma representação do existente, do "imediatamente dado", mas, sim, o produto da interpretação de um texto, a harmonia, a coerência (e a integridade, diríamos, dworkinianamente) não devem ser buscadas no ordenamento, mas na própria interpretação. (ABBOUD, *et al.*, p. 436, 2019).

A bem da verdade, a lei ou texto normativo impõe, para que surtam os efeitos jurídicos que lhes são inerentes, o trânsito pelo caminho da facticidade imanente ao mundo existencial, tanto em relação ao mundo do intérprete como pela existência textual, cuja norma apresenta-se sua completude apenas com o exame dos fatos. Em razão dessa conjuntura teórica, Lenio Streck enfatiza a natureza factual da teoria estruturante de Friedrich Müller, autor que, no mundo jurídico, foi responsável por uma reflexão que rebate os pressupostos abstratos do positivismo em geral.

Exprimido em um horizonte de sentido eminentemente prático e vivencial, a essa relevante teoria para a interpretação jurídica, alia-se a conclusão que o fenômeno do direito em si constitui-se tão somente frente ao caso ou hipótese fática, cunhando-se, logo, a máxima segundo a qual "a norma é sempre o sentido atribuído ao texto (jurídico)." (MÜLLER, *apud* STRECK, 2017, p. 279).[23]

2 Dessa sorte, a teoria em tela representa grande avanço na ciência do direito, pois a proposta do autor reconheceu que o intérprete ostenta parte integrante ao processo de revelação da norma jurídica aplicável. Todos aqueles elementos e conceitos próprios da dogmática jurídica percebidos pelo intérprete fundem-se com outros conteúdos vivenciais de natureza sensível, amoldando-se racionalmente com a finalidade de que, ao final, obtenha-se o sentido da norma num trilhar de concretização. Destarte, a conjugação articulada pelos fatos e texto normativo, expressa o termo "concretização", cujo emprego fora correntemente na realizado linguagem forense a partir de sua Teoria Estruturante, de Müller, inicializando o desenvolvimento do pós-positivismo, sobretudo no campo científico do direito constitucional.

3 "O intérprete *latu sensu* do Direito se vê incluído nesse processo de construção de normativi-

Outros autores como Dworkin, igualmente, lidam com a presença do ser-no-mundo,[4] emergente do caráter ôntico (existencial) dos princípios, discorrendo que "[...] a normatividade do direito se manifesta, concretamente, na própria *prática interpretativa* e não em um sistema lógico previamente delimitado [...]." (*apud* ABBOUD *et al.*, 2019, p. 436). Vale dizer, parte da doutrina encara com preocupação a definição acerca do conteúdo normativo dos princípios constitucionais, notadamente quando se presta a apartar compreensão, interpretação e aplicação do texto, em relação aos fatos à que se referem numa situação concreta ou mesmo hipotética.

Neste giro, a doutrina do direito de Dworkin resplandece em importância científica para a hermenêutica filosófica no direito, ao empregar aspectos de integridade e coerência ao momento de aplicação, na medida em que concebe como primordial o respeito à tradição histórica relacionada a determinada linha jurisprudencial, operando como sistemática de controle às consequências da interpretação da decisão.

Retomando ao fundamento teórico do positivismo kelseniano, seguido do desenvolvimento teórico do direito a partir segunda metade do Século XX (pós-positivismo), conduz-se, entretanto, à problemática da discricionariedade ou arbitrariedade das decisões judiciais.

A toda evidência, a problemática teórica orientada eminentemente no exame dos resultados produzidos pela decisão judicial – em paralelo à crítica do ato de vontade do julgador –, compõe de um debate relegado sem solução científica definitiva durante o percurso da doutrina positivista. Nada obstante, seu enfrentamento consiste em tema teórico indispensável a guarnecer a autonomia e coerência do direito. Relembrando, aliás, que a tese capital do positivismo – principalmente pelos estudos conduzidos por Kelsen – tomava por excluída a reflexão sobre as consequências externas da decisão judicial, visualiza-se, assim, o viés de indeterminabilidade do direito, em preconização do relativismo interpretativo. (OLIVEIRA, 2007, p. 147).

Similarmente, o paradigma seguinte ao positivismo, qual seja, a linha de pensamento pós-positivista, enfatizava a indispensável reestruturação conceitual do processo decisório da decisão judicial, mormente, em virtude de três elementos jurígenos surgidos no pós-guerra: a) novos textos constitucionais; b) nova teoria da constituição; e c) nova postura jurisprudencial. (STRECK, 2017, p. 145). Uma vez que o ato estatal de interpretação e aplicação dissolve o tradicional mecanismo lógico, consubstanciado por mera subsunção dos fatos (premissa menor) à norma

dade, normativa e materialmente vinculada, da mesma maneira como a estrutura do problema do caso ou do tipo de caso." (STRECK, 2017, p. 281)

4 A expressão ser-no-mundo pode ser atribuída a Heidegger, porque corresponde à explicitação do ser jogado no mundo.

vigente no sistema jurídico (premissa maior), a visão pós-positivista buscou afastar o caráter de ato silogístico da sentença como ato metodológico ou mecânico, em que uma premissa maior (lei) é aplicada para a solução do caso concreto (premissa menor).

Todavia, tal qual o positivismo, o pós-positivismo e outros movimentos elevados na segunda metade do século XX, como o denominado "neoconstitucionalismo", repetiram o mesmo equívoco lógico de delegar à figura do juiz a escolha do direito aplicável. Concebendo, enfim, a impossibilidade de controlar a racionalidade da interpretação, a proposta neoconstitucionalista provoca patologias no contexto da dimensão dos princípios jurídicos e constitucionais, tornando-os valores a serem avaliados pelo magistrado em cada caso concreto, tornando a hermenêutica jurídica um perigoso processo de arbitrariedade judicial.

2.4. O PANORAMA HERMENÊUTICO E O SIGNIFICADO DA PALAVRA HERMENÊUTICA

Em vista do panorama arbitrário e decisionista instaurado pelo positivismo normativista, em patente contradição com o modelo do Estado Democrático de Direito, absorvido pela Constituição de 1988, mostra-se pertinente o aprofundamento de uma visão hermenêutica filosófica no plano do direito.

De outra parte, o modelo hermenêutico proposto por Hans-Georg Gadamer, exprime-se pertinente com o horizonte constitucional vigente, já que o novo panorama constitutivo dos direitos sociais e fundamentais, então (re)criados, transforma o plano individualista então instaurado, por programas amplos de concretização destes valores ápices, numa premência revisional, ao mesmo passo, dos paradigmas dogmáticos do direito, especialmente dos mecanismos de interpretação. A leitura de *Verdade e Método* corrobora, nesse sentido, de certo, retrata uma plena reformulação, no âmbito das ciências do espírito, independentemente da busca de verdades incontestáveis, por meio de métodos empíricos. (SALGADO, R., 2008, p. 39).

Inicialmente, alude-se que a terminologia "hermenêutica" sobreveio, num uso mais remoto, do verbo *hermeneuein* – o qual pode ser representado pela palavra interpretar –, e também do substantivo *hermeneia* (interpretação), ambos de origem etimológica grega. (PALMER, p. 23, 2015).

Somada à origem grega, a terminologia em comento conduz, em certa medida, a leitura prática de determinado contexto histórico, a exemplo da experiência da arte. "A arte de que se trata aqui é a arte do anúncio, da tradução, da explicação e da interpretação [...] que lhe serve de base e que é sempre exigida quando o sentido de algo se acha obscuro e duvidoso." (GADAMER, 1968, p. 75). Com efeito,

em seu ângulo normativo, orientado por regras de interpretação, fora concebida como a operação que permite alçar o entendimento do sentido, carregando em si um elemento finalístico de descoberta inteligível dos textos.

De outro lado, mostra-se a interessante a sinalização de Jean Grondin, ao revelar que o termo interpretação adviria do verbo grego *hermeneuein*, representando duas conotações essenciais:

> o termo designa, ao mesmo tempo, o processo de elocução (enunciar, dizer, afirmar algo) e o da interpretação (ou de tradução). Nos dois casos, estamos diante de uma transmissão de sentido, que pode se operar em duas direções: ela pode (1) ir do pensamento para o discurso, ou (2) remontar do discurso para o pensamento. (2012, p. 18).

Nesta última acepção, cujo processo parte introdutoriamente do discurso para chegar ao pensamento, temos um horizonte contextualizado do significado em que o termo interpretação representa atualmente, contudo indicando uma concepção de transmissão de sentido, independente da vontade manifestada no discurso. Nada obstante, a ideia principal girava em torno da explicação de sentido, de acordo com a qual se orientava num movimento intermediador no interior do discurso (pensamento) para seu exterior:

> Mas se a compreensão grega do termo é esclarecedora, é porque ela nos ajuda a ver que o processo de interpretação deve, nem mais nem menos inverter a ordem da elocução, ordem que vai do pensamento ao discurso, 'do discurso interior (*logos endiathetos*) ao 'discurso exterior' (*logos prophorikos*), como o dirão soberbamente os estoicos. (GRONDIN, 2012, p. 18).

De qualquer sorte, apreende-se que a tarefa do hermeneuta consistia primeiramente na capacidade de traduzir textos incompreensíveis, a partir de uma linguagem acessível às pessoas, passando a difundir uma visão, até mesmo livre da palavra escrita, em transposição de um universo linguístico para outro. Por esta vertente originária, aqueles significados históricos remetem ao exercício do deus Hermes, associado ao processo de transformação de "[...] tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender", decorrendo a conclusão de que a hermenêutica, como ciência, sempre buscou uma espécie de mediação dirigida ao entendimento ou compreensão. (PALMER, p. 24, 2015).

2.5. A TAREFA EXPERIENCIAL DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Perpassada a questão terminológico-semântica da hermenêutica, convém fazer um recorte na linha de evolução da teoria, com coerência ao objetivo prático deste ensaio. Logo, partiremos, diretamente, em direção às características mais próximas à questão da aplicação do direito. Em conjunto, determinaremos o contexto da crítica da justiça e sua adequação à solução das deficiências provenientes da decisão judicial, num ambiente institucional democratizante. Enfim, a proposta é realizar um escorço geral sobre o tema da experiência hermenêutica, que, como vivência existencial, suprirá a perquirição de outros elementos fundamentais desse âmbito do conhecimento, tal como as pré-compreensões (pré-juízos), historicidade, fusão de horizontes, o princípio da história efeitual, círculo hermenêutico, a tradição e o próprio fio condutor da linguagem na experiência hermenêutica.

Incontestável, sob esse introito, é a opinião de Raimundo Falcão ao sobressaltar que a hermenêutica não se volta apenas à interpretação de textos: "Vincula-se a interpretação em geral, embora, sobretudo àqueles objetos em cuja onticidade o sentido é determinante, vale dizer, os objetos culturais" (2013, p. 97). Em virtude disso, o objetivo hermenêutico torna-se indispensável, em relação a uma leitura de intersubjetividade em termos de aplicação à convivência social, em benefício dos efeitos comunitários de justiça. Aliás, com Gadamer,

> abre-se então para uma hermenêutica jurídica crítica, compreendendo que a hermenêutica é um processo de interpretação somado à criação, no qual o intérprete aplicador é responsável também pela atualização permanente do Direito, visto em toda a sistematicidade e abrangência inerentes a seu modo de ser no mundo (RIBEIRO; BRAGA, 2008, p. 267-268).

Existe um ponto fulcral na teoria gadameriana, cuja explicação deita raízes, justamente, na experiência humana, retratando sua determinação científica para a hermenêutica.[5] Consoante o pensamento do filósofo, na interpretação, ressurge a manifestação de um processo comunicativo no qual se apresenta o confronto entre o velho – o texto, o Direito, a norma, por exemplo – e o novo. Exprimindo o resultado da interpretação, compreensão e aplicação do texto escrito, o processo é mediado pela linguagem, por via do diálogo.

Visando solucionar as questões jurídicas vivenciadas no universo do direito (ordenamento jurídico), sobressai como determinante a reflexão sobre o experi-

5 Pelo destaque desse entendimento, Gadamer explicita que "É experimentado, no autêntico sentido da palavra, aquele que tem consciência dessa limitação, aquele que sabe que não é senhor do tempo nem do futuro. O homem experimentado conhece os limites de toda previsão e a insegurança de todo plano." (2016, p. 466-467)

mento da linguagem e também da dialética no processo hermenêutico. Por óbvio, a teoria constante na obra Verdade e Método (GADAMER, 2016) toma como premissa a historicidade e a tradição inerente ao mundo pré-compreensivo do intérprete, e mostra, com isso, quão limitadas representam as metodologias e teorias metafísico-científicas dirigidas a solucionar questões provenientes das ciências do espírito. Evidentemente, a grandeza da obra interpretada perpassa pelas possibilidades de sentidos decorrentes do ser a partir de um mundo fático, historicamente sedimentado, desde o início da experiência.

Sob tal enfoque, fundamental ter em mente que a hermenêutica não se conforma com um simples retorno temporal ao sentido originário do texto, para, então, se efetuar uma aplicação atualizada. Bem pelo contrário. O julgador, no caso, muito embora não realize uma interpretação totalmente apartada do sentido original da lei aplicável, também "[...] incorpora sua própria situação histórica na compreensão histórica do texto, configurando, só nesse momento, o 'sentido originário' [...]" (LOPES, 1999, p. 293). Em igual caminhar, o texto não se manifesta de forma estática, pura e objetiva, independentemente de uma reconfiguração temporal (história efeitual). Na verdade, as pré-compreensões do intérprete encontram-se constantemente em movimento, no contexto da tradição, cuja incidência ele não consegue ultrapassar, visto que sua existência encontra-se marcada, desde sempre, por uma determinada herança do passado.

A fim de atentar à correta apreciação hermenêutica frente ao ordenamento jurídico, urge registrar a inviabilidade do uso de uma interpretação absolutamente isolada do fenômeno textual pelo julgador. Isto é, o simples reconstruir do sentido originário referente ao texto legal, a título de interpretação objetivamente pura, corresponderia a uma contradição em termos. Olvidar-se do acontecimento da historicidade perpassa pelo que Gadamer denominou mais precisamente de princípio da história efeitual.

Conformemente discorre o filósofo, tal elemento compreensivo hermenêutico leva em consideração o momento da consciência do intérprete, cuja apreensão se traduz numa abertura do seu horizonte histórico, conduzindo, em seguida, a novo passo, no correspondente âmbito de visão do mundo; este, em seguida, em face dos próprios limites do conhecimento, apresenta novas questões, as quais se colocam frente à tradição (GADAMER, 2016, p. 398-400). Ademais, a tarefa da hermenêutica consiste mais precisamente em articular o fenômeno da fusão de horizontes, entre o passado do texto com o presente do intérprete, desenvolvendo a interpretação, produtivamente e conscientemente. Vigoram, nesse passo, primordialmente, os aspectos oriundos da diferença experiencial do tempo entre estes dois elementos, ou seja, a fusão de horizontes atua desvendando a tensão existencial de uma alteridade constituída pela tradição, mas que diz respeito ao ser do próprio intérprete.

2.6. APLICAÇÃO DA ESTRUTURA SOCRÁTICA DA PERGUNTA NO VIÉS HERMENÊUTICO JURÍDICO

Em paralelo aos elementos da ciência hermenêutica, temos, na via dialética da pergunta e resposta, um belo exemplo da formação da consciência da experiência – uma técnica nada revolucionária, de há séculos, trabalhada pelos gregos, especialmente, Sócrates, dado que "a descoberta da razão pelos gregos é desde o início um diálogo com o estranho." (SALGADO, R., 2018, p. 100).

A negatividade trazida pela pergunta, desde a Grécia antiga, orienta o conhecimento, em detrimento do simples discurso, pois se manifesta na pergunta um pensamento dialético, iniciado por aquele que deseja realmente saber, precisamente ao deparar-se numa posição de abertura e escuta para o encontro de uma resposta. Essa negatividade reside em separar ou suspender os preconceitos absorvidos por uma determinada realidade histórica do intérprete, e carregados pela tradição, para cuja consciência o necessita o sujeito antecipar-se, exatamente ao realizar a pergunta:

> É através da pergunta, ainda, que se busca a essência do saber, não apenas como um julgar corretamente, mas também como o correto excluir das questões ou colocações incorretas, sendo isto feito ao mesmo tempo e pela mesma razão. Daí podemos dizer que o sentido daquilo que é correto não pode estar fora de correspondência com a orientação na qual a pergunta o limitou. (SALGADO, R., 2018, p. 102).

O preceito socrático "só sei que nada sei", nesse caminho, retrata a primazia da pergunta sugerida por Gadamer, exsurgindo ainda mais apropriada ao fenômeno da interpretação a seguinte colocação, "somente sei o que perguntar", uma vez que, somente pela dialética imposta pela pergunta, chega-se a um conhecimento verdadeiro. (SALGADO, R., 2018, p. 103).

Ainda no espectro dialético desta arte, vale repisar, por importante, que o elemento pré-compreensivo "não é algo subjetivo, mas a própria objetividade da cultura interiorizada, na qual está inserido o intérprete" (SALGADO, J., 2006, p. 196). Na justa medida em que pela dialética se opera a fusão entre o horizonte cultural no qual se criou o texto e o horizonte do intérprete, clarifica-se outra premissa fundamental. A questão acerca da autonomia ou independência do texto em relação ao seu elaborador (legislador) cuida-se de critério hermenêutico bastante antigo, mas de atual aplicação, porque o conteúdo da lei jamais se confunde com a vontade de quem a criou:

> Este apenas põe, dá existência à natureza deôntica ou ao dever ser da regra mediante o 'quero' universal da *auctoritas*, mas não pode dar-lhe o conteúdo objetivo de validade, a sua própria natureza deôntica, que, por se prender à esfera axiológica, pertence à realidade da cultura. (SALGADO, J., 2006, p. 197).

A par do panorama histórico e cultural inerentes ao acervo do intérprete, enfatizamos, por importante, a abertura e disposição revestida no processo de perguntas e respostas, pelo sujeito, ao buscar compreender aquilo que diz o texto. O primado do diálogo hermenêutico reaparece exatamente a fim de desmascarar ilusões, superando a individualidade compromissada com a metodologia puramente descritiva, a qual abstrai e instrumentaliza a vivência e os traços da experiência humana. Contudo, na perspectiva hermenêutica, pertinente deixar salientado que não se rechaça, em definitivo, o primado científico-metodológico, mas, nem por isso, o propósito visado deixa de gravitar em torno da atitude do perguntar do que com as respostas prontas, antecipadas, acabadas ou comprobatórias de teses, revitalizando, contrariamente, o real filosofar. (ROHDEN, 2005, p. 204).

Mediante o diálogo filosófico – em que sobreleva a posição de entrega do a fim de se pretende desvendar a coisa questionada –, ressurge uma verdadeira relação entre parceiros. Diferentemente de uma conversa corriqueira, cuja abertura é limitada a uma troca de informações, sem objetivo de aprofundar o real sentido das coisas:

> (...) no diálogo, os parceiros, movidos pela paixão de saber mais, melhor e de outra forma, comprometem-se com suas afirmações enquanto suas perguntas e respostas estão imbricadas com seu modo de viver. (...) O diálogo socrático inicia somente com a abertura prévia por parte do participante ao reconhecer que não sabe ainda o que é determinada coisa. (ROHDEN, 2005, p. 205-206).

Por isso a importância de, na interpretação de textos jurídicos, imergir-se nesta arte do perguntar, de conteúdo socrático, haja vista que o conteúdo das perguntas e respostas "não se relacionará com o persuadir, mas, sim, com o pensar", ou seja, o perguntar diferencia-se diametralmente da mera retórica (SALGADO, R., 2018, p. 102). De fato, a interpretação liga-se umbilicalmente à pergunta jogada, induzida, de imediato num primeiro instante, pelo texto ou objeto a ser desvendado. Em prosseguimento, o texto então desvela um horizonte de sentido (horizonte hermenêutico), requerendo do intérprete a correspondência de uma nova posição, de sorte que o sujeito retroceda para algo além daquilo que comporta a expressão textual em sua literalidade. Novamente, conflui a continuidade dialéti-

ca, assim, retomando-se o reinício de um circuito em movimento – denominado círculo hermenêutico – em direção a uma compreensibilidade total da obra ao final.

Sob tal vertente dialógica, Gadamer opina que a arte de pergunta compreende um processo equivalente à conversação entre pessoas, num âmbito de perquirição atento aos ouvidos. Tal como selar um acordo sobre o tema proposto, "a verdadeira conversação implica nossa reação frente ao outro, implica deixar realmente espaço para seus pontos de vista e colocar-se no seu lugar [...]", além do que numa conversação não são os interlocutores que a dirigem a mensagem. (2016, p. 499). Muito pelo contrário, há um rumo natural à coisa que diz algo, um desenlace tomado autonomamente via o desdobrar da conversa, na qual uma palavra atrai a outra.

Entretanto, esclarece o filósofo ser indispensável o estabelecimento de uma linguagem comum entre ambos os parceiros. E essa linguagem consiste no meio ambiente (*medium*), *locus* universal, onde reside a tradição histórica, e no qual a interpretação, aplicação e compreensão desenvolvem-se, num só passo ou momento unitário, permitindo que o objeto diga algo. A dialética de perguntas e respostas conduz a uma verdadeira experiência hermenêutica.

Invariavelmente, a interpretação não se opera pelo controle do intérprete, ou em razão da sua subjetividade e vivências particulares, mas em linha diversa, o procedimento de compreensão correta ocorre a partir da percepção consciente sobre os termos da história efeitual, num movimento de fusão de horizontes, relativa ao universo histórico do intérprete conjuntamente com aquele à que pertence à obra.

De conseguinte, sobressai a conclusão de que a interpretação, compreensão e aplicação do direito revestem-se, a rigor, de ato com caráter unitário, não havendo falar em cisão do processo intelectivo em etapas estanques. Ocorrendo esses fenômenos num só momento, a interpretação hermenêutica expressa um caráter produtivo, e não meramente reprodutivo, em relação à intenção do autor originário ou à repetição de um sentido pré-definido. Isso porque aquele que translada ou traduz o teor do texto sobrepõe, para o tempo presente, a linguagem correspondente a este momento. No mais, aquilo que se extrai, à primeira vista, na orientação de sentido – a primeira possibilidade de intelecção –, fica em suspenso conscientemente pelo intérprete, aguardando a reconciliação dos pré-conceitos válidos (produtivos) com os prejuízos, negativos ao entendimento da coisa. Portanto, "quem quiser pensar deve perguntar. Quando alguém diz 'aqui caberia uma pergunta', isto já é uma verdadeira pergunta [...]." (GADAMER, 2016, p. 499).

Vale consignar, por esclarecedor à definição dos pré-conceitos, que o le-

gado histórico que todo homem carrega em sua existência, diferentemente dos demais seres, confere a ele um privilégio, cujos efeitos não operam em seu mundo, por vontade livre, descabendo-lhe, desse modo, recusar ou impedir toda a afetação da tradição. Enfim, recai justamente na herança dos pré-juízos a orientação, autêntica ou inautêntica, acerca de nossa compreensão do mundo, sem que se possa referir em vista disso uma escolha subjetiva do intérprete, mas cumpre-lhe avaliar este fenômeno.

Decisivo, desta forma, reafirmar a assertiva de Gadamer na trilha de que uma das condições para a compreensão da hermenêutica jurídica constitui-se na pertença a essa tradição. Neste caso, a condição de possibilidade de uma hermenêutica jurídica correta impõe invariavelmente, por óbvio, que a lei detenha caráter universal, sobressaindo a igualdade perante a lei como pressuposto desta ordem geral, sob risco de recairmos numa espécie de absolutismo, diante do qual qualquer interpretação que se realize seja correspondente às palavras do chefe supremo:

> A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo que estamos às voltas. (...) Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção. (GADAMER, 2016, p. 432)

A rigor, a ideia de igualdade perante a lei evoca um primeiro constrangimento ao intérprete, quem, incontestavelmente, submete-se a seus efeitos, em respeito ao fenômeno (coisa), diante do *lócus* da aplicação, onde se manifestam os sentidos jurídicos. (STRECK, 2017, p. 22). Deveras, no caso do direito, quem compreende algo – a constituição, em primeiro plano, a lei e demais normas jurídicas – responsabiliza-se em manter intacto o sistema sem intentar arbitrariamente por seu ponto de vista pessoal. Afinal, existe um lugar chamado razão, de onde não se abstrai um grau zero de sentido num primeiro plano. Vale dizer, no horizonte da hermenêutica filosófica, entende-se que o homem sempre compreendeu, em razão de sua ligação histórico-existencial com a tradição, portanto, resplandece essa primeira luz de sentido sobre o fenômeno textual, antes mesmo do contado com os fatos, em que se dizem os sentidos de algo como algo.

Com o panorama descrito, calha mencionar a opinião de Lenio Streck, acentuando que

> já sempre estamos operando nesse mundo, que somente nos é acessível pela linguagem e na linguagem. Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual a todos os membros da comunidade jurídica. Porque a lei é uma representação do que ocorre na linguagem pública, isto é, na intersubjetividade. (STRECK, 2017, p. 22).

A hermenêutica, analisada a partir da desmistificação do método, assume para si a autoridade da tradição e o evento factual do texto jurídico, sem que se admita a atribuição de sentidos arbitrários aos textos ou qualquer dispensa à utilização de recursos argumentativos na explicação de suas conclusões.[6] Logo, a preocupação cinge-se em perceber a limitação da fenda de experimentação dos fenômenos, de onde se interpõe a teoria do conhecimento metafísico ou a epistemologia, guardando à hermenêutica a ampliação do espaço de legitimação dos processos cognitivos e enfrentando o significado das pré-compreensões. (STRECK, 2009, p. 438).

Por fim, tem-se que no âmbito do processo hermenêutico do direito, cabe ao intérprete atentar a dois espectros diversos ao efetuar a fusão de horizontes de sentido nesse diálogo de perguntas e respostas; primeiramente, a manutenção abstrata dos critérios ou razões, constantes na lei universal, criados pelo legislador como consequências imediatamente extraídas texto; em segundo plano, exorta-se, igualmente, às consequências possíveis de aplicação concreta da lei, individualmente. Neste último caso, efetiva-se a justiça material, ultrapassando, pois, a *interpretatio* aristotélica,[7] preocupada com a objetividade revelada no texto (SALGADO, J., 2006, p. 192).

Este segundo plano, será mais bem avaliado, a seguir, no exame sobre o teste do imperativo categórico kantiano.

2.7. O TESTE TRANSCENDENTAL DO IMPERATIVO CATEGÓRICO NO CONTEXTO HERMENÊUTICO DA JUSTIÇA DA DECISÃO

Para Gadamer, a aplicação do direito, evidentemente, assume certa premissa aristotélica de conteúdo moral, uma vez que o intérprete deseja não apenas

6 Streck (2009, p. 437), ao responder a acusações infundadas contra o processo hermenêutico, inclusive, explana que a teoria do conhecimento representa um passo importante na tradição filosófica, significando a possibilidade de superação da simples submissão do conhecimento "[...] a uma espécie de ditadura do objeto (metafísica clássica)."

7 Gadamer explica também que, na hermenêutica de Aristóteles, repousa um critério ético no momento de aplicação das leis. A *epieikeia* justamente trata da atenuação da lei num caso concreto, onde fica claro que o problema da hermenêutica encontra seu verdadeiro lugar. "A lei é sempre deficiente, não em si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que se destinam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas." (2016, p. 419).

interpretar o conteúdo universal de uma lei geral, ou seja, rigorosamente, o sujeito não apenas imerge profundamente na herança de um contexto histórico da tradição. Inversamente, para compreender o sentido e o significado do texto, o intérprete "[...] não pode ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta na qual se encontra. Se quiser compreender, deve relacionar o texto com essa situação." (2016, p. 426).

Diante da racionalidade emergente no sistema do direito posto – em primeiro lugar no texto constitucional, como vértice constitutivo e superior do sistema jurídico –, atinge-se aquela atribuição de sentido prefacial, o ponto de partida orientador da pergunta com propósito de principiar a interpretação do direito aplicável, na condição de um eu transcendental, na unidade originária universal alcançável para todos os indivíduos.

Mas o que se deseja atestar com uma suposta transcendentalidade? De onde ela parte? Onde se pretende chegar por meio dessa questão em si? Bom, primeiramente, imprescindível ter em mente que a legitimidade de uma decisão judicial, iniludivelmente, radica sua sustentação no respeito às regras imanentes do sistema jurídico em vigor. Somada à observância à legalidade, tem-se a vinculação ao postulado do devido processo legal – diante da qual se asseguram às partes igualdade de condições para o exercício da ampla defesa e os recursos condicionados, ofertando-se, no seio da instrução, os meios probatórios, por contraditório. Por derradeiro, encarta-se a indispensável presença de um terceiro neutro, distante do conflito, quem decide o direito aplicável. Enfim, a solução decisória há de colocar-se de acordo com a prova encartada nos autos, e não conformemente eventuais fatos de conhecimento do julgador, circunstanciados ao caso, porém alheios à instrução processual.

Agregado à noção hermenêutica do direito por perguntas e respostas pode-se, então, encontrar um princípio a priori, a guisa de imperativo categórico para alcance do julgamento justo. A expressão seria a seguinte, consoante assinalado por Joaquim Salgado: "julga de tal forma que tua sentença possa ser erigida em lei universal para as mesmas condições do caso julgado". (2000, p. 100).

Conseguintemente, sem embargo do respeito mútuo entre partes e juiz frente às regras legítimas em jogo, é pertinente notar que a observância ao plano empírico e dogmático das leis, ainda se assujeita a pressupostos filosóficos inerentes à ideia de justiça formal, material, e agora transcendental, no que toca às condições da decisão justa. É justamente o posicionamento respaldado por Joaquim Salgado:

> Volta-se com isso à questão da fundamentação da própria decisão. Não no plano empírico da dogmática pura e simplesmente. A ques-

> tão da justiça não pode ser resolvida apenas no plano estrito do direito posto; remete para o plano metadogmático, o da Filosofia do Direito. E aqui, irresistivelmente, num primeiro momento para o da transcendentalidade das condições da decisão. (2010, p. 96).

Assim, da apreciação do conjunto probatório alinhavado nos autos do processo judicial, profere-se a decisão judicial, entregando-se o direito incidente à espécie, invariavelmente, conforme a constituição das razões jurisdicionais justificadas, pela concepção proposta – ideia de justiça formal, material e transcendental.

Decerto, remansa como atributo desse processo racional o desempenho dos critérios de indução ou dedução lógicos, assim como o teste final do imperativo categórico de cariz kantiano, denominado também de juízo reflexionante, por intermédio do qual, diante de um único fato ou caso, compreende-se pela aplicação de "[...] uma norma geral que possa ser aceita pela comunidade dos que lidam com o direito. [...] Neste caso perguntar-se-ia: Essa solução pode ser erigida em norma universalmente válida?" (SALGADO, J., 2006, p. 122).

Concernentemente ao traçado acima, o campo da hermenêutica jurídica, remete à observância final de um imperativo categórico, a título de solução existencial e universal da decisão justa.

Anteriormente foi analisado que o juiz, ao proferir a decisão, atualiza a lei[8], não criando uma nova norma, mas sim efetivando, racionalmente e objetivamente, a lei vigente e geral em forma de uma máxima individual, "[...] pela qual a universalidade abstrata da lei se encarna na particularidade (em si mesma abstrata) do fato empírico, para efetivar-se como universal concreto [...]". (J. SALGADO, 2006, p. 192).

Considerar se as consequências produzidas na decisão a ser baixada pela autoridade estatal representam o reflexo da racionalidade total do direito, conduz à reconciliação natural da justiça, com a efetivação concreta, em favor de um sujeito universal de direito, recompondo a unidade do valor atacado, e expressando sua retomada pelo reconhecimento, de um eu que é um nós, por via da hermenêutica. A partir desta avaliação, depura-se, hipoteticamente ou na concretude de um caso colocado em Juízo, se a decisão guarda plenamente em si um conteúdo de justeza, convalidando, portanto, o respeito sobre dos critérios básicos de justiça em igualdade de condições entre os participantes no processo judicial.

8 Ricardo Salgado (2019, 108), na mesma linha, rememora a posição explícita de Gadamer, ao consignar que o filósofo deixa evidente a necessidade de uma atualização na compreensão, em virtude da própria característica de sua percepção histórica como eventos, como acontecer. Logo, destaca que Gadamer vê na 'continuidade do acontecer' algo próprio da tradição histórica e do progresso, e em havendo a incidência de uma hermenêutica circular, não há cogitar em fechamento algum de horizonte histórico de sentido.

Visto todo o panorama hermenêutico, em especial a arte da pergunta no campo interpretativo do direito, bem assim o teste racional do imperativo categórico, essencial perquirir, de tudo, se houve, durante o processo judicial, abertura suficiente para a conciliação com o direito fundamental à justificação dos atores envolvidos, e, conseguintemente, se resulta mantido o equilíbrio entre a distribuição das forças instrumentalizadas durante a instrução do processo, tornando efetivo, assim, o "poder de justificação" nesse espaço institucional formal.

Ambas as ciências (filosófica e transcendental) conjugam critérios racionais no nível da interpretação, até porque a tarefa de compreender e interpretar subsiste onde uma regra estabelecida tem valor vinculante e irrevogável. Mas o principal aspecto que merece maior apreço neste ponto é perceber que a ideia de uma decisão justa, não surja de arbitrariedades, mas de uma ponderação racional diante conjunto do ordenamento de leis estatal, válido de forma aplicável igual para todos. (GADAMER, 2016, p. 432-433).

Pois bem, aqui, interpõe-se a definição e funcionalidade dos paradigmas teóricos adotados neste ensaio para a deflagração da correta decisão judicial, num ambiente institucional democrático, onde encerra o estabelecimento de um modelo de estrutura básica de justificação, em que os sujeitos obtêm em seu proveito acessibilidade a procedimentos e condições formais e materiais de exigir, produzir e questionar justificações.

Neste caso estamos com Joaquim Salgado ao lecionar que, no nível transcendental e filosófico, a pergunta gravita em torno das condições da aceitabilidade geral da sentença judicial, em no tempo e no espaço de uma determinada comunidade. Vale dizer, concebível como justa é a decisão proferida por um terceiro desinteressado legitimamente escolhido, podendo ser aceito validamente seu julgamento, por qualquer um, conforme os critérios prévios definidos por um determinado povo. Esses critérios variam de conformidade com os fatores, históricos, políticos e até mesmo éticos, isto é, de acordo com a tradição: "ou se escolhe que o terceiro decidirá tirando ou construindo a norma a partir do caso concreto, ou que decidirá tomando parâmetros preestabelecidos de observação obrigatória ou não, rígida ou flexível". (SALGADO, J., 2012, p. 99).

Diante desta estrutura da aplicação transcendental a priori, o juiz colocado funcionalmente na posição de terceiro neutro, portanto, aplicará o direito segundo o sentido de universalidade que, necessariamente, segue a fórmula de um imperativo categórico. Esse juízo de aplicação, de qualquer forma, tanto como juízo determinante de um princípio universal ou geral, quanto de um caso concreto (juízo reflexivo),

> [...] não se cinge a um dedutivismo abstrato, nem a um construtivismo anárquico; é ao mesmo tempo determinante ou dedutivio e reflexivo ou mesmo indutivo; determinante se há universalidade presumida da lei e reflexivo se não há lei, mas o costume ou princípios éticos paradigmáticos. (SALGADO, J., 2012, p. 99).

Por ora, o que importa é ater-se à adequada apreensão jurídica diante da hermenêutica filosófica, e em compatibilidade com o teste transcendental do imperativo categórico, para os fins sucintos deste trabalho, reconhecendo os limites e condições que o processo democrático impõe à condução da interpretação correta do direito, sempre sob o enfoque de que "o sujeito não pode prescindir da cultura em que se insere para interpretar; ela é algo objetivo, interiorizada por ele" (SALGADO, J., 2006, p. 199).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez que propósito do presente ensaio distancia-se da imersão minuciosa sobre o universo teórico hermenêutico, destaca-se, apenas a título de reflexão, que, frente ao arcabouço teórico discutido, decorre a pertinência de adotarmos uma teoria crítica da justiça, sustentada em um ambiente de justificação institucionalizado, notadamente no seio do Poder Judiciário.

Guardados os imperativos de uma democracia participativa, pudemos discorrer acerca das contribuições da ciência hermenêutica para o direito vigente, em especial no atinente aos limites da interpretação da decisão judicial. O enfoque problematizado, no entanto, não se delimitou ao aspecto da hermenêutica filosófica e seus consectários de aplicação ao direito. Ressobrou demonstrado que a hermenêutica compatibiliza-se com outros modelos científicos no propósito de amplamente elucidar o processo de compreensão do homem como ser-no-mundo. Dotado de existencialidade, por toda uma herança histórica cunhada pelo acervo cultural de seu tempo, o sujeito é parte do caminho que conduz a hermenêutica como experiência existencial.

Logo, refoge aos pressupostos de explicação da compreensão a imposição de métodos experimentais dogmáticos externos ao sujeito, a título de explicitação dos fenômenos, bem assim descabe dotar abstratamente o homem de poderes controladores sobre os objetos e coisas que ele pretende descrever, sem permitir que estas digam algo. Justamente em razão deste caráter assujeitador estabelecido pela metafísica na filosofia da consciência, tentou-se retratar a incompatibilidade atual da prolação de decisões judiciais condutoras de arbitrariedade ou discricionariedade, num espaço determinado pelo Estado Democrático de Direito.

Em função desses contornos, o ensaio, nos limites do possível, consiste em uma proposta para aplicação e concretização do direito de acordo com os ensinamentos da hermenêutica filosófica. Conjuntamente com esta, o teste do imperativo categórico de matriz kantiana, interpõe sua contribuição ética, a fim de subsidiar teoria crítica da justiça, ao visar a projeção a priori de um espaço guarnecido pela estrutura condizente com as práticas de justificação institucionalizadas numa sociedade plural.

No mais, visto que a hermenêutica não opera jamais por condições de uma verdade empírica, nem tampouco absoluta, mas por uma verdade que, incessantemente, se constrói no discurso intermediado pela linguagem humana, compõe a transcendentalidade do teste categórico um a priori compartilhado, intersubjetivamente, no seio da comunidade democrática de indivíduos e grupos, e, portanto, motivo teórico pertinente ao propósito do presente artigo, no ensejo de funcionalizar o direito fundamental à justificação.

De fato, a crítica ao espaço institucionalizado, por razões e justificativas, é condição permanente de quebra das narrativas de justificação rígidas e incrustadas, cujo resultado, iniludivelmente, implica numa forma de calcificação autoritária do sistema jurídico – prejudicial à própria ideia de círculo hermenêutico da compreensão, cujo funcionamento reveste da atitude de participação e entendimento do ser humano finito, em constante movimento com algo que fala.

Assegurar e reconhecer o status fundamental básico das pessoas como seres políticos em oferecer razões ressoa como orientação determinante na modernidade, especialmente quando afetadas ao debate judicial institucionalizado. Conforme analisado, o espaço instituído judicialmente permeia-se também das razões e justificativas que lhes são próprias. Cabe ao intérprete, vivenciado nesse meio ambiente intentar chegar a melhor solução, dentro dos aspectos de coerência e integridade do direito, sempre sob o enfoque de que "o sujeito não pode prescindir da cultura em que se insere para interpretar; ela é algo objetivo, interiorizada por ele" (SALGADO, J., 2006, p. 199).

Destarte, reverbera algo salutar o aprofundamento acerca do verdadeiro significado das expressões de cunho jurídico, a fim de efetivarmos a mais adequada análise da correção da interpretação constitucional, dentro dos aspectos assegurados pela hermenêutica filosófica e a fenomenologia hermenêutica – ciência compatível e imbricada à primeira, cuja discussão ficará para um futuro trabalho. Assim, o papel primordial da problemática deste ensaio foi desenvolver uma breve reflexão relativa ao modo de comportamento adequado do julgador, terceiro desinteressado, no conflito jurisdicional – combatendo, de forma radical, modelos jurígenos calcificados pela superficialidade de um discurso dogmático dominante

de poder, porém enrijecido pela estrutura metafísica que almejava uma resposta segura e invariável. Este movimento, contrário à postura do magistrado responsável pelas decisões proferidas e perante a continuidade histórica do direito em vigor, em nada se revela acolhedor ao direito fundamental à justificação no âmbito do Estado Democrático de Direito, e por isso, merece dissolução imediata pela luz da hermenêutica filosófica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; GARBELLINI, Henrique; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito**. Teoria Filosofia e Sociologia do Direito. 4ª Ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FORST, Rainer. **Justification and critique**: towards a critical theory of politics. Translation: Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press. 2014.

FRONZA JUNIOR, Edegar. Tolerar é ofender? A tolerância como reconhecimento e emancipação a partir do pensamento político de Rainer Forst. **In: Justiça, Teoria Crítica e Democracia**. WERLE, Denílson Luís; PIROLI, Diana; BORBA, Eduardo de; SELL, Jorge Armindo; ALI Nunzio; BAVARESCO, Raquel; XAVIER, Cipriani (Org.) Florianópolis, 2017, p. 82-104.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

_____. **O pensamento de Gadamer**. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Paulus, 2012. p. 75-117.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. O papel do juiz na hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 36, 1999, p. 281-301.

_____. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 37, n. 145, jan./mar., 2000, p. 101-112.

MORAES, F. O que é mais importante vem primeiro. **In: Cadernos De Filosofia Alemã**: Crítica E Modernidade, 24(1), São Paulo: Unesp, 2018, p. 173-181. https://doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v24i1p173-181--

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão e história*: Uma exploração da ciência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo: 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial:** Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **In Revista da Faculdade** Mineira de Direito (PUCMG). Belo Horizonte, v. 11, 2008, p. 121-143.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem, São Leopoldo: Unisinos. 1ª reimpressão, 2005.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Semiótica estrutural e transcendentalidade do discurso sobre a justiça. **In: Revista a Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 37, 2000.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018.

_____. **A Fundamentação da Ciência Hermenêutica em Kant**. Belo Horizonte: Decálogo Editora, 2008.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. O Sujeito Universal de Direitos Universais como núcleo da totalidade da realidade do Direito no pensamento atual de Joaquim Carlos Salgado: homenagem aos 70 anos do jusfilósofo mineiro. **In: Meritum**. v. 8, n. 2. Belo Horizonte: jul./dez. 2013, p. 469-496.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito. 3ª ed., rev. amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Dicionário de hermenêutica.** Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Por uma teoria da decisão judicial**: a discricionariedade decisória e a busca por respostas constitucionalmente adequadas. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2018.

WERLE, Denílson Luís. Notas para uma teoria crítica da justiça. **In: Justiça, Teoria Crítica e Democracia.** WERLE, Denílson Luís; PIROLI, Diana; BORBA, Eduardo de; SELL, Jorge Armindo; ALI Nunzio; BAVARESCO, Raquel; XAVIER, Cipriani (Org.) Florianópolis, 2017. p. 400-422.

3

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE GRUPO ECONÔMICO: CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO, EFICÁCIA

Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Mestranda em Perícias Forenses
Mãe e Dona de Casa
Juíza Federal

RESUMO: Partindo da constatação de que o interesse comum que autoriza a responsabilização solidária no Direito Tributário ainda não foi bem delineado pela doutrina e jurisprudência, o presente trabalho busca demonstrar que ele coincide com o grupo econômico fraudulento. Para tanto, usa a metodologia descritiva que permite ao intérprete delinear as situações concretas de responsabilização pessoal, subsidiária e solidária, e evidenciar que a cobrança é direcionada ao devedor originário, mas poderá se voltar para outros coobrigados. Havendo a necessidade, o redirecionamento poderá se dar contra o sócio administrador (art. 135, III, do CTN – redirecionamento típico), ou contra outra pessoa jurídica diferente do originário devedor vinculada por sucessão empresarial ou comercial (arts. 132 e 133, do CTN) ou contra um grupo econômico (art. 124, I, do CTN, c/c art. 50 do CC), quando evidenciado abuso da personalidade jurídica mediante desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial e, com isso, caracterize o "interesse comum" apto a habilitar a execução contra os componentes desse conglomerado, no que se inclui aqui tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas. Em consequência do reconhecimento judicial do abuso da personalidade, permite-se o alcance dos bens passíveis de responder pelas dívidas, seja diretamente, quando se afasta a pessoa jurídica e alcança a pessoa física, seja de maneira inversa, quando o bem estiver com a pessoa jurídica e o sócio executado não tiver nada, seja de forma expansiva, quando se incluem sócios não evidenciados inicialmente. Conclui-se, então, ser imperiosa a decisão judicial que declare o grupo econômico fraudulento para permitir a responsabilidade solidária por interesse comum (arts. 124, I, do CTN e art. 50 do CC).

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Tributária. Grupo Econômico por Interesse Social. Desconsideração da Personalidade Jurídica.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo se propõe a analisar a responsabilização solidária de grupo econômico delineando os requisitos do termo vago "interesse comum" previsto na legislação de regência para autorizar o chamamento das pessoas físicas e jurídicas componentes do conglomerado.

Iniciará com uma retrospectiva tanto da sujeição passiva tributária no Sistema Brasileiro quanto do enquadramento do que vem a ser grupo econômico na perspectiva de responsabilidade por tributos. Além de a responsabilidade solidária ser espécie da sujeição passiva tributária, não é todo grupo econômico que poderá ser solidariamente responsabilizado, de modo a despertar o interesse no delineamento das situações concretas nas quais se cobrará a responsabilização. Demais disso, há muita divergência doutrinária sobre a nomenclatura utilizada, de modo que a compreensão dos conceitos é relevante a alcançar o aprendizado esperado.

O tema é carente de explicação seja doutrinária, seja jurisprudencial dos casos ocorrentes no mundo fenomênico, razão pela qual é importante a compreensão pelos operadores do direito. Isso porque a literatura a respeito, muitas vezes passa por cima das situações concretas, muitas vezes apenas trazendo transcrição da lei como justificativa, enquanto os julgados, apesar de considerar as ocorrências, acaba confundindo conceitos mais do que os aclarando.

Uma vez desenhados os lineamentos da responsabilização solidária do grupo econômico, será a hora de perquirir qual instrumental disponível e a forma que se deve utilizá-lo para o fim maior que é o alcance do patrimônio do grupo econômico, necessário a satisfazer o crédito tributário.

Para tanto a metodologia utilizada é a descritiva, fundada basicamente na investigação das leis aplicáveis ao tema, assim como a interpretação doutrinária dos conceitos em jogo e a concretude dada pela jurisprudência pátria naquilo que for pertinente. Procura-se construir um esqueleto dentro do qual será possível ao intérprete incluir ou excluir as situações concretas de responsabilização e os meios disponíveis a essa missão. Não se busca um estudo aprofundado dos casos e situações levadas ao Judiciário acerca do tema, mas, certamente, serão lançadas premissas baseadas na experiência prática de quem vivencia uma vara de execução fiscal, debulhando as diversas modalidades de situações em que a fazenda pública busca a responsabilização solidária das pessoas que indica.

Sob essa perspectiva, é leitura destinada àqueles que se deliciam com as inovações legislativas mais recentes no sistema jurídico pátrio, como a positivação do princípio do abuso da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil – CC), a previsão do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, sua aplicabilidade ao executivo fiscal e os efeitos dessa declaração, inclusive à desconsideração

inversa da personalidade jurídica (arts. 133, caput e §2º, 134 e 137 do Código de Processo Civil – CPC). Espero que seja também aprazível.

1. SUJEIÇÃO PASSIVA E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

A Constituição Federal - CF atribuiu à lei complementar o estabelecimento de normas gerais sobre a definição de contribuintes (art. 146, III, a). De seu turno, o Código Tributário Nacional - CTN, em seu art. 121, definiu o sujeito passivo como "a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade", distinguindo entre contribuinte e responsável, no seu parágrafo único, em que se lê:

> "Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade.
> Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:
> I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;
> II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei."

Na doutrina, Eduardo Sabaag invoca nomes de escol para bem definir a sujeição passiva tributária (Manual de Direito Tributário, Editora Saraiva, 6ª Edição, 2014, pp. 727/278):

> "A princípio, vale destacar as lições de Ricardo Lobo Torres, que muito nos auxiliará na conceituação dos institutos supramencionados. Diz o eminente mestre que 'as diferenças fundamentais entre o contribuinte e o responsável são as seguintes: (I) o contribuinte tem o débito (debitum, Schuld), que é o dever de prestação e a responsabilidade (Haftung), isto é, a sujeição do seu patrimônio ao credor (obligatio), enquanto o responsável tem a responsabilidade sem ter o débito, pois ele paga o tributo por conta do contribuinte; (II) a posição do contribuinte surge com a realização do pressuposto previsto na lei que regula a responsabilidade, que os alemães chamam de fato gerador da responsabilidade (haftungstatbestand). (...)
> a) Contribuinte: (...) é sujeito passivo direto. Sua responsabilidade é originária, existindo uma relação de identidade entre a pessoa que deve pagar o tributo (e/ou multa) e a que participou diretamente do fato imponível, dele se beneficiando economicamente.
> Em síntese, o 'contribuinte será aquela pessoa física ou jurídica que realizar a materialidade descrita na regra-matriz tributária. Se o critério material é composto de um verbo e seu complemento, isso significa que alguém terá que realizar tal conduta descrita no verbo' (apud BECHO, PEIXOTO LACOMBE).(...)

> b) Responsável: é a pessoa que, sem se revestir da condição de contribuinte, tem sua obrigação decorrente de disposição expressa de lei. (...)
> Todavia, a lei não pode atribuir a responsabilidade tributária pelo pagamento de tributo a qualquer 'terceiro responsável', em razão do que dispõe o art. 128, que aclara e complementa o art. 121, parágrafo único, II, ambos do CTN.
> Em primeiro lugar, o responsável é um terceiro, mas o legislador não tem liberdade para designar 'qualquer terceiro' como responsável tributário, porque o mencionado dispositivo legal determina que o escolhido tenha uma vinculação mínima, de qualquer natureza, com o fato gerador da respectiva obrigação. Menos, é claro, aquela vinculação de natureza pessoal e direta, porque quem a tem é o contribuinte. Portanto, é de suma importância a aferição da intensidade do vínculo, que, existindo, deve se mostrar na dosagem precisamente correta."

Especialmente sobre esse vínculo mínimo que relaciona o contribuinte e o responsável, Maria Rita Ferragut (2015) ensina:

> "O legislador é livre para eleger qualquer pessoa como responsável, dentre aqueles pertencentes ao conjunto de indivíduos que estejam (i) indiretamente vinculadas ao fato jurídico tributário ou (ii) direta ou indiretamente vinculadas ao sujeito que o praticou. Esses limites fundamentam-se na Constituição e são aplicáveis com a finalidade de assegurar que a cobrança de tributo não seja confiscatória e atenda à capacidade contributiva, pois, se qualquer pessoa pudesse ser obrigada a pagar tributos por conta de fatos praticados por outras, com quem não detivessem qualquer espécie de vínculo (com a pessoa ou com o fato), o tributo teria grandes chances de se tornar confiscatório, já que poderia incidir sobre o patrimônio do obrigado, e não sobre a manifestação de riqueza ínsita ao fato constitucionalmente previsto. Se o vínculo existir, torna-se possível a recuperação e a preservação do direito de propriedade e do não-confisco."

Portanto, **contribuinte é quem pratica o fato gerador, enquanto o responsável, sem praticá-lo diretamente, está, de alguma forma, vinculado pela lei a ele**, vinculação essa que será adequada à capacidade contributiva e ao respeito ao não confisco.

Fixada essa premissa, é mister adentrar na seara das espécies de responsabilidade tributária para compreender de que modo fica a relação do contribuinte com o responsável. As classificações doutrinárias propostas tradicionalmente

sempre partem da lição histórica de Rubens Gomes de Souza, distinguindo a sujeição passiva indireta em transferência e substituição, como resume Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.:

> *"Não se pode tratar da sujeição passiva indireta sem se fazer referência à lição clássica de Rubens Gomes de Souza, distinguindo duas modalidades de sujeição passiva indireta: transferência e substituição.*
> *A sujeição passiva indireta por* transferência *se dá quando a obrigação tributária, depois de ter surgido contra uma pessoa determinada (sujeito passivo direto), transfere-se, em virtude de um fato previsto na lei e posterior à ocorrência do fato gerador, para outra pessoa diferente (sujeito passivo indireto). Segundo o mesmo autor, são três as modalidades de transferência: a) solidariedade (de direito); b) sucessão; c) responsabilidade. Na sujeição passiva por* substituição *a obrigação tributária já nasce em relação a uma pessoa distinta da do contribuinte."*

De seu turno, o mestre Sacha Calmon Navarro Coêlho, depois de trazer a clássica chave da sujeição passiva indireta de Rubens Gomes de Souza dividida entre substituição e transferência, sendo esta por sua vez subdividida em outras 3, quais sejam solidariedade, sucessão e responsabilidade, apresenta a sua crítica à posição do mestre, inclusive com o adendo feito pelo igualmente notável Paulo de Barros Carvalho. Confira-se:

> "Dizia o mestre: a transferência 'ocorre quando a obrigação tributária depois de ter surgido contra uma pessoa determinada (que seria o sujeito passivo direto), entretanto, em virtude de um fato posterior, transfere-se para outra diferente...'"
>
> E a substituição 'ocorre quando em virtude de uma disposição expressa de lei a obrigação tributária surge desde logo contra uma pessoa diferente daquela que esteja em relação econômica com o ato, o fato ou negócio tributado. Nesse caso é a própria lei que substitui o sujeito passivo direto por outro indireto´ (...)
>
> De ver, e isso é fundamental, que a pessoa designada na lei como 'realizadora' da hipótese de incidência (fato gerador) é diversa da que, na consequência da norma, aparece designada como sujeito passivo da obrigação. Então, juridicamente, B é o sujeito passivo direto. Ele não paga 'dívida alheia'. Paga dívida própria. Apenas não realizou o fato gerador. Todavia, ninguém antes dele esteve jamais na condição de sujeito passivo. E todo substituto pressupõe um substituído. Dita substituição decorreria de um raciocínio jurídico, qual seja: quem realizou o fato gerador é que deve pagar o tributo. A substituição seria, assim, em nome da praticidade. Ru-

> bens decalca a tese com muita clareza: 'O tributo deve ser cobrado da pessoa que esteja em relação econômica com o fato, ato ou negócio que dá origem à tributação. Por outras palavras, o tributo deve ser cobrado da pessoa que tira vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributado... Entretanto pode acontecer que em certos caos o Estado tenha interesse ou necessidade de cobrar o tributo de pessoa diferente: dá-se a sujeição passiva indireta (idem, p. 71)
> Paulo de Barros Carvalho, ao negar na hipótese da norma o aspecto pessoal, não pôde compreender Rubens Gomes de Souza. Nós, ao revés, operamos uma alteração no entendimento da 'sujeição passiva indireta' tributária, vincando a ideia de que a substituição tributária não implica, em momento algum, substituição de sujeitos passivos, categoria estritamente jurídica, mas a substituição de pessoas que deveriam ser, isto sim, diretamente sujeitos passivos, pela simples razão de, 'economicamente, estarem no cerne das situações eleitas como jurígenas, prestigiando o princípio da capacidade contributiva. (...)
> Em suma, a sujeição passiva indireta dá-se apenas nos casos de transferência com alteração de obrigados. Somente nestes casos 'paga-se dívida alheia'. Nas hipóteses de substituição, não há pagamento de dívida alheia. Ao contrário, há pagamento de dívida própria, embora decorrente de fato gerador de terceiro. A substituição pode ser vista como 'economicamente' e, nesse plano, é desnubladamente visível, iluminando a instância jurídica."

Mais a frente quando vai tratar do substituto tributário, Sacha propõe o nome de "destinatário legal tributário" para o substituto, para estremá-lo do contribuinte, considerando ambos sujeitos passivos diretos, porquanto, no seu entender (Sacha, 1998. p. 385):

> *"a) o 'contribuinte', que paga dívida tributária própria por fato gerador próprio; e*
> *b) o 'destinatário legal tributário', que paga a dívida tributária própria por fato gerador alheiro (de terceiro), assegurando-se-lhe, em nome da justiça, a possibilidade de recuperar, contra quem praticou ou esteve envolvido com o fato gerador, o dispêndio fiscal que a lei lhe imputou diretamente, através da criação do* vinculum juris *obrigacional."*

E, depois, arremata:

> "O nosso Direito (CTN), contudo, iguala o substituto, ou seja, o sujeito passivo direito por fato gerador alheio, aos demais 'respon-

> sáveis por transferência' (art. 128 do Digesto Tributário). A falta de técnica provocou uma enorme confusão na doutrina e na jurisprudência. Está claro que o sujeito passivo direto por fato gerador alheio ostenta um status jurídico diverso dos demais responsáveis que são sujeitos passivos indiretos, por isso que são responsáveis pelo pagamento de tributo alheio. No caso desses responsáveis, a obrigação é de pagar tributo de outrem. Ocorre, assim, que a lei transfere preexistente obrigação em razão de fatos diversos cláusulas legais de sub-rogação passiva). (...)
> Ora, se assim é, tanto o 'contribuinte' quanto o 'substituto' são, originalmente, nos termos da lei, sujeitos passivos diretos. Nunca, antes desses, alguém esteve na condição de obrigado. No caso de 'substituição, dá-se uma dissociação entre a pessoa que figura na hipótese da norma e a que figura na consequência.
> Na sujeição passiva indireta, ao revés, a obrigação de pagar é, originalmente, necessariamente, do sujeito passivo direto. Ocorre que a lei, a partir de certos pressupostos, transfere a terceiros o dever de pagar. Há, portanto, alteração no esquema dos obrigados (o que não ocorre na sujeição passiva direta dita 'por substituição'). Todos os 'responsáveis' – na sujeição passiva indireta – ficam obrigados a um dever de pagar tributo que, originalmente, por força da lei, era do sujeito passivo direto. A este tipo de sujeição passiva indireta a doutrina denomina sujeição passiva por transferência (por isso que se dá uma 'transferência' de responsabilidade).

Constata-se, assim, que Sacha Calmon questiona até mesmo o posicionamento de sujeição passiva, fazendo chave diferente da proposta por Rubens de Souza, no sentido de que a sujeição passiva pode ser direta (contribuinte e substituto) e indireta (transferência, com suas 3 modalidades: solidariedade, sucessão e pessoalidade – responsabilidade propriamente dita).

Depois dessa visualização que direciona para a sujeição passiva indireta por transferência apenas, ficando tanto a sujeição ativa (contribuinte) quanto a passiva indireta no substrato substituição (substituto), a depender da guia doutrinária seguida, parte-se para a análise da sujeição passiva indireta, com suas 3 citadas formas.

Sobre o ponto, opto por fazer distinção dentre elas com base em critério por mim considerado como mais simples de assimilação, além de refletir o olhar da ação estatal frente aos possíveis responsáveis numa execução fiscal. Trata-se do critério que parte do pressuposto de que, na responsabilidade, vai-se atrás de patrimônio para fazer face à dívida deixada pelo principal obrigado. Assim, **quanto à manutenção do contribuinte na obrigação tributária, a força executiva poderá dirigir-se diretamente ao responsável pela dívida, excluindo contribuinte**

(responsabilidade pessoal – arts. 130 a 133 do CTN), **direcionar-se ao contribuinte e, supletivamente devido à sua falta, voltar-se contra o responsável - excluindo parcialmente**, pois (responsabilidade subsidiária ou supletiva – arts. 134 do CTN) **e, finalmente, caminhar para ambos, contribuinte e responsável, ou seja, mantendo o contribuinte e agregando o responsável** (responsabilidade solidária – arts. 124, I e II, e 135 do CTN).

Sob o prisma do grau de ligação, vínculo obrigacional ou outro nome que se atribua, pode-se falar em graus dessa vinculação contribuinte-responsável, mínimo, médio e máximo, de modo que a responsabilidade será pessoal, supletiva/subsidiária ou solidária. Todas as irmãs-responsabilidade podem ter uma maior ou menor ligação, a depender do liame de vinculação entre o contribuinte e o responsável.

Embora a descrição legal confunda um pouco a nomenclatura de alguns dos institutos ora tratados, até mesmo use um pelo outro, é possível estabelecer a denominação ora proposta que, por ser mais técnica, em tudo facilita a compreensão da matéria.

Passando à descrição legal, ter-se-á um melhor entendimento do assunto.

Se o responsável é aquele que poderá ser chamado a pagar o tributo, sem ter a obrigação, logo é mister identificar como será esse liame obrigacional, ou seja, se ele dispensa, mantém em parte ou até mantém totalmente o contribuinte. Assim, quem dá a principal orientação no sentido de que o contribuinte poderá ser ainda obrigado ao pagamento do tributo é o art. 128 do CTN, segundo o qual:

> "Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

Resta, então, saber as hipóteses legais em que a responsabilidade do contribuinte será excluída (responsabilidade pessoal), excluída em parte (responsabilidade subsidiária) ou mantida (responsabilidade solidária).

A primeira, responsabilidade pessoal, aquela que exclui o contribuinte atribuo à descrição do art. 131 do CTN. Confira-se:

> "Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na

> pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.
> Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço."
> Art. 131. São pessoalmente responsáveis:
> I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos; (Redação dada pelo Decreto Lei nº 28, de 1966)
> II - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;
> III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão."
> "Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.
> Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual."

Como se vê, em todas essas situações, o contribuinte não existe mais, ou porque ele transferiu o bem ou foi ele arrematado ou remido (arts. 130 e 131, I) ou porque ele morreu (art. 131, II e III) ou porque ele foi sucedido por outra empresa que continuou a atividade (art. 132). Logo, é intuitivo que a responsabilidade não seja mantida com o contribuinte se ele não "existe" mais.

Note aqui que o legislador falou "pessoalmente" logo na cabeça do art. 131, e aqui ele acertou, porquanto a responsabilidade pessoal é a que exclui o contribuinte.

A responsabilidade subsidiária ou supletiva, de seu turno, é a que mantém o contribuinte parcialmente, de modo que o responsável só será chamado na falta de pagamento pelo contribuinte. Está no art. 134 e no art. 133, II, do CTN:

> *"Art. 134.* ***Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte****, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:*
> *I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;*
> *II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;*

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.
Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório."
"Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:(...)
*II - **subsidiariamente** com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.*
*§ 1º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)*
I - em processo de falência; (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)
II - de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)
§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for: (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)
I - sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial; (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)
II - parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consangüíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)
III - identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)
§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)".

Embora o art. 134 fale em responsabilidade solidária, logo no início da frase já diz que só irá buscar o patrimônio do responsável na impossibilidade de pagamento pelo contribuinte, o que significa subsidiariedade.

De mais a mais, no art. 133, tem-se hipótese de responsabilidade subsidiária dita pela própria disciplina legal à medida que o sucessor empresarial que continuar a atividade igual à do antecedente ou mesmo iniciá-la após 6 meses, ainda que seja outra razão social, responderá com o contribuinte originário, a confirmar a tese de responsabilidade supletiva. Você busca o contribuinte e, na falta deste, vai-se ao sucessor.

Importante o registro, ademais, de que na responsabilidade subsidiária a ida ao patrimônio do responsável só será disparada acaso ausente o patrimônio do contribuinte. A premissa é a impossibilidade de pagamento por este. Ocorre que não se há de excluir a vinculação do contribuinte, no caso, porquanto, acaso supervenientemente advier algum bem ao patrimônio do contribuinte, nada impede e tudo aconselha a que se possa volver ao contribuinte para satisfazer a dívida. Esse fato gera uma certa solidariedade, o que é previsto pelo próprio dispositivo ao referir à solidariedade, ainda no caput do art. 134 do CTN. No entanto, a solidariedade não é antecedente, ela só irá ocorrer acaso faltem bens do contribuinte para a satisfação do débito.

Prova disso é que o responsável poderá arguir o benefício de ordem em sua defesa, exigindo a busca do patrimônio do contribuinte e, só na sua falta, estará obrigado a vincular seu patrimônio, nos termos da lei civil, até porque não há previsão legal em sentido diverso e a própria disciplina da responsabilidade subsidiária, como o próprio nome faz crer, leva a que só se busque o responsável na falta do titular, do contribuinte.

Entendo, outrossim, que a responsabilidade prevista no art. 135 igualmente é de natureza subsidiária, já que só será possível a ida ao patrimônio dos responsáveis, se e somente se, faltar bens do contribuinte para pagamento da dívida, dívida essa que foi contraída por exclusiva participação do responsável que agiu com excesso ou infração à lei. Então, justifica-se o efeito solidário que advém do ingresso do responsável ao feito executivo desde que ausente o patrimônio do contribuinte.

> "Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
> I - as pessoas referidas no artigo anterior;
> II - os mandatários, prepostos e empregados;
> *III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado."*

Assim, embora o caput do art. 135 diga "pessoalmente", a responsabilidade ali tratada tem viés supletivo/subsidiário, com resultado solidário já que uma vez chamado o responsável não se exclui o contribuinte da obrigação. Até porque, acaso o contribuinte não pague por causa do ato do responsável que agiu indevidamente, esse contribuinte poderá voltar-se contra o responsável e inclusive pleitear danos pelos atos praticados. No entanto, considero prudente fixar o entendimento de que o "pessoalmente", a que se referiu a lei, quer manter o liame obrigacional do contribuinte e, subsidiariamente, imputar responsabilidade aos pais/tutores/curadores/ administradores/inventariantes/síndicos/tabeliães/sócios no caso de liquidações (I), mandatários/prepostos/empregados (II) e diretores, gerente ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (III). Sim, o contribuinte é mantido, ele deve, mas se a dívida tiver contraída em seu nome por excesso ou infração daqueles, o contribuinte será mantido na relação processual, poderá até pagar a dívida, mas, sem prejuízo de depois se voltar contra o causador do ato indevido. Por essa razão, entendo que a responsabilidade aqui é subsidiária/supletiva e não pessoal, inclusive com o efeito da solidariedade, já que, uma vez convocado a pagar, o responsável ficará juntamente com o contribuinte no processo, podendo até invocar o benefício de ordem. Nessa hora, no entanto, nada obsta a que o contribuinte argua a exceção pessoal que possui contra o responsável e, uma vez provada a falta do responsável, poderá o contribuinte ser excluído do feito.

Um exemplo facilita a compreensão do assunto que trago à baila. Acaso o sócio administrador deixe de pagar um tributo cabível à empresa, deverá esta ser executada e cobrada do valor. Na falta de bens para responder pela dívida, o sócio será chamado e os demais sócios, visualizando que a falta de pagamento decorreu de excesso de poder ou infração à lei ou ao contrato, poderá acionar o administrador faltoso para o pagamento. A empresa poderá até pagar, acaso tenha bens, e, se não os tiver, poderá nomear à autoria o sócio administrador que agiu erroneamente, sem prejuízo de que o juiz da execução analisando a atitude do sócio faltoso determine a exclusão da responsabilidade da empresa, mantendo apenas a responsabilidade dele. Importante aventar que as demandas mais recorrentes ocorrem com sócios administradores de empresas dissolvidas irregularmente, ocasião em que sequer se duvida da manutenção da responsabilidade de ambos para a dívida com seus credores, no caso, o fisco.

Por responsabilidade solidária, quer-se dizer aquela que mantém o contribuinte na obrigação de pagar o tributo juntamente com o responsável. E essa obrigação é solidária porque, à semelhança da definição da lei civil, "na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à toda a dívida" (art. 264 do Código Civil – CC). Está prevista nos arts. 133, II, e 124, I e II, do CTN), a saber:

> "Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:
> I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;
> "Art. 124. São solidariamente obrigadas:
> I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;
> II - as pessoas expressamente designada por lei.
> Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Aqui, como visto, não há possibilidade de invocação do benefício de ordem, que é excluído pela própria lei, conforme o parágrafo único do art. 124 para as hipóteses nele previstas.

Então, tanto na hipótese de o alienante cessar a atividade, o fundo de comércio ou a indústria, quanto na existência de interesse comum ou na designação pela lei, o contribuinte será convocado ao pagamento juntamente com o responsável. As situações de sucessão não evocam dúvidas, à medida que se visualiza facilmente numa execução concreta.

Em se tratando da lei que vincule, especialmente sobre créditos previdenciários, há expressa previsão legal de que a mera circunstância de compor grupo econômico já imponha a solidariedade entre todos os componentes, a teor do art. 30, IX, da Lei 8.212/91:

> "Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (...)
> IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;"

No entanto, a exigência carece de sustentabilidade à medida que editada por lei ordinária e não pela forma estabelecida constitucionalmente, qual seja a de lei complementar à medida que se trata de norma geral sobre direito tributário. Sem falar no fato de se violar materialmente a autonomia privada. Outra não foi a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral no RE 562.276/PR (Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 8/2/2011), ao julgar o art. 13 da Lei

8.620/93 de igual teor. Eis o aresto:

> "DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART. 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS.
> 1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário.
> 2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128.
> 3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas ' as pessoas expressamente designadas por lei', não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma legal. A previsão legal de solidariedade entre devedores - de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) - pressupões que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente.
> 4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (dritter persone, terzo ou tercero) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O 'terceiro' só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrario sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte.
> 5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com

> poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de responder pelo tributo devido pela sociedade.
> 6. O art. 13 da lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF.
> 7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição.
> 8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.
> 9. Recurso extraordinário da União desprovido.
> 10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, §3º, do CPC.

A despeito de a lei estabelecer essa vinculação a ponto de disparar a responsabilização solidária, como visto esse elo há de se dar em observância ao princípio da capacidade econômica e do não confisco que serão as balizas próprias para justificar a cobrança.

O campo em que mais surgem discussões na atualidade consiste no inciso I do art. 124 do CTN, em face do termo vago "interesse comum", o que será estudado adiante. Essa, assim, tem sido a minha compreensão sobre o instituto da responsabilidade tributária. E, com base nela, passarei a analisar o tema trazido a debate no presente estudo, a responsabilidade solidária de grupo econômico.

2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA POR INTERESSE COMUM SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

No âmbito do Direito Tributário, como visto, é o art. 124, I, do CTN que atribui responsabilidade tributária solidária às *"pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal"*.

Por construção doutrinária e interpretação jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça – STJ estabeleceu o entendimento de que o conceito do termo vago "interesse comum" do inciso I do art. 124 do CTN deve ser lido não como interesse econômico, mas como interesse jurídico correlato à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato espécie tributário (STJ, 1ª Turma, REsp. 200602065654, Rel. Luiz Fux, DJE 18/02/2009). Até porque uma das premissas é a de que o mero inadimplemento não é suficiente para responsabilizar alguém ao pagamento do imposto. Aliás, a Súmula 340 do STJ tem idêntico teor: *"O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente".*

Seguindo essa linha de que é preciso um liame próximo, um vínculo, que justifique a responsabilização solidária das sociedades, em julgados de 2015/2016, ambas as Turmas de Direito Público passaram a fixar a tese de que:

> *" **Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador**, não bastando o mero interesse econômico na consecução da referida situação»* (AgRg no REsp 1.433.631/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, decisão 10/3/2015) - destacou-se
>
> ***A jurisprudência desta Corte entende que não basta o interesse econômico entre as empresas de um mesmo grupo econômico, mas sim que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador**. Precedentes: AgRg no AREsp 603.177/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 27.3.2015; AgRg no REsp 1.433.631/**PE**, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 13/3/2015*." (AgRg no REsp 1.340.385/SC, 1ª Turma, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 16/2/2016) - destacou-se.

Decisões um pouco mais recentes - igualmente de ambas as turmas componentes da 1ª Seção, especializada em Direito Público -, todavia, voltaram para os conceitos de prática comum/conjunta do fato gerador, mas indo além para incluir a hipótese de confusão patrimonial. Eis os arestos:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 30 DA LEI N.8.212/1991 E ART. 124 DO CTN. GRUPO ECONÔMICO. CONFUSÃO PATRIMONIAL.SÚMULA 7 DO STJ.*
>
> *1. **Esta Corte Superior entende que a responsabilidade solidária do art. 124 do CTN, c/c o art. 30 da Lei n. 8.212/1990 não decorre***

exclusivamente da demonstração da formação de grupo econômico, mas demanda a comprovação de práticas comuns, prática conjunta do fato gerador ou, ainda, quando há confusão patrimonial. Precedentes.

2. O Tribunal ordinário entendeu pela responsabilidade solidária da empresa não pela simples circunstância de a sociedade pertencer ao mesmo grupo econômico do sujeito passivo originário. Antes, reconheceu a existência de confusão patrimonial, considerando haver entre as sociedades evidente identidade de endereços de sede e filiais, objeto social, denominação social, quadro societário, contador e contabilidade, além de as empresas veicularem seus produtos no mesmo sítio na internet.

3. A questão foi decidida com base no suporte fático-probatório dos autos, de modo que a conclusão em forma diversa é inviável no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ."

4. Agravo regimental desprovido." (STJ, 1ª turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, AgRg no AREsp 89.618/PE, 23/6/2016) - destacou-se.

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 124 E 174 CTN. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Os Embargos de Declaração merecem prosperar, uma vez que presentes um dos vícios listados no art. 535 do CPC. Na hipótese dos autos, o acórdão embargado não analisou a tese apresentada pela ora embargante. Dessa forma, presente o vício da omissão.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem assentou que: não merece reproche a conclusão do juízo a quo no que tange à responsabilização solidária de pessoas físicas (por meio da desconsideração da personalidade jurídica) e jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico de empresas devedoras, quando existe separação societária apenas formal e pessoas jurídicas do grupo são usadas para blindar o patrimônio dos sócios em comum, como é o caso das excipientes, e de outras empresas do grupo."

*3.**O Superior Tribunal de Justiça entende que a responsabilidade solidária do art. 124 do CTN não decorre exclusivamente da demonstração da formação de grupo econômico, mas demanda a comprovação de práticas comuns, prática conjunta do fato gerador ou, ainda, quando há confusão patrimonial.***

4. O Tribunal ordinário entendeu pela responsabilidade solidária da empresa não pela simples circunstância de a sociedade pertencer ao mesmo grupo econômico do sujeito passivo originário. Antes, reconheceu a existência de confusão patrimonial, considerando haver entre as sociedades evidente identidade de endereços de sede e filiais, objeto social, denominação social, quadro societário, con-

> *tador e contabilidade.*
> *5. As questões foram decididas com base no suporte fático-probatório dos autos, de modo que a conclusão em forma diversa é inviável no âmbito do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ.*
> *6. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos integrativos."* (STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, ED cl no AgRg no REsp 1.511.682/PE, 25/10/2016) - destacou-se.

De logo, chamo atenção para o fato de que o STJ, permissa venia, está confundindo conceitos. Afinal, como visto acima, **quem pratica o fato gerador é o contribuinte jamais o responsável. Assim, se para responsabilizar alguma empresa de um grupo econômico for necessário que essa pessoa jurídica pratique o fato gerador, ela não seria responsável, não poderia ser enquadrada como responsável solidário do art. 124, I, do CTN, porque ela seria contribuinte nos citados termos do art. 121, I e II, do mesmo diploma legal.** Assim, que eu li esse entendimento, eu me pus a ponderar numa análise concreta de um grupo econômico bem complexo com inúmeras empresas que desempenhavam a mesma atividade, umas sólidas e sem dívidas, outras totalmente débeis e com muitas dívidas, e fui checando a vigência de cada empresa boa com a empresa ruim para ver se se poderia dizer que a empresa boa se usufruiu da falta de pagamento do imposto da empresa ruim, de modo a chamá-la a reparar o inadimplemento da empresa ruim. Na prática, admitir essa saída proposta pelo STJ caminharia para a impunidade haja vista que o mercado, sabendo desse entendimento passaria a abrir e fechar empresas laterais, de modo que os fatos geradores da empresa devedora nunca coincidissem em data com a vigência dessas empresas que chamei de "laterais", mas que, na prática, existem como "bois de piranha", que foram criadas exatamente para disfarçar a ocorrência desse fato gerador.

Demais disso, não há permissão no CTN e na própria jurisprudência para alcance do patrimônio das pessoas jurídicas componentes do grupo econômico pelo simples fato de serem um grupo. E ainda que estivesse prevista a responsabilidade tão somente por ser parte do mesmo grupo econômico do contribuinte principal, essa responsabilidade só ocorreria quanto às sucessões empresariais (art. 132 do CTN) ou comerciais (art. 133 do CTN) e quanto aos sócios no tocante a atos em que interviessem, às omissões havidas e aos excessos de poderes ou infrações a lei contrato, ou estatuto (art. 135, III, do CTN).

Significa dizer, portanto, que pelo entendimento do STJ as pessoas pertencentes a grupo econômico não poderão ser acionadas mediante redirecionamento da cobrança quando não participante do fato gerador, a menos que haja prova do comportamento fraudulento, o que resvala para hipótese do art. 135 do CTN, excluindo assim o enquadramento legal no art. 124, I, do CTN, pois. O simples

fato de fazer parte de um grupo não autoriza a ampliação da responsabilidade tributária.

Sobre o tema, firmou-se a orientação de que, em linha de princípio, a circunstância de uma pessoa moral integrar o mesmo grupo econômico que o devedor tributário, por si só, não implica legitimação passiva para demanda executiva e nem autoriza a prática de atos de constrição patrimonial contra ela (Cf. dentre outros: STJ, ERESP 200800955536, AGRESP 200802744398, AGA 200900438789).

Então, se esse é o entendimento do STJ, em quais situações será possível o alcance das pessoas componentes do grupo econômico? A fim de perquirir esse mister, antes de mais nada, assim, importante outra análise, agora, sobre o que vem a ser grupo econômico e, em seguida, como se estende a responsabilidade solidariamente entre as pessoas físicas ou jurídicos do grupo.

3. GRUPO ECONÔMICO – GE

No direito positivo brasileiro, não há uma definição jurídica do que vem a ser um grupo econômico. Em relação às sociedades anônimas, a Lei 6.404/76, a partir do seu Capítulo XXI, disciplina o grupo de sociedades e, no que interessa, estatui:

> "Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.
> *(...)*
> *Art. 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas* ***cada sociedade conservará personalidade e patrimônio distintos****."* Negritou-se.

Essa disciplina pode servir de fonte à falta de uma legislação própria e pode inclusive ser utilizada em relação a sociedades que não contemplem tal forma constitutiva, até porque um grupo econômico pode vir a ser constituído por uma mãe S/A e outras controladas que podem ser de outra natureza. Ocorre que deverão manter personalidade e patrimônio distintos.

Para a Receita Federal:

> "Art. 494. Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (duas) empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma dela, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica. (Instrução Normativa 971, de 13/11/2009)".

Assim é que não há qualquer sanção legal à formação de conglomerados ou grupos econômicos cujas pessoas jurídicas que os compõem continuam independentes entre si, cada qual com a sua responsabilidade tributária relativa aos fatos geradores ocorridos individualmente. E, aliás, é até um movimento natural de evolução das empresas, inclusive sua ocorrência chega a ser sadio para o mercado, exceto quando resvala para a concentração, o que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE prontamente irá proibir.

Em economia, na praxis do mercado moderno, é bem comum que a exploração empresarial se dê mediante fusão, cisão ou mesmo em operações de união temporária para algum objetivo comum de negócio, que igualmente é refletido no Direito a partir dos contratos feitos nesse sentido, de modo que os demais participantes do mercado não conhecem quem está por trás das operações. Jamais se nega a existência dessas atividades, que, aliás, são bem comuns em mercados mais competitivos, como o americano, o chinês, o que repercute no mercado global, mesmo porque muitas dessas empresas hoje são multinacionais. Esse agir com sócio oculto ou por interposta pessoa, que pode ser até mesmo uma empresa, também não é vedado, mas atividades dessa ordem são categorizadas como **grupos econômicos de fato**, quando classificadas em relação à formalização de sua atividade ou forma de constituição, em contraposição com os **grupos econômicos de direito**, que são aqueles formalmente reconhecidos e atribuídos às pessoas que constam dos atos constitutivos, segundo a legislação societária.

Outro critério classificatório leva em conta a independência das pessoas jurídicas integrantes do conglomerado, podendo ser **grupo econômico regular** ou **grupo econômico irregular**, quando o primeiro mantém a personalidade e patrimônio próprios e o segundo quando os integrantes não mantêm, havendo abuso da personalidade, em que a personalidade é meramente formal, não havendo autonomia patrimonial e operacional.

Isso porque, não há qualquer irregularidade na constituição destes grupos quando têm por finalidade uma melhor organização dos empreendimentos empresariais dos seus participantes. Aliás, a própria ficção jurídica para a sociedade visa atender a esse objetivo.

Combate-se, porém, o uso desse instituto com o fito de inadimplir com as obrigações assumidas, prejudicar os credores e blindar o patrimônio dos integrantes do grupo econômico. É o mau uso da empresa que há de ser

coartado, mantendo a personificação conquanto a sociedade seja usada de forma legal.

4. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE GRUPO ECONÔMICO POR ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A personalidade jurídica, dado o seu caráter instrumental, não pode ser vista como algo absoluto. De tal sorte, a sua validade está condicionada ao cumprimento do fim jurídico a que se destina. A desconsideração, nesse passo, busca aperfeiçoar o próprio instituto da personalização, punindo com a perda do privilégio da separação patrimonial aquelas empresas que abusarem de seu direito. Essa a razão de se entender que não se está abolindo a personificação da sociedade, apenas coibindo o seu abuso.

De que forma se pode responsabilizar as empresas e as pessoas físicas componentes de um grupo econômico por dívidas geradas por uma delas? Simples: apenas nas hipóteses de desconsideração da pessoa jurídica, cujo desenho teórico é dado pelo art. 50 do Código Civil:

> "*Art. 50. Em caso de* ***abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir****, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*". - destacou-se.

Desse modo, provados os pressupostos do instituto previsto no art. 50 do CC, desvio de finalidade e confusão patrimonial é de se levantar o véu que protege o patrimônio da pessoa jurídica ou mesmo do sócio, nas hipóteses de desconsideração inversa, quando a sociedade não tem, mas o sócio ou pessoa de sua confiança, geralmente parente, sim, a fim de alcançar os bens hábeis à quitação das dívidas tributárias.

Não se pode esquecer de que, antes da previsão legal, já havia a utilização do instituto no Direito Brasileiro partindo-se das sementes legislativas na legislação tributária (art. 135 do CTN), trabalhista (art. 2º da CLT), consumeirista (art. 50 e 28 da Lei 8.069/90). No entanto, a bem da verdade não estava previsto o instituto, mas um efeito dele, qual seja o alcance do patrimônio independente da personalidade diferente. Com a positivação, o abuso ganhou contornos bem mais eficientes, sobretudo devido aos requisitos objetivos de aplicação.

Fica estabelecida a premissa, portanto, de que a responsabilidade solidária

de pessoa física ou jurídica por débito de empresa integrante do grupo econômico (art. 124, I, do CTN) exige abuso da personalidade jurídica*, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial* (art. 50 do CC). É dizer, o inciso I do art. 124 do CTN há de vir combinado com o abuso da personalidade, previsto no art. 50 do CC. Esse, pois, é o conceito objetivo do "interesse comum" de que trata o art. 124, I, do CTN.

Caberá ao fisco, pois, demonstrar as relações firmadas pelas empresas e pessoas físicas participantes do grupo econômico e como a autonomia das mesmas foi abusada, mediante prova de atos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Essa a missão da Receita Federal do Brasil – RFB nos processos administrativos de sua alçada, com a respectiva atribuição da Fazenda Nacional de confirmar os fatos advindos nos processos executivos que serão correlatos à apuração.

O tema também encontra eco na doutrina especializada. Sobre o tema, Maria Rita Ferragut (2013) ensina que:

> "... o enunciado normativo traz dois pressupostos materiais autorizadores da desconsideração, quais sejam, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, formas de abuso da personalidade jurídica par aos fins do art. 50. do CC.
> O desvio de finalidade ocorre quando a pessoa jurídica for indevidamente utilizada para fins diversos dos previstos no ato constitutivo, e dos quais e infira a deliberada aplicação da sociedade em finalidade irregular e danosa, provocando necessariamente lesão a direito de terceiros.
> O desvio pode coincidir com as materialidades previstas no art. 135 do CTN - como por exemplo a infração ao contrato social - mas este enunciado se diferencia no que diz respeito à autoria: no CTN temos o administrador, responsável tributário que agiu de forma ilícita na gestão da sociedade. E como os grupos econômicos não são pessoas físicas, as infrações tributárias por eles praticados não estão tipificados neste artigo, e em nenhum outro do CTN, não havendo norma específica para o caso. Deve-se, portanto, aplicar subsidiariamente o Código Civil.
> Já a confusão patrimonial consiste na impossibilidade de fixação de limite entre os patrimônios da pessoa jurídica e o dos sócios e acionistas, tamanha a mistura (confusão) que se estabelece entre ambos. Resta configurada, por exemplo, quando a sociedade paga dívida do sócio e quando há bens também de sócio registrados em nome da sociedade e vice-versa, não havendo suficiente distinção, no plano patrimonial, entre as pessoas - o que pode ser verificado pela escrituração contábil, movimentação financeira e extratos bancários."

Constata-se, pois, que a responsabilização solidária do art. 124, I, do CTN exige a demonstração dos pressupostos da desconsideração da pessoa jurídica previstos no art. 50 do CC, não cabendo utilização sozinha do 124, I.

Tanto isso é verdade, quanto foi apresentado nos precedentes noticiados - basta uma releitura dos acórdãos -, toda vez que o STJ fundamenta no art. 124 ele traz como fatos a utilização da pessoa jurídica com abuso - usualmente confusão patrimonial -, declinando fatos de como se deu no caso concreto as situações que ensejaram a determinação de responsabilidade solidária pelo tribunal ordinário, inclusive declinando a impossibilidade de a Corte de interpretação infraconstitucional de revolver fatos nos termos da Súmula 7. Importa o registro, em resumo, de que a interpretação que o próprio STJ deu do termo vago «interesse comum» revela não ter sido a prática do fato gerador e sim o abuso da personalidade jurídica.

Não raro, os eventos dizem respeito à confusão patrimonial, basta ver os inúmeros precedentes apresentados até agora. Com efeito, a atuação empresarial sem que se detecte efetiva dissociação entre o patrimônio das empresas integrantes do grupo econômico (STJ, 1ª Turma, RESP 200501171187, Rel. José Delgado, DJ 12/09/2005), ou do patrimônio destas com relação àqueles pertencentes aos sócios (TFR 3ª Região, AI 458655, Rel. Paulo Domingues, 05/07/2012, e-DJF3 19/07/2012), admite a desconsideração das personalidades jurídicas das pessoas morais, para atingir diretamente o patrimônio de umas e de outros, por aplicação do dispositivo legal acima transcrito, em combinação com o art. 4º,. V, e § 2º, da Lei 6.830/80 (a execução fiscal pode ser promovida contra o responsável por dívidas tributárias ou não de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado).

No entanto, o abuso da pessoa jurídica mediante desvio de finalidade ocorre no dia a dia das atividades empresariais, mas, muitas vezes, não são compreendidas pelos operadores do Direito, até por se tratar de assunto novo, sobretudo por ter sido incluído com a positivação do Novo Código Civil (art. 50) e pela agora prevista modalidade de incidente de desconsideração no Novo Código de Processo Civil (art. 133 e ss).

Cito, como exemplo, a situação de um conglomerado em que todos os bens titulados por todas as empresas do grupo foram transferidos para os filhos dos sócios administradores, mediante doação e à medida que foram nascendo netos, igualmente os mesmos bens doados inicialmente aos filhos foram transferidos aos novamente doados. Situações tais demonstram que o grupo detinha a possibilidade de doar, em nenhum momento lhe era negado, mas doar a totalidade dos bens, ficando as empresas integrantes do GE sem qualquer patrimônio para fazer face às suas dívidas consiste exatamente em medida que denota desvio de finalidade.

Ou a hipótese em que todos os bens do grupo estejam com uma das empresas do conglomerado e, por ato de doação ou mesmo alienação fraudulenta, tenham sido passados para uma pessoa da família (esposa/filhos dos sócios gestores) ou para uma pessoa sem lastro para tamanho acúmulo patrimonial, o vulgo "laranja", muitas vezes, empregado doméstico ou empregado de uma das empresas O poder de doar ou alienar existe e seu exercício é inerente ao direito de propriedade, mas o que se coíbe é o abuso. Assim, ultrapassando os limites da finalidade do ato, deixa de haver uma liberalidade a fim de atender transitoriamente a um ou outro beneficiário para descambar em blindagem patrimonial, ato flagrantemente de abuso do direito, nitidamente para proteger o patrimônio contra futuras execuções, frustrando em última análise, o princípio da responsabilidade patrimonial. A finalidade da doação não foi atendida, mas desviada para outro objetivo.

Importa assim voltar os olhos à teoria do desvio de poder, tão bem delineada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, pp. 362/363), para os atos administrativos, o qual igualmente entende aplicável aos atos judiciais e legislativos, estendendo eu para os atos privados, haja vista se tratar de um mesmo assunto raiz, qual seja, o exercício de direito potestativo e o abuso de direito. Eis o ensinamento magistral:

> "39. Ocorre desvio de poder e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado.
> Há, em consequência, um mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzido na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado. É que sua competência, na lição elegante e precisa de Caio Tácito: 'visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo. Não é facultado à autoridade suprimir essa continuidade, substituindo uma finalidade legal do poder com que foi investido, embora pretendendo um resultado materialmente lícito.
> 40. Sucintamente, mas de modo preciso, pode-se dizer que ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida.
> 41. De dois modos pode manifestar-se o desvio de poder:
> a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficiar a si próprio ou amigo;
> b) quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à 'categoria' do ato que utilizou. Deveras, consoante advertiu o preclaro Seabra Fagundes: 'Nada importa que a

> diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal.
> Exemplo da primeira hipótese tem-se no caso de um superior que remove um funcionário para local afastado sem nenhum fundamento de fato que requeresse o ato, mas apenas para prejudica-lo em razão de sua inimizade por ele.
> Exemplo da segunda hipótese ocorre quando o agente remove um funcionário – que merecia uma punição – a fim de castiga-lo. Ora a remoção não é ato de categoria punitiva.
> O desvio de poder não é mácula jurídica privativa dos atos administrativos. Pode se apresentar, igualmente, por ocasião do exercício de atividade legislativa ou jurisdicional. Ou seja: leis e decisões judiciais são igualmente suscetíveis de incorrer no aludido vício, porquanto umas e outras são, também, emanações das competências públicas, as quais impõem a fidelidade às finalidades que as presidem. Assim, se o legislador ou o juiz delas fizerem uso impróprio, a dizer, divorciado do sentido e direcionamento que lhes concernem, haverão traído as competências que os habilitavam e os atos que produzirem resultarão enodoados pela indelével jaça do desvio de poder. ”

Portanto, evidenciado o abuso da personalidade na forma do art. 50 do CC, caberá ao juiz da causa proclamar decisão detalhando a satisfação material dos seus requisitos para permitir o fim a que se destina. É dizer, exige-se o controle judicial sobre a existência do abuso e a correlata declaração da desconsideração da pessoa jurídica para que se possa alcançar seus bens.

Nesse tópico é que o novel instituto do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 e seguintes do CPC, mais precisamente no Título Da Intervenção de Terceiros, trouxe mudanças significativas no Direito Brasileiro. Afinal, agora se exige a instauração de incidente processual com a prévia formação do contraditório e suspensão do processo.

Na prática forense, adotei inicialmente o entendimento da prescindibilidade do chamado do devedor tributário, inclusive fundada em vários precedentes jurisprudenciais do STJ, como exemplo 3ª Turma, RMS 12872/SP, Rel. Nancy Andrighi, DJ 16/12/2002; 4ª Turma, REsp 1071643. Rel. Luís Felipe Salomão, DJe 13/04/2009), exatamente pelo fato de que a confusão patrimonial e o abuso da personalidade induziriam a fraudes e a comunicação prévia poderia e pode resultar até mesmo na ineficácia da medida pelo esvaziamento de bens. De fato, essa possibilidade é potencial.

No entanto, após a mudança de postura instituída com o Novo Código de Processo Civil que veicula uma principiologia de que as partes colaborem para a

solução da lide, não se poderia deixar de prever a citação do pretenso alvo da desconsideração a fim de oportunizá-lo defesa. Em princípio, confesso, vi com maus olhos esse novo instituto. Mas não posso deixar de elogiá-lo, sobretudo após dar prática à disciplina legal da não-surpresa e da colaboração, as quais têm permitido julgados mais precisos e muito mais justos a partir da ouvida do atingido. Penso que a medida será salutar para o aprimoramento do instituto da desconsideração da pessoa jurídica, mais precisamente quando evocada nos pedidos de grupo econômico em execuções fiscais. Garantir ao interessado o direito de apresentar as suas razões e até mesmo de colaborar com o Judiciário no sentido de mostrar que não estão presentes os pressupostos da desconsideração permitirá a vinda aos autos de dados técnicos e, por isso mesmo, mais robustos, até mesmo para justificar o caso de decreto do incidente.

No mesmo sentido decidiram os juízes federais presentes ao I Fórum Nacional de Execução Fiscal - FONEF promovido pela AJUFE em Brasília em 2016, ao aprovarem o Enunciado 2, de seguinte conteúdo: *"O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 do NCPC, é aplicável aos casos em que há pedido de redirecionamento da execução fiscal da dívida ativa, com fundamento na configuração de grupo econômico, ou seja, nas hipóteses do art. 50 do CC."*

E o STJ acabou por acolher o entendimento no REsp 1775269/PR, decisão 12/3/2019:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO A PESSOA JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO "DE FATO". INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CASO CONCRETO. NECESSIDADE. 1. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 133 do CPC/2015) não se instaura no processo executivo fiscal nos casos em que a Fazenda exequente pretende alcançar pessoa jurídica distinta daquela contra a qual, originalmente, foi ajuizada a execução, mas cujo nome consta na Certidão de Dívida Ativa, após regular procedimento administrativo, ou, mesmo o nome não estando no título executivo, o fisco demonstre a responsabilidade, na qualidade de terceiro, em consonância com os artigos 134 e 135 do CTN. 2. Às exceções da prévia previsão em lei sobre a responsabilidade de terceiros e do abuso de personalidade jurídica, o só fato de integrar grupo econômico não torna uma pessoa jurídica responsável pelos tributos inadimplidos pelas outras. 3. O redirecionamento de execução fiscal a pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome na CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN, depende da comprovação do abuso de personalidade, ca-

> racterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí porque, nesse caso, é necessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora. 4. Hipótese em que o TRF4, na vigência do CPC/2015, preocupou-se em aferir os elementos que entendeu necessários à caracterização, de fato, do grupo econômico e, entendendo presentes, concluiu pela solidariedade das pessoas jurídicas, fazendo menção à legislação trabalhista e à Lei n. 8.212/1991, dispensando a instauração do incidente, por compreendê-lo incabível nas execuções fiscais, decisão que merece ser cassada. 5. Recurso especial da sociedade empresária provido."

A preocupação com as modalidades ocorrentes no mundo fenomênico fez a RFB aprovar o Parecer Normativo COSIT/RFB 4, de 12/12/2018, por meio do qual procura disciplinar as modalidades de atos caracterizadores da responsabilidade solidária de GE. Eis a ementa:

> "Normas Gerais de Direito Tributário. Responsabilidade Tributária. Solidariedade. Art. 124, I, CTN. Interesse Comum. Ato Vinculado Ao Fato Jurídico Tributário. Ato Ilícito. Grupo Econômico Irregular. Evasão e Simulação Fiscal. Atos que Configuram Crimes. Planejamento Tributário Abusivo. Não Oposição ao Fisco de Personalidade Jurídica Apenas Formal. Possibilidade. A responsabilidade tributária solidária a que se refere o inciso I do art. 124 do CTN decorre de interesse comum da pessoa responsabilizada na situação vinculada ao fato jurídico tributário, que pode ser tanto o ato lícito que gerou a obrigação tributária como o ilícito que a desfigurou. A responsabilidade solidária por interesse comum decorrente de ato ilícito demanda que a pessoa a ser responsabilizada tenha vínculo com o ato e com a pessoa do contribuinte ou do responsável por substituição. Deve-se comprovar o nexo causal em sua participação comissiva ou omissiva, mas consciente, na configuração do ato ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo. São atos ilícitos que ensejam a responsabilidade solidária: (i) abuso da personalidade jurídica em que se desrespeita a autonomia patrimonial e operacional das pessoas jurídicas mediante direção única ("grupo econômico irregular"); (ii) evasão e simulação e demais atos deles decorrentes; (iii) abuso de personalidade jurídica pela sua utilização para operações realizadas com o intuito de acarretar a supressão ou a redução de tributos mediante manipulação artificial do fato gerador (planejamento tributário abusivo). O grupo econômico irregular decorre da unidade de direção e de operação das atividades empresariais de mais de uma pessoa jurídica, o que demonstra a artificialidade da separação jurídica de

> personalidade; esse grupo irregular realiza indiretamente o fato gerador dos respectivos tributos e, portanto, seus integrantes possuem interesse comum para serem responsabilizados. Contudo, não é a caracterização em si do grupo econômico que enseja a responsabilização solidária, mas sim o abuso da personalidade jurídica. Os atos de evasão e simulação que acarretam sanção, não só na esfera administrativa (como multas), mas também na penal, são passíveis de responsabilização solidária, notadamente quando configuram crimes. Atrai a responsabilidade solidária a configuração do planejamento tributário abusivo na medida em que os atos jurídicos complexos não possuem essência condizente com a forma para supressão ou redução do tributo que seria devido na operação real, mediante abuso da personalidade jurídica. Restando comprovado o interesse comum em determinado fato jurídico tributário, incluído o ilícito, a não oposição ao Fisco da personalidade jurídica existente apenas formalmente pode se dar nas modalidades direta, inversa e expansiva. Dispositivos Legais: art. 145, §1º, da CF; arts. 110, 121, 123 e 124, I, do CTN; arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964; Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976; arts. 60 e 61 do Decreto-Lei nº 1.598. de 26 de dezembro de 1977; art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995; arts. 167 e 421 do Código Civil. e-processo 10030.000884/0518-42".

O parecerista identifica 3 eventos que fazem disparar a solidariedade na responsabilidade tributária por interesse comum (art. 124, I, do CTN): grupo econômico irregular, ilícios criminais tributários e planejamento tributário abusivo. Na prática, a meu ver, nada mais são do que espécies do abuso da personalidade (art. 50 do CC), expressando tanto a confusão patrimonial como o desvio de finalidade, razão por que se exige um delineamento por parte do agente estatal em sua apuração administrativa, nunca perdendo de vista que a decisão para desconsiderar a personalidade haverá de ser judicial e, mesmo assim, após a instauração do incidente em que se permite ampla defesa.

Nisso se distingue o meu posicionamento para o apresentado pela RFB, haja vista que aqui defendo a necessidade de um ato judicial que torne ineficaz a providência tomada pelo grupo econômico, enquanto a RFB firmou o entendimento de que sua decisão seria autoexecutória.

Constata-se, portanto, que nas situações em que a fazenda pública invoca a responsabilidade solidária de grupo econômico deverá comprovar o abuso da personalidade (art. 124, I, do CTN c/c art. 50 do CC), cabendo ao juiz instaurar o incidente na forma do art. 133 do CPC. Diferentemente, quando o credor fundamentar a busca do patrimônio nas hipóteses do art. 134 e 135 torna-se despicienda a instauração do incidente, tampouco se necessita a prova do abuso da personali-

dade jurídica na forma do art. 50 do CC, uma vez que o fundamento é a infração ao contrato, à lei ou excesso de poderes.

5. RESPONSABILIDADE DE PESSOA FÍSICA INTEGRANTE DE GRUPO ECONÔMICO

Sobre a responsabilidade da pessoa física, não desconheço o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF5 no sentido de que a pessoa física não pode ser solidariamente responsável por fazer parte de grupo econômico, que veio a ser inaugurado a partir da AC 587910-PE, 12/12/2016. Eis o teor do voto-condutor da lavra do decano Des. Lázaro Guimarães:

> "A apelante sustenta ilegitimidade passiva para responder solidariamente por débitos fiscais cujos fatos geradores ocorreram quando ainda era menor de idade, bem como postula pelo reconhecimento da prescrição para redirecionamento da execução fiscal.
> A desconsideração da personalidade jurídica deve ajustar-se ao tratamento que a ordem jurídica nacional dá a cada pessoa jurídica. Este fundamento apoia-se na própria essência do sistema econômico capitalista, o qual separa a pessoa física da pessoa jurídica, e as hipóteses fechadas de responsabilidade da pessoa física, na condição de sócio, em relação às obrigações da pessoa jurídica.
> Com base nestas premissas, avalio a hipótese apresentada. Parece-me que a pessoa física quando da incidência do fato gerador do tributo era menor, desse modo, não tinha responsabilidade tributária em relação à referida cobrança. Portanto, a consequência lógica é que, não tendo vínculo, não tendo ligação com a obrigação, não podendo praticar atos da vida civil, a não ser como menor relativamente incapaz com assistência de seus representantes, resulta inviável a atribuição de responsabilidade ao apelante por uma obrigação, quando ausente elemento essencial para a relação jurídica: a capacidade civil.
> Registre-se que, mesmo ponderando que a partir de 1998, o apelante passou a participar das atividades empresariais exercidas por sua família, nem aí, regularizar-se-ia referida cobrança. É que, tanto por ocasião do fato gerador quanto por ocasião da dissolução da empresa, que é a devedora originária, isto é, a devedora principal, o apelante não poderia assumir um papel que nunca exercera, como sócio gestor. O que se verifica é que o apelante não atuou como dirigente, uma vez que não tinha nenhuma participação na sociedade devedora. Acresça-se que mesmo considerando as empresas que foram posteriormente criadas ou que ele veio, após atingir a maioridade, a participar e dirigir, volto a dizer, nem assim, haveria como imputar-lhe responsabilidade tributária.

> Nesta linha de raciocínio, concluo que é preciso haver um liame, um vínculo de responsabilidade para que se efetive o redirecionamento. E, ainda que superada essa objeção, estar-se-ia diante do instituto da prescrição para o redirecionamento da execução, porquanto tendo ocorrido a citação por edital em 07.03.2006, o pedido de redirecionamento apenas foi formulado, em 23.03.2015, muito tarde e distante do prazo quinquenal (art. 174 do CTN)."

Embora respeitável, apenas com ele não concordo, o que faço com base nas seguintes justificativas.

Em primeiro lugar, o referido julgado tido como paradigma não afastou a responsabilidade solidária de pessoa física em grupo econômico. Apenas era objeto de decisão se a pessoa física cuja ilegitimidade se buscava reconhecer, por ser menor de idade ao tempo do fato gerador, poderia ser excluída da lide. E a resposta foi positiva no sentido de que o menor não poderia ser responsabilizado porque não tinha capacidade civil. Seguindo no julgamento, decidiu a turma que, a partir de 1998 quando atingiu a maioridade, não se poderia imputar responsabilidade ao mesmo porque, para a responsabilização da pessoa física é exigida a atuação como sócio administrador da sociedade devedora. Para tanto, seria o caso de buscar a via do redirecionamento, fato que, no caso não seria possível, devido ao fato de ter havido prescrição (mais de 5 anos entre a data da citação e o pedido de redirecionamento). Significa dizer que não foi estabelecida a tese de que pessoa física não pode ser responsável solidária em grupo econômico, apenas que pessoa física, **menor de idade ao tempo do fato gerador**, não pode ser responsabilizável em grupo econômico porque não detinha capacidade civil.

Ocorre que essa premissa genérica foi utilizada nos julgamentos seguintes como orientação da Corte. Por todos eles, o julgamento da AC 592053-PE, 12/3/2019:

> *"Esta Quarta Turma, em rito de turma ampliada, pacificou entendimento no sentido de não incluir pessoa natural como integrante de um grupo econômico de fato, vejamos: (...)*
> *4.* ***A Quarta Turma desta Corte, em sua composição ampliada, quando do julgamento da AC 587910-PE, firmou o entendimento de que pessoa física não pode integrar grupo econômico de fato e, por essa razão, não poderia ser responsabilizada solidariamente por débitos de pessoa jurídica pertencente a conglomerado econômico. Em casos desse jaez, a pessoa natural só poderia ser responsabilizada como corresponsável e mediante redirecionamento, pela prática de ato ilícito na gestão da sociedade empresária devedora****."* Destacou-se.

Na verdade, acredito ter havido errônea indicação do precedente (AC 587910/PE), quando deveria ter sido o AI 142.386/PE, Rel. Des. Rubens Canuto e redator para acórdão Des. Lázaro Guimarães, 13/12/2016, decidido apenas um dia depois, já que o julgamento agora referido é que realmente foi o leading case para a tese inaugurada pelo TRF 5 sobre o assunto da pessoa natural não ser responsabilizada em grupo econômico, apenas por redirecionamento típico do art. 135, III, do CTN. Confira-se a partir da ementa:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. AGRAVANTE MENOR DE IDADE À ÉPOCA DO FATO GERADOR. CITAÇÃO POR EDITAL DA EMPRESA OCORRIDA EM 07.03.2006. PEDIDO PARA REDIRECIONAMENTO FORMULADO EM 23.03.2015. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGRAVANTE, TENDO EM VISTA A AUSÊNCIA DE CAPACIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.
> 1 - O agravante sustenta a ilegitimidade passiva para responder solidariamente por débitos fiscais cujos fatos geradores ocorreram quando ainda era menor de idade , bem como postula pelo reconhecimento da prescrição para redirecionamento da execução fiscal .
> 2 - Verifico que a pessoa física quando da incidência do fato gerador do tributo era menor, desse modo, não tinha responsabilidade tributária em relação à referida cobrança. Portanto, a consequência lógica é que, não tendo vínculo, não tendo ligação com a obrigação, não podendo praticar atos da vida civil, a não ser como menor absolutamente incapaz por meio de seus representantes ou participar depois de relativamente incapaz com assistência de seus representantes, resulta inviável a atribuição de responsabilidade ao agravante por uma obrigação, quando ausente elemento essencial para a relação jurídica : a capacidade civil.
> 3 - Registre-se que, mesmo ponderando que a partir de 1998, o agravante passou a participar das atividades empresarias exercidas por sua família, nem aí , regularizar-se-ia referida cobrança. É que , tanto por ocasião do fato gerador quanto por ocasião da dissolução da empresa, que é a devedora originária, isto é, a devedora principal , o agravante não poderia assumir um papel que nunca exercera, como sócio gestor. O que se verifica é que o agravante não atuou como dirigente, uma vez que não tinha nenhuma participação na sociedade devedora. Acresça-se que, mesmo considerando as empresas que foram posteriormente criadas ou que ele veio ,após atingir a maioridade, a participar e dirigir , volto a dizer,

> nem assim, haveria como imputar-lhe responsabilidade tributária.
> 4 - Nesta linha de raciocínio, concluo que é preciso haver um liame, um vínculo de responsabilidade para que se efetive o redirecionamento. E, ainda que superada essa objeção, estar-se-ia diante do instituto da prescrição para o redirecionamento da execução, porquanto tendo ocorrido a citação por edital, em 07.03.2006, o pedido de redirecionamento apenas foi formulado, em 23.03.2015, muito tarde, e distante do prazo quinquenal (art. 174, do CTN).
> 5 - Agravo de instrumento provido".

Por oportuno, transcrevo o voto de cada um dos julgadores, a partir do que se pode compreender a controvérsia e a tese levantada na análise de um caso concreto. Esse sim o que deve ter criado a premissa e não aquele outro antes anunciado. Mas mesmo assim, só pelo assunto, já se vê que não poderia ser assim criada a tese jurídica quando dizia respeito à situação extremamente casuísta. Mas sigamos com os fundamentos do acórdão:

> *O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES: Sr. Presidente, a questão aqui, neste julgamento, é do posicionamento do entendimento quanto à desconsideração da personalidade jurídica adotada pelo desembargador Rubens de Mendonça Canuto Neto e aquele que adoto e já expressei aqui. Sua Exa. Entende quanto a uma unicidade originária, o que, na verdade, parece-me,* data máxima vênia, *que não se ajusta ao tratamento que a ordem jurídica nacional dá à desconsideração da personalidade jurídica. É, e eu já disse isso aqui, algo que constitui a essência do próprio regime sistema (sic) econômico capitalista, a separação entre a pessoa física, pessoa jurídica, e as hipóteses fechadas de responsabilidade da pessoa física, o sócio, em relação às obrigações da pessoa jurídica. Então, vejam bem, vou-me ater ao caso. Em primeiro lugar, parece-me que* ***a pessoa física que, quando do fato gerador do tributo, era menor não tem responsabilidade em relação à cobrança desse tributo.*** *Mas vamos adiante.* ***A pessoa física que, quando da dissolução dessa empresa,*** *que se deu no caso, e eu indaguei por isso,* ***era menor, não pode ser responsabilizada em relação a essa obrigação, não tem vínculo, não tem ligação com essa obrigação porque não poderia praticar atos da vida civil, a não ser enquanto menor absolutamente incapaz por meio de seus representantes, ou participar, depois de relativamente incapaz, com assistência de seu representante. Então, ele não tinha capacidade civil. Então, não pode ser responsabilizado por uma obrigação, ainda que, mais adiante, em 1998, tenha passado a participar das atividades empresariais exercidas pela sua família. Agora, o outro ponto, que me parece também relevante***

para a solução desta questão, é que, tanto por ocasião do fato gerador, quanto por ocasião da dissolução da empresa, que é a devedora originária, a devedora principal. O (sic) apelante não era responsável, não era sócio, não era dirigente, não tinha nenhuma participação na sociedade devedora, nem nas que depois foram criadas ou que ele veio, posteriormente, após atingir a maioridade a participar e dirigir*, de modo, Sr. Presidente, parece-me que, para mim, com todo respeito e admiração que tenho pelo desembargado Rubens de Mendonça Canuto Neto, esse jovem que veio dinamizar o trabalho do nosso Tribunal, as nossas atividades, realmente vou discordar.*

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR: ***Penso que, como ele não era sócio da Bahia Mecanização, não se poderia aplicar o Art. 135 do Código Tributário. O que poderia dar azo aí, a meu sentir, é o Art. 124, I.*** *No próprio direito trabalhista aqui referido, o Tribunal Superior do Trabalho, em súmulas, limita esse alcance naquela solidariedade constante na CLT.* ***Penso em adotar aqui o que o Superior Tribunal de Justiça entende para o interesse comum do grupo econômico, pedindo vênia a Sua. Exa., o Relator, que seria uma atuação na atividade que decorreu o fato gerador. E essa situação, a meu ver, não restou demonstrada. O outro ponto seria o da prescrição. Até conto aqui a dissolução como sendo em 2006 - e acho que se pode questionar que a dissolução ocorreu em 2006 com a citação por edital. Se houve requerimento da citação em 2015, penso que já estaria fora desse tempo.***

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO NETO (RELATOR): ***Voto no sentido do reconhecimento do grupo econômico, entendendo ainda que não há que se falar em redirecionamento. Uma vez reconhecida a existência de um grupo econômico, aqueles que o compõem são considerados como um todo, um devedor único, de modo que não há que se falar propriamente em redirecionamento do feito para incluí-los no polo passivo, instituto destinado a trazer para a execução quem tem responsabilidade sem obrigação. Em caso de co-obrigado tributário, por formação de grupo econômico (de fato ou de direito) basta a adoção das medidas constritivas em seu desfavor, considerando que se trata de um membro do devedor já citado. É de se considerara, ainda, que a interrupção da prescrição em relação ao devedor originário originalmente executado também produz efeitos em relação ao co-obrigado.***

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA: (...) ***Penso que há duas discussões aqui que são completamente diferentes. Uma a respeito de entender-se que essas várias empresas, a que se extinguiu, Bahia Mecanização,***

e outras tantas que ainda existem, inclusive a última, a que o eminente relator mais se referiu, Qualigrif. Que são empresas recentes e que teriam sido criadas com uma dimensão, e, aos poucos, essa dimensão foi aumentando, a tese da Fazenda Nacional, que elas todas compõem um grupo econômico, e que, portanto, esse grupo econômico deve ser responsabilizado pelos valores devidos pela primeira empresa. Só que essa discussão, que foi objeto maior do voto do eminente relator, não foi objeto de divergência até onde senti. Os três reconhecem a existência do grupo econômico, e não me parece esteja sendo discutido neste agravo se há ou não um grupo econômico. Discordo de quem disse (...) que a diferença entre redirecionamento ou grupo econômico era jogo de palavras. Não é. São entidades completamente diferentes, sujeitas a disciplinamentos absolutamente diferentes. Penso que, quando se reconhece a existência de um grupo econômico, há uma ampliação da sujeição passiva, e se entende que o executado não é só a empresa originalmente inserida na condição de executada e passa a ser todo o grupo econômico, e não é o caso de redirecionamento, ainda que se use, na linguagem do dia-a-dia, referência a redirecionamento, de redirecionamento não se cuida*, e, portanto, penso que isso influi na questão da prescrição, e, até aí, eu acompanharia todo o raciocínio do eminente relator.* ***Agora, eu começo a me afastar do raciocínio do relator, e me parece que é neste ponto também que a douta maioria se afastou, quando se insere dentro do contexto de um grupo econômico uma pessoa física. Na minha visão, a formação de um grupo econômico, principalmente um dessa natureza com que estou tendo contato,*** *e já tive processos onde o mesmo grupo era discutido, devendo haver em todas as Turmas, não sendo essa a única execução que eles têm, mas mesmo que eu tivesse tido contato com a matéria no momento atual,* ***o que se diz é que há uma empresa, ou mais de uma, deficitária, e é quase sempre isso que diz a Fazenda, e é quase isso que há de fato, e outras tantas que são privilegiadas, que recuperam, que se utilizam da riqueza daquela que se deixou à míngua, para que ficasse como responsável pelos tributos, sem poder pagá-los, e outras tantas empresas ficassem numa situação superavitária sem dever tributo. Mas, se é assim, e assim é, porque se inclui uma pessoa física, se o patrimônio das pessoas jurídicas seriam o suficiente para responder e, no voto do eminente relator, voltando a essa Qualigrif, falou-se me várias inclusões, através de subscrição de ações, integralização de capital, de transferência de imóveis, o que faz presumir, penso eu, que o conjunto dessas empresas, não sei, teria lastro financeiro para responder pela execução. Mas aí vem a questão da pessoa física. A pessoa física do sócio, acho que não pode fazer parte de grupo econômico. Na minha cabeça, não.***

Na minha cabeça, a pessoa física do sócio, aí é o caso de redirecionamento. Preciso tomar essa pessoa física, verificar o que ela fez, olhar se ela agiu contra a lei, qual foi o ato ilegal que ela praticou ou o primeiro deles, a justificar pelo princípio da* actio nata *o redirecionamento, ver se o redirecionamento foi feito ou não, enfim, não me impressiona o argumento de que qualquer pessoa de quem se peça ou contra quem se peça o redirecionamento se era ou não diretor ou sócio à época do fato gerador do tributo. Para mi, isso é absolutamente irrelevante. Vejo se discutir aqui se o responsável tem que sócio e dirigente da empresa ao tempo da data do fato gerador. Não tem. Absolutamente, não tem que ser. A pessoa física do redirecionado tem que ter sim poderes gerenciais ao tempo em que houve a transgressão. Quando houve a extinção irregular, teria que ser diretor ou gerente da empresa. A devedora original, pelo que foi dito, extinguiu-se ainda com o agravante menor. Então, embora a responsabilidade tributária não dependa da capacidade civil, e nisso o relator tem toda razão, mas a responsabilidade por infração depende da maioridade, e seria, se disso se cuidasse, de caso de redirecionamento. Só pode existir o redirecionamento à pessoa física do sócio, se o sócio tiver agido com excesso de poderes ou cometido a ilegalidade, e, aí, a responsabilidade por infração depende da capacidade civil. Não vejo como atribuir ao menor uma responsabilidade tributária por infração no caso de cometimento de ilegalidade. Ele teria responsabilidade sim, se ele, ainda incapaz, praticou negócio jurídico, como o exemplo muito bem dado pelo eminente relator, recebe uma doação, recebe uma herança, ganha na loteria, e, ainda eu menor, ele teria realizado um fato gerador e responderia por ele, mas dentro da legalidade e não atribuir-se a responsabilidade a partir da premissa de um comportamento incompatível com a lei de regência. Então, não foi em face da extinção da Bahia Mecanização, que ele poderia ter sido responsabilizado. Aliás, pelo que vi, não houve redirecionamento contra ele. O que houve foi uma inclusão na condição de integrante de grupo econômico. Essa mescla de pessoa física com pessoa jurídica dentro de grupo econômico não consigo enxergar. Só consigo enxergar a da pessoa física se alguma pessoa jurídica, das que compõem o grupo, houvesse se extinguido irregularmente, quando se configuraria a responsabilidade pessoal da pessoa física que a gerenciava. E eu procurei, durante todo o voto do relator, identificar qual seria a ilegalidade que o agravante teria cometido. (...) Quanto ao grupo econômico, penso que há razões de sobra, e V. Exas. As alinhou, e não há divergência quanto a isso, e não vejo sequer necessidade, sinceramente, amenos que eu tivesse uma soma dos patrimônios, de se verificar o porquê da responsabilidade da pessoa física. *Sei que,*

às vezes, nos incomoda a ideia de que alguém possa ter manobrado de uma maneira ou de outra e se saído bem, digamos assim, mas isso é uma decorrência natural da personificação das entidades. Penso que seria um mal se acabar com a figura da pessoa jurídica, porque foi a ficção da pessoa jurídica que permitiu o desenvolvimento das sociedades capitalistas, e aí tem de se conviver com esse tipo de coisa ou se acaba. (...) Peço vênia ao eminente relator para acompanhar a douta maioria, porque não vi, nem na sustentação oral, nem no voto, a demonstração da responsabilidade pessoal, qual foi a transgressão que o agravante cometeu, para a partir dali, montar a sua responsabilidade pessoa e aferir, inclusive, eventual prescrição.

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO: (...) Reforço que não se nega a distinção entre capacidade civil e capacidade tributária e que uma independe da outra, como bem disse o relator e como está no Código Tributário Nacional. A divisão da matéria foi muito bem feita pelo Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima no que diz respeito aos temas que povoaram inicialmente o julgamento e o que resta a ser apreciado agora nesta Turma Ampliada. Concordo integralmente com o arcabouço do voto do Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima, lembrando que, recentemente, na nossa Turma de origem, no dia 15/09/2016, oficiei como relator na apelação cível nº 579.829 e, na ementa, há uma parte em que destaco assim (Lê); 'Somente é autorizado o redirecionamento da execução fiscal quando demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração da lei, contrato ou estatutos, com base no art. 135, III do Código Tributário Nacional, o que não ficou comprovado nos autos'. Nesse particular, discordo um pouco do Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima quando ele diz que não houve redirecionamento. Tenho uma visão diferente de redirecionamento. ***O direcionamento é a busca pelo tentáculo do Estado, caracterizado no Judiciário de 'apanhar o devedor', quer seja em matéria tributária, em matéria civil ou qualquer outra. Ou seja, do demandado, se não é possível fazê-lo com esse foco inicial, o campo de atuação do Judiciário, dessa mão longa do Estado, é redirecionado, independentemente de ser prática de infração tributária ou de infração extratributária, civil de ordem geral, que permita, por exemplo, a desconsideração da pessoa jurídica, tema que não é da essência deste julgamento, e aqui vai apenas*** obter dictum**. Então, penso que é um redirecionamento que é cabível se existir a prática de ato infracional eivado desses elementos que eu acabei de pontuar. Não o sendo, não é razoável que se faça, além do que, no caso concreto, estar-se-ia diante de um processo de inviabilidade temporal da reconstituição desse direito de cobrar**

> **o tributo.** (...) **o fato gerador seria o não pagamento de imposto de renda pessoa física e de CCSL, e o fato gerador teria ocorrido de 1994 a 1996, época em que o apelante ainda era menor de idade. Então, fazer-se essa constituição do crédito tributário depois do lapso dos cinco anos é algo que não se compadece com o direito posto. (...)"**

Assim, a partir dos fatos objeto dos julgamentos referidos é possível concluir que os acórdãos paradigma que iniciaram a tese de que pessoa física não poderia ser responsabilizada solidariamente em grupo econômico (art. 124, I, do CTN), mas apenas no art. 135, III, do CTN, partiram da premissa de analisar um caso concreto em que a pessoa jurídica executada (Bahia Mecanizada) ainda dispunha de bens e a Fazenda havia conseguido a decisão de grupo econômico que envolvera o agravante, a executada e a atual empresa do grupo a Qualigraf. Por outro lado, o agravante era menor tanto ao tempo dos fatos geradores quanto na época da dissolução irregular da pessoa jurídica executada, mas há referência a pagamento do imposto de renda pessoa física, de modo que não há condições de saber como era esse grupo econômico ou o teor da execução apenas pela leitura do acórdão, a fim de ver no que se assemelhava ao presente caso. Só por isso já fica afastada a aplicação do precedente, penso.

Em segundo lugar, estabelecer, genericamente, que a pessoa física não pode ser responsável solidário em grupo econômico é entendimento que leva ao absurdo e, por isso, há de ser afastado. Trata-se de argumento ab absurdum porque a premissa de um grupo econômico é que mais de uma empresa esteja sob o comando central e as empresas agem dentro do norte por esse comando estabelecido. Esse norte é dado por uma ou mais pessoas físicas. Aliás, essa(s) pessoa(s) física(s) controladora(s) muitas vezes te(ê)m patrimônio em detrimento da pessoa jurídica, tanto isso é verdade quanto o CPC no art. 133, §2º, estabeleceu a possibilidade da desconsideração da pessoa jurídica inversa, o que se dá exatamente quando a sociedade tem bens e a pessoa física, nada, nas execuções intentadas contra esta.

Na hora que acontece a declaração de grupo econômico, dentro de seus requisitos, a consequência é a solidariedade, na forma do art. 125 do CTN, ou seja, não se identifica se a pessoa é A ou B, se é física ou é jurídica, se uma dívida é solidária todos respondem por ela, então não se tem os limites formais do processo, por meio do qual não se pode alcançar o patrimônio desse ou daquele devedor. Todos são chamados para fazer frente à dívida, ocasião em que se admite a defesa. Fazem-se, ademais, as decisões executivas de urgência usualmente utilizadas pelos juízes (penhoras eletrônicas de dinheiro, de matrícula de imóveis, de transferência de veículos, dentre outros), por meio das quais será possível visualizar onde se encontra o dinheiro, como o grupo fez circular o patrimônio, de forma a

permitir ao Judiciário a constrição para pagamento dos débitos. Se houver, a priori, a exclusão da pessoa física como responsável de grupo econômico, a primeira coisa que os empresários farão será constituir vários grupos econômicos dentro do mesmo grupo, agindo de modo a que haja pessoas físicas íntegras que não se metem nas irregularidades e não gozam da gestão social para a eles transferir todo o patrimônio e o dinheiro obtido indevidamente, deixando as demais com todas as dívidas e lesões ao fisco e a credores. Se ele só responderia/responderá se tiver agido com excesso de poderes, infração à lei (societária) ou ao contrato social, esse sócio ileso, íntegro, ficará a salvo de qualquer constrição. Extremamente perigosa a condução de uma jurisprudência por esse caminho. Não se quer jamais macular a regra mater do regime capitalista: ficção jurídica da sociedade e sua independência frente à pessoa física, como referido no voto do Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima (*"foi a ficção da pessoa jurídica que permitiu o desenvolvimento das sociedades capitalistas"*), mas, quando essa sociedade é usada indevidamente, sobretudo para lesar credores, mediante desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial, há de haver a intervenção estatal sim, até mesmo para impor a equivalência das sociedades, pois não seria justo um grupo fraudulento sonegador de tributos concorrer com um grupo econômico pagador de suas obrigações. Justifica-se, plenamente, a atuação estatal, no caso, pois.

O Judiciário precisa ficar atento à realidade social, precisa se colocar à vanguarda dos acontecimentos, mesmo porque a lei não consegue acompanhar todas as inovações e as criações das mentes iluminadas do mundo do crime, do mundo societário. Assim, é de ser afastada essa interpretação que, de antemão, repila legitimidade à pessoa física em responsabilidade solidária de grupo econômico.

6. DIRECIONAMENTO. REDIRECIONAMENTO. TÍPICO E ATÍPICO. REDIRECIONAMENTO DE GRUPO ECONÔMICO

Voltando ao assunto redirecionamento do feito executivo para alcançar componentes do grupo econômico pessoas físicas ou jurídicas, a doutrina usualmente não declina essa nomenclatura direcionamento, redirecionamento. É assunto que vem ganhando corpo na prática forense, sujeitando a nomenclaturas distintas, muitas vezes não descendo a miúde nas minúcias que só a experiência do foro executivo permite ao julgador perceber. Na jurisprudência igualmente há utilização diversa, inclusive como visto no acórdão do TRF5, na AC 142.386/PE, em que o Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima faz questão de atestar a diferença entre redirecionamento e grupo econômico, no sentido de que o primeiro se dirige ao mau-gestor do art. 135, III, do CTN e o segundo à pessoa do art. 124, I, do mesmo diploma legal, enquanto o Juiz Convocado Ivan Lira de Carvalho considera

direcionamento o ato de "apanhar o devedor" e o redirecionamento o ato de volver a execução contra outra pessoa, como no caso da desconsideração da pessoa jurídica.

Tenho para mim que o direcionamento é realmente a distribuição da execução fiscal para o principal obrigado, o devedor, o contribuinte. E o redirecionamento; o voltar da execução para um responsável que pode ser pessoal, subsidiário/supletivo ou solidário.

Aliás, a jurisprudência também, fala muito em redirecionamento da execução fiscal, referindo-se ao art. 135, III, do CTN e que se dá em sua maioria em relação a empresas devedoras e seus sócios, numa relação direta pessoa jurídica-pessoa física do sócio administrador. Poderíamos falar em **redirecionamento típico** para essa hipótese, que é também a mais recorrente na prática executiva e a que referiu o eminente Des. Paulo Roberto, do art. 135, III, do CTN. Sobre o assunto, pende no STJ a decisão sobre redirecionamento em caso de dissolução irregular da sociedade, que é o Tema Repetitivo 981, que irá decidir se a execução pode ser dirigida para o sócio administrador que esteja ao mesmo tempo presente ao fato gerador e à dissolução irregular; ou, para o sócio administrador apenas na data da dissolução irregular ou sua presunção de ocorrência (Súmula 435/STJ), tendo sido concluído o julgamento repetitivo apenas sobre a contagem do prazo de prescrição para o redirecionamento aos representantes (REsp 1.201.993).

Retomando, o termo genérico "redirecionamento", um sentido lato, também pode ser cunhado para as demais hipóteses de volver a execução contra todo tipo de responsável, na medida de sua responsabilidade legalmente instituída. Um **redirecionamento atípico**, pelo qual se tem o redirecionamento para as demais espécies de responsáveis ou os pessoais ou os subsidiários ou os solidários. Seria o sentido utilizado, em parte, pelo Juiz Convocado Ivan Lira no retro citado acórdão paradigma. Quando se declara a existência de um grupo econômico, está-se a redirecionar a execução para alcançar todos os responsáveis, assim como quando se chama o sócio administrador que cometeu abusos na sua gestão para responder pelas dívidas da empresa. Igualmente quando se chama a empresa sucedida a responder pela empresa sucessora na sucessão empresarial. Tecnicamente, esse chamado é um redirecionamento, instituto que resulta no aumento dos devedores da execução, é dizer, do polo passivo.

Não há mal em que deixemos o termo redirecionamento ou redirecionamento típico para a hipótese de voltar a execução para o administrador faltoso, que, em regra, ocorre, quando dissolvida irregularmente (art. 135, III, do CTN), passando a adotar outras denominações, como redirecionamento atípico, até por se tratar de hipóteses mais raras de ocorrência prática, para as demais hipóteses

de extensão do polo passivo da execução, que se dá com os demais dispositivos legais, como o art. 124, I, 132, 133 e 134, todos da legislação tributária.

A questão é se, dada a autonomia da pessoa jurídica, haveria possibilidade de alcançar o patrimônio desses terceiros para a quitação das dívidas tributárias quando o(s) devedor(es) originário(s) não apresenta(m) capital para tanto, a despeito da condição financeira das outras pessoas jurídicas componentes do grupo econômico e mesmo de seus sócios. É dizer: redirecionamento atípico, como visto acima, para as pessoas jurídicas componentes do grupo que, usualmente, são as destinatárias de bens, o que se deu pelos gestores do grupo deliberadamente com o fim de proteger o patrimônio contra débitos, muitas vezes contraídos pelas demais pessoas integrantes do grupo de fato ou de direito.

Agora o importante é se ter em mente que, na condução do feito executivo, pode o juiz se deparar com 3 situações fáticas: grupo econômico, sucessão empresarial e/ou comercial e excesso de poder ou infração à lei. Então, nessas hipóteses, o olhar do julgador haverá de ser sensível para descobrir a complexidade do grupo, as relações das pessoas envolvidas, a fim de ir ao encontro do patrimônio capaz de responder pelas dívidas. Não raro, todo o patrimônio social é escondido ou é disfarçado, quando não é inexistente, pois, em geral, as empresas ruins, no mais das vezes, criadas como 'bois-de-piranha" nascem para morrerem devedoras do fisco, enquanto outras movimentam patrimônio adquirindo valores no mais das vezes incompatíveis com os declarados, escondendo-os em bens ou empresas de terceiros, não tão evidentes. O juiz da execução deverá olhar para o caso descrito e se perguntar onde está o patrimônio? Essa transferência foi regular? Quem são os possíveis responsáveis por essa movimentação de empresas e gestão das pessoas jurídicas? É possível falar em desvio de finalidade ou confusão patrimonial? Fazendo-as parte da execução, as empresas destinatárias dos bens poderão ser alvo das ações executivas de constrição, alcançando quem possa verdadeiramente responder pelas dívidas.

7. EFICÁCIA DO ABUSO DA PERSONALIDADE

A partir desse guia agora proposto numa interpretação sistemática da lei, da doutrina e da jurisprudência sobre a responsabilidade solidária de grupo econômico, a partir dos diversos casos de grupo econômico apresentados no dia a dia do foro executivo fiscal - de onde, aliás, partiram muitos dos precedentes do STJ sobre o tema, pois, como se viu advieram de Pernambuco, mais precisamente do Grupo Tenório -, é de ser analisado o alcance patrimonial dessas pessoas envolvidas.

Sob essa perspectiva, a eficácia do reconhecimento do abuso da perso-

nalidade jurídica com a correlata responsabilização solidária dos integrantes do grupo resultará em decisão de alcance do patrimônio de pessoas físicas e jurídicas envolvidas na atividade.

Como se viu, o efeito da declaração judicial do abuso da personalidade é tornar sem eficácia os atos praticados com alienação ou oneração de patrimônio (art. 137 do CPC). Significa dizer que eventuais gestões dos dirigentes de grupo econômico no sentido de dilapidar o patrimônio de determinadas empresas, componentes do grupo econômico, em detrimento de outras igualmente parte do GE, poderão ser alcançados judicialmente mediante decisão que declare a existência do abuso da personalidade. É muito comum serem eleitas empresas boas com lucros e pagamento regular de impostos e outras que já nascem para serem devedoras do fisco (parte boa e parte ruim dos grupos). Noutros casos, ocorre de o patrimônio existente não mais estar com as empresas do grupo, mas tenham sido destinados por atos privados e fraudulentos, como doação, cessão, usufruto, etc., às pessoas físicas próximas dos sócios gestores, como filhos, esposas/companheiras até mesmo para pessoas estranhas e que são, na verdade, usadas para a finalidade – popularmente chamados de "laranjas" -, sempre no afã de blindar o patrimônio do grupo. E, finalmente, muitas vezes o patrimônio foi transferido para pessoas que aparentemente não fazem parte do grupo econômico de direito, descobrindo-se após o descortinar das operações a relação que esses terceiros seriam pertencentes a um grupo econômico de fato, de modo que o ato judicial que atestar a desconsideração da personalidade poderá alcançar o patrimônio ali identificado.

Em tema tributário, aliás, esse avançar sobre as pessoas físicas e jurídicas detentoras do patrimônio societário faz parte da regra que estabelece ao fisco a prioridade de negar atos privados para desnaturar o sujeito passivo do tributo. Nada mais é do que aplicação do art. 123 do CTN, segundo o qual "as convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos não podem opostos à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes".

Considero que se a fazenda pública, no exercício de seu poder de autoexecutoriedade dos atos administrativos, detectar ações dessa natureza, irá investigar e apurar o delineamento das operações, identificando o modus operandi do grupo. No entanto, repito, caberá ao juízo da execução fiscal em que o assunto vier a ser apresentado efetivar a declaração de ineficácia mediante desconsideração da personalidade jurídica por abuso ou desvio de finalidade, na forma do art. 50 do CC e do art. 137 do CPC.

Sobre o alcance pelo fisco do patrimônio escondido nos grupos econômicos para fins de responsabilização tributária, achei muito oportuna e elucidativa

a explicação inserta no referido Parecer Normativo COSIT/RFB 4/2018, o qual declama a possibilidade de, administrativamente, ser efetivado. A mim me parece que a declaração de ineficácia dos atos particulares somente pode se dar mediante a decisão judicial de reconhecimento do abuso, inclusive mediante oitiva dos envolvidos no incidente de desconsideração, mas a lição ali abrigada é relevante na explicitação das diferentes formas de alcançar o patrimônio quando há abuso da sociedade, detalhando ser **direta, inversa ou expansiva**. Confiram-se os preclaros termos do documento:

> "37. Na hipótese da responsabilidade tributária, há a aplicação do disposto no art. 123 do CTN, sendo o mais correto se dizer que a personalidade jurídica existente apenas formalmente não pode ser oposta ao Fisco, para fins tributários. Todavia, nada impede que os estudos relacionados à desconsideração da personalidade jurídica sejam utilizados para o similar caso realizado pelo Fisco, nos termos do presente Parecer Normativo.
> 38. Desse modo, utilizando-se a mais moderna construção relacionada à desconsideração da personalidade jurídica, pode-se dizer que há três efeitos da não oposição da personalidade jurídica formal ao Fisco: direta, inversa e expansiva.38.1. Na direta, ocorre a clássica hipótese de desconsideração da personalidade para responsabilizar os seus sócios. Deve-se ressalvar que não obstante a responsabilização solidária pelo inciso I do art. 124 do CTN não demandar que esse sócio seja necessariamente administrador, como ocorre com a responsabilização a que se refere o art. 135 do CTN, exige-se comprovação de sua ativa participação no ato vinculado ao fato jurídico tributário, incluído o ato ilícito a ele vinculado (vide item 15).
> 38.2. Na inversa, imputa-se a responsabilidade solidária àquela pessoa jurídica por ato cometido por sócio ou outra sociedade controladora ou coligada. Consta expressamente no ordenamento jurídico no § 2º do art. 133 do Código de Processo Civil. Ocorre quando a pessoa jurídica apenas existe para utilização da sua fictícia personalidade por sócios ou administradores para fins de cometimento de ato vinculado ao fato gerador, inclusive ilícito. É muito comum para o deslocamento de base tributável e/ou do patrimônio àquela pessoa jurídica. Segundo o STJ: (...)
> 3. A personalidade jurídica e a separação patrimonial dela decorrente são véus que devem proteger o patrimônio dos sócios ou da sociedade, reciprocamente, na justa medida da finalidade para a qual a sociedade se propõe a existir.
> 4. Com a desconsideração inversa da personalidade jurídica, busca-se impedir a prática de transferência de bens pelo sócio para a pessoa jurídica sobre a qual detém controle, afastando-se momentaneamente o manto fictício que separa o sócio da sociedade para

> buscar o patrimônio que, embora conste no nome da sociedade, na realidade, pertence ao sócio fraudador. (...)25
> 38.3. Na expansiva, a desconsideração não seria apenas para alcançar seus sócios formais, mas também aqueles ocultos, inclusive por intermédio de outras pessoas jurídicas (numa junção com a desconsideração inversa). É uma situação que ocorre, em regra, com os grupos econômicos irregulares. Segundo Denise Lucena:
> Nestes casos (grupos econômicos de fato), a teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica é de grande utilidade, uma vez que permite o alcance, não só das pessoas dos sócios que cometem a infração, mas também de outras empresas de que eles participem com intuito claro de fraudar o Fisco.26
> 39. Desse modo, restando cabalmente comprovado o interesse comum em determinado fato jurídico tributário, incluídos os ilícitos aqui tratados, a não oposição ao Fisco da personalidade jurídica existente apenas formalmente pode se dar nas modalidades direta, inversa e expansiva."

Portanto, a responsabilidade solidária de grupo econômico por interesse comum demandará a demonstração das hipóteses de abuso da personalidade jurídica (confusão patrimonial e desvio de finalidade) e resultará, uma vez haja decisão judicial que a reconheça, no alcance dos bens, de forma direta, quando se afasta a pessoa jurídica e alcança a pessoa física, inversa, quando o bem estiver com a pessoa jurídica e o sócio executado não tiver nada, ou expansiva, quando for necessário alcançar outros sócios, não formais, mais precisamente sócios ocultos e, porque não dizer também, sócios pessoas físicas ou jurídicas que venham a ser chamados a amparar o patrimônio desfalcado da pessoa executada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sujeição passiva tributária no sistema brasileiro pode ser direta, quando compreende o contribuinte, que pratica o fato gerador, e o substituto tributário (destinatário legal do tributo), que é aquele a quem a lei estabelece a obrigação de pagar pelo fato gerador praticado por terceiro, e indireta, quando a lei transfere ao responsável, aquele que, sem praticar o fato gerador, está vinculado pela lei a ele, a obrigação de pagar o tributo, podendo excluir o contribuinte (responsabilidade pessoal – arts. 130 a 133 do CTN), excluir parcialmente o contribuinte (responsabilidade subsidiária ou supletiva – arts. 134 do CTN) e, finalmente, caminhar para ambos, mantendo o contribuinte e agregando o responsável (responsabilidade solidária – arts. 124, I e II, e 135 do CTN). Essa vinculação há de ser adequada à capacidade contributiva e ao respeito ao não confisco.

Admite-se a formação de grupos econômicos e o respeito ao patrimônio das pessoas jurídicas dele integrantes. Havendo, no entanto, abuso do direito caracterizado pela confusão patrimonial e/ou desvio de finalidade, o patrimônio das pessoas componentes do grupo poderá ser alcançado, pelo enquadramento na responsabilidade solidária por interesse comum previsto no art. 124, I, do CTN c/c art. 50 do CC.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica apenas será necessário quando a responsabilidade solidária for fundada no abuso da personalidade jurídica (art. 124, I, do CTN), porquanto na responsabilidade solidária com base nos arts. 134 e135, III, do CTN não é necessário provar aqueles requisitos porque o fundamento da responsabilização é a infração ao contrato, à lei ou excesso de poderes.

A pessoa física pode ser responsável de forma solidária tanto nas hipóteses do art. 124, I, do CTN, quanto nos casos do art. 135, III, do CTN, bastando que haja demonstração do abuso das sociedades no caso de grupo econômico ou dos atos com excesso de poder e com infrações à lei e ao contrato praticados pelo sócio administrador.

A execução fiscal sempre iniciar-se-á contra o devedor originário, que é o direcionamento do feito executivo. Agora ela poderá se voltar, havendo redirecionamento, contra o sócio administrador (art. 135, III, do CTN), ou contra outra pessoa jurídica diferente do originário devedor vinculada por sucessão empresarial ou comercial (arts. 132 e 133, do CTN) ou contra um grupo econômico, caso provados desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial que justifique a desconsideração da pessoa jurídica e, com isso, caracterize o "interesse comum" apto a habilitar a execução contra os componentes do grupo econômico, no que incluo aqui tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas (art. 124, I, do CTN e art. 50 do CC).

A responsabilidade solidária de grupo econômico por interesse comum demandará a demonstração das hipóteses de abuso da personalidade jurídica (confusão patrimonial e desvio de finalidade) e resultará, uma vez haja decisão judicial que a reconheça, no alcance dos bens, de forma direta, quando se afasta a pessoa jurídica e alcança a pessoa física, inversa, quando o bem estiver com a pessoa jurídica e o sócio executado não tiver nada, ou expansiva, quando for necessário alcançar outros sócios, não formais, mais precisamente sócios ocultos e, porque não dizer também, sócios pessoas físicas ou jurídicas que venham a ser chamados a amparar o patrimônio desfalcado da pessoa executada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, 1ª edição, p. 381.

FERRAGUT, Maria Rita. Jota, 2015. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/grupos-economicos-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-intervencao-de-terceiros-uma-abordagem-processual-que-nao-pode-mais-esperar-10092015. Acessado em 10/6/2020.

_____. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002.** São Paulo: Noeses, 2013, p. 294.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000, 13ª edição, pp. 362/363.

ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998, 12ª edição, p. 487.

SABAAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014, 6ª Edição, pp. 727/278.

Parecer COSIT/RFB 4, de 12/12/2018. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97210. Acesso em 14/7/2020.

4

BREVE ENSAIO SOBRE A GLOBALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Diego Fernandes Guimarães
Doutorando em Ciências Jurídicas (Universidade de Granada/Espanha)
Mestre em "Derechos fundamentales em perspectiva nacional, supranacional y global" (Universidade de Granada/Espanha)
Juiz Federal (TRF5)

RESUMO: O estado constitucional de direito se caracteriza pela posição superior da Constituição, fonte de validade de todo o ordenamento jurídico e instrumento de juridicização do fenômeno político. A partir da projeção dos valores da dignidade humana, do pluralismo social e da democracia constitucional, a Constituição também assume a função de canalização dos conflitos políticos e sociais. Justamente quando se consolidam tais funções, os processos de globalização econômica, política e cultural se intensificam, provocando alterações significativas no modo de produção jurídica, nas suas características e nos métodos de sua aplicação. Como a globalização é inevitável, as forças políticas internas precisam redesenhar os elementos essenciais que asseguram o exercício das funções da constituição.

PALAVRAS-CHAVES: Estado Constitucional. Funções da Constituição. Globalização.

INTRODUÇÃO NECESSÁRIA: AS FUNÇÕES DA CONSTITUIÇÃO

Uma sociedade politicamente organizada em torno ao ideal do Estado constitucional de Direito (das Constituições normativas), a partir de princípios ou valores estruturantes como segurança jurídica, supremacia constitucional e pluralismo, reconhece na constituição uma posição de fonte superior, ao estabelecer as condições de validade do resto das fontes do Direito e dos diversos ordenamentos jurídicos que coexistem no mesmo território. Ademais, a constituição alcança esta posição graças a uma evolução histórico-cultural que se assenta na consolidação dos valores da dignidade humana, do pluralismo social e da democracia consti-

tucional e, também no seu voluntariado como instrumentação de veiculação de consensos mínimos destinados à canalização de conflitos sociais e políticos inevitáveis numa sociedade pluralista.

O parágrafo anterior apresenta o atual estágio da teoria do Direito Constitucional no que tange aos fundamentos e objetivos de uma Constituição, exatamente como amálgama do constitucionalismo liberal, que lhe atribuía os fins de controle de poder e garantia de direitos da cidadania, como estava já frisado no art. 16 da DDHC-1789 ("Uma sociedade na que não esteja estabelecida a garantia dos Direitos, nem determinada a separação dos poderes, carece de constituição"), aos que foi adicionada a função de canalização de conflitos políticos e sociais a partir do segundo pós-guerra[1], de que são marcos a estruturação político-jurídica efetuada pela Lei Fundamental de Bonn (1949) e a Constituição Italiana (1948).

Diferentemente da função limitadora da Constituição, que dispensa explicações por ser lugar comum na doutrina brasileira, a canalizadora carece aqui, ainda que de forma breve, sejam explicitados elementos de sua engrenagem.

De fato, uma democracia pluralista pressupõe que a sociedade seja composta por indivíduos e grupos sociais com valores diferentes, modos de vida e visões de mundo diversos – e por vezes conflitantes – e, ao mesmo tempo, estima que tais indivíduos e grupos naturalmente estarão em permanente tensão com vistas ao alcance das posições políticas. Assim, a democracia pluralista se serve de um instrumental jurídico – a Constituição – para articular o pluralismo social e político, estabelecendo os consensos fundamentais que regem a convivência social e, assim, servem para legitimamente solucionar aquelas tensões ao longo de sua vigência.

Dito de outro modo, a Constituição é o veículo de consensos básicos da sociedade política pluralista organizada, os quais se manifestam "por meio de normas constitucionais que o garantem e o convertem em indisponível para a maioria"[2]. O consenso fundamental é, assim, composto pelas normas constitucionais reguladoras dos conflitos sociais, políticos e culturais e que estabelecem os seus meios de solução.

Estes consensos fundamentais possuem uma disciplina matizada, mais ou menos flexível de acordo com o grau de integração social e unidade política valorado pelo constituinte e expressado na norma fundamental. Note-se que há consensos básicos que estão redigidos através de uma estrutura normativa fechada, suprimindo ou reduzindo ao máximo as possibilidades de modulação majoritária,

1 CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book Kindle n.p.

2 CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Reserva de lei e potestade regulamentadora na Constituição normativa. **Revista da DPU Nº 50** – Mar-Abr/2013. p. 195.

enquanto que outros há que possuem uma estrutura normativa aberta ou vaga e, consequentemente, livre para a atuação concretizadora ampla de acordo com os consensos majoritários que forem se formando ao longo do tempo. Os primeiros evidenciam a preocupação constituinte com a unidade política, enquanto que os segundos com o pluralismo e a promoção da diversidade[3]. E todos, para além de permitir a elasticidade da constituição e, assim, a sua "vigência duradoura no tempo"[4], e em que pese a diversidade de graus de vinculação em face das maiorias eventuais, podem ou não estar protegidos por cláusulas pétreas ou de eternidade, de acordo com a essencialidade dos valores envolvidos na integração social e na unidade política.

É assim que, por exemplo, no regime constitucional brasileiro é consenso básico que "a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo" (art. 173, CF), o que permite uma ampla margem de atuação majoritária, admitindo políticas governamentais majoritárias de orientação liberal ou desenvolvimentista sob a régia das mesmas regras constitucionais, mas também é consenso básico que "é vedado o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual" (art. 167, I, CF), sem que sobre este consenso haja qualquer possibilidade de modulação majoritária.

Os consensos constitucionais básicos servem ao propósito de oferecer as bases para a convivência social e política, no sentido de estabelecerem as fórmulas que, paradoxalmente, garantam a pluralidade – e, portanto, o conflito – e proporcionarem a receita para a distensão político e social. Por isso que afirma Konrad Hesse que "a constituição deve permanecer incompleta e inacabada por ser a vida que pretende normatizar vida histórica e, desta forma, submetida a câmbios históricos"[5].

1. OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO SOBRE O DIREITO CONSTITUCIONAL

Pois bem. Fixadas estas noções iniciais, é preciso salientar que exatamente quando o Direito Constitucional assume tais funções históricas, se intensifica o processo de globalização política, econômica e jurídica[6] com a aptidão de questio-

3 SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte. La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. **Fundamentos**. nº 08. La metamorfosis del Estado y del derecho. 2014. p. 261.

4 ALZAGA, Óscar. **Del consenso constituyente al conflicto permanente**. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 25.

5 HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992. p. 18. (tradução livre)

6 CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. **Revista Española de Derecho Constitucional**. N 98. Mayo/Agosto. 2013.

nar algumas premissas[7] ou, até mesmo, funções do Estado constitucional de Direito, especialmente porque idealizado inicialmente sob uma lógica eminentemente nacional.

A globalização, em que pesem as variações de ritmos e intensidades, é impulsionada pelo desenvolvimento das comunicações, os avanços tecnológicos e a liberalização econômica que, por provocar a aproximação entre os povos e as nações, tem como consequências maiores interações econômica, social e jurídica, que se desenvolvem através de diversos tipos de relações, desde simples influências ou coordenações, até a cooperação e a integração regional cujo modelo mais expressivo é, sem dúvidas, o da integração da União Europeia.

Após assinalar que o contexto globalizador potencializou o crescimento das relações transfronteiriças, com liberação do poder econômico e do poder político (estatal), Carlos de Cabo Martín verifica[8] um novo marco configurador de institucionalização e de jurisdicização nos Estados.

De fato, institucionalmente os Estados recorrem à formação de organismos supranacionais, nos quais predomina a carência de um centro institucional, funcionando mais como um agregado de Estados, dotado de pouca definição de suas funções e às dos estados partes, e uma dinâmica indefinida de funcionamento, baseada em consensos ou maiorias qualificadas. No campo jurídico, o Prof. Cabo Martín recorda que as normas editadas no contexto global não costumam ter fontes democráticas (bem assim não são os organismos internacionais representativos da cidadania) e a defendida racionalidade técnica, que justificaria a sua autossuficiência, não se confirma diante da vasta produção de normas de *soft law*.

Cabo Martín, ainda, dissocia os efeitos da globalização sobre o espaço jurídico nos âmbitos interestatal e interno. No primeiro, afirma que as normas não são editadas observando uma estruturação hierárquica ou competencial, ainda mais porque derivam de órgãos igualmente disformes e estão dotadas de grande facilidade de bloqueio, porquanto produtos de acordos ou de cooperação estatal. Daí que as normas de *soft law*, como diretrizes e objetivos, acabam por servir de parâmetro interpretativo para o *hard law*. No segundo âmbito, o interno, aponta que os mercados estimulam a competitividade entre os ordenamentos jurídicos, de onde se obtém, exatamente, a profusão de normas internas de *soft law*, mais gerais e menos precisas ou substantivas, assim como a privatização das fontes de direitos e da regulação da vida privada ou coletiva (por exemplo, por meio de privatização

7 CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Perspectivas del futuro de la integración europea en el contexto de la globalización**, Ponencia presentada en Fund. Academia Europea e Iberoamericana de Yuste, 2017, Disponível en https://www.youtube.com/watch?v=Opt-o_hg9eI (consultado por última vez en 11.07.2019).

8 MARTÍN, Carlo de Cabo. Constitucionalismo del Estado Social y Unión Europea en el contexto globalizador. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. N. 11, Enero-Junio. 2009.

de serviços públicos, adoção de normas técnicas, etc).

Resgatando as teses de P. Häberle, a constituição é o produto de influxos e experiências históricas de um Estado, ao passo em que integrada por valores, fatos e normas de outros, a ponto de identificar-se que os constituintes estão em todo mundo em uma "intensa relação de produção e recepção dos conteúdos e experiências de outros sistemas constitucionais"[9].

A abertura dos Estados Constitucionais para o externo é uma manifestação mais da constituição do pluralismo, de uma sociedade aberta, agora, ao internacional, que minimiza a distinção entre o interno e o externo e permite redimensionar o Estado a um padrão cooperativo. O Prof. Häberle detecta que "os estados constitucionais já não existem para si, mas constituem uma comunidade universal aberta"[10], o que se revela nas inter-relações mútuas em grande escala, na internacionalização de valores e objetivos e internalização de direitos humanos. O estado constitucional cooperativo, ademais, vive em uma "comunidade responsável" a respeito de seus valores e identidades e da proteção dos seres humanos sejam de onde forem.

Logo, o Direito Constitucional nacional é, atualmente, uma parte da realidade constitucional interna, sendo a outra o Direito Internacional de natureza constitucional. Ambos os elementos parciais mantêm uma relação de interação recíproca que dá lugar a novas apurações constitucionais nos âmbitos interno e internacional, de maneira que a fronteira entre estes já não é uma linha de rígida separação, senão propriamente de uma ponte que conecta as temáticas e os agentes que atuam em ambos os espaços[11]. Podemos falar, portanto, de um constitucionalismo universal, embora claramente não de uma constituição global[12].

Desde logo, já se observa um efeito evidente no sistema jurídico provocado pela intensificação dos processos de globalização, que é a necessidade de recorrer a fontes normativas externas para a definição completa do conteúdo constitucional. Adicionalmente, é importante analisar o processo de adoção de normas e da tomada de decisão, com vistas a verificar a presença dos ingredientes do Estado Constitucional, como a dignidade humana, o pluralismo social e a democracia constitucional, além da instrumentalização da constituição como veículo de consensos mínimos para a canalização de conflitos sociais e políticos.

---

9 CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Un jurista europeo nacido en Alemania. **Anuario de Derecho Constitucional**. Universidad de Murcia, núm. 09, 1997.

10 HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2ª ed, México, UNAM, 2016. p. 71.

11 HÄBERLE, Peter, El constitucionalismo universal desde las constituciones parciales nacionales e internacionales. Siete Tesis. **Direito Público**. N 54. Noviembre-Diciembre. 2013.

12 HÄBERLE, Peter. Idem.

Reflexão semelhante se encontra nas ideias de Mark Tushnet[13], que utiliza a expressão "globalização do direito constitucional" para sugerir uma convergência entre os sistemas constitucionais nacionais, em suas estruturas e fórmulas de proteção dos direitos fundamentais. Refere-se a uma convergência e, em alguns casos, harmonização de princípios constitucionais em um maior ou menor nível e, inclusive em detalhes específicos, mas não a uma uniformidade constitucional.

Argumenta que a globalização do direito constitucional é impelida por forças externas (*top-down process*) e internas (*bottom-up process*) que têm raízes meio profundas nos sistemas políticos e econômicos de cada país. Entre as primeiras, aponta o diálogo entre as cortes (referenciando Anne-Marie Slaughter), o trabalho de organizações não governamentais em temas constitucionais e o seu impulso a uma compreensão universalista dos direitos humanos, além da atuação dos órgãos de tratados, cujas decisões possuem implicações constitucionais internas, inclusive podendo criar conflitos internos sobre o processo de separação de poderes, já que a decisão do órgão deverá ser tratada como lei interna.

E a respeito das forças internas alude[14] à competição entre nações por investimentos e capital humano e à mobilidade na prestação de serviços, em especial, legais, de tal maneira que cada nação tenderá a impulsionar os instrumentos de proteção a direitos de propriedade e liberdade pessoal, assim como também buscará que determinadas questões, inclusive as relacionadas com os poderes políticos e com direitos fundamentais, sejam solucionadas de maneira semelhante, mesmo que provocantes de pressão sobre as autoridades normativas, internas e externas.

2. OS PROBLEMAS (QUE DEVEM SER RESOLVIDOS)

Todo o panorama antes descrito desafia o estado constitucional e a Constituição no desempenho das suas funções de controle de poder e de veículo de consensos.

Primeiro, a abertura dos mercados e o incremento da mobilidade de pessoas, bens, serviços e capitais, ou seja, o crescimento das relações transfronteiriças, acarretou transformações significativas, dentre as quais, a necessidade de cooperação e integração entre as nações e a derivação de uma "produção jurídica por consenso, afastada de meios democráticos, deduzida de fontes externas"[15] e, inclusive, com o uso massivo de recomendações ou orientações (*soft law*). Note-se que esta produção jurídica expressa um consenso entre representantes dos Estados

13 TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law, **Harvard Public Law Working Paper**. N. 09-06. Last revised: 18 Jan 2009.
14 TUSHNET, Mark. Idem.
15 MARTÍN, Carlo de Cabo, op. cit.

na esfera internacional, fora da tensão natural entre as forças políticas nacionais.

Em função de como são tratadas pela realidade constitucional, estas fórmulas podem adaptar-se, inclusive, ao que se denominou de heterointegração normativa, quando o Estado assume o conteúdo de normas de outro ordenamento (recepção ou reenvio material) ou renuncia ao seu poder normativo e assume normas de outro ordenamento (reenvio formal), situações que significam sufocar os conflitos políticos internos e afastar a norma produzida do controle democrático.

Ademais, e entre si, os citados instrumentos jurídicos "não se conformam num único ordenamento, porque lhe falta organização e normatização unitária"[16], mas numa pluralidade de ordenamentos transnacionais, que convivem paralelamente e com os ordenamentos internos estatais, os quais também se veem forçados pelos grupos econômicos e financeiros e por órgãos de cooperação internacional, capaz de desafiar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico em torno da constituição.

A seu turno, diante da incapacidade das instituições e do direito interno de combater adequadamente os problemas supranacionais ou globais, os Estados nacionais adotam fórmulas que revelam uma nova configuração dos sistemas constitucionais e do papel das instituições estatais. Vale dizer, de acordo com o modo de produção das normas internacionais de conteúdo constitucional, fica clara a possiblidade de "fragmentação do poder constituinte"[17]. Além disso, em que pese manter-se a jurisdição constitucional interna como o intérprete do direito constitucional estatal, pode perder o poder da última palavra em virtude da existência de um espaço (direito) constitucional internacional, que pode ou não ter uma instância judicial ou quase-judicial de definição de conflitos.

No que tange aos direitos fundamentais, a globalização também acarretou a necessidade de cooperação e integração entre nações e a derivação de uma produção jurídica por consenso, no formato antes descrito – e, assim, capaz de gerar distorções no sistema de fontes –, nos âmbitos universais (ONU), europeu (CEDH), americano (CADH) e, mais recentemente, africano.

Mas, do que aqui se cuida é de um tipo de atividade estatal com efeitos para além das fronteiras territoriais do estado nacional, como parte de sua política externa, onde claramente prevalece a soberania estatal clássica, já que "o direito de assumir compromissos internacionais é um atributo da soberania do Estado"[18],

16 PIZZORUSSO, Alessandro. La producción normativa en tiempos de globalización. **Revista de Derecho Constitucional Europeo.** N. 11. Enero-Junio de 2009.

17 CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Integración supranacional y derechos fundamentales**. Temario de la asignatura Derecho Constitucional y globalización, Master universitario en derechos fundamentales en perspectiva nacional, supranacional y global (curso 2018-2019), no publicado.

18 CPJI, VAPOR "WIMBLEDON". Decisão de 17 de agosto de 1923 (Serie A, núm. 1). Disponível en http://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/spanish/5_s.pdf (acessado em 08.01.2019).

e a atuação mediante cooperação internacional e baseada no princípio da igualdade soberana dos Estados.

Neste ciclo, pode-se identificar a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), com natureza[19] de resolução da Assembleia Geral da ONU, e que reconhece valores comuns básicos a todas as pessoas. Não tem força coativa, não é um conjunto de normas de observância obrigatória nem possui um sistema próprio de tutela. Mas se a pode considerar como *soft norms*, porque é um passo rumo à positivação, a qual ocorreu com a edição dos Pactos Internacionais de direitos civis e políticos (16.12.1966) e de direitos econômicos, sociais e culturais (19.12.1966), e dos demais instrumentos normativos, internacionais e nacionais. É certo que há uma inter-relação entre a Carta da ONU, no particular seu art. 1.3 e os arts. 55 e 56 (que se referem aos objetivos de promoção e respeito a direitos humanos), e a DUDH, porque esta definiria os direitos humanos básicos a que se referem a Carta. Mas, também é certo que esta inter-relação assume mais um caráter compromissório ou programático dos Estados que propriamente uma fórmula vinculante concreta.

Os Pactos Internacionais de direitos civis e políticos (16.12.1966) e de direitos econômicos, sociais e culturais (19.12.1966) e os muitos tratados ou convenções internacionais setoriais (p.ex., Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, de 1984; Convenção internacional sobre todas as formas de discriminação racial, de 1965; Convenção sobre o desenvolvimento, de 1986; Convenção para a prevenção e repressão ao crime de genocídio, de 1948, etc) têm a natureza de tratados, ou seja e conceitualmente "acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional" (art. 2º, Convenção de Viena sobre direitos dos tratados), fonte primária de direitos humanos internacionais. Nestes casos, suas normas são vinculantes, garantidas por mecanismos de tutela e capazes de sujeitar os agentes às sanções internacionais.

De outra banda, também se destaca a Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa, em vigor desde 1953, e que constitui um esforço de integração regional de Estados europeus com o fim de garantir o respeito e a promoção de direitos humanos fundamentais nos limites territoriais soberanos.

Certo é que, tal como se observa de seu preâmbulo, os Estados-partes deste tratado reconheceram a existência de um "patrimônio comum de ideias e tradições políticas, de respeito pela liberdade e o primado do direito", o que demonstra

19 ACOSTA LÓPEZ, J. I. et al. Declaración Universal de Derechos Humanos: ¿Norma de Ius Cogens? **International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional**. ISSN-e 1692-8156. N.12. 2008, pp. 13-34.

que não é apenas um instrumento de cooperação internacional temático, mas o reconhecimento de uma uniformidade na cultura jurídica e política referente aos direitos humanos. O CEDH é, assim, um texto normativo prévio adotado por métodos de direito internacional e que serve como instrumento de avaliação da atuação dos agentes nacionais pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

Na mesma situação funcional está o Pacto de São José (CADH), na forma de um tratado internacional assinado por países que integram a Organização dos Estados Americanos (OEA) e aberto à sua adesão, embora não todos os membros o tenham feito, tanto que atualmente são 35 (trinta e cinco) os estados independentes partes da OEA e 23 (vinte e três) os que ratificaram a Convenção interamericana. Além disso, apenas 20 (vinte) aceitaram expressamente a jurisdição da Corte IDH (Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, e a título de conclusão, é preciso destacar que o aumento dos fluxos sociais, econômicos e políticos entre as nações provocou mudanças no ambiente e no ordenamento jurídico e, com muita intensidade, na realidade constitucional (da qual a Constituição do país é uma de suas partes), uma vez que, dentre outras razões acima apontadas, a produção normativa oriunda de órgão supranacionais, sem uma estruturação hierárquica e competencial e, por outro lado, a adoção de normas internas padronizadas por pressão social e econômica tem representado um desafio ao exercício das funções de controle de poder e de catalisação dos conflitos sociais e políticos internos.

Desta forma, como não é possível – ao menos racionalmente – negar os influxos da globalização, dada a atual dimensão de intercambio econômico, cultural e político entre as nações, é imperioso que as forças políticas internas (e os juristas) reajam com vistas à reestruturação dos elementos que permitam o exercício das funções da Constituição, especialmente no que tange aos claros-escuros (e, talvez, uma reestruturação) no processo de incorporação de normas internacionais, os problemas relacionados aos conflitos entre normas internacionais entre si e na sua relação com normas internas – tais que afetam a coerência e a unidade do ordenamento jurídico –, a definição das competências jurisdicionais internas para o conhecimento de normas internacionais e os modos de diálogo institucionalizados com os órgãos de tratado judiciais ou quase-judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA LÓPEZ, J. I. et al. Declaración Universal de Derechos Humanos: ¿Norma de Ius Cogens? **International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional**. ISSN-e 1692-8156. N.12. 2008.

ALZAGA, Óscar. **Del consenso constituyente al conflicto permanente**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book Kindle n.p.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. **Revista Española de Derecho Constitucional**. N 98. Mayo/Agosto. 2013.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Integración supranacional y derechos fundamentales**. Temario de la asignatura Derecho Constitucional y globalización, Master universitario en derechos fundamentales en perspectiva nacional, supranacional y global (curso 2018-2019), no publicado.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Perspectivas del futuro de la integración europea en el contexto de la globalización**, Ponencia presentada en Fund. Academia Europea e Iberoamericana de Yuste, 2017, Disponível en https://www.youtube.com/watch?v=Opt-o_hg9eI (consultado por última vez en 11.07.2019).

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Reserva de lei e potestade regulamentadora na Constituição normativa. **Revista da DPU Nº 50** – Mar-Abr/2013.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Un jurista europeo nacido en Alemania. **Anuario de Derecho Constitucional**. Universidad de Murcia, núm. 09, 1997.

CPJI, VAPOR "WIMBLEDON". Decisão de 17 de agosto de 1923 (Serie A, núm. 1). Disponível en http://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/spanish/5_s.pdf (acessado em 08.01.2019).

HÄBERLE, Peter, El constitucionalismo universal desde las constituciones parciales nacionales e internacionales. Siete Tesis. **Direito Público**. N 54. Noviembre-Diciembre . 2013.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2ª ed, México, UNAM, 2016.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992.

MARTÍN, Carlo de Cabo. Constitucionalismo del Estado Social y Unión Europea en el contexto globalizador. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. N. 11, Enero-Junio. 2009.

PIZZORUSSO, Alessandro. La producción normativa en tiempos de globalización. **Revista de Derecho Constitucional Europeo.** N. 11. Enero-Junio de 2009.

SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte. La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. **Fundamentos**. nº 08. La metamorfosis del Estado y del derecho. 2014. Pp. 255-287.

TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law, **Harvard Public Law Working Paper**. N. 09-06. Last revised: 18 Jan 2009.

5

APONTAMENTOS SOBRE AS REGRAS DO DIREITO INTERTEMPORAL RELACIONADAS AOS EMBARGOS INFRINGENTES E A TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ART. 942 DO CPC À LUZ DA DOUTRINA E DO STJ

Dulce Dias Ribeiro Pontes
Bacharela em Direito pela UNICAP
Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela UNINASSAU
Mestre em Direito pela UNICAP
Analista Judiciária do TJPE

RESUMO: O presente ensaio trata de problemáticas relacionadas à aplicação da lei processual no tempo em processos pendentes, mais especificamente em hipóteses nas quais, em tese, seria cabível a interposição do recurso de embargos infringentes, extirpado do Código de Processo Civil, ou de incidência da técnica de julgamento do artigo 942 inserida no ordenamento jurídico. Após analisar a forma de aplicação das normas processuais no tempo, assim como os sistemas que disciplinam a questão, em especial o do isolamento dos atos processuais, algumas questões que já chegaram ao Superior Tribunal de Justiça ou que já foram levantadas na doutrina serão tratadas.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil. Aplicação da lei processual no tempo. Processos pendentes. Sistema do Isolamento dos Atos Processuais. Embargos Infringentes. Técnica de Julgamento do art. 942 do CPC.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DA APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO

O presente artigo trata de problemáticas relacionadas à aplicação da lei processual no tempo, cuja incidência costuma-se afirmar ocorrer imediatamente, ou seja, a partir da sua vigência, salvo os casos em que preservada a garantia fundamental insculpida no art. 5º, XXXVI, da CF (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada). Pode-se dizer também que as normas processuais serão aplicadas de forma imediata, no entanto, respeitando-se os atos até então realizados, ainda que inacabados, tendo em vista o princípio do

tempus regit actum (tempo rege o ato).

Ao analisar as dimensões da norma processual no tempo, ensinam Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Lopes (2017, p. 47):

> A eficácia da lei processual vai, em princípio, de quando entra em vigor até que revogada. Sua aplicação é imediata, disciplinando fatos e situações jurídicas a partir de quando entra em vigor. Fatos ocorridos e situações jurídicas já consumadas no passado não se regem pela lei em vigor, especialmente quando estiverem em jogo os limites representados pelo direito adquirido, pelo ato jurídico perfeito ou pela coisa julgada (CF, art. 5º, inc. XXXVI – LINDB, art. 6º). E também, inversamente, não se regem pela lei velha os fatos ou situações que venham a ocorrer depois de sua revogação.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, já prevendo a problemática do assunto com relação aos processos pendentes (2016, p. 26):

> No âmbito do direito processual, uma lei nova não se aplica a processos findos, sendo igualmente certa sua aplicação aos processos instaurados em sua vigência, ou seja, aos processos a serem iniciados quando já em vigor a lei. Em outras palavras, a nova lei processual tem *eficácia imediata*, não atingindo *atos processuais* já praticados, mas incidindo sobre aqueles que ainda haverão de ser realizados. Toda a problemática está na incidência da lei nova aos processos pendentes. A respeito desse tema, existem três sistemas que disciplinam a aplicação da lei processual no tempo (...).

1. SISTEMAS QUE DISCIPLINAM A APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO EM PROCESSOS PENDENTES

Passa-se, então, a analisar os sistemas da unidade processual (i), das fases processuais (ii), e do isolamento dos atos processuais (iii).

No primeiro, a própria nomenclatura do sistema já denota ser a lei vigente a aplicada ao tempo do processo, durante todo o decurso de sua tramitação (do início ao término, em todas as suas fases). Segundo Leonardo Carneiro da Cunha:

> Pelo sistema da unidade processual, o processo deve ser regido, integralmente, por uma só lei. Assim, iniciado o processo, irá regê-lo a lei em vigor no momento da propositura, não sofrendo a incidência de qualquer lei superveniente. (CUNHA, 2016, p. 26)

No ordenamento jurídico pátrio, o sistema da unidade processual é aplicado em alguns casos. Ainda segundo Cunha, se, por exemplo, a lei nova não apresentar forma compatível com os atos já realizados, ou se suprimir todas as formas que estruturavam o processo pendente, a aplicação da lei antiga perdurará para reger o processo. (CUNHA, 2016, p. 26).

Já no segundo sistema, leva-se em conta que o processo é dividido em fases, mais ou menos separadas ou concentradas, de modo que cada uma delas pode ser vista isoladamente, como uma unidade processual. São elas, as fases: postulatória, instrutória, decisória, recursal e de cumprimento da sentença. Assim, a lei regula toda uma fase. "Cada fase é regida pela lei em vigor no momento em que ela teve início". (CUNHA, 2016. p. 26).

Por derradeiro, no sistema do isolamento dos atos processuais (iii), cada ato processual deve ser considerado isoladamente, único, e será regido pela lei em vigor no momento de sua prática. Com isso, não se consideram as fases do processo, mas cada ato isoladamente. (CUNHA, 2016, p. 27).

Qual seria, então, o sistema adotado pelo CPC vigente?

O art. 1.046 (CPC) estabelece que, ao entrar em vigor, as suas disposições devem ser aplicadas aos processos pendentes, ficando revogado o CPC/73. Já o seu art. 14 preceitua o seguinte:

> 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.

Sendo assim, para Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 29):

> O CPC-2015, ao tratar da sua aplicação no tempo, mais propriamente nos arts. 14 e 1.046, adotou o sistema do isolamento dos atos processuais. Logo, cada ato deve ser considerado isoladamente, aplicando-se, para cada um, a lei em vigor no momento de sua prática.

Para José Eduardo Carreira Alvim (2016, p. 257):

> (...) c) O sistema de isolamento dos atos processuais afasta a aplicação da lei nova em relação aos atos já encerrados, aplicando-se apenas aos atos processuais a serem ainda praticados. Este sistema foi consagrado pelos Códigos de Processo Civil e Penal, que asseguram que a norma processual não tenha efeito retroativo, provendo somente para o futuro, para atos processuais ainda não realizados quando de sua entrada em vigor.

Analisando o sistema do isolamento, assevera Guilherme Amaral (2016, p. 78):

> Muito embora reconheçamos no processo uma entidade complexa, na qual os atos que se sucedem se inter-relacionam, tal visão não impede a aplicação da teoria dominante na doutrina de direito intertemporal processual, que é a do *sistema do isolamento dos atos processuais*. Segundo esse sistema, "a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir de sua vigência. Por outras palavras, a lei nova respeita os atos processuais realizados, bem como seus efeitos, e se aplica aos que houverem de realizar-se".

Embora a questão do direito intertemporal comporte uma análise mais aprofundada, é partindo dessas considerações iniciais que analisaremos a aplicação das regras, cuja problemática, relacionada ao cabimento do recurso de embargos infringentes (previsto no art. 530 do CPC/73) e ao mecanismo do art. 942 do atual CPC, já chegou ao Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma ocasião.

De fato, como ressaltado por Daniel Amorim Assunção Neves, as dificuldades práticas decorrentes da aplicação das regras de direito intertemporal são notórias, em especial na definição do caso concreto do que sejam situações consolidadas sob a vigência da norma revogada (2018, p. 53).

2. PROBLEMÁTICAS DE DIREITO INTERTEMPORAL RELACIONADAS AOS EMBARGOS INFRINGENTES E A TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ART. 942 DO CPC QUE CHEGARAM AO STJ OU SÃO APONTADAS NA DOUTRINA

No primeiro caso do STJ examinado, AgInt nos EDcl no REsp 1685043/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado pela Terceira Turma, em 20/02/2018, o Tribunal de origem deixou de aplicar a técnica do artigo 942 do CPC em um recurso de apelação, cujo resultado foi por maioria de votos, porque o julgamento teve início na vigência do CPC de 73, muito embora o ato tenha se encerrado sob a égide do novo Código. Endossando tal entendimento, a Corte Superior ressaltou que, à luz do princípio *tempus regit actum* e da teoria do isolamento dos atos processuais, os atos devem observar a legislação vigente ao tempo de sua prática, sob pena de indevida retroação da lei para alcançar atos já consumados.

Em outra oportunidade, no REsp 1687381/DF, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018, também tratando de hipótese na qual o início do julgamento do recurso de apelação perante o Tribunal

a quo se deu quando ainda em vigor o Código de Processo Civil de 73, tendo a sua conclusão ocorrido na vigência do CPC/15, o colegiado considerou que esta circunstância, igualmente ao AgInt nos EDcl no REsp 1685043/SP, não implica na obrigatoriedade de adoção da técnica processual de ampliação do quórum para deliberação.

Conforme consta do voto do relator do recurso, Ministro Francisco Falcão, para esclarecer e orientar situações advindas da transição de regras processuais aplicáveis, o STJ editou alguns enunciados, dentre os quais destacou o de número 2, segundo o qual

> (...) aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73, relativos a decisões publicadas até 17/03/2016, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Assim, na hipótese do REsp 1687381/DF, o recurso havia sido interposto em 19/02/2015 e o início do seu julgamento ocorreu em 09/12/2015, ou seja, tudo na vigência do antigo CPC/73, entendeu a Corte Superior que o fato de a conclusão do ato só ter se dado em 16/04/2016, por si só, não implicaria na obrigatoriedade de adoção da técnica de julgamento do art. 942, sob enfoque.

Considerando, entretanto, o princípio *tempus regit actum,* segundo o qual os atos devem observar a legislação vigente ao tempo de sua prática, assim como a teoria do isolamento dos atos processuais, já analisada, indaga-se, nas duas situações enfrentadas pelo STJ: qual era a legislação vigente no momento da proclamação do resultado, ou seja, da conclusão do julgamento?

Antes de responder, imagine-se a seguinte situação: determinado julgamento teve início em 09/12/2015, mas, devido a um pedido de vista, ao recesso natalino, à demora na análise dos autos, ou qualquer outro motivo, a sua continuidade ocorreu em 01/06/2016, ou seja, já na vigência do CPC/15. Neste exemplo, havendo resultado inicial não unânime, será aplicada a técnica de julgamento do art. 942 do CPC por ocasião proclamação do resultado? Pensamos que sim.

Da mesma forma, nos casos alhures, embora o início dos julgamentos tenha sido ainda na vigência do CPC/73, a legislação no momento da proclamação dos resultados não unânimes era o CPC/15.

Vale destacar que, apesar da referência feita pelo STJ ao enunciado administrativo 2 daquela Corte, não se está diante de um requisito de admissibilidade recursal[1]. Na verdade, a técnica sob enfoque, constante no Livro III, Capítulo II –

1 Os arts. 997, §2º, e 1.028, *caput,* do CPC de 2015 designam como "requisitos" ao conjunto das condições que tornam admissível o recurso. (ASSIS, 2018, p. 171).

Da Ordem dos Processos no Tribunal, do CPC, que não ostenta natureza recursal, configura regra de julgamento, um procedimento a ser praticado, de ofício, sempre que "o resultado do julgamento for não unânime", em respeito ao preceito em vigor no momento da sua prática (art. 942).

Mesmo porque, para fins de averiguação da lei processual no tempo no tocante aos procedimentos a serem praticados, o próprio STJ editou enunciado específico, qual seja:

> **Enunciado administrativo n. 4.** Nos feitos de competência civil originária e recursal do STJ, os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça a partir de 18 de março de 2016, deverão observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/2015, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial.

Sendo assim, se houve uma mudança na dinâmica de julgamento de alguns recursos (apelação ou agravo de instrumento, por exemplo) e da ação rescisória, por ocasião de eventual resultado inicial não unânime, a regra do art. 942 do CPC deve ser observada, independentemente da manifestação da vontade das partes:

> (...) o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial.

Com efeito, embora devam ser preservados os atos já praticados, entre eles os referentes à admissibilidade (aqueles editados no enunciado 2 do STJ) do recurso que está sendo julgado, as regras de julgamento a serem aplicadas serão sob o manto da lei posterior (a vigente), isso porque, nos termos do art. 14 do CPC, a norma processual deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso, não havendo, inclusive, direito adquirido à "manutenção de regime jurídico" (o que se costuma conceituar como 'conjunto sistematizado de normas que regem determinado instituto'). (CUNHA, 2016, p. 16).

Neste sentido, tratando mais especificamente de direito adquirido processual e do regime jurídico processual a ser aplicado, esclarece Leonardo Cunha:

> Há direito adquirido processual, mas não há direito adquirido a regime jurídico processual, ou melhor, não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico processual. Com efeito, nas palavras de Eduardo Espinola e de Eduardo Espinola Filho, "É princípio aceito que não existe um direito adquirido às formas processuais, porque o

> Estado, na tutela dos direitos, é sempre autorizado a estabelecer as formas, medidas e garantias, que se afigurem mais idôneas e oportunas; e, igualmente, não se pode configurar que a forma estabelecida na lei processual antiga haja constituído, para as partes, uma situação jurídica definitiva, que se tenha de respeitar". No mesmo sentido, segundo afirma Carlos Roberto Gonçalves, "A mudança de rito procedimental, introduzida pela lei nova, afeta a relação processual já iniciada, sob forma diversa, ao tempo da lei revogada. O *modus procedendi* não é efeito dos atos anteriormente praticados, e por isso deve ser aplicada a lei posterior, muito embora válidos sejam os atos que se realizaram e se moldaram na forma da lei antiga".

Aplicando o sistema do isolamento dos atos processuais, exatamente nas hipóteses de julgamento de recursos que apenas tiverem início sob a vigência do Código revogado, ensina ainda Leonardo Carneiro da Cunha:

> (...) pelo sistema do isolamento dos atos processuais (adotado nos arts. 14 e 1.046 do CPC-2015), o ato a ser praticado é regido pela nova lei. Ainda que o recurso, o incidente ou o processo originário tenha se iniciado sob a vigência do Código revogado, o julgamento, que se realize durante a vigência do novo Código, há de observar as citadas regras (CUNHA, 2016, p. 69).

Também tratando da regra de procedimento a ser observada pelos magistrados por ocasião do julgamento, assim como a necessária observância da lei de regência, no momento da prática do ato jurídico correspondente, a Corte Especial do STJ firmou o seguinte entendimento:

> (...) no que diz respeito ao procedimento recursal, deve ser observada a lei que vigorar no momento da interposição do recurso ou de seu efetivo julgamento, por envolver a prática de atos processuais independentes, passíveis de ser compatibilizados com o direito assegurado pela lei anterior. (EDcl no AgRg no MS 21.883/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 16/11/2016, DJe 06/12/2016).

No recurso acima, o embargante alegou que, no caso, houve cerceamento de defesa por não lhe ter sido dada a oportunidade de sustentação oral na sessão de julgamento do agravo regimental, ocorrida em 04/05/2016, já sob a égide da nova lei processual, devendo, por conseguinte, ser declarada a nulidade do acórdão embargado e realizado outro julgamento com observância do rito previsto no CPC de 2015.

Cumpre trazer trecho esclarecedor do voto do relator do recurso, nos EDcl no AgRg no MS 21.883/DF, no qual faz referência expressa a própria técnica de julgamento do recurso prevista no art. 942. Vejamos:

> A questão cinge-se a definir se a lei vigente ao tempo em que publicada a decisão recorrida regulará toda a fase recursal ou apenas os requisitos de admissibilidade do recurso.
> Cabe lembrar que a legislação brasileira adotou a teoria do isolamento dos atos processuais, tomando-os separadamente dos demais para identificar a lei aplicável a cada um.
> Adotou o princípio *tempus regit actum*, segundo o qual a lei processual aplica-se aos processos pendentes, incidindo sobre os atos processuais a serem praticados. Todavia, o legislador preservou aqueles atos já praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (arts. 1.211 do CPC/1973 e 14 e 1.046 do CPC/2015), cuidado que decorre do comando constitucional insculpido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.
> Assim, a lei vigente ao tempo em que publicada a decisão recorrida disciplinará as regras de cabimento do recurso, pois ali estará consolidado o direito da parte à interposição do recurso então previsto, consoante já assentado pela jurisprudência do STJ.
> Já no que diz respeito ao procedimento recursal, deverá ser observada a lei que vigorar no momento da interposição do recurso ou de seu efetivo julgamento, por envolver a prática de atos processuais independentes, passíveis de ser compatibilizados com o direito assegurado pela lei anterior.
> Assim, por exemplo, se a nova lei processual passar a prever o pagamento de preparo, ainda que a decisão recorrida tenha sido publicada na vigência da lei anterior, mas ocorrendo a interposição do recurso cabível sob a égide da novel legislação, o preparo deverá ser recolhido, sob pena de deserção. O mesmo se diga em relação às mudanças na técnica de julgamento do recurso.
> Basta pensar na nova técnica de ampliação de quórum prevista no art. 942, caput, do CPC/2015 à hipótese de falta de unanimidade no julgamento de apelação. Todas as apelações interpostas sob a égide do CPC/1973 e que venham a ser julgadas na vigência do CPC/2015 deverão observar a nova regra.
> Ante o exposto, acolho os embargos de declaração com efeitos modificativos, para anular o julgamento do agravo regimental e determinar que outro seja realizado, concedendo-se ao patrono da parte a oportunidade de sustentação oral.

É preciso atentar-se para a autonomia de determinados atos, ainda que dentro de uma mesma sessão de julgamento, e para a distinção entre requisitos

de admissibilidade do recurso e regras de procedimento que deverão, obrigatoriamente, ser observadas pelos magistrados no momento da prática do ato jurídico correspondente, sob pena de nulidade de todo o julgamento.

Sobre o ponto, recentemente, no REsp 1.762.236-SP, julgado em 19/02/2019, a Terceira Turma do STJ foi instada a analisar a incidência ou não da técnica do art. 942 nas hipóteses em que sessão de julgamento teve início no CPC/73, mas o resultado só foi proclamado na vigência do CPC/15, tendo prevalecido, na ocasião, o voto vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, firmando-se tese no sentido de que:

> A data da proclamação do resultado do julgamento não unânime é que define a incidência da técnica de ampliação do colegiado prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

Embora a conclusão firmada pela Corte Superior corrobore a proposta de entendimento aqui também trazida, é possível verificar que no REsp 1.762.236-SP houve divergência no tocante aos fundamentos da decisão. Para uma melhor compreensão da controvérsia, vale situar o leitor no contexto da discussão.

No caso examinado, na origem, uma demanda foi julgada improcedente, sobrevindo apelação, cujo acórdão, por maioria, negou provimento ao recurso. Em sede de recurso especial, alegou-se a nulidade da decisão da segunda instância, ante a não observância do artigo 942 do CPC/15. Isso porque, embora a sessão de julgamento do apelo tenha se iniciado em 16/03/2016 (ou seja, ainda em vigor o CPC/73), com a sua suspensão devido a um pedido de vista, o recurso só retornou ao colegiado para conclusão do julgamento em 06/04/2016 (já vigente o CPC/15), quando foi aberta a divergência e concluído o julgamento.

Como se vê na parte da ementa acima transcrita (REsp 1.762.236-SP), restou definido o diploma adjetivo que regularia o julgamento colegiado que se iniciou sob a vigência do CPC/73, mas findou já sob a égide do CPC/15, concluindo-se, noutras palavras, que, ainda que a sessão do julgamento tenha se iniciado sob a égide do CPC/73, caso o resultado vir a ser proclamado já na vigência do CPC/15, há de se observar o regramento do Novo Código.

Ao manifestar sobre a questão, divergindo da tese firmada, justificou a Ministra Nancy:

> (...) a incidência, no particular, das regras da nova codificação adjetiva decorrem do fato de que, na data da publicação do acórdão recorrido – momento definidor do regime recursal aplicável, segundo enunciado administrativo n. 2 do STJ –, já estava em vigor o novo

> regramento processual.
> Esse entendimento, portanto, não conduz à aplicação retroativa da nova lei, sobretudo quando se verifica que a própria sessão de julgamento em que foi apreciado o recurso em questão encerrou-se após a entrada em vigor do CPC/15.

Na ocasião, em voto vista apresentado no REsp 1.762.236-SP, o Ministro Marco Aurélio Bellize, vencedor em seus fundamentos, defendeu, contudo, que, embora o art. 14 tenha adotado em matéria de direito intertemporal a teoria do isolamento dos atos processuais, não é adequado sustentar ser por isso que se impõe a observância das novas regras processuais à sessão de julgamento que, embora iniciada sob a vigência do CPC/73, não se encontrava concluída, sob pena de surgirem dúvidas a respeito da incidência imediata de outras regras introduzidas pelo CPC/15 sobre as sessões de julgamentos em curso durante o período de transição entre os dois códigos. Para ele:

> Ainda que seja dividido em múltiplas sessões, o julgamento colegiado constitui um ato processual uno, motivo pelo qual, pela aplicação estrita da teoria do isolamento dos atos processuais, tendo se iniciado sob a égide do CPC/1973, esta legislação que, em princípio, disciplina o procedimento por meio do qual deverá se desenvolver. Do contrário, qualquer alteração de natureza procedimental - como, apenas a título de exemplo, nas regras que estabelecem o cabimento de sustentação oral ou disciplinam os poderes do Relator - poderia produzir efeitos imediatamente sobre os julgamentos já em curso, apenas suspensos por eventuais pedidos de vista, o que não se admite.

Em sendo assim continua:

> (....) a incidência imediata do CPC/2015 e da técnica de ampliação do colegiado sobre o julgamento colegiado pendente de conclusão não é propriamente uma consequência da adoção da teoria do isolamento dos atos processuais, mas, sim, uma exceção a esta, que se justifica por dois motivos:
> (a) a natureza jurídica *sui generis* do art. 942 do CPC/2015, e
> (b) o fato de que o julgamento em órgãos colegiados é ato de formação complexa que se aperfeiçoa apenas com a proclamação do resultado, inexistindo situação jurídica consolidada ou direito adquirido de qualquer das partes a determinado regime recursal que impeça a aplicação imediata da regra processual em tela, a partir de sua entrada em vigência, respeitados os atos já praticados sob a legislação anterior.

Apesar da fundamentação acima ter prevalecido neste último julgado da Corte Superior (REsp 1.762.236-SP), no sentido de que a aplicação imediata da técnica do art. 942 é uma exceção a teoria do isolamento dos atos processuais, continuamos a discordar apenas dos fundamentos acolhidos.

No nosso sentir, é, sim, partindo da teoria do isolamento dos atos processuais que, efetivamente, não apenas a técnica de julgamento sob enfoque, mas também outras alterações de natureza procedimental (por exemplo, regras de sustentação oral); terão a produção dos seus efeitos, de forma imediata, aos julgamentos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada, na forma do art. 14 do CPC.

Imagine a seguinte situação: uma sessão de julgamento tem início na vigência do CPC/73, mas, após leitura do relatório, por ocasião de falta de energia elétrica, o julgamento foi suspenso, de modo que o recurso só veio a ser julgado na semana seguinte, já sob a égide do CPC/15. No caso, na segunda sessão, eventuais alterações procedimentais trazidas no novo CPC, por força do art. 937 ou do 941, teriam que ser observadas, respeitados os atos processuais já praticados e as situações consideradas? Pensamos que sim.

Ora, conforme já repetidamente elucidado, o tempo rege o ato e o art. 14 do CPC consagrou a teoria do isolamento dos atos processuais, e, dado a isso, por assim definir, imperioso atentar-se para a autonomia de determinados atos, ainda que dentro de uma mesma sessão de julgamento.

Mas não só. Cabível igualmente a necessária observância, por parte dos julgadores, de alterações de natureza procedimental, como se extrai do enunciado administrativo 4 do STJ, mais uma vez aqui transcrito:

> **Enunciado administrativo n. 4** Nos feitos de competência civil originária e recursal do STJ, os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça a partir de 18 de março de 2016, deverão observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/2015, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial.

Com isso, reiteramos ser a adoção da teoria do isolamento dos atos processuais (arts. 14 e 1.046 do CPC), não a sua exceção, que embasa a necessária observância do mecanismo do art. 942 ao recurso ou processo originário, cujo julgamento tenha se iniciado sob a vigência do Código revogado, mas o resultado não unânime deu-se em sessão realizada sob a égide do novo Código. Isso porque, tratando-se de uma regra de procedimento, impõe-se a observância da lei de regência no momento da prática do ato jurídico correspondente.

Seguindo noutra problemática, em mais um caso do STJ, no REsp 1720309/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma, julgado em 07/08/2018, a questão foi assim posta: um recurso de apelação interposto foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo o seu provimento negado, por maioria de votos, na vigência do CPC/73, sendo que o acórdão lavrado só veio a ser publicado na vigência do atual CPC. Reforça-se que apenas a publicação da decisão se deu no âmbito da lei nova. A parte vencida teria, então, a possibilidade de se utilizar dos embargos infringentes?

O acórdão recorrido posicionou-se no sentido de que, na hipótese, não seria cabível a utilização da técnica de ampliação do colegiado prevista no art. 942 do CPC, não vigente à época do julgamento (13/10/2015), isso porque regia o CPC/73, que não continha a mesma regra. Por outro lado, para o tribunal *a quo,* no caso concreto, nem mesmo seria possível a interposição, pelo então embargante, dos embargos infringentes, previsto no diploma revogado, já que o julgamento do apelo, por maioria, manteve a sentença proferida em seu desfavor.

Não custa registrar, por oportuno, que, nos termos do art. 530 do CPC/73, os embargos infringentes eram cabíveis "quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito".

Pois bem, no julgamento do REsp 1720309/RJ, para analisar a regra processual aplicável ao caso, a relatora do processo, Ministra Nancy Andrighi, enfatizou, em seu voto, ser indispensável o exame do art. 14 do CPC, que adotou a teoria do isolamento dos atos processuais. Segundo sustentou, na hipótese em apreço, também existem dois atos processuais. O primeiro foi a própria sessão de julgamento do recurso, que teve o seu efetivo encerramento, com a proclamação do resultado, ainda sob a vigência do CPC/73; o segundo, a intimação do acórdão na imprensa oficial, que, embora se relacione ao ato anterior, possui autonomia e tem função própria, qual seja, servir como termo inicial para eventuais prazos que devam ser cumpridos.

Assim, embora reconheça a existência de precedente daquela Corte Superior, por meio dos quais se verifica a data de intimação do acordão na imprensa oficial para fins de aferir o regime recursal cabível (requisito de admissibilidade), é possível excepcionar aquele critério quando verificar ser incompatível com o ordenamento jurídico ou insuficiente para solucionar a questão de direito intertemporal.

Pelo entendimento adotado, há diferença ontológica entre o recurso de embargos infringentes e a técnica de julgamento do art. 942 do CPC. No caso, a fixação da data da intimação do acórdão recorrido como elemento definidor do regime recursal aplicável resultaria em retroatividade da lei nova para alcançar um

ato jurídico perfeito, o que não é admissível no ordenamento pátrio, além de estar a regra estampada no art. 14 do CPC, transcrito alhures. Desse modo, o regime recursal a ser observado deverá ser o da lei vigente ao tempo da proclamação do resultado, ou seja, o CPC/73, de forma que seria cabível a interposição do recurso de embargos infringentes no caso concreto.

Naquele caso, entendeu a Ministra Nancy Andrighi (REsp 1720309/RJ):

> (....) constata-se que esse critério é claramente insuficiente para a resolução de todas as questões relacionadas ao direito intertemporal, sobretudo quando houver distinção substancial entre institutos previstos no CPC/73 e no CPC/15, tornando a aplicação da referida regra nitidamente incompatível com o ordenamento jurídico.
> E a hipótese em exame é um exemplo bastante significativo desse entendimento, na medida em que a doutrina, majoritariamente, reconhece a existência de uma diferença ontológica entre os embargos infringentes (art. 530 do CPC/73), reconhecidamente um recurso, e a ampliação de colegiado na hipótese de divergência (art. 942 do CPC/15), indiscutivelmente uma técnica de julgamento.
> (....).
> Na hipótese, admitir que o julgamento do recurso de apelação ocorrido na vigência do CPC/73 se submetesse a incidência de uma técnica de julgamento criada no CPC/15 apenas porque as partes foram intimadas do acórdão recorrido pela imprensa oficial quando já estava em vigor a nova legislação processual equivaleria, em última análise, a chancelar a retroatividade da lei nova para atingir um ato jurídico praticado sob o manto da lei revogada, violando o art. 14 do CPC/15.
> Dessa forma, aplicando-se o direito à espécie e tendo como fundamento a teoria do isolamento dos atos processuais, deve se reconhecer que o acórdão recorrido era impugnável por embargos infringentes, de modo a estabelecer como marco temporal para definição do recurso cabível, nessa hipótese específica, não a intimação do acórdão pela imprensa oficial, mas sim a data da proclamação do resultado do julgamento, que ocorreu ainda na vigência do CPC/73.
> (....).
> Bastará pensar em dois processos sobre idêntica questão de direito, julgados numa mesma sessão do Tribunal. Um deles é publicado poucos dias depois, ainda vigente a lei antiga; o outro após a entrada em vigor da lei nova. A adotar o critério do "dia da publicação", contra o primeiro acórdão caberá o recurso que a lei nova veio a extinguir; contra o segundo, tal recurso não mais será admitido, o que importará em quebra, sem motivo maior que a justifique, da regra da isonomia processual (CARNEIRO, Athos Gusmão. **Os "novos"**

> **embargos infringentes e o direito intertemporal** *in* Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo, v. 0, nº 1, p. 177, jan./mar. 2016. (....).

A questão ainda deve ser examinada pela Corte Superior de Justiça em outras ocasiões, mas, no último precedente analisado, há balizas suficientes para uma solução.

Sobre este último caso analisado, um esclarecimento se faz necessário. Na realidade, o acordão recorrido não divergia do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, em tese, admitia-se a aplicação do CPC/73 para fins de análise do recurso cabível, muito embora a decisão colegiada recorrida apenas tivesse sido publicada já na vigência do CPC/15. Ocorre que, no caso concreto, os requisitos elencados no art. 530 do CPC/73 não se faziam presentes.

Ainda com relação às problemáticas de direito intertemporal, que podem surgir para fins de análise da incidência do art. 942 do CPC, ou da possibilidade de manejo dos infringentes, situação interessante é levantada pelo professor Leonardo Carneiro da Cunha em sua obra **Direito Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil** (2016, p. 78):

> É possível, porém, que ocorra uma situação curiosa: imagine-se que o resultado seja divulgado e o acórdão não unânime seja lavrado ainda na vigência do CPC-1973, mas a parte interessada, em vez de interpor embargos infringentes, resolva opor embargos de declaração. Estes, como se sabe, interrompem o prazo para outros recursos, por qualquer das partes. Imagine-se, ainda, que os embargos de declaração sejam julgados já na vigência do CPC-15. Nesse caso, não mais caberão embargos infringentes e, de igual modo, não se poderá aplicar o art. 942 do novo Código. Nessa hipótese, não haverá possibilidade nem de uma coisa nem de outra.
>
> Isso porque, quando o resultado fora anunciado, ainda não estava em vigor o novo Código, não podendo o seu art. 942 ser aplicado, sob pena de inadmissível retroatividade. Ao serem julgados os embargos de declaração, já não havia mais direito aos embargos infringentes, não podendo mais ser interpostos.

Em que pese o argumento do professor Leonardo Cunha, na hipótese aventada, entendemos que outra solução poderia ser adotada, para garantir a interposição do recurso de embargos infringentes, ou até mesmo, em alguns casos, a própria aplicação do mecanismo do art. 942.

Partindo da premissa de que o resultado do julgamento do apelo, que reformou uma sentença de mérito, teve o acórdão lavrado ainda na vigência do CPC/73, mas a parte interessada, ao invés de interpor embargos infringentes, opôs

embargos de declaração, os quais foram rejeitados já na vigência do novo CPC, entendemos que, ainda assim, seria cabível a interposição do recurso de embargos infringentes contra o acórdão proferido em sede da apelação.

É que, tendo em vista a natureza integrativa dos embargos de declaração, a qual não lhe é retirada quando rejeitados, como já reconhecido na jurisprudência do STJ[2], na verdade, ao se utilizar dos aclaratórios, o que o embargante pretende é o aclaramento da decisão proferida, no caso, em sede de apelação. Nessas considerações, depois de obter, ou não, a finalidade pretendida, poderá a parte interpor embargos infringentes. O recurso, então, é cabível.

Ora, por ocasião do julgamento do apelo, não se poderia falar em aplicação da técnica de julgamento do art. 942, mecanismo até então inexistente. Inobstante, no que se refere à possibilidade, ou não, de utilização dos embargos infringentes, "a lei a ser aplicada é aquela vigente no momento que surge para a parte o direito subjetivo" ao recurso que se pretende fazer uso, ou seja, a partir da emissão do provimento judicial do apelo, o qual que seria impugnado na via infringencial.

Ao tratar do nascedouro do direito subjetivo ao recurso, a partir da proclamação do resultado da decisão, ensina Araken de Assis (2017, p. 483):

> A proclamação do resultado exibe expressiva relevância no plano jurídico. Esse ato solene encerra o julgamento. A decisão se torna definitiva e irrevogável. Neste preciso momento, decidiu a Corte Especial do STJ, resolvendo o problema das restrições à admissibilidade dos embargos infringentes, na última forma do CPC de 1973, e expondo o mais eloquente exemplo da importância decisiva da proclamação, nascerá direito à nova impugnação.

Sendo assim, a retirada do recurso de embargos infringentes do atual CPC, a par da proclamação do resultado do apelo, não retira da parte um direito já constituído, sob pena de violação a uma situação jurídica consolidada sob a vigência da norma revogada, em afronta ao art. 14 do CPC, justamente para que a parte não seja penalizada pela retroatividade da lei para alcançar ato acabado.

A propósito, o STJ, por ocasião do julgamento do AgRg no AgRg no AgRg nos EREsp 1114110/SC, de relatoria do Ministro Og Fernandes, na Corte

2 STJ. Resp. 1.691.373-MG, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, na Terceira Turma, julgado em 07/12/2018. "(....) a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de afirmar que os embargos de declaração possuem uma função integrativa, destinada a sanar vícios eventualmente existentes na decisão embargada. (...). Portanto, inescapável a conclusão segundo a qual os embargos de declaração cumprem a relevante função de integrar as decisões judiciais, permitindo seu contínuo aperfeiçoamento, mediante a colaboração entre julgadores e cidadãos. Essa importante missão dos embargos de declaração não lhe é retirada quando são rejeitados. Ao contrário, ao analisar novamente a decisão prolatada, o julgador tem a oportunidade de revê-la e, na ausência de vícios, confirmá-la. Assim, a função integrativa dos embargos de declaração é cumprida mesmo nas hipóteses em que há sua rejeição. (....)".

Especial, manifestou-se no sentido de que:

> (....) 1. Para a aferição da possibilidade de utilização de recurso suprimido ou cujas hipóteses de admissibilidade foram restringidas, a lei a ser aplicada é aquela vigente quando surge para a parte o direito subjetivo ao recurso, ou seja, a partir da emissão do provimento judicial a ser impugnado. 2. No caso dos embargos infringentes, o que se visa impugnar é precipuamente o acórdão proferido em sede de apelação, nascendo, nesse momento, para a parte, o direito de interpor o recurso, razão pela qual este deve ser o marco temporal considerado para fins de definir qual será a legislação aplicada à espécie. 3. O fato de terem sido opostos embargos de declaração, julgados após a alteração da lei processual, a qual restringiu as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, não tem o condão de extirpar da parte o direito constituído a interpor o aludido recurso, que se perfectibilizou no momento do julgamento da apelação. 4. Proferido o julgamento da apelação sob a égide da redação primitiva do art. 530 do Código de Processo Civil, aos embargos infringentes aplicam-se as normas então vigentes. (....).

Portanto, entendemos pela viabilidade do cabimento do recurso de embargos infringentes contra decisão proferida em sede de apelação, sob a égide do CPC/73, ainda que opostos embargos de declaração, julgado já na vigência do CPC/15, e desde que atendidos os requisitos de admissibilidade constantes do art. 530 do Código anterior.

Ademais, sem entrar na discussão quanto à possibilidade ou não de incidência da técnica de julgamento do art. 942 em sede de embargos de declaração, e já partindo da premissa de que seria possível, no exemplo imaginado (de oposição de embargos de declaração só julgado da vigência do CPC/15), mesmo que o acórdão do apelo tenha sido lavrado e publicado ainda na vigência do CPC/73, outra solução poderia ser dada.

Se, por exemplo, já na vigência do CPC/15, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos contra a decisão proferida em apelação (interposta e julgada sob a égide do CPC/73), o colegiado, por maioria de votos, estiver prestes a acolher os aclaratórios, atribuindo-lhes efeitos infringentes, será possível, também, a aplicação da técnica de julgamento do art. 942, pois, como já visto, trata-se de uma regra procedimental, a ser observada durante o efetivo julgamento, tendo em vista que o art. 14 do CPC consagrou o sistema do isolamento dos atos processuais, diga-se, cada ato deve ser considerado isoladamente, de forma única, e deve ser regido pela lei em vigor no momento de sua prática.

Quanto à aplicação da técnica do art. 942 em sede de embargos de decla-

ração, várias outras situações poderiam ser analisadas para uma melhor compreensão da matéria, não sendo este, contudo, o objetivo principal deste artigo. Para fins de aplicação do mecanismo aos processos em curso, sob o ponto de vista do direito intertemporal, o que se quer deixar claro, até aqui, é que as razões para a sua incidência não se confundem com as que levam ao cabimento dos infringentes, estes de natureza recursal.

Como enfatizado por diversas vezes neste ensaio, a técnica do art. 942 não ostenta natureza recursal, configurando verdadeira regra de julgamento, um *modus procedendi,* um procedimento a ser praticado, de ofício, nos termos postos pela lei nova, quando "o resultado do julgamento for não unânime". Por isso, partindo da teoria do isolamento dos atos processuais, consagrado no art. 14 do CPC, assim como do princípio do *tempus regit actum,* por se tratar de regra procedimental, a produção dos seus efeitos é imediata aos julgamentos em curso, respeitados os atos anteriormente praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

O cabimento do recurso de embargos infringentes, por sua vez, tem fundamento no fato de que, em algumas situações, a lei a ser aplicada, para tanto, deve ser aquela vigente quando surge para a parte o direito subjetivo ao recurso que se pretende fazer uso, ou seja, a partir da emissão do provimento judicial que seria impugnado na via infringencial. Dito isto, tem-se que a retirada do recurso de embargos infringentes do atual CPC não tem o condão de extirpar da parte direito já constituído, como visto, sob pena de violação a uma situação jurídica consolidada na vigência da norma revogada, em patente afronta ao art. 14 do CPC.

CONCLUSÕES

A par de todo o exposto nessas linhas, com base na legislação aplicável, na doutrina e, ainda, nos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça citados neste trabalho, conclui-se que:

a) a técnica do art. 942 deve ser aplicada aos julgamentos finalizados sob a égide do novo Código (seguindo os parâmetros do próprio art. 942), em homenagem ao princípio do *tempus regit actum*, ainda que o recurso tenha sido interposto ou iniciado o seu julgamento ao tempo do CPC/73, preservando-se, contudo, os atos já praticados sob o manto da lei anterior (isolamento dos atos);
b) por se tratar de regra de julgamento, de um *modus procedendi,* de procedimento processual a ser aplicado de ofício, o art. 942 produz efeito imediato aos julgamentos em curso, respeitados os demais atos, anteriormente

praticados, e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada;

c) é cabível embargos infringentes contra decisão proferida em apelação na vigência do CPC/73, após julgamento dos embargos de declaração, já sob a égide do CPC/15, a fim de afastar violação a situação jurídica consolidada sob a regência da norma revogada (direito subjetivo ao recurso cabível na lei anterior, momento em que se deu o julgamento não unânime do apelo);

d) por ocasião do julgamento dos embargos de declaração (já na vigência do CPC/15) opostos contra decisão proferida em sede de apelação (sob a égide do CPC/73), é possível que o colegiado, por maioria de votos, esteja prestes a acolher os aclaratórios, atribuindo-lhes efeitos infringentes, o que leva a incidência da técnica de julgamento do art. 942.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo,** 19ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Forense, 2016.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às Alterações do Novo CPC**, 2ª ed. Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**, 9ª edição, revista, atualizada e ampliada, Revista dos Tribunais, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **Direito Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil,** Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**, 2ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado,** 3ª ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

6

RESPONSABILIDADE CIVIL E A UTILIZAÇÃO DE ROBÔS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E ANÁLISE DO DIAGNÓSTICO COM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL: QUEM DEVE SER RESPONSABILIZADO EM CASO DE DANO À SAÚDE?

Gracemerce Camboim Jatobá e Silva
Mestre em Comércio Exterior e Relações Internacionais pela UFPE
Advogada[1]

RESUMO: O presente trabalho busca esclarecer quais os parâmetros legais utilizados no Brasil para analisar as implicações referentes à responsabilidade civil diante da utilização de robôs de assistência à saúde e a análise do diagnóstico através da inteligência artificial. A IA para fins de diagnóstico médico e escolha de tratamento está se tornando uma ferramenta comum nas mãos de médicos em todo o mundo. A Inteligência Artificial (IA) se propõe a desenvolver sistemas que simulem a capacidade humana da percepção de um problema, identificando seus componentes para resolver problemas e tomada de decisões, usando diferentes algoritmos e estratégias de tomada de decisões e um grande volume de dados. Será analisado se a atual estrutura legal existente no Brasil é adequada para lidar com as situações de danos à saúde quando um médico segue a alternativa de uma ferramenta de IA para o diagnóstico ou obtém a escolha através de propósitos de tratamento.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência artificial. Diagnóstico. Responsabilidade civil. Direito medico. Saúde.

INTRODUÇÃO

Durante a 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Tel Aviv, no ano de 1999, a comunidade médica internacional debateu sobre o emprego da Telemedicina, oportunidade em que se redigiu a "Declaração de Tel Aviv", estabelecendo as diretrizes para a sua utilização, bem como definir cinco tipos de modalidades, quais sejam: a) teleassistência; b) televigilância; c) teleconsulta;

1 Advogada, Docente, Mestre em Comércio Exterior e Relações Internacionais pela UFPE.

d) interação entre dois médicos; e e) teleintervenção.

A Teleassistência consiste no auxílio à saúde prestada à distância. Essa modalidade possibilita a avaliação remota da situação clínica do paciente e a determinação de providências emergenciais adequadas, sem o deslocamento até uma unidade de saúde. Atualmente, esta modalidade pode ser empregada por qualquer dispositivo tecnológico, inclusive robôs, com comunicação direta a um centro de atendimento de saúde ou ao médico.

A Televigilância (telemonitoramento), por sua vez, empregada por meio de aplicativos como smartphones ou relógios inteligentes, destina-se ao monitoramento da condição de saúde do paciente de forma remota. A transmissão constante de dados do paciente (pressão arterial, índice glicêmico etc.), em tempo real, possibilita o acompanhamento mais eficaz do médico sobre o seu quadro clínico e necessidade de adaptação medicamentosa.

A Teleconsulta é uma consulta não presencial, isto é, o atendimento por intermédio de quaisquer mecanismos de telecomunicação, sem o contato direto entre médico e paciente.

A interação entre dois médicos (teleinterconsulta), por outro lado, caracteriza-se pelo atendimento ao paciente por um médico presencialmente, mas sendo este auxiliado remotamente por outro médico detentor de conhecimento específico na área. A informação médica transmite-se "eletronicamente ao médico que consulta quem deve decidir se pode oferecer de forma segura sua opinião, baseada na qualidade e quantidade de informação recebida".

Por fim, a Teleintervenção, modalidade que não está expressamente prevista na Declaração de Tel Aviv, porém é extraída das suas disposições gerais, consiste na ingerência à distância em exames médicos ou procedimentos cirúrgicos, em que o médico, por exemplo, com auxílio de robô ou médico assistente, realiza a intervenção cirúrgica (Telecirurgia) ou o Telediagnóstico.

Observa-se, em linhas gerais, que a prática da Telemedicina varia em graus de complexidade, da adequação e da necessidade das instituições de saúde e das comunidades a que se destina, sendo que as modalidades acima descritas estão vinculadas ao modelo que esta é empregada.

A IA para fins de diagnóstico médico e escolha de tratamento está se tornando uma ferramenta comum nas mãos de médicos em todo o mundo. Mais do que simplesmente confiar em suas informações pessoais de conhecimento técnico, os médicos agora são assistidos por máquinas, que avaliam os dados clínicos do paciente à luz dos dados os quais o algoritmo foi alimentado, fornecendo diagnóstico mais preciso e opções de tratamento.

Embora os benefícios por trás do uso dessa tecnologia sejam inquestioná-

veis, também é inquestionável que esse paradigma de saúde represente uma ruptura no relacionamento clássico entre as partes envolvidas na prestação de serviços de saúde. Se, antes, um paciente que sofreu dano no decurso de um diagnóstico ou no tratamento prescrito por um médico, facilmente identificaria o agente contra quem tomar as medidas cabíveis (o médico ou a instituição médica sob o qual o médico prestou os serviços de saúde), hoje, com o uso de ferramentas de IA, esse paradigma de responsabilidade direta ficou obscuro, considerando que, além do médico, existe outra entidade que poderá causar o dano, ou seja, a saída do algoritmo que o médico seguiu.

A realidade descrita traz várias questões relacionadas à alocação de responsabilidades. Ou seja, deve ser discutido se os conceitos tradicionais de negligência médica e o padrão de atendimento se adequam a essa nova realidade.

Nesse sentido, será avaliado se as regras de más práticas devem ser moldadas e adaptadas ou se a intervenção da IA interrompe a relação entre o profissional e o paciente de maneira tão severa que as regras de negligência médica devem ser desconsideradas e as disputas que surgem nesse escopo devem ser enquadradas exclusivamente sob os regimes de responsabilidade do produto.

1. DAS REFLEXÕES E EXPERIÊNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA

O Parlamento Europeu aprovou em 16/02/2017, a resolução número 2015/2103 sob o título "*Regras de Direito Civil sobre Robótica*", como uma possível resposta aos diversos desafios legais e complexos que há pela frente.

Essa resolução expõe a necessidade de salvaguardar e proteger a saúde dos pacientes.

Um dos países europeus que parece estar ciente da necessidade de repensar as regras clássicas de responsabilidade no escopo da IA para soluções na área da saúde é o Reino Unido, no qual conduziu uma análise profunda sobre o assunto, trazendo para o debate todos os envolvidos: acadêmicos, profissionais jurídicos, desenvolvedores e fabricantes de tecnologia, instituições de saúde etc.

No relatório final, menciona-se a necessidade de ação em quatro áreas-chave: a) Responsabilidade legal – a base sobre a qual a responsabilidade legal pode ser estabelecida em relação a uma inteligência artificial tecnologia; b) Questões de causalidade e responsabilidade - a base para determinar qual parte deve ser considerada responsável (ou está preparado para aceitar a responsabilidade) pela inteligência artificial, que não executar como esperado; c) Uso de IA na tentativa de executar ou cumprir com as obrigações legais existentes; e d) Status legal - até que ponto um status legal deve ser concedido a um AI.[2]

2 UK's Parliament, *Select Committee on artificial intelligence collated written evidence volume*

Apesar dos esforços da comunidade Europeia em regular o setor, não há legislação específica que lide com responsabilidades decorrentes da utilização da IA para fins de diagnóstico da saúde. Portanto, *a priori*, essas situações serão regidas pelas regras de cada Estado-Membro, de acordo com as especificidades do caso.[3]

Na realidade, as comunidades jurídicas e científicas na Europa ainda estão discutindo se a responsabilidade decorrente do uso da IA deve ser regulamentada ou estar apenas sujeita às leis de cada Estados-Membros têm atualmente em vigor, como privacidade e proteção de dados, proteção, dispositivos médicos, leis de responsabilidade civil ou criminal, entre outras.

Vale ressaltar que produtos e serviços que possuem o escopo de fornecer cuidados com a saúde são, normalmente, elaborados sob rígidas normas de controle de qualidade, considerando o objetivo de garantir que sejam seguros e eficientes, além de resguardar que os dados gerados pelas ferramentas utilizadas sejam precisos e confiáveis.[4]

Nesse sentido, os atores envolvidos no setor da saúde normalmente estão sujeitos a leis rígidas em diversos países no mundo, inclusive aqui no Brasil.

Todavia, os legisladores não podem ignorar o fato de que regulamentações excessivamente rígidas e com regimes desproporcionais de responsabilidades sobre desenvolvedores e fabricantes de tecnologia poderão sufocar a inovação e o desenvolvimento de IA para fins de assistência médica[5], e que regimes de responsabilidades pesadas aos médicos que utilizam a tecnologia poderão comprometer a aceitação dos sistemas de suporte às decisões clínicas pela comunidade médica.

Portanto, a elaboração de um regime de responsabilidade eficiente exige um equilíbrio entre a proteção do consumidor e a rentabilidade industrial[6], o que significa que o desenvolvimento da tecnologia deve ser estimulada sem comprometer a segurança do paciente.

- *House of Lords(UK)* - Statement of Cooley (UK) LLP (written evidence AIC0217) *available on* https://www.parliament.uk/documents/lords-committees/Artificial-Intelligence/AI-Written-Evidence-Volume.pdf

3 Andoulsi, Isabelle and Wilson, Petra *Understanding Liability in eHealth: Towards Greater Clarity at European Union Leve*" in George, Carlisle; Whitehouse, Diane and Duquenoy, Penny *eHelath: Legal, Ethical and Governance Challenges*, Springer 2013

4 Tsang, Lincoln; Kracov, Daniel A.; Mulryne, Jacqueline; Strom, Louise; Perkins, Nancy; Dickinson, Richard; Wallace, Victoria M. and Jones, Bethan *The Impact of Artificial Intelligence on Medical Innovation in the European Union and United States*, available on https://www.arnoldporter.com/~/media/files/perspectives/publications/2017/08/the-impact-of-artificialinteelligence-on-medical-innovation.pdf

5 Petit, Nicolas *Law and regulation of artificial intelligence and robots: conceptual framework and normative implications*, available on https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2931339

6 Lenardon, Joao Paulo de Almeida *The regulation of artificial intelligence* available on http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142832

Determinar e alocar claramente a responsabilidade neste domínio é um assunto que deve ser considerado, tendo em vista que a tecnologia da IA está se tornando crucial no campo da medicina.

Em primeiro lugar, os custos financeiros relacionados aos cuidados de saúde desempenham uma grande participação nas economias dos países em todo o mundo.

Esta é a razão pela qual existe um interesse óbvio na adoção de tecnologias que permitam reduzir os custos recorrentes a ferramentas que economizem o tempo do profissional da saúde ao diagnosticar pacientes ou prescrever tratamentos. Além disso, essas ferramentas de suporte de decisões têm o potencial de reduzir ou totalmente eliminar custos decorrentes de erros de diagnóstico; custos relacionados com a realização de exames médicos adicionais; ou custos relacionados à prescrição de tratamentos que poderiam ter sido poupados se um diagnóstico preciso tivesse sido feito em um estágio anterior da doença.[7]

Além disso, é de interesse geral o desenvolvimento de tecnologias que permitam às instituições de saúde fornecerem os melhores cuidados e soluções médicas possíveis para os pacientes, melhorando a saúde e a segurança pública.

Tecnologias avançadas na área de diagnóstico médico podem, de fato, permitir que os pacientes recebam planos de tratamentos mais eficientes e que, oportunamente, os levem a melhores taxas de sobrevivência e qualidade de vida.

De fato, os sistemas de suporte a decisões médicas são um exemplo de que as sociedades atuais estão passando de um paradigma clássico de diagnóstico médico para a adoção de soluções de saúde eletrônica, recorrendo a tecnologias da informação através da IA para fins de diagnósticos, circunstância esta que acentuam a necessidade de discutir as possíveis responsabilidades ao caso concreto.

2. RESPONSABILIDADE DECORRENTE DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA FINS DE DIAGNÓSTICO MÉDICO E A ESCOLHA DO TRATAMENTO: QUEM DEVE SER RESPONSABILIZADO EM CASO DE DANO À SAÚDE?

A IA para fins de diagnóstico médico e a escolha do tratamento está se tornando uma ferramenta comum nas mãos de médicos em todo o mundo, inclusive aqui no Brasil.

Mais do que simplesmente confiar em seu conhecimento técnico sobre a medicina, os médicos da atualidade são assistidos por máquinas (Ex. IBM Watson

7 Marr, Bernard The Amazing Ways How Artificial Intelligence And Machine Learning Is Used In Healthcare, available on https://www.forbes.com/sites/bernard-marr/2017/10/09/the-amazing-ways-how-artificial-intelligenceand-machine-learning-is-used-in-healthcare/#71eee5dc1c80 acesso em 20.07.2020

para o diagnóstico do câncer), que avaliam os dados clínicos do paciente à luz dos dados aos quais o algoritmo foi alimentado, fornecendo um diagnóstico mais preciso e opções de tratamento mais seguras.[8]

Embora os benefícios por trás do uso dessas tecnologias serem inquestionáveis, também são inquestionáveis que esses paradigmas de saúde representem uma ruptura no relacionamento clássico entre as partes envolvidas na prestação de serviços de saúde.

Se, antes, um paciente que sofreu o dano no decurso de um diagnóstico ou tratamento errôneo facilmente identificaria o agente contra quem tomar as medidas cabíveis (o médico ou a instituição médica sob o qual o médico prestou os serviços de saúde), hoje, com o uso de ferramentas de IA, além do médico há outra entidade que pode causar o dano, isto é, a saída do algoritmo que o médico seguiu.[9]

A realidade descrita traz várias questões relacionadas à alocação de responsabilidades. Ou seja, deve ser discutido se os conceitos tradicionais de negligência médica e padrões de atendimento se adequam a essa nova realidade.

Nesse sentido, deve ser avaliado se as regras de imperícia devem ser moldadas e adaptadas a essa nova realidade ou se a intervenção dos sistemas de suporte às decisões clínicas interrompe a relação entre médico e paciente de maneira tão severa que as regras de negligência médica deverão ser desconsideradas e as discursões que surgem nesse ponto deverão ser analisadas exclusivamente sob a responsabilidade do produto.

O conceito de negligência médica é essencial no objeto de definir a responsabilidade decorrente do uso da IA, considerando que é necessário avaliar se os erros médicos no diagnóstico e a escolha do tratamento realizado pelos profissionais ao seguir a saída de um algoritmo deve ser considerado negligência.

Nas palavras de JASON CHUNG, "negligência médica se aplica quando um médico é negligente em não cumprir os padrões profissionais da medicina e, como resultado, fere um paciente o direito a recuperar os danos".[10] Nesse sentido, a fim de fundamentar com êxito uma má prática, o paciente lesionado deve demonstrar: (i) que o médico tinha o dever de cuidar do paciente; (ii) que o réu não cumpriu com os padrões de atendimento aos quais foi obrigado; (iii) que um dano surgiu do comportamento do réu; e (iv) a existência de um nexo de causalidade entre o ato ou a falta de ação e o dano, havendo no caso, a responsabilidade subjetiva por erro médico.

8 VARELLA, Drauzio - https://drauziovarella.uol.com.br/videos/repensando-a-medicina-o-que-e-o-watson/ acesso 25.07.2020

9 ANDOULSI, Isabelle and Wilson, Petra *op cit.*, p. 165.

10 COX, Holly *Medical Device Software: Who Is Responsible When Something Goes Wrong?* available on https://ohiotiger.com/medical-device-software-defects/

Após a breve análise do conceito de negligência médica, deve ser avaliado se o conceito deverá ser amplo o suficiente para abranger situações em que os danos não resultaram diretamente de uma falha médica no diagnóstico ou na escolha do tratamento, mas no resultado da decisão médica ao seguir a saída dos algoritmos.

Parece seguro afirmar que, se o paciente estiver capaz de cumprir os requisitos de evidência descritos pelo algoritmo, o profissional pode ser responsabilizado sob regras de negligência, independentemente da intervenção da máquina.

Essa afirmação vem, no entanto, com plena consciência do quão será difícil aplicar o conceito tradicional de negligência quando o uso da IA estiver envolvido na ação médica quanto a sua avaliação e diagnóstico.

De fato, e como destacado por SHAILIN THOMAS, "existem leis de negligência médica para proteger pacientes, e como os algoritmos assumem um papel maior no processo de tomada de decisão médica, eles se tornarão um meio menos viável de policiar as decisões de diagnóstico e tratamento".[11]

De fato, é previsível que os pacientes enfrentarão uma tarefa difícil ao ter que provar a causalidade entre os danos à saúde e o comportamento que causou o dano, circunstância esta que desprotege gravemente o paciente - parte que deveria receber o regime de maior proteção - e colocá-lo sob o requisito legal de conseguir uma verdadeira prova diabólica.

Deve ser analisado que, sob as regras de negligência médica, o ônus da prova recai sobre o Reclamante - que, além de provar o dano, terá que provar que o dano surgiu como consequência de um descuido da prática médica, portanto, cabe ao paciente provar que o uso da tecnologia (que levou a uma determinada decisão médica) ficou abaixo do padrão de atendimento necessário.

Analisando sob esta ótica, os conceitos de erro médico poderão ser definidos como a falha de um plano de ação a ser concluída conforme o planejado (isto é, erro de execução) ou o uso de um plano errado para alcançar um objetivo (ou seja, erro de planejamento)[12] ganham maior relevância.

Erros médicos a esse respeito podem ser de diversas naturezas, tais como: erros de diagnóstico causados pela IA que opera no campo da radiologia, erros de medicação causados pela falha de um software de gerenciamento médico, tratamentos com interrupções devido a falhas de software, etc. Nesse caso, no entanto, estamos nos concentrando em falhas referente ao diagnóstico e escolha do curso do

11 THOMAS, Shailin. 2017. "Democratized Diagnostics: Why Medical Artificial Intelligence Needs Vetting" *Originally published on September 22, 2017, on the Petrie-Flom Center for Health Law Policy, Biotechnology, and Bioethics Bill of Health blog.*

12 LA PIETRA, L.; Molendini, Calligaris; Quattrin, R.; Brusaferro, S. *Medical errors and clinical risk management: state of the art* available on https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2639900/pdf/0392-100X.25.339.pdf

tratamento causado pelo uso do sistema de tecnologias da informação em saúde.

Na prática médica tradicional, o principal elemento para verificar se o comportamento do médico foi qualificado como negligente é a previsibilidade.[13]

Em suma, apesar de não ser uma condição *sine qua no*, a previsibilidade dos riscos envolvidos na decisão médica é usada como um indicador de cuidados abaixo do padrão.

Na atualidade, esse requisito é desafiado pelo uso da IA, uma vez que, quando as decisões médicas são tomadas usando algoritmos de caixa preta, o modo de funcionamento da máquina é obscuro e o profissional é incapaz de entender até que ponto ou qual a probabilidade de obter uma saída errada.

No contexto da assistência médica, o uso atual da tecnologia da caixa preta traz preocupações adicionais, considerando que as decisões médicas não devem se basear em meios automatizados que os médicos não conseguem entender e nem os desenvolvedores de software explicar. Pode-se argumentar que a conformidade com o padrão de atendimento requer que o médico aplique a saída da máquina criticamente.

Vale ressaltar que o objetivo da utilização da IA é ampliar e aprimorar o conhecimento existente do médico e, não, substituí-lo. A última palavra deverá sempre pertencer ao médico; portanto, as reivindicações de negligência neste domínio devem seguir o conceito clássico de padrão de atendimento.

Parece bastante evidente que, com o uso de sofisticadas ferramentas de IA para fins de diagnóstico e tratamento, a linha entre o que são riscos previsíveis e imprevisíveis ficaram obscuras.

Por outro lado, deve-se concluir que o padrão médico de atendimento ao qual os médicos estão obrigados é limitado pelo estado da ciência médica e do conhecimento científico no momento do tratamento, o que significa dizer que se os médicos estão usando tecnologias que incluem algoritmos e meios de funcionamento que nem mesmo os projetistas e desenvolvedores da tecnologia conseguem entender, *a priori* - e a menos que, sob o padrão razoável médico, fosse previsível que o diagnóstico ou tratamento prescrito não atenda ao perfil do paciente – este não será considerado negligente e responsabilizado sob as regras de negligência, por ter seguido o resultado fornecido pelo algoritmo.

Diante dessa nova perspectiva, há uma mudança significativa no escopo das ações de negligência, uma vez que a opacidade e imprevisibilidade dos algoritmos de IA desafiam o princípio da responsabilidade subjetiva, segundo a qual os tribunais só podem compensar os danos decorrentes de lesões previsíveis.[14]

13 LEWIS, Charles J. *Medical Negligence*: a practical guide, third Edition, Tolley 1995, p. 159

14 Stanford University *Artificial intelligence and life in 2030 one hundred year study on artificial intelligence – Report of the 2015 study panel*, September 2016 available on https://ai100.stanford.edu/sites/default/files/ai100report10032016fnl_singles.pdf Acesso 20.07.2020

À luz das especificidades, NICHOLSON PRICE alega que, "quando a tecnologia de IA é utilizada no decurso de decisões médicas, na avaliação da conformidade com o padrão de cuidados - a fim de verificar se o médico deve ser responsabilizado - devem ser feitos sob níveis diferentes, de acordo com a gravidade ou o impacto do uso da tecnologia e as condições do paciente".

3. DAS IMPLICAÇÕES EM RESPONSABILIZAR OS MÉDICOS

Dentro este novo paradigma de tomada de decisões médicas baseado na tecnologia de IA, as avaliações médicas aplicáveis se tornam mais profundas e mais complexas.

Se a responsabilidade for transferida do desenvolvedor de tecnologia para o médico especialista que recorre às tecnologias, futuramente restará mais difícil a posição de justificar criticamente o diagnóstico ou curso de ação sugerido pela máquina ou quais os motivos pelo qual o médico desviou da produção da máquina.

Não obstante, padrões excessivamente rigorosos trazem obstáculos de aceitação dentro da comunidade médica.

Dentro deste novo paradigma de tomada de decisões médicas baseado na tecnologia de IA, a avaliação sobre se o médico cumpriu com os padrões de atendimento aplicáveis se tornam mais profundos e mais complexos.

Considerando as implicações mencionadas acima, alguns autores argumentam que, embora a responsabilidade quanto ao uso da IA na área da saúde devem ser alcançados - por meio da validação independente dos resultados algorítmicos e da qualificações dos desenvolvedores - tais responsabilidades não devem recair sobre o médico que utiliza a tecnologia, mas sobre a instituição hospitalar dentro do qual o diagnóstico ou tratamento foi fornecido. [15]

De acordo com NICHOLSON PRICE,[16] embora o usuário ainda possa desempenhar um papel na avaliação do nível de risco quanto a utilização da tecnologia e na detecção de resultados errôneos, as instituições hospitalares devem garantir que os algoritmos - como um todo - sejam de alta qualidade de acordo com características mensuráveis.

Até este momento, o dever de cuidado como uma obrigação que cabe ao médico tem sido discutido, porém as instituições hospitalares também estão vinculadas a esse dever.

Na realidade, as empresas de saúde também possuem o dever de cautela

15 PRICE, W. Nicholson Medical Malpractice and Black-Box Medicine available on https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2910417 Acesso 23.07.2020

16 PRICE, W. Nicholson Medical Malpractice and Black-Box Medicine available on https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2910417 Acesso 23.07.2020

com os pacientes, portanto, podem estar sujeita as reivindicações de responsabilidade.

De fato, os hospitais têm o dever de fornecer instalações adequadas para o atendimento ao paciente, incluindo equipamentos operacionais necess*ário*s para os cuidados com o paciente. [17]

Sob esse dever, a responsabilidade pode surgir da escolha negligente quanto a implementação de sistemas de software de IA de baixa qualidade, ultrapassados e sem a manutenção adequada para serem usados para fins de diagnóstico e tratamento dos pacientes.

Nesse sentido, as instituições médicas podem ser responsabilizadas direta ou indiretamente, em analogia as reivindicações negligentes contra os médicos, também haverá um padrão a ser lembrado, o padrão de um hospital razoável.

Ao abordar essa questão, deve-se referir que os hospitais normalmente não são responsáveis pelo uso de dispositivos defeituosos, no entanto, se for demonstrado que os hospitais foram negligentes na avaliação do software de IA e que havia uma falha em garantir que os algoritmos nele incluídos não atendiam a alta qualidade e segurança mínima, os hospitais podem ser responsabilizados no caso de danos à saúde causados por falhas do sistema que levou a um diagnóstico errado ou escolha de um tratamento inadequado.

Nos Estados Unidos da América, essa visão foi endossada por várias doutrinas sob o qual os tribunais têm mantido cada vez mais hospitais responsáveis pelo não cumprimento dos padrões de segurança no escopo da adoção de equipamentos de saúde ou dispositivos de qualquer natureza. Subjacente a essas doutrinas que envolvem responsabilidade corporativa está a ideia que entre um autor inocente e réus negligentes, estes devem arcar com o custo de lesão.[18]

A responsabilidade dos hospitais nas circunstâncias descritas também pode ser fundamentada no fato de que, embora os hospitais não sejam capazes de garantir que todas as decisões clínicas tomadas por seu corpo médico estejam corretas, existe o dever de garantir que os médicos que prestam serviços na instituição sejam razoavelmente proficiente.[19]

Desse dever, duas implicações podem ser descritas. Em primeiro lugar, um paralelo pode ser traçado entre a escolha do corpo médico e a escolha das ferramentas de tecnologia da informação para concluir que os hospitais são realmente responsáveis em relação à seleção dos recursos (humanos ou não humanos) utilizados dentro de suas instalações.

17 Idem.
18 Price, W. Nicholson *op. cit.*
19 Price, W. Nicholson *op. cit.*

Em segundo lugar, o dever de contratar médicos com proficiência razoável, pode equiparar a existência de um dever de preparar adequadamente os médicos para usarem a tecnologia em suas dependências, portanto, cabe a responsabilidade dos hospitais por erros médicos causados pelo uso inadequado do diagnóstico e ferramenta de AI de tratamento.

CONCLUSÃO

À luz da breve análise realizada, podemos afirmar que estamos diante de uma nova realidade no qual a medicina depende de ferramentas de tecnologia da informação em saúde projetadas para fornecer aos médicos e a outros profissionais suporte à decisão clínica, ou seja, assistência nas tarefas de tomada de decisão para o tratamento dos pacientes, fornecendo um diagnóstico mais preciso e as melhores escolhas de tratamento.

Como visto, a responsabilidade decorrente do uso da IA no setor da saúde pode ser enquadrada em regras de negligência, no entanto, o uso de ferramentas de tecnologia da informação em saúde poderão interromper drasticamente o relacionamento típico entre médico e paciente, circunstâncias estas que causam problemas de causalidade, dificultando ao paciente prejudicado estabelecer um nexo causal entre o dano e a conduta ilícita.

Portanto, no Brasil, caso os operadores do direito sigam interpretando os danos à saúde sob regras de negligência médica, cuja a responsabilidade é subjetiva, o conceito de negligência médica terá que ser reformulado.

Concluiu-se também que a simples aplicabilidade das normas de protocolos médicos traz o perigo de alocações injustas de responsabilidades, considerando o fato de que a IA revela-se uma realidade muito mais complexa do que os parâmetros médicos tradicionais.

No entanto, a abordagem da responsabilidade civil enfrentaria a desvantagem do fato de que, se não houver um órgão responsável pela avaliação dessas ferramentas de tecnologia da informação em saúde, como enfatizado por Jerry Fishenden, os fabricantes de tecnologia deixarão de rotular seu software como IA para escapar da regulamentação.[20]

No entanto, uma alternativa viável para a análise das responsabilidades ao caso concreto deverá ser o desenvolvimento de princípios legais para garantir a prestação de contas entre as etapas de desenvolvimento da tecnologia e uso posterior da tecnologia fornecida pela IA.

20 UK'S PARLIAMENT, Select Committee on artificial intelligence collated written evidence volume - House of Lords(UK) - Statement of Cooley (UK) LLP (written evidence AIC0217) available on https://www.parliament.uk/documents/lords-committees/Artificial-Intelligence/AI-Written-Evidence-Volume.pdf acesso em 20.07.2020

Uma responsabilidade compartilhada, a priori, compartilhar a responsabilidade entre todas as partes interessadas envolvidas no desenvolvimento, fabricação e uso da tecnologia - devem ser considerados, a fim de evitar que a vítima (paciente prejudicado) com o fardo de demonstrar e provar o erro médico e um nexo de causalidade entre o erro e o dano.

De acordo com a necessidade de criar um princípio legal de responsabilidade compartilhada, o papel do autocumprimento não deve ser desconsiderado, doravante, as partes interessadas envolvidas nesse processo devem seguir os códigos de conduta e ética na medicina.

Nos Estados Unidos foi estabelecido um Código de Conduta no qual foram estabelecidos sete princípios e que poderão servir como norte as interpretações no Brasil, quais sejam:

(i) Consciência: Proprietários, designers, construtores, usuários, e outras partes interessadas dos sistemas analíticos devem estar cientes dos possíveis vieses envolvidos no seu design, implementação e uso e os possíveis danos que podem causar a indivíduos e a sociedade;
(ii) Acesso e reparação: os reguladores devem incentivar a adoção de mecanismos que permitem questionar e reparar indivíduos e grupos que são afetados por decisões informadas por algoritmos;
(iii) Responsabilidade: as instituições devem ser responsabilizadas pelas decisões tomadas pelos algoritmos que elas usam, mesmo que não seja viável explicar em detalhes como os algoritmos produzem seus resultados;
(iv) Explicação: Sistemas e Instituições que usam a tomada de decisão algorítmica devem ser incentivados a produzir explicações em relação aos procedimentos seguidos pelo algoritmo e às decisões específicas que irão utilizar, principalmente em contextos de políticas públicas;
(v) Origem dos dados: A descrição detalhada de como os dados foram coletados deve ser mantida pelos fabricantes destas tecnologias, acompanhados de uma exploração dos vieses potenciais induzidos pelo processo humano ou algorítmico de coleta de dados;
(vi) Auditabilidade: modelos, algoritmos, dados, e as decisões devem ser registradas para que possam ser auditadas nos casos em que haja suspeita de dano;
(vii) Validação e teste: as instituições devem usar métodos rigorosos para validar seus modelos e documentar esses métodos e resultados. Em particular, deverão avaliar e determinar se os modelos geram danos

discriminatórios.[21]

Esses princípios abordam alguns dos principais obstáculos à compensação por danos no escopo do uso de ferramentas de tecnologia da informação na saúde.

Os princípios de conscientização e proveniência de dados visam fornecer uma orientação quanto a coleta dos dados iniciais sob os quais o sistema funcionará e permitirá que os pacientes coletem evidências sobre a falha do software que levou a um diagnóstico ou opção de tratamento quando a falha for resultado de um erro ou viés de dados.

Por outro lado, os princípios de prestação de contas e explicação abordam a caixa preta da tecnologia, promovendo práticas de transparência a serem adotadas entre aqueles que desenvolvem tecnologias dessa natureza. Sob esses princípios, instituições que usam algoritmos para fins clínicos de tomada de decisão devem produzir explicações sobre como os algoritmos trabalham, mesmo que - devido à obscuridade e opacidade do algoritmo - não seja possível fornecer uma explicação detalhada e completa.

Esse entendimento é de grande importância, uma vez que a falta de conhecimento sobre como funcionam os algoritmos utilizados para diagnóstico e tratamento médico, pode ser considerado como uma causa de exclusão de responsabilidades.

O princípio da auditabilidade é fundamental, uma vez que o mesmo visa obrigar as instituições a manter registros dos modelos, algoritmos e dados utilizados, bem como a tomada de decisões tomadas nesse campo, como forma de promover a transparência e facilitar o acesso a informações em caso de auditorias.

As auditorias são necessárias para alcançar uma alocação de responsabilidades mais claras e precisas para definir as responsabilidades e facilitar as chances das vítimas de obter a compensação pelos danos causados após um diagnóstico e prescrição errada de um tratamento.

Em suma, existe um consenso entre a comunidade tecnológica, jurídica e médica de que princípios e regras de transparência e responsabilidade devem ser projetados e aplicados neste escopo a fim de que, mais do que definir a alocação de responsabilidades entre os atores envolvidos, forneça uma mais proteção a todos os pacientes cujo diagnóstico, tratamentos médicos ou decisões médicas de qualquer natureza é substancialmente decidida pelos algoritmos de aprendizado de máquina.

21 Association for Computing Machinery US Public Policy Council (USACM), Statement on Algorithmic Transparency and Accountability, January 12 2017, available on https://www.acm.org/binaries/content/assets/publicpolicy/2017_usacm_statement_algorithms.pdf Acesso 28.07.2020

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOULSI, Isabelle and Wilson, Petra Understanding Liability in eHealth: Towards Greater Clarity at European Union Leve" in George, Carlisle; Whitehouse, Diane and Duquenoy, Penny *eHelath: Legal, Ethical and Governance Challenges*, Springer 2013.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. Telemedicina contra a COVID-19. Disponível em: [https://amb.org.br/noticias/telemedicina-contra-o-covid-19/]. Acesso em: 10.04.2020.

BARBOSA, Paulo Roberto B. **Informática médica e telemedicina.** Anais da Academia Nacional de Medicina, São Paulo, v. 160, n. 2, p. 121-123, jul./dez. 2000.

BAROLD, S. Serge. **Willem Einthoven and the Birth of Clinical Electrocardiography a Hundred Years Ago.** Cardiac Electrophysiology Review, Cham, v. 7, n. 1, p. 99-104, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. BRASIL. Ministério da Saúde. Telessaúde. Disponível em: [www.saude.gov.br/telessaude/]. Acesso em: 10.04.2020.

CAPITÃO, António; LEITE, Patrícia; ROCHA, Álvaro. **Telemedicina: Uma análise da situação portuguesa.** Iberian Conference on Information Systems and Technologies. Águeda: CISTI. 2008. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/278020133_Telemedicina_Uma_analise_da_situacao_portuguesa]. Acesso em: 10.04.2020.

CHUNG, Jason**.** "What Should We Do About Artificial Intelligence in Health Care?" New York University, 2017. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3113655 Acesso em 15.07.2020.

CLARKE, Roger. **Profiling: a hidden challenge to the regulation of data surveillance.** Journal of Law, Information and Science, Hobart, v. 4, n. 2, p. 403-, dez. 1993.

CORREA. Adriana Espíndola. Reflexão sobre as potencialidades da informação como tutela da autonomia privada no âmbito contratual. **Revista da Fa-**

culdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 35, p. 121-133, 2001.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção de direitos de personalidade e a responsabilidade civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 216-234, 2017.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. **"Corpo Eletrônico" como vítima de ofensas em matéria de tratamento de dados pessoais**: reflexões acerca da responsabilidade civil por danos à luz da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira e a viabilidade da aplicação da noção de dano estático ao mundo digital. In: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula (Coords.). Responsabilidade civil: novos riscos. Indaiatuba: Foco, 2019.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Direito da proteção de dados.** Coimbra: Almedina, 2020.

COVENTRY, Linne; BRANLEY, Dawn Beverley Branley. **Cybersecurity in healthcare:** A narrative review of trends, threats and ways forward. Maturitas, [S.l.], v. 103, p. 48-52, jul. 2018.

COX, Holly *Medical Device Software: Who Is Responsible When Something Goes Wrong?* available on https://ohiotiger.com/medical-device-software-defects/.

14. DALLARI, Analluza Bolivar. Impactos da LGPD na saúde suplementar e a aprovação do parecer sobre MP 869/2018. Consultor Jurídico, 07.05.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-mai-07/analluza-dallari-impactos-lgpd-saude-suplementar]. Acesso em: 10.04.2020.

DATOS MOVING CARE FOWARD. The world's first provider of a field-proven Remote Care Telemedicine that is already in use in Israel and in the USA. Disponível em: [www.datos-health.com/coronavirus/]. Acesso em: 09.04.2020.

DAVIS, Jessica. 30 percent of online health databases expose patient data. Health IT Security, 12 dez. 2018. Disponível em: [https://healthitsecurity.com/news/30-percent-of-online-health-databases-expose-patient-data]. Aces-

so em: 10.04.2020.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço:** um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados** (Lei 13.709/2018). In: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula (Coords.). Responsabilidade civil: novos riscos. Indaiatuba: Foco, 2019.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EUROPEAN COMMISSION. Towards a thriving data-driven economy. Communication from the commission to the European Parliament, the council, the European economic and social Committee and the committee of the regions. Bruxelas, 2014.

EUROPEAN UNION. Market study on telemedicine. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2018.

FARIA, Paula Lobato de; CORDEIRO, João Valente. Health data privacy and confidentiality rights: Crisis or redemption? **Revista Portuguesa de Saúde Pública**, Lisboa, v. 32, n. 2, p. 123-133, jul./dez. 2014.

FUCHS, Christian. **Internet and society:** social theory in the information age. Londres: Routledge, 2008.

GARCIA, Lara Rocha. **Inovação tecnológica e direito à saúde:** aspectos jurídicos, econômicos, tecnológicos e de políticas públicas. Curitiba: Juruá, 2017.

GEDIEL, José Antônio Peres. Direito e Bioética. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, a. 29, n. 29, p. 255-257, 1996.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano.** In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repen-

sando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GIDDENS, Anthony. **Modernity and self-identity:** self and society in the late modern age. Cambridge: Polity Press, 1991.

GONÇALVES. Mariana Alpalhão. **Liability arising from the use of Artificial Intelligence for the purposes of medical diagnosis and choice of treatment**: who should be held liable in the event of damage to health? Tilburg University. August 2018.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2019.

HALE, T. M., KVEDAR, Joe C. **Privacy and Security Concerns in Telehealth**. Virtual Mentor , [S.l.], v. 16, p, 981-985, dez. 2014.

HILLIS, Ken. **Digital sensations:** space, identity, and embodiment. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999. IHDE, Don. Bodies in technology. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2019.

LA PIETRA, L.; Molendini, Calligaris; Quattrin, R.; Brusaferro, S. *Medical errors and clinical risk management: state of the art* available on https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2639900/pdf/0392-100X.25.339.pdf Acesso em 20.07.2020.

LEÃO, Camila Furtado; COELHO, Maria Emília da Silva; SIQUEIRA, Adriane Oliveira et al. O uso do WhatsApp na relação médico-paciente. **Revista Bioética**, Brasília, v. 26, n. 3, p. 412-419, dez. 2018. LOVELUCK, Benjamin. Redes, liberdades e controle: uma genealogia política da Internet. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petropólis: Vozes, 2018.

LENARDON, Joao Paulo de Almeida *The regulation of artificial intelligence* available on http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142832.

MARR, Bernard The Amazing Ways How Artificial Intelligence And Ma-

chine Learning Is Used In Healthcare, available on https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2017/10/09/the-amazing-ways-how-artificial-intelligenceand-machine-learning-is-used-in-healthcare/#71eee5dc1c80 acesso em 20.07.2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Artigo 19 do Marco Civil da Internet gera impunidade e viola a Constituição. Consultor Jurídico, 21.11.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-nov-21/guilherme-martins-artigo-19-marco-civil-internet-gera-impunidade]. Acesso em: 10.04.2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Segurança, boas práticas, governança e compliance.** In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei 13.709/2018, com alteração da Lei 13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

MATTHENEUS, Paul. Telemedicine vendor breaches the data of 2.4 million patients in Mexico. Mattheneus HTA, 7 ago. 2018. Disponível em: [https://mattheneus-healthcare.com/2018/08/07/telemedicine-vendor-breaches-the-data-of-2-4-million-patients-in-mexico/]. Acesso em: 10.04.2020.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais,** Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, 2018.

NOGAROLI, Rafaella. Breves reflexões sobre a pandemia do coronavírus (Covid-19) e alguns reflexos no direito médico e da saúde. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1015, maio 2020.

O'FLAHERTY, Kate. Why cyber-criminals are attacking healthcare – and how to stop them. Forbes, 5 out. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2JXtvjz. Acesso em: 10 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Rolling Updates on Coronavirus Desease (Covid-19). 07 mar. 2020. Disponível em: [www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen]. Acesso em: 10.04.2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Global Observatory for eHealth. Genebra: WHO, 2005. Disponível em: [www.who.int/goe/en/]. Acesso em: 10.04.2020.

PARKINS, David. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. The Economist, 06 maio 2017. Disponível em: [www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data]. Acesso em: 10.04.2020.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Os avanços da telemedicina com o novo coronavírus. Disponível em: [www.mtitecnologia.com.br/os-avancos-da-telemedicina-com-o-novo-coronavirus-por-paula-moura-francesconi-de-lemos-pereira%C2%B9-doutora-em-direito-civil/]. Acesso em: 10.04.2020.

PETIT, Nicolas *Law and regulation of artificial intelligence and robots: conceptual framework and normative implications*, available on https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2931339.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito digital. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. RAPOSO, Vera Lucia. "Você tem uma nova mensagem": a prestação de cuidados de saúde na era da telemedicina. Lex Medicinae: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra: Coimbra Editora, ano 10, n. 20, p. 17-44, 2013. RAPOSO, Vera Lucia. Telemedicine: the legal framework (or the lack of it) in Europe. GMS Health Technology Assessment, [S.l.], v. 12, Doc. 3, 2016. Disponível em: [https://dx.doi.org/10.3205/hta000126]. Acesso em: 10.04.2020.

PRICE, W. Nicholson Medical Malpractice and Black-Box Medicine available on https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2910417 Acesso 23.07.2020

RIBEIRO, José Medeiros. **Saúde digital:** um sistema de saúde para o século XXI. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019.

SCHAEFER, Fernanda. **Procedimentos médicos realizados à distância e o CDC.** 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

SCHAEFER, Fernanda. **Proteção de dados de saúde na sociedade de informação:** busca pelo equilíbrio entre privacidade e interesse social. Curitiba: Juruá, 2010.

SCHAEFER, Fernanda. **Telemática em saúde e sigilo profissional:** a busca pelo equilíbrio entre privacidade e interesse social. Curitiba: Juruá, 2010. SCHAEFER, Fernanda. Telemedicina e proteção de dados de saúde. In: COR-

REA, Felippe Abu-Jamra (Org.). Diálogos entre Direito e Medicina: estudos em homenagem ao CRM/TO. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

SCHAEFER, Fernanda; GONDIM, Glenda Gonçalves. **Telemedicina e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.** In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana (Coords.). Responsabilidade civil e medicina. Indaiatuba: Foco, 2020.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial.** Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

Stanford University *Artificial intelligence and life in 2030 one hundred year study on artificial intelligence – Report of the 2015 study panel*, September 2016 available on https://ai100.stanford.edu/sites/default/files/ai100report-10032016fnl_singles.pdf Acesso em 20.07.2020.

TAITSMAN, Julie K.; GRIMM, Christi M.; AGRAWAL, Shantanu. Protecting patient privacy and data security. The New England Journal of Medicine Perspective, Waltham, v. 368, p. 977-979, mar. 2013. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. A saúde na sociedade da vigilância: como proteger os dados sensíveis?. Disponível em: [www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/324485/a-saude-na-sociedade-da-vigilancia-como-proteger-os--dados-sensiveis]. Acesso em: 14.04.2020.

TEN HAVE, Harry A. Cybermedicine and e-ethics Medicine. Health Care and Philosophy, Bethesda, v. 5, n. 2, p. 117-119, 2002. Disponível em: https://doi.org/10.1023/a:1016058308128. Acesso em: 10 abr. 2020.

THOMAS, Shailin. 2017. "Democratized Diagnostics: Why Medical Artificial Intelligence Needs Vetting" Originally published on September 22, 2017, on the Petrie-Flom Center for Health Law Policy, Biotechnology, and Bioethics Bill of Health blog.

TSANG, Lincoln; Kracov, Daniel A.; Mulryne, Jacqueline; Strom, Louise; Perkins, Nancy; Dickinson, Richard; Wallace, Victoria M. and Jones, Bethan The Impact of Artificial Intelligence on Medical Innovation in the European Union and United States, available on

https://www.arnoldporter.com/~/media/files/perspectives/publications/2017/08/the-impact-of-artificialinteelligence-on-medical-innovation.pdf acesso 20.07.2020.

UK'S PARLIAMENT, Select Committee on artificial intelligence collated written evidence volume - House of Lords(UK) - Statement of Cooley (UK) LLP (written evidence AIC0217) available on https://www.parliament.uk/documents/lords-committees/Artificial-Intelligence/AI-Written-Evidence-Volume.pdf acesso em 20.07.2020.

VARELLA, Dráuzio https://drauziovarella.uol.com.br/videos/repensando-a--medicina-o-que-e-o-watson/ acesso 25.07.2020.

ZHOU, Leming; THIERET, Robert; WATZLAF, Valerie et al. A telehealth privacy and security self-assessment questionnaire for telehealth providers: development and validation. **International Journal of Telerehabiliation**, Pittsburgh, v. 11, n. 1, p. 3-14, 2019.

YOUNG, Jeremy D.; BORGETTI, Scott A.; CLAPHAM, Philip J. Telehealth: Exploring the Ethical Issues. **DePaul Journal of Health Care Law**, Chicago, v. 19, 2018, p. 1-15.

7

A COMPATIBILIDADE DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL ATRAVÉS DAS FERRAMENTAS ELETRÔNICAS COM OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

Laercio Lima Coelho Teixeira
Especialista em Direito Processual Civil
pela Universidade Anhanguera - Uniderp
Membro do Cadastro Nacional de Conciliadores do CNJ
Oficial de Justiça Avaliador Federal

RESUMO: O artigo analisa o impacto da Pandemia do COVID-19 nas atividades judicantes do Poder Judiciário, mais especificamente no que tange a comunicação dos atos processuais. Ressalta como o uso da tecnologia foi potencializado, ante a necessidade do isolamento social, e como isso influenciou o uso das ferramentas eletrônicas para a realização das citações e intimações judiciais. Defende nova interpretação do conceito de citação/intimação pessoal e que essa nova dinâmica seja implementada definitivamente, haja vista os benefícios de economia de tempo e custos públicos. Por fim, destaca que essa nova leitura do conceito de comunicação real atende aos princípios processuais constitucionais, bem como ao modelo cooperativo de processo, consagrado no Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Pandemia COVID-19. Comunicações processuais. Ferramentas eletrônicas.

1. BREVE EXPLANAÇÃO DO CENÁRIO DO CORONAVÍRUS NO BRASIL E SEUS IMPACTOS NAS ATIVIDADES DO PODER JUDICIÁRIO

Desde o final de 2019 foi identificada uma variação da família coronavírus denominada de COVID-19 (Sars-CoV-2), altamente contagiosa, que se alastrou rapidamente e passou a fazer vítimas em diversos países.

Com isso, no dia 11/03/2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS)

declarou pandemia da doença e passou a recomendar diversas providências a fim de evitar a proliferação do contágio.

No Brasil, para o enfrentamento da doença, foi editada a Lei Federal nº 13.979/2020 que, ao reconhecer o estado de emergência na saúde pública, determinou uma série de medidas sanitárias com o objetivo de resguardar a saúde da população.

Em face da ausência de medicação eficaz, bem como de vacina, tornou-se consenso dentro do meio científico de que a forma mais eficiente para evitar a proliferação em massa do vírus e impedir o colapso dos sistemas de saúde seria o isolamento social.

A partir de então, foi determinado o fechamento e a suspensão dos serviços que não fossem considerados absolutamente essenciais, de uma maneira nunca antes vivenciada. Inclusive, com o cancelamento de voos e o fechamento dos aeroportos, severas limitações aduaneiras e até mesmo restrições ao direito de ir e vir dos cidadãos (*lockdown*).

Naturalmente, o Poder Judiciário também precisou restringir suas atividades presenciais e se readequar à nova dinâmica imposta pelo confinamento.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 313, de 19/03/2020, que criou a figura paradoxal do 'Plantão Extraordinário Ordinário', e estabeleceu a suspensão de todo o expediente presencial no âmbito das repartições.

Fato interessante, ao se analisar o teor das portarias, resoluções e recomendações, exaradas pelo CNJ pertinente ao assunto, foi observar a teleologia da autoridade regulamentadora. No início da pandemia, em meados de março, talvez pelas incertezas quanto às consequências e duração da doença, enxergava-se a ideia de temporaneidade no conteúdo dos atos.

À época, suspenderam-se os procedimentos que não se enquadrassem dentro do conceito de matérias urgentes.

No entanto, com o passar dos meses e a falta de perspectiva real para uma solução definitiva, leia-se o desenvolvimento de vacina, o mesmo legislador entendeu que essa situação excepcional precisava receber tratamento que permitisse a continuidade da prestação dos serviços judiciais, considerada sua essencialidade, sob pena do Poder Judiciário parar indeterminadamente.

A título de exemplo, tem-se a Resolução nº 314/2020, que restabeleceu a contagem dos prazos processuais de autos eletrônicos, antes paralisados.

Após um pequeno período de estabilização, afinal todos precisaram se readequar, o Judiciário voltou a funcionar e os processos passaram a tramitar regularmente. Audiências de conciliação, oitiva de testemunhas, sustentações orais,

sessões de julgamento, agendamentos para despachar com o Juiz e até perícias médicas passaram a ser realizadas virtualmente. Consequentemente, as comunicações processuais, em sua maior parte, também passaram a ocorrer dessa maneira.

Tendo isto em mente, alguns tribunais editaram atos normativos para permitir a realização de comunicações via ferramentas telemáticas, inclusive dispensando a necessidade do cadastro prévio, também chamado de termo de adesão.

Apenas para exemplificar, menciona-se o Provimento nº 10/2020[1] da Corregedoria-Geral da Justiça do Ceará, que autoriza os oficiais de justiça a realizarem o cumprimento dos mandados de citação e intimação por e-mail ou aplicativo de mensagens (*WhatsApp* ou similar).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais publicou a Portaria Conjunta nº 952/PR/2020[2], na qual, em seus artigos 15 e 16, recomenda-se que os oficiais de justiça diligenciem mandados por meios eletrônicos. O Tribunal do Estado de Goiás também editou ato semelhante[3], assim como a Justiça Federal de Pernambuco, que, por meio da Portaria nº 53/2020, criou a plataforma digital "e-CEMAN".

Nesse diapasão, haja vista o grande arcabouço de mudanças que foram colocadas em práticas pelos tribunais no dia a dia virtual forense, alguns juristas passaram a questionar a legalidade e até mesmo a constitucionalidade dessas novas soluções, sob o fundamento de que reinterpretar as regras postas, ainda que circunstancialmente, seria violar o princípio máximo do devido processo legal e criar precedentes capazes de enfraquecer os direitos fundamentais.

---

1 Art. 2º - O oficial de justiça fica autorizado a realizar intimação e notificação, por e-mail ou aplicativo de mensagens (WhatsApp ou similar) [...], reputando-se realizada a identificação com a confirmação de leitura, aferida pelo ícone correspondente do aplicativo, mediante o envio de resposta ou outro meio idôneo que comprove a ciência da parte da ordem constante do mandado ou ofício.

§1º - Admite-se a utilização de chamada de áudio ou de vídeo, por telefone ou aplicativo, para a efetivação de ato de intimação ou de notificação, observado tempo de contato suficiente para a devida certificação dos termos do mandado ou do ofício, certificando-se todo o ocorrido de modo circunstanciado e sob a fé pública.

§2º - Nas hipóteses de cumprimento de medidas liminares e de antecipações de tutela de qualquer natureza, inclusive no âmbito dos juizados especiais, a citação poderá ser realizada na forma deste provimento.

§3º - Havendo dúvida sobre a regularidade da comunicação, nos casos mencionados neste artigo, o juiz ordenará, fundamentadamente, a repetição do ato.

2 Art. 15.

Parágrafo único. Sempre que possível, no cumprimento dos mandados cíveis e criminais, os oficiais de justiça poderão se valer do disposto nos arts. 246, V, e 270 do Código de Processo Civil - CPC, salvo determinação em contrário do juiz competente.

Art. 16. *As superintendências judiciárias, com o apoio das Secretarias administrativas, deverão buscar alternativas para cumprimento de ordens judiciais via "web", propondo à administração solução técnica para implementação emergente.*

3 Provimento da Corregedoria n. 12/2020 03 de abril de 2020.

2. A PANDEMIA DO COVID-19 E SEU IMPACTO NAS ATIVIDADES DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL - USO DAS FERRAMENTAS ELETRÔNICAS

A citação está prevista no art. 238 e ss do Código de Processo Civil (CPC). A intimação, por sua vez, no art. 269 e seguintes.

Como o legislador não conceituou exatamente cada uma das modalidades de citação e intimação, restou ao operador do direito fazer uso, caso necessário, da ciência hermenêutica para interpretá-las.

No que diz respeito à citação/intimação pessoal (real), prevista em inúmeros dispositivos espalhados pelo Código, a exegese sempre foi literal, ou seja, pessoal seria toda aquela realizada na presença física do destinatário, comumente executada mediante o oficial de justiça ou pelo serventuário em cartório de secretaria.

Porém, em virtude do avanço da tecnologia e dos novos meios de comunicação, como as ferramentas do *WhatsApp*, *Zoom*, *Google Meet*, *Symba, Polycom,* ou simplesmente o correio eletrônico (e-mail), que tiveram seu uso extremamente potencializado em tempos de pandemia, torna-se necessário fazer uma releitura desse conceito para reclassificá-lo.

Isto porque com a pandemia da COVID-19 as citações e intimações eletrônicas deixaram de ser suscitadas como simples instrumento de modernização e tornaram-se absolutamente indispensáveis.

As mudanças experimentadas foram tão significativas que o cientista e pesquisador Silvio Meira arrematou: "há décadas em que não acontece nada. E há semanas em que décadas acontecem. Estamos vivendo semanas épicas, que são quase certamente um ponto de troca de época, de uma era analógica para outra, digital"[4].

Tanto que, inobstante a ausência de previsão legal específica, a comunicação por meios telemáticos passou ser a modalidade prioritária das repartições públicas, inclusive do Poder Judiciário. E não surpreendentemente trouxe extraordinária eficácia ao serviço de comunicação nunca antes vista.

Até os rigorismos excessivos, estabelecidos nas raras hipóteses em que o tema é regulamentado, foram flexibilizados. E não poderia ser diferente, uma vez que por determinação das autoridades de saúde todos deveriam permanecer em isolamento social.

4 MEIRA, SILVIO. **Silvio Meira fala sobre o pós-pandemia no Instagram da Positiva - Diretoria de Inovação da UFPE,** 30 de abril de 2020 às 17h47. Disponível em: <https://www.ufpe.br/covid-19/ascom/-/asset_publisher/hdBGtsdgB5Ee/content/silvio-meira-fala-sobre-o-pos-pandemia-no-instagram-da-positiva-diretoria-de-inovacao-da-ufpe/40615> Acesso: 09 de julho de 2020 às 21h30.

Aqui cabe ressaltar que não se propõe que a nova interpretação do conceito torne-se modalidade obrigatória. Até porque, antes de qualquer coisa, o ponto fulcral deve ser garantir o direito de acesso à justiça em seu mais amplo espectro.

Mas a realidade é que o Brasil possui, atualmente, mais de 220 milhões de celulares, dentre os quais 70% são *smartphones*, segundo a Fundação Getúlio Vargas ao analisar pesquisa de 2019. Ademais, dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - Tecnologia da Informação e Comunicação (PNAD Contínua TIC) de 2018, e divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 29 de abril de 2020, assentaram que 79,3% dos brasileiros com 10 anos ou mais têm aparelhos celulares para uso pessoal, com ou sem internet. Desse percentual, 88,5% representam pessoas com acesso à rede.

E, para o bem ou para o mal, a realidade das relações sociais e humanas não espera a sensibilidade de um judiciário conservador. A verdade é que as alterações perpetradas durante o período de crise da COVID-19 iriam acabar por acontecer mais cedo ou mais tarde, o que a pandemia fez foi acelerá-las.

3. DO APLICATIVO DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS – *WHATSAPP*

A título de exemplo de ferramenta eletrônica, menciona-se o aplicativo *WhatsApp,* por ser o de maior popularidade no Brasil. Gratuito, ele é acessível mediante senha e tem suas conversas criptografadas por meio da tecnologia de ponta a ponta.

Para usá-lo é necessário um número de celular - também acessado através de senha pessoal, biometria digital, facial ou ocular. Vê-se que a ferramenta atende às predicações dispostas na Lei nº 12.965/2014 (marco civil da internet), que obriga as operadoras e mantenedoras de aplicativos a guardarem sob sigilo dados e registros dos usuários.

Logo, ainda que sujeito a remota e eventual hipótese de falibilidade, é manifesto que os protocolos de segurança asseguram o respeito à intimidade e a privacidade do usuário.

Assim, uma vez certificado que o destinatário da comunicação é efetivamente a pessoa com quem se está dialogando, deve-se compreender que esse ato processual foi sim realizado pessoalmente. Muito mais privada, diga-se de passagem, do que a citação por carta postal com aviso de recebimento, também classificada como do tipo real.

Atente-se que as chances da comunicação ser efetivada mais rapidamente se dá através dos meios telemáticos, na medida em que, mesmo ausente da residência, existirá sempre a alta probabilidade da pessoa estar de posse do aparelho celular ou *smartphone*.

Além do mais, o aplicativo *WhatsApp,* assim como o e-mail, possui o mecanismo de confirmação de leitura mediante os dois traços azuis, que acaba por produzir prova verificável e inquestionável do envio e entrega da mensagem ao destinatário, assim como de seu conteúdo original, incluindo os arquivos anexos. Entende-se, assim, que estaria caracterizada a teoria da ciência inequívoca, encampada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

E isso apenas para os casos em que a parte destinatária se mantiver silente ou recusar a escrever nota de ciente. Sem esquecer, claro, da fé pública atestando a veracidade, quando o ato for praticado pelo oficial de justiça, que pode, inclusive, agregar diversas ferramentas na mesma diligência. Por exemplo, comunicar o teor da ordem judicial através ligação telefônica, bem como enviar os documentos via *WhatsApp* e e-mail.

Destaca-se que o CNJ passou a reconhecê-lo expressamente como ferramenta de comunicação judicial em 2017, no julgamento do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) nº 0003251-94.2016.2.00.0000[5].

A relatora do processo, Conselheira Daldice Santana, apontou que a prática teria facilitado demasiadamente o sistema de intimações ao ajudar na localização das partes, já que, atualmente, as pessoas andam sempre com seus celulares e possibilitado até a oitiva de testemunhas domiciliadas no exterior. Disse, ainda, que essa modalidade reduz a exposição do destinatário, pois com a menor visibilidade há a diminuição de um possível e eventual constrangimento ao cidadão.

A Conselheira pontuou que "além de redução de custos, há também diminuição do estresse dos servidores, que não precisam ficar ouvindo reclamações de partes insatisfeitas, ao contrário do que ocorre quando os atos de comunicação são praticados pelo telefone. Em audiência, é até muito comum que as partes perguntem se vão receber as decisões e sentenças pelo aplicativo e se mostram satisfeitas quando a resposta é afirmativa. Pouquíssimas pessoas não aceitam".

5 PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL. INTIMAÇÃO DAS PARTES VIA APLICATIVO WHATSAPP. REGRAS ESTABELECIDAS EM PORTARIA. ADESÃO FACULTATIVA. ARTIGO 19 DA LEI N. 9.099/1995. CRITÉRIOS ORIENTADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS. INFORMALIDADE E CONSENSUALIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. O artigo 2º da Lei n. 9.099/1995 estabelece que o processo dos Juizados será orientado pelos "critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação".

2. O artigo 19 da Lei n. 9.099/1995 prevê a realização de intimações na forma prevista para a citação ou por "qualquer outro meio idôneo de comunicação".

3. A utilização do aplicativo whatsapp como ferramenta para a realização de intimações das partes que assim optarem não apresenta mácula.

4. Manutenção dos meios convencionais de comunicação às partes que não se manifestarem ou que descumprirem as regras previamente estabelecidas.

5. Procedência do pedido para restabelecer os termos da Portaria que regulamentou o uso do aplicativo whatsapp como ferramenta hábil à realização de intimações no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Comarca de Piracanjuba/GO.

4. DA NECESSIDADE DE MELHOR REGULAMENTAÇÃO - DISPENSANSABILDIADE DO CADASTRO PRÉVIO - MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

Sobre o tema abordado existe uma série de leis e atos regulamentativos.

Destacam-se os dispositivos 193, 246, inciso V, e o art. 270 do Novel Diploma Processual que preveem expressamente a comunicação eletrônica.

Importante registrar também a Lei nº 11.419/2006, disciplinadora do Processo Eletrônico, pois foi com sua edição que se enxergou a inovação tecnológica como aliada do Poder Judiciário. Os artigos 5º, 6º e 9º da lei fixam o preceito no qual todas as citações e intimações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico. O parágrafo primeiro do art. 9º reforça a tese ao estabelecer que toda comunicação processual, que permitir vista integral dos autos à parte destinatária, será considerada como vista pessoal para todos os efeitos legais.

Nesse mesmo raciocínio, o CNJ normatizou o uso do processo eletrônico por meio da Resolução nº 185/2013. Mister citar ainda a Resolução nº 234, de 13 de julho de 2016, que criou a figura do domicílio judicial eletrônico.

Mais recentemente, em meio ao período pandêmico, através da Corregedoria Nacional de Justiça, foi editado o Provimento nº 97, de 27/04/2020[6], que possibilitou o envio de intimações por meio eletrônico ou aplicativo de mensagens instantâneas e chamadas de voz no âmbito das serventias extrajudiciais.

Ainda concernente ao assunto vale mencionar a existência do Projeto de Lei nº 176/2018[7], de autoria do Senador Tasso Jereissati (PSDB/CE), em tramitação desde 2018, e que atualmente se encontra na Câmara dos Deputados. O projeto visa acrescentar no CPC o art. 270-A, para permitir, expressamente, o envio de intimações por aplicativos de mensagens.

Resta assim, evidente, que o ambiente jurídico está cada dia mais digital e, por isso, todos os atores e participantes do processo necessitam acompanhar as transformações tecnológicas. São essas mudanças que favorecem um processo mais célere e eficiente na prestação jurisdicional.

Por outro lado, é imperioso evidenciar que, em que pese os diversos dispositivos recentes, além dos citados, que vislumbraram a tecnologia como instrumento otimizador procedimental, na prática, a maioria ainda não foi concretizado, como é o caso do art. 246, §2, do CPC[8].

6 Provimento Nº 97 de 27/04/2020, Corregedoria Nacional de Justiça, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3284>. Acesso: 20 de julho de 2020 ás 14h00.

7 Atividade Legislativa. **Projeto de Lei do Senado n° 176, de 2018**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132896>. Acesso: 20 de julho de 2020 às 12h00.

8 §1º Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de

Além disso, as normatizações, em maior ou menor grau, acabam por exigir para sua formalização a anuência expressa da parte, mediante cadastro prévio[9].

Com todas as vênias, discordamos desse entendimento, principalmente, sob a égide do atual modelo cooperativo de processo, imposto pelo CPC de 2015.

Os artigos 5º e 6º do Código prescrevem, fundamentalmente, o primado do modelo cooperativo ao estabelecer que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. E que os atores processuais devem comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva.

Sobre o tema leciona o Professor José Rogerio Cruz e Tucci[10]:

> "O fundamento constitucional da boa-fé decorre da cooperação ativa dos litigantes, especialmente no contraditório, que devem participar da construção da decisão, colaborando, pois, com a prestação jurisdicional. Não há se falar, com certeza, em processo justo e équo se as partes atuam de forma abusiva, conspirando contra as garantias constitucionais do devido processo legal.(…) Note-se que a boa-fé processual desdobra-se nos deveres de veracidade e de lealdade na realização dos atos processuais, contemplados nos arts. 77 e 142 do CPC/2015".

Ressalta-se também que é proibido ao destinatário do mandado se utilizar das formas prescritas nas legislações processuais com o intuito protelatório, ou mesmo, para se evadir da tutela jurisdicional. O art. 378 do Código impõe que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Dito isto*,* insistir na necessidade anuência prévia do destinatário para execução do ato judicial, seria o equivalente, *mutatis mutandis,* a exigir o cadastro prévio do endereço físico do réu ou do devedor para o recebimento da petição inicial.

Nunca é demais lembrar que o art. 77 do CPC divulga regra segundo a qual não é dado à parte o direito de criar embaraços à efetividade das decisões judiciais, subtraindo-se da jurisdição, empregando meios maliciosos de ocultação

---

recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

9 Como hipótese ilustrativa menciona-se a Resolução nº 661/2020 do Supremo Tribunal Federal (STF) que dispõe sobre o envio de comunicações processuais e autos de processos eletrônicos por mensagem eletrônica registrada.

10 **FILHO, Alexandre Assaf**. O WhatsApp e a Fé pública do oficial de justiça: a inovação de natureza procedimental, 17 de maio 2019. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/o-whatsapp-e-a-fe-publica-do-oficial-de-justica-a-inovacao-de-natureza-procedimental/> Acesso: 18 de julho de 2020 às 18h00

e oferecendo resistência injustificada à tramitação do processo[11].

Fosse assim não existiria citação/intimação por hora certa (art. 252 e ss do CPC) ou pior, a diligência do oficial de justiça estaria condicionada à boa vontade do destinatário. Analogicamente, seria o caso de um advogado que se insurgisse ao ser convocado a participar de audiência virtual, sem alegar motivo substancialmente relevante.

5. ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS

As garantias constitucionais processuais, previstas na Constituição Federal de 1988 (CF 88), são de imprescindível conhecimento para interpretar as normas processuais infraconstitucionais. O próprio CPC, no seu art. 8º, prescreve que os valores constitucionais devem ser o norte do aplicador da lei.

Dentre os vários princípios constitucionais, entende-se que dois deles se destacam e merecem comentários.

O primeiro deles, considerado como superprincípio ou princípio máximo, é o devido processo legal, previsto no artigo 5,º inciso LIV, da CF 88. Em aspecto processual-formal consagra a ideia de respeito às regras do jogo processual e ao complexo de garantias previstas pelo legislador constituinte.

O segundo princípio pertinente ao tema abordado é o do contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LV, da CF 88. Em sede conceitual é a obrigatoriedade de informar a parte para que tenha ciência dos acontecimentos e então analise e decida as estratégias possíveis de reação ao que fora apresentado.

Nesse diapasão, entende-se que a comunicação pessoal eletrônica atende à finalidade da norma legal, no âmago da sua essência, respeitando o comando máximo do devido processo legal e assegurando o contraditório.

Ademais, ao materializar o contraditório, acaba por garantir também a regra processual que proíbe decisões surpresas[12].

As comunicações eletrônicas podem também ser legitimadas pelo princípio da instrumentalidade das formas, pois mesmo que de forma atípica, tendo o ato sido realizado à luz do devido processo legal e não existindo prejuízo comprovado, merece ser reputado válido, porque não viciado[13].

---

11 op. cit.

12 Art. 10. *O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*

13 Incidência do Princípio da Instrumentalidade das formas elencado no artigos do CPC:

Art. 188: *Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial*".

A mesma linha de raciocínio foi aplicada pelo STJ quando encampou a teoria das nulidades: "O atual CPC[14]prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais" (STJ, RT 659/183).

Sobressaltada a premissa do objetivo da comunicação processual, qual seja, dar ciência da demanda e dos atos e termos do processo ao seu destinatário, o fim sempre deverá prevalecer em detrimento da forma.

Nesse particular, torna-se importante salientar a grande economia processual que o método da citação/intimação eletrônica proporciona em termos de redução de tempo[15].

Nesse aspecto, relevante citar a circunstância de que o procedimento eletrônico possibilita ao Oficial de Justiça consumir seu tempo naquelas atividades externas realmente indispensáveis, como penhoras, avaliações, buscas e apreensões, remoções, arrestos, sequestros, demolições e constatações. Além disso, viabiliza o cumprimento de um mandado instantaneamente, que, *a priori*, poderia levar dias ou até semanas.

Art. 277. *Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.*

Nesse sentido jurisprudência recente:

"É válida a citação por telefone, caso seja evidenciada a ausência de prejuízo para a parte e se constatado nos autos que os fins a que se destinava o ato processual praticado foram atingidos. Dado provimento ao recurso. (TJ-MG - APR: 10024190291278001 MG, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 12/02/2020, Data de Publicação: 19/02/2020)"

"TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE – Notícia de prisão preventiva e suspensão perante o órgão de classe, do patrono que subscreveu a Apelação – Intimação da Autora para informar se tinha conhecimento do ajuizamento da ação ou para constituir novo patrono – Intimação, via telefone – Validade - Hipótese em que a Autora comprometeu-se a regularizar a representação processual - Ciência inequívoca – Fé pública do Oficial de Justiça – Certidão que goza de presunção de veracidade, não questionada – Não cumprimento da determinação - Falta de capacidade postulatória – Ausência de capacidade postulatória – Recurso não conhecido. (TJSP - Acórdão Apelação 1000978-81.2016.8.26.0233, Relator(a): Des. Mario de Oliveira, data de julgamento: 25/11/2018, data de publicação: 27/11/2018, 19ª Câmara de Direito Privado)".

AGRAVO (ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU LIMINARMENTE SEGUIMENTO AO RECURSO EM RAZÃO DA INTEMPESTIVIDADE. AGRAVANTE QUE ALEGA IRREGULARIDADE DA INTIMAÇÃO FORMALIZADA PELA OFICIALA DE JUSTIÇA POR TELEFONE E PELO APLICATIVO WHATSAPP. TESE REJEITADA. POSSIBILIDADE DE INTIMAÇÃO POR TAL MEIO. FINALIDADE ALCANÇADA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 277 DO CÓDIGO PROCESSUALISTA CIVIL VIGENTE." TJ-SC-AGV:40027705920178240000 Laguna, Relatora: Rosane Portella Wolff. Data do julgamento 29/06/2017, Câmara Civil Especial. Data da publicação: 29/06/2017)

14 Art. 282 (…)

§ *O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte*"

15 Art. 5, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988: "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*" (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004);

Art. 4º do CPC: "A*s partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*"

Some-se também a contenção do erário público, notadamente consagrando-se a aplicação do princípio constitucional da eficiência[16].

Sob o prisma financeiro, interessante trazer os dados apresentados pela Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 2ª Região[17], conforme parecer exarado em 2003, ao analisar os custos judiciais das comunicações processuais. Na época foi calculado que a tarifa de ligação comum era de, aproximadamente, R$ 0,23 (vinte e três centavos), enquanto que o custo do telegrama, para a mesma finalidade, seria de R$ 5,38 (cinco reais e trinta e oito centavos) por página.

Ponto importantíssimo ainda não indicado é que comunicação virtual configura-se prática mais sustentável, na medida em que elimina quase que absolutamente o uso do papel.

Por fim, reitera-se que a atual conjuntura legislativa e jurisprudencial é no sentido de, cada vez mais, se prestigiar a divulgação de informações e a utilização de recursos tecnológicos em favor da melhor prestação jurisdicional, com evidente economia de recursos públicos e em harmonia com o que dispõe o art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Republicana[18].

Desta feita, ante a comprovação dos demasiados benefícios, sugere-se a incorporação das ferramentas telemáticas nas comunicações processuais, especificamente no que diz respeito aos atos de citação e intimação para reputá-los como modalidade pessoal, como já ocorre no universo dos juizados especiais.

Como é cediço, no microssistema dos juizados admite-se, há bastante tempo, a prática da comunicação judicial por telefone, sob justificativa de que os atos processuais seriam orientados pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Ora, ciente dos ganhos que a essa dinâmica especializada proporciona não há motivos que justifiquem sua não irradiação plena para o procedimento comum.

CONCLUSÃO

Após essas considerações, resta evidente que o Direito também precisou se reinventar para satisfazer as novas práticas judiciais implementadas em decorrência da pandemia do COVID-19, que representou um divisor paradigmático em

16 Art. 37 da CF/88. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte*: *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

17 PARECER SOBRE INTIMAÇÃO POR TELEFONE NOS JUIZADOS, 2003. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/corregedoria/wp-content/uploads/sites/41/2016/01/parecer_intimacaotelefonica.pdf>. Acesso: 19/07/2020 às 23h00.

18 (REsp 1186276/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 03/02/2011)

vários aspectos sociais, econômicos e culturais.

Juridicamente, novos padrões hermenêuticos precisarão ser estabelecidos a partir dessas mudanças, sob pena do Judiciário ficar à margem dos avanços e não conseguir atender aos anseios impostos na era pós-pandemia.

A considerar que o atual modelo de processo ambiciona resultados efetivos, de modo a garantir a plena satisfatividade do direito tutelado, deve-se repelir os excessos de formalismo - que difere de formalidade[19], complexidade e burocracia.

Longe de representar ofensa legal, admitir as citações e intimações eletrônicas, como modalidade pessoal, é garantir, concretamente, uma prestação jurisdicional ágil e alinhada com os princípios da eficiência, instrumentalidade das formas e o comando norteador das nulidades: *pas de nullité sans grief.*

Assim, estando efetivamente comprovado que o destinatário da comunicação recebeu a mensagem, não há como, em sede preliminar, reputar o ato ilegal por falta de autenticidade. Respeitados os protocolos de segurança e configurado, inequivocamente, que a pessoa citada/intimada foi informada de todo o conteúdo do mandado e certificado ter compreendido o teor da ordem judicial, inclusive das eventuais consequências, a finalidade do ato estará atingida.

Além do mais, os precitados dispositivos clarificam que o Códex Processual prefere, como regra, que a citação e intimação sejam feitas eletronicamente.

Como enfatizado, não se pretende suprimir a leitura convencional sobre as citações e intimações pessoais, apenas admitir que a constante ampliação do uso da internet pelos operadores do Direito sugere uma atualização interpretativa.

Os benefícios são visíveis: é prático, o custo é mínimo e reduz drasticamente o tempo de duração do processo, pois as respostas são conseguidas quase de forma imediata. O que significa, na prática, a expressão do princípio da celeridade[20].

Por fim, conclui-se que as ferramentas eletrônicas têm auxiliado enormemente o desempenho a atividade processual. Novas mudanças demandam investi-

19 "Necessário diferenciar a formalidade do formalismo. Aquela advém da lei e é salutar para o bom andamento do processo; este último é oriundo da mentalidade do aplicador do direito, decorrente do culto exacerbado à formalidade, cujo conservadorismo, não raras vezes, encontra-se tão equivocada e expressivamente presente nas decisões do judiciário, como se estas fossem resolver o processo e atender os anseios da sociedade". (BATISTELLA, Sérgio Renato. **O Princípio da instrumentalidade das formas e a informatização do processo judicial no Brasil**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Batistella.pdf>. Acesso: 19 de julho de 2020 às 21h00).

20 **LUNA, Windson Coqueijo Fonseca**. Atos processuais e sua comunicação por meio eletrônico: uso do aplicativo WhatsApp como instrumento de intimação. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/12865/1/WCFL27112018.pdf>. Acesso: 19 de julho de 2020 ás 22h00.

mentos e capacitação, mas principalmente mudança cultural de política judiciária.

Transformações, inicialmente, tendem a provocar resistências por partes de determinados grupos. Assim como houve insurgências quando da criação do processo eletrônico, ainda existem operadores do direito que se opõem ao uso das comunicações virtuais na ótica ora posta.

Para esses, o tempo se encarregará de demonstrar, tal como aconteceu com os autos virtuais, que a modernização ensejará maior agilidade e eficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Atividade Legislativa. **Projeto de Lei do Senado n° 176, de 2018**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132896>. Acesso: 20 de julho de 2020 às 12h00.

CANALTECH. **Brasil já tem mais de um smartphone ativo por habitante,** 20 de Abril de 2018 às 12h13. Disponível em: <https://canaltech.com.br/produtos/brasil-ja-tem-mais-de-um-smartphone-ativo-por-habitante-112294/> Acesso: 10 de julho de 2020 às 20h21.

CAVALCANTI, Lavínia. A possibilidade jurídica das citações eletrônicas por Whatsapp! In: **Revista Consultor Jurídico**, 23 de abril de 2020, 6h34. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-23/cavalcanti-possibilidade-juridica-citacoes-eletronicas> Acesso: 09 de julho de 2020 às 21h30.

Celular é o principal meio de acesso à internet no país. Acesso pelo celular aumentou para 98,1% de 2017 para 2018, 29 de abril de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/celular-e-o-principal-meio-de-acesso-internet-no-pais>. Acesso: 19/07/2020 às 23h30.

CONSULTOR JURÍDICO. **11 tribunais de Justiça já usam o WhatsApp para envio de intimações,** 31 de janeiro de 2018 às 12h38. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jan-31/11-tribunais-justica-usam-whatsapp-envio-intimacoes. Acesso: 18 de julho de 2020 às 18h00.

EPOCA NEGÓCIOS. **Brasil tem 230 milhões de smartphones em uso,** 26 de abril de 2019 às 08h20. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/brasil-tem-230-milhoes-de-smartphones-em-uso.html> Acesso:10 de julho de 2020 às 20h21.

FILHO, Alexandre Assaf. O WhatsApp e a Fé pública do oficial de justiça:

a inovação de natureza procedimental, 17 de maio 2019. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/o-whatsapp-e-a-fe-publica-do-oficial-de-justica-a-inovacao-de-natureza-procedimental/> Acesso: 18 de julho de 2020 às 18h00.

Jurisprudência Conselho Nacional de Justiça, PCA - Procedimento de Controle Administrativo 0003251-94.2016.2.00.000023, 23ª Sessão Virtual, 23 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=48574&in> Acesso: 19 de julho de 2020 às 20h00.

LOPES, Geraldo Evangelista. A INTIMAÇÃO POR TELEFONE E WHATSAPP TECNOLOGIA A SERVIÇO DA CELERIDADE PROCESSUAL– USO DE MÍDIAS SOCIAIS. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas**, v. 4, n. 1, p. 38-47, 2020.

LUNA, Windson Coqueijo Fonseca. Atos processuais e sua comunicação por meio eletrônico: uso do aplicativo WhatsApp como instrumento de intimação. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/12865/1/WCFL27112018.pdf>. Acesso: 19 de julho de 2020 às 22h00.

MEIRA, SILVIO. **Silvio Meira fala sobre o pós-pandemia no Instagram da Positiva - Diretoria de Inovação da UFPE,** 30 de abril de 2020 às 17h47. Disponível em: <https://www.ufpe.br/covid-19/ascom/-/asset_publisher/hdBGtsdgB5Ee/content/silvio-meira-fala-sobre-o-pos-pandemia-no-instagram--da-positiva-diretoria-de-inovacao-da-ufpe/40615> Acesso: 09 de julho de 2020 às 21h30.

PARECER SOBRE INTIMAÇÃO POR TELEFONE NOS JUIZADOS, Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2003. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/corregedoria/wp-content/uploads/sites/41/2016/01/parecer_intimacaotelefonica.pdf>. Acesso: 19/07/2020 às 23h00.

PORTARIA CONJUNTA Nº 952/PR/2020, 24 de março de 2020. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc09522020.pdf> Acesso:18 de julho de 2020 às 20h21.

Provimento nº 10/2020/CGJCE, 22 de abril de 2020. Disponível em: <ht-

tps://corregedoria.tjce.jus.br/provimento-no-10-2020-cgjce/> Acesso: 18 de julho de 2020 às 18h00.

Provimento Nº 97 de 27/04/2020, Corregedoria Nacional de Justiça, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3284>. Acesso: 20 de julho de 2020 às 14h00.

8

A CONTRATAÇÃO NA SOCIEDADE MASSIFICADA E AS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO NO DIREITO ALEMÃO

Leonardo Estevam de Assis Zanini
Livre-docente e doutor em direito civil pela USP
Pós-doutorado em direito civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha)
Pós-doutorado em direito penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha)
Doutorando em direito civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha) Mestre em direito civil pela PUC-SP
Bacharel em direito pela USP
Juiz Federal
Professor Universitário

RESUMO: O presente artigo analisa o tratamento dado pelo direito alemão às condições gerais de contratação, assunto bastante relevante para o sistema contratual existente na sociedade massificada. A utilização de contratos que são acompanhados de condições gerais de contratação é atualmente muito comum. O texto analisa a maneira como o Código Civil alemão permitiu a inclusão das condições gerais de contratação nos negócios jurídicos, bem como as situações em que o juiz está autorizado a fazer um controle do seu conteúdo. Também estuda o campo de atuação e a forma como devem ser interpretadas as condições gerais de contratação. Por fim, ressalta que o sistema alemão regula a matéria desde 1976, apresentando legislação muito mais estruturada que o ordenamento jurídico brasileiro, o que permite um controle mais geral e abstrato da temática, bem como garante maior segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade massificada. Direito civil. Direito alemão. Condições gerais de contratação. Proteção do consumidor.

INTRODUÇÃO

A sociedade de massas produziu alterações bastante sensíveis na dinâmica do direito contratual, não se fazendo mais adequado o modelo liberal clássico do

contrato[1]. A aceleração do ritmo das negociações e a desigualdade, cada vez mais significativa, entre as partes contratantes, proporcionou o surgimento e o desenvolvimento de contratos padronizados.

Na atualidade os contratos padronizados, que muitas vezes contam com condições gerais de contratação, são instrumentos negociais imprescindíveis e onipresentes, situação que não é diferente na seara negocial alemã e brasileira. Sua utilização se explica pelo desejo das empresas de previamente redigirem seus contratos, afastando a aplicação de regras contratuais livremente discutidas pelas partes, tudo em proveito de regras massificadas impostas de forma unilateral[2].

Como essa técnica contratual apresenta vantagens e desvantagens para os contraentes, é certo que hodiernamente a regulamentação relativa às condições gerais de contratação ocupa um lugar importante na legislação atinente à teoria geral dos contratos, visto que essas cláusulas interferem na liberdade de organização do conteúdo do contrato[3].

Desse modo, o texto em questão objetiva apresentar os fundamentos da legislação alemã sobre as condições gerais de contratação. Trata-se de um estudo no qual a metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Ao mesmo tempo em que informa, o estudo panorâmico da matéria também busca instigar o leitor a procurar soluções no direito alemão para problemas existentes no Brasil. Igualmente, são feitos apontamentos específicos sobre eventuais diferenças existentes entre o direito alemão e brasileiro, que certamente permitirão uma melhor compreensão do papel socioeconômico desse instituto. Para tanto, serão abordados particularmente os seguintes temas: a) a área de atuação das condições gerais de contratação; b) a sua incorporação nos contratos e; c) o controle de seu conteúdo.

1. O SIGNIFICADO PRÁTICO DAS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO

A celebração de um contrato certamente não depende de qual das partes tenha formulado os seus termos, bem como os tenha fixado por escrito. Em realidade, o fator decisivo em uma contratação é que as partes concordem exatamente com as condições estabelecidas.

Nessa linha, a legislação prevê a existência de muitas normas como direito dispositivo. Toma-se como ponto de partida a concepção tradicional de que a negociação de um contrato não depende apenas de uma das partes, mas sim de

1 LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, p. 121.
2 FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*, p. 79-80.
3 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 39.

concessões feitas por ambas as partes, de maneira que uma parte contratual só estaria disposta a renunciar a direitos concedidos pela lei se lhe forem oferecidas outras vantagens como compensação.

Todavia, como regra, não há discussão sobre as cláusulas contratuais pré-formuladas quando uma das partes faz uso das condições gerais para alterar ou complementar um determinado tipo de contrato[4]. De fato, as condições gerais de contratação contêm aditamentos e alterações das disposições legais. Essas cláusulas facilitam, sem dúvida, a vida do utilizador (predisponente), trazendo vantagens em termos de custos, mas também repercutem na esfera do cliente, pois proporcionam preços mais favoráveis e atendimento mais eficiente[5]. Isso ocorre, sobretudo, em relação a empresas que concluem transações comerciais repetidas com um grande número de clientes, as quais apresentam direitos e deveres semelhantes, fazendo sentido registrar os termos gerais da contratação por escrito e, em seguida, apenas fazer referência a eles ao concluir a transação individual[6].

Assim sendo, as condições gerais de contratação (*Allgemeiner Geschäftsbedingungen* - ABG) desempenham um importante papel na prática contratual[7]. Atualmente, elas são utilizadas por uma ampla gama de atividades empresariais, como bancos, companhias de seguros, planos de saúde, empresas de telefonia, fabricantes de bens e prestadores de serviços[8]. Elas oferecem aos contratantes, particularmente aos fornecedores, a oportunidade de padronizar seus serviços, estruturar uniformemente seus negócios, reduzir os custos das transações, bem como possibilitam o cálculo dos riscos em caso de inadimplemento[9].

Por outro lado, apesar de suas inegáveis vantagens, o uso das condições gerais também apresenta riscos[10]. Muitas vezes aquele que utiliza as condições gerais de contratação tem que lidar com clientes inexperientes, que não conseguem ler as "cláusulas escritas em letras pequenas" (*Kleingedrucktes*) e acabam assinando mais ou menos cegamente os formulários contratuais que lhes são apresentados[11]. Com isso, existe o risco dos utilizadores das condições gerais de contratação estabelecerem a seu favor, de forma unilateral, os termos e condições dos contratos por eles celebrados, obtendo então vantagens injustificadas por abusarem da liberdade contratual concedida por lei[12]. É dizer: diante da hipossuficiência de uma das partes e da força econômica da outra, a liberdade contratual permite

4 SCHLECHTRIEM, Peter. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, p. 43.
5 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, p. 119-120.
6 LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, p. 122.
7 KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 111.
8 FÜHRICH, Ernst. *Wirtschaftsprivatrecht*, p. 148.
9 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 42.
10 LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, p. 121.
11 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 178.
12 FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*, p. 80.

que a parte mais forte desequilibre a relação contratual a seu favor, o que se agrava muito pelas particularidades das condições gerais de contratação[13].

Por conseguinte, diante do uso constante das condições gerais de contratação, realidade que não pode ser ignorada e não pode ser evitada, o legislador alemão procurou fazer um controle dessas cláusulas para evitar a submissão da parte mais fraca à vontade da parte economicamente mais forte, mantendo, assim, o equilíbrio contratual e a justiça[14].

2. FONTES DA REGULAMENTAÇÃO ATUAL

O legislador alemão se ocupou do problema das condições gerais de contratação na década de setenta, época em que o tema já vinha sendo debatido na doutrina e na jurisprudência há mais de uma década. Inicialmente, a temática foi tratada em 9 de dezembro de 1976, fora do Código Civil alemão (BGB), no âmbito da "Lei sobre a regulamentação do direito das condições gerais de contratação" (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* – AGBG)[15].

Entretanto, desde o ano de 2002 a referida lei (AGBG) foi integrada ao BGB, no livro 2, que trata das obrigações (*Recht der Schuldverhältnisse*). De fato, com a reforma do direito das obrigações no ano de 2002, que foi feita pela "Lei de modernização do direito das obrigações" (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), as disposições de direito material sobre as condições gerais de contratação foram incluídas no BGB (§§ 305 a 310)[16]. Para tanto, houve um amplo aproveitamento do texto das regras da AGBG, bem como foram feitas algumas correções na redação da lei anterior[17].

Além disso, as disposições normativas em questão, pelo menos em parte, constituem a transposição da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, valendo, na dúvida, a interpretação em conformidade com a referida diretiva[18]. Ademais, é de se notar que os §§ 305 e seguintes do BGB, ao contrário da

13 Como esclarece Paulo Lôbo, a desigualdade e o desequilíbrio "nas posições contratuais sempre houve na sociedade de economia de mercado. Todavia, as condições gerais dos contratos não apenas resultam de genético desequilíbrio dos poderes negociais, mas assumem caráter geral, abstrato e inalterável por acordo, quando são incorporadas aos contratos individuais" (LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, p. 123).

14 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 179.

15 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 162.

16 O BGB apresenta um sistema de controle bastante complexo das condições gerais de contratação, diferentemente do que ocorreu no Código Civil brasileiro de 2002, que não trata desse fenômeno, salvo em dois artigos (arts. 423 e 424), que cuidam de regras básicas sobre o contrato de adesão, mas confundem conteúdo com continente (LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, p. 122).

17 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 39-40.

18 LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, p. 121.

mencionada diretiva, não se aplicam unicamente às relações contratuais entre consumidores e fornecedores. Compreendem regras precisas sobre a incorporação de condições gerais de contratação, bem como sua interpretação. Muito mais que um simples elemento do direito do consumidor, o direito alemão vê a matéria como regulação da formação do contrato[19].

Em todo caso, deve-se ressaltar que o legislador alemão, sob o pretexto de incorporar ao direito interno as diretivas europeias referentes aos contratantes vulneráveis, acabou indo além da proteção mínima exigida pelo direito europeu, bem como ainda promoveu a incorporação da matéria no BGB, retornando ao seio da codificação civil temática que tradicionalmente vinha sendo regrada por microssistemas[20].

3. O CONCEITO DE CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO

No direito alemão, diferentemente do que ocorre no direito brasileiro, existem regras minuciosas, claras e precisas acerca das condições gerais de contratação[21]. O legislador alemão não deu espaço para um modelo jurídico de caráter aberto, como o adotado pelo Código Civil brasileiro, que pretensamente "proporciona ao juiz a possibilidade de encontrar a equidade" [22].

Nessa linha, o § 305, 1 do BGB define as condições gerais de contratação como todas as cláusulas contratuais pré-redigidas para uma multiplicidade de contratos, que uma das partes (utilizador) impõe à outra no momento da conclusão do contrato[23].

Para a caracterização como condição geral de contratação, o direito alemão considera irrelevante a maneira como ocorreu a sua fixação, qual o seu alcance, bem como se foi impressa ou simplesmente escrita[24]. Não importa a forma

19 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*, p. 126.

20 LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, p. 127.

21 O termo condições gerais de contratação já se tornou usual no direito brasileiro. Apesar disso, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior observam, com bastante propriedade, que é mais adequada tecnicamente a utilização do termo cláusulas gerais dos contratos. Esclarecem que condição (*Bedingung*), nos termos do § 158 do BGB, tem o mesmo significado dado ao vocábulo pelo art. 121 do Código Civil de 2002. Todavia, destacam que se admite a continuidade do uso da "expressão condições gerais dos contratos em face de sua imediata aceitação na doutrina ocidental moderna" (NERY, Rosa Maria de Andrade Nery; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, v. III, p. 182).

22 REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil*, p. 47.

23 SAKOWSKI, Klaus. *Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*, p. 96.

24 § 305 do BGB (*Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag*): (1) *Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind*. Tradução livre do § 305 do BGB (Incorporação das condições gerais de contratação no contrato): (1) São condições ge-

do contrato, isto é, se foi celebrado por escrito ou se foi celebrado informalmente (de forma oral). As condições gerais de contratação, mesmo no caso de contratos formais, não precisam ser incluídas no instrumento contratual, bastando sua exibição em um lugar visível no estabelecimento comercial, como na área dos caixas[25].

Em todo caso, é importante notar que os termos e condições desse tipo de contrato foram formulados antecipadamente (*vorformuliert*) e apresentados unilateralmente quando da celebração da avença[26]. Isso significa que essas cláusulas não foram particularmente negociadas entre as partes, pois caso contrário, se realmente houve um sério debate entre as partes acerca das cláusulas[27], não se estará diante de condições gerais de contratação (§ 305, 1, 3 do BGB)[28]. E aqui vale observar que não tem relevo o fato de que aquele que impôs a cláusula apenas utilizou um modelo de contrato que foi estabelecido por um terceiro[29]. Nesse ponto, fica claro porque a lei empregou o termo utilizador (*Verwender*) e não a expressão estipulante, que é mais restrita[30].

Outrossim, a cláusula deve ter sido redigida para uma multiplicidade de contratos (*für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen*), isto é, de maneira geral e impessoal, abstraindo situações contratuais específicas. Com isso, a redação legal alemã buscou colocar fim a um entendimento jurisprudencial do Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof* - BGH), que exigia que a cláusula fosse redigida para um número indeterminado de contratos[31]. Desse modo, a qualificação como condição geral de contratação pode ser aceita mesmo se a cláusula foi redigida para um número preciso de contratos, falando a doutrina em pelo menos três contratos[32]. Excepcionalmente, no que toca às relações de consumo, admite-se a proteção do consumidor pelas regras das condições gerais

rais de contratação todas as cláusulas contratuais predispostas para uma pluralidade de contratos, que uma parte contratual (utilizador) apresenta à outra parte contratual na conclusão do contrato. É irrelevante se as cláusulas constituem uma parte independente externa do contrato ou se fazem parte do próprio documento contratual, qual extensão tenham, em que forma escrita estejam redigidas e a forma que tenha o contrato. Não existem condições gerais de contratação no caso em que as cláusulas do contrato tenham sido negociadas individualmente entre as partes contratuais.

25 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 41.

26 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, p. 121.

27 KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 111.

28 Conforme já foi decidido pelo Tribunal Federal de Justiça (BGH), somente pode-se falar em verdadeira negociação individual se o utilizador das condições gerais realmente aceita que as disposições possam ser alteradas, com real possiblidade de influenciar na formação do conteúdo das cláusulas contratuais. O simples fato de o parceiro contratual do utilizador poder escolher entre duas variantes, não havendo a possibilidade de apresentar e aplicar, em alternativa, propostas de texto próprias, não é suficiente para que se possa falar na existência de negociação individual (BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 41).

29 LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, p. 123.

30 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*, p. 126.

31 HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 180

32 FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*, p. 80.

de contratação mesmo se existir apenas um contrato[33].

Ademais, o § 305, 1 do BGB dispõe que é necessária a imposição das cláusulas pelo utilizador ao outro contratante, não existindo então a possibilidade de modificação ou de negociação do conteúdo das cláusulas em questão. Essa exigência tem origem no objetivo inicial do legislador alemão de constituir uma proteção à parte contratual que está impossibilitada de defender seus interesses diante das condições gerais de contratação. Assim sendo, as normas sobre as condições gerais de contratação não se enquadram como regras dispositivas, mas sim como normas cogentes (*zwingendes Recht*)[34].

Desse modo, vê-se aqui mais uma diferença entre o direito alemão e o direito brasileiro, pois o Código Civil de 2002 não somente não apresentou uma definição das condições gerais de contratação como também não cuidou da matéria de forma tão acurada, preferindo um modelo jurídico aberto. Todavia, como observa Paulo Lôbo, a "experiência no mundo inteiro provou o contrário, pois relações jurídicas desiguais, geradoras de conflitos agudos e constantes, exigem regras de jogo claras e específicas", não se mostrando adequada a utilização do modelo jurídico aberto[35].

Pois bem, apresentada a definição das condições gerais de contratação, passa-se agora à análise do seu complexo sistema de controle, que é composto por três etapas: a) campo de aplicação; b) incorporação no contrato e; c) controle do conteúdo[36].

4. O CAMPO DE APLICAÇÃO DAS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO

Com o objetivo de reforçar as soluções jurisprudenciais elaboradas pelo Tribunal Federal de Justiça (BGH) após a Segunda Guerra Mundial, o legislador alemão procurou alargar ao máximo o campo de aplicação das condições gerais de contratação[37]. Para tanto, parte-se da definição das condições gerais de contratação, que tem seu campo de atuação modificado pelo § 310 do BGB, no qual são reconhecidos um campo de aplicação objetivo (*sachlicher Anwendungsbereich*) e um campo de aplicação pessoal (*persönlicher Anwendungsbereich*), que abrangem tanto o cumprimento da obrigação principal como da obrigação acessória[38].

33 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 180.
34 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 41.
35 LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, p. 126.
36 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 179.
37 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 180.
38 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 575.

4.1. CAMPO DE APLICAÇÃO OBJETIVO

As normas a respeito das condições gerais de contratação, a despeito de se localizarem no âmbito do direito das obrigações (*Schuldrecht*), têm aplicação, como regra, em todo tipo de contratação de direito privado[39].

Entretanto, conforme estabelece o § 310, 4 do BGB, essas disposições não são aplicáveis aos contratos da área de direito de família, sucessões, sociedades[40], pois nesses casos não há que se falar, em princípio, em superioridade de uma parte em relação à outra no que toca à conclusão de tais contratos[41]. Também estão fora do campo de aplicação os contratos de fornecimento de determinados serviços, como eletricidade, gás, água etc[42]. Dessa maneira, tais disposições não fazem parte do campo de aplicação objetivo das condições gerais de contratação (*sachlicher Anwendungsbereich*).

Por outro lado, tais normas valem para os contratos individuais de trabalho, uma vez que os vínculos entre empregador e empregado constituem relações jurídicas obrigacionais[43]. Em todo caso, o § 310, 4, 2 do BGB estipula que, na apreciação das condições gerais de contratação, "as particularidades aplicáveis em matéria de direito do trabalho devem ser levadas em conta de forma adequada" [44].

4.2. CAMPO DE APLICAÇÃO PESSOAL

Em relação ao campo pessoal (*persönlicher Anwendungsbereich*), as condições gerais de contratação são aplicáveis aos contratos envolvendo consumidores (contratos celebrados entre um fornecedor e um consumidor).

Com efeito, a obrigação de transpor a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, forçou o legislador alemão a rever vários pontos do campo de aplicação da legislação sobre condições gerais de contratação. Nesse contexto, vale notar que o § 310, 3, 1 do BGB prevê que "as condições gerais de contratação são consideradas como impostas pelo fornecedor, salvo se tiverem sido introduzidas no contrato pelo consumidor".

Aplicam-se ainda aos contratos de consumo algumas disposições específicas, que dizem respeito particularmente ao controle do conteúdo das cláusulas contratuais, que muitas vezes podem ser desvantajosas para o consumidor[45]. Em

39 WEILER, Frank. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, p. 125.
40 KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 127.
41 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 60.
42 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 575-576.
43 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 181.
44 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, p. 120.
45 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, p. 121.

contrapartida, as regras sobre as condições gerais de contratação excepcionalmente não tem aplicação quando as cláusulas foram introduzidas no contrato pelo próprio consumidor[46].

Nessa hipótese, pode-se constatar que o critério de aplicação não é o estado de superioridade econômica específico das relações entre fornecedor e consumidor, mas sim a efetiva possibilidade de negociação individual. Aliás, mesmo um contrato estabelecido entre profissionais permite a aplicação da legislação relativa às condições gerais de contratação, desde que o contrato não seja objeto de negociação individual (§ 305 do BGB)[47].

Vale ainda notar que na hipótese de utilização das condições gerais de contratação em relação a um empresário (de uma pessoa jurídica de direito público), não se aplicam as disposições relativas à inclusão das condições gerais de contratação (§ 305, 2 e 3)[48]. Todavia, ocorre o controle do conteúdo por meio da cláusula geral do § 307 (§ 310, 1, 2), que será analisada adiante[49].

5. A INCORPORAÇÃO DAS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO

As condições gerais de contratação não são normas jurídicas[50]. Por isso, para ingressarem na esfera contratual, dependem tanto do consentimento como do conhecimento de seu conteúdo pelas partes contratantes[51].

A natureza contratual das condições gerais de contratação requer, logicamente, que as partes estejam de acordo com a sua aplicação (§ 305, 2, *in fine* do BGB). Nesse ponto, a aceitação das condições não difere do consentimento dado em um contrato individualmente negociado. Assim sendo, a aceitação das condições gerais pelas partes resulta do consentimento dado na conclusão do contrato (*Konsensualprinzip*), que pode ser expresso ou tácito[52].

Conforme o § 305, 2, 1 do BGB, as partes contratantes devem estar de acordo com o fato das condições gerais de contratação integrarem o que foi pactuado. Se não for feita expressa referência à existência das condições, quando da conclusão do negócio, a lei alemã considera que elas não se tornam parte integrante do contrato[53].

Além disso, é ainda necessário, como regra, que a parte contratante, de maneira razoável (*in zumutbarer Weise*), tenha a possibilidade de tomar conheci-

46 SAKOWSKI, Klaus. *Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*, p. 97.
47 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*, p. 126.
48 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 184.
49 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 59.
50 KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 111.
51 BRÖMMELMEYER, Christoph. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, p. 67.
52 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 62.
53 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 44.

mento do conteúdo das condições (§ 305, 2, 2 do BGB), o que inclui as condições disponibilizadas na internet[54]. É dizer, considera-se tomar conhecimento de forma razoável quando as cláusulas são inteligíveis e acessíveis, o que exige inclusive que se leve em consideração eventuais necessidades especiais dos contratantes, como, por exemplo, a existência de deficiência visual[55]. Tal regra pode ser afastada, excepcionalmente, no que toca a determinadas áreas privilegiadas, como em certos serviços de telecomunicações e transporte público, valendo o disposto no § 305a do BGB[56].

As condições gerais de contratação são particularmente problemáticas quando se desviam das disposições legais em detrimento de uma das partes do contrato, introduzindo condições atípicas, objetivamente não habituais (*ungewöhnlich*) para o tipo de transação concluída[57]. Normalmente os clientes apenas concordam em se submeterem a elas porque confiam que apenas modificam regras típicas do negócio jurídico, mas não alteram os princípios fundamentais da transação realizada[58].

A fim de proteger esta confiança na normalidade das condições gerais de contratação, o § 305c do BGB estipula que as "cláusulas surpresa" (*Überraschungsklauseln*), ou seja, aquelas com as quais o contratante normalmente não contaria, não fazem parte do contrato[59]. E nesse sentido o Tribunal Federal de Justiça (BGH) deduz que não são admissíveis em relação ao contratante ordinário as cláusulas que tenham como efeito engano ou fraude (*Überrumpelungs- und Übertölpelungseffekt*)[60].

Para tanto, deve ser aplicado um critério que seja objetivo, isto é, leva-se em conta a capacidade de compreensão de um cliente médio. Assim sendo, as condições gerais de contratação devem ser de fácil leitura para o cliente médio, o que toma em conta o tipo e o tamanho da imagem escrita. Igualmente, é necessária a compreensão das cláusulas pelo cliente sem dispêndio excessivo de tempo[61].

Outrossim, também se utiliza o critério da localização da cláusula para se averiguar se se está diante de uma cláusula surpresa. É dizer: causa surpresa ao contratante a colocação de uma cláusula em local do contrato cuja temática não guarda nenhuma relação com o assunto tratado. Essa situação ocorre, por exemplo, se entre as cláusulas que tratam do prazo de entrega da mercadoria é acrescentada uma cláusula de exclusão da responsabilidade do fornecedor, ficando

54 FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*, p. 82.
55 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 577.
56 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 63.
57 BRÖMMELMEYER, Christoph. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, p. 68.
58 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, p. 122.
59 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 185.
60 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*, p. 128.
61 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 43.

evidente o contexto totalmente diverso de sua colocação[62].

Em todo caso, vale notar que a inclusão das condições gerais de contratação não constitui um negócio jurídico particular, mas tão somente uma parte do próprio contrato.

6. INTERPRETAÇÃO DAS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO E PREVALÊNCIA DOS ACORDOS INDIVIDUAIS

Na interpretação das condições gerais de contratação, não havendo disposição em sentido contrário, aplicam-se as regras gerais do BGB, que tratam da interpretação (§§ 133, 157) e da eficácia (§§ 134, 138) da declaração de vontade[63]. Ao lado da utilização da interpretação comum dos contratos, também se exige uma interpretação típica das condições gerais de contratação[64].

Nessa senda, eventualmente são celebrados acordos individuais adicionais com o cliente, os quais contradizem as condições gerais de contratação que foram simultaneamente acordadas. Assim sendo, aplica-se o § 305b do BGB, o qual determina que são ineficazes as cláusulas que estiverem em contradição direta ou indireta com o que foi pactuado expressamente e de forma individual pelas partes (*Vorrang der Individualabrede*)[65].

O § 305b do BGB é uma regra de colisão (*Kollisionsregel*), que dá prevalência aos acordos individuais em detrimento das condições gerais de contratação[66]. Essa regra se fundamenta na maior consideração dada pelo BGB aos acordos individuais que às disposições abstratas previamente formuladas por apenas uma das partes, o que representa evidente consagração do princípio da autonomia privada[67].

Na ausência de incorporação, seja total ou parcial, das condições gerais, o contrato permanece eficaz em virtude do § 306 do BGB (*der Vertrag im Übrigen wirksam*). Tal dispositivo, em sua alínea 2, dispõe que "o conteúdo do contrato se regula conforme as disposições legais" [68]. Na falta de regras supletivas adequadas, o juiz deverá preencher as lacunas do contrato por meio de interpretação completiva (*ergänzende Vetragsauslegung*), levando em conta os interesses das partes[69].

Excepcionalmente, o contrato será integralmente ineficaz, "se a sua manutenção, tendo em conta a alteração prevista na alínea 2, representar um rigor ex-

62 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 185-186.
63 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 43.
64 LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, p. 123.
65 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, p. 122.
66 FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*, p. 82.
67 BRÖMMELMEYER, Christoph. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, p. 68.
68 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*, p. 130 e 134.
69 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 189-190.

cepcional para uma das partes" (§ 306, 3 do BGB)[70]. Nessa situação, não se pode simplesmente retirar a cláusula do contrato, visto que a manutenção do acordado sem referida cláusula levaria ao desequilíbrio de sua equação financeira (*Störung des Vertragsgleichgewichts*). Semelhante solução será aplicada quando ocorrer a incorporação das condições gerais, mas seu conteúdo for declarado ineficaz (*unwirksam*)[71].

Por fim, vale lembrar que a interpretação das condições gerais de contratação, diferentemente do que ocorre com as regras gerais do BGB, não parte da situação concreta do contratante, mas considera um contratante médio (*homo medius*), o que se extrai quando se pensa em uma multiplicidade de negócios jurídicos[72].

7. O CONTROLE DO CONTEÚDO DAS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO

Superada a fase de incorporação das condições gerais de contratação, passa-se à fase de controle do seu conteúdo (*Inhaltskontrolle*). Nos §§ 307 a 309 do BGB são estabelecidos os requisitos para que as condições gerais de contratação, que foram efetivamente incluídas no contrato, possam ser consideradas eficazes[73].

O controle de conteúdo segue a ordem inversa dos §§ 307 a 309 do BGB. Isso significa que primeiro são analisadas as regras do § 309, que proíbem determinadas cláusulas sem necessidade de valoração. Em seguida, passa-se à análise do § 308, cujas cláusulas proibidas necessitam de valoração de conteúdo[74]. Por fim, caso não tenha sido violada nenhuma proibição dos §§ 309 e 308, leva-se em conta a boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), como está estabelecido na cláusula geral do § 307 do BGB[75].

Desse modo, considerando a sequência determinada pela legislação alemã no que toca ao controle das cláusulas, serão primeiro analisados os §§ 308 e 309 (*Klauselverbote*). Em seguida, estudar-se-á a cláusula geral (*Generalklausel*) do § 307 do BGB[76].

7.1. AS LISTAS PREVISTAS NOS §§ 308 E 309 DO BGB

Os §§ 308 e 309 do BGB contêm duas listas que enumeram diferentes

70 SAKOWSKI, Klaus. *Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*, p. 101.
71 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 56.
72 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 46.
73 FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*, p. 83.
74 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 583.
75 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 186 e 188.
76 SAKOWSKI, Klaus. *Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*, p. 97.

categorias de cláusulas que o legislador presume abusivas. Essas listas não são aplicáveis aos contratos entre profissionais, visto que seu campo de aplicação se limita aos contratos celebrados entre particulares e aos contratos de consumo[77].

A primeira lista contém as cláusulas em que o juiz tem a possibilidade de constatar a ineficácia, dispondo de um poder de apreciação (*Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit*)[78], o que justifica a utilização da expressão "lista cinza".

A segunda lista enumera os tipos de cláusulas cuja ineficácia deve ser declarada pelo juiz (*Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit*), ou seja, nesse caso a lei não reconhece nenhuma margem de manobra, daí o nome "lista negra" [79].

a) A "lista cinza"

A "lista cinza" do § 308 do BGB enumera tipos de cláusulas que são vedadas se forem inapropriadas, não razoáveis ou objetivamente injustificadas. Como o juiz pode apreciar a eficácia dessas cláusulas, a legislação apresenta normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmte Rechtsbegriffe*), o que permite a sua valoração em cada caso concreto[80].

Tais cláusulas suspeitas podem ser reagrupadas em quatro categorias. A primeira categoria compreende as cláusulas relativas a prazos de aceitação, de pagamento, de verificação e de execução, que não devem ser nem excessivamente longos e nem insuficientemente determinados. A segunda categoria compreende as cláusulas que autorizam a resolução do contrato ou a modificação da prestação sem um motivo preciso. O terceiro grupo engloba as cláusulas que dão a um comportamento determinado do cocontratante o sentido de uma declaração de vontade ou que instituem uma presunção de recepção por uma declaração do utilizador. Por fim, o quarto grupo é constituído de cláusulas que preveem que em caso de resolução ou resilição o cocontratante deverá pagar ao estipulante somas exageradamente elevadas[81].

a) A "lista negra"

A "lista negra" do § 309 do BGB enumera as cláusulas que são vedadas. O legislador presume, irrefragavelmente, que essas cláusulas sempre prejudicam, de forma desproporcional, a outra parte[82]. Não existe a possibilidade de uma ponderação de interesses, ficando o juiz obrigado a declará-las ineficazes (*Klauselverbote*

77 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*, p. 133.
78 RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 252.
79 NERY, Rosa Maria de Andrade Nery; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, v. III, p. 185.
80 BRÖMMELMEYER, Christoph. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, p. 72.
81 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*, p. 132.
82 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 188.

ohne Wertungsmöglichkeit)[83].

Tais cláusulas são definidas de forma precisa, são bastante numerosas e mereceriam uma análise mais pormenorizada, mesmo porque cada uma delas constitui objeto de julgados importantes dos tribunais alemães. Sem exaurir a temática, podem ser citadas as cláusulas relativas ao aumento do preço após a conclusão do contrato, as que estabelecem um direito de recusa de execução da prestação, as que proíbem a compensação da dívida com créditos mútuos, as que fixam prazos adicionais, as cláusulas penais, as cláusulas de exoneração ou limitação de responsabilidade em caso de culpa grave, bem como as cláusulas que alterem a repartição do ônus da prova em detrimento do cocontratante[84].

Por conseguinte, no que toca ao controle do conteúdo das condições gerais de contratação, deve-se inicialmente examinar a presença de cláusulas que integrariam a lista do § 309. Em seguida, não havendo enquadramento no § 309, passa-se à verificação da existência de cláusulas que possam ser subsumidas no § 308. Por fim, analisa-se se há alguma disposição contratual que violou o § 307, regra que apresenta uma cláusula geral de controle do conteúdo (*Generalklausel der Inhaltskontrolle*)[85].

7.2. A CLÁUSULA GERAL DE CONTROLE DE CONTEÚDO PREVISTA NO § 307 DO BGB

A partir da integração das disposições da Lei de 9 de dezembro de 1976 no BGB, o legislador consagrou o controle das condições gerais de contratação, que a jurisprudência, em um primeiro momento, tinha elaborado com base no critério da desvantagem injustificada.

Desta feita, o principal objetivo das normas em matéria de defesa da parte que se subordina às condições gerais de contratação é a verificação do conteúdo das cláusulas, isto é, se o utilizador das cláusulas não está impondo regras que prejudiquem injustamente a outra parte.

a) Desvantagem injustificada

O § 307, I do BGB apresenta uma cláusula geral de controle de conteúdo (*Generalklausel der Inhaltskontrolle*), estabelecendo que as condições gerais de contratação são ineficazes, quando, contrariando exigências da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben* - § 242 do BGB), prejudicam injustificadamente o parceiro contratual do utilizador[86].

83 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 48.
84 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 583.
85 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 48.
86 SAKOWSKI, Klaus. *Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*, p. 100.

Para apreciar se a cláusula litigiosa criou efetivamente uma desvantagem injustificada (*unangemessene Benachteiligung*), o juiz deverá determinar os interesses em jogo das partes contratantes, sopesando a situação com a manutenção da cláusula e com a sua supressão[87]. De forma mais ampla, trata-se de investigar se o utilizador tentou perseguir, ao recorrer às cláusulas padronizadas, exclusivamente seus próprios interesses, sem levar em conta a situação do cocontratante[88].

b) Regra da transparência

Entre as cláusulas que prejudicam injustificadamente o cocontratante estão aquelas pouco claras e/ou não compreensíveis, que podem violar a regra da transparência (*Transparenzgebot*) das condições gerais de contratação[89]. O dever de transparência está codificado no § 307, 1, 2 do BGB, o qual dispõe que a falta de clareza e de inteligibilidade da cláusula pode constituir uma desvantagem injustificável[90]. Isso decorre do fato de que os direitos e deveres dos contratantes devem ser formulados em cláusulas contratuais que sejam apresentadas de forma clara, certa, determinada e compreensível[91]. Assim sendo, uma cláusula que não preencha esses requisitos e que conduza a uma desvantagem injustificada para o parceiro contratual pode ser considerada globalmente ineficaz[92].

Outrossim, como o utilizador estabelece unilateralmente as condições gerais, é ele que deve se preocupar com problemas relacionados à sua clareza. É dever do utilizador formular as cláusulas de maneira a evitar dificuldades em sua compreensão. Eventuais dúvidas sobre a interpretação das condições gerais são ônus do seu utilizador, de forma que se uma cláusula permite várias interpretações possíveis, deve-se aplicar a interpretação mais favorável ao cliente[93].

c) Casos de aplicação da desvantagem injustificada

Conforme o § 307, 2 do BGB, em caso de dúvida, presume-se a desvantagem injustificada quando uma disposição: a) não é compatível com as ideias fundamentais da regulação legal que ela derrogou (*Abweichung von wesentlichen Grundgedanken*); b) quando ela restringe direitos e obrigações essenciais decorrentes da natureza do contrato, de tal forma que compromete a realização do objetivo do contrato (*Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten*). Assim sendo, pelo texto do § 307, 2 do BGB, procura o legislador concretizar o critério geral

87 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 586.
88 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*, p. 131.
89 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 189.
90 KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 118.
91 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 54.
92 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, p. 122.
93 SAKOWSKI, Klaus. *Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*, p. 100.

da desvantagem injustificada, apresentando dois casos de aplicação (*gesetzliche Regelbeispiele*)[94].

Desse modo, a primeira disposição foca a incompatibilidade de uma cláusula padrão com o modelo das regras de um tipo contratual determinado. A segunda regra, por seu turno, trata das cláusulas que comprometem a realização do objetivo contratual (*Vertragszweck*)[95], o que pode ser o caso das cláusulas exoneratórias ou limitadoras de responsabilidade, notadamente quando elas se aplicam ao descumprimento de uma obrigação fundamental do contrato[96].

A revisão de conteúdo das condições gerais de contratação leva em conta que é possível a negociação em torno de normas de caráter dispositivo, que podem ser afastadas, alteradas ou complementadas (§ 307, 3, 1 do BGB)[97]. Não se permite, por outro lado, negociações envolvendo normas cogentes, de forma que qualquer cláusula que afaste direito cogente será considerada inválida[98]. Em todo caso, não se subordinam ao controle as cláusulas que simplesmente repetem o conteúdo da lei, as quais são chamadas de cláusulas declaratórias (*deklaratorische Klauseln*)[99].

Com efeito, a desvantagem injustificada que conduz à invalidade das condições gerais de contratação decorre do seu grau de desvio em relação à regulamentação legal normal. Todavia, para a aplicação dessa disposição, é necessária a existência de regulação detalhada pela legislação da relação contratual[100].

Por fim, de acordo com o § 307, 3 do BGB, o controle de conteúdo se aplica às disposições que derroguem regras supletivas ou as complementem, mas ficam de fora as cláusulas relativas ao preço e à prestação, que são objeto do contrato. Evita-se, com isso, que o juiz tenha que se pronunciar sobre o equilíbrio entre as prestações ou que ele possa modificar, pela via do controle das condições gerais de contratação, o conteúdo da lei[101].

8. O RECONHECIMENTO JUDICIAL DA INEFICÁCIA DAS CONDIÇÕES GERAIS

Os contratantes podem invocar, em um litígio judicial individual, a ineficácia das condições gerais de contração (*Individualrechtsschutz*)[102]. Tal discussão

94 KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 117.
95 RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 253.
96 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*, p. 132.
97 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 176.
98 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, p. 123.
99 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 187.
100 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, p. 123.
101 FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*, p. 130.
102 BRÖMMELMEYER, Christoph. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, p. 74.

judicial pode envolver a utilização de direito próprio do contratante contra as cláusulas contratuais ou também pode constituir meio de defesa[103].

Por outro lado, como as condições gerais de contratação frequentemente atingem os consumidores, a "Lei relativa às ações inibitórias em matéria de direitos dos consumidores e outras infrações" (*Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen* - UKlaG) concede a determinadas associações o direito de questionar judicialmente, via ação coletiva, a eficácia dessas condições gerais de contratação, proibindo-se a sua utilização futura[104].

Tal espécie de ação coletiva (*Verbandsklage*) pode ser ajuizada por associações de defesa do consumidor (*Verbraucherschutzverbände*), bem como por associações de promoção de interesses da indústria e do comércio (*Wirtschftsverbände*)[105]. A proteção coletiva contra condições gerais de contratação não depende da existência de um caso concreto[106], ponto que aproxima a tutela coletiva alemã do controle preventivo judicial brasileiro, feito principalmente pela via da ação civil pública[107].

No que diz respeito ao processamento dessa ação coletiva (*Verbandsklage*), valem as regras gerais do Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung* - ZPO), ressalvadas regras especiais da UKlaG[108].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito alemão apresenta um sistema de controle das cláusulas gerais de contratação bastante elaborado. Tal sistema, ao definir as condições gerais de contratação, apresenta os pressupostos necessários para que um contrato possa ser submetido às regras dos §§ 305 a 310 do BGB. A definição e delimitação do campo de atuação das condições gerais de contratação pelo legislador alemão certamente facilita muito o trabalho do operador do direito. O mesmo infelizmente não ocorre no Código Civil de 2002, haja vista a ausência de previsão legal específica sobre o assunto.

No sistema alemão a proteção da parte hipossuficiente é garantida, inicialmente, pelo controle de introdução das cláusulas, o qual exige que a parte contratante tenha conhecimento da existência das condições gerais de contratação, tenha acesso a elas, bem como esteja de acordo, proibindo-se cláusulas surpresa. As regras de interpretação também são bastante consistentes, pois, em caso de

103 SAKOWSKI, Klaus. *Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*, p. 101.
104 RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 258-259.
105 BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*, p. 179.
106 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 581.
107 LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, p. 131.
108 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, p. 58.

dúvida, levam à interpretação em desfavor do utilizador das cláusulas e ainda dão prevalência ao que foi contratado por meio de negociação individual. Ademais, o controle de conteúdo é bastante detalhado, partindo de cláusulas que sempre são proibidas, passando por cláusulas que podem ser ou não afastadas pelo juiz e prevendo, ainda, uma cláusula geral de controle de conteúdo, que permite ao juiz resolver casos não abrangidos pelas regras anteriores.

Facilmente pode-se notar que há uma oposição entre a apreciação *in concreto* do direito brasileiro e a apreciação *in abstracto* do direito alemão, o que se extrai do campo de aplicação dos dispositivos legais. Realmente, ao conceder ao juiz o poder de apreciar o caráter abusivo de uma cláusula contratual, o legislador brasileiro optou por uma apreciação *in concreto*, o que pode prejudicar a segurança jurídica. O direito alemão buscou a solução inversa, pois o controle judicial das condições gerais é realizado, como regra, abstraindo-se considerações relacionadas ao lugar, à qualidade pessoal das partes contratantes, o contexto de formação de contrato e as relações de força.

Todavia, é de se notar que a diretiva 93/13 obrigou o legislador alemão a prever a obrigação do juiz levar em conta as circunstâncias que envolvem a conclusão do contrato quando da apreciação da desvantagem injustificada. Isso incorporou certa dose de apreciação *in concreto*, o que gerou uma parcial ruptura no sistema alemão, que se fundava apenas na lógica objetiva, passando a expressar uma lógica mista, ou seja: objetiva e subjetiva. Mesmo assim, o modelo proposto pelo legislador europeu considerou que os sistemas abertos são insuficientes para o estabelecimento de controle razoável das condições gerais de contratação, entendimento que certamente se contrapõe ao sistema aberto brasileiro.

No direito brasileiro, por outro lado, somente com o Código de Defesa do Consumidor é que as condições gerais dos contratos foram implicitamente disciplinadas, mas ficaram restritas ao âmbito de abrangência do consumidor. Foram contempladas, sem menção expressa, no Capítulo VI do Código de Defesa do Consumidor, denominado "Da proteção contratual", atinente ao contrato de adesão e às cláusulas abusivas. O Código Civil de 2002, por sua vez, foi bastante econômico ao cuidar da matéria, reservando apenas dois artigos (arts. 423 e 424) ao tratamento do contrato de adesão, que foram colocados nas disposições gerais aplicáveis aos contratos. Nesse contexto, preceitua o art. 423 que se no contrato de adesão houver cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente[109]. Já o art. 424, por seu turno, evidenciou que são nulas, nos contratos de adesão, as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Esses artigos estabelecem

109 Art. 423 do Código Civil. "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente".

regras básicas sobre o contrato de adesão, que não são suficientes para abranger as complexas dimensões das condições gerais dos contratos.

Por conseguinte, é patente a insuficiência da legislação brasileira sobre o tema, visto que o Código Civil de 2002 não trata diretamente das condições gerais de contratação, enquanto no Código de Defesa do Consumidor a disciplina é parcial e de determinados pontos do assunto (e.g. cláusulas abusivas), mas seu campo de abrangência é restrito ao consumidor. Assim sendo, diante da importância e da complexidade da matéria, da necessidade de se controlar e inibir abusos, bem como considerando a experiência alemã estudada, que introduziu a temática no BGB e a tratou com considerável minúcia, é premente a revisão do direito positivo brasileiro. Faz-se mister o tratamento de forma mais ampla e acurada das condições gerais de contratação no Brasil, valendo o modelo alemão como um bom paradigma para uma futura reforma do Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013.

BOECKEN, Winfried. *BGB – Allgemeiner Teil*. 3. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2019.

BRÖMMELMEYER, Christoph. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2014.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*. 49. ed. München: C.H. Beck, 2019.

EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018.

FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018.

FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017.

FÜHRICH, Ernst. *Wirtschaftsprivatrecht*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2014.

HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*. 7. ed. Baden-Baden: Nomos,

2012.

KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 16. ed. München: Franz Vahlen, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos.** São Paulo: Saraiva, 2011.

LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht - Allgemeiner Teil*. 15. ed. München: Franz Vahlen, 2017.

MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.

NERY, Rosa Maria de Andrade Nery; NERY JUNIOR, Nelson. Instituições de direito civil: contratos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016, v. III.

REALE, Miguel. **O projeto do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid. *Allgemeiner Teil des BGB*. 17. ed. München: C.H.Beck, 2011.

SAKOWSKI, Klaus. *Grundlagen des Bürgerlichen Rechts: Eine Einführung für Wirtschaftswissenschaftler*. 3. ed. Heidelberg: Springer, 2014.

SCHLECHTRIEM, Peter. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016.

WEILER, Frank. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. **Revista Brasileira de Direito Civil,** Belo Horizonte, v. 14, p. 75-98, out./dez. 2017.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

9

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA E A DIGNIDADE DO IDOSO: REPERCUSSÕES E ALTERNATIVAS PARA A SUA HARMONIZAÇÃO

Marlos Oliveira Magalhães Porto
Bacharel em Direito pela UPE
Pós-graduando em Administração Pública e Direito Legislativo pela UPE
Técnico Judiciário da Subseção Judiciária de Arcoverde/JFPE

RESUMO: Este artigo centra-se na análise crítica da aposentadoria compulsória dos servidores públicos à luz da teoria dos Direitos Humanos. O objetivo é identificar em que medida ela fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A partir de pesquisa bibliográfica e do uso do método dialético, foi observado que o direito ao trabalho do idoso insere-se no âmbito desse princípio constitucional fundamental e que a aposentadoria compulsória pode ocasionar diversas repercussões negativas à saúde do idoso, com a supressão da sua vontade, quando forçado a se aposentar. Assim, formulam-se sugestões para sua harmonização com o princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Idoso. Aposentadoria compulsória. Dignidade humana. Serviço público.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional n. 88/2015 ampliou o marco temporal da aposentadoria compulsória dos 70 para os 75 anos, havendo, sobre o tema, a posterior edição da Lei Complementar n.º 152/2015. Prevaleceu o entendimento de que, dos 70 aos 75 anos de idade, o indivíduo, não se enquadrando nas hipóteses de aposentadoria por invalidez, ainda pode contribuir com o serviço público, desde que assim o deseje. Mas, e além dessa idade? Poderia o(a) servidor(a) público(a) idoso(a) maior de 75 anos, que se encontre em pleno gozo de sua capacidade física e intelectual, ainda contribuir com o serviço público?

Em caso afirmativo, esse indivíduo que, frise-se, estando apto, veja-se, contra sua vontade, privado do direito de exercer o seu trabalho, além de expe-

rimentar um desprazer, poderia estar sendo afrontado em sua dignidade pessoal? Para travar essa discussão, em bases jurídicas, é necessário analisar o tema à luz da teoria dos Direitos Humanos e do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, visto sob uma ótica especial: a dignidade da pessoa idosa, cuja proteção ganhou maior relevância após o advento do Estatuto do Idoso, Lei Federal n.º 10.741/2003.

Atentando-se para a distinção entre princípios e regras no tocante à sua força normativa e diante da possibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais, busca-se entender, no contexto normativo atual (que ressalta a importância do trabalho socialmente útil para uma vida efetivamente digna), se e como a aposentadoria compulsória, pode trazer consequências para a saúde física e mental do idoso, bem como para sua inserção e valorização social, e em que medida tais consequências podem interferir no seu bem-estar e em sua qualidade de vida.

Ressalte-se que não se pretende neste estudo fazer uma discussão ampla da aposentadoria em suas múltiplas formas; a aposentadoria compulsória é um instituto que existe apenas no âmbito do serviço público, não se aplica a celetistas nem tem como foco servidores públicos que trabalhem em atividades de risco (perigosas, penosas ou insalubres), pois estes, em razão de suas atividades, aposentam-se em geral mais cedo, devido à contagem especial do seu tempo de contribuição – nem se poderia advogar que a legislação fosse modificada para descambar em um outro extremo, que seria a proibição de o indivíduo, voluntariamente, se aposentar.

Assim, a problemática de pesquisa que norteia este estudo centra-se em questionar: em que medida a aposentadoria compulsória fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa idosa? De forma secundária, indaga-se: o direito ao trabalho do idoso encontra-se inserido na dignidade da pessoa humana? Além disso, quais os danos que a aposentadoria compulsória pode provocar ao idoso? Por fim, há possibilidade de harmonização da aposentadoria compulsória com o princípio da dignidade da pessoa humana?

O objetivo geral deste artigo, portanto, é identificar em que medida a aposentadoria compulsória fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa idosa. Como objetivos específicos, almeja-se: verificar como o direito ao trabalho do idoso encontra-se inserido no âmbito da dignidade da pessoa humana; compreender de que forma a aposentadoria compulsória pode interferir no bem-estar e na qualidade de vida do idoso, e ponderar acerca da harmonização da aposentadoria compulsória com o princípio da dignidade da pessoa humana.

À guisa de justificativa para a pesquisa que culminou neste artigo,

foram inicialmente situações hipotéticas envolvendo o instituto da aposentadoria compulsória, a eventualmente afastar bons profissionais do serviço público em razão meramente do atingimento de uma idade limite, que me fizeram, há anos questionar não apenas a necessidade, mas também a justiça desse tipo de aposentadoria.

Pude vislumbrar, ainda, uma falta de atenção dos estudiosos do Direito Constitucional e mesmo de Direitos Humanos para o tema, no nosso entender bastante relevante para ser praticamente despercebido. Além disso, não se consegue observar com facilidade uma justificativa válida ou um fundamento de equidade para a existência da aposentadoria compulsória. Costumam, apenas, ser apresentadas razões práticas para a existência desse tipo de aposentadoria, as quais poderiam ser atendidas por medidas diversas, que não obstassem o direito do servidor público idoso ao trabalho.

Ressalte-se também que, em um sistema jurídico que instituiu a primazia dos direitos humanos ao alçar a dignidade humana ao patamar de fundamento da própria República, questionar a constitucionalidade de normas possivelmente atentatórias a direitos fundamentais é tarefa irrenunciável, sob o ponto de vista ético, do intérprete comprometido com os elevados fins sociais a que se propõe a própria República Federativa do Brasil.

Quanto à metodologia, utilizou-se o método dialético como base para a abordagem de conceitos e para as discussões teóricas suscitadas em todas as partes deste artigo. Os aspectos essenciais do presente trabalho encontraram respaldo nas quatro leis da mudança dialética (mudanças dialética e qualitativa, ação recíproca e luta dos contrários), como unificadas por Lakatos (2010). A abordagem utilizada foi do tipo qualitativa, a fim de tornar possível a apreensão de aspectos relativos aos idosos decorrentes da sua condição específica de sujeitos, visto que o homem não é um objeto exclusivamente natural (SEVERINO, 2010).

A técnica de pesquisa de documentação (bibliográfica) foi a principal técnica de pesquisa utilizada, enquanto procedimento operacional (SEVERINO, 2010), buscando-se, como preconizado por Marconi e Lakatos (2010), entrar em contato direto com tudo que foi escrito ou filmado sobre o assunto, atentando-se também para o caráter descritivo da pesquisa, a partir da análise de livros e artigos relacionados ao tema. Por fim, a técnica de coleta de dados escolhida foi a revisão de literatura especializada relacionada com os objetivos geral e específicos deste artigo.

O presente trabalho divide-se em três partes. Inicialmente, faz-se uma análise, a partir do arcabouço normativo vigente no Brasil, do direito ao trabalho do idoso à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, perquirindo-se os

antecedentes históricos e buscando contribuições da filosofia e principalmente da ciência jurídica. Passa-se então à segunda parte, em que se procura entender as repercussões da aposentadoria compulsória no bem-estar e na qualidade de vida do idoso, sendo de grande valia as contribuições de autores ligados às ciências da saúde.

A última parte, por sua vez, centra-se na análise da aposentadoria compulsória, buscando vislumbrar se a mesma pode ser considerada como consentânea com o princípio da dignidade da pessoa humana e elencando possíveis formas de harmonização entre ambos.

1. O DIREITO AO TRABALHO DO IDOSO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito ao trabalho é considerado como um direito social, sendo elencado no *caput* do art. 6º da Constituição Federal de 1988. Uma indagação que se pode fazer, inicialmente, é se o direito ao trabalho corresponderia a um direito fundamental, a qual encontra resposta positiva para Sarlet (2008, p. 94-95), o qual tomamos como parâmetro:

> Com efeito, também os assim denominados direitos sociais, econômicos e culturais [..] constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana. [...] destacando-se ainda, a circunstância de que o direito ao trabalho (e a um trabalho em condições dignas!) constitui um dos principais direitos fundamentais da pessoa humana [...].

Cumpre registrar, contudo, que há divergências doutrinárias acerca dessa fundamentalidade dos direitos sociais (SARLET, 2008), as quais não serão, todavia, abordadas neste artigo.

Indagando-se sobre quais os sujeitos que poderiam ser titulares do direito ao trabalho, temos que, nos diversos diplomas legais que tratam do assunto, no ordenamento jurídico brasileiro, não se exclui nenhum segmento etário, salvo as crianças e, em certa medida, os adolescentes[1]. É que se considera que eles estão em uma fase de formação e de desenvolvimento, sendo desnecessária e mesmo inadequada a utilização de seu trabalho pela sociedade (ainda que em grau reduzido). Atente-se que, pelo nosso ordenamento jurídico, a criança, além da vedação ao trabalho, não possui sequer a capacidade civil, nem mesmo relativamente a certos atos, o que é reservado apenas aos adolescentes maiores de dezesseis anos[2].

1 Vide Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n.º 8.069/1990), art. 2º e art. 60.
2 Vide Código Civil (Lei Federal n.º 10.406/2002), art. 3º e art. 4º, I.

Situação distinta é a do idoso. Não existe nenhuma norma que imponha a incapacidade civil ao idoso com base em algum critério etário. Para essa incapacidade ser reconhecida, é necessário, em qualquer idade, um processo judicial de interdição[3]. Com relação ao trabalho do idoso, além de a lei não excluir essa possibilidade (com base em critério etário), há inclusive norma legal prevendo explicitamente o direito do idoso ao trabalho. Esse direito é consagrado no Estatuto do Idoso (Lei Federal n.º 10.741/2003), que assim dispõe: "Art. 26. O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas" (BRASIL, 2003).

Medeiros Neto (2008, p. 211-212), em comentário sobre a norma acima referida, afirma que a garantia da proteção ao idoso "é um imperativo do princípio da dignidade da pessoa humana", do qual se extrai, como premissa, "a proibição absoluta pertinente a qualquer forma injusta de restrição aos diretos fundamentais da pessoa em razão do fator idade, abrangendo o direito ao trabalho e à profissionalização".

Ora, o trabalho, sabe-se, pode ser exercido de várias formas, e ao longo do tempo há exemplos dramáticos de como o trabalho se transformou em uma forma de subjugação, exploração ou opressão do semelhante, desde as lutas entre as primeiras tribos humanas e a escravidão que delas resultava, passando pela servidão e pelas condições deploráveis de trabalho existentes nas décadas que se seguiram à Revolução Industrial. Acerca do surgimento da escravidão, como explica Sussekind (2002, p. 3, *apud* CASSAR, 2010, p. 12), "os perdedores tornavam-se prisioneiros e, como tais, eram mortos e comidos. Alguns passaram à condição de escravos para execução de serviços mais penosos".

Assim sendo, frisa-se que não se está aqui generalizando para dizer que o idoso deve se submeter a um trabalho nocivo (seja perigoso, insalubre ou penoso) na sua velhice, posto que isso poderia levar a um agravamento de patologias crônicas de que já estivesse acometido, a uma debilitação maior de seu saúde, que já enfrenta um processo de desgaste ou degradação natural de certas funções orgânicas.

Não obstante, se exercido nas condições adequadas à capacidade física e intelectual, levando-se em consideração o trabalhador como um sujeito de direito e não como mero objeto, o trabalho é não apenas útil à sociedade, mas benéfico à qualidade de vida do trabalhador idoso (desde que este queira exercê-lo).

Em conformidade com a assertiva acima, temos a proposta de definição de qualidade de vida, feita por Paschoal, como base para construção de seu instrumento de avaliação da Qualidade de Vida na Velhice (PASCHOAL, 2006, p. 149): "Qualidade de Vida é a percepção de bem-estar de uma pessoa, que deriva de sua avaliação do quanto realizou daquilo que idealiza como importante para

3 Regulado pelos artigos 747 a 758 do Código de Processo Civil (Lei Federal n.º 13.105/2015).

uma boa vida e de seu grau de satisfação com o que foi possível concretizar até aquele momento".

Assim, se é da vontade do servidor público idoso permanecer em atividade, possibilitar essa permanência seria uma forma de lhe permitir realizar mais daquilo que idealiza como importante, com consequências benéficas à sua qualidade de vida, seja por evitar, pela ociosidade, a atrofia ou a diminuição da destreza (posto que, sabidamente, a prática leva ao aperfeiçoamento), seja pela ampliação do seu grau de satisfação com as realizações do seu próprio trabalho, que, mormente por se realizar no âmbito do serviço público, traz-lhe ainda a percepção de continuar contribuindo com a sociedade, mesmo ciente de que isso não irá impedir o seu processo de envelhecimento.

Além do acima demonstrado (que o direito ao trabalho para o indivíduo idoso se encontra consagrado pelo nosso ordenamento jurídico e que o mesmo pode ser fator benéfico na promoção de sua qualidade de vida), importa considerar que há o princípio da dignidade da pessoa humana, tido como fundamento da República Federativa do Brasil, no art. 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), em cuja definição, obviamente, está inserido o idoso.

A pessoa humana transcende a mera ideia da chamada "pessoa física" (em contraposição à "pessoa jurídica"). Tampouco se exaure na definição civilista que assim designa o ser humano após o nascimento com vida[4] (o nascituro, embora tenha o seu direito à vida protegido pelo ordenamento jurídico, ainda não é considerado juridicamente como pessoa). O conceito de pessoa humana foi forjado ao longo de séculos e Comparato (2006) aponta três pilares fundamentais nessa elaboração histórica: a filosofia grega, o cristianismo e a filosofia kantiana.

Por dignidade (do latim, *dignitatis*, derivado de *dignitas*), compreende-se a qualidade de digno, daquilo que deve ser respeitado, que possui um valor próprio que não pode ser desconsiderado, que há de ser reconhecido. A pessoa humana possui um valor próprio, e esse valor deve ser resguardado.

Deve-se ter em mente que este princípio é bastante amplo, sendo possível afirmar que os direitos fundamentais constituem "exigências e concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana" (SARLET, 2008, p. 88). Com efeito, Sarlet (2008) explicita várias conexões existentes entre o princípio da dignidade da pessoa humana e diversos direitos fundamentais, tais como a própria liberdade pessoal e seus desdobramentos, o direito geral de igualdade (princípio isonômico), a proteção da integridade física e psíquica da pessoa, os direitos sociais, econômicos e culturais e até mesmo o direito de propriedade.

Embora seja valor tutelado pelo ordenamento jurídico de forma tão destacada, não podemos olvidar a complexidade, em termos filosóficos, da noção de

4 Vide Código Civil (Lei Federal n.º 10.406/2002), art. 2º.

dignidade do ser humano, tanto em seu significado sociopolítico quanto moral (NASCIMENTO, 2005).

Tal ideia foi se desenvolvendo ao longo dos séculos no seio do pensamento filosófico ocidental, com raízes na antiguidade clássica e também no ideário cristão, tendo tido importante avanço com as formulações de Boécio, de que a pessoa é substância individual de natureza racional, e Tomás de Aquino, que além de utilizar a expressão *dignitas humana*, atribuiu a dignidade do homem ao fato de ter sido criado à imagem e semelhança de Deus e também como decorrência de sua capacidade de autodeterminação e de sua existência ser subordinada à sua própria vontade, como ser livre por natureza (SARLET, 2008).

A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, tendo a humanidade tomado pleno conhecimento dos horrores da guerra e do genocídio contra o povo judeu praticado nos campos de concentração nazistas, a dignidade da pessoa humana torna-se uma preocupação não apenas teórica, mas principalmente de ordem prática, visando à sua positivação na ordem jurídica. Assim é que, três anos depois, a Declaração Universal dos Direitos do Homem - DUDH, em seu art. 1º, consagrou que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e em direitos" (ONU, 1948), constituindo um marco jurídico fundamental para os Direitos Humanos.

À medida que a humanidade vai evoluindo, mais aspectos da hominidade são protegidos pelo direito. Se antes sequer a vida era respeitada, e depois passa a ser protegida, também a incolumidade física, a igualdade perante outros homens, a liberdade, bem como o direito ao seu pleno desenvolvimento intelectual e social passam a fazer parte desses direitos próprios do homem. Portanto, antes mesmo de a dignidade da pessoa humana ser conhecida e enunciada nos termos atuais, já o homem visava à sua proteção, em um processo paulatino de amadurecimento do Direito.

A dignidade da pessoa humana não é um conceito estanque, mas em constante aperfeiçoamento. Pode-se dizer que do conceito de dignidade da pessoa humana decorrem os direitos humanos e também muitos dos direitos individuais. Assim, a 2ª Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, considerou que "todos os Direitos Humanos decorrem da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana, que a pessoa humana é o sujeito central dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, e que, consequentemente, deve ser o seu principal beneficiário e participar ativamente na realização desses direitos e liberdades (ONU, 1993).

Assim, podemos afirmar que, dentro do que se considera como dignidade, há uma série de características que se veem contempladas quando o trabalhador

idoso tem assegurado o seu direito ao trabalho. A satisfação interior, o senso de pertencimento a uma obra coletiva, de contribuir com a sociedade, o direito ao convívio com aqueles que comungam das mesmas habilidades suas ou exercem profissões em um mesmo ambiente de trabalho, a satisfação em poder repassar o que aprendeu ao longo da vida a outros trabalhadores mais jovens são alguns fatores que podemos considerar como em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Deve-se considerar que a própria ideia de dignidade, sob inspiração kantiana (SARLET, 2008), implica o reconhecimento do ser humano como sujeito (fim) e não como objeto (meio); logo, ter o direito de transformar a realidade ao seu redor, através do seu próprio trabalho, é uma concretização dessa ideia de subjetividade. O sujeito molda, o objeto é moldado. Quando um objeto não se presta mais a ser moldado, é descartado, não mais sendo considerado matéria-prima para a consecução da obra. Já o sujeito poderá, em determinados momentos de sua vida, ficar incapacitado de moldar, de forma voluntária e consciente, algum objeto. Essa incapacidade não lhe tira a condição de sujeito. Mas enquanto essa incapacidade não lhe sobrevém, negar-lhe o direito a esse trabalho voluntário e consciente é negar-lhe a condição de sujeito. Ao negar sua condição de sujeito, ofende-se sua dignidade.

Ao se pensar sobre a ideia de vida digna, importa anotar, ainda, algumas considerações sobre a finalidade da vida humana. A esse respeito, Comparato (2006, p. 692-693), a partir de uma proposição de Espinosa, explica:

> Ora, "perseverar no seu ser", para os humanos, tem um sentido muito concreto e específico. Unamuno exprimiu-o com vigor, ao dizer que o homem "tem fome de imortalidade". Desde sempre, a angústia da morte ensombrece as nossas vidas e contrapõe-se, dramaticamente, a esse esforço por perseverar no ser, que Espinosa definiu como a própria essência de nós mesmos. Somos a única espécie biológica que tem consciência da própria morte, e que dela faz, por conseguinte, um elemento de sua condição existencial. Nesse sentido, Heidegger definiu o homem, paradoxalmente, como um 'ser-para-a-morte" [...] Pode-se, porém, inverter os termos da questão, e considerar o ímpeto de superação da morte, ou mesmo a revolta contra ela, um elemento igualmente indissociável de nossas vidas.

É, portanto, consentâneo com o pensamento acima exposto o esforço do indivíduo que procura permanecer exercendo seu trabalho, como decorrência de seu esforço em perseverar na vida. Portanto, a velhice, por si só, não deveria constituir um óbice a tal permanência.

A Assembleia das Nações Unidas (ONU, 1948) estabeleceu no art. 25, item 1, da já mencionada Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH:

> Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

O que deve ficar claro é que, apesar da amplitude dada pelo dispositivo citado aos casos merecedores do direito à segurança, velhice e invalidez não são sinônimos, e acertadamente não foram confundidos no célebre documento da ONU, referência mundial no tocante aos direitos ditos fundamentais, e que hoje se encontra inclusive defasado, em comparação, por exemplo, com textos constitucionais como o nosso atual, considerado dos mais avançados quanto à positivação de tais direitos.

Entretanto, a respeito de tais declarações, é sempre oportuno ter em mente a distância entre o reconhecimento desses direitos e a sua efetivação, pois, como nos lembra Villey (2008), tais textos não nos proporcionaram efetivamente saúde, lazer e cultura, entre outros direitos, mas expressaram aspirações – os fins do direito.

Pelo citado artigo da DUDH, depreende-se que a velhice é vista como um dos casos de perda dos meios de subsistência por parte do indivíduo que se encontra nessa fase. Essa "perda dos meios de subsistência" configura-se de forma mais clara no caso da invalidez, sendo mais apropriado referir-se, no caso da velhice, a uma diminuição, mais ou menos acentuada, em virtude de um conjunto de fatores biopsicossociais, da capacidade de prover o seu próprio sustento, à qual se pode somar, em determinado momento, a própria invalidez.

Pode-se concluir também que não importaria tanto a idade, se 50, 60, 70 ou 80 anos, para se determinar o início da velhice, mas sim a diminuição, ou, de acordo com o artigo citado, a perda dos meios de subsistência.

Não há dúvidas de que qualificar um idoso de inválido ou de incapaz em razão da idade é um comportamento discriminatório. A senectude é um processo que leva, ao final, à morte do corpo físico, e antes desta, à sua incapacidade ou invalidez, mas como todo processo não pode ser entendido como uma mudança abrupta. Além disso, a morte é algo que também pode atingir os jovens, não sendo a sua proximidade privilégio dos idosos, apenas algo que se mostra mais aparente.

O fato é que entre o surgimento dos primeiros sinais da velhice e a de-

crepitude caracterizada pela incapacidade ou invalidez, há um longo caminho a ser percorrido pelo ser humano. A velhice talvez pareça, à primeira vista, uma das condições mais ofensivas à dignidade humana, e talvez por isso tanta repulsa cause àqueles que querem sempre parecer jovens, dissimulando a idade e utilizando-se dos artificialismos proporcionados pela indústria cosmética e pela cirurgia plástica, mas, ao contrário, ela é um processo tão natural e indissociável do ser humano que as peculiaridades próprias do mesmo passam a fazer parte do conceito de dignidade da pessoa humana.

Nem sempre foi assim. Em sociedades primitivas, os velhos, muitas vezes, eram levados a locais desertos, para que lá morressem (PORTO, 2005). No estado atual da evolução do Direito enquanto ciência voltada para a concretização do ideal de Justiça (VILLEY, 2008), deve-se reconhecer que não é justo exigir de um idoso que se esprema entre os passageiros de um coletivo, sujeitá-lo a enfrentar filas gigantescas em uma agência bancária ou fazê-lo aguardar o mesmo tempo que uma pessoa saudável de vinte anos, por exemplo, aguardará para o deslinde de um processo judicial de igual complexidade.

Com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso em 1º de janeiro de 2004, "é que se realçou a atenção, sobretudo jurídica, aos seres humanos que se encontram nessa condição" (RODRIGUES, 2005). Por idoso entende-se todo aquele que atinge 60 anos de idade, como se depreende do art. 1º da própria norma estatutária: "É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos". Rodrigues (2005) comenta este artigo da seguinte forma: "optou o legislador pelo critério cronológico para qualificar a pessoa idosa, independente de qualquer outra conotação pessoal, social, laborativa, física ou psíquica, com o fito de dissipar eventuais divergências subjetivas". De fato, não há nenhum impedimento a que o legislador opte por um critério objetivo, como o cronológico, em vez de outros que, embora pudessem melhor definir esta etapa da vida, dependeriam de avaliação subjetiva, quiçá por parte de um conjunto de especialistas, dificultando, em termos práticos, o enquadramento legal de alguém como "idoso".

De qualquer forma, a necessidade de se estabelecer essa categoria, o "idoso", decorre não do intuito de se criar um privilégio para determinado grupo, mas de, pressupondo a vulnerabilidade dos que se encontram nessa situação, dotar-lhes de uma maior proteção, por parte do Direito. Em determinados casos, esta proteção parecerá descabida, posto não ser impossível haver idosos que possuam excelente compleição física, aparência jovial, funcionamento fisiológico normal, plena integridade de suas funções sensoriais e intelectuais, vontade firme, disposição laboral e integração social harmônica, não parecendo adequado que tais pessoas gozem de privilégios que deveriam ser reservados aqueles que podem inclusive

apresentar moléstias ou deficiências que lhes causem problemas e sofrimentos vários, seja maior de 60 anos ou não. Segundo Cícero (2007), Masinissa, rei dos númidas orientais durante a segunda guerra Púnica, aos noventa anos, ao fazer uma viagem a pé, seguia até o fim sem montar a cavalo; quando viajava a cavalo, dele não descia, e ia com a cabeça descoberta quer fizesse frio ou mesmo chovesse.

Para Cícero (2007, p. 32), "a velhice só é honrada na medida em que resiste, afirma seu direito, não deixa ninguém roubar-lhe seu poder e conserva sua ascendência sobre os familiares até o último suspiro". Entretanto, a adoção do critério cronológico, embora se pudesse advogar a sua substituição por outro mais apropriado, ou a possibilidade de ser combinado com meios de correção de suas eventuais disparidades, não se apresenta, em si, como um elemento juridicamente inadequado ou pernicioso, mas como facilitador da adoção da proteção a que se destina.

Não há, neste trabalho, nenhuma objeção apriorística a que o legislador estabeleça critérios cronológicos ou etários para que alguém possa exercer algum direito. Para o início da capacidade jurídica estabelece-se um critério etário, mas não para o fim da capacidade. A aposentadoria compulsória mostra-se como uma aberração jurídica, pois na prática o seu advento é a imposição da condição de incapaz ao servidor, sem positivá-la expressamente. Poderá trabalhar em qualquer outra área, poderá até mesmo, como Oscar Niemeyer, aos cem anos de idade, ser contratado pelo poder público para elaborar algum projeto arquitetônico. Por que, então, barrar no serviço público alguém com setenta e cinco anos? Por que considerar que ele seria incapaz de contribuir, com o seu trabalho, neste setor? Se a lei objetivasse estabelecer um critério etário para determinar o fim da capacidade jurídica, por que atingir apenas os que trabalham no serviço público? Qualquer norma nesse sentido deveria ser igual para todos, ou ao menos clara em suas disposições e objetivos.

A aposentadoria compulsória termina por se constituir em uma forma de se negar ao idoso a oportunidade de continuar trabalhando. Para Paschoal (2006), as oportunidades negadas, somadas a outros fatores, tais como a exclusão social e a imagem social da velhice, levam os idosos a terem possibilidade menores de uma vida digna.

Para Papaléo Netto (2006, p. 10):

> [...] a distinção entre senescência ou senectude, que resulta do somatório de alterações orgânicas, funcionais e psicológicas próprias do envelhecimento normal, e senilidade, que é caracterizada por modificações determinadas por afecções que frequentemente acometem a pessoa idosa, é, por vezes, extremamente difícil.

Dessa dificuldade possivelmente advenha a opção do legislador constituinte por um critério etário fixo, a fim de forçosamente reduzir a complexidade intrínseca do tema para se enquadrar no almejado paradigma jurídico de previsibilidade e replicabilidade, o qual inclusive foi recentemente fortalecido com o advento do Código de Processo Civil de 2015, principalmente no seu art. 926, conforme apontado em abordagem crítica de Torrano e Streck ([201-]). Todavia, o idoso que, em gozo de boa saúde física e mental, é apto para o desempenho do seu cargo não pode ser confundido com aquele que se encontra acometido de afecções tais que lhe incapacitem para o pleno exercício do seu labor.

É importante perceber que a relação com o trabalho varia de indivíduo para indivíduo. Em algumas pessoas, o trabalho assume uma importância tal que predomina sobre outros âmbitos da vida social, identificando-se mesmo com o exercício de direitos fundamentais, como a liberdade de locomoção. No caso de um idoso, ao se ver afastado do trabalho, pode entrar em um processo de isolamento – seja pela ausência do que era o estímulo principal à sua atividade em sociedade, seja pela intervenção da família, que muitas vezes opta por decretar a sua internação em uma instituição de longa permanência (asilo), contra sua vontade.

Essa variação subjetiva que há na relação do indivíduo idoso com o trabalho também se reflete na sua percepção acerca da aposentadoria. Como assinalado por Rodrigues e Rauth (2006, p. 189), a aposentadoria:

> Como instituição social, apresenta alguns aspectos contraditórios. Se, de um lado, alguns a vivem como um tempo de liberdade, desengajamento profissional, de possibilidade de realizações, de fazer aquilo que não teve tempo de fazer durante a vida ativa, de aproveitar a vida, de não ter mais patrão nem horários obrigatórios; por outro lado alguns a consideram como um tempo inútil, de desvalorização, social, sem sentido, vazio, de nostalgia e de engodo.

Rodrigues e Rauth (2006) observam, ainda, que o impacto da aposentadoria sobre o bem-estar do trabalhador é influenciado pelo trabalho realizado e pela profissão exercida, pois se estes forem repetitivos, fatigantes, desvalorizados ou não desejados, a aposentadoria será vista como uma liberação, ao passo que a valorização do trabalho ou da profissão, em razão do enriquecimento diário que proporcionam, levaria o indivíduo a não desejar a aposentadoria e a aspirar à liberdade de escolher a idade para se aposentar. Em termos sintéticos, poder-se-ia dizer que o trabalho indesejado leva ao desejo de aposentadoria, enquanto que o trabalho desejado leva a não desejar a aposentadoria.

A República Federativa do Brasil, ao insculpir em sua Constituição Federal como um dos objetivos a promoção do bem de todos, sem discriminações,

inclusive sem preconceito de idade, jamais poderia fechar os olhos para uma realidade tão evidente, que é a de que a aposentadoria compulsória fere a liberdade de escolha do indivíduo idoso.

Essa ofensa à liberdade individual é mais grave quando se atenta para o fato de que a mesma em nada contribui para o equilíbrio das contas públicas, pelo contrário, onera os cofres públicos, direta e indiretamente. Com efeito, gera diretamente aumento de despesa pelo pagamento de aposentadorias àqueles que podem e desejam continuar trabalhando, e, de forma indireta, aumentam o gasto público em saúde para fazer frente à aceleração da velhice causada pela interferência, no curso desta, de uma enfermidade qualquer, que possa vir a se instalar ou se agravar a partir de uma aposentadoria indesejada (tais como aquelas relacionadas ao sedentarismo), como se verá mais adiante.

2. INTERFERÊNCIAS DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA NO BEM-ESTAR E NA QUALIDADE DE VIDA DO IDOSO

Neste tópico, antes de mais nada, interessa-nos compreender melhor o universo do idoso, tendo como escopo a promoção do seu bem-estar e de sua qualidade de vida, o que passa inevitavelmente pelo entendimento do que vem a ser a velhice ou senectude. Registre-se, ainda, que aqui se buscará o auxílio dos conhecimentos oriundos da gerontologia, reconhecida pela comunidade científica como a responsável por uma área específica, a ciência do envelhecimento (PAPALÉO NETTO, 2006).

A velhice é um gradual processo de abdicação forçada a uma série de faculdades ou possibilidades que o ser humano em geral possui na vida adulta ou mesmo na juventude. Primeiramente, as possibilidades físicas vão se atenuando ou se restringindo, seja na amplitude de movimentos, na força física ou na resistência ao esforço. Atente-se que a progressiva dificuldade em tais fatores, relacionados ao seu desempenho físico, deve ser observada a partir da história de cada indivíduo.

Haverá, é evidente, aqueles que sempre buscaram manter um bom condicionamento físico e, por diversos fatores, conseguem, em idade avançada, manter níveis excelentes de flexibilidade, força e resistência. Outros, apesar do sedentarismo na maior parte da vida, caso passem a adotar hábitos de vida mais saudáveis, podem conseguir ser, quando idosos, mais dispostos e melhor condicionados fisicamente do que quando jovens, o que pode decorrer do fato de que "as pessoas mais velhas podem ser mais eficazes no uso de processos adaptativos, mais capazes de compreender as possibilidades e as limitações e de usar esse conhecimento para seu desenvolvimento pessoal" (LEÃO JÚNIOR; RESENDE, 2008, p. 131).

Já se sabe o quanto a inatividade física é nociva à saúde e é, inclusive, responsável por aproximadamente dois milhões de mortes prematuras no mundo anualmente e pelo gasto, no ano 2000, de US$ 76 bilhões com custos médicos, só nos Estados Unidos, segundo o *Center for Disease Control and Prevention* dos EUA (CDC, 2004, *apud* MACIEL, 2010). Sabe-se, ainda, que a incapacidade prematura e a dependência de terceiros podem decorrer de doenças cardiovasculares (KOPILER, 1997) e a dependência dos idosos, cardiopatas ou não, pode ser prevenida, retardada ou mesmo minimizada a partir de uma intervenção com exercícios para condicionamento físico, melhorando a capacidade funcional (KOPILER, 1997).

Todavia, há uma tendência biológica ao envelhecimento, que se manifesta de múltiplas formas. Além dos aspectos físicos mais evidentes, há as alterações inevitáveis e irreversíveis na aparência, com o surgimento de rugas, de manchas, o ressecamento da pele, a perda da elasticidade e do brilho. A diminuição hormonal, tanto no homem quanto na mulher, provoca consequências sistêmicas que não caberia nesse estudo elencar, mas podem ser destacadas a diminuição da libido e da disposição para o trabalho. Pode-se encontrar uma explicação para isso em um princípio proposto por Baltes, citado por Neri (2006, p. 69), de que:

> a plasticidade biológica e a fidelidade genética declinam com a idade, porque a natureza privilegia o crescimento nas fases pré-reprodutiva e reprodutiva, pois é isso que fundamentalmente interessa à espécie, falando de seleção natural em termos estritamente biológicos.

Assim, podemos dizer que envelhecer é desfazer-se aos poucos da vida terrena. Nesse desfazimento, a própria natureza tem um papel essencial, pois de cada um, conforme suas condições genéticas e ambientais e em função de seus hábitos e de sua postura diante da vida, vai, gradativa e às vezes quase imperceptivelmente, suprimindo muitas de suas aptidões e habilidades, esgarçando suas memórias e também arrefecendo e diluindo seus desejos e aspirações. É a natureza, igualmente, a responsável pelo rompimento, por vezes de forma brusca e traumática, dos seus laços afetivos, seja pela morte, pela doença ou pelo afastamento voluntário de parentes, amigos ou conhecidos.

Esse afastamento voluntário é algo inequívoco na nossa sociedade. Foi-se o tempo em que havia um respeito reverencial aos idosos. Em muitos âmbitos da sociedade contemporânea, o idoso é frequentemente visto como estorvo, sendo sua presença algo indesejável. Assim, além da influência da natureza no envelhecimento, há que se valorar a importância dos fatores culturais que condicionam a

velhice.

Beauvoir (1990, p. 7) relata que o príncipe Sidarta (que viria a se tornar o Buda), na primeira vez que saiu do palácio em um passeio de carruagem, viu um homem "enfermo, desdentado, todo enrugado, encanecido, curvado, apoiado numa bengala, titubeante e trêmulo". Diante do seu espanto, o cocheiro lhe explicou o que era um velho. Teria então dito o príncipe: "que tristeza que os seres fracos e ignorantes, embriagados pelo orgulho da juventude, não vejam a velhice! Voltemos rápido para casa. De que servem os jogos e as alegrias, se eu sou a morada da futura velhice?".

Essa percepção não parece ser algo presente na maioria das pessoas. Ainda segundo Beauvoir (1990, p. 7), "os homens eludem os aspectos de sua natureza que lhes desagradam".

Ainda segundo Beauvoir (1990, p. 20), é importante apreender a velhice em sua totalidade, não apenas como fato biológico, mas também como fato cultural. Se a velhice é identificada com a ideia de declínio, é importante ter em mente que "definir o que é para o homem progresso ou regressão supõe que se tome como referência um determinado fim: mas nenhum é dado *a priori*, no absoluto. Cada sociedade cria seus próprios valores: é no contexto social que a palavra 'declínio' pode adquirir um sentido preciso".

Assim, atentar para a finalidade do serviço público e perscrutar o papel que o servidor público deve desempenhar no atingimento dessa finalidade devem ser atitudes essenciais para se estabelecer a partir de que momento se deve considerar que um determinado indivíduo, ocupante de cargo público, atingiu esse declínio próprio do envelhecimento, de modo que sua permanência no serviço público contrariaria os fins deste.

É voz corrente, hoje em dia, a ideia de que a idade cronológica e a idade biológica não se confundem. Para o gerontologista norteamericano Howell, segundo Beauvoir (1990, p. 40), a senescência "não é uma ladeira que todos descem com a mesma velocidade. É uma sucessão de degraus irregulares onde alguns despencam mais depressa que outros". Como, então, adotar-se um marco temporal fixo para todas as pessoas, a partir do qual se presumiria que todos teriam atingido um degrau em que haveria incompatibilidade para o exercício de um cargo público?

A aposentadoria compulsória parte de uma premissa questionável, que é a de que o envelhecimento, a partir de uma certa idade, deve ser considerado como incapacidade. Todavia, isso não encontra amparo na medicina atual (principalmente a partir do desenvolvimento da gerontologia, nos planos biológico, psicológico e social), que deixou de considerar o envelhecimento como doença,

como os antigos faziam, passando a considerá-lo como uma etapa de um processo natural, próprio da vida (BEAUVOIR, 1990, p. 32).

De acordo com a síntese histórica elaborada por Beauvoir (1990, p. 24-26), se no século II, Galeno considerava a velhice como intermediária entre a doença e a saúde, Roger Bacon, no século XIII, considerava a velhice uma doença, concordando com a opinião expressa por Terêncio, na Antiguidade; até mesmo no século XVIII, Galeno mantinha discípulos, como Gerard Van Swieten, que encara a velhice como um tipo de doença incurável. Isso não exclui o fato de que, em geral, há, como observa Beauvoir (1990, p. 37), uma reciprocidade entre velhice e doença: "esta última acelera a senilidade e a idade avançada predispõe a perturbações patológicas, particularmente aos processos degenerativos que a caracterizam". Geralmente uma é acompanhada da outra. Mas é na análise dos casos em que se encontram dissociados que se pode aferir sua essencial distinção.

Por outro lado, perquirindo-se acerca de eventuais fatores benéficos à saúde do idoso, acarretados pela aposentadoria compulsória, deve-se considerar a possibilidade do afastamento de possíveis situações de estresse crônico decorrentes do ambiente de trabalho, isto porque o estresse crônico desempenha um papel importante na imunossenescência humana, expressão que, segundo Bauer (2006), designa as alterações imunológicas que ocorrem no processo de envelhecimento, tendo sido observado que "os idosos cronicamente estressados apresentam pior resposta imune e elevada morbidade quando comparados com idosos não-estressados" (BAUER, 2006, p. 37).

Certo é, porém, que o afastamento forçado do trabalho também pode gerar um estresse ao idoso, quiçá ainda maior do que o eventualmente provocado pelo trabalho. Ora, o estresse crônico no trabalho (situação que não deve ser considerada como normal, mas sim atípica) deve ter suas causas específicas investigadas caso a caso, para que seja combatido, através das diversas ferramentas gerenciais que a administração possui, sem se valer do alijamento do servidor idoso do ambiente de trabalho como "solução".

Analisando de forma dialética a relação existente, no indivíduo, entre o seu trabalho e sua vida privada, temos uma interessante constatação feita por Beauvoir (1990, p. 112): "o papel que os homens de idade representam privadamente, na família, reflete o que o Estado lhes confere. Examinando através do tempo a condição dos velhos, teremos uma confirmação desse esquema".

Pensamos que a solução drástica da aposentadoria compulsória poderia ser substituída, com a vantagem observada acima e sem as desvantagens tratadas ao longo deste tópico, com a readaptação do idoso em cargo no qual não viesse a ser submetido ao risco de sofrer estresse cumulativo.

Meng *et al*. (2017), em revisão sistemática sobre o impacto da aposentadoria por idade relacionada ao declínio cognitivo, assim observaram:

> Portanto, a aposentadoria provavelmente afetará os vários domínios cognitivos de maneira diferente, dependendo de qual cargo o indivíduo está se aposentando. Esta poderia ser uma explicação para as evidências conflitantes sobre o efeito da aposentadoria no declínio relacionado à idade em habilidades cognitivas fluidas. Assim, a divisão de habilidades cognitivas somente em habilidades cristalizadas e fluidas pode ser muito bruta neste contexto e uma divisão posterior em domínios cognitivos dentro dessas duas categorias pode ser necessária.

Skinner e Vaughan (1985, p. 61), em obra motivacional acerca da velhice, sintetizam bem o que ocorre após a aposentadoria àquele indivíduo acostumado a um trabalho intelectual:

> Com frequência pensamos melhor em companhia de outras pessoas, que nos afastam de nossos temas favoritos. Numa discussão acalorada, dizemos coisas que não nos ocorreriam se estivéssemos sozinhos. Os idosos comumente são vítimas de uma desvantagem especial, a falta de interlocutores. Professores aposentados não continuam a falar com estudantes, cientistas aposentados não podem discutir seu trabalho com companheiros de profissão, homens de negócio aposentados não mais falam com seus sócios. Em geral os idosos se vêem em companhia de pessoas com quem não têm interesses comuns.

Especificamente sobre o significado da aposentadoria para os professores e a repercussão não apenas sobre o sentimento de pertencimento social, mas também sobre a significação pessoal de toda uma vida de trabalho, temos a análise de Both e Carlos (2006), fruto de pesquisa com nove professores idosos da Universidade de Passo Fundo, jubilados aos 70 anos (quando então este era o limite para a aposentadoria compulsória):

> Os jubilados, diante da ausência de interlocutores, perdem a motivação na busca de atualização; desprovidos do seu objetivo profissional – o ensino –, os professores vêem desvanecer a razão da procura pelo conhecimento, cujo valor se reduz contundentemente. Consideravam-se úteis para alunos e, deveras, à instituição, à qual dedicaram anos de sua vida, porém tudo se perde no exato instante em que são completados os setenta anos, pois, conforme um dos sujeitos, "tão te dizendo que tu não és mais útil para a universidade,

> tu podes traduzir assim". A falta da universidade não se dá apenas no sentido do termo "saudade"; também significa para os jubilados uma falha, pois a doação de uma vida, embora remunerada, não se restringiu ao aspecto financeiro, mas a um espaço que habitaram, onde viveram, sofreram e cresceram. A despedida é uma homenagem, e a reclusão pertence aos dias que se seguem, pois, quando retornam como professores jubilados, a vinculação terminou por completo e a inutilidade é o sentimento preponderante. Consideram-se "julgados", o que avaliam como extremamente injusto.

A partir de uma reflexão sobre a ideia de que "todo trabalho é nobre" (como proposto por Carlyle), Skinner e Vaughan (1985, p. 71-72) consideram que expressões como "elevado", "ilustre", "sublime" ou "nobre" se referem a algo que transcende o trabalho. A partir daí, distinguem as consequências a longo prazo (tal como os salários e, no nosso entender, também os proventos de aposentadoria) e as consequências imediatas ao trabalho, sendo estas relacionadas com aquilo que apreciamos, tal como um artesão que constrói uma peça de mobília, para quem, muito mais importante do que usufruir da peça pronta ou do dinheiro obtido com a sua venda, seria:

> como um pedaço de madeira se modifica à medida que é girado no torno, entalhado com o formão ou encaixado perfeitamente com outra peça, ou ainda como a aparência e a textura de uma superfície se alteraram, após ter sido lixada, envernizada e polida por ele. **Essas consequências imediatas determinam cada movimento que faz e o mantêm trabalhando com satisfação** (grifo nosso).

Para Skinner e Vaughan (1085, p.73), "as consequências imediatas são a parte 'nobre' do trabalho, e a parte mais frequentemente perdida quando não há trabalho a ser feito", o que resultaria em uma espécie de depressão. Assim se referem a esse estado:

> A depressão que sofremos diante da impossibilidade de continuar a fazer as várias coisas gratificantes que fazíamos, é muito parecida com a depressão que experienciamos quando nos mudamos de uma cidade para outra. Coisas que fazíamos na cidade onde morávamos, não podem continuar sendo feitas na nova. Não podemos ir ao mesmo supermercado, ir às casas dos mesmos vizinhos, cumprimentar o mesmo carteiro e levar o cachorro a passear pelas mesmas ruas. Grande parte das coisas que gostávamos de fazer, não nos são mais acessíveis. A depressão resultante é também como a perda de alguém por morte, tudo o que era agradável fazer com essa pessoa, não pode continuar a ser feito. Quando aposentados, perdemos nos-

> so trabalho, da mesma forma como perdemos uma cidade ou um velho amigo.

Assim, por tudo acima exposto, pensamos que a possibilidade de permanência do idoso no serviço público, sem a incidência de uma aposentadoria compulsória, poderia ser benéfica para a sua autonomia e independência, e, assim, para a sua qualidade de vida. Paschoal (2006) afirma, nesse sentido, que, "se os indivíduos envelhecerem com autonomia e independência, com boa saúde física, desempenhando papéis sociais, permanecendo ativos e desfrutando de senso de significado pessoal, a qualidade de sua vida pode ser muito boa".

3. HARMONIZAÇÃO DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA COM A DIGNIDADE HUMANA

Por constituir o direito ao trabalho uma das exteriorizações da dignidade da pessoa humana é que a supressão involuntária daquele é considerada danosa a esta. Com efeito, para Nascimento (2005, p. 135), "o desemprego prejudica a autoestima da pessoa e a sua dignidade".

Não obstante as evidentes diferenças entre o desemprego e a aposentadoria compulsória (mormente no tocante ao pagamento de proventos nesta última), não se pode negar a semelhança no fato de serem ambas formas involuntárias de afastamento do trabalhador do seu local de trabalho e do exercício do seu mister, levando igualmente à inatividade. Por conseguinte, a ser posta em relevo mais a semelhança do que a distinção apontada, não é exagero considerar também a aposentadoria compulsória como prejudicial à autoestima e à dignidade do idoso.

Seria, então, possível harmonizarem-se no ordenamento jurídico a aposentadoria compulsória e o princípio da dignidade da pessoa humana?

Aqui cabe a distinção entre princípios e regras, existente na doutrina. Enquanto aqueles se espraiam amplamente sobre o ordenamento jurídico de tal forma que seus contornos passam a ter abrangência não muito nítida e mesmo variável ao longo do tempo, estas possuem delimitação clara quanto à sua aplicação e abrangência; por outro lado, enquanto a executoriedade dos princípios é bastante mitigada, as regras tem força coercitiva mais nítida, nos casos em que sua aplicação é prevista (ÁVILA, 2005). Essa distinção teórica é importante na análise sobre a qual norma caberia a prevalência em um conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a regra sobre a aposentadoria compulsória (ambos presentes no texto constitucional originário, desde a sua promulgação em 1988).

Enquanto regra, pressupõe-se que a mesma obedeça ou corresponda a uma técnica específica para a sua construção, com critérios lógicos ou ao menos que

possam ser tidos como razoáveis. Toda técnica, porém, deve ter uma necessidade objetiva (a fim de fazer frente aos sofrimentos humanos) e quando se desenvolve uma técnica para além dessa necessidade pode haver uma ideologia subjacente servindo à perpetuação da sociedade existente, com todas as suas injustiças e contradições (CROCHÍK, 2008).

No caso da regra jurídica da aposentadoria compulsória, a mesma transborda a necessidade razoável de afastamento do servidor público idoso que se encontre incapacitado ou inapto para o serviço (o que já ocorre graças ao instituto da aposentadoria por invalidez) e contraria a lógica da aposentadoria como um direito a ser voluntariamente exercido pelo servidor (visão corroborada pela própria história da positivação jurídica desse direito, como já visto), a partir da sua compulsoriedade.

Podemos também refletir se o limite etário por ela previsto (que era de 70 e foi ampliado para 75 anos) seria balizador do nível de frieza da sociedade brasileira para com os indivíduos que se encontram acima dessa idade, a partir da ideia de Adorno, conforme apresentada por Crochík (2008, p. 98), de que a frieza seria "uma característica universal, por meio da qual tendemos a nos preocupar unicamente com os mais próximos, deixando de nos importar com o que acontece com os demais".

Nessa perspectiva, podemos concluir que, a partir do aumento da população idosa ao longo das últimas décadas, da positivação de normas protetivas dos idosos e da crescente conscientização da sociedade acerca dos direitos dessa população, a "frieza social" para com os idosos teria diminuído, levando ao aumento do limite etário da aposentadoria compulsória, contemplando aqueles que se encontram logo abaixo desse limite (os quais estariam mais próximos da maioria dos demais indivíduos que compõem a sociedade) e refletindo uma menor preocupação com aqueles que se situam acima desse limite (por configurarem uma minoria mais distante).

É importante assinalar neste trabalho, também, a ilogicidade da aposentadoria compulsória, não sendo fácil encontrar um fundamento ontológico para a mesma. Ademais, apesar de improváveis, não se pode excluir a possibilidade de ocorrência de situações surreais, tal como a de um indivíduo de 74 anos que fosse aprovado em um concurso público e nomeado para um determinado cargo (considerando-se que para o mesmo não haja a fixação, em lei, de um limite máximo de idade de admissão, em razão de sua natureza[5]), que se veria compulsoriamente aposentado um ano depois, independente de sua colocação no certame ou de sua inconteste capacidade para o cargo.

5 Vide Estatuto do Idoso (Lei Federal n.º 10.741/2003), art. 27.

Seria um prêmio ao idoso? Não se pode anuir com essa assertiva, visto que poderá ser forçado a se aposentar com proventos proporcionais, se ao chegar à idade limite não tiver o tempo de contribuição necessário para uma aposentadoria integral, podendo, assim, sofrer drástica redução nos valores a serem percebidos mensalmente – sem falar no caráter impositivo, alheio à vontade do servidor, com a possibilidade de graves repercussões na sua saúde e na sua qualidade de vida, como já visto.

Seria ela uma incapacidade presumida? Não nos parece adequada essa afirmação, que tem sua refutação no simples fato de que um idoso aposentado compulsoriamente pode ser nomeado para cargo em comissão ou mesmo ser eleito para cargo eletivo – postos que podem ter até mais relevância e responsabilidades do que o cargo efetivo que ocupava antes de ser compulsoriamente aposentado.

Seria uma penalidade? Se fosse, deveria ser precedida do devido processo legal, assegurada ampla defesa e o contraditório, não podendo ser confundida com a aposentadoria compulsória enquanto penalidade, tal como instituída pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar n.º 35/79, em seu art. 56 (BRASIL, 1979), aplicada ao magistrado manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo, de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções ou de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho. Observe-se que esse dispositivo é bastante questionado atualmente, por ser considerada a manutenção do recebimento dos proventos de aposentadoria mais um prêmio do que uma punição ao magistrado infrator (MARINELA, 2017).

É, assim, de tal forma ilógico e desconcertante esse instituto, que não podemos nos furtar a vislumbrar nele um eufemismo para a positivação, em nível constitucional, de um grave preconceito contra os idosos, potencialmente atentatório à dignidade da pessoa humana do servidor que se vê aposentado compulsoriamente.

Patto (2008, p. 22-23) nos mostra a relação entre o preconceito e a sociedade capitalista industrial, a partir da antropologia marxista de Heller (2000, p. 54):

> Para reafirmar-se permanentemente como democrática, esta sociedade necessita justificar a desigualdade social como desigualdade individual, de grupo, de classe, de raça ou de etnia, supostamente determinada por diferenças de "aptidões naturais" genéticas ou adquiridas. Daí a constatação de Heller de que "a classe burguesa produz preconceitos em muito maior medida que todas as classes sociais conhecidas até hoje". Assim sendo, para ela, preconceito é justificação ideológica.

Mais adiante, ressalta a importância da educação "para um projeto político de mudar a vida que não se realiza sem a superação dos preconceitos. Educar para a discussão racional e para a tolerância é uma das principais metas de um programa de transformação radical das sociedades da exploração e opressão" (PATTO, 2008, p. 25).

Assim, no âmbito do Direito, é preciso estar atento a uma ampla gama de regras existentes que nem sempre refletem a busca por um ideal de justiça, mas são resultado histórico da consolidação de visões preconceituosas e da opressão dos mais fracos pelos mais fortes. É por meio da manutenção e da reprodução dessas regras que o preconceito é, também, perpetuado.

Analisando a aposentadoria compulsória a partir da perspectiva da necessária superação de preconceitos contra os idosos e da proibição constitucional de discriminação em razão da idade, é importante atentar para o fato de que o Estatuto do Idoso, Lei Federal 10.741/2003, previu, no seu art. 96, conduta típica que criminaliza a discriminação da pessoa idosa (BRASIL, 2003, p. 06):

> Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade. Pena: reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa. §1º Na mesma pena incorre quem desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo. [...]

À luz de tudo que já foi exposto acima, bem como da necessidade de que todo ato administrativo seja motivado, a aposentadoria compulsória não pode corresponder a um afastamento compulsório, automático e imediato que ignore as peculiaridades do servidor que completa 75 anos, sua efetiva capacidade laboral, sua motivação para o exercício do cargo, seu eventual interesse em permanecer em atividade, as repercussões da inatividade para seu bem estar físico e mental, bem como as possibilidades que o mesmo tenha de recolocação profissional na chamada iniciativa privada.

Para Sarlet (2008), deve-se admitir a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana quando confrontado com outros princípios e regras constitucionais, mesmo atinentes à matéria de direitos fundamentais. A relativização do princípio da dignidade da pessoa humana apenas seria cabível, para o autor, quando contraposto à igual dignidade de terceiros – o que não ocorre na aposentadoria compulsória, visto que a relação existente é entre o servidor e a Administração Pública.

Sarlet (2008) considera, ainda, que a ordem jurídico-constitucional fun-

damental não pode dar qualquer tipo de respaldo a ofensas concretas à dignidade pessoal, como decorrência da positivação da dignidade na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental. Pelo contrário, essa positivação gera a imposição, ao Estado e particulares, de um dever, qual seja, o de respeitar, proteger e promover a dignidade de todas as pessoas, sem distinção.

Bachof (2008) considera que não se pode reduzir a legitimidade de determinado texto constitucional à sua positividade (lembrando o passado nazista como uma viva advertência dos riscos dessa redução) e que ao se incorporar o chamado direito supralegal (sobre-estatal ou pré-estatal, que vêm a ser formas alternativas de denominar o Direito Natural) ao texto constitucional, não se atribui a essa positivação um caráter constitutivo, mas sim de cunho declaratório.

É, dessa forma, que Bachof (2008, p. 62-63), analisando a possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais e tratando da hipótese de inconstitucionalidade de determinada norma "constitucional" por infração a direito supralegal (natural) que esteja positivado na Constituição, afirma:

> [...] tal norma será, em qualquer caso, contrária ao direito natural [...] carecerá de legitimidade, no sentido de obrigatoriedade jurídica. Mas não tenho nenhuma dúvida em qualificá-la também, apesar de pertencer formalmente à Constituição, como "inconstitucional", se bem que o fundamento último da sua não obrigatoriedade esteja na contradição com o direito supralegal [...]. O direito constitucional supralegal positivado precede, em virtude do seu caráter incondicional, o direito constitucional que é apenas direito positivo, razão por que aqui – mas também só aqui – a ponderação da importância de normas constitucionais diferentes, em confronto umas com as outras, preconizada por Krüger e Giese, se mostra justificada.

Dantas e Lacerda (2007), por sua vez, embora aceitem a existência de normas constitucionais inconstitucionais (mesmo daquelas oriundas do Poder Constituinte originário), defendem um posicionamento que não se baseia em critérios suprapositivos, mas em um exercício de interpretação do texto constitucional visto como um sistema, pois, para eles, caso se considere que uma norma constitucional fere o Direito Natural, o que haveria não seria inconstitucionalidade, mas sim o fenômeno sociológico do hiato constitucional, quando a sociedade não aceitasse a aplicação de determinadas normas constitucionais.

De qualquer forma, consideramos que, no art. 1.º da Constituição Federal brasileira, não se está atribuindo dignidade à pessoa humana, nem criando um princípio que corresponda a essa dignidade, mas antes reconhecendo a existência da pessoa humana e sua intrínseca dignidade, reconhecimento este que não se

deve cingir a esta ou aquela aplicação normativa, mas como parâmetro balizador de toda e qualquer interpretação normativa, a saber, um princípio fundamental norteador da interpretação das normas jurídicas.

Muitas podem ser as razões pelas quais alguém pode se opor ao advento de sua própria aposentadoria compulsória, sejam de ordem econômica (tal como na hipótese de não contar com tempo de contribuição necessário para aposentadoria integral), social (manutenção dos vínculos formados no trabalho e da importância socialmente conquistada pelo exercício do cargo) ou mesmo de cunho existencial, afinal, "para que a velhice não seja uma irrisória paródia de nossa existência anterior, só há uma solução – é continuar a perseguir fins que deem um sentido à nossa vida" (BEAUVOIR, 1990, p. 661).

Sejam quais forem as razões pessoais, contudo, não se deve relativizá-las e minimizá-las, com base naquilo que julgamos ser ou não relevante para o servidor público idoso, pois é importante perceber que o indivíduo, por ter se tornado idoso, não tem diminuídas sua condição de sujeito nem sua dignidade.

Nesse sentido, ponderando sobre a razão de ser essencial da proteção à dignidade, quando confrontada com a possibilidade de sua relativização, aduz Sarlet (2008) que ainda que se possa reconhecer tal possibilidade e até mesmo eventuais restrições, há um elemento nuclear intangível da dignidade, que deve permanecer incólume, que consistiria, a partir do pensamento kantiano, na proibição de conduta que corresponda a uma coisificação ou a uma instrumentalização do ser humano, que não pode ser tratado como meio, mas que é um fim em si mesmo.

Partindo dessa premissa, de que o princípio da dignidade da pessoa humana veda, de forma precípua, a coisificação do ser humano, temos que o advento da aposentadoria compulsória terminaria por negar ao indivíduo a sua condição de ser, possuidor de vontade, ferindo-se assim a sua dignidade.

A esse respeito, importa considerar o paradigma da pessoa integral, no qual a pessoa não é tratada como coisa, que precisa ser motivada e controlada, mas como um ser com quadro dimensões: corpo, mente, coração e espírito, que busca sobreviver, pensar, amar e deixar um legado (COVEY, 2005).

Qual a principal contribuição, então, que os servidores públicos idosos podem dar, além dos 75 anos, ao serviço público e, por conseguinte, à sociedade? Beauvoir (1990, p.111) nos indica: "tanto a etnologia como a biologia mostram que a contribuição positiva dos idosos para a coletividade é sua memória e sua experiência que, no campo da repetição, multiplicam suas capacidades de execução e de julgamento".

Um outro aspecto positivo para a permanência do servidor público idoso após os 75 anos seria o fato haver maior tempo para o mesmo transmitir o conheci-

mento acumulado e a memória institucional para as novas gerações de servidores – desde que esse objetivo fosse buscado a partir de um processo de treinamento específico de competências visando a uma ressignificação do papel dos servidores idosos na Administração Pública.

Uma forma de harmonizar a aposentadoria compulsória com o princípio da dignidade da pessoa humana seria (além da possibilidade de readaptação para cargo compatível com suas aptidões, necessidades e expectativas, conforme já abordado), a criação de um regime diferenciado[6] para o servidor idoso, com redução da jornada semanal e uma maior flexibilidade de sua atuação na instituição (visto que um diferencial geralmente apresentado pelo servidor idoso é a sua experiência acumulada em áreas diversificadas, conforme apontado no parágrafo acima), podendo ser melhor aproveitado, por exemplo, em áreas tais como treinamento, consultoria e planejamento.

Essa ideia encontra-se em consonância com o que propõem Skinner e Vaughan (1985, p. 76), os quais consideram que "a maneira ideal de nos ajustarmos à diminuição da habilidade e da força na velhice, é diminuir a velocidade, trabalhando menos horas por dia"; aconselham, assim, a quem "for obrigado a se aposentar de uma vez" que "considere as chances de desenvolver o mesmo tipo de trabalho em outro lugar".

Aqui se deve ponderar que a aposentadoria compulsória muitas vezes não permite ao servidor público desempenhar sua atividade em outro lugar, quando, por exemplo, a atividade exercida é típica do setor público ou quando o mercado de trabalho para o idoso, na iniciativa privada, é extremamente restrito.

Por outro lado, a diminuição do número de horas trabalhadas por dia ou mesmo de dias trabalhados na semana poderia ser bastante benéfica, tanto para o servidor idoso quanto para a Administração Pública. Para tanto, bastaria a criação de um regime diferenciado de trabalho, mais flexível, para o servidor atingido pela aposentadoria compulsória que manifestasse sua vontade de permanecer ainda em atividade, sendo aproveitado pela Administração Pública em atividades compatíveis com suas aptidões e seu interesse.

Diz Beauvoir (1990, p. 14) que "exigir que os homens permaneçam homens em sua idade mais avançada implicaria uma transformação radical". Compara o nível de tal mudança com a demolição do sistema de castas por Gandhi, que atacou o problema da condição dos párias, e da China comunista que, para destruir a família feudal, emancipou a mulher. Correlacionando a mudança ansiada pela pensadora francesa com o tema deste trabalho, consideramos que encontrar alternativas à aposentadoria compulsória, permitindo ao servidor continuar em

6 Exemplo de regime diferenciado é o que existe no magistério superior, de dedicação exclusiva, conforme a Lei Federal 4.345/1964.

atividade, caso essa seja sua vontade e desde que esteja apto, é permitir que esse servidor possa permanecer homem após os 75 anos de idade.

Buscando analisar o tema ao longo da história brasileira, verifica-se que a primeira constituição a tratar do tema da aposentadoria dos servidores públicos foi a Constituição Brasileira de 1891, que veio a ser a primeira da era republicana. De forte inspiração positivista, dispunha, em seu art. 75, que a aposentadoria só poderia ser dada aos funcionários públicos "em caso de invalidez no serviço da Nação" (BALEEIRO, 2015, p. 83). Vê-se claramente que a possibilidade de aposentadoria era algo bastante restrito, posto que havia apenas uma única hipótese (invalidez), a qual necessitaria ser em decorrência do serviço, pelo que se depreende da expressão "no serviço da Nação" (afastadas, assim, hipóteses de invalidez que não se relacionassem com a atividade exercida pelo funcionário público).

Atente-se para o fato de que há mecanismos para aferir a capacidade laboral do servidor que, porventura, encontre-se incapacitado. Nesse sentido, a Administração Pública, em nível federal, dispõe da possibilidade de submeter o servidor a inspeção médica, caso apresente indícios de lesões, bem como a exames médicos periódicos, conforme a Lei Federal n.º 8.112/90: "Art. 206. O servidor que apresentar indícios de lesões orgânicas ou funcionais será submetido a inspeção médica. Art. 206-A. O servidor será submetido a exames médicos periódicos, nos termos e condições definidos em regulamento" (BRASIL, 1991).

A saúde do servidor é objeto, em cada órgão, de uma série de medidas e programas visando prevenir doenças, quer aquelas que tenham relação com o trabalho, quer outras que acometem os cidadãos de modo geral, ou outras que se relacionam a localidade ou a determinada faixa etária. Seria perverso admitir que os cuidados com a saúde do servidor se esgotam quando este deixa o serviço ativo. Muitas das recomendações que são feitas ao servidor quando o mesmo se encontra em plena atividade laboral levam em conta a sua qualidade de vida em idade futura; logo, os malefícios à saúde decorrentes de um afastamento compulsório deveriam ser levados em conta também pelos setores da administração que se dizem responsáveis por promover a saúde dos servidores. O indivíduo quando se aposenta não deixa de ser servidor; vota nas assembleias sindicais; recebe os proventos da aposentadoria, tendo seu nome incluído na folha de pagamento do quadro dos servidores inativos.

Enfim, a contribuição que os servidores idosos podem dar aos órgãos públicos talvez seja até mesmo maior do que os benefícios que possam auferir a partir do respeito à sua vontade de permanecer em atividade além dos 75 anos, tendo em vista o potencial que possuem de inspirar os demais a buscar um propósito maior na vida e a encontrar sua voz interior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dickens foi o escritor responsável por mostrar à Humanidade, graças a personagens como David Copperfield, Oliver Twist e outros, os sofrimentos e os dramas das crianças e dos jovens forçados a trabalhar tão precocemente, no que, decerto, refletiu-se sua história de vida, nascido em uma família de classe média que se viu repentinamente na pobreza (em razão da prisão do seu pai por dívidas) e que, ainda criança, teve que trabalhar para ajudar a sustentar a família (FRAZÃO, 2018).

Quanto aos idosos, não obstante a obra seminal de Beauvoir (1990), ainda falta quem mostre à humanidade, com semelhante engenho, seus dramas e sofrimentos a partir da ótica deles próprios, retratada a partir de personagens capazes de gerar empatia e despertar a sensibilidade humana para com os idosos nos leitores de todas as idades.

Se as crianças são a síntese das esperanças das antigas gerações, que deverão ser os idosos? Talvez, o repositório de confiança das novas gerações, confiança de que os conhecimentos que ainda não possuem poderão ser obtidos com a idade, e que a partir do relacionamento com os mais velhos poderão aprender e amadurecer muito mais do que somente com as suas próprias experiências e com a sua análise individual do significado de tais experiências.

Se a escola reclama novos paradigmas educativos, porque não permitir aos servidores públicos idosos participarem, por exemplo, da construção desses paradigmas, com a contribuição ímpar daqueles que já vivenciaram mais do que todos os demais à nossa volta?

Se o serviço público se ressente de um olhar mais humano e consequentemente mais sensível por parte de seus agentes, se o compromisso com o interesse público parece esgarçado e inerte, principalmente no que tange à necessidade de se auscultarem os anseios dos menos favorecidos, não seriam os idosos, indivíduos que a natureza predispôs a um olhar menos imediatista e autocentrado, aqueles que, estando em gozo de sua aptidão física e mental, poderiam dinamizar e reorientar a prestação dos serviços públicos com vistas à melhor consecução de suas finalidades?

Não seriam os idosos os verdadeiros portadores das referências que nós deveríamos buscar tanto para nossa vida privada, quanto para os desafios que a vida em coletividade nos impõe?

Os idosos são discriminados na nossa sociedade, mas é preciso registrar também que os próprios se discriminam a si próprios. Como tudo está interligado, principalmente na seara dos fenômenos sociais, não é de se estranhar que a atitude discriminatória da maioria seja assimilada pelos idosos; do contrário, teríamos

uma revolta dos mesmos, algo que ocorre tão somente como um comportamento esporádico e inofensivo de alguns.

A revolta dos idosos seria impensável. Os próprios considerariam isso um "golpe" contra a própria ordem normal das coisas; um golpe contra a juventude, que nas sociedades em geral, desde tempos idos, foi vista como o futuro, o fruto do trabalho das gerações pretéritas. Um golpe, em suma, contra eles mesmo e contra a própria vida.

Não obstante seja uma personagem de uma obra de ficção, ambientada no Japão feudal, em que se mesclam lenda e verdade, é compreensível e guarda conformidade com a ideia exposta no parágrafo anterior (o que não significa que seja aceitável como padrão razoável de conduta) a atitude de Orin, que, gozando de boa saúde e de vigor físico, prestes a completar setenta anos (idade em que, conforme costume local, os idosos eram levados para o Monte Narayama para esperarem a morte), quebra os próprios dentes para demonstrar a seus familiares que deve ser levada para Narayama, por não ser mais capaz de alimentar-se (A BALADA... 1983).

Metaforicamente, não podemos exigir que os idosos quebrem os próprios dentes ou aceitem tê-los quebrados para se adequarem a normas que ferem direitos e princípios basilares, constitucionalmente positivados.

À guisa de conclusão, importa considerar que há uma tendência crescente a que mais pessoas idosas permaneçam no mercado de trabalho por períodos maiores (a busca por uma reforma previdenciária, que tem tido bastante destaque na pauta política nacional há alguns anos e que se avizinha como uma das principais reformas a serem discutidas no Congresso Nacional em 2019, ilustra bem esse movimento). Nesse contexto, a possibilidade de os servidores públicos escolherem permanecer em atividade sem limite de idade, desde que de forma produtiva, deve merecer maior atenção daqueles que formulam políticas públicas e que se preocupam com os elevados gastos para o custeio das aposentadorias do setor público.

Como constatado a partir da pesquisa bibliográfica realizada e retratada ao longo do texto, é inaceitável, tanto pela lógica quanto pela razoabilidade jurídica, que o direito do idoso ao trabalho, calcado em um princípio estruturante de todo o nosso ordenamento jurídico, que é a dignidade da pessoa humana, seja ferido a partir de uma regra que utiliza como *tópos* justamente o seu enquadramento como espécie de aposentadoria - direito que não guarda relação com a ideia de compulsoriedade.

Assim, a harmonização possível entre a aposentadoria compulsória e o princípio da dignidade da pessoa humana passa, necessariamente, por uma regu-

lamentação que não ponha o servidor na mera posição de objeto descartável pela Administração Pública, mas que lhe atribua a condição de sujeito, levando-se em consideração a sua vontade, suas aptidões e também as repercussões de uma aposentadoria forçada para sua saúde

Não se esqueça, contudo, que a razão de ser da aposentadoria compulsória no ordenamento jurídico pode ser considerada como a positivação de um preconceito contra os idosos – preconceito que, à luz dos recentes avanços normativos, sobretudo após o advento do Estatuto do Idoso, deve ser questionado corajosamente pelo hermeneuta jurídico.

Assim, ao buscar desbastar os preconceitos sedimentados em normas carecedoras de fundamentos racionais e de propósitos nos quais se reflitam o princípio da dignidade da pessoa humana, como assinalado ao longo deste trabalho no que tange à aposentadoria compulsória, espera-se haver contribuído para a diminuição da discriminação de que são vítimas os idosos e para o respeito à sua dignidade, tão prementes.

Por fim, ao se propor um olhar atento sobre a importância do trabalho para a qualidade de vida desse grupo populacional cada vez mais numeroso, espera-se, em suma, dar uma contribuição, ainda que em diminuta parcela, ao aprimoramento do Direito e da Justiça em nossa sociedade, em benefício da coletividade em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A BALADA de Narayama. Direção de Shohei Imamura. Japão: [s.n.], 1983. (130 min.), VHS, son., color. Legendado.

AQUINO, Italo de Souza. **Como escrever artigos científicos:** Sem "arrodeio" e sem medo da ABNT. 5. ed. João Pessoa: Editora Universitária Ufpb, 2008. 104 p.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 217 A III, de 10 de dezembro de 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 138 p.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Edições Almedina, 2008. 92 p.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras:** 1891. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2015. 103 p. Coleção Constituições brasileiras; v. 2.

BAUER, Moisés E.. Papel do estresse e dos hormônios na imunossenescência humana. In: FREITAS, Elizabete Viana de et al. **Tratado de Geriatria e Gerontologia. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006. cap. 4.**

BEAUVOIR, Simone de. **A Velhice.** 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. 711 p.

BOTH, Tatiana Lima; CARLOS, Sergio Antonio. Jubilamento: o interdito de uma vida de trabalho e suas repercussões na velhice. **Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano**, Passo Fundo, v. 2, n. 1, p. 30-42, 22 maio 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 jul. 2018.

_____. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 14 mar. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm >. Acesso em: 07 jul. 2018.

_____. Lei n. 4.345, de 26 de junho de 1964. Institui novos valores de vencimentos para os servidores públicos civis ao Poder Executivo e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 25 ago. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4345.htm>. Acesso em: 07 jul. 2018.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 jul. 2018.

_____. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 jul. 2018.

_____. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 03 out. 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 07 jul. 2018.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 jul. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, 1.333 p.

CÍCERO, Marco Túlio. **Saber envelhecer e A amizade**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007. 152 p.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. 716 p.

COVEY, Stephen R. **O 8º Hábito:** da eficácia à grandeza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 413 p.

CROCHÍK, José Leon. O Conceito de Preconceito e a Perspectiva da Teoria Crítica. In: PATTO, Maria Helena Souza et al. **Perspectivas Teóricas acerca do Preconceito. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008. cap. 4.**

DANTAS, Ivo; LACERDA, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da inconstitucionalidade**: norma constitucional inconstitucional coisa julgada inconstitucional. São Paulo: LTr, 2007.

FRAZÃO, Dilva. **Biografia de Charles Dickens.** 2018. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/charles_dickens/>. Acesso em: 02 dez. 2018.

FREITAS, Elizabete Viana de et al. **Tratado de Geriatria e Gerontologia.** 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006. 1573 p.

KOPILER, Daniel Arkader. Atividade física na terceira idade. **Revista Brasileira de Medicina do Esporte**, São Paulo, v. 3, n. 4, p.108-112, out. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbme/v3n4/a04v3n4.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2018.

LEÃO JÚNIOR, Roosevelt; RESENDE, Marineia Crosara de. Auto-eficácia, memória e envelhecimento. In: NERI, Anita Liberalesso; (ORGS.), Mônica S. Yassuda; (COLAB.), Meire Cachioni. **Velhice bem-sucedida:** Aspectos afetivos e cognitivos. 3. ed. Campinas: Papirus, 2008. Cap. 7. p. 127-140.

MACIEL, Marcos Gonçalves. Atividade física e funcionalidade do idoso. **Motriz. Revista de Educação Física. Unesp**, Rio Claro, v. 16, n. 4, p.1024-1032, 2010.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 297 p.

MARINELA, Fernanda. Aposentadoria compulsória para juiz: penalidade ou prêmio? LFG, [S.l.], 27 out. 2017. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos /geral/aposentadoria-compulsoria-para-juiz-penalidade-ou--premio>. Acesso em: 07 jun. 2018.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Da Profissionalização e do Trabalho: considerações iniciais. In: PINHEIRO, Naide Maria (Org.). **Estatuto do Idoso Comentado.** Campinas: Servanda, 2008. p. 211-218.

MENG, Annette; NEXØ, Mette Andersen; BORG, Vilhelm. The impact of retirement on age related cognitive decline – a systematic review. **Bmc Geriatrics**, [s.l.], v. 17, n. 1, 21 jul. 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005. 748 p.

NERI, Anita Liberalesso. Teorias psicológicas do envelhecimento: percurso histórico e teorias atuais. In: FREITAS, Elizabete Viana de et al. **Tratado de Geriatria e Gerontologia. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006. Cap. 7.**

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração e programa de ação de Viena. Viena, 1993.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nova Iorque, 1948.

PAPALÉO NETTO, Matheus. O estudo da velhice: histórico, definição do campo e termos básicos. In: FREITAS, Elizabete Viana de et al. **Tratado de Geriatria e Gerontologia. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006. cap. 1.**

PASCHOAL, Sérgio Márcio Pacheco. Qualidade de vida na velhice. In: FREITAS, Elizabete Viana de et al. **Tratado de Geriatria e Gerontologia. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006. cap. 14.**

PATTO, Maria Helena Souza. Vida Cotidiana e Preconceito: Notas a partir da antropologia marxista de Agnes Heller. In: PATTO, Maria Helena Souza et al. **Perspectivas Teóricas acerca do Preconceito. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008. cap. 1.**

PORTO, Giovanni Rodrigues. **Exercício de memória e outras crônicas.** Recife: Bagaço, 2005. 120 p.

RODRIGUES, Nara Costa; RAUTH, Jussara. Os Desafios do Envelhecimento no Brasil. In: FREITAS, Elizabete Viana de et al. **Tratado de Geriatria e Gerontologia. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006. cap. 18.**

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Estatuto do Idoso: aspectos teóricos, práticos e polêmicos e o Direito de Família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Ibdfam, [2005]. p. 1 - 18. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/36.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 164 p.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de discriminação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2010. 304 p.

SKINNER, Burrhus Frederic; VAUGHAN, M. E. **Viva Bem a Velhice:** Apren-

dendo a Programar a Sua Vida. São Paulo: Summus, 1985. 141 p.

TORRANO, Bruno; STRECK, Lenio Luiz. Precedente não é critério máximo para justificar raciocínio judicial. Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, São Paulo, [201-]. Disponível em: <https://www.adpesp.org.br/artigos-exibir?art=435>. Acesso em: 24 mai. 2018.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito:** definições e fins do direito/os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

10

A SUPER RPV E O CRÉDITO SUPERPREFERENCIAL: INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 9º, §3º, DA RESOLUÇÃO N.º 303/2019 DO CNJ

Matusalém Jobson Bezerra Dantas
Vice-Presidente do Instituto Potiguar de Direito Processual Civil – IPPC
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UFRN
Professor da Graduação e da Pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN)
Professor da Pós-graduação em Direito Processual Civil da Universidade Potiguar
Diretor de Secretaria da 4ª Vara da JFRN

RESUMO: Questiona-se a constitucionalidade da Resolução n.º 303/2019 do CNJ, ao inovar permitindo que o crédito superpreferencial possa ser pago por RPV, mesmo que o valor alcance até o triplo (ou quíntuplo, durante o período de regime especial) de seu teto. Defende-se que a denominada "Super RPV", embora destinada a categorias de pessoas com vulnerabilidade social, padece de inconstitucionalidade, devendo haver declaração judicial com redução de texto, para ser excluída a expressão "distinta de precatório" do art. 9º, §3º, da referida Resolução.

PALAVRAS-CHAVE: Crédito superpreferencial. Precatório. RPV. Resolução. Conselho Nacional de Justiça. Inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

No Brasil, vive-se um estado de coisas inconstitucional, já que a maioria dos Entes federativos não consegue adimplir, no prazo constitucionalmente previsto, seus débitos judiciais, em flagrante desobediência ao comando do art. 100 da Constituição Federal (CF).

Segundo informação contida no Parecer do Relator da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 212-A/2016, Deputado Arnaldo Faria de Sá, "estima-se hoje que os débitos públicos decorrentes de condenações judiciais já superam

100 bilhões de reais, um passivo público que tem maior peso para os Estados, Distrito Federal e Municípios".

No epicentro desse imbróglio jurídico, político e social, estão os credores que, após longo processo judicial, reconhecido o direito ao crédito, ainda se deparam com a dificuldade de pagamento pela Fazenda pública.

O objeto de nosso estudo será a figura do credor superpreferencial, modalidade criada pela Emenda Constitucional (EC) n.º 62/2009, com modificações posteriores pelas EC's n.ºs 94/2016 e 99/2017. É que diante da demora no adimplemento dos precatórios, o constituinte reformador deu preferência de pagamento a certo grupo de pessoas, a saber: pessoas acima de 60 anos, de pessoas portadoras de doenças graves ou de pessoas com deficiência, para que esses grupos recebam de forma mais expedita o crédito a que fazem jus.[1] Somente após o pagamento desses créditos, seguem-se os pagamentos dos créditos preferenciais (demais créditos alimentares) e, por fim, dos créditos comuns (todos aqueles não incluídos nas categorias anteriores).

A classificação em crédito superpreferencial tradicionalmente importava para fins de cronologia do pagamento de precatório, já que, para fins de Requisição de Pequeno Valor (RPV), todos eram pagos em tempo expedito.

Ocorre que a Resolução n. 303/2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu art. 9º, §3º, determinou que os créditos superpreferenciais fossem pagos na modalidade de RPV, limitado o pagamento nessa modalidade ao triplo (ou quíntuplo, durante o período de regime especial para pagamento dos precatórios) do limite para pagamento por RPV.

Explica-se melhor: imagine um crédito alimentar de R$ 65.000,00, titularizado por pessoa de 65 anos, perante o Município "X", que estabeleceu legalmente o limite de R$ 10.000,00 para expedição de RPV. Na forma que se trabalhava até a edição da Resolução n.º 303 do CNJ, de 18 de dezembro de 2019, seria expedido um precatório de R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), sendo que o crédito superpreferencial do autor permitiria que ele recebesse R$ 50.000,00[2] (cinquenta mil reais) de forma antecipada, é dizer, antes de outros precatórios expedidos anteriormente ao dele, mas na modalidade de precatório. Nos termos da referida Resolução, o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) será expedido por RPV, com pagamento em até 60 dias, sendo o restante do valor pago na modalidade de precatório, seguindo-se a ordem cronológica de inscrição.

1 Para caracterizar essa superpreferência, necessário que os créditos possuam natureza alimentar e sejam limitados ao triplo ou quíntuplo (durante o período de regime especial para pagamento dos precatórios) do valor disciplinado legalmente para pagamento por RPV.

2 Partindo do pressuposto de que o Município integra o Regime especial para pagamento de precatório.

A alteração é substancial e de grande impacto prático, tanto para o credor, notadamente pelas características peculiares, quanto para o devedor.

Pretende-se com este artigo discutir a constitucionalidade da modalidade de pagamento do crédito superpreferencial, através dessa "super RPV" expedida com valores que podem chegar ao triplo ou quíntuplo do montante legalmente estabelecido para o teto da RPVs.

Antes de tratar diretamente da problemática em si, falar-se-á sobre as alterações trazidas pelas EC's n.ºs 62/2009, 94/2016 e 99/2017, a interpretação que o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Conselho da Justiça Federal (CJF) tinham sobre o assunto, para, ao final, analisar a modificação trazida pela Resolução n.º 303/CNJ.

1. A SAGA NA BUSCA DE SOLUCIONAR O PROBLEMA DOS PRECATÓRIOS NO BRASIL: EMENDAS CONSTITUCIONAIS 62/2009, 94/2016 E 99/2017.

1.1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE PRECATÓRIO

O precatório é um ofício enviado pelo juiz da execução ao Presidente do Tribunal, para que este, dentro da sistemática constitucional, ordene o pagamento dos débitos da Fazenda pública, a partir da alocação de verbas que foram destinadas pelo orçamento da entidade devedora.

O precatório foi concebido para moralizar o pagamento dos débitos estatais, a fim de que isso não ficasse à mercê do arbítrio do administrador público, cuja sequência e temporalidade de pagamento fossem submetidas a critérios não republicanos.

Os precatórios apresentados pelo Presidente do Tribunal à entidade devedora até 1º de julho devem ser incluídos no orçamento do ano vindouro para pagamento. (CF, art. 100, §5º)

A desorganização administrativo-financeira dos entes públicos brasileiros gerou um estado de calote institucionalizado para os credores da fazenda pública, o que acarreta num enorme descrédito ao Judiciário, que encontra dificuldades para satisfazer as obrigações de pagar quantia contra a fazenda.[3]

3 "(...) O descumprimento reiterado de precatórios, por lustros e décadas, é uma desmoralização para o Poder Judiciário, porque é uma ordem judicial - uma condenação judicial – que está sendo descumprida, além de ser um mau exemplo de deslealdade do Estado para com o seu cidadão. Qualquer cidadão, na verdade qualquer empresa que se comportasse nos seus negócios privados como se comporta o Estado brasileiro teria a falência decretada. Evidentemente nós não podemos, nem queremos, chancelar esse estado de coisas. (...)" (STF, Pleno, Questão de ordem na ADI 4425/DF. Trecho do voto do Min. Luís Roberto Barroso)

Como forma de diminuir a agonia dos credores, há a modalidade de pagamento denominada de requisição de pequeno valor (RPV), que se trata de ofício enviado pelo juiz da execução ao Presidente do Tribunal (ou diretamente ao devedor, nas hipóteses constitucionais) para que este, dentro da sistemática constitucional, ordene o pagamento dos débitos da fazenda pública no prazo máximo de 60 dias.

De uma simples visão, percebe-se que a sistemática de pagamento da RPV é bem mais expedita quando comparada à do precatório, o que, sem sombra de dúvidas, é bem mais vantajoso para o credor. Todavia, a RPV só é possível quando o valor total do débito não supera 60 salários-mínimos no âmbito federal ou o teto estabelecido pela entidade devedora, desde que não inferior ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. (CF, art. 100, §4º)

O grande problema tem sido o pagamento dos precatórios. Os entes públicos declaradamente não conseguem adimplir seus débitos, não se respeitando o mandamento constitucional de incluir no orçamento as dívidas apresentadas por precatório até 1º de julho do ano anterior.

1.2. A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 62/2009

Para atender ao reclamo dos governantes, o Parlamento brasileiro editou a Emenda Constitucional n.º 62/2009, criando um regime especial para pagamento dos precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, com possibilidade de estender por 15 anos o adimplemento. Instituía-se, como ocorrera outrora com a EC n.º 30/2000, uma moratória constitucional para pagamento das condenações judiciais.

O escopo foi, por um lado, diante do estado de coisa inconstitucional, permitir aos entes federados que se organizem para que venham, em médio prazo, tornarem-se adimplentes com os pagamentos das condenações judiciais, respeitando, portanto, a Constituição. Por outro lado, impõe medidas financeiras para que referidos entes possuam capacidade de pagamento, para além de arbítrios políticos.

Mais diretamente ligado ao objeto deste trabalho, A EC n.º 62/2009, sensível à situação delicada de muitos credores, institui a modalidade de crédito superpreferencial para idosos e doentes graves, deixando o art. 100, §2º, da CF com a seguinte redação:

> "Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos

> os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório."

Nos termos do Parecer do Relator da matéria na Comissão Especial de Regime de Pagamento de Precatórios (PEC 351/2009), o então Deputado Eduardo Cunha, asseverou-se que:

> Isso não é coerente com o sistema jurídico vigente, por dois motivos: primeiro porque, a expedição do precatório, apesar de ser uma atividade administrativa vinculada, integra o processo judicial movido contra o Estado. Constitui-se uma fase indispensável nas execuções contra a Fazenda Pública, haja vista o pagamento do crédito executado só se perfazer por esse meio, podendo-se dizer que se trata de um ato processual realizado no âmbito administrativo; segundo porque, não faria o menor sentido estabelecer prioridade de tramitação para os processos judiciais cujas partes sejam idosos, e chegada a fase administrativa de expedição do precatório, o processo emperrar sob a alegação de que a celeridade prevista no CPC diria em respeito, apenas, aos atos e diligências judiciais. Tal interpretação, excessivamente, formalista não se coaduna com a finalidade da lei e com o Estado Democrático de Direito.

O argumento para a inserção de tratamento diferenciado para os idosos é válido e legítimo, outorgando-lhe prioridade na tramitação do procedimento administrativo de pagamento do precatório.

1.3. O IMPACTO JURÍDICO DO JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADI'S DE N.ºS 4.357 E 4.425 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Emenda Constitucional n.º 62/2009 trouxe grande e profunda modificação na sistemática de pagamento dos precatórios. Muitos de seus dispositivos normativos tiveram a constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal (STF), através das Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.ºs 4357 e 4425.

No que nos interessa por ora, o STF no julgamento conjunto das referidas ações, apreciou a constitucionalidade: a) da sistemática de "superpreferência" a credores de verbas alimentícias quando idosos ou portadores de doença grave; e b) da limitação da preferência a idosos que completem 60 (sessenta) anos até a expedição do precatório.

Quanto ao primeiro ponto, o STF assentou que:

> *O pagamento prioritário, até certo limite, de precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional nº* 62/2009.[4]

Quanto ao segundo ponto, firmou-se a tese de que:

> A expressão "na data de expedição do precatório", contida no art. 100, §2º, da CF, com redação dada pela EC nº 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5º, caput) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento.[5]

Segundo o voto-vencedor do Min. Luiz Fux, rejeitou-se a arguição de inconstitucionalidade, "forte no argumento de que o regime de "superpreferência", por ter sido originalmente criado pela própria EC nº 62/2009, não possuía contornos anteriores na Carta de 1988, de sorte que o legislador detinha liberdade para criá-lo limitadamente, isto é, dentro de balizas bem definidas".

1.4. AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N.ºS 94/2016 E 97/2017

Como visto, o julgamento conjunto das ADI's 4425 e 4357, ocorrido em 25 de março de 2015, importou na declaração de inconstitucionalidade de vários dispositivos importantes da EC n.º 62/2009. Para que não houvesse um "vácuo normativo" quanto ao pagamento dos precatórios, o STF decidiu normatizar de forma transitória a questão, até que o Congresso editasse nova emenda constitucional.

A Emenda Constitucional n.º 94, de 15 de dezembro de 2016, foi editada para regulamentar o regime de pagamento de débitos públicos, diante do reconhecimento de inconstitucionalidade pelo STF. Acatou os fundamentos da decisão proferida pela Suprema Corte, normatizando em sintonia com ela, num verdadeiro espírito de diálogo institucional.

4 STF, ADI 4.425, rel. Min. **Ayres Britto**, red. p/ o ac. Min. **Luiz Fux**, Pleno, j. 14/3/2013, DJE 19/12/2013.
5 Idem. Ibidem.

No que nos importa mais diretamente, a referida Emenda apenas modificou a redação do §2º do art. 100, para acrescentar as pessoas com deficiência para, ao lado dos idosos e dos portadores de doença grave, titularizarem o crédito superpreferencial de natureza alimentar.

A Emenda Constitucional n.º 99/2017, por sua vez, tendo por foco apenas aquilo que nos interessa de maneira especificada, incluiu o §2º ao art. 102 do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias (ADCT), para que:

> Na vigência do regime especial previsto no art. 101 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, as preferências relativas à idade, ao estado de saúde e à deficiência serão atendidas até o valor equivalente ao quíntuplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º do art. 100 da Constituição Federal, admitido o fracionamento para essa finalidade, e o restante será pago em ordem cronológica de apresentação do precatório.

Ou seja, de ordinário, o crédito superpreferencial é aquele limitado ao triplo do valor previsto para RPV do respectivo ente público. Nos termos do art. 102, §2º, do ADCT, enquanto perdurar o regime especial de pagamento de precatórios, o crédito superpreferencial será estendido ao quíntuplo do valor previsto para RPV do respectivo ente público.

Objetiva-se, com tal medida, enquanto permanecer a situação excepcional, fazer com que os titulares do crédito superpreferencial possam receber, no menor espaço de tempo, a maior quantia possível.

2. DO ESTADO DA ARTE

Até a edição da Resolução n.º 303, de 18 de dezembro de 2019, do CNJ, o entendimento assentado sobre o crédito superpreferencial era de que ele não importava ordem de pagamento imediato, apenas ordem de preferência, conforme art. 17 da Resolução n.º 458/2017, do Conselho da Justiça Federal (CJF).

O entendimento assentado pela referida Resolução do CJF dialogava com o entendimento remansoso do STF[6], no sentido de que os créditos de natureza alimentar, ainda que submetidos a uma ordem cronológica preferencial de pagamento, submeter-se-iam ao rito do precatório.

6 "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o disposto no caput do art. 100 da Constituição da República, firmou-se no sentido de submeter, mesmo as prestações de caráter alimentar, ao regime constitucional dos precatórios, ainda que reconhecendo a possibilidade jurídica de se estabelecerem duas ordens distintas de precatórios, com preferência absoluta dos créditos de natureza alimentícia (ordem especial) sobre aqueles de caráter meramente comum (ordem geral). Precedentes." (STA 90 AgR, rel. Min. **Ellen Gracie**, Pleno, j. 13/9/2007, DJE 26/10/2007)

Merece destaque o assentado no voto-vencedor do Min. Luiz Fux, na ADI n.º 4.425[7]:

> "Sabe-se que foi a redação original da Constituição Federal de 1988 que inovou, no histórico constitucional brasileiro, ao estabelecer um regime diferenciado para os créditos de natureza alimentar contra a Fazenda Pública no universo dos precatórios judiciais (CF/88, art. 100, caput, primeira parte). Fundou-se tal regime na consideração da premência a que se sujeitam os titulares de créditos alimentares não adimplidos, já que intimamente ligados a necessidades essenciais, assim merecedores de um tratamento privilegiado em face dos demais débitos judiciais da Fazenda. Discutiu-se muito, após a entrada em vigor da Carta, se tal inovação teria o condão de simplesmente retirar os créditos alimentares do sistema de precatórios, para que com isso fosse devido o pagamento imediato pela Fazenda Pública (...). Referida tese restou vencida nesta Suprema Corte a partir do julgamento da ADIn nº 47/SP, Rel. Min. Octavio Galloti, assentando-se o entendimento de que os créditos alimentares estão submetidos a uma ordem cronológica preferencial para satisfação dos respectivos precatórios, em sequenciamento paralelo à ordem cronológica dos demais credores da Fazenda, conforme hoje afirma a Súmula 655 deste Tribunal (...)."

A matéria é objeto da Súmula n.º 655 do STF, com o seguinte enunciado: "A exceção prevista no art. 100, caput, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza".

Ou seja, a tese jurídica formada é no sentido de que o regime constitucionalmente diferenciado dos créditos alimentares não dá direito automático ao pagamento por RPV, mas "apenas" a uma preferência absoluta dos créditos de natureza alimentícia sobre aqueles de caráter meramente comum.

Nesse sentido vinha sendo a interpretação[8] e aplicação também para os

7 STF, ADI 4.425, rel. Min. **Ayres Britto**, red. p/ o ac. Min. **Luiz Fux**, Pleno, j. 14/3/2013, DJE 19/12/2013.

8 Ver, por todos, CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 385 "Estabeleceu-se, enfim, uma prioridade que se põe acima dos prórpios créditos alimentares. A maior prioridade é a de créditos alimentares de idosos, de portadores de doença grave ou de pesssoas com deficiência. Em outras palavras, passou a haver 3 (três) ordens cronológicas: a dos créditos alimentares de idosos, portadores de doença grave ou pessoas com deficiência; a dos créditos alimentares; a dos créditos não alimentares." Em sentido contrário, ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 19ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.p. 1456. "Do regime especial do art. 100 da CF/1988 ficaram excluídos os créditos de menor quantia, alimentares ou não. Em primeiro lugar, pagar-se-ão os créditos alimentares de maior quantia, inclusive o saldo credor das pessoas idosas e doentes (art. 100, 2º, da CF/1988), por óbvio 'já descontado o valor equivalente ao triplo do fixado em lei' para dívida de menor quantia eventualmente pago em oportunidade anterior, conforme a qualidade da

créditos denominados superpreferenciais, de que se tratava de um regime constitucionalmente superdiferenciados, pois teriam máxima preferência na ordem cronológica de pagamento dos precatórios, mas não os transformavam em RPV. Ora, dentro da teoria de precedentes, situações semelhantes demandas respostas normativas semelhantes (*treat like cases alike*).

Mas aí veio a Resolução n.º 303, de 18 de dezembro de 2019, do CNJ. Vamos à análise dela.

3. O ART. 9º, §3º, DA RESOLUÇÃO N.º 303/2019 DO CNJ, O CRÉDITO SUPERPREFERENCIAL E A "SUPER RPV"

A Resolução n.º 303, de 18 de dezembro de 2019, do CNJ, dispõe sobre a gestão dos precatórios e respectivos procedimentos operacionais no âmbito do Poder Judiciário.

No art. 1º, afirma que "a expedição, gestão e pagamento das requisições judiciais previstas no art. 100 da Constituição Federal são disciplinadas no âmbito do Poder Judiciário pela presente Resolução. Parágrafo único. Os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, o Conselho da Justiça Federal e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, no âmbito das respectivas competências, expedirão atos normativos complementares".

Daí se percebe que se trata de norma infraconstitucional, com caráter geral e abstrato, que regulamenta diretamente a norma constitucional, cabendo aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, ao Conselho da Justiça Federal e ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho, no âmbito das respectivas competências, expedir atos normativos complementares.

Nesse sentido, o art. 81 determina que "os tribunais deverão adequar prontamente seus regulamentos e rotinas procedimentais à gestão e à operacionalização da expedição, processamento e liquidação de precatórios e requisições de pagamento de obrigações de pequeno valor às disposições contidas nesta Resolução".

Especificamente sobre o crédito preferencial, objeto deste trabalho, o art. 2º, III, considera crédito superpreferencial "a parcela que integra o crédito de natureza alimentar, passível de fracionamento e adiantamento nos termos do art. 100, §2º, da Constituição Federal, e art. 102, §2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT".

Esse crédito de natureza alimentar, titularizado por idosos, portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, será pago com prioridade sobre todos os demais, até o equivalente ao triplo fixado em lei como obrigação de pequeno

pessoa jurídica de direito público devedora; em segundo lugar, os créditos comuns de maior quantia".

valor, admitido o fracionamento do valor da execução para essa finalidade". (Resolução n.º 303/2019 - CNJ, art. 9º, caput e CF, art. 100, §2º)

Enquanto vigente o regime especial[9], o crédito superpreferencial será de até o quíntuplo daquele estabelecido em lei para pagamento por RPV. (Resolução n.º 303/2019 - CNJ, art. 74 e art. 102, §2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT)

Até agora, a Resolução em análise não trouxe nada de novo. O imbróglio começa quando, em seu art. 9º, §3º, preceitua que deferido o pedido de pagamento por crédito superpreferencial, o juízo da execução expedirá requisição judicial de pagamento, distinta de precatório. Como só há duas modalidades de requisitório de pagamento, não sendo precatório, a Resolução determina a expedição de RPV.

Qual o impacto prático disso? Retomemos o exemplo fictício que foi trazido na Introdução deste artigo. Um idoso de 65 anos é titular de crédito alimentar de R$ 65.000,00, em decorrência de condenação judicial, perante o Município "X", que estabeleceu legalmente o limite de R$ 10.000,00 para expedição de RPV.

Nos termos da Resolução do CNJ em questão, e caso o Município esteja enquadrado no regime especial de pagamento por precatórios, o juízo da execução deverá expedir uma "super RPV" de R$ 50.000,00 e um precatório de R$ 15.000,00.

A "super RPV" será paga em até 60 dias de sua inscrição no Tribunal; já o precatório será pago preferencialmente, por se tratar de natureza alimentar, mas respeitada a cronologia desse tipo de precatório.

Caso o Município não estivesse enquadrado no Regime Especial, o valor da "super RPV" será até o triplo do montante fixado em lei como obrigação de pequeno valor; é dizer, seria possível expedir uma RPV de R$ 30.000,00 e um precatório de R$ 35.000,00.

E qual o problema? O problema está na interpretação que a Resolução dá à expressão constitucional "admitido o fracionamento", a permitir a expedição de parte do valor pela "super RPV" e a outra parte por precatório.[10] Todavia, crê-se que essa interpretação é inconstitucional, pelas seguintes razões:

9 Art. 79 da Resolução n.º 303/2019 – CNJ: "O ente devedor voltará a observar o disposto no art. 100 da Constituição Federal, quando o valor da dívida de precatórios requisitados, sujeita a regime especial, for inferior ao dos recursos destinados a seu pagamento, segundo as regras do art. 101 a 105 do ADCT e as normas desta Resolução".

10 CF, art. 100, § 2º, "Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, **admitido o fracionamento** para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório." (grifo acrescentado)

1) não há lógica, nem razoabilidade, na compreensão de que o fracionamento do valor, a que se refere a Constituição (art. 100, §2º), é a permissibilidade para a confecção de uma "super RPV". Se a *ratio* constitucional era essa, porque a expressão "exceto sobre aqueles referidos no §2º deste artigo", contida no final do art. 100, §1º? Ora, se o Constituinte, tratando de pagamento preferencial de créditos alimentar em sede de precatório, diz que tal preferência não se aplica aos créditos alimentares superpreferenciais, deixa mais do que evidente que não está discutindo a modalidade de pagamento (se precatório ou RPV), mas que está a debater a cronologia de pagamento dos precatórios;
2) a interpretação de que a expressão "admitido fracionamento" permitiria o fracionamento do requisitório para pagamento em parte através da "Super RPV" e o restante através de precatório, viola o art. 100, §8º[11], que proíbe o fracionamento de requisitórios, a fim de parte ou a totalidade do crédito seja pago por RPV;[12]
3) a Suprema Corte já teve a oportunidade de discutir e sumular tese jurídica sobre se a constituição de regime diferenciado de crédito instituído pela Constituição teria o condão de modificar a modalidade de pagamento de precatório para RPV ou se apenas significaria uma preferência absoluta no pagamento cronológico. O enunciado da Súmula n.º 665 resume bem a tese construída: "A exceção prevista no art. 100, caput, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza";
4) se o CNJ entende que o crédito superpreferencial possui elementos específicos que justificam uma distinção com o precedente formado pelo STF ou, mesmo não havendo distinção, mas pretende fazer a superação do precedente (sobre o que temos sérias restrições, caso seja a hipótese), deveria ter trazido motivação suficiente nos "Considerandos" da Resolu-

11 CF. Art. 100, § 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.

12 STF, RE 592.619, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 8/9/2010, Pleno, DJE de 16/11/2010. "(...) é pacífico o entendimento desta Corte, segundo o qual é impossível o fracionamento da execução para RPV. (...) No presente caso, o acórdão recorrido, ao autorizar o fracionamento da execução para o pagamento de custas mediante RPV, divergiu da orientação firmada por esta Corte, uma vez que a execução das verbas acessórias não é autônoma, devendo ser considerada em conjunto com a condenação principal. (...) Dessarte, a execução das custas processuais não pode ser feita de modo independente, devendo ocorrer em conjunto com a do precatório que diz respeito ao total do crédito. Isso porque o art. 100, § 8º, da Constituição, com a redação dada pela EC 62/2009, veda o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da execução, não podendo a liquidação das custas ser feita de forma apartada."

ção, fazendo um necessário diálogo institucional. Dentro de um Estado Democrático de Direito, a ausência de motivação adequada e a obscuridade na tomada de decisão configuram violação à segurança jurídica, e não há Estado Democrático sem segurança jurídica;

5) o STF já teve oportunidade de se manifestar expressamente sobre o crédito de natureza superpreferencial, quando do julgamento conjunto das ADI's 4.357 e 4.425, no voto-vencedor do Min. Luiz Fux, deixando clarividente que o precatório expedido com base nesse crédito terá a mais elevada ordem de preferência, numa demonstração de coerência interna, estabilidade[13], respeito aos próprios precedentes. Veja-se o seguinte trecho do voto:

> Sob este pano de fundo, o que pretendeu a EC nº 62/09 foi incrementar essa diferenciação no regime de pagamentos, adicionando agora, ao referido critério objetivo da natureza do crédito alimentar, alguns parâmetros subjetivos quanto à pessoa do credor, cujo preenchimento alça o precatório de que é titular a uma segunda e mais elevada ordem de precedência, acima dos precatórios alimentares ordinários e dos precatórios sem qualquer qualificativo. Daí a denominação de "superpreferência" ao regime instituído pelo §2º do art. 100 da Constituição, que toca os créditos alimentícios cujos titulares (i) tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório ou (ii) sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, limitada a preferência, em qualquer caso, "até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (grifos acrescentados)

Não restam dúvidas de que a redação dada pelo art. 9º, §3º, da Resolução do CNJ padece de inconstitucionalidade, devendo haver declaração judicial com redução de texto, para ser excluída a expressão "distinta de precatório".

E qual a forma correta de expedição, então?

Se o valor do crédito ultrapassa o teto da RPV, deve-se expedir um único precatório. O valor correspondente ao triplo ou quíntuplo (a depender se o ente público está ou não submetido ao regime especial de precatórios) deverá ser inserido pelo tribunal na condição de crédito superpreferencial e ser pago com absoluta prioridade no prazo constitucional de pagamento dos precatórios. O valor que sobejar ao crédito superpreferencial, caso exista, será pago na categoria interme-

13 CPC, art. 926. "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente."

diária como natureza alimentar, respeitada a ordem cronológica entre eles, tendo preferência total sobre os créditos de natureza comum.

Por fim, de *lege ferenda*, a Constituição só dá, de forma expressa, tratamento diferenciado para o idoso, portador de doença grave e pessoas com deficiência quando o crédito é de natureza alimentar. E sobre o crédito comum, eles não têm prioridade? Ora, se o fundamento para o pagamento prioritário do crédito alimentar é a situação de vulnerabilidade social deles, esse pagamento prioritário também deve se estender para os créditos comuns, respeitadas as filas próprias de cada qualidade de crédito, com base no princípio geral da isonomia, a partir da máxima de que onde há as mesmas razões deve haver o mesmo direito. Tanto para os créditos de natureza alimentar, quanto para os créditos de natureza comum, deve haver a fila preferencial dos idosos, portadores de doença grave e pessoas com deficiência.

CONCLUSÃO

O problema do pagamento dos débitos judiciais da Fazenda pública é estrutural. Várias Emendas Constitucionais foram editadas para tentar solucioná-lo, sem, todavia, um êxito expressivo.

Uma medida paliativa para enfrentamento do problema foi atribuir preferência de pagamento aos créditos de natureza alimentar, que, segundo entendimento do STF, cristalizado na Súmula n.º 655, tal crédito, se superior ao teto legal para expedição de RPV, deve naturalmente ser expedido como precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza.

Outra medida paliativa foi a criação do crédito superpreferencial, quando o crédito de natureza alimentar for titularizado por pessoas idosas, portadoras de doença grave ou por pessoas com deficiência. Até a edição da Resolução n.º 303, de 18 de dezembro de 2019, do CNJ, o entendimento sobre o crédito superpreferencial era de que ele não tinha o condão de ser expedido através de RPV, mas que geraria uma preferência absoluta sobre todos os demais créditos que aguardassem pagamento na fila dos precatórios. A redação do art. 9º, 3º, da referida Resolução inova no mundo jurídico para, textualmente, afirmar que o crédito superpreferencial pode ser pago por RPV até o triplo ou quíntuplo do valor que legalmente é o teto da RPV. Ou seja, a Resolução cria a figura da "Super RPV", apegando-se à expressão contida no art. 100, §2º, da CF.

Entendemos que a "Super RPV", embora destinada a categorias de pessoas com vulnerabilidade social, padece de inconstitucionalidade, devendo ser expurgada do mundo jurídico. Os fundamentos para a inconstitucionalidade são:

1) não há lógica, nem razoabilidade, na compreensão de que o fracionamento do valor, a que se refere a Constituição (art. 100, §2º), é a permissibilidade para a confecção de uma "super RPV". Se a *ratio* constitucional era essa, porque a expressão "exceto sobre aqueles referidos no §2º deste artigo", contida no final do art. 100, §1º? Ora, se o Constituinte, tratando de pagamento preferencial de créditos alimentares em sede de precatório, diz que tal preferência não se aplica aos créditos alimentares superpreferenciais, deixa mais do que evidente que não está discutindo a modalidade de pagamento (se precatório ou RPV), mas que está a debater a cronologia de pagamento dos precatórios;
2) a interpretação de que a expressão "admitido fracionamento" permitiria o fracionamento do requisitório para pagamento em parte através da "Super RPV" e o restante através de precatório, viola o art. 100, §8º, que proíbe o fracionamento de requisitórios, a fim de parte ou a totalidade do crédito seja pago por RPV;
3) a Suprema Corte já teve a oportunidade de discutir e sumular tese jurídica sobre se a constituição de regime diferenciado de crédito instituído pela Constituição teria o condão de modificar a modalidade de pagamento de precatório para RPV ou se apenas significaria uma preferência absoluta no pagamento cronológico. O enunciado da Súmula n.º 665 resume bem a tese construída: "A exceção prevista no art. 100, caput, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza";
4) se o CNJ entende que o crédito superpreferencial possui elementos específicos que justificam uma distinção com o precedente formado pelo STF ou, mesmo não havendo distinção, mas pretende fazer a superação do precedente (sobre o que temos sérias restrições, caso seja a hipótese), deveria ter trazido motivação suficiente nos "Considerandos" da Resolução, fazendo um necessário diálogo institucional. Dentro de um Estado Democrático de Direito, a ausência de motivação adequada e a obscuridade na tomada de decisão configuram violação à segurança jurídica, e não há Estado Democrático sem segurança jurídica;
5) o STF já teve oportunidade de se manifestar expressamente sobre o crédito de natureza superpreferencial, quando do julgamento conjunto das ADI's 4.357 e 4.425, no voto-vencedor do Min. Luiz Fux, deixando clarividente que o precatório expedido com base nesse crédito terá a

> mais elevada ordem de preferência, numa demonstração de coerência interna, estabilidade, respeito aos próprios precedentes.

Por fim, de *lege ferenda*, sugere-se que o crédito superpreferencial seja estendido para além dos créditos alimentares, alcançando os créditos comuns, com base nos princípios da isonomia e da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. Manual da execução. 19ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Código de processo civil (2015). **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF, 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 05 mai. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução* n.º 303, de 18 de dezembro de 2019. Brasília, DF:CNJ, 2019. Acesso em: 5 mai. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4425**. Relator: Min. Ayres Britto, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux, Pleno. Brasília, em 19 de dezembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 592.619**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Pleno. Brasília, em 16 de novembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 90 no Agravo Regimental**. Relatora: Min. Ellen Gracie, Pleno. Brasília, em 16 de outubro de 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

11

CONCILIAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL: APLICAÇÃO DE TÉCNICAS ÚTEIS AOS CONFLITOS PREVIDENCIÁRIOS

Mayra Barboza Coelho[1]
Graduada em Direito pela Autarquia Educacional do Vale do São Francisco (AEVSF)
Graduada em Comunicação Social Jornalismo em Multimeios pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB)
Conciliadora voluntária na Justiça Federal em Pernambuco (JFPE)

RESUMO: O presente artigo aborda sobre a conciliação, meio alternativo de solução de conflitos presente no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na atuação do conciliador frente às ações previdenciárias, de competência do Juizado Especial Federal. Parte-se do objetivo de apresentar a importância da utilização de algumas técnicas de conciliação aplicadas às ações previdenciárias, com o fim de propiciar o diálogo entre os interessados e consequentemente o acordo consensual decorrente do ajuste entre a vontade das partes em conflito. Para tal análise, utilizou-se da pesquisa qualitativa, cuja metodologia consiste em analisar as normas, princípios e regras relacionadas ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Conciliação. Juizado Especial Federal. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos. Técnicas de Conciliação.

INTRODUÇÃO

Diariamente a sociedade vivencia diversos tipos de conflitos, que podem ou não ter o seu desfecho no Judiciário, mas para ambos os casos os meios dialogados de solução de controvérsias são hoje apresentados como as alternativas mais eficazes. No âmbito do Poder Judiciário, a participação ativa dos interessados na solução de controvérsias acaba por permitir um maior acesso à justiça, que

1 Graduada em Direito pela Autarquia Educacional do Vale do São Francisco – AEVSF FACAPE. Graduada em Comunicação Social Jornalismo em Multimeios pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Conciliadora voluntária na Justiça Federal em Pernambuco (JFPE).

segundo Cappelletti e Garth (1988, p.8) essa expressão "acesso à Justiça" possui duas finalidades, "Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos".

Partindo dessa perspectiva, da possibilidade das pessoas poderem reivindicar seus direitos, bem como resolver seus litígios com apoio do Estado, o presente artigo aborda a conciliação nas ações previdenciárias. Para tanto, no primeiro momento, analisou-se o histórico desse método autocompositivo, expondo os momentos em que o Brasil adotou a conciliação no seu ordenamento jurídico até a implantação do Código de Processo Civil de 2015.

No segundo tópico apresenta-se a matéria constitucional referente à competência para julgar as ações previdenciárias, a qual compete à Justiça Federal por ter no seu polo ativo ou passivo da demanda o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), que é uma Autarquia Federal. A partir disso, analisa-se a atuação dos Juizados Especiais Federais e a consequente utilização da conciliação na democratização do acesso à justiça.

Apresentadas essas premissas, passa-se à parte prática da audiência de conciliação, expondo possíveis técnicas utilizadas pelo conciliador durante a audiência, pois é de suma importância a utilização dessas ferramentas pelo terceiro facilitador, para que este possa adequar a sua atuação em cada conflito.

1. CONCEITO

1.1. MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO

Em decorrência de uma cultura do consensualismo, implantou-se no sistema jurídico brasileiro a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos, entre os quais a conciliação e a mediação judiciais. Com isso, possibilita-se ao cidadão utilizar outras alternativas para resolver suas controvérsias, que não de forma litigiosa ou por meio da autotutela.

Segundo preleciona Fredie Didier Junior (2015), a mediação e a conciliação são formas autocompositivas de solução de conflitos, no qual um terceiro, através da negociação, auxilia as partes a chegarem a um acordo. A despeito dessa particularidade apresentada, a doutrina traz definições diferentes para esses métodos. Didier (2015, p.276) apresenta:

> O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que *não* havia vínculo anterior entre os envolvidos. O mediador exerce um papel um

> tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito.

De igual modo, o Código de Processo Civil de 2015 também definiu papeis diferentes para o conciliador e o mediador (art. 165, §§ 2º e 3º), entre as quais, competindo ao conciliador atuar nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, e ao mediador nos casos em que houver vínculo anterior.

1.2. A CONCILIAÇÃO

Com o implemento da conciliação no sistema judiciário brasileiro, mais fortemente após a implantação do Novo Código de Processo Civil, que estimula a resolução das controvérsias através de métodos adequados de solução de conflitos, tem-se buscado utilizar a forma negociada para resolver os litígios, pois se trata de uma alternativa mais interessante para ambas as partes, mais célere e que se dá através de um método consensual.

O Manual de Mediação Judicial apresenta uma adequada definição para a conciliação, conforme se expõe (2015, p. 21):

> A conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assistilas, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo.

Assim, na conciliação, o diálogo entre os interessados é auxiliado por um terceiro, que atua como facilitador da comunicação, sem poder decisório, cabendo a decisão às partes.

Nessa perspectiva, o Manual do CNJ (2015, p.24) apresenta ainda os aspectos que o Poder Judiciário busca solucionar por meio da conciliação:

> i) além do acordo, uma efetiva harmonização social das partes; ii) restaurar, dentro dos limites possíveis, a relação social das partes;

> iii) utilizar técnicas persuasivas, mas não impositivas ou coercitivas para se alcançarem soluções; iv) demorar suficientemente para que os interessados compreendam que o conciliador se importa com o caso e a solução encontrada; v) humanizar o processo de resolução de disputas; vi) preservar a intimidade dos interessados sempre que possível; vii) visar a uma solução construtiva para o conflito, com enfoque prospectivo para a relação dos envolvidos; viii) permitir que as partes sintamse ouvidas; e ix) utilizarse de técnicas multidisciplinares para permitir que se encontrem soluções satisfatórias no menor prazo possível.

Portanto, a conciliação permite a eficaz solução da disputa, pois não só resolve o conflito como também restabelece a relação entre as partes, através da ajuda do conciliador, que utiliza técnicas adequadas.

Ademais, o conciliador não deve se afastar dos princípios que orientam os métodos mediativos presentes no art. 166, do CPC (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 598): o princípio da Independência, por meio do qual o conciliador exerce sua função livre de qualquer pressão; Imparcialidade, pois o conciliador não está do lado de nenhuma das partes; Autonomia da vontade, pois as partes têm livre autonomia para reger as regras da conciliação; confidencialidade, determinando que a conversa entre as partes ficará adstrita ao processo; Oralidade, a forma como o conciliador tem contato com as partes; Informalidade, o procedimento deve seguir as regras estabelecidas livremente pelas partes; Decisão informada, que determina que as partes tenham ciência das consequências das decisões que estão sendo tomadas.

1.3. BREVE HISTÓRICO SOBRE A CONCILIAÇÃO NO BRASIL

Os métodos consensuais de solução de conflitos têm passado por uma evolução legislativa em nosso país, e a sua origem reporta-se à Constituição do Império do Brasil (1824). O art. 161[2] da referida Constituição estabelecia a tentativa de conciliação como condição para o ingresso em juízo, logo, era obrigatória.

Em 1832 foi promulgado o Código de Processo Criminal, o qual trazia em seu "Título Único" disposições acerca das audiências de conciliação. Anos mais tarde seria instituído o Decreto n.º 737, em 25 de novembro de 1850, que tratava das causas comerciais e também previa a obrigatoriedade da audiência de conciliação, como se observa do seu art. 23[3].

2 Art. 161, "Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum".

3 "Nenhuma causa commercial será proposta em Juizo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento voluntario das partes".

Em contraponto a esse período de estímulo à autocomposição, após a Proclamação da República do Brasil, foi promulgado o Decreto nº 359, em 26 de abril de 1890, que apresentava um novo período para os trâmites processuais, não mais sendo a conciliação obrigatória nas causas cíveis e comerciais.

Segundo Asperti (2014, pág. 56) somente nos anos 1980 é que o Estado e o Poder Judiciário iriam voltar a demonstrar interesse pelos meios consensuais de solução de conflito. Em suas palavras, foi "no contexto da redemocratização e dos movimentos pela expansão de direitos e pela democratização do acesso à justiça, quando então a conciliação ganhou considerável destaque enquanto política judiciária".

Nesse novo contexto foram criadas leis orientadas para a solução consensual de conflitos, entre as quais a Lei nº 8.952/1994, que incluía no Código de Processo Civil de 1973, o art. 125, IV, permitindo ao juiz tentar a qualquer tempo a conciliação, e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, a qual dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais, apresentando no art. 2º [4] o interesse pela realização da conciliação sempre que possível.

Asperti (2014) observa também que a partir da criação do Conselho Nacional de Justiça, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, foram articulados grupos para aperfeiçoar a atuação do Judiciário, a partir desse momento havendo o incentivo à conciliação e à mediação judiciais.

Com a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, criou-se a Política Nacional do trato da matéria, prevendo que antes da solução do conflito por meio da sentença, deve-se apresentar outros mecanismos de solução de controvérsias, especialmente a mediação e a conciliação. Nela está prevista a possibilidade do trabalho voluntário de mediadores e conciliadores, no art.7º, §5º [5], e entre outros aspectos, determina a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, composto por magistrados e servidores, com diversas atribuições, entre as quais promover a capacitação sobre os métodos consensuais de solução de conflitos.

Um importante marco regulatório para os métodos alternativos de solução de conflito foi a Lei nº 13.140/2015, conhecida como Lei de Mediação. A referida lei dispõe sobre a mediação de particulares como alternativa para solução de conflitos e também a autocomposição de disputas com entes da administração pública. No art. 24, determina-se que a competência para criação dos CEJUSCs será dos tribunais, e que nesses Centros serão realizadas as audiências de mediação

4 Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação

5 Art. 7º, § 5º Nos termos do art. 169, § 1°, do Novo Código de Processo Civil, a Mediação e a Conciliação poderão ser realizadas como trabalho voluntário. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

e conciliação, tanto nas modalidades pré-processuais como também processuais.

No mesmo ano foi sancionada a Lei nº 13.105, o Novo Código de Processo Civil, que entre as novidades, reforçou o estímulo a conciliação. É importante salientar, neste ponto, que esse Código previu um tratamento diferenciado para os métodos alternativos de solução de conflito, havendo seção específica para traçar os parâmetros da forma alternativa de resolução de disputas, a Seção V ("Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais").

2. COMPETÊNCIA PARA JULGAR AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DE CONCESSÃO E REVISÃO DE BENEFÍCIOS

2.1. JUSTIÇA FEDERAL

A estrutura jurisdicional brasileira, em virtude da fixação das competências, está estruturada em Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar.

A Constituição Federal de 1988 delineia nos art. 108 e 109 a competência da Justiça Federal, objetivo principal desse tópico, e de acordo com GABBAY e TAKAHASHI (2014, p. 9), citando Castro Mendes, "a competência cível da Justiça Federal é fixada em razão da pessoa (*ratione personae*), da matéria (*ratione materiae*) e da função".

Quando a competência for fixada em razão da pessoa, para ser de competência da Justiça Federal, (art. 109, I, CF) deve tratar-se de causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal sejam parte da lide; também na hipótese das causas que envolvem Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País (art. 109, II); e no caso dos mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal.

Em razão da matéria, serão da competência federal as causas estabelecidas em tratado ou contrato com Estado estrangeiro ou organismo internacional (art. 109, III); nas disputas que versam sobre direitos indígenas (art. 109, XL); nas referentes à nacionalidade e naturalização (art. 109, X).

Já a competência funcional se dá na hipótese de execução de carta rogatória e de sentença estrangeira após homologação (art. 109, X).

Segundo GABBAY e TAKAHASHI (2014, p. 10), "a maior parte das causas da Justiça Federal são aquelas instauradas em razão da pessoa". Dessa forma, tem-se sempre entes públicos que na sua maioria atuam no polo passivo, como réu, estando o polo ativo, no mais das vezes, representado por um particular.

Nesse sentido, como 48% dos novos processos que tramitam na Justiça

Federal envolvem disputas previdenciárias, a União junto ao Poder Judiciário, em agosto de 2019, se reuniu no Supremo Tribunal Federal (STF), para encontrar alternativas de reduzir o número de disputas sobre direito previdenciário (STF, 2019)[6]. Na ocasião, o ministro Dias Toffoli apresentou as elevadas estatísticas previdenciárias, "Do universo dos 80 milhões de processos judiciais, objeto de trabalho da administração judiciária brasileira, as ações previdenciárias representam cerca de 10%".

2.2. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

A Lei nº 10.259/2001 criou os Juizados Especiais Federais (JEFs), que são coordenados por Juízes do respectivo Tribunal Regional, com competência absoluta para processar, conciliar e julgar as demandas da Justiça Federal em que o valor da causa não ultrapasse 60 salários mínimos.

Segundo a cartilha do BRASIL/IPEA (2012), o modelo do JEF reproduz a experiência desenvolvida na Justiça Estadual (Lei n°. 9.099/95) e é pautado pelos princípios da celeridade, informalidade, simplicidade, oralidade e da economia processual, buscando garantir, sempre que possível, a conciliação ou a transação penal (art. 2º da Lei n. 9.099/95).

Nesse sentido o BRASIL/IPEA (2012, p. 12) apresenta a característica dos juizados especiais: "o engajamento da Justiça Federal no compromisso já abraçado por amplos setores do Judiciário brasileiro com a remoção dos obstáculos ao acesso à justiça". Trata-se de um meio de democratizar o acesso à justiça no país, e com soluções mais ágeis.

O art. 10 da Lei nº 10.259/2001, determina que as partes podem demandar sem estarem representados por advogado, e no seu parágrafo único, apresenta autorização expressa para que os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais utilizem da conciliação, da transação ou da desistência. Outros dispositivos legais, a exemplo da própria Constituição Federal, art. 98, permite a conciliação com os entes públicos, nos Juizados Especiais Federais.

Outrossim, o Juizado Especial Federal da 5ª Região disponibiliza uma página na internet (http://jef.trf5.jus.br/orientacaoCidadao/faq.php), por meio da qual permite esclarecimentos para os cidadãos sobre as atividades exercidas pelo órgão, através do link "Dúvidas Frequentes", entre as quais explica que até a fase recursal, o reclamante poderá postular sem pagar nada, salvo se comprovada a má-fé. Entende-se tal atitude como mais uma forma de facilitar o acesso à justiça.

6 Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=420938 >

3. PROCEDIMENTOS EMPREGADOS NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

3.1. ASPECTOS INERENTES À CONDUTA DO CONCILIADOR NAS AUDIÊNCIAS PREVIDENCIÁRIAS

A audiência de conciliação é regida por fases que devem ser respeitadas pelo conciliador, como por exemplo, iniciar com uma boa apresentação para que as partes compreendam a função do conciliador, e fique claro ao oferecer as sugestões para o acordo que ele não está a favor do procurador federal ou do preposto, pois como observa Bruno Takahashi (2016), as sessões com o INSS normalmente são com o mesmo preposto ou procurador federal e acaba que isso pode ser confundido e as partes achem que sendo ambos servidores públicos, estão juntos para tentar convencê-lo de algo, por isso a importância de explicitar cada uma das atribuições.

O mencionado autor destaca que a atuação do conciliador deverá adequar-se ao caso concreto, a partir da investigação do conflito e ponderando sobre o desequilíbrio que há entre autor e INSS. O Manual do CNJ (2016, p.106), ao tratar da qualidade da audiência de mediação traça o conceito que também deve ser levado à audiência de conciliação:

> Nesse contexto, a definição de qualidade em mediação consiste no conjunto de características necessárias para o processo autocompositivo que irá, dentro de condições éticas, atender e possivelmente até exceder as expectativas e necessidade do usuário. Podese, portanto, considerar "bemsucedida" a mediação quando o "sucesso" está diretamente relacionado à satisfação da parte.

Assim, com o fim de tornar bem-sucedida a audiência é que devem ser apresentadas alternativas para solução da questão, possibilitando às partes escolher a alternativa mais adequada.

No que tange às propostas de acordo do INSS, Takahashi (2016, p. 245) ressalva que normalmente giram em torno da "implantação do benefício com pagamento de parte dos atrasados". No entanto, o citado autor destaca a possibilidade de ampliação dessas opções, como, por exemplo, "a transformação de um pedido de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez por meio da constatação de que o segurado está visivelmente pior do que a leitura dos autos permitiria concluir". (TAKAHASHI, 2016, p. 246).

Destarte, devem ser apresentadas e explicadas ao autor as opções de so-

lução de conflito, para que possa escolher a que mais lhe agrade. Frise-se que o conciliador não pode decidir pela parte interessada, a este somente cabendo auxiliar as partes a discutirem sobre possíveis propostas, realizar a leitura do termo da audiência, e confirmar que as partes compreenderam o que foi acordado.

Se as partes não chegarem ao acordo, será redigido um termo de encerramento, e o processo seguirá os trâmites processuais. No entanto, mesmo com o encerramento do termo, não impede que no futuro ainda pode ser utilizado os meios consensuais para buscar a solução da lide.

Chegando as partes ao consenso, será redigida a redação do acordo, lido para as partes, e formalizado o termo, que será solicitado a homologação pelo juiz coordenador do Centro. O Manual de Mediação e Conciliação da Justiça Federal (2019, p.76) traça as informações que devem conter nesse termo, "Em linhas gerais, os termos de acordo devem deixar claro quem está fazendo o acordo, o que se está acordando (incluindo tanto a cláusula principal como as condições secundárias), qual o prazo definido e quais os eventuais valores envolvidos".

No acordo, o termo deve apresentar que as partes aceitaram e que se comprometem a cumprir os termos pactuados com a renúncia ao prazo recursal. Seus efeitos são apresentados no Manual de Mediação e Conciliação da Justiça Federal (2019, p.75):

> Finalmente, devem as partes compreender as implicações de se firmar um acordo judicial, que, após homologado, possui a mesma força vinculante de uma sentença, podendo ser executado judicialmente pela parte em caso de descumprimento parcial ou total da outra.

Com isso a importância do conciliador assegurar a compreensão das partes de todos os pontos do acordo, pois se houver o descumprimento, a parte prejudicada poderá provocar o judiciário para iniciar a fase de execução.

3.2. TÉCNICAS UTILIZADAS NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Conforme apresentado, com o intuito de buscar a concordância entre os envolvidos no conflito, estimula-se a aproximação e o diálogo dos envolvidos, para que possam chegar a uma solução conjunta. E o conciliador deve utilizar técnicas para conduzir a audiência de conciliação visando à compreensão das partes, pois, como observa Takahashi (2016, p. 249), trata-se de uma audiência em que se está "diante da notória situação de desequilíbrio entre autor e INSS, na tarefa de garantir a tomada de uma decisão informada pelas partes".

Destacada a importância da utilização de técnicas adequadas, serão tratadas aqui algumas que podem ser utilizadas na audiência de conciliação previdenciária: escuta ativa; questionamento; teste de realidade; inversão de papeis; e reuniões individuais.

Sobre a primeira técnica, Takahashi (2016, p. 251) citando Azevedo, apresenta que "praticar a escuta ativa é deixar evidente, inclusive por linguagem corporal, que se está prestando atenção no que a pessoa está dizendo". É comum nas audiências de conciliação previdenciária a parte autora demonstrar descontentamento com o INSS, tanto pelo modo como foi tratado na esfera administrativa, como devido ao indeferimento do seu benefício/auxílio. Essa audiência pode ser o primeiro momento em que ele será ouvido, por isso, a importância de demonstrar atenção.

A respeito dos questionamentos, Takahashi (2016, p. 252) conceitua essa técnica como uma forma utilizada pelo conciliador para instigar as partes a falarem por si, além de destacar a imparcialidade do conciliador. O citado autor observa também o desequilíbrio de poder nessa relação entre as partes, e explica que em decorrência disso, o conciliador deve saber o grau de conhecimento das partes para oferecer ou não sugestões.

Como exemplos de questionamentos feitos pelo conciliador na audiência de conciliação previdenciária, Takahashi (2016, p. 252) apresenta algumas opções: "Você compreendeu os termos da proposta do INSS? Há alguma palavra ou termo que você não tenha compreendido? Ficou alguma dúvida em relação ao que foi dito por mim ou pelo procurador que representa o INSS? ".

Já no que se refere à técnica do teste de realidade, nota-se que é mais utilizada para que as partes repensem as suas posições. O exemplo que Takahashi (2016) apresenta é a possibilidade do representante do INSS rever uma proposta que pode ser muito gravosa ao segurado, ou ainda quando a parte autora perceba que o acordo pode ser desvantajoso, como no caso de retardar o recebimento do seu benefício. Dessa forma, o teste de realidade consiste "na apresentação de uma perspectiva diversa àquela de uma ou de ambas as partes". (TAKAHASHI, 2016, p. 253).

No que tange à técnica da inversão de papeis, consiste na situação de se colocar no lugar do outro para auferir uma melhor negociação, ou seja, o representante do INSS se imaginando na posição daquele indivíduo pode ser que consiga melhorar alguma proposta que já tenha sido apresentada.

E por fim, a reunião individual que se trata da possibilidade de uma conversa reservada com a parte, por meio da qual esta possa vir a tirar dúvidas ou até mesmo apontar sugestões. Essa conversa reservada não precisa ser necessaria-

mente realizada com as duas partes, pois nas palavras de Takahashi (2016, p. 254) "em situações de desequilíbrio de poder, tratar as partes de maneira idêntica pode não preservar a igualdade substancial".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No discorrer desse estudo, foram apresentados aspectos inerentes a características, princípios, técnicas e paradigmas sobre a conciliação. Buscou-se destacar sobre a atuação do conciliador na audiência de conciliação previdenciária, demonstrando a importância da utilização de técnicas adequadas para facilitar o diálogo entre as partes, e por consequência, a obtenção do acordo.

Após análise sobre o método da conciliação, que permite a solução consensual e célere dos litígios, perceptível foi o fato de que o Brasil experimenta um novo momento em sua história, com ampliação do acesso à justiça e evolução legislativa, fortalecendo a importância da utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos.

A conciliação é uma ferramenta eficaz para realizar a justiça, e na audiência de conciliação as partes são auxiliadas por um conciliador, um terceiro neutro, que, se utilizando de técnicas adequadas, conduz o ato objetivando que as partes cheguem a um acordo interessante para ambos, diferentemente do que ocorre na forma de solução contenciosa e adjudicada dos conflitos, em que o terceiro impõe uma decisão.

Um importante instrumento para colocar em prática a conciliação são os Juizados Especiais Federais (JEFs), Lei nº 10.259/2001, pois como visto, as demandas conciliatórias de competência dos JEFs tendem a apresentar celeridade na resolução dos casos, como também, a prevenção da litigiosidade, já que se trata de um método não adversarial.

Restou demonstrado também que a audiência de conciliação nas ações previdenciárias, além de permitir a resolução pacífica de conflitos, também gera um mecanismo de inclusão social, que estimula o diálogo entre particulares e entes públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASPARTI, Maria Cecília de Araujo**. Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas**: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário. 2014. Disponível em: < http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27012015-163101/pt-br.php > Acesso em: 06 set. 2018.

BRASIL. Decreto no 359, de 26 de abril de 1890. Revoga as leis que exigem a tentativa da conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas civeis e commerciaes. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 26 abril 1890. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-359-26-abril-1890-506287-publicacaooriginal-1-pe.html > Acesso em: 04 set. 2018.

_____. Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 12 julho 2001. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm> . Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Manda observar a Constituição Politica do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 22 Abril 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.html > Acesso em: 04 set. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 05 set. 2018.

_____. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juizo no Processo Commercial. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 25 nov. 1850. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-185 0-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html> Acesso em: 05 set. 2018

_____. Lei de 15 de outubro de 1827. Crêa em cada uma das freguezias e das capellas curadas um Juiz de Paz e supplente**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 31 out. 1827. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38396-15-outubro-1827-56 6688-publicacaooriginal-90219-pl.html >. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 junho 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/

Lei/L13140.htm> Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Lei no 13.105 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília**, DF, 16 março 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13105-16-marco-2015-780273publi cacaoori ginal-146341-pl.html> Acesso em: 15 set. 2018.

_____. Lei de 29 de novembro de 1832. Código de Processo Criminal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília**, DF, 05 de dez. de 1832. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm> Acesso em: 05 de set. de 2018.

_____. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> Acesso em: 09 set. 2018.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. (1988).

Conselho da Justiça Federal. Acesso à Justiça Federal: Dez anos de Juizados Especiais. Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/pesquisas-do-cej/acesso-a-justica-federal-dez-anos-de-juizados-especiais.htm>. Acesso em: 23 set 2018.

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

GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. **Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na Justiça Federal: uma introdução**. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. (Coord.). Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 3-33.

Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal / Bruno Takahashi ... [et al.]. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

NASCIMENTO, Joelma Aparecida do. **Legislação, prática política e aplicação da justiça na construção do Estado imperial (1827-1841).** Revista Discente do Programa de Pós-Graduação em História da UFMG.v. 6, n. 3, 2014.

STF – Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=420938 >

TAKAHASHI, Bruno. Desequilíbrio de poder e conciliação. O papel do conciliador em conflitos previdenciários. Vol. 6. 2016. Págs. 241 a 255.

12

PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO E A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988: BREVE ENSAIO SOBRE VARIAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO

Nathalia Brito de Carvalho
Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG
Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos
Advogada

RESUMO: O presente ensaio se destina a elaborar uma hipótese de uma teoria para o constitucionalismo brasileiro a partir da recente decisão do Supremo Tribunal Federal de restrição do âmbito da presunção de inocência e consequente descumprimento da Constituição de 1988. Primeiro procederemos a uma retrospectiva sobre a jurisprudência que envolve o instituto da presunção de inocência, desde a ditadura até o período democrático; segundo, faremos uma breve análise dos fundamentos hermenêuticos do habeas corpus 126.292/SP; por fim formulamos uma hipótese sobre uma possível distorção do constitucionalismo democrático estabelecido pela constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção de Inocência. Supremo. Constituição. Constitucionalismo.

INTRODUÇÃO

A presunção de inocência, princípio basilar do Estado Democrático de Direito brasileiro, institui o estado de inocência como regra em relação ao acusado da prática de infração penal e está previsto no art. 5º, LVII da Constituição de 1988, que assim enuncia: "ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória". Conforme orienta Aury Lopes Jr., a presunção de inocência é o "princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de

observância (eficácia)" [1].

Em 5 de fevereiro de 2009 o Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* 84.078/MG, firmou jurisprudência que ia ao encontro dessa previsão constitucional, asseverando que a execução da pena só poderia ter início tendo ocorrido o trânsito em julgado da condenação, ressalvado a possibilidade de prisão preventiva. Mas em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP, o Plenário do STF alterou esse entendimento, determinando que o princípio da presunção de inocência se exaure com a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância, sendo possível então a execução provisória da pena após o julgamento pela mesma. [2] Em outubro do mesmo ano o tribunal indeferiu as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.[3]

A decisão exarada no HC 126.292/SP evidencia uma flagrante afronta à constituição de 1988, posto que a identidade constitucional quanto à presunção de inocência a vincula diretamente à coisa julgada. Corroboram a esse entendimento as observações de dois Ministros do STF: na ocasião do julgamento o Ministro Marco Aurélio de Melo chegou a enfatizar que "o Supremo acabou de rasgar a Constituição", enquanto o Ministro Celso de Mello ponderou que "a repulsa à presunção de inocência (...) mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos, restrições não autorizadas pelo sistema constitucional" [4].

A partir da constatação de que (I) a recente decisão do STF acerca da restrição ao alcance do princípio da presunção de inocência contraria frontalmente o texto de 1988 o qual determina um constitucionalismo democrático (II) levando-se em conta a relação umbilical que o processo penal tem com o modelo de estado, provocamos, no presente *ensaio,* um problema de pesquisa: que tipo de constitucionalismo o Supremo promove ao optar por essa decisão?

Essa indagação tem como pressuposto teórico as ideias de Mark Tushnet, discutidas inicialmente no editorial "Varieties of Constitutionalism" [5]. O autor par-

1 JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177. Assim também preconiza Luigi Ferrajoli, para quem a presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão:* Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 126.292/SP*. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

3 Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 126.292/SP*. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

5 TUSHNET, Mark. Varieties of Constitutionalism. *CON, v. 14*, n. 1, p. 1-5, 2016. Disponível em: http://www.iconnectblog.com/2016/04/varieties-of-constitutionalism-i%C2%B7con-14-issue-1-editorial/. Acesso em 23 de outubro de 2018.

te de estudos da cientista política Diana Kapiszewski sobre o chamado "constitucionalismo adjetivo", que se define como uma variação ou alteração substancial do constitucionalismo liberal, na qual o termo "constitucionalismo" seria acrescido do adjetivo modificador daquela forma de constitucionalismo. Posteriormente, Tushnet procedeu a um estudo de caso sobre o tema, fundamentando uma variação do constitucionalismo liberal: em Cingapura o modelo prevalente seria o *constitucionalismo autoritário*[6], inclusive passível de ser defendido normativamente. No mesmo campo de estudo, David Landau aponta outra variação: o *constitucionalismo abusivo*, um abuso do sistema constitucional, modelo de constitucionalismo que tem se efetivado na Venezuela nos últimos anos. No entanto, o autor opta por uma severa crítica ao modelo em "*Abusive Constitutionalism*" [7].

Nesse sentido, a partir da decisão sobre a presunção de inocência de 2016, propomos um ensaio sobre uma possível variação da proposta de constitucionalismo democrático determinado pelo texto constitucional de 1988 para o que inicialmente denominados como *constitucionalismo autoritário*. O princípio da presunção de inocência é então objeto da pesquisa que tem como pano de fundo a discussão sobre o projeto de constitucionalismo democrático da constituição de 1988 e suas possíveis variações.

No presente ensaio faremos (i) uma retrospectiva sobre a jurisprudência que envolve o instituto da presunção de inocência (que se dava por meio de *habeas corpus*), desde os anos de chumbo da ditadura até o período democrático; (ii) uma breve análise dos fundamentos hermenêuticos do *habeas corpus* 126.292/SP, elaborando uma crítica da sentença e procederemos à (iii) formulação de uma hipótese sobre uma possível *distorção* do constitucionalismo democrático estabelecido pela constituição de 1988.

1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E *HABEAS CORPUS* DA DITADURA À DEMOCRACIA

Apesar da garantia processual penal da presunção de inocência ter sido insculpida no rol de direitos fundamentais apenas na constituição de 1988, o instituto, que já estava presente na Declaração dos Direitos Humanos de 1948,[8] foi

6 TUSHNET, Mark. Authoritarian constitutionalism. *Cornell L. Rev*., v. 100, p. 391, 2014. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/clqv100&div=15&id=&page=. Acesso em 23 de outubro de 2018.

7 LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. 47 U.C.D. L. Rev., 2013, p. 189-260. Disponível em: http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein. journals/davlr47&div=7&id =&page=. Acesso em 23 de outubro de 2018.

8 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo XI, 1, dispõe: *"Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa"*. A Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2, diz: *"Toda pessoa acusada de delito*

interpretado de diferentes maneiras durante o período do estado autoritário (1964-1985), cuja liberdade era concedida por meio do recurso de *habeas corpus,* e sua abrangência e aplicação ainda é objeto de debate no período democrático.[9]

Uma digressão ao período compreendido entre 1964 a 1985 revela que a política de estado praticada pelo poder executivo delegou ao poder judiciário a competência da avaliação dos pedidos de *habeas corpus,* um dos principais recursos impetrados em favor de pessoas detidas sob a acusação de crimes políticos, tendo o exercício dessa competência variado com o recrudescimento do regime.

Os registros e avaliação da Comissão Nacional da Verdade mostraram que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal incidente sobre o *habeas corpus* sofreu alterações em decorrência dos Atos Institucionais.[10] Na vigência do AI-1, o STF inaugurou um período de sucessivas concessões de HC em favor de civis acusados de crimes contra a segurança nacional, devido às irregularidades verificadas nos inquéritos policiais militares – era frequente o uso do critério do tempo de duração da prisão processual para a concessão do *habeas corpus*, dado o contexto de desrespeito do prazo previsto em lei.[11] Aos poucos o STF consolidou um entendimento "garantista", por exemplo, tendo se manifestado no HC 42.560 no sentido de que a Lei de Segurança do Estado determinava, em seu artigo 43, um prazo para a prisão preventiva, logo:

> "Alargar ainda mais esse prazo de sessenta dias, a pretexto de que é grande o número de réus, a meu ver afronta o que está escrito na

tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa", e a Constituição Federal (CF) no inciso LVII do artigo 5º diz *que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória",* portanto vemos que a CF trouxe uma garantia ainda maior ao direito da não culpabilidade, pois o garante até o transito em julgado da sentença penal, e não apenas até quando se comprove a culpa do acusado, como posto na Declaração Universal e no Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 18 de fevereiro de 2019.

9 Em um estudo sobre o Supremo Tribunal Federal intitulado "Supremocracia" Oscar Vilhena revela que o modo de interpretação da constituição de 1988 pelo STF tem variado de sobremaneira nas últimas décadas e passou a ser o principal foco de atenção de uma nova geração de juristas. A atual proeminência do STF no corpo social tem ficado cada vez mais evidente na medida em que milhões de pessoas acompanham as decisões do Tribunal pela "TV Justiça" ou pela internet, sobre questões cruciais de natureza política, moral ou econômicas. Os estudos de ciência política têm procurado melhor compreender o papel do direito e das instituições brasileiras na efetivação da constituição, revelando que apesar do STF ter desempenhado posições relevantes nos regimes constitucionais anteriores, alternando momentos de fertilidade jurisprudencial, proeminência política e coragem moral, não há como comparar a atual proeminência do Tribunal com a sua atuação passada. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracy*. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200005&script=sci_arttext. Acesso em 18 de fevereiro de 2019.

10 COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Volume I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

11 COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Volume I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 939-941.

> lei e nos princípios gerais que informam o sistema político constitucional brasileiro. (...) **A supressão da liberdade alheia há de ser rigorosamente limitada, porque se somos ciosos de nossa própria liberdade, também o devemos ser em relação à liberdade dos outros,** mesmo que não estejamos de acordo com suas ideias ou com o crime que hajam cometido".[12]

A existência de foro privilegiado passou igualmente a integrar os critérios utilizados para conhecer e julgar os pedidos de *habeas corpus*. Assim foi no HC 41.296, em que o paciente era o então governador de Goiás e sob o mesmo fundamento foram concedidas ordens em favor dos governadores Plínio Coelho (HC 41.049); José Parsifal Barroso (HC 41.609); e Miguel Arraes (HC 42.108).[13]

O AI-2 estendeu a competência da Justiça Militar para julgar civis acusados de crimes contra a segurança nacional, ato que prevalecia sobre qualquer outra regra instituída em lei ordinária.[14] Sobre a ausência de uma normalidade constitucional, Cattoni de Oliveira assim observou: "a revolução era inexaurível, os Atos sucediam às emendas constitucionais e vice-versa, ao passo que o discurso oficial vacilava entre sublevação e reforma, levante e revisão" [15]. No entanto, apesar das restrições impostas ao STF, o mesmo não foi impedido de conceder ordens para que fossem soltos os pacientes e que fossem trancadas ações penais em curso na Justiça Militar. Por exemplo, em 4 de novembro de 1966 se concedia, por meio do *habeas corpus* 43.696, ordem para que estudantes presos acusados de crime contra a segurança nacional respondessem em liberdade.[16] Nesse sentido, manter uma instituição democrática no autoritarismo acabou por permitir paradoxalmente a resistência ao autoritarismo.[17]

---

12 . (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Volume I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2018, p. 939-942).

13 . (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Volume I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2018, p. 939-942).

14 Além da atribuição do Superior Tribunal Militar para processar e julgar os governadores de estado e seus secretários. (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Volume I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de semtembro de 2018, p. 942)

15 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PATRUS, Rafael Dilly. *O poder constituinte no brasil pós-1964:* contribuição à problematização da teoria do fenômeno constitucional no limiar entre constitucionalismo e democracia. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 63, p. 529-548, 2013, p. 537.

16 No mesmo sentido, em 3 de abril de 1967 o STF concedeu a ordem de *habeas corpus* descaracterizando um caso de discurso ofensivo e entendendo-o como uso da liberdade de expressão – então falta de justa causa para a ação penal. (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Volume I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de semtembro de 2017, p. 943).

17 Anthony W. Pereira, Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina, trad. Patricia Zimbres, São Paulo, Paz e Terra, 2010.

A alteração mais substancial do entendimento sobre a presunção de inocência apareceu em 13 de dezembro de 1968 com a edição do mais duro dos atos institucionais, o AI-5, no qual foi suspensa a garantia de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos. O AI-5 promoveu uma mudança substancial no entendimento da corte, no qual diversos pedidos de *habeas corpus* passaram a não serem conhecidos.[18] Os atos institucionais foram a forma mais eficiente de legislação durante o regime militar, aplicados em nome do "Comando Supremo da Revolução", sem a possibilidade de revisão judicial. Sobre esse período, assim assinala Cattoni de Oliveira:

> O poder constituinte permanente foi a tônica do período ditatorial, e foram exatamente os momentos de modificação das regras especiais de reforma da Constituição que marcaram sua emergência, em nítida reformulação da relação entre direito e política. A promiscuidade entre a normalidade constitucional e as medidas de exceção, com a tintura posteriormente dada pelo Ato Institucional nº 5 e a Emenda nº 1, permitiu que o manuseio abstrato do fenômeno constituinte alcançasse o pico da deturpação conceitual, com a possibilidade de a Constituição ser excepcionada segundo a livre vontade do governante. [19]

O AI-5 também permitia que o Presidente da República interferisse diretamente na composição do Judiciário.[20] O Supremo continuou se manifestando a respeito de acusações de crimes contra a Segurança Nacional por meio de recursos ordinários criminais (RC). Sobre a presunção de inocência, a nova composição do STF, mais "conservadora", passou a mitigar o princípio e chegou a estabelecer, inclusive, o entendimento de que as confissões extrajudiciais obtidas sob tortura poderiam ser admitidas como prova, como no caso do RC 1.254, de abril de 1976. No entanto, o tribunal eventualmente oscilava e em outros casos a tortura foi elemento capaz de invalidar a confissão.[21]

18 COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Volume I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2018, p. 943.

19 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PATRUS, Rafael Dilly. *O poder constituinte no brasil pós-1964:* contribuição à problematização da teoria do fenômeno constitucional no limiar entre constitucionalismo e democracia. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 63, p. 529-548, 2013, p. 538. Disponível em: https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v63p529. Acesso em: 07 de setembro de 2018

20 COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Volume I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2018, CNV p. 944

21 Em outro recurso, o RC 1.306, Celso Horta, que foi condenado a 30 anos de prisão por participação na Aliança Libertadora Nacional (ALN) foi finalmente absolvido no STF, em 22 de novembro de 1977. O ministro relator acatou integralmente a tese da defesa, sob o fundamento de que somente a prova produzida antes do processo não poderia propiciar condenação. (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Volume I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. Disponível em: <http://

Com a positivação do princípio da presunção de inocência pela constituição de 1988 ficou estabelecido

> "(...) o direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)".[22]

No período democrático a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria se deu do seguinte modo: em 1993, nos autos do HC 70.363, o Tribunal afirmou que a presunção de inocência não impediria a prisão antes do trânsito em julgado, mantendo entendimento que havia se consolidado à luz da Constituição de 1969. Somente em 2009, no HC 84.078/MG a Corte reviu seu entendimento, asseverando que a prisão antes do trânsito em julgado só poderia ser decretada a título cautelar, reafirmando o princípio da presunção de inocência, tenso sido essa fundamentação mais utilizada para que os ministros concedessem *habeas corpus*.[23]

No entanto, em 2016, no HC 126.292/SP, o tribunal promoveu uma nova virada institucional com fundamentos que podem significar que, além de uma contribuição do poder judiciário para um regime fundado na violência e na opressão, há um verdadeiro *risco* à Constituição da República de 1988, análise do próximo tópico.

2. UMA CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA AUTORITÁRIA?

Recentemente, o entendimento do alcance do princípio da presunção de inocência sofreu uma alteração substancial, tendo sido viabilizada pelo Supremo Tribunal Federal a execução provisória da pena após as decisões de segunda instância, fato que tem ocasionado amplos debates no meio acadêmico e social.

2.1. O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO AUTORITÁRIO: POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS

Os acadêmicos fazem contundentes críticas sobre o poder judiciário brasileiro em relação à transição do Regime Civil Militar (1964-1985) para o regime

www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de semtembro de 2017, p. 946-947)

22 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, volume 1. Impetus. Niterói: 2012. p. 11.

23 Foram 75 HCs concedidos sob esse argumento. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-atividades-stf-2009.pdf. Acesso em 18 de fev de 2019.

democrático de 1988, a chamada "Nova República". Mesmo que um grande número de promotores e juízes civis tenham tido participação em diversos julgamentos por crimes políticos, conhecidos por violações aos direitos humanos, no processo de transição o judiciário permaneceu intocado, não passando por nenhuma reforma institucional, tendo sido, raríssimas vezes, culpado pelas suas atitudes durante o governo autoritário. Todas as mudanças reivindicadas na reforma do judiciário transcorreram no sentido de uma maior autonomia individual para os juízes, não havendo expurgos do judiciário após a transição democrática.[24]

Da ditadura brasileira restou um aparato judicial repressivo (e em conluio com o militarismo) construído nos anos de regime militar, não desarmado por completo na passagem para a democracia, assim como não o fora nos moldes da passagem da continuidade jurídica da democracia para o autoritarismo. Como exemplo, os veredictos dos julgamentos políticos brasileiros nunca foram repudiados pelo Estado, mesmo após a transição para a democracia. Algumas das leis na qual esses julgamentos se baseavam, bem como as instituições que processaram e julgaram os acusados ainda existem, vestígios de legalidade autoritária ainda existente no país.

Leonardo Avritzer avalia que, no Brasil, as instituições que até então foram responsáveis por um mínimo de guarida aos direitos e garantias fundamentais passaram à entrave na consolidação da democracia, conforme se vê:

> (...) a restauração do estado de direito teria sido mais fácil nos países em que o sistema judicial não tinha qualquer autonomia durante o período autoritário (Chile e Argentina) do que nos países que passaram por uma reforma semilegal de autoritarismo e onde houve **maior continuidade entre autoritarismo e democracia (Brasil e México).** Isso acontece porque, **nos casos em que o autoritarismo alterou a estrutura do estado de direito, torna-se quase impossível aplicar retroativamente o estado de direito em relação ao período anterior à democratização**.[25]

Sobre o tema, é forçoso lembrar-se da ocasião do julgamento da ADPF 153, decisão que "atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o pesado dever institucional de direcionar o rumo do projeto constituinte de 1988" [26]. O Ministro Gilmar

24 COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Volume I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2018

25 AVRITZER, Leonardo. Democracy and the public space in Latin America. Princeton University Press, 2009, p. 105.

26 MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização:* Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 14

Mendes, para justificar a autoanistia, externou o entendimento de que a Emenda Constitucional nº 26/1985 seria um ato que romperia com a ordem constitucional anterior e traria bases para a nova ordem constitucional, momento em que "soluções de compromisso" tomariam lugar do poder constituinte originário e do poder constituinte derivado e permitiriam respostas ditas "transacionadas".

Avaliando a impossibilidade da autoanistia, Emílio Peluso Meyer pondera que a mesma não poderia representar um pré-compromisso constitucional na medida em que impõe a uma assembleia constituinte uma limitação às gerações futuras em relação aos "dimensionamentos dos seus direitos e acerca das suas principais instituições" [27]. Nesse viés, a construção da identidade de um sujeito constitucional requer obediência aos limites do próprio constitucionalismo, onde as condições para o desenvolvimento de um projeto democrático são os direitos fundamentais, o próprio estado de Direito e um governo limitado.[28]

Aqui propomos uma indagação retrospectiva: o poder judiciário é fragilizado nos modelos de estados autoritários? É falsa presunção entre os cientistas políticos de que os tribunais em regimes autoritários servem como mera garantia dos governantes, e que, portanto, não possuem influência independente na vida política.[29]

Sobre as funções dos tribunais na política autoritária, Tom Ginsburg e Tamir Moustafa afirmam que não é possível afirmar que os tribunais operam como peças de menor importância, acessórias à manutenção do regime autoritário, cumprindo apenas os papéis de defender os interesses das elites governantes e frustrar os esforços de seus oponentes. O que predomina é uma (I) relação complexa, pois em determinadas condições os governantes autoritários delegam a tomada de decisão aos juízes, escolha que acarreta consequências políticas, como também (II) a utilização de uma instituição democrática para manter o próprio autoritarismo.[30]

Dentre as funções primárias dos tribunais em estados autoritários, descritas por Tamir Moustafa, elencamos três principais: (i) estabelecer controle social e marginalizar os oponentes políticos, (ii) reforçar a ideia de legitimidade, (iii)

27 MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização:* Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 210, cf. ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional.* Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

28 MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização:* Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 210, cf. ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional.* Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 204 e ss.

29 O debate normativo sobre a governança judicial na teoria democrática acaba por dugerir uma afinidade entre governo e sistema judiciário em regimes não democráticos. Se os tribunais restringem as maiorias, talvez possam ser úteis para regimes com pouco interesse na democracia, cf, HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy:* The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2004.

30 GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. *Rule by Law:* The Politics of Courts in Authoritarian Regimes. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

implementar políticas controversas de modo a permitir a distância política dos elementos do regime.[31] A realidade dos regimes autoritários pode guardar traços ainda mais complexos de simbiose entre governo autoritário e poder judiciário. Tendo a história chilena como objeto de estudo, Lisa Hilbink demonstra o fracasso dos juízes em defender direitos e princípios legais tanto no regime autoritário quanto no democrático, ao que concentra sua análise nos fatores institucionais e no apoliticismo judicial, despreparados para assumir posições em defesa dos princípios democráticos liberais. [32]

A principal conquista para o judiciário no período de transição foi restaurar um *status quo* anterior ao regime militar, restabelecendo a inamovibilidade para os juízes, e descartar a responsabilidade para o judiciário, promovendo um desequilíbrio. Nesse sentido, Roberto Gargarella aduz que as "salas de máquinas das constituições" da América Latina se encontram "trancadas" devido à verticalização e centralização das suas estruturas, uma metáfora para explicitar que o poder permaneceu intocado.[33]

Em resumo, após o período autoritário, novas constituições foram arquitetadas e passaram a incluir importantes reconhecimentos a direitos, no entanto, a concentração de poder político permaneceu a mesma, ou chegou a aumentar em alguns casos, uma clara conservação da estrutura de poder das constituições latino-americanas.[34] Apesar da narrativa do autor se manifestar em maior peso sobre o poder executivo, não se pode esquivar-se da ausência de cultura e de um sistema que vincularia a atuação dos magistrados.

2.2. OS FUNDAMENTOS EQUIVOCADOS DA DECISÃO NO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP: UM CONSTITUCIONALISMO AUTORITÁRIO?

Para a composição desse artigo partimos do pressuposto de que a construção hermenêutica interpretativa do STF pós-constitucional, no que tange ao instituto da presunção de inocência, está mais ligada a uma *perspectiva* autoritária do que democrática. Propomos a análise da decisão à luz da teoria chamada "variação do constitucionalismo" – que se consubstancia como uma teoria descritiva e por vezes normativa – a ser explicitada a seguir.

31 MOUSTAFA, Tamir. *The Struggle for Constitutional Power:* Law, Politics, and Economic Development in Egypt Cambridge University Press, 2007.

32 HILBINK, Lisa. *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship.* Lessons from Chile. Nueva York, Cambrigde University Press, 2007, 304 pp.

33 GARGARELLA, Roberto. *La Sala de Máquinas de la Constitución:* dos siglos de Constitucionalismo en la América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010.

34 GARGARELLA, Roberto. *La Sala de Máquinas de la Constitución:* dos siglos de Constitucionalismo en la América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010.

Na obra "Variedades do Constitucionalismo" [35], o constitucionalista Mark Tushnet parte de um estudo de ciência política de Diana Kapiszewski sobre o que ela denomina como "constitucionalismo adjetivo", termo definido como aquelas formas de constitucionalismos que podem ser identificadas por algum "modificador" – mais precisamente, são adjetivos reveladores de novas formas de constitucionalismos. Tushnet propõe então "delinear uma taxonomia de constitucionalismos", com o objetivo de desestabilizar a ideia de que todas as outras variações do constitucionalismo liberal são defeituosas. O autor sustenta a *hipótese* de que não só existem outras formas de constitucionalismos, mas que tais formas também são passíveis de serem defendidas normativamente. Mas como o autor constrói esse conceito?

O constitucionalismo regional, por exemplo, é o estudo que se dá em função de características espaciais ou organizacionais e é considerado por muitos como uma forma de constitucionalismo adjetivo, tendo como exemplos desse modelo o constitucionalismo latino-americano e o constitucionalismo do Leste Asiático. No entanto, Tushnet questiona o que as constituições de uma mesma região têm em comum para possibilitar que as mesmas possam ser agrupadas em um único adjetivo, sugerindo como resposta o processo mundano de difusão de ideias e instituições numa mesma região. O autor considera ser razoável postular que uma hegemonia regional possa moldar as constituições de uma mesma região: os Estados Unidos para a América Latina, a Índia para o Sul da Ásia, a China para o Leste Ásia.[36]

No entanto, Tushnet argumenta que o fundamento do constitucionalismo adjetivo é *conceitual* e passa a explorar as possibilidades de novas modalidades.

Uma dessas modalidades de variação do Constitucionalismo Liberal é o denominado Constitucionalismo Abusivo[37], descrito por Tushnet como o uso de formas constitucionais liberais para alcançar objetivos constitucionais não-libe-

35 TUSHNET, Mark. Varieties of Constitutionalism. *CON, v. 14*, n. 1, p. 1-5, 2016. Disponível em: http://www.iconnectblog.com/2016/04/varieties-of-constitutionalism-i%C2%B7con-14-issue-1-editorial/. Acesso em 23 de outubro de 2018.

36 A "modelagem" pode assumir a forma de influência, como na prevalência do presidencialismo na América Latina, ou aversão, como pode ser o caso em Ásia Oriental e, na América Latina, a recente ambivalência das constituições sobre neoliberalismo e neocolonialismo. Cf. SCHEPPELE, Kim Lane. *Aspirational and aversive constitutionalism:* The case for studying cross-constitutional influence through negative models. International Journal of Constitutional Law, v. 1, n. 2, p. 296-324, 2003. Disponível em: http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/injcl1&div=26&id=&page=. Acesso em: 23 de março de 2018.

37 LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. 47 U.C.D. L. Rev., 2013, p. 189-260. Disponível em: http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein. journals/davlr47&div=7&id=&page=. Acesso em 23 de março de 2018.

rais ou iliberais.[3839] Nesse mesmo sentido entende David Landau, para quem o constitucionalismo abusivo ocorre quando atores políticos (entendidos como partidos ou representantes do povo) utilizam de ferramentas democráticas para tornar um sistema significativamente menos democrático. Situando em dois opostos a democracia plena e o autoritarismo total, o autor reconhece que existem vários tipos de estados nesse espectro – um regime autoritário híbrido, por exemplo.[40]

As abordagens de Tushnet e Landau se diferenciam em um determinado aspecto: enquanto Tushnet procede à análise de uma possível variação do constitucionalismo ser passível de defesa normativa, dado as diferenças de contextos culturais e sociais entre, por exemplo, um país ocidental e um país oriental, David Landau faz uma crítica a qualquer indício de variação do constitucionalismo liberal para fins não-liberais ou iliberais. Nesse sentido, propomos adotar também uma crítica a uma possível variação do constitucionalismo no Brasil, sustentando que a ausência de adequação da decisão do Supremo em relação à constituição de 1988 nos levaria a um constitucionalismo não-democrático, mas autoritário.

A fundamentação dos votos do referido *habeas corpus*, que se orientam no sentido da eficácia no combate à impunidade e à criminalidade,[41] é passível de inúmeras críticas. A começar pela principal, a violação do texto constitucional. A constituição de 1988 prevê em seu rol de direitos fundamentais que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República). Em segundo lugar a decisão viola também a Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê em seu art. 7.º sobre o direito à liberdade pessoal, que (2) "ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas pro-

38 O constitucionalismo abusivo é considerado por Tushnet como uma instância do chamado "paradoxo da tolerância liberal". Nesse sentido é que, em nome constitucionalismo liberal, não devemos permitir o uso de formas constitucionais liberais para alcançar metas não-liberais, sob pena de colocar o constitucionalismo liberal em risco. O paradoxo da tolerância foi descrito por Karl Popper em 1945: A tolerância ilimitada leva ao desaparecimento da tolerância. Cf. POPPER, Karl R. *The Open Society and Its Enemies.* Princeton: Princeton University Press, 1950.

39 Uma resposta a esse paradoxo tem sido a teoria da "democracia militante", termo originalmente cunhado por Karl Loewenstein. Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Militant democracy and fundamental rights.* The American Political Science Review 31, n. 3 (1937): 417-432. Atualmente é uma teoria controversa por se caracterizar pelo uso de medidas ilegais para defender o constitucionalismo liberal contra seus inimigos. Cf. MACKLEM, Patrick. *Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination.* Legal Studies Research Paper No.05-03. Toronto: University of Toronto, 2005. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702465>. Acesso em: 23 de março de 2018.

40 LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. 47 U.C.D. L. Rev., 2013, p. 189-260. Disponível em: http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein. journals/davlr47&div=7&id =&page=. Acesso em 23 de outubro de 2018.

41 Votaram com o Ministro Relator Teori Zavascki, os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, vencidos a ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

mulgadas" e em seu artigo 8.º, sobre garantias judiciais, que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas".[42]

Além de desconsiderar a própria jurisprudência anterior, exarada no HC 84.078/MG, [43] a decisão é violadora também da legislação processual penal. De acordo com a lei nº 12.403/2011, que alterou o teor do art. 283 do CPP, passou a ser vedada expressamente a prisão antes do trânsito em julgado, na seguinte redação:

> "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".

Para além da desconsideração da legislação vigente, ainda podemos apontar a ausência de integridade da decisão, a ilegitimidade no exercício do controle de constitucionalidade, o retrocesso de direitos fundamentais e a desconsideração do problema carcerário.[44] Entendemos que tais problemas, somados à desconsideração do aparato jurídico normativo brasileiro, aproximam a decisão a um constitucionalismo *autoritário*, desprovido do interesse social do constitucionalismo democrático da constituição de 1988.

Em razão da controvérsia instaurada em torno dessa decisão o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil[45] ajuizaram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, com pedido de liminar no Supremo Tribunal Federal (STF), sustentando que a única interpretação possível do princípio da presunção de inocência, previsto no

42 Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 07 de setembro de 2018).

43 "Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078/MG. Relator Eros Grau - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 05 fev. 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 07 de setembro de 2018).

44 MEYER, Emilio Peluso Neder. *Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?* JOTA. Opinião. Disponível em: http://jota.uol.com.br/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-emsegunda-instancia. Acesso em 07 de setembro de 2017.

45 Representada pelos advogados Claudio Lamachia, Lenio Streck, Juliano Breda e André Karam Trindade

art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal é a exarada na redação do artigo 283 do CPP.[46]

CONCLUSÃO

Sobre democracia, poder judiciário e salvaguarda de direitos, Tom Ginsburg e Tamir Moustafa propõem o exame de um ambiente extremo de um estado autoritário – onde os tribunais dificilmente podiam defender adequadamente os direitos dos cidadãos, pela ausência tanto de uma configuração constitucional específica para tanto como de apoio social – o que nos permite compreender a atual capacidade limitada dos tribunais promoverem a salvaguarda de direitos e garantias fundamentais e de preservarem as regras do jogo político.[47]

Extrapolando a análise de Roberto Gargarella, nenhuma mudança efetiva se deu na "sala de máquinas" de modo a criar uma cultura e um sistema de vinculação que pudesse pautar a atuação dos magistrados no pós-1988.[48] Na transição do período autoritário para o democrático, o poder judiciário permaneceu intocado, não passando por nenhuma reforma institucional, tendo a Comissão Nacional da Verdade demonstrado em seu relatório final que as mudanças perpetradas pelo regime levariam que os crimes contra a humanidade fossem varridos para debaixo do tapete a partir de então.[49] A despeito das importantes conquistas sociais alcançadas desde a redemocratização, nos encontramos diante da possibilidade de um judiciário resguardar traços de um regime autoritário de forma bastante similar às práticas do judiciário no período autoritário, a ditadura, só que dessa vez cobertos sob o manto da democracia.

Nesse sentido, e ao analisar os precedentes acerca do princípio da presunção de inocência, partimos da hipótese de que desde a promulgação da Constituição de 1988 (e ao contrário do que ela preconiza) estamos edificando, na verdade, um constitucionalismo *autoritário*, tendo havido apenas traços de um constitucionalismo democrático. Essa hipótese principal se desdobrará em duas secundárias: (I) o constitucionalismo autoritário brasileiro é um sistema híbrido, tão estável quanto um autoritarismo ou uma democracia, não sendo um sistema transitório; (II) o Supremo Tribunal Federal é o principal agente desse sistema que caracterizamos como constitucionalismo autoritário, é ele quem pacifica essa forma de

46 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>. Acesso em 06 de setembro de 2017.

47 GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. *Rule by Law:* The Politics of Courts in Authoritarian Regimes. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

48 GARGARELLA, Roberto. *La Sala de Máquinas de la Constitución:* dos siglos de Constitucionalismo en la América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010.

49 COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Volume I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de semtembro de 2018.

constitucionalismo.[50] [51]

A alternância de um regime autoritário para um regime democrático acarreta rupturas, mas também *permanências.* Assim, uma crítica deve ser feita acerca dos motivos que tornaram possíveis a permanência das estruturas de uma instituição tão valiosa à democracia – o poder judiciário – na transição de sistemas tão distintos.

Fato é que o poder judiciário passou por um regime autoritário sem maiores embaraços. Waldo Ansaldi denomina de "caráter instrumental da democracia" quando um regime democrático sustenta também uma política de dominação, onde num ciclo histórico de inclusão e exclusão, o judiciário esteja descomprometido com a ordem democrática, contribuindo para a manutenção das desigualdades sociais e amparando uma democracia vazia.[52]

Finalmente, Cattoni de Oliveira entende ser impossível assimilar com inteireza a importância da Constituição de 1988 para a vida institucional sem compreendê-la como um projeto que ultrapassa a sua promulgação – mas é um "fenômeno discursivo", que emerge das lutas políticas e sociais e que tem sua legitimidade no tempo, a tensão entre democracia e constitucionalismo deve ser uma reconstrução permanente, no sentido de um espaço comum de debate político e jurídico.[53]

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **Memória jurisprudencial:** ministro Evandro Lins. Brasília: STF, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/Evandro_Lins.pdf> Acesso em 07 de setembro de 2017.

ANSALDI, Waldo (Org.). **La democracia en América Latina, un barco a la deriva.** Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 29-122.

AVRITZER, Leonardo. **Democracy and the public space in Latin America.** Princeton University Press, 2009, p. 105.

50 ESTORILIO, Rafael ; BENVINDO, Juliano Zaiden . *O Supremo Tribunal Federal como Agente do Constitucionalismo Abusivo.* CADERNOS ADENAUER (SÃO PAULO), v. XVIII, p. 173-191, 2017.http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf.

51 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracy*. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200005&script=sci_arttext. Acesso em 18 de fevereiro de 2019.

52 ANSALDI, Waldo (Org.). *La democracia en América Latina*, un barco a la deriva. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 29-122.

53 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PATRUS, Rafael Dilly. *O poder constituinte no brasil pós-1964:* contribuição à problematização da teoria do fenômeno constitucional no limiar entre constitucionalismo e democracia. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 63, p. 529-548, 2013.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira:** mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: o supremo tribunal federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, nº 201, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações Declaratórias De Constitucionalidade 43 e 44**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>. Acesso em 06 de setembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=10964246>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG.** Relator Eros Grau - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 05 fev. 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 07 de setembro de 2017).

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PATRUS, Rafael Dilly. **O poder constituinte no brasil pós-1964:** contribuição à problematização da teoria do fenômeno constitucional no limiar entre constitucionalismo e democracia. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 63, p. 529-548, 2013.

GARGARELLA, Roberto. **La Sala de Máquinas de la Constitución:** dos siglos de Constitucionalismo en la América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies:** Constitutional courts in Asian cases. Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. **Rule by Law:** The Politics of Courts in Authoritarian Regimes. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

HILBINK, LISA. **Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship.** Lessons from Chile. Nueva York, Cambrigde University Press, 2007.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy:** The Origins and Consequences of

the New Constitutionalism. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. **The judicialization of mega-politics and the rise of political courts.** Annu. Rev. Polit. Sci., v. 11, p. 93-118, 2008.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies.** Harv. L. Rev., v. 120, p. 1405, 2006.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Ditadura e Responsabilização:** Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012,

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?** JOTA. Opinião. Disponível em: http://jota.uol.com.br/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-emsegunda-instancia. Acesso em 07 de setembro de 2018.

MOUSTAFA, Tamir. Law and Courts in Authoritarian Regimes. **The Annual Review of Law and Social Science is**, v. 10, p. 281-99, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/HP/Downloads/Judicial_review_in_new_democracies_Const%20(1).pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2018.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, ano 13, no 26, segundo semestre de 2011, p. 146–169.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo:** Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2016.

TUSHNET, Mark. **Varieties of Constitutionalism**. CON, v. 14, n. 1, p. 1-5, 2016. Disponível em: http://www.iconnectblog.com/2016/04/varieties-of--constitutionalism-i%C2%B7con-14-issue-1-editorial/. Acesso em 23 de outubro de 2018.

TUSHNET, Mark. **Authoritarian constitutionalism**. Cornell L. Rev., v. 100, p. 391, 2014. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/clqv100&div=15&id=&page=. Acesso em 23 de outubro de 2018.

13

AS LEGALIDADES E O PRAZO DE VENCIMENTO DO TRIBUTO: A (IM)POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO PRAZO DE PAGAMENTO POR ATO INFRALEGAL E A TIPICIDADE DO CRIME DO ART. 2º, II, DA LEI Nº 8.137/1990

Priscilla Queiroga Câmara
Mestranda em Direito Tributário pelo IBET
Especialista em Direito Tributário pelo IBET
Graduada em Direito pela UFRN
Professora seminarista do Curso de Especialização
em Direito Tributário do IBET

RESUMO: O presente trabalho se propõe a avaliar se é possível a alteração do prazo de vencimento de tributo por ato infralegal e como isso impacta a tipicidade formal de tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. Para tanto, considerando a força do princípio da legalidade nos âmbitos tributário e penal, utilizar-se-á a teoria da regra-matriz de incidência para averiguar a posição sintática da norma referente ao prazo de pagamento do tributo e determinar a necessidade de sua veiculação por meio de lei, e, a partir disso, fixar o conteúdo do critério temporal do referido delito de apropriação indébita tributária. Ao final, conclui-se que a punição criminal por descumprimento de ato infralegal é inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da legalidade. Prazo de pagamento. Infração. Apropriação indébita tributária. Regra-matriz de incidência.

INTRODUÇÃO

A arrecadação de tributos é uma das facetas da autonomia – talvez a de maior importância, a autonomia financeira – dos entes políticos garantida pelo Pacto Federativo estabelecido na Constituição Federal. Também é a forma mais maleável de enriquecimento do Estado que, manejando as teias do direito tributário, pode diminuir ou aumentar o recebimento de seus dividendos sem interfe-

rência, ao menos em tese, dos outros entes e independentemente da vontade dos cidadãos, desde que siga os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

O problema surge quando a medida escolhida de interferência na tributação é a alteração do prazo de vencimento, seja para postergar ou adiantar o ato de adimplemento pelo sujeito passivo.

Isso porque a simples variação de tal prazo não implica necessariamente em aumento do valor do tributo, porém, tem decisivo valor para a subsunção das normas sancionatórias, inclusive na seara criminal, em especial do tipo do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990 (apropriação indébita tributária), pelo qual é punido com detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e multa aquele que "deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos".

Assim, considerando o princípio constitucional da legalidade e sua força perante os ramos do direito tributário e penal, pergunta-se qual seria o veículo normativo apto a introduzir a norma que põe o termo de pagamento no sistema jurídico, como também quais as repercussões criminais dessa resposta sobre a tipicidade formal do referido delito.

Para tanto, utilizar-se-á a teoria da regra-matriz de incidência para averiguar a posição sintática da norma referente ao prazo de pagamento do tributo e investigar a necessidade, ou não, de sua veiculação por meio de lei *strictu sensu*, e, a partir disso, fixar o conteúdo do critério temporal do referido delito de apropriação indébita tributária constitucionalmente adequado.

1. AS LEGALIDADES TRIBUTÁRIA E PENAL

A legalidade é um dos mais solenes princípios positivados na Constituição, encontrando-se dentre o rol de garantias constitucionais positivadas no art. 5º, da Carta Magna: "II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Nas palavras do constitucionalista[1] MARCELO NOVELINO:

1 A despeito de reservar seus esforços à seara tributária, entendemos exemplar a definição de PAULO DE BARROS CARVALHO para o princípio da legalidade que ora se destaca: "O princípio da legalidade é limite objetivo que se presta, ao mesmo tempo, para oferecer segurança jurídica aos cidadãos, na certeza de que não serão compelidos a praticar ações diversas daquelas prescritas por representantes legislativos, e para assegurar observância ao princípio constitucional da tripartição dos poderes. O princípio da legalidade compele o intérprete, como é o caso dos julgadores, a procurar frases prescritivas, única e exclusivamente, entre as introduzidas no ordenamento positivo por via de lei ou de diploma que tenha o mesmo status. Se do consequente da regra advier obrigação de dar, fazer ou não-fazer alguma coisa, sua construção reivindicará a seleção de enunciados colhidos apenas e tão-somente no plano legal." (CARVALHO, 2009, p. 294)

> A legalidade é garantia voltada à proteção de direitos fundamentais ligados a valores diversos, em especial, liberdade, propriedade e segurança jurídica. O princípio da legalidade tem por objetivo limitar o poder do Estado de modo a impedir ações e medidas arbitrárias. Para isso, a Constituição confere ao Legislativo, órgão máximo de expressão da vontade popular, a função precípua de criar leis, as quais devem ser pautadas pelo critério da razoabilidade e elaboradas em conformidade com os preceitos constitucionais. (NOVELINO, 2016, p.386)

Para a seara tributária, cuja disciplina recai sobre o patrimônio do administrado, o legislador constituinte redobrou o cuidado sobre a matéria e dispôs especificamente acerca da legalidade tributária no art. 150, I, pelo qual "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".

Com isso, temos que norma dirigida à instituição ou aumento de tributo deverá ser introduzida no sistema jurídico por meio de lei, ordinária ou complementar a depender da exigência constitucional. Em outras palavras, somente lei em sentido estrito é veículo apto a estipular os critérios da regra-matriz de incidência quando da criação do tributo, determinando as notas definidoras do fato jurídico e da relação jurídica tributária implicada para que a subsunção[2] do fato à norma seja possível.

É o detalhe da legalidade que se costuma denominar princípio da tipicidade tributária que, nas lições de PAULO DE BARROS CARVALHO tem duas acepções: (i) no plano legislativo, em que exige que a lei adventícia discipline, de modo expresso e inequívoco, os critérios definidores do fato jurídico e da relação obrigacional; e (ii) no plano da facticidade, onde se demanda a estrita subsunção

2 O processo de positivação (ou de incidência) normativa é didaticamente explicado por SÍLVIA REGINA ZOMER: "O verbo incidir significa "cair sobre". Tomando-se a realidade jurídica como contexto e a linguagem como elemento essencial para a constituição desta realidade, poderemos pensar no significado de incidência como projeção da linguagem jurídica sobre a linguagem social, no sentido de regular as condutas intersubjetivas. (...) O homem (aplicador do direito), inicialmente, observa os dois planos: do direito e do social, do primeiro plano (do dever-ser), a partir dos enunciados prescritivos, constitui as normas jurídicas gerais e abstratas, em que, na hipótese normativa, se concentram os créditos conotativos que lhe permitem, ao observar o plano social (do ser), identificar a classe de eventos, que, por corresponder àqueles critérios, deva ser juridicizada (subsunção – inclusão de classes). Neste momento, avaliando a linguagem das provas, constrói outra norma jurídica – individual e concreta, em que, no antecedente, constitui o fato jurídico tributário (evento vertido em linguagem competente do direito). Deste modo, traz para a realidade do direito aquilo que pertencia à realidade social, por meio de uma nova linguagem – a linguagem jurídica. Como consequência lógica, por força da imputação, instaura-se um fato jurídico relacional, ou seja, uma relação jurídica que representa o vínculo abstrato que enlaça dois sujeitos de direito – um com o direito subjetivo de exigir o cumprimento de determinada prestação, e outro com dever subjetivo de cumpri-la. É este o fenômeno da incidência ou aplicação do Direito". (ZOMER, 2016, p. l. 2096/2159)

do evento aos preceitos estabelecidos na norma geral e abstrata que prevê a regra-matriz de incidência. Comentando a tipicidade tributária diz o citado autor:

> Corolário inevitável da aplicação desse princípio é a necessidade de que os deveres sejam introduzidos no sistema de direito positivo por veículos introdutores primários, com força de lei, portanto. E mais, porque os agentes da administração pública, no exercício de suas funções de gestão tributária, indiquem, pormenorizadamente, todos os elementos do tipo normativo existentes na concreção do fato que se pretende tributar e, bem assim, dos traços jurídicos que apontam uma conduta como ilícita. (CARVALHO, 2009, p. 298)

Seguindo a mesma trilha, na seara penal também houve redobrado cuidado do legislador constitucional ao expressar como garantia fundamental a ordem de que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (art. 5º, XXXIX, da Constituição), já que o bem jurídico atingido pela força da *ultima ratio* é a liberdade dos cidadãos.

Dessa maneira, a tipicidade penal é enxergada nos mesmos moldes que a tributária. Na análise do fato típico (para usar a nomenclatura da teoria penal), haverá a verificação de se determinado resultado foi necessariamente produzido por uma conduta humana, se tal acontecimento encontra-se previsto na legislação como infração penal (crime ou contravenção) e se o ocorrido no mundo dos fatos amolda-se perfeitamente ao modelo previamente previsto em lei, fenômeno esse denominado pelos penalistas[3] de adequação típica ou juízo de tipicidade.

E, como não poderia ser diferente, todo esse percurso de instituição, interpretação e aplicação da norma penal é pautada pela exigência da lei em sentido estrito, pauta de imprescindível obediência num Estado Democrático de Direito, conforme enfatiza CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

> O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora seja hoje um princípio fundamental do direito penal, seu reconhecimento percorreu um longo processo, com avanços e recursos, não passando, muitas vezes, de simples "fachada formal" de determinados Estados. (...) O princípio da legalidade

3 Acerca da matéria, ensina CÉZAR ROBERTO BITENCOURT: "Há uma operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis da vida real e o modelo típico descrito na lei. Essa operação, que consiste em analisar se determinada conduta se adapta aos requisitos descritos na lei, para qualificá-la como infração penal, chama-se 'juízo de tipicidade', que, na afirmação de Zaffaroni, 'cumpre uma função fundamental na sistemática penal. Sem ele a teoria ficaria sem base, porque a antijuridicidade deambularia sem estabilidade e a culpabilidade perderia sustentação pelo desmoronamento do seu objeto. Quando o resultado desse juízo for positivo significa que a conduta analisada reveste-se de tipicidade. No entanto, a *contrario sensu*, quando o juízo de tipicidade for negativo estaremos diante da atipicidade da conduta, o que significa que a conduta não é relevante para o Direito Penal, mesmo que seja ilícita perante outros ramos jurídicos (v. g., civil, administrativo, tributário etc.)". (BITENCOURT, 2016, p. 345)

> é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado. (BITENCOURT, 2016, p. 50)

Então, a partir desses preceitos, podemos afirmar que a imposição de tributos e penalidades deve estar amparada em texto de lei *strictu sensu*. E, para tanto, a boa técnica legislativa, tanto penal como tributária, é orientada pela busca da eliminação, ao menos da redução máxima, de ambiguidades e vagueza nos termos empregados em seus respectivos tipos, ou seja, foco na tipicidade fechada, mesmo que no campo criminal esse objetivo seja de difícil alcance, como assenta GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

> O tipo aberto, (...), apresenta-se composto por elementos normativos ou subjetivos. Considerando-se a necessária flexibilidade de certas figuras típicas, de modo a garantir a sua correta aplicação, não se pode desprezar a utilização desses fatores, desde que se opere com cautela. (...)
> Antes de editar um tipo penal incriminador, deveria o legislador certificar-se, valendo-se de operadores do Direito capacitados na área, de ser inteligível, completo e taxativo. Não é o que acontece. Tipos penais são lançados como inéditos, trazendo consigo intensas fórmulas casuísticas de interpretação. Tal contexto (...) deve ser banido do mundo penal, ainda que precise da intervenção do Judiciário, proclamando a inconstitucionalidade do tipo incriminador por lesão ao princípio da legalidade. (NUCCI, 2010, p. 90)

Um dos exemplos da inevitável vagueza dos tipos penais está na existência de normas penais "em branco"[4], que demandam construção de sentido com complementação de outros veículos normativos que não o instituidor da infração penal. É o caso do crime de apropriação indébita tributária, analisado a seguir.

2. REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA PENAL DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA

A teoria da regra-matriz de incidência, inicialmente criada pelo professor

4 Não se conhece na doutrina penal qualquer questionamento acerca da violação da legalidade pelos delitos penais em branco. Ao contrário, mesmo que a complementação significativa seja veiculada por atos infralegais, como é o caso da lei de drogas (nº 11.343/2006), a aplicação é pacífica. Destaco o comentário de GUILHERME DE SOUZA NUCCI: "Parece-nos razoável a existência de normas penais em branco. Lembremos que o branco da norma, dependente de complemento, pode ser integralmente preenchido por meio de consulta a outra norma vigente, em textos de conhecimento público. Ademais, a norma em branco pode ser muito mais segura do que tipos penais excessivamente abertos." (NUCCI, 2010, p. 93)

PAULO DE BARROS CARVALHO com foco tributário[5], mas que depois ganhou adeptos pelas demais áreas do direito, surge como um instrumento de auxílio ao intérprete na "montagem" da norma (em sentido estrito[6]) geral e abstrata que traz o "mínimo irredutível do deôntico", ou seja, os critérios mínimos e essenciais para a incidência da norma.

Para se construir a regra-matriz de incidência, toma-se por base a estrutura hipotético-condicional da norma jurídica para a regulação das condutas intersubjetivas, em que, abarcados pelo functor deôntico neutro (sendo, portanto, linguagem prescritiva), o antecedente descreve um fato jurídico futuro e de possível ocorrência, determinado no tempo e no espaço, a partir do qual, constatada e/ou registrada linguisticamente sua perfectibilização, será imputada uma relação jurídica modalizada (obrigatório, permitido ou proibido) entre sujeitos de direito em torno de uma prestação.

Assim, encontra-se no pressuposto normativo os critérios: (i) material, que descreve a conduta humana, por meio de um verbo e um complemento; (ii) temporal e (iii) espacial, que situam referida conduta no tempo e no espaço; e no suposto os elementos da relação jurídica, isto é, (iv) sujeitos passivo e ativo, em que o segundo detém direito subjetivo de cobrar do primeiro, devedor jurídico, o cumprimento da obrigação e (v) critério prestacional, objeto da obrigação, que, pode se revestir (genericamente) das formas de dar, fazer ou não fazer. Essa é a estrutura básica de todas as normas jurídicas em sentido estrito.

Como dito alhures, a regra-matriz não se restringe ao âmbito tributário, sendo seu raciocínio universal no direito positivo, cabendo ao intérprete adaptar o arranjo dos critérios conforme a necessidade de cada positivação, mantendo, por

5 Do ponto de vista tributário, o referido professor explica a estrutura e critérios de dita norma: "A construção da regra-matriz de incidência, assim como de qualquer norma jurídica, é obra do intérprete, a partir dos estímulos sensoriais do texto legislado. Sua hipótese prevê fato de conteúdo econômico, enquanto o consequente estatui vínculo obrigacional entre o Estado, ou quem lhe faça as vezes, na condição de sujeito ativo, e uma pessoa física ou jurídica, particular ou pública, como sujeito passivo, de tal sorte que o primeiro ficará investido do direito subjetivo público de exigir, do segundo, o pagamento de determinada quantia em dinheiro. Em contrapartida, o sujeito passivo será cometido do dever jurídico de prestar aquele objeto. (...)

Efetuadas as devidas abstrações lógicas, identificaremos, no descritor da norma, um critério material (comportamento de uma pessoa, representado por verbo pessoal e de predicação incompleta, seguido pelo complemento), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na consequência, observaremos um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota)". (CARVALHO, 2009, p. 604/605)

6 A distinção entre norma jurídica em sentido amplo e em sentido estrito é utilizada pelo professor Paulo de Barros Carvalho para melhor análise analítica do sistema do direito positivo, empregando o nobre doutrinador o termo "'normas jurídicas em sentido amplo' para aludir aos conteúdos significativos das frases do direito posto, vale dizer, aos enunciados prescritivos, não enquanto manifestações empíricas do ordenamento, mas como significações que seriam construídas pelo intérprete. Ao mesmo tempo, a composição articulada dessas significações, de tal sorte que produza mensagens com sentido deôntico-jurídico completo, receberia o nome de 'normas jurídicas em sentido estrito'". (CARVALHO, Direito Tributário, linguagem e método, 2009, p. 128)

óbvio, a estrutura hipotético-condicional com a descrição de um fato jurídico no antecedente e de uma relação jurídica entre sujeitos de direito no consequente.

Para o âmbito penal, a adaptação da fórmula básica da regra-matriz de incidência leva em consideração uma das premissas basilares deste ramo do direto que é a vedação da responsabilização objetiva do sujeito delinquente, bem como a particularidade do objeto prestacional ser uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos e/ou multa) a ser individualizada pelo magistrado dentro da quantidade disposta no tipo[7].

Dessa forma, a incidência da norma penal é pautada pela existência de critério volitivo na conduta criminosa, no que o critério material do antecedente normativo ganha mais um complemento: elemento subjetivo de culpabilidade (dolo e/ou culpa[8]); e o consequente conta com um critério objetacional dividido em qualificação (qual modalidade de pena será aplicada) e quantificação (quanto de pena será cominada).

Importante destacar que temos duas[9] acepções semânticas para a expressão "regra-matriz de incidência". A primeira, como fórmula lógico-sintática da norma jurídica em sentido estrito, em que se aponta os critérios componentes de sua estrutura, mas sem se preocupar com o conteúdo de sentido de cada um – é como viemos tratando até então. A segunda, que é a que nos interessa e vamos utilizar a partir deste ponto, é justamente o preenchimento dos critérios da regra-matriz a partir dos enunciados prescritivos relativos à matéria.

Assim sendo, para a regra-matriz do crime de apropriação indébita tributária, previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, cujo tipo prevê como passível de detenção, de 06 meses a 02 anos, e multa, a conduta de "deixar de recolher, no

7 Registre-se que a dosimetria da pena é atividade bastante complexa e efetuada em três etapas pelo magistrado sentenciante, podendo na terceira, em que se aplicam as causas de aumento e/ou diminuição de pena cabíveis, haver extrapolação para aquém ou além dos marcos determinados no tipo penal. Porém, para os fins a que se propõe este breve ensaio, basta a noção de que para cada crime há um limite inicial máximo e mínimo de pena.

8 A definição de crimes dolosos e culposos está no art. 18 do Código Penal, o qual, em seu parágrafo único assenta a excepcionalidade da imputação por culpa, ou seja, para que o crime seja punido por conduta imprudente, negligente ou imperita deverá haver previsão expressa na lei. No caso dos crimes contra a ordem tributária, não há tal previsão, fazendo com que todos os delitos dessa natureza sejam punidos pelo dolo, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

9 Sobre essa ambiguidade, destacamos os ensinamentos de AURORA TOMAZINI DE CARVALHO: "Não imune ao problema da ambiguidade, a expressão "regra-matriz" pode ser utilizada em duas acepções, significando realidades distintas: (i) estrutura lógica; e (ii) norma jurídica em sentido estrito. No processo gerador de sentido dos textos jurídicos, o intérprete, conhecendo a regra-matriz (estrutura lógica), sai em busca dos conteúdos significativos do texto posto para completá-la e assim constrói a regra-matriz de incidência (norma jurídica). A regra-matriz, considerada como estrutura lógica, é desprovida do conteúdo jurídico, trata-se de um esquema sintático que auxilia o intérprete no arranjo de suas significações, na construção da norma jurídica. A regra-matriz, enquanto norma jurídica, aparece quando todos os campos sintáticos desta estrutura forem semanticamente completados". (CARVALHO, 2016, p. 420/421)

prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos", temos a seguinte estrutura semanticamente considerada:

a) Critério material: deixar de recolher aos cofres públicos valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado de terceiro;
b) Critério temporal: primeiro dia após o prazo legal de recolhimento;
c) Critério espacial: estado onde ocorreu a operação de circulação de mercadorias;
d) Critério subjetivo de culpabilidade (dolo ou culpa): dolo;
e) Critério subjetivo (sujeitos): Estado brasileiro como vítima e como autor do crime aquele que descontou ou cobrou tributo de terceiro e não o recolheu aos cofres públicos, tendo o dever jurídico de fazê-lo, no prazo determinado em lei;
f) Critério objetacional: detenção (privativa de liberdade), de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

2.1. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA E SEU CRITÉRIO TEMPORAL EM BRANCO

Formada a regra-matriz do crime do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, devemos atentar para a particularidade que envolve todos os crimes penal-tributários, qual seja, a de que a lei penal não incide diretamente sobre comportamentos ou sobre fatos, mas sobre comportamentos ou fatos regulados previamente pela lei tributária. Por isso, como ensina CARRAZZA, "É preciso conhecermos a qualificação e os efeitos jurídicos que a lei tributária dá a esses comportamentos ou fatos, para só depois verificarmos se eles se subsomem à lei penal". (CARRAZZA, 2002, p. 470)

Isso quer dizer que os crimes contra a ordem tributária sempre são dependentes de complementação interpretativa nas leis tributárias, podendo os enunciados penais ser considerados "vagos" de certo modo, estando no ramo do direito tributário a resposta de sua definição semântica para que se dê ensejo à incidência da regra-matriz penal.

Os escritos com essa característica são tratados na Ciência Penal como "leis penais em branco", explicados por CEZAR ROBERTO BITENCOURT nos

seguintes termos:

> Trata-se, na realidade, de normas de conteúdo incompleto, vago, impreciso, também denominadas normas imperfeitas, por dependerem de complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, resolução etc.), para concluírem a descrição da conduta proibida. A falta ou inexistência dessa dita norma complementadora impede que a descrição da conduta proibida se complete, ficando em aberto ou descrição típica. Dito de outra forma, a norma complementar de uma lei penal em branco integra o próprio tipo penal, uma vez que esta é imperfeita, e, por conseguinte, incompreensível por não se referir a uma conduta juridicamente determinada e, fatidicamente, identificável. (BITENCOURT, 2016, p. 201)

Cabe registrar que tal entendimento acerca da complementação do sentido das normas penais não se amolda ao entendimento construtivista acerca da atividade interpretativa do sistema do direito positivo.

Quando se adota o modelo construtivista como instrumento de estudo, tem-se por uma das premissas fundantes a circunstância de que o homem constrói sua realidade a partir da linguagem. Enxergar o direito por esse método de análise significa ter em mente que a leitura do jurista não é meramente descritiva do texto jurídico, "extraindo" o significado das leis. Ao revés, é uma atividade construtiva em que se atribui sentido aos enunciados prescritivos, verdadeiramente edificando as normas jurídicas a partir dos textos num constante e imprescindível esforço interpretativo do ser cognoscente, que abrange os enunciados de todo o sistema, considerando as relações de coordenação e subordinação com que se alinham.

E, nesse desiderato de produção de conteúdo, ao lado da inesgotabilidade de sentidos, temos a intertextualidade como axioma da atividade interpretativa, sendo esse último definido por PAULO DE BARROS CARVALHO como sendo "o intenso diálogo que os textos mantêm entre si, sejam eles passados, presentes ou futuros, pouco importando as relações de dependência estabelecidas entre eles". Em outras palavras, o professor paulista elucida que "a intertextualidade é o processo constitutivo, ou melhor, o procedimento elementar para a composição do texto, que, partindo de duas ou mais materialidades textuais, desenha e atualiza o sentido naquela particular situação de interdiscursividade". (CARVALHO, 2009, pp. 193 e 195)

Com isso, tem-se a constante comunicação entre os textos, bem como a inevitável inserção destes num contexto elucidativo, importante para a delimitação dos horizontes de cultura do intérprete. Nos termos construtivistas, para o texto jurídico, tal comunicação se dá tanto para com os outros sistemas linguísti-

cos, como internamente, dentre as linguagens específicas de cada ramo do direito – repartido didaticamente, mas que não perde o caráter unitário do sistema. Assim, todas as normas seriam, de certa forma[10], normas penais em branco.

De uma maneira ou de outra, inegável é que existe a necessidade de comunicação entre os textos penal e tributário para que o evento descrito conotativamente na hipótese na norma impositiva penal seja corretamente vertido na linguagem competente, inclusive no que se refere ao critério temporal, foco deste trabalho de acordo com o corte metodológico ora traçado.

Para a determinação do instante em que se considera ocorrido o evento delituoso, o Código Penal brasileiro adotou como regra a teoria da atividade em seu art. 4°: "Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado". Assim, considera-se praticado o crime no momento da conduta (ação ou omissão), pouco importando o momento do resultado.

A despeito da regra geral, o art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990 trouxe prescrição específica acerca do critério temporal, anotando expressamente que o "prazo legal" para pagamento do tributo é o marco a ser considerado. A expressão demonstra claramente a natureza de norma penal em branco do critério temporal do crime de apropriação indébita tributária, isto é, a necessidade de incursão no direito tributário para o encontro deste momento, sendo a linguagem deste ramo, especificamente os enunciados prescritivos instituidores do tributo, a responsável por apontar qual o período que o sujeito passivo da relação jurídica tributária tem para adimplir sua obrigação.

Desta feita, temos que a ordenação tributária acerca do prazo de vencimento regulamenta o referido tipo penal, sendo, portanto, necessário esclarecer a natureza dessa norma (em sentido amplo) e estabelecer qual veículo normativo é apto para sua disciplina no sistema jurídico, se somente lei ou também atos infralegais.

10 Sobre o tema anota-se a observação de AURORA TOMAZINI DE CARVALHO que, atenta ao processo de construção de sentidos encampado pelo constructivismo, mas respeitando os ensinamentos da Ciência Penal tradicional sobre a busca de sentido em outras "fontes" que não a do crime, adverte que o intérprete deverá atentar se o sentido construído é realmente determinante para a identificação dos critérios da hipótese penal antes de chamar a norma de "norma penal em branco". Diz a autora: "A generalização de que todas as normas penais tributárias são 'normas penais em branco', porque, na sua construção, devemos nos reportar aos enunciados das leis que instituem os tributos, ou construirmos as significa ações de acordo com conceitos fornecidos pelo ordenamento jurídico tributário, é perigosa. Existem normas penais tributárias que dependem de informações contidas na legislação tributária para identificação de seus critérios e, nesse sentido, poderiam ser classificadas como 'normas penais em branco'. No entanto, existem normas penais tributárias cujas informações para identificação de seus critérios encontram-se na legislação penal, embora algumas complementações devam ser compreendidas na legislação tributária. Por isso, antes de generalizar, temos que analisar cada um, para sabermos quais enunciados serviram de base para a sua construção, para só então podermos afirmar se trata-se, ou não, tem uma norma penal tributária em branco." (CARVALHO, 2009, p. 154)

3. PRAZO DE PAGAMENTO DO TRIBUTO: LEGALIDADE OU NORMATIVIDADE?

O pagamento é uma das formas de extinção da obrigação tributária previstas no art. 156 do Código Tributário Nacional, o qual pode ser definido como "a prestação que o devedor, ou alguém por ele, faz ao sujeito pretensor, da importância pecuniária, correspondente ao débito do tributo". (CARVALHO, 2009, p. 541/542).

É verdadeiro fato jurídico, pois somente terá o condão de extinguir a obrigação quando o evento do adimplemento for vertido em linguagem competente para sua comprovação (recibo de pagamento). PAULO DE BARROS CARVALHO também aponta a possibilidade de encará-lo como norma e relação jurídica ao ensinar que "Em termos analíticos, o "recibo de pagamento" contém os enunciados necessários e suficientes para construirmos uma norma individual e concreta, em cujo antecedente vem relatado o fato da existência da dívida e, no consequente, uma relação que, no cálculo das relações, anula o vínculo primitivo". (CARAVALHO, 2010, p. 266)

Independentemente da forma como se encare o pagamento, imprescindível a consideração de que é uma atividade, que ocorre em determinado instante de tempo, e que o sistema jurídico deve fixar o período em que tal conduta deve acontecer para ser considerada lícita. Ou seja, imprescindível a prescrição do prazo de vencimento da obrigação.

O Código Tributário Nacional cuidou de enunciar a regra geral para prazo de pagamento em seu art. 160, pelo qual: "quando a legislação tributária não fixar o tempo do pagamento, o vencimento do crédito ocorre trinta dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado do lançamento".

Complementando o sentido da regra, também houve previsão no CTN para esclarecimento do sentido do termo "legislação", desta vez no art. 96: "A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes".

Da leitura dos referidos dispositivos, combinada com o entendimento de que a alteração do prazo de vencimento não implica a criação ou aumento de tributo e com a consideração do poder regulamentar da Administração, chegou-se à conclusão que o prazo de pagamento de tributos poderia ser veiculado tanto por lei como por normas infralegais, sem que houvesse desrespeito ao princípio da legalidade prescrito pelo art. 150, I, da Constituição Federal.

É nesse sentido a jurisprudência consolidada[11] do Supremo Tribunal Fe-

11 Como exemplo da aplicação do entendimento pela possibilidade de ato infralegal fixar o prazo de recolhimento de tributos podemos citar ainda os seguintes julgados do STF: **RE 140669**, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1998, DJ 14-05-2001 PP-00189 EMENT VOL-

deral desde 1995, quando do julgamento do RE nº 172394, cuja ementa segue transcrita:

> TRIBUTÁRIO. ICMS. CORREÇÃO MONETÁRIA. CONVERSÃO DO DÉBITO EM UNIDADES FISCAIS (UFESP). ART. 109 DA LEI PAULISTA N. 6.374/89 E DECRETOS N.º 30.356/89 E 30.524/89 QUE A REGULAMENTARAM. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELA SUA CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PELAS LETRAS A E C. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA VEDAÇÃO DE PODERES LEGISLATIVOS E DA NÃO-CUMULATIVIDADE. Alegação descabida. Prevista, no dispositivo legal sob enfoque, a atualização monetária dos débitos de ICMS, não há como se falar, no caso, em ofensa ao princípio da legalidade. De outra parte, não se compreendendo no campo reservado a lei, pelo Texto Fundamental, a definição do vencimento e do modo pelo qual se procederá a atualização monetária das obrigações tributárias, também não se pode ter por configurada delegação de poderes no cometimento de tais encargos, pelo legislador ordinário, ao Poder regulamentar. De considerar-se, por fim, que o princípio da não-cumulatividade não é infringido pelo fato de vir a ser recolhido, por valor corrigido, o imposto apurado, na época própria, pela diferença entre créditos e débitos efetuados pelos respectivos valores singelos, já que da correção do tributo não resulta acréscimo, mas simples atualização monetária do quantum devido. Inconstitucionalidades não configuradas. Recurso conhecido, mas improvido. (RE 172394, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/1995, DJ 15-09-1995 PP-29549 EMENT VOL-01800-12 PP-02317 RTJ VOL-00176-02 PP-00894)

Então, com a chancela do Supremo Tribunal Federal e da literalidade dos enunciados prescritivos do Código Tributário Nacional, não é incomum a prática administrativa de alterar o prazo de pagamento dos tributos, em especial em épocas de crise, por meio de atos infralegais veiculados pelo Chefe do Poder Executivo.

Ocorre que os argumentos referendados pelo Supremo não estão de acordo com os ditames constitucionais da legalidade quando inseridos numa visão sistêmica do ordenamento jurídico, pois não consideram a importância da disposição da proposição referente ao prazo de pagamento na estrutura sintática das normas

02030-03 PP-00567 REPUBLICAÇÃO: DJ 18-05-2001 PP-00086 RTJ VOL-00178-01 PP-00361; **RE 250232**, Relator(a): MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 23/11/1999, DJ 04-02-2000 PP-00015 EMENT VOL-01977-05 PP-00920; e **RE 546316** AgR, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe-212 DIVULG 07-11-2011 PUBLIC 08-11-2011 EMENT VOL-02621-01 PP-00135.

tributárias.

Tomando como base a teoria da regra-matriz e seu desenho dos critérios essenciais para a incidência da norma tributária, de fato, o "mínimo irredutível do deôntico" emplacado pelo professor PAULO DE BARROS CARVALHO não abarca o prazo de pagamento como critério digno de menção na regra-matriz de incidência tributária.

Não obstante, ROBSON MAIA LINS, ao se dedicar ao estudo da mora no direito tributário, editou a estrutura inicial da norma impositiva e acrescentou tal critério ao consequente normativo por entender imprescindível a consideração, logo no momento da constituição do crédito, do momento em que a mora passa a existir. Assim explicou o autor:

> Agora, uma advertência deve ser feita: a estrutura proposta pelo Prof. PAULO DE BARROS CARVALHO quando desenhou a Regra-Matriz de incidência tributária é minimal. Aqueles critérios são suficientes para a existência da relação jurídica tributária. Entretanto, muitos outros critérios podem ser aglutinados em torno dos já conhecidos, visto que, conforme o legislador e o Cientista que descreve e sistematiza o produto legislador, muitas outras informações são necessárias para que o tributo nasça, tenha sua exigibilidade suspensa e, finalmente, seja extinto.
>
> (...). Ora, não podemos caminhar sem inserir no consequente normativo das normas tributárias, quer as regras-matrizes, quer as que prescrevem deveres instrumentais, um critério temporal, vale dizer, conotação que indiquem o tempo de adimplemento da obrigação. Até porque somente após o descumprimento da obrigação pelo devedor é que haverá mora no direito tributário.
>
> Portanto, por questões metodológicas[12], bem assim pela nossa definição de norma primária e secundária, exsurge como premissa necessária a inserção de critério temporal no consequente da regra-matriz de incidência tributária e a que institui os deveres instrumentais. (LINS, 2008, p.124/125)

Contudo, mesmo que não se vislumbre o prazo de pagamento inserido na norma impositiva como o citado autor, inegável é sua posição de destaque no

12 O autor assenta que a colocação do critério temporal no consequente é por questões metodológica para o melhor entendimento da mora. Na mesma página, reforça: "(...) não é possível a incidência da norma primária sancionatória, nem da secundária (ou processual) sem a fixação do tempo do pagamento. Assim, por opção metodológica e pela funcionalidade na operacionalização da incidência das normas sancionatórias, inserimos no consequente da Regras-Matrizes de incidência, além dos critérios quantitativos e subjetivos, o critério temporal".

antecedente da norma primária[13] sancionadora[14], que define a infração tributária e comina a penalidade correspondente, já que determina o tempo a ser considerado para o surgimento do ilícito[15], isto é, o marco do descumprimento da obrigação imposta pela norma primária dispositiva.

Nesse sentido é o entendimento traçado por FABIANA DEL PADRE TOMÉ, que, ao criticar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de fixação do prazo de pagamento por ato infralegal, destaca a posição da proposição temporal da norma primária sancionadora. Se não, vejamos:

13 O conceito de norma primária e secundária foi desenvolvido inicialmente por Kelsen, para identificar as partes de uma "norma completa", que conteria uma ordem e a sanção para seu descumprimento – "sanção" aqui considerada como a coercitividade do Estado-Juiz para fazer valer a norma então descumprida. PAULO DE BARROS CARVALHO explica bem a relação entre tais normas (com o detalhe de que, seguindo os passos de Lourival Vilanova, troca a nomenclatura inicialmente idealizada por Kelsen): "Na completude, as regras de direito têm feição dúplice: norma primária (ou endonorma, na terminologia de Cossio), a que prescreve um dever, se e quando acontecer o fato previsto no suposto; norma secundária (perinorma, segundo Cossio), a que prescreve uma providência sancionatória, aplicada pelo Estado-Juiz, no caso de descumprimento da conduta estatuída na norma primária. Esta concepção nada mais é do que corolário daquilo que já assertamos de modo peremptório. Inexistem regras jurídicas sem as correspondentes sanções, isto é, normas sancionatórias". (CARVALHO, 2010, p. 54) São normas que mantém entre si uma "relação-de-ordem não-simétrica", como assevera LOURIVAL VILANOVA, o qual também adverte: "As denominações adjetivas 'primária' e 'secundária' não exprimem relações de ordem temporal ou causal, mas de antecedente lógico para consequente lógico". (VILANOVA, 2005, p. 105/106).

14 MARIA ÂNGELA LOPES PAULINO PADILHA em seu estudo sobre as sanções no direito tributário trabalha com a divisão das normas primárias em tributárias e sancionatórias, identificando-as da seguinte forma: "A norma primária tributária, em sua acepção mais ampla, compreende tanto a norma instituidora do tributo, como também a norma prescritora de deveres instrumentais (usualmente, também, denominados de obrigações acessórias). (...) A norma primária sancionatória, por sua vez, corresponde às normas prescritoras de sanções materiais aplicadas *ex officio* pelo sujeito ativo ou positivadas pelo próprio sujeito passivo, em decorrência do descumprimento ao preceito na regra matriz de incidência tributária e/ou clique nas regras prescritoras de deveres instrumentais." (PADILHA, 2015, p. 36/37) Note-se que a norma primária sancionatória não se confunde com a norma secundária (sancionatória) retro explanada. Aquela é de cunho material, enquanto esta se revela processual, cujo consequente estabelece uma sanção a ser aplicada, coercitivamente, pelo Estado-Juiz em favor daquele sujeito detentor do direito violado. Esclarece MARIA ÂNGELA PADILHA a dinâmica das duas: "Embora em ambas as normas – na norma primária sancionatória e na norma secundária – o fato jurídico ao qual imputa-se uma consequência também seja a não realização de um dever jurídico, a conduta omissiva, na secundária, resulta não só da transgressão à obrigação tributária e aos deveres instrumentais, mas também da inobservância da consequência material prescrita na norma primária sancionatória, provocado a relação jurídico-processual. Deveras, tal como a RMIT, a norma primária que comina sanções materiais também reclama a existência da norma secundária, mediante o exercício da coação estatal, para assegurar o seu cumprimento." (PADILHA, 2015, p. 38)

15 Sobre o antecedente da regra-matriz da norma referente ao ilícito tributário, ensina MARIA ÂNGELA LOPES PAULINO PADILHA: "Infração tributária", núcleo da materialidade da proposição-hipótese, pode ser definida como a ação ou omissão que configure uma violação aos deveres jurídicos prescritos nas leis tributárias, mormente o descumprimento de obrigação tributária principal (não recolhimento do tributo) ou a não prestação de deveres instrumentais, i.e., das providências formais destinadas a auxiliar na arrecadação e na fiscalização da Administração Fazendária. Tal como na hipótese da regra-matriz de incidência tributária, no suposto da norma primária sancionatória, constatamos o seu critério material – uma conduta transgressora do dever jurídico; o critério espacial – o local onde reputa-se ocorrida essa conduta contrária ao consequente da norma primária tributária e o critério temporal – o momento em que considera-se praticada a conduta infringente. (PADILHA, 2015, p. 40)

> Os argumentos edificados em ambos os julgados[16] não nos parecem os mais condizentes com as prescrições constitucionais e legais em vigor. Descabida é a interpretação isolada do disposto no art. 150, I, da Carta de 1988. Inadmissível compreender que seria exigida lei apenas e tão somente para fins de instituição e aumento de tributo, pois, como anotamos, toda a atuação do Poder Público deve pautar-se em lei (art. 37, caput, da CR/88).
> Ademais, ainda que se queira fazer remição ao Código Tributário Nacional, também não há como concluir que o fato de o decreto ser considerado legislação tributária (art. 96 do CTN) o autorizaria a dispor sobre prazo para pagamento de tributo. Isso porque, como prescreve o art. 97, V, desse Diploma, somente a lei pode estabelecer "a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas"
> Neste ponto, convém esclarecer que, realmente, o prazo para pagamento não integra a regra-matriz de incidência tributária. No entanto, faz parte de outra norma jurídica igualmente relevante: a norma primária punitiva. (TOMÉ, 2012, p.09/10)

Assim, somente com a presença do vencimento na estrutura sintática da norma infracional é que se tem configurada a ilicitude do ato de não pagar o tributo devido e, por conseguinte, possibilitada a aplicação da norma impositiva de penalidade tributária.

São essas as possibilidades de posicionamento sintático da norma do prazo de pagamento de tributo, não havendo como encará-la no sistema jurídico tributário destacada de tais realidades. De uma forma ou de outra, estando o prazo de pagamento no consequente da norma instituidora do tributo ou no antecedente da norma primária sancionadora, o certo é que o prazo de pagamento do tributo é matéria reservada à lei (em sentido estrito).

Não se pode olvidar que a imposição de sanção, seja tributária/administrativa ou penal, significa restrição da propriedade ou da liberdade do cidadão por parte do Estado e, por isso, num Estado que se diz Democrático de Direito, demanda limites. No ordenamento brasileiro, o princípio constitucional da legalidade guia a determinação das sanções, desde a elaboração, até a interpretação e aplicação de normas sancionatórias, exigindo tipicidade fechada para os critérios da regra-matriz de incidência punitiva. Nesse sentido é o destaque de PAULO DE BARROS CARVALHO:

> Vale a lembrança final, porém de extrema importância, de que tratando-se de sanção, ainda que meramente material, a norma que delineia esse fato "antijurídico" não pode apresentar tipologia aber-

16 Refere-se a autora aos seguintes julgados: STF, RE 172.394-SP, Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Ilmar Galvão, j. em 21/06/95; e STJ, REsp 55.946-SP, 2ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, j. 02/12/96.

> ta. Arquétipo aberto é o que constitui as hipóteses das normas que regem o direito privado, já que as garantias e os direitos individuais hão de ser interpretados com amplitude semântica. Norma sancionadora com tipo aberto restringe, de maneira incontrolável, a liberdade e a propriedade, ferindo e comprometendo a segurança do sistema jurídico. Este, substancialmente, o motivo pelo qual o "tipo" das normas sancionadoras há de ser preciso e restrito. (CARVALHO, 2009, p. 863)

Deste modo, a interpretação pela legalidade estrita - e não apenas normatividade - da previsão do prazo de pagamento de tributos é a mais adequada do ponto de vista sistêmico, cabendo aqui o destaque da lição de FABIANA DEL PADRE TOMÉ acerca da necessidade do resgate do princípio da legalidade:

> A função predominante nas proposições jurídico-normativas é aquela direcionada às condutas intersubjetivas, com o escopo de discipliná-las e de alterá-las. Para atingir tal objetivo, as normas jurídicas estruturam-se sintaticamente de modo homogêneo: apresentam-se nos moldes de um juízo hipotético-condicional, em que determinada previsão fática implica deonticamente uma relação jurídica entre dois sujeitos de direito, modalizada de forma permissiva, obrigatória ou proibitiva. Por outro lado, a heterogeneidade semântica salta aos olhos. Podem ser escolhidos diversos fatos, a eles atrelando-se relações jurídicas de conteúdos variados, conforme os valores que o legislador pretenda positivar, e, pelo instrumental jurídico, concretizar. Tratando-se de atuações estatais, todas elas estão jungidas ao primado da legalidade, em decorrência do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988. Por isso mesmo, não tem sentido o argumento de que apenas as instituições e elevações de tributos estariam sob a reserva legal. Toda e qualquer criação de deveres para o contribuinte subordina-se à legalidade. (TOMÉ, 2012, p.13/14)

Em suma, não é suficiente a previsão do "decreto" e afins como integrantes do conceito de legislação tributária para que possa ser tido como veículo apropriado para a tal disciplina, mesmo que essa seja a literalidade do art. 160, do Código Tributário Nacional, devendo ser considerados também os ditames do art. 150, I, da Constituição e do art. 97, I e V, do Código Tributário Nacional, além do art. 37 da Carta Republicana.

4. "COLORINDO" O CRITÉRIO TEMPORAL DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA: REPERCUSSÕES PENAIS DE CADA PERSPECTIVA E O NOSSO ENTENDIMENTO

Como estabelecido anteriormente, o termo de vencimento instituído na seara tributária é característica determinante para a delimitação do fato que, caso verificado no plano da realidade social, será considerado juridicamente relevante como crime contra a ordem tributária e, por conseguinte, ensejará a aplicação de uma pena.

Deste modo, a tipicidade formal do crime do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990 depende da complementação semântica do critério temporal a ser efetuada mediante investigação da disciplina no prazo de recolhimento dos tributos, matéria de competência do direito tributário.

Então, o "colorir" da norma penal em branco ora em apreço dependerá da perspectiva adotada pelo intérprete acerca do veículo introdutor apto a fazer ingressar a norma (em sentido amplo) do prazo de vencimento, premissa essa que desvendará a constitucionalidade (ou não) de imposição criminal para o ato de não recolher tributo no período determinado em ato infralegal (por óbvio, atendidos todos os demais requisitos do tipo).

Trilhado o caminho a partir da interpretação literal dos arts. 160 e 96 do Código Tributário Nacional e da consideração isolada do art. 150, I, da Constituição Federal, tal como efetuado pelo Supremo Tribunal Federal, a conclusão não poderia ser outra que não a constitucionalidade da persecução penal baseada em descumprimento de norma infralegal que marque a ocorrência do evento-crime.

Em outras palavras, estando veiculados ou não em lei os enunciados prescritivos instituidores do tributo que determinam a data do pagamento, estão aptos a identificar o critério temporal da regra-matriz de incidência penal construída para o tipo "deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos".

De maneira oposta, estabelecida a posição primordial do prazo de recolhimento no consequente da regra-matriz de incidência tributária impositiva ou no antecedente da norma primária punitiva, normas que exigem impreterivelmente a inserção no sistema jurídico por meio de lei *strictu sensu*, tem-se que a punição criminal é inconstitucional por ofensa ao art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Esta última é a que consideramos mais adequada, uma vez que encara o princípio da legalidade numa visão sistêmica, como também respeita a estrutura das normas jurídicas e sua arrumação como integrantes do ordenamento, principalmente no que se refere ao poder estatal para a imposição de sanções[17] ao admi-

17 Registre-se que não foi olvidada a diferenciação entre as infrações tributárias administrativas e os crimes tributários. Não há confusão entre tais relações jurídicas, pautadas em regimes jurídicos distintos, constituídas mediante procedimentos completamente diversos e com objeto prestacional de diferentes matizes: as primeiras implicando pagamento de multa, com efeitos apenas administrativa-tributárias; enquanto que os segundos implicam uma pena e as repercussões penais correspondentes (perda da primariedade, por exemplo). O que nos interessa é o que eles têm em comum: o mesmo acontecimento fenomênico

nistrado que descumpre obrigações tributárias.

Logo, mesmo que vá de encontro ao entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, os prazos de vencimento de tributos não devem ser enunciados por outro veículo introdutor que não a lei em sentido estrito, nos termos do art. 150, I, da Constituição Federal e art. 97 do Código Tributário Nacional, sob pena de que eventual descumprimento esteja impossibilitado de gerar repercussões penais, em especial no caso pelo analisado crime de apropriação indébita tributária, por ser medida inconstitucional em razão de ofensa à garantia da legalidade criminal estampada no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

CONCLUSÕES

O princípio da legalidade encontrou grande destaque na Constituição Federal, em especial para a regulação dos regimes jurídicos tributário e penal, cuja interferência direta tem como alvo a propriedade e a liberdade, respectivamente, dos administrados.

Diante disso, a significação da expressão "no prazo legal" constante no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, norma penal em branco que exige consulta nas normas instituidoras de tributo acerca do prazo de pagamento para a determinação do critério temporal do crime, deve ser construída com base na diretriz desse importante limite objetivo (legalidade estrita).

Assim, estando a norma (em sentido amplo) referente ao prazo de pagamento estruturalmente encaixada no consequente da regra-matriz de incidência impositiva ou no antecedente da norma primária sancionatória, sua veiculação no sistema jurídico somente poderá ser efetuada por meio de lei *strictu sensu,* de acordo com a interpretação sistêmica do art. 150, I, da Constituição Federal e arts. 160, 96 e 97 do Código Tributário Nacional.

---

que, sob os recortes do legislador tributário e do legislador penal, recebe efeitos diversos. Ambos são fatos ilícitos que tomam por base o mesmo evento (o descumprimento de uma prescrição jurídica tributária), mas cada um o aplica seu próprio regime jurídico, sendo igualmente descabida a afirmação de que o crime tributário existe quando o legislador atribui efeitos penais à infração tributária. Nessa toada, destacamos a lição de AURORA TOMAZINI DE CARVALHO: "O legislador não atribui efeitos penais à infração tributária, mas ao fato do descumprimento da prescrição normativa. A infração, enquanto fato jurídico, só propaga efeitos no âmbito tributário. Quando o legislador delimita a hipótese penal tributária, apesar de utilizar-se da mesma circunstância que a hipótese punitiva tributária, a delimita de forma diferente e a esta delimitação atribui efeitos penais. Ademais, o fato jurídico punitivo tributário caracteriza-se como infração também pela relação jurídica a ele atrelado, que é completamente diferente da relação jurídica penal tributária. Neste sentido, não podemos aceitar a classe dos crimes contra a ordem tributária como sub classe da classe das infrações tributárias, como se imaginássemos dois círculos, um maior representando as infrações tributárias e um menor, dentro daquele, representando os crimes contra a ordem tributária, pois cada uma delas apresenta características distintas, apesar de ambas terem outras em comum. Esta visualização, no entanto, é permitida se pensarmos em termos de acontecimento fático." (CARVALHO, 2009, p. 263).

Portanto, fixada essa premissa, contrariando jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, a tipicidade formal do crime de apropriação indébita tributária somente estará perfectibilizada se o prazo de recolhimento tributário estiver disposto em lei e não em ato infralegal, sob pena de a punição criminal ser medida inconstitucional, em razão de ofensa à garantia da legalidade criminal estampada no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral.** Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS.** 9 ed. – São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Direito Penal Tributário: uma análise lógica, semântica e jurisprudencial.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **A regra-matriz como esquema lógico de interpretação dos textos jurídicos.** In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Lógica e Direito*. - São Paulo: Noeses, 2016

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência.** 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Tributário: linguagem e método.** 3. Ed. – São Paulo: Noeses, 2009.

LINS, Robson Maia. **A mora no direito tributário. São Paulo: PUC/SP. Tese de Doutorado, 2008.**

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário.** São Paulo: Noeses, 2015.

TOMÉ, FABIANA DEL PADRE. O resgate da legalidade tributária. In: COSTA, Alcides Jorge [et al]. **Sistema tributário nacional e a estabilidade da**

federação brasileira: IX Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses. 2012, [14] p.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: Noeses, 2005.**

ZOMER, Sílvia Regina. **Análise da norma individual e concreta pela ótica do Constructivismo Lógico-semântico.** São Paulo: Intelecto, 2016. E-book.

14

A MULTA JUDICIAL (ASTREINTE): CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA *FIXAÇÃO* E *MODULAÇÃO* DO *QUANTUM* ALCANÇADO

Rafael Caselli Pereira[1]
Advogado
Doutorando e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do RS - PUCRS
Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil
Membro do CEAPRO – Centro de Estudos Avançados de Processo
Pós-Graduado e Membro Honorário da ABDPC – Academia Brasileira de Direito Processual Civil

RESUMO: Na vigência do § 6.º, do art. 461, do CPC/73, toda decisão envolvendo a multa judicial (astreinte) possuía eficácia *ex tunc* (retroativa), sendo possível alterar seu valor e/ou periodicidade, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Tal entendimento restou modificado por completo com a vigência do § 1.º, do art. 537, do CPC/2015, que outorgou, exclusivamente, eficácia *ex nunc* (não retroativa) a tais decisões. Em tese, a multa consolidada seria imutável, contudo, a jurisprudência, de forma uníssona, mantém o entendimento de que o *quantum* alcançado pode ser modificado. Nosso objetivo é o de dialogar com a jurisprudência, no sentido de buscar critérios objetivos para uma fundamentação qualificada dessas decisões (§ 1.º, do art. 489, do CPC/2015), independente de manter ou reduzir seu valor (modulação).

PALAVRAS-CHAVE: Multa judicial. Astreinte. Parâmetros. Fundamentação. Novo Código de Processo Civil.

INTRODUÇÃO

Ao compararmos o revogado § 6.º, do art. 461, do CPC/1973, com o vigente art. 537, § 1.º, do CPC/2015, verifica-se que, em tese, o *quantum* alcançado pela incidência da multa judicial (astreinte) seria imutável. Enquanto a doutrina

1 Advogado. Doutorando e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, Membro do CEAPRO – Centro de Estudos Avançados de Processo; Pós-Graduado e Membro Honorário da ABDPC – Academia Brasileira de Direito Processual Civil.

majoritária entende que tal dispositivo deve ser interpretado literalmente (sendo vedada qualquer forma de alteração do valor já consolidado), a jurisprudência uníssona de nossos tribunais e do STJ segue interpretando o novo dispositivo com os olhos do CPC/73, alterando o valor e/ou a periodicidade a *qualquer momento* e grau de jurisdição.

Diante de radical alteração, questiona-se: será privilegiado o direito da parte em obter, em um prazo razoável, a solução integral do mérito, *incluída a atividade satisfativa*, leia-se a *efetividade da tutela jurisdicional*, prevista no art. 4.º, do CPC/2015, através da manutenção (da força coercitiva da astreinte) do *quantum* alcançado pela multa *vencida* ou o Poder Judiciário vai seguir a orientação vigente do CPC/73, reduzindo o valor consolidado, a qualquer momento e grau de jurisdição e, o que é mais grave, *sem nenhuma fundamentação qualificada*?

Pelo disposto no § 1.º, do art. 537, não mais se admite o denominado efeito *ex tunc* (retroativo) das decisões que fixam a multa judicial (astreinte), ou seja, é vedada por lei a alteração daqueles critérios originalmente ponderados, quando do momento de *fixação* da multa (valor suficiente e compatível com a obrigação, e mediante a concessão de prazo razoável para cumprimento da medida). De qualquer forma e pelo fato da jurisprudência seguir admitindo a modulação do valor alcançado, verifica-se a necessidade de delimitar de que *modo* e em *qual* momento processual é possível realizar a *modulação* do *quantum* alcançado, bem como fixar critérios objetivos para uma fundamentação qualificada de tais decisões, sendo este o objetivo do presente artigo.

A resposta para tal indagação justifica-se na relativização do art. 537, § 1.º, do CPC/2015, pois eis que, mesmo após a vigência do novo código e não obstante à vedação da eficácia *ex tunc* de tais decisões, não sendo mais possível retroagir ao momento em que a multa restou fixada, para fins de alteração do valor e/ou sua periodicidade, identifica-se que boa parte da jurisprudência segue modulando o valor total alcançado, inclusive alterando, de forma *retroativa*, critérios (valor e/ou periodicidade) pré-definidos no despacho que *fixou* a astreinte.

Diante de tal fato, faz-se imperioso fixarmos a premissa de que o Poder Judiciário, por via reflexa de incidência dos efeitos do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, expressos no art. 8.º do CPC/2015, ainda poderá modular o *quantum* alcançado pela multa judicial (astreinte), contudo, não poderá retroagir ao momento em que a multa fora aplicada.

Ao analisarmos o disposto no art. 489, § 1º, do CPC/2015, verifica-se que o legislador optou pela necessidade de motivação analítica ou qualificada de toda e qualquer decisão judicial, no entanto, permanece a insatisfação dos jurisdicionados, em relação à falta de observância ao dever de fundamentação constitucio-

nalmente adequada ao caso concreto, tanto nas hipóteses de *redução* quanto de *manutenção* do *quantum* alcançado pela multa judicial (astreintes), que não raras vezes supera, e muito, o valor da obrigação principal.

Em tais hipóteses, ora a jurisprudência justifica a necessidade de manutenção do valor da multa, em razão do direito à *efetividade da tutela jurisdicional* e da necessidade de ser respeitado o preceito judicial, originado pelo próprio Poder Judiciário, ora justifica a redução do valor alcançado, porquanto a multa possui caráter acessório, sendo *vedado o enriquecimento sem causa ou ilícito*.

Por ocasião de pesquisa doutrinária e jurisprudencial realizada entre os anos de 2014 até 2016, para fins de publicação da obra: "A multa judicial (astreinte) e o CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial", identificou-se uma total ausência de critérios *objetivos*, tanto para o momento de *fixação* da multa judicial (astreinte) quanto para o momento de *modulação*, através da manutenção ou redução do *quantum* alcançado, bem como verificou-se a necessidade de identificar qual seria o *momento processual* apto a admitir tal reflexão (de acordo com a literalidade do *caput* e § 1.º, do art. 537, do CPC/2015).

Por meio da extensa pesquisa acima referida e em uma análise do instituto da astreinte, sob a égide do CPC/2015 (art. 537), foi possível demonstrar a influência do comportamento das partes (juiz-credor-devedor) no *quantum* alcançado pela astreinte *vencida* (já consolidada) do caso concreto, mediante análise da observância dos princípios da boa-fé (art. 5.º), cooperação ou colaboração - (art. 6.º) e o da mitigação de prejuízo pelo credor (*duty to mitigate the loss*) para consecução da finalidade do processo, através da entrega da tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva (art. 4.º).

Coincidência ou não, em julgamento pioneiro realizado em novembro de 2016 (mesmo mês em que foi lançada a obra supracitada), o Superior Tribunal de Justiça, através do AgInt, no AgRg, no AResp 738682/RJ, cujo acórdão somente fora disponibilizado em 14/12/2016, por intermédio de sua 4.ª Turma, buscou debater alguns parâmetros para *modulação* do *quantum* alcançado pela multa, para fins de possibilitar, a partir da análise do caso concreto envolvendo a astreinte, uma fundamentação analítica nos moldes do § 1.º, do art. 489, do CPC/2015.

O papel da doutrina é o de dialogar com a jurisprudência das Cortes Supremas na tentativa de suprir eventuais omissões legislativas ou interpretações controvertidas.

Por meio do presente artigo, portanto, propomos uma reflexão acerca do *momento processual adequado* para modulação do valor, além dos critérios sugeridos pela doutrina, em relação aos parâmetros recentemente debatidos pelo STJ, porquanto não há mais espaço para apenas decidir sem apontar objetiva e

qualitativamente a *ratio decidendi*, a fim de *manter* ou *reduzir* o crédito total alcançado pela multa, harmonizando-se às bases ideológicas (no sentido de garantia da segurança jurídica, mediante a manutenção da jurisprudência estável, íntegra e coerente) do Novo Código, ao espírito do instituto da astreinte e visando garantir o moderno processo de resultados.

1. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO ANALÍTICA E QUALIFICADA DISPOSTO NO § 1º, DO ART. 489, DO CPC/2015, E A NECESSIDADE DA RESPOSTA MOTIVADA AO CASO CONCRETO

Um dos assuntos mais debatidos pela doutrina brasileira, após a vigência do Novo Código de Processo Civil, diz respeito à inserção do direito constitucional à fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, até então, ilustrado no inciso IX, do art. 93, da CF/88, de forma expressa no § 1.º, do art. 489, do CPC/2015, substituindo-se o livre convencimento[2] pelo dever de fundamentação analítica e qualificada.

Ao analisar o dever comportamental do juiz[3], em relação à motivação da decisão mediante a construção dos fatos[4], o jurista italiano Michele Taruffo con-

2 Hermes Zaneti Júnior e Carlos Frederico Bastos Pereira demonstram que "o Código de Processo Civil não mais transige com interpretações arbitrárias, solipsistas e descontextualizadas da ordem jurídica, compromete-se, ao contrário, com a solução realista-moderada e responsável da interpretação, como revelam os dispositivos que dão conta da eliminação do "livre" convencimento judicial (art. 371), da fundamentação adequada (art. 489, § 1.º), da justificação interna e externa, fática e jurídica, com exigências para utilização da ponderação como método de solução da colisão entre normas (art. 489, § 2.º) e dos deveres de estabilidade, coerência e integridade (art. 926, *caput*). ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 21-53, set. 2016.

3 Ao analisar o magistrado como protagonista do processo judicial, o saudoso professor Calmon de Passos, sabiamente, adverte que: "Decidir sem fundamentar é incidir no mais grave crime que se pode consumar num Estado de Direito Democrático. Se a fundamentação é que permite acompanhar e controlar a fidelidade do julgador tanto à prova dos autos como às expectativas colocadas no sistema jurídico, sua ausência equivale à prática de um ilícito e sua insuficiência ou inadequação causa de invalidade". PASSOS, Joaquim José Calmon de. O magistrado como protagonista do processo judicial? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, Fórum, v. 24, p. 14, jan./mar. 2009. Em síntese, valendo-se da lição de Miguel Reale: "A decisão como momento culminante de um processo valorativo de dados factuais e doutrinários em confronto. Sem motivação não há devido processo legal". REALE, Miguel. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 153.

4 É importante recordarmos o Enunciado 515 do FPPC - Fórum Permanente de Processualistas Civis, que determina que: "Aplica-se o disposto no art. 489, § 1º, também em relação às questões fáticas da demanda", e o Enunciado 516, ao dispor que: "Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada". FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf> Acesso em: 18 jan. 2017.

clui que: "A motivação deve indicar as razões pelas quais o juiz entendeu que os fatos resultaram provados segundo critérios objetivos e racionalmente verificáveis; portanto, as razões com base nas quais se justifica sua decisão, fazendo referência às provas [...][5]". Tal ensinamento aplica-se no dever de fundamentação analítico e qualificado de toda e qualquer ação judicial.

Sobre a novidade ilustrada no § 1.º, do art. 489, do CPC/2015, José Miguel Garcia Medina espera que "no momento da prolação da decisão sobre a causa, se chegue ao fim de um ciclo: o necessário *diálogo* que deve ter havido ao longo do processo só será considerado íntegro se sua conclusão manifestar-se através de uma resposta jurisdicional fundamentada".[6] Para configuração do *diálogo* no processo, é fundamental que tanto o demandante como o juiz e o demandado falem a propósito das questões suscitadas em juízo. Do contrário, há monólogo no lugar do diálogo, com claro prejuízo à feição democrática do processo[7], adverte Daniel Mitidiero. Somente por intermédio de uma fundamentação adequada, o juiz conseguirá evidenciar ter empreendido todos os esforços para atingir a melhor solução do caso levado à sua apreciação[8].

O dever de fundamentação das decisões judiciais constitui legítimo direito fundamental do cidadão, previsto expressamente no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, ou seja, garantiu-se ao jurisdicionado, desde sua vigência em 1988, não apenas o direito a ter seu litígio solucionado, mas especialmente o direito a uma decisão fundamentada. Para tanto, faz-se necessário fundamentar de forma qualificada para, então, decidir, não sendo mais possível simplesmente decidir sem apresentar a construção do raciocínio (através de critérios lógicos[9] e objetivos) utilizado para apresentar tal resultado (conclusão da decisão judicial). Não há mais espaço para decisões superficiais, descontextualizadas e despreocupadas em demonstrar por que e com base em quais critérios fora *fixada*, bem como de que forma restou *mantido* ou fora *reduzido* o *quantum* alcançado pela multa judicial (astreinte).

---

5 TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 273.

6 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 772.

7 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 147.

8 LUNELLI, Guilherme. **Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 66.

9 Sobre a natureza da motivação, Botelho de Mesquita destaca que "é a de um juízo *lógico* que reproduz uma sentença e uma conclusão formada na mente do juiz sobre o material da causa", sendo sua função a de "dar vida às condições necessárias à resolução da lide ou, mais especificamente, à prolação do comando". MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 22, p. 45-46.

São cada vez maiores os números de mecanismos[10] criados pelo legislador, na busca pela tão almejada garantia da celeridade e efetividade do processo[11], mediante aplicação de ferramentas de aceleração de solução de litígios, prejudicando o dever constitucional e, agora, processual do jurisdicionado, em obter uma fundamentação minuciosa e qualificada de seu processo. Estamos diante da *crise do caso concreto*[12].

Aliás, mesmo após a vigência do CPC/2015, verifica-se, tanto nas cortes estaduais e federais como nas Cortes Supremas[13], extrema resistência em atender o disposto no § 1.º, do art. 489[14], do CPC/2015. Não se reputa fundamentada, a teor do que dispõe o inc. IV, do § 1.º, do art. 489, a decisão que

10 Na vigência do CPC/73: Lei n.º 9.756/1998, que aumentou os poderes monocráticos do relator; Lei n.º 11.276/2006, que criou a súmula impeditiva de recursos; Lei n.º 11.277/2006, com a inserção do julgamento liminar da ação; e a Lei n.º 11.672/2008, estabelecendo o procedimento para julgamento de recursos repetitivos, no âmbito do STJ. Se analisarmos a Constituição Federal, identifica-se a criação da súmula vinculante e da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário EC 45/2004.

11 Rodolfo de Camargo Mancuso denomina o fenômeno da *estandardização* do direito, de forma a se aceitar que pretensões individuais deixassem de ser propriamente julgadas e apreciadas, sendo somente submetidas, de forma mecânica e acrítica, a uma tese jurídica retirada do processo paradigma. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 183.

12 O eterno mestre Ovídio Baptista da Silva, já há muito tempo, criticava as "usuais fundamentações de sentença elaboradas a partir da referência à doutrina e a textos legais. Por esta via, jamais se terão em conta as "circunstâncias" do caso concreto. De resto, não devemos confundir fundamentação das sentenças com a maneira como o juiz costuma explicar os motivos de seu convencimento". BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, jan./dez. 2006, p. 337-338.

13 Em sentido contrário à maioria dos julgados, a Ministra Nancy Andrigui, da 3.ª Turma do STJ, através do REsp n.º 1622386/MT, de forma lúcida e no sentido literal do dispositivo em comento, referiu que: "*Cinge-se a controvérsia a decidir sobre a invalidade do julgamento proferido, por ausência de fundamentação, a caracterizar violação do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015. Conquanto o julgador não esteja obrigado a rebater, com minúcias, cada um dos argumentos deduzidos pelas partes, o novo Código de Processo Civil, exaltando os princípios da cooperação e do contraditório, lhe impõe o dever, dentre outros, de enfrentar todas as questões pertinentes e relevantes, capazes de, por si sós e em tese, infirmar a sua conclusão sobre os pedidos formulados, sob pena de se reputar não fundamentada a decisão proferida. Na hipótese, mostra-se deficiente a fundamentação do acórdão, no qual é confirmado o indeferimento da gratuidade de justiça, sem a apreciação das questões suscitadas no recurso, as quais indicam que a recorrente – diferentemente dos recorridos, que foram agraciados com o benefício – não possui recursos suficientes para arcar com as despesas do processo e honorários advocatícios. É vedado ao relator limitar-se a reproduzir a decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. Recurso especial conhecido e provido".*

14 Sobre o art. 489, § 1.º, inciso IV, do CPC/2015, Guilherme Rizzo Amaral pondera que "o dispositivo faz referência ao dever de apreciar *argumentos* das partes. Isto significa dizer que tanto os *fundamentos* do pedido e da defesa, quanto os *argumentos* em torno destes, deverão ser necessariamente analisados sempre que, em tese, puderem infirmar a conclusão do julgado. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 593.

deixa de enfrentar *todos os argumentos* postos que - em tese, mas de modo objetivo - poderiam ser *capazes de infirmar, derrubar, a conclusão atingida* pelo juiz[15], advertem Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini.

Calmon de Passos, com a sabedoria que lhe era peculiar, há muito tempo, já diagnosticou a problemática do dever de fundamentação, em relação à tão almejada celeridade e efetividade processual, ao referir que: "A ênfase deve ser finalística e buscar sua justificativa na *qualidade* do produto final alcançado. Descartou-se a qualidade e deu-se absoluta primazia ao resultado em si mesmo, qual o de diminuir o número de processos empilhados em cartórios e em gabinetes[16]".

Em suas reflexões sobre o art. 489 do CPC/2015, Lenio Luiz Streck comenta que "a *ratio decidendi* configura o enunciado jurídico, a partir do qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é regra jurídica utilizada pelo Poder Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão facto-jurídica (caso concreto)[17]".

A *ratio decidendi* não se confunde com o relatório, fundamentação ou dispositivo da decisão. Será elaborada tomando em conta todos esses elementos, mas será sempre *algo a mais* do que todos eles[18], adverte Luiz Guilherme Marinoni. Este algo a mais, referido por Marinoni, parece-nos ser os critérios objetivos para uma fundamentação qualificada do caso concreto. Ao conceituar *ratio decidendi*, José Miguel Garcia Medina entende "corresponder aos argumentos principais, sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis[19]". Tal ponto vai ao encontro da necessidade do Poder Judiciário fundamentar toda e qualquer decisão que, num primeiro momento, *fixa* e, posteriormente, analisa alguns critérios objetivos imprescindíveis, para fins de modulação (mantendo ou reduzindo) do *quantum* alcançado pela multa judicial (astreinte).

A completude da decisão tem de ser aferida em função da atividade das partes e das alegações produzidas por essas, com o fito de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas[20]. Como visto, há necessidade de se fundamen-

15 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 434.

16 PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Ensaios e artigos**. Salvador: Juspodivm, 2014.

17 STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 686-687.

18 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 222.

19 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 776.

20 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.255.

tar[21] toda e qualquer decisão judicial, mediante a análise de todos os argumentos suscitados pelas partes, que ilustrem as razões de fato e de direito hábeis a justificar a manutenção ou redução do *quantum* alcançado pela multa, garantindo-se a força normativa do art. 489, irradiado pelo inciso IX, do art. 93 à CF/88, sistematizados com os artigos 8.º (princípios da proporcionalidade e razoabilidade) e 537 do CPC/2015, sendo tais critérios (na visão da jurisprudência e da doutrina) objeto de exploração a seguir.

2. O DEBATE TRAVADO PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE OS PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO DAS ASTREINTES – UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELA 4.ª TURMA DO STJ, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO AGINT, NO AGRG, NO AGRAVO EM RESP N.º 738.682-RJ, EM 17/11/2016

Como visto, na vigência do § 6.º, do art. 461, do CPC/73, toda decisão envolvendo a multa judicial (astreinte) possuía eficácia *ex tunc* (retroativa), sendo possível alterar seu valor ou periodicidade, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Tal entendimento restou modificado em absoluto com a vigência do § 1.º, do art. 537, do CPC/2015, que outorgou, exclusivamente, eficácia *ex nunc* (não retroativa) a tais decisões. Em tese, a multa consolidada seria imutável, contudo, de forma uníssona, a jurisprudência mantém o entendimento de que o *quantum* alcançado pode ser modificado.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não possuíam previsão expressa em nosso ordenamento jurídico até a chegada do art. 8.º do CPC/2015, sendo fruto de construção doutrinária[22] e jurisprudencial.

Uma das grandes preocupações da comunidade jurídica diz respeito à insegurança jurídica, ocasionando o fato de pessoas em situações idênticas sofrerem os efeitos de decisões completamente diferentes[23].

Via de regra, nos cumprimentos de sentença de execução da multa judicial (astreinte), identifica-se que cada caso concreto possui caraterísticas fáticas próprias, em relação ao comportamento das partes. Diante de tal peculiaridade,

21 O papel do Poder Judiciário é o de identificar a observância de determinados critérios (objetivos) para, então, apresentar sua conclusão sobre o caso concreto.

22 Enquanto o princípio da razoabilidade é produto da jurisprudência norte-americana, acerca do aspecto substancial do *dueprocess*, o princípio da proporcionalidade é fruto das decisões das cortes constitucionais alemãs, destaca Eduardo Talamini. TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461, CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 391.

23 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Repercussão geral e súmula vinculante – relevantes novidades trazidas pela EC 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 381.

todas as alegações acerca da (in)observância dos critérios objetivos, para fins de *manter* ou *reduzir* o valor consolidado pela multa, aduzidas no caso concreto tanto pelo credor quanto pelo devedor da multa judicial, deverão ser analisadas de forma expressa na construção da fundamentação. Não basta simplesmente *reduzir* o *quantum* com base em um suposto *enriquecimento sem causa* ou *ilícito*, sem apontar os critérios que levaram a infirmar tal conclusão. Do mesmo modo, se a opção for por *manter* o valor consolidado, primando pela efetividade e respeito ao preceito judicial pretérito, resguardando a essência do instituto da astreinte, também deverão ser analisados os critérios objetivos do caso concreto, suscitados pelas partes e que culminaram por tal conclusão.

Em sessão realizada em 17/11/2016, cujo acórdão fora disponibilizado em 14/12/2016, através de julgamento do AgInt, no AgRg, no Agravo em REsp n.º 738.682-RJ[24] pela 4.ª Turma do STJ, verificou-se, pela primeira

24 RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZATÓRIA. ORDEM JUDICIAL DETERMINANDO QUE A RÉ RETIRE GRAVAMES DE VEÍCULO NO DETRAN, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. PARÂMETROS DE FIXAÇÃO. 1. É verdade que, para a consecução da "tutela específica", entendida essa como a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação, poderá o juiz determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, §§ 4.º e 5.º do CPC/1973, dentre as quais se destacam as denominadas astreintes, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta. 2. No tocante especificamente ao balizamento de seus valores, são dois os principais vetores de ponderação: a) efetividade da tutela prestada, para cuja realização as astreintes devem ser suficientemente persuasivas; e b) vedação ao enriquecimento sem causa do beneficiário, porquanto a multa não é, em si, um bem jurídico perseguido em juízo. 3. O arbitramento da multa coercitiva e a definição de sua exigibilidade, bem como eventuais alterações do seu valor e/ou periodicidade, exige do magistrado, sempre dependendo das circunstâncias do caso concreto, ter como norte alguns parâmetros: i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); iii) capacidade econômica e de resistência do devedor; iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate de los*s). 4. É dever do magistrado utilizar o meio menos gravoso e mais eficiente para se alcançar a tutela almejada, notadamente, verificando medidas de apoio que tragam menor onerosidade aos litigantes. Após a imposição da multa (ou sua majoração), constatando-se que o apenamento não logrou êxito em compelir o devedor para realização da prestação devida ou, ainda, sabendo que se tornou jurídica ou materialmente inviável a conduta, deverá suspender a exigibilidade da medida e buscar outros meios para alcançar o resultado específico equivalente. 5. No tocante ao credor, em razão da boa-fé objetiva (NCPC, arts. 5.° e 6.°) e do corolário da vedação ao abuso do direito, deve ele tentar mitigar a sua própria perda, não podendo se manter simplesmente inerte em razão do descaso do devedor, tendo dever de cooperação com o juízo e com a outra parte, seja indicando outros meios de adimplemento, seja não dificultando a prestação do devedor, impedindo o crescimento exorbitante da multa, sob pena de perder sua posição de vantagem em decorrência da supressio. Nesse sentido, Enunciado n.º 169 das Jornadas de Direito Civil do CJF. 6. Na hipótese, o importe de R$408.335,96 a título de astreintes, foge muito da razoabilidade, tendo em conta o valor da obrigação principal (aproximadamente, R$110.000,00). Levando-se em consideração, ainda, a recalcitrância do devedor e, por outro lado, a possibilidade de o credor ter mitigado o seu prejuízo, assim como poderia o próprio juízo ter adotado outros meios suficientes para o cumprimento da obrigação, é razoável a redução da multa coercitiva para o montante final de R$100.000,00 (cem mil reais). 7. Recurso especial parcialmente provido. (AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 14/12/2016).

vez[25], a tentativa do STJ em definir alguns critérios objetivos para *modulação* do valor total alcançado pela multa, dessa forma, evitando-se a dispersão da jurisprudência, em relação aos parâmetros adotados para fins de *manter* ou *reduzir* o *quantum* alcançado. Na visão do extenso acórdão do STJ, ponderou-se alguns critérios que analisaremos a seguir.

Nos termos do voto (ratificado após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão) da Ministra Maria Isabel Gallotti[26], a qual manteve, na íntegra, seu voto monocrático, o valor consolidado pela multa deve ser *razoável* e *proporcional*, guardando correspondência com a obrigação principal. Após o voto, pediu vista o Ministro Luis Felipe Salomão, inaugurando a divergência e opinando pelo parcial provimento do agravo interno, no sentido de *modular* o valor da multa para R$ 100.000,00 (cem mil reais), tendo sido acompanhado pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira. Considerando a divergência instaurada, o Ministro Raul Araújo também requereu vista dos autos para melhor análise.

Em prosseguimento ao julgamento, manifestou-se o Ministro Raul Araújo[27], no sentido de demonstrar sua preocupação quanto à fixação de limites para

25 Em síntese, a controvérsia do caso concreto julgado pela Corte Superior versa sobre execução de multa judicial (astreinte), objeto do agravo interno interposto da decisão da Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, que havia conhecido do agravo de instrumento para dar provimento ao recurso especial, reduzindo o valor da multa de R$ 408.335,96 (Quatrocentos e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos) para R$33.000,00 (trinta e três mil reais), valor representativo da condenação em danos materiais e morais fixado pelo juízo *a quo*.

26 E, buscou esclarecer a Ministra que: "*Quanto adoto o valor do bem material como parâmetro, não o faço por entender que seja um teto, mas a falta de outro parâmetro adequado, a depender das circunstâncias do caso concreto. Observo que há hipóteses em que sequer é possível a adoção do valor do bem da vida perseguido como parâmetro, pois não tem ele valor econômico mensurável. Como exemplo, cito o pedido de tratamento médico em caso de risco de vida. A razoabilidade da multa deve ser aferida de acordo com as peculiaridades de cada caso, conforme o panorama de fato traçado pelas instâncias ordinárias, podendo ser levado em conta o valor material do bem em causa".*

27 Ressaltou o Ministro que: "*Não raramente, em tais hipóteses, o credor da multa diária perde o interesse pelo bem da vida buscado na ação, pois passa a visar o acúmulo da sanção pecuniária. Permanece inerte, por longo tempo, sem nada reclamar quanto ao descumprimento, esperando o valor crescer, acumular, para só então vir pleitear o montante que se tornou excessivo, apto a proporcionar enriquecimento fácil e injusto".* Na opinião do Ministro, "a *multa, o único meio de que dispõe o Poder Judiciário para garantir o cumprimento de suas decisões, conforme se observa na leitura do § 5.º, do art. 461, do CPC/1973 e, agora, do art. 537, § 1º, do CPC/2015 (acima transcritos), cabendo ao juiz, ao aplicar o direito, adotar o meio mais eficiente, ou seja, mais eficaz e menos gravoso, à consecução da tutela pretendida. Isso nem sempre é observado".* E acrescentou que a solução dada para o caso concreto poderia ter partido do próprio Poder Judiciário, ao referir que "*é forçoso reconhecer que, no caso, o meio mais efetivo para a consecução desse desiderato era a expedição, pelo próprio Juízo, de ofício ou mandado ao Departamento de Trânsito competente, determinando a providência. Aliás, essa providência, simples, rápida e eficaz, seria também, à luz dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, a mais adequada à efetividade do processo, visto que, a um só tempo, satisfaria a justa pretensão da parte autora, sem a necessidade de impor, à parte obrigada, ônus econômico adicional, além daqueles decorrentes da própria condenação".* Então, finaliza seu voto criticando o comportamento omissivo da entidade financeira, ao descumprir a decisão judicial ao mesmo tempo que também criticou a omissão do credor, que somente postulou a expedição de ofício ao DETRAN/RJ, após o trânsito em julgado da sentença e acompanhando a Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, que havia reduzido o valor da multa para R$ 33.000,00 (trinta e três mil reais).

revisão da multa cominatória, imposta pelas instâncias ordinárias, "*limites esses que a própria lei processual não cuidou de colocar*".

Sobreveio o voto-vencedor do Ministro Luis Felipe Salomão, o qual, inclusive, foi o responsável por lavrar o acórdão, tendo sabiamente destacado os dois principais vetores de ponderação, quando se trata de execução de multa judicial (astreinte): *efetividade da tutela prestada* e *vedação ao enriquecimento sem causa* do beneficiário. Abordou que, tanto no momento de *arbitramento* (fixação) quanto no momento de sua *exigibilidade* (consolidação), deverá o magistrado sopesar diversos critérios para eventual alteração do valor ou periodicidade da multa. Sobre a notória (e perigosa) pulverização[28] da jurisprudência, em relação aos critérios para limitação da multa diária (astreinte), destacou a divergência de entendimentos entre a 3.ª e 4.ª Turmas, ao comentar que: "*A Terceira Turma, em período mais recente, vem entendendo que a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade do valor das astreintes deve ser deslocada para o momento de sua fixação, em relação ao da obrigação principal, e, caso não se verifique nenhum caráter abusivo, tem-se como irrelevante o valor total da dívida (se ultrapassou ou não o valor da obrigação principal), sob pena de se prestigiar a recalcitrância do devedor. A Quarta Turma, por sua vez, vem adotando o entendimento de que o parâmetro de razoabilidade e proporcionalidade do valor da multa diária deve ser correspondente ao valor da obrigação principal, notadamente, porque o principal objetivo da medida é o cumprimento do decisum e não o enriquecimento da parte. Nessa linha, em obséquio ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, costuma reduzir o valor das astreintes a patamares mais módicos do que os geralmente praticados no âmbito da Terceira Turma, à vista da predileção desta última à exacerbação da multa cominatória*".

Ao prosseguir, o Ministro propôs procedermos com novas reflexões, para que se possam obter parâmetros mínimos para *fixação* do valor, sugerindo, dependendo das circunstâncias do caso concreto, alguns critérios: "*i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado*[29]*; ii) tempo para cumprimento (prazo ra-*

28 Como observa Pedro Miranda de Oliveira: "O direito da parte não pode ficar a mercê do acaso: se o processo foi distribuído para esta ou aquela vara, para uma ou outra turma do tribunal, ou pior, para determinada turma dos Tribunais Superiores (cuja função, nunca custa lembrar, é pacificar a interpretação das normas legais). Com efeito, pode haver dificuldade para se conceituar *direito*. Mas o fenômeno da *sorte na distribuição*, definitivamente, bem expressa que isto *direito* não é. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 680.

29 O legislador, na previsão expressa no § 4.°, do art. 461, do CPC/73 e 537, caput, do CPC/2015, realçou que o juiz, ao aplicar multa, deve se atentar para que seja **suficiente e compatível com a obrigação** [...]. No entanto, ressalte-se, não significa que deva o arbitramento da multa ser necessariamente coincidente com o valor da obrigação ou ter essa como limite econômico do dever tutelado, sendo apenas um ponto de equilíbrio para regular a efetividade da tutela e a não oneração do devedor além da medida necessária, devendo adequar os meios empregados aos fins adotados [...].

zoável e periodicidade[30]); iii) capacidade econômica e capacidade de resistência do devedor[31]; iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate de loss)[32]". Na busca por uma harmonização dos critérios para o equilíbrio da jurisprudência da Corte Suprema de Justiça em torno do assunto, conclui[33] o Ministro Luis Felipe Salomão

30 Deveras, em relação ao tempo, o juízo deverá levar em conta prazo razoável para o cumprimento da obrigação, dependendo da natureza e da urgência da tutela pretendida, o que acaba refletindo na ponderação do valor. Com efeito, o prazo de incidência não necessita ser apenas diário, podendo ser definido em minuto, hora, semana, quinzena, mês ou, até mesmo, de forma fixa (notadamente, para as violações de natureza instantânea).

31 A capacidade econômica e de resistência do devedor também são importantes critérios, para fins de delimitar o efeito intimidatório da multa, possibilitando que seja apta a agir no ânimo do obrigado e influenciá-lo a fazer ou a não fazer determinado comportamento [...]. Nesse passo, merece destaque o comportamento do devedor e o custo/benefício. De fato, deve-se ter em conta, ainda, as vantagens e o benefício econômico que o devedor poderá ter com a inobservância do preceito judicial.

32 Na ponderação do valor da multa, deve-se ter em conta, ainda, o comportamento do magistrado e do credor, em decorrência do princípio da boa-fé processual. É que o magistrado, no tocante à multa, em razão do princípio da cooperação (NCPC, art. 6.°), tem o dever, assim como as partes, de buscar a solução do processo de forma efetiva, justa e em tempo razoável. Assim, é dever do juiz utilizar o meio menos gravoso e mais eficiente para se alcançar a tutela almejada, notadamente, verificando alguma medida de apoio que não traga tantos prejuízos para as partes. Deveras, o magistrado, depois de impor a multa (ou até de majorá-la), constatando que o referido apenamento não logrou êxito em compelir o devedor para realização da prestação devida ou, ainda, sabendo que se tornou jurídica ou materialmente inviável a conduta, deverá suspender a exigibilidade da medida e buscar outros meios para alcançar o resultado específico equivalente [...]. No tocante ao credor, em razão da boa-fé objetiva (NCPC, arts. 5.° e 6.°) e do corolário da vedação ao abuso do direito, deve ele também tentar mitigar sua própria perda, não podendo se manter simplesmente inerte em razão do descaso do devedor, tendo dever de cooperação com o juízo e com a outra parte, seja indicando outros meios de adimplemento, seja não dificultando a prestação do devedor, impedindo o crescimento exorbitante da multa, sob pena de perder sua posição de vantagem em decorrência da supressio.

33 As razões de fato consideradas pelo Ministro e referidas no voto-vencedor indicam que: "[...] diante da moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, somada aos critérios objetivos acima especificados, tenho que a multa coercitiva tinha como intento principal determinar que o devedor retirasse o gravame existente sobre o veículo da autora e se abstivesse de realizar a sua busca e apreensão, permitindo, assim, que a real proprietária efetivasse a almejada alienação do bem, obstando, ao mesmo tempo, que a financeira realizasse a remoção judicial do automóvel. Nesse passo, penso que a obrigação principal era, em verdade, a liberação incondicional do veículo, permitindo sua transferência e, por conseguinte, é o valor do automóvel, à época R$ 110.000,00, que deve ser considerado como o valor da obrigação principal, até por ser esse, no fim e ao cabo, o real bem jurídico perseguido pela tutela cominatória (obrigação de liberar o veículo inteiramente pago), tendo a agravante ficado impossibilitada, durante 407 dias, de usufruir livremente de sua propriedade .[...] verifica-se, ainda, que o valor inicial das *astreintes* em R$ 1.000,00 (mil reais) por dia foi condizente e razoável com a obrigação inicial, considerando-se a capacidade econômica e de resistência do devedor, sendo que, mesmo assim, não foi apta a impingir na devedora o cumprimento de seu dever imposto, levando a crer que a opção pelo descumprimento lhe foi mais vantajosa. Por fim, verifica-se que, na espécie, o credor poderia ter requerido ou o juízo determinado, inicialmente, ou, ao menos, em momento bem anterior, que fosse oficiado diretamente ao Detran para que se alcançasse a pretensão almejada, demonstrando a desnecessidade da multa coercitiva. A credora só veio a pleitear essa medida 407 dias após, no momento em que peticionou cobrando o saldo remanescente (fl. 261, apenso). Assim, levando-se em conta os referidos parâmetros e tentando conciliar o entendimento das Turmas da Segunda Seção do STJ, penso que o valor de R$ 408.335,96 foge muito da razoabilidade, tendo em conta o valor da obrigação principal, aproximadamente R$ 110.000,00. Levando-se em consideração, ainda, a recalcitrância do devedor e, por outro lado, a possibilidade de o credor ter mitigado o prejuízo, assim como poderia o próprio juízo ter adotado outros meios suficientes para o cumprimento da obrigação, penso seja

que: "*Ante o exposto, pedindo à máxima vênia à douta Ministra Relatora, dou parcial provimento ao agravo interno para estabelecer o valor de R$100.000,00 (cem mil reais), a título de multa coercitiva, corrigidos monetariamente desde 19 de abril de 2013*"[34].

O julgamento emblemático acima referido já começa a influenciar alguns dos julgados do STJ. Se observarmos o AgInt no REsp 1478193[35], de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, verifica-se que a multa consolidada em R$ 68.655,22 (Sessenta e oito mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e vinte e dois centavos) foi reduzida para ínfimos R$ 5.000,00 (Cinco mil reais), o que, *s.m.j* sequer obedece os parâmetros traçados no AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ. Neste julgado, fundamentou o Ministro Relator "que ficou assentado que é dever do magistrado utilizar o meio menos gravoso e mais eficiente para se alcançar a tutela almejada, notadamente, verificando alguma medida de apoio que não traga tantos prejuízos para as partes. Em relação ao credor, em razão da boa-fé objetiva (NCPC, arts. 5° e 6°) e do corolário da vedação ao abuso do direito, deve ele também tentar mitigar sua própria perda, não podendo se manter simplesmente inerte em razão do descaso do devedor, tendo dever de cooperação com o juízo e com a

razoável reduzir a condenação da multa coercitiva para o montante de R$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos monetariamente desde a data da intimação para o cumprimento da obrigação (15/04/2013) e escoado o prazo para tanto (72 horas - 19/04/2013)".

34 Resultado final - Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo negando provimento ao agravo interno, acompanhando a relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi, no sentido da divergência, por maioria, a Quarta Turma deu parcial provimento ao agravo interno. Vencidos, em parte, a relatora e o Ministro Raul Araújo. Lavrará o acórdão o Ministro Luis Felipe Salomão. Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

35 AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ORDEM DE RETIRADA DO NOME DO DEVEDOR DE CADASTRO DE INADIMPLENTE.

1. O arbitramento da multa coercitiva e a definição de sua exigibilidade, bem como eventuais alterações do seu valor e/ou periodicidade, exige do magistrado, sempre dependendo das circunstâncias do caso concreto, ter como norte alguns parâmetros: i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); iii) capacidade econômica e de resistência do devedor; iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate de loss) (AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 14/12/2016).
2. No caso concreto, observa-se que o credor poderia ter requerido ou o juízo determinado, inicialmente, ou, ao menos, em momento bem anterior, que fosse oficiado diretamente ao órgão de proteção ao crédito para que se alcançasse a pretensão almejada, demonstrando a desnecessidade da multa coercitiva.
3. Assim, levando-se em consideração a recalcitrância do devedor e, por outro lado, a possibilidade de o credor ter mitigado o prejuízo, assim como poderia o próprio juízo ter adotado outros meios suficientes para o cumprimento da obrigação, a fixação das astreintes em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) atende aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.
4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1478193/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 01/03/2017)

outra parte, seja indicando outros meios de adimplemento, seja não dificultando a prestação do devedor, impedindo o crescimento exorbitante da multa, sob pena de perder sua posição de vantagem em decorrência da *supressio*. (...) Por sua vez, observa-se que o credor poderia ter requerido ou o juízo determinado, inicialmente, ou, ao menos, em momento bem anterior, que fosse oficiado diretamente ao órgão de proteção ao crédito para que se alcançasse a pretensão almejada, demonstrando a desnecessidade da multa coercitiva".

Ora, o credor não tem culpa se o magistrado não adotou outras medidas para cumprimento do preceito, critério que deverá ser descartado da análise dos demais casos concretos envolvendo a execução da astreinte, eis que somente traz prejuízo ao credor. Os parâmetros que devem ser considerados são os princípios comportamentais traçados pelo CPC/2015 dever de boa-fé (*duty to mitigate the loss*) e cooperação, tanto do credor, mas, especialmente do devedor da obrigação, eis que, ao desobedecer uma ordem judicial, atinge não só o credor da obrigação, mas especialmente a força e respeito dos jurisdicionados pelo Poder Judiciário.

Pela análise dos fundamentos ilustrados pelo julgado do STJ, acima observados, evidencia-se o início de um movimento, no sentido de debater seriamente a possibilidade de fixação de critérios objetivos, para uma fundamentação qualificada ao caso concreto do jurisdicionado, envolvendo a execução da multa judicial (astreinte).

3. A IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO RETROATIVA DO VALOR E PERIODICIDADE DA MULTA JÁ FIXADA (VENCIDA) - UMA LEITURA SISTEMATIZADA DO § 1.º, DO ART. 537, DO CPC/2015

Ao lavrar o voto-vencedor, o Ministro Luis Felipe Salomão ponderou que: "*Com efeito, penso que o melhor caminho, tal como se encontra a questão na lei de regência, deve levar em conta, a um só tempo, o momento em que a multa é aplicada pelo magistrado e também aquele em que esta se converte em crédito apto a ser exigido. É que, diante da feição coercitiva da multa em questão, para sua aplicação, o magistrado é movido por desígnios de ordem dissuasória e intimidatória, no intuito de que as astreintes se mostrem capazes de compelir o devedor a cumprir a decisão que lhe é imposta, ciente este de que a incidência periódica da multa lhe causará dano maior. O propósito final é, portanto, o de que a multa nem incida concretamente".*

Conforme trecho do voto-vencedor do Ministro da 4.ª Turma do STJ, Luis Felipe Salomão, junto ao AgInt, no AgRg, no Agravo em REsp n.º 738.682-RJ acima reproduzido, verifica-se que, na visão do Ministro, é possível analisar a multa judicial (astreinte), considerando-se tanto o momento de sua *aplicação* (fixação)

quanto o momento em que o crédito está sendo executado (*quantum* consolidado), contudo, ousamos discordar[36] de tal critério.

Vejamos: tal hipótese era possível na vigência do CPC/73, fulcro no § 6.º do art. 273, sendo pacífica na doutrina e jurisprudência[37] a possibilidade do juiz modificar o valor ou a periodicidade da multa de forma retroativa, caso seja identificado ter se tornado insuficiente ou excessiva a qualquer tempo, inclusive, de ofício. Isto porque "o legislador nada disse acerca do problema crucial relacionado aos limites das astreintes[38]", recorda Paulo Henrique dos Santos Lucon.

Com a vigência do CPC/2015, este entendimento restou alterado[39]. O § 1.º, do art. 537, do CPC/2015 é claro, ao dispor que: "O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar *o valor ou a periodicidade* da multa *vincenda*[40] ou excluí-la [...]", ou seja, o Poder Judiciário está impedido, sob pena de contrariar a letra da lei, após ter sido executado o crédito alcançado pela multa, de retroagir ao momento em que a mesma restou *fixada* para alterar seu valor e/ou sua periodicidade[41]. O próprio STJ possui inúmeros julgados (na sua grande maioria,

36 Não é outro o entendimento do professor Guilherme Rizzo Amaral, ao referir que: "A modificação do valor unitário ou da periodicidade da multa não pode se dar retroativamente. Assim, a insuficiência ou excesso do valor unitário da multa vincenda somente pode ser revisado *para o futuro"*. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 661. Em sentido idêntico, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart lecionam que: "A redução, porém, não pode ter efeitos retroativos, atingindo valores que já incidem; só se reduzem objetivamente as multas vincendas. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 583-584.

37 STJ, 4.ª T, REsp n.º 691.785/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 20/10/2010; STJ, 3.ª T., REsp n.º 1.085.633/PR, Rel. Min. Massami Uyeda. DJe de 17/12/2010

38 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Juizados especiais cíveis**: aspectos polêmicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 188.

39 Ao analisar o art. 537 do CPC/2015, o professor Eduardo Talamini destaca que: "O CPC/2015 pretende, definitivamente, eliminar qualquer discussão quanto à possibilidade de redução da multa, ao estabelecer, de modo expresso, que a revisão se aplica apenas à multa *vincenda*. TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. **Revista Brasileira da Advocacia**, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 17-43, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99293>. Acesso em: 22 jan. 2017.

40 Ainda, na vigência do CPC revogado, Alexandre Freitas Câmara já defendia a impossibilidade de revisão da multa *vencida*, ao lecionar que "a diminuição do valor da multa só pode se dar *ex nunc*. Jamais se pode admitir que o juiz perdoasse o devedor da obrigação de pagar uma multa que, legitimamente, venceu. E há um argumento em favor da tese aqui sustentada que, a meu ver, é irrespondível. É que a redução *ex nunc* do valor da multa implica violação a direito adquirido. CÂMARA, Alexandre Freitas. Redução do valor da astreinte e efetividade do processo. In: ASSIS, A. et al. (Coords.). **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1.565.

41 Vejamos um exemplo: em determinado processo, a multa diária havia sido, originalmente, fixada em R$1.000,00 (mil reais), para incidir pelo período de até 60 (sessenta dias) e, após o ajuizamento da execução, o magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, reduz *o valor* e/ou a *periodicidade* da multa já consolidada, por exemplo, para R$200,00 (duzentos reais) com limite de incidência de 30 (trinta) dias. Desde a vigência do CPC/2015, restou *vedado* ao Poder Judiciário *retroagir* (para alterar o valor ou a periodicidade) ao momento em que, fixados pelo magistrado o valor, a periodicidade e o tempo razoável para cumprimento da medida, cabendo, contudo, após a execução do valor consolidado, *modular*

de relatoria da Ministra Nancy Andrigui[42], da 3.ª Turma - inclusive, anteriores à vigência do CPC/2015), defendendo a manutenção dos valores alcançados pela astreinte, quando ausente qualquer demonstração do obrigado de que a medida era impossível de ser cumprida ou que fora cumprida parcialmente, mantendo-se pelo desleixo do devedor.

Diante de tal fato, evidencia-se um pequeno, mas importante equívoco da jurisprudência em relação a este ponto, não sendo mais possível *retroagir* para fins de modificar os critérios apresentados pelo magistrado, no momento de *fixação* da multa (valor, periodicidade e tempo para cumprimento), sendo relevante, entretanto, na reflexão quanto ao crédito consolidado executado, fundamentar qualitativamente a decisão judicial, mediante a exposição de critérios objetivos que levaram a *manter* ou *reduzir* o valor alcançado no caso concreto. Em tais litígios, é direito do jurisdicionado e dever do Poder Judiciário fornecer uma fundamentação analítica, especialmente para justificar corriqueiras razões de decidir, motivadas pelos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*[43] e que, ora aderem pela *efetividade* da execução e respeito ao comando judicial (opinando pela manutenção do valor alcançado), ora aderem ao argumento de que há necessidade de redução do valor alcançado, sob a motivação e justificativa de vedar o *enriquecimento sem causa* ou *ilícito*.

Quando se fala em princípio da proporcionalidade, atrela-se à ideia de efetividade do processo, haja vista que esta se considera como via de mão dupla[44]. Após analisarmos a visão da jurisprudência e da doutrina, identifica-se que, mesmo havendo previsão expressa de que, em tese, apenas a multa *vincenda* seria passível de alteração ou revogação de seu valor ou periodicidade, sugerimos nos

o *quantum* alcançado mediante critérios objetivos que, neste ensaio, propomos para fins de reflexão da comunidade jurídica.

42 Informativo 495/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.229.335/SP, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 17/04/2012, DJe 27/06/2012; Informativo 490/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.192.197/SC, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 07/02/2012, DJe 05/06/2012; Informativo 448/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.135.824/MG, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 21.09.2010, DJe 14/03/2011; Informativo 414/STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.026.191/RS, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 03.11.2009, DJe 23/11/2009; Informativo 408/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.022.033/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 22/09/2009, DJe 18/11/2009.

43 Em relação à necessidade de aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na análise do *quantum* alcançado pela multa *vencida*, refere-se como exemplo o ocorrido, ainda na vigência do CPC/73, através do julgamento do REsp 1112862/GO, de relatoria do Ministro Humberto Martins, da Primeira Seção do STJ, onde sabiamente expôs que: "A *ratio essendi* da norma é desestimular a inércia injustificada do sujeito passivo em cumprir a determinação do juízo, mas sem que isso se converta em fonte de enriquecimento do autor/exequente. Por isso é que a aplicação das astreintes deve se nortear pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade." (REsp 1112862/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 13/04/2011. DJe 04/05/2011).

44 LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 137.

itens a seguir critérios objetivos a serem analisados pelos magistrados, tribunais e Cortes Supremas, para fins de *fixação* e posterior *modulação* (manutenção ou redução) do *quantum* alcançado pela multa *vencida*, levando-se em consideração o comportamento das partes (credor e devedor), bem como através da influência dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na análise do caso concreto[45].

Para quase totalidade da jurisprudência, a exigência da multa fica adstrita aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no sentido de torná-la compatível com a obrigação - o que discordamos. A nosso ver, o *quantum* alcançado pela astreinte deverá ser razoável e proporcional ao interesse das próprias partes em dar efetividade àquela ordem judicial concedida, fato que poderá ser observado pelo comportamento das partes litigantes (credor e devedor), além de outros critérios[46] que veremos a seguir.

4. CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA O MOMENTO DE *FIXAÇÃO* DA MULTA

A observância e a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no instituto das astreintes devem ocorrer em dois momentos processuais distintos. O primeiro deles é aquele em que a multa cominatória é fixada, dispondo o art. 537 do CPC/2015 de alguns critérios objetivos[47] a serem observados pelo magistrado, no momento de *fixação* da multa, quais sejam: a multa deve ser *suficiente* e *compatível* com a obrigação, ou seja, *proporcional* à obrigação e que se determine *prazo razoável* para cumprimento do preceito, cujo fundamento poderá dar-se pelas *regras de experiência comum*. Em um segundo momento, onde o crédito total alcançado está sendo executado, deve-se analisar a possibilidade de modulação do *quantum*, considerando-se, entre outros critérios, o comportamento (omissivo ou comissivo) das partes no caso concreto, além dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 8.º), sistematizados com a relativização do § 1.º, do art. 537, do CPC/2015.

Pois bem, em relação ao momento em que a astreinte é *fixada* (quando o descumprimento do preceito é hipotético), em que o magistrado reflete sobre o

45 Este foi o nosso entendimento, exposto na obra: "A multa judicial (astreinte) no CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial". PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreinte) no CPC/2015**: visão teórica, prática e jurisprudencial. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 288.

46 No direito anglo-saxão, no *momento* de fixação do valor da multa, a Corte considera alguns critérios, sendo: a) as consequências e efeitos da violação; b) a frequência da violação (identifica-se a quantidade de vezes em que houve o descumprimento); c) a capacidade econômica do obrigado, a fim de que este se sinta pressionado pela incidência da multa; e d) a necessidade do autor, no atendimento da ordem emitida pela Corte. DOBBYN, John F. **Injunctions**. 9. ed. Saint Paul: West Publishing, 2001, p. 224.

47 Neste sentido, Sérgio Cruz Arenhart, para o qual "faz-se necessário observar critérios objetivos e claros para a definição do montante a ser imposto como multa, no intuito de permitir retirar do mecanismo a maior utilidade e efetividade possível". ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 194.

caso concreto para fixar a multa cominatória, sugerem-se, como forma de fundamentação do valor fixado (que deverá ser suficiente e compatível com a obrigação), os seguintes critérios: (a) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado, o qual será mensurado através da análise da gravidade e extensão do dano que se busca coibir com a astreinte[48] (por exemplo, a multa a ser fixada em ação, em que a parte postula pedido de antecipação de tutela, para realização de cirurgia com urgência contra plano de saúde, deve ser alta suficiente para coagir ao cumprimento, uma vez que o descumprimento da medida concedida pode ocasionar a morte do autor; ou seja, deve ser analisado o possível dano em caso de descumprimento); (b) capacidade financeira do obrigado[49]e a possibilidade de suportar (ou não) a pena pecuniária.[50]Já em relação aos critérios para que se possa fixar um *prazo*[51] (razoável) para cumprimento da medida, deverá o magistrado considerar (c) a complexidade[52] (possíveis dificuldades para o atendimento do preceito), atra-

48 Em sentido contrário, Sérgio Cruz Arenhart refere que: "Considerando que a *astreinte* não se confunde com a reparação do dano, é óbvio que na sua fixação, o elemento "dano" não pode ter nenhuma importância (senão, imediatamente, como critério para avaliação da gravidade do fato). Aliás, se a função da multa pecuniária é exatamente impedir a ocorrência do dano, seria paradoxal tomar a extensão do dano como elemento para definir o montante da pena". ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 195.

49 Neste sentido, é o entendimento do professor Darci Guimarães Ribeiro, ao afirmar ser a astreinte "uma multa pecuniária, cumulativa, infinita e *proporcional ao patrimônio do devedor*". RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 194. Da mesma forma: MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. **A multa (astreinte) na tutela específica**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 184; PASSOS, José Joaquim Calmo de. **Inovações no código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 62; e FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 485.

50 ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 195.

51 O STJ já se manifestou no sentido de que, não tendo sido fixado prazo para o cumprimento da obrigação de fazer, não cabe a incidência da multa cominatória, uma vez que está ausente o seu requisito intrínseco temporal. Recurso Especial. Processual Civil. Art. 535 do Código de Processo Civil. Súmula n.º 284/STF. Execução de Astreintes. Prazo razoável para cumprimento voluntário. Art. 461, § 4.º, do Código de Processo Civil. Requisito temporal intrínseco. 1. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula n.º 284/STF. 2. De acordo com o art. 461, § 4.º, do Código de Processo Civil, o juiz poderá, em medida liminar ou na própria sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. 3. A fixação de prazo para cumprimento da obrigação é requisito intrínseco para incidência da multa cominatória. Precedentes do STJ. 4. Recurso especial provido. (REsp 1455663/PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 25/08/2014). Ver também: AgRg no Ag 1323400/DF, Rel. Ministro LUIS Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/10/2012, DJe 05/11/2012).

52 No mesmo sentido ao que defendemos, Fernando Fonseca Gajardoni refere que o prazo razoável para cumprimento deve considerar a natureza da obrigação, da condição das partes em aguardar e cumprir a prestação e do direito material em debate. GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC/2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, p. 841.

vés das *regras de experiência comum*[53] (art. 375, do CPC/2015),[54]sabendo-se que o prazo razoável para baixa do registro negativo dos órgãos restritivos de crédito é diverso do prazo razoável para uma internação ou realização de cirurgia, que também é diverso de outra situação envolvendo a remoção de materiais tóxicos de determinado terreno, que é diverso ao prazo razoável para retirada do ar de determinado anúncio publicitário considerado ofensivo, etc.[55]

No cotidiano forense, constata-se que, sendo a imposição de multa judicial (astreinte) estipulada em valor expressivo ou insuficiente, é dever da parte interessada recorrer de tal decisão, a fim de que a mesma seja fixada dentro do que reza o *caput* do art. 537 do CPC/2015, ou seja, em valor *suficiente* e *compatível* com a obrigação, e que seja concedido *prazo razoável* para cumprimento do preceito. De qualquer forma, não tendo sido interposto o recurso cabível para que tal multa fosse readequada, o Poder Judiciário somente poderá ponderar (mediante critérios objetivos) acerca da possível modulação do valor alcançado, após ter sido instaurado o cumprimento de sentença (em que o crédito total já está consolidado), sendo vedado *retroagir*, para fins de alterar a periodicidade e/ou valor da multa originalmente arbitrada.

53 Ao qualificar como "esdrúxulas" as regras de experiência (art. 375 do CPC/2015) à previsão de razoabilidade e proporcionalidade no artigo 8.º do CPC/2015, o professor Lenio Luiz Streck questiona: "Como se mede a proporcionalidade? Existe um razoavelômetro para medir a extensão do razoável? [...] o juiz usará regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece. Como aferir isso? Em um país de estamentos, nepotismos e falcatruas, podemos elencar uma porção de coisas que podemos observar e que "ordinariamente acontecem". Não acham? [...] "Regras de experiência", efetivamente, é um conceito vazio de conteúdo. Sofre de anemia significativa. Pálido. Esquálido. O que é isto - regras de experiência?". Concordamos parcialmente com o professor Lenio Streck e explicamos: a nosso ver, a utilização das *regras de experiência comum* do magistrado pode ser utilizada de forma excepcional (jamais como regra), sendo aplicável como fundamento, para que seja fixado prazo *razoável* para atendimento de determinado preceito, uma vez que com a sua experiência (pela análise de outros casos análogos àquele que está *sub judice*) o magistrado já terá uma noção muito próxima de qual seria o prazo necessário para que a medida seja obedecida. Sugerimos a leitura na integralidade da coluna do professor Lenio Luiz Streck, cujo título é: "O NCPC e as esdrúxulas 'regras de experiência': verdades ontológicas?". STRECK, Lenio Luiz. O NCPC e as esdrúxulas "regras de experiência": verdades ontológicas? **Consultor Jurídico**, São Paulo, abr. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-09/senso-incomum-ncpc-esdruxulas-regras-experiencia-verdades-ontologicas>. Acesso em: 23 jan. 2017.

54 Art. 375 - O juiz aplicará *as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece* e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial. Faz-se oportuno referir o Enunciado 517 do FPPC- Fórum Permanente dos Processualistas Civis: "A decisão judicial que empregar regras de experiência comum, sem indicar os motivos pelos quais a conclusão adotada decorre daquilo que ordinariamente acontece, considera-se não fundamentada".

55 Este foram os critérios para o momento de *fixação* da multa, que sugerimos na obra: "A multa judicial (astreinte) no CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial". PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreinte) no CPC/2015**: visão teórica, prática e jurisprudencial. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 318-319.

5. CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA ANÁLISE E *MODULAÇÃO* DO VALOR CONSOLIDADO

Na prática judiciária, quase a totalidade dos casos reais de nosso cotidiano forense, envolvendo a inobservância de ordens judiciais, utiliza-se do fundamento de que a parte prejudicada pelo descumprimento não pode enriquecer *sem causa* (reduzindo, muitas vezes, de forma drástica o *quantum* alcançado). Outrora, entende por manter substancialmente alto o valor alcançado, sob o argumento da *efetividade* do processo e respeito ao preceito judicial.

É dever do Poder Judiciário, como um todo (juiz, desembargadores e ministros), fundamentar de forma clara e objetiva suas decisões, a partir de uma análise minuciosa do caso concreto (numa visão sistematizada do instituto da astreinte e da visão dos princípios comportamentais da efetividade[56], boa-fé[57] e cooperação[58] do CPC/2015).

Em relação a este segundo momento, em que a multa já está *vencida* e consolidada, sugerem-se os seguintes critérios para análise da modulação do *quantum* alcançado pela multa: a) dever de mitigação do prejuízo pelo credor - *duty to mitigate the loss* (devendo ser considerada a quantidade de manifestações por ele elaboradas, na tentativa de solucionar o problema, dando ciência acerca do descumprimento da medida ao magistrado - que poderá majorar o valor da multa ou solucionar o problema, mediante alguma medida que garanta o resultado prático equivalente); b) capacidade de resistência do devedor (desídia[59]), consubstanciada no tempo transcorrido entre a primeira intimação para atendimento da ordem judicial e a data em que, efetivamente, restou atendida (se é que restou atendida - o que também deverá ser levado em consideração), além da quantidade de vezes em que a parte devedora restou intimada a atender a obrigação judicial e deixou de cumpri-la; c) capacidade econômica do devedor da obrigação; d) o benefício

56 Art. 4.º - As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

57 Art. 5.º - Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

58 Art. 6.º - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

59 AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3 DO STJ. ASTREINTES. MULTA FIXADA EM PARÂMETROS RAZOÁVEIS. QUANTIA ELEVADA DAS ASTREINTES POR DESÍDIA DO DEVEDOR.
REDUÇÃO DA QUANTIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A redução de valor de multa cominatória não é adequada quando alcança patamar elevado a partir da desídia do devedor em cumprir a obrigação fixada pelo Judiciário.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 993.052/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017)

do devedor da obrigação com o descumprimento da ordem judicial; e) se houve cumprimento parcial superveniente da obrigação; e f) se a obrigação deixou de ser cumprida, por se tratar de medida impossível de ser atendida (justa causa - que deverá ser adequadamente comprovada). Consideramos que toda decisão judicial que analisar o caso concreto, ponderando as situações anteriormente citadas, terá fundamentado, de forma analítica e qualificada (art. 489, § 1.º, do CPC/2015), a manutenção ou redução do valor total alcançado pelas astreintes[60].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, na vigência do § 6.º, do art. 461, do CPC/73, toda decisão envolvendo a multa judicial (astreinte) possuía eficácia *ex tunc* (retroativa), sendo possível alterar seu valor ou periodicidade, a qualquer tempo e grau de jurisdição. Tal entendimento restou modificado por completo com a vigência do § 1.º, do art. 537, do CPC/2015, que outorgou, exclusivamente, eficácia *ex nunc* (não retroativa) a tais decisões.

Em tese, a multa consolidada seria imutável, contudo, de forma uníssona, a jurisprudência mantém o entendimento de que o *quantum* alcançado pode ser modificado, razão pela qual seria possível relativizar o § 1.º, do art. 537, do CPC/2015. Diante disso, evidencia-se que, após a instauração do cumprimento de sentença (com o crédito já consolidado), parte da jurisprudência admite ser possível *modular* o *quantum* alcançado, *retroagindo* ao momento em que a multa restou *fixada* e alterando seu valor e/ou periodicidade, ou seja, admite os efeitos *ex tunc* (retroativos) da decisão, o que viola e contraria o sentido literal do § 1.º, do art. 537, do CPC/2015. Em contrapartida, parte da jurisprudência, cuja corrente nos filiamos, entende pela possibilidade de modular (mantendo ou reduzindo) o crédito total alcançado pela astreinte, *sem retroagir* para fins de alterar os critérios de valor ou periodicidade *vencidos*, mas somente após a execução do crédito consolidado e mediante a ponderação da in(observância) de critérios (fáticos e jurídicos) objetivos, neste ensaio, sugeridos em diálogo com a jurisprudência recente do STJ.

Por meio do estudo da boa-fé objetiva, da mitigação do dano pelo credor, da cooperação ou colaboração no processo civil e sua aplicação no instituto das astreintes, buscou-se demonstrar que estes princípios processuais, acrescidos dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, estão aptos a *exigir* dos sujeitos que dele participam um comportamento *qualificado*, convergente com seus

60 Estes foram os parâmetros para fins de análise da possibilidade de *modulação* do *quantum* alcançado, que sugerimos na obra: "A multa judicial (astreinte) no CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial". PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreinte) no CPC/2015**: visão teórica, prática e jurisprudencial. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 323-324.

principais escopos, existindo elementos suficientes para que, na análise do caso concreto, o Poder Judiciário possa fundamentar (seja ao *fixar*, seja ao *modular* o *quantum* alcançado pela astreinte) suas decisões de forma qualificada.

Numa análise comparativa entre os critérios sugeridos pela doutrina, em relação àqueles adotados na decisão proferida pela 4.ª Turma do STJ junto ao AgInt, no AgRg, no Agravo em REsp n.º 738.682-RJ, verifica-se uma sintonia de nossa reflexão em relação a alguns parâmetros adotados pela 4.ª Turma do STJ, divergindo apenas acerca do *momento processual* em que deverão ser aplicados tais critérios.

Por não identificar que a multa há de ser analisada em dois momentos distintos (quando *fixada* e quando *executada*), a nosso ver, equivocou-se a 4.ª Turma do STJ, ao adotar como parâmetros para *modulação* do valor alcançado pela multa: a) o valor da obrigação principal; b) importância do bem jurídico tutelado; e c) tempo para cumprimento da medida, critérios estes que somente podem ser considerados para o momento de *fixação* da multa.

A nosso ver, no momento em que a multa é *fixada*, há de se considerar os seguintes critérios: a) o valor da obrigação principal (o termo compatível com a obrigação referido no *caput* do art. 537, do CPC/2015, refere-se ao momento de *aplicação* da medida); b) importância do bem jurídico tutelado (o termo *suficiente* referido no *caput* do art. 537, do CPC/2015, refere-se ao momento de *aplicação* da medida); c) capacidade econômica do devedor; d) tempo razoável para cumprimento da medida (com base nas regras da experiência comum).

Já no segundo momento, em que o crédito consolidado está sendo executado (a nosso ver o momento processual correto para haver reflexão sobre o *quantum* alcançado), verifica-se uma identificação de nossa reflexão em relação aos seguintes parâmetros, também adotados pela 4.ª Turma do STJ: a) dever do credor em mitigar seu próprio prejuízo - *duty to mitigate the loss* (analisar o comportamento do credor, mediante identificação de conduta omissiva ou comissiva junto ao processo); b) capacidade econômica do devedor; c) capacidade de resistência do devedor (leia-se: a quantidade de intimações descumpridas pelo devedor da obrigação; o tempo transcorrido entre a primeira intimação do devedor e a data em que a medida restou atendida). Além de tais critérios, sugerimos: d) benefício do devedor com o descumprimento da obrigação; e) se houve cumprimento parcial superveniente da obrigação; ou f) no caso da obrigação ter se tornado impossível de ser cumprida (justa causa para o descumprimento - inciso II, do art. 537, do CPC/2015).

Por fim, na visão da 4.ª Turma do STJ, há outro critério a ser levado em consideração para modulação do valor: o comportamento do magistrado e a possi-

bilidade de adoção de outros meios para alcançar o resultado prático equivalente. Contudo, discordamos de tal critério, eis que o credor não tem culpa se o magistrado deixou de adotar (provocado ou não) outras medidas para atendimento do preceito, critério que deverá ser descartado da análise dos demais casos concretos envolvendo a execução da astreinte, eis que somente traz prejuízo ao credor. Os parâmetros que devem ser considerados são os princípios comportamentais traçados pelo CPC/2015 dever de boa-fé (*duty to mitigate the loss*) e cooperação, tanto do credor, mas, especialmente do devedor da obrigação, eis que, ao desobedecer uma ordem judicial, atinge não só o credor da obrigação, mas especialmente a força e respeito dos jurisdicionados pelo Poder Judiciário.

Esperamos ter contribuído com a jurisprudência, no sentido de provocar reflexões acerca do *momento processual* adequado para modulação do *quantum* alcançado, mediante aplicação de critérios objetivos para uma fundamentação analítica, qualificando o processo e minimizando a *crise do caso concreto.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo do processo civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, jan./dez. 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Redução do valor da astreinte e efetividade do processo. In: ASSIS, A. et al. (Coords.). **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DOBBYN, John F. **Injunctions**. 9. ed. Saint Paul: West Publishing, 2001.

CALMON DE PASSOS, Joaquim José. **Ensaios e artigos**. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. O magistrado como protagonista do processo judicial? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, Fórum, v. 24, p. 14, jan./mar. 2009.

_____. **Inovações no código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do fórum permanente de processualistas civis. 2015. Disponível em: http://portal-processual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2017.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC/2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.

LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Juizados especiais cíveis**: aspectos polêmicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUNELLI, Guilherme. **Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. **A multa (astreinte) na tutela específica**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 22, pp. 45-46.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.) **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreinte) no CPC/2015**: visão teórica, prática e jurisprudencial. Salvador: JusPodivm, 2016.

REALE, Miguel. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, jan./dez. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. O NCPC e as esdrúxulas "regras de experiência": verdades ontológicas? **Consultor Jurídico**, São Paulo, abr. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-09/senso-incomum-ncpc-esdruxulas-regras-experiencia-verdades-ontologicas>. Acesso em: 23 jan. 2017.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461, CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. **Revista Brasileira da Advocacia**, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 17-43, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99293>. Acesso em: 22

jan. 2017.

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **RePro 32/238**, São Paulo, set. 2007.

_____. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Repercussão geral e súmula vinculante – relevantes novidades trazidas pela EC 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 381.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 21-53, set. 2016.

15

ABORDAGEM POLICIAL E *ACCOUNTABILITY*: UMA APROXIMAÇÃO DO INTERACIONISMO SIMBÓLICO DE G.H. MEAD AO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL[1]

Tatiana Almeida de Andrade Dornelles
Mestre em Criminologia e Execução Penal, Universitat Pompeu Fabra, Espanha
Especialista em Segurança Pública e Justiça Criminal, PUC-RS
Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público Federal, ESMPU
Procuradora da República

RESUMO: O presente estudo busca contribuir para a compreensão dos processos psicossociais existentes entre polícia e cidadão nas abordagens policiais de rotina. Para isto, introduz a teoria do interacionismo simbólico de G. H. Mead e apresenta experimentos psicológicos, os quais demonstram que a identidade de grupo gera sentimentos e reações nos indivíduos potencializadores da rivalidade grupal e da atuação no sentido "nós" versus "eles". Este sentimento de antagonismo, por sua vez, produz falhas na interpretação do comportamento e na comunicação entre as partes, causando mais desentendimentos e insatisfações, numa profecia de autocumprimento. Para superar este antagonismo, é necessário eliminar ou ao menos amenizar o sentido de identidade grupal, aproximando-se as partes envolvidas.

PALAVRAS-CHAVE: Abordagem Policial. *Accountability.* Interacionismo simbólico. Identidade de Grupo. Controle Externo.

INTRODUÇÃO

"Posso ser parado e revistado sem motivo? Tenho obrigação de chamar o policial de "senhor"? O policial pode sair da viatura apontando a arma? O policial pode ficar com algum objeto nosso? Depois da abordagem, o policial disse que não queria mais ver a gente lá, ele pode intervir no meu direito de ir e vir? O po-

1 Texto revisto e ampliado. Originalmente publicado na Revista do Ministério Público Militar, Edição n.º 32.

licial pode ser arrogante? O policial pode xingar durante uma abordagem porque eu não escutei direito? O policial pode me filmar? O policial pode apontar a arma para mim?"

Estas são dúvidas literais encontradas em fóruns e comentários de artigos e notícias na Internet[2]. Dúvidas e muitas vezes relatos de condutas policiais indevidas ou aparentemente normais, mas que geraram constrangimento ao cidadão.

Não é incomum a abordagem policial estar rodeada de dúvidas e insatisfação. O encontro policial/cidadão é, em regra, um evento tenso, em que o policial está sempre em alerta para uma possível complicação, e o cidadão temente de um abuso ou de um constrangimento. As imagens que cada um possui do outro costumam ser distorcidas por medos, preconceitos e estereótipos. Estimulada pela mídia e universidade, existe também uma ideia de antagonismo inconciliável entre a polícia e a cidadania, como se o policial fosse algo externo à sociedade.

A categorização das pessoas em grupos, a estereotipagem dos integrantes e uma tendência a rivalização é um traço evolutivo da espécie humana. George Herbet Mead (1863-1931), em seus quase quarenta anos de carreira, desenvolveu a teoria posteriormente denominada de interacionismo simbólico, com livros e trabalhos publicados essencialmente após sua morte. Foi um dos pioneiros neste tipo de abordagem. Até hoje, sua ideia de formação de personalidade baseada em processos de comunicação derivados das interações sociais é uma perspectiva válida, a partir da qual outros pesquisadores desenvolveram teorias diversas. A teoria permanece sendo importante para o entendimento do comportamento humano.

O objetivo deste trabalho é introduzir a teoria do interacionismo simbólico de Mead e contextualizá-la no estudo da abordagem policial, buscando aplicar as lições daquela teoria no aperfeiçoamento da atividade policial e no bem-estar da população.

1. O INTERACIONISMO SIMBÓLICO DE G.H. MEAD

O termo interacionismo simbólico não tem origem nos autores vinculados a esta corrente de pensamento. Herbet Blumer denominou interacionistas simbólicos aos autores que, como George Herbet Mead, compartilhavam a ideia da existência de processos de interação simbólica vinculados ao fenômeno da evolução humana, da evolução da sociedade e da conduta dos indivíduos (CASAGRANDE, 2016).

2 Exemplos: https://laurochammacorreia.jusbrasil.com.br/artigos/388119560/busca-pessoal-e-abordagem-policial-tem-previsao-legal; https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,abordagem-policial-o-que-pode-e-o-que-nao-pode-ser-feito,10000012942; https://robertoparentoni.jusbrasil.com.br/artigos/121939878/abordagens-policiais-direitos-deveres-e-dicas-de-comportamento.

George H. Mead é considerado um dos fundadores do pragmatismo americano e destacou-se pelo desenvolvimento da concepção da constituição social do *self*[3], pois prescreve que ao menos dois sujeitos reagem um ao outro através "de ações e expressões comunicativas recíprocas" (CASAGRANDE, 2016, p.378).

Para explicar a constituição do *self,* Mead faz uma analogia com uma cena cotidiana em que um guarda de trânsito dá uma ordem de parada (MEAD, 1934, seção 24) e que um engenheiro de trânsito, que tem a atribuição de examinar as regulações de tráfego, deixa esta condição de lado e adota a organização mental de um motorista, acionando os mecanismos da máquina para fazer o veículo parar. O gesto do policial desencadeia reações sociais. E a mente (*mind*) é a importação destas regras externas (e precedentes) para dentro da conduta individual, o que será utilizado nas interações futuras. Este exemplo também anuncia a existência de múltiplos papeis sociais a serem exercidos por cada indivíduo.

As pessoas atuam conforme o que as coisas significam para elas, e o significado das coisas é apreendido pelas contínuas interações sociais. A resposta ou reação de um indivíduo a algo ou à atitude de alguém não é produto direto deste algo ou ação e sim deriva de qual significado esta ação tem para o indivíduo. Este processo interativo inicia-se na infância, mas a interação social, os ajustes e ressignificações da personalidade ocorrem ao longo de toda vida. E o processo de socialização, ou seja, a forma como a cultura e as normas são internalizadas e como as pessoas criam significados das interações sociais, é o grande objeto de estudos dos interacionistas.

Ao contrário do que possa parecer, a teoria de Mead não sustenta o puro construtivismo social, corrente que acredita que o indivíduo é fruto da sociedade e sem características genuínas. Pelo contrário, Mead diferencia o *self*, que ele denomina *me*, do "eu" (I). O eu/I é aquilo que nos identifica enquanto únicos e singulares, é o espontâneo e instintivo. O *self*/me é que está socialmente atento à percepção dos outros. Desta forma, afasta-se a ideia de determinismo social e fica resguardada a responsabilidade de cada indivíduo por seus próprios atos (Casagrande, 2016, p. 391-392). De fato, a teoria de Mead é uma aliança que reconhece a importâncias das teorias individualistas e as teorias sociais da pessoa humana, justamente porque não exclui nem isola uma da outra.

Segundo o autor, ocorre a assunção de papéis sociais pelos indivíduos, que, embora de maneira diferente de acordo com a individualidade de cada um, respondem às questões sociais com uniformidade de valor. No caso de roubo, explica o autor, a resposta do policial é diferente da resposta do promotor, que é diferente da resposta da testemunha, da resposta do juiz e assim por diante; e, no

3 Mantido no termo original em inglês, como fazem a maioria dos comentaristas. A tradução mais aproximada seria "si mesmo".

entanto, todas são respostas que mantêm o reconhecimento da existência de propriedade privada. Há uma resposta comum de várias formas. E a estas "respostas comuns", Mead denomina de "instituições", que se relacionam com as atitudes sociais generalizadas, e que estão presentes na formação do *self* (MEAD, 1934, seção 34)

Usando a aprendizagem infantil, em resumo, uma criança toma uma atitude, isto gera uma reação social, e ela adapta e internaliza esta resposta, ajustando suas atitudes posteriores ao que dela é esperado (SILVA, 2019). Nas reiteradas interações sociais, as pessoas vão ajustando e moldando suas personalidades, de acordo com sua individualidade (I/eu), com o grupo a que pertencem e as respostas que recebe das "instituições" e "atitudes sociais generalizadas" diante alguma atitude sua (BROWN, 1952).

Interessante ressaltar, entretanto, que Mead diferencia estas reações sociais das convenções e normas, uma vez que as últimas são arbitrárias e as primeiras seriam mais essenciais da natureza da sociedade.

Neste processo de interação e aprendizagem, a comunicação é o elemento essencial. A pessoa atua conforme o significado que lhe foi comunicado. Esta construção não é isolada no tempo e no espaço, emergindo do quadro determinado das ações e das relações dos indivíduos com seu grupo e seu meio. A consciência de si "emerge da relação com os outros mediante a internalização dos papéis sociais e das expectativas generalizadas da comunidade à qual o sujeito pertence" (CASAGRANDE, 2016, p. 383).

Outros autores seguiram desenvolvendo a teoria iniciada por Mead, como Herbert Blumer, Charles Cooley e Erving Goffman, sendo um dos autores mais conhecidos Howard Becker, criador da Teoria do Etiquetamento. Na psicologia experimental, embora sem a atribuição direta à teoria do interacionismo simbólico, o mais destacado foi Henri Tajfel, cujo trabalho nos estudos sobre teoria da identidade social acabou por revalidar o conceito das comunicações simbólicas de Mead.

O interacionismo simbólico é de certa forma confirmado por experimentos psicológicos. Em Harvard, foram convocadas mulheres de origem asiática para aplicação de um difícil teste de matemática. Elas foram divididas em três grupos, aos quais foi entregue um questionário para preencherem informações pessoais antes do teste. Ao primeiro grupo, o questionário fazia perguntas relacionadas a suas origens asiáticas (ascendência étnica que é identificada com habilidade matemática). Ao segundo grupo foi entregue um questionário sobre política de alojamento coletivo que intencionava acionar a identidade de mulher (grupo identificado como fraco em matemática). E o terceiro grupo recebeu um questionário

neutro. Algo afetou o inconsciente delas, pois aquelas que foram orientadas a se verem como asiáticas foram melhores no teste que o grupo de controle, que por sua vez se saiu melhor que o grupo que foi orientado a se ver como mulher (MLODINOW, 2013).

A categorização e externalização inconsciente de expectativas prévias em relação a certos grupos e como isto afeta o desempenho individual também foi testado em experimentos em que professores eram previamente informados do QI de alguns alunos, e estes alunos acabavam por ter melhor desempenho em sala de aula. Mesmo inconscientemente, os professores tratavam estes alunos de maneira diferente, incentivando-os mais e esperando o melhor deles (HUND; KNAUS, 2011). Ocorre que a informação sobre o QI era falsa, os alunos foram designados de modo aleatório, demostrando um outro fenômeno caro a alguns autores do interacionismo simbólico: o efeito Pigmaleão ou da profecia autorrealizável.

Isto tudo faz parte do fenômeno chamado por psicólogos de relações *in-groups* e *out-groups*, ou também as relações nós x eles. É um fenômeno com origem na evolução das espécies, conectado à luta por recursos e melhor chance de sobrevivência pela atuação em grupos. Outros estudos também já identificaram esta característica e verificaram que o fenômeno da "tribalização", com a categorização no "meu grupo" em oposição ao "outro grupo" afeta inclusive a percepção visual[4]. Ainda, há demonstrações de que nosso inconsciente tende a gostar mais dos indivíduos do nosso grupo, mesmo sem conhecê-los pessoalmente. Em outra pesquisa, perguntaram a médicos, advogados, garçons e cabeleireiros qual era a taxa de simpatia que tinham por médicos, advogados, garçons e cabeleireiros. Médicos, garçons e cabeleireiros classificaram os integrantes das outras profissões, em média, com uma taxa de simpatia de cinquenta, enquanto atribuíram uma taxa de setenta pontos aos de sua própria profissão. Os advogados atribuíram a todas as profissões uma média de simpatia de cinquenta pontos, parecendo não terem maiores simpatias por seus próprios colegas (Mlodinow, 2013, p.146).

Além do fato de que tendemos a favorecer membros do nosso grupo em variados aspectos sociais, mais interessante é a constatação de que estes sentimentos especiais também se manifestam mesmo quando os grupos são separados artificialmente por categorias irrelevantes. É o que acontece na famosa simulação conduzida pela professora Jane Elliott[5], que divide sua turma em crianças de olhos castanhos e olhos azuis, fazendo uma distinção significativa entre as habilidades dos alunos com base na cor dos olhos. Por exemplo, no primeiro dia, as crianças de olhos azuis são rotuladas como boas e inteligentes, enquanto as crianças de

4 Robert Cave demonstrou, em experimentos, que as "normas grupais" afetaram a maneira do indivíduo perceber um ponto de luz (Mlodinow, 2013, p. 144-145).

5 Documentário "Uma classe dividida" disponível no YouTube pelo link https://www.youtube.com/watch?v=1mcCLm_LwpE

olhos castanhos são rotuladas como ruins e não tão inteligentes. Já no primeiro dia, as crianças de olhos azuis se comportaram de modo menos respeitoso em relação aos outros colegas, inclusive utilizando a expressão *brown eyes* como se pejorativa fosse. As crianças de olhos castanhos demonstraram aceitar sua condição de inferioridade e tiveram desempenho piorado em classe. No segundo dia, aconteceu o mesmo quando as expectativas de cor dos olhos foram revertidas e a professora afirmou que havia se enganado e que as crianças de olhos castanhos eram melhores (BYRNES; KIGER, 1992).

Note-se que o interacionismo simbólico enfatiza a ideia da modulação da personalidade de acordo com a resposta social dada a uma ação. As "atitudes sociais generalizadas" reforçam e são reforçadas pelo significado cambiável de acordo com cada grupo emissor e destinatário. Os experimentos psicológicos relatados demonstram que a identidade de grupo, que pode ser algo totalmente arbitrário, gera sentimentos e reações nos indivíduos que potencializam a rivalidade grupal e guiam a atuação no sentido "nós" versus "eles". Vejamos a aplicação destas noções na análise da atividade policial.

2. CULTURA POLICIAL (?)

Como premissa para a possibilidade de aplicação da teoria de G.H. Mead à atividade policial, é necessário primeiro verificar se existe uma cultura policial identificável ou, pelo menos, um aspecto grupal singular nos agentes de polícia.

O antropólogo Patricio Tudela, da Universidade do Chile, defende que existe um processo de socialização informal e a construção de uma identidade corporativa policial, e que estes processos são decisivos. Para o autor, esta construção da identidade policial ocorre em paralelo ao desenvolvimento formal das habilidades e capacidades nos estágios iniciais da formação profissional, onde há a incorporação dos valores corporativos. Assim, o aspirante a policial ingressa na corporação com certos valores prévios que vão se ajustando nos primeiros momentos de instrução e, ao longo de sua carreira, ocorre a validação do modelo de comportamento policial bem sucedido (TUDELA, 2011).

O modelo de socialização policial proposto por Tudela segue o processo preconizado por Mead (1934), embora não haja referência no estudo a este autor. A socialização no ambiente de trabalho é um processo contínuo, que leva a ajustes permanentes, decorrentes das experiências do dia a dia e causa um grande impacto social, uma vez que o trabalho de cada agente contribuirá para a formação do conceito da sociedade sobre o trabalho policial e gerará suas próprias expectativas e atitudes sociais generalizadas. É um ciclo.

Assim, Tudela defende a existência de uma cultura policial, que define

como

> um sistema compartilhado de ideias, valores e crenças e um conjunto de práticas, regras e princípios de ação generalizados, aplicados em situações típicas da atividade policial (o campo policial), e isso é transmitido de um para outro e tacitamente aceito pelos membros da polícia (Tudela, 2011, p.124).

Ainda, o antropólogo chileno explica que esta cultura pode diferir entre seus membros ou grupos deles, trazendo um aspecto de uma implicação desta cultura bastante significativo: a autoimagem do grupo policial tende a construir e justificar um isolamento institucional, ou uma distância social, em que há uma certa tendência à impermeabilização à aproximação da sociedade e a possíveis controles externos. Esta ideia é igualmente compatível com a teoria de Mead e com a ideia dos interacionistas simbólicos do caráter reflexivo do comportamento grupal, em que há certa criatividade e ajustes na construção da realidade social e na maneira de atuar perante ela (DE OLIVEIRA; RON-RÉN JUNIOR, 2017).

Pesquisadores que estudam os modelos de polícia também contribuem com a ideia da existência de uma cultura policial em cada "tipo" de polícia. Quando se trata da diferenciação entre a polícia combativa e a polícia comunitária, é comum se estabelecer a diferença do modelo *law officer*, em que os policias orientam suas ações na identificação e combate ao criminoso, e o modelo *peace officer*, em que o lado social e preventivo da polícia é mais valorizado, demandando do agente habilidades como negociação e empatia (AZEVEDO, 2003). Uma outra abordagem similar traz a conceituação do "ethos guerreiro", com a valorização do uso da força e do combate, em oposição ao "ethos comunitário", em que o modelo de policiamento privilegia o diálogo e a participação da sociedade (ARAUJO, 2018).

Entretanto, enquanto alguns autores enfatizam a importância da cultura organizacional e o peso que a cultura policial enverga no mau desempenho da polícia e na má conduta policial (Tudela, 2011), outros amenizam a própria existência de uma cultura policial identificável e sua efetiva influência na atividade policial (WALKER, 2007).

Com efeito, o pesquisador americano S. Walker explica que, por muitos anos, houve uma intensa literatura sobre uma subcultura policial, seu poderoso efeito no policiamento e sua influência negativa para o controle da atividade policial. Contudo, segundo o autor, pesquisas recentes descobriram que a subcultura policial é muito mais complexa e multidimensional do que se supunha em pesquisas anteriores. Segundo ele, as conclusões anteriores não se sustentam em

evidências de estudos científicos, tratando-se de literatura descritiva baseada em boas intenções ou metodologias defeituosas (WALKER, 2007, p. 24).

A existência de uma cultura ou subcultura policial é contestada e existem, a cada dia, mais críticas sobre a validade e a seriedade das publicações sociológicas sobre o tema, uma vez que parecem estar essencialmente comprometidas com uma visão ideal de mundo, baseando-se muito mais em narrativas convenientes do que em dados da realidade. Entretanto, sendo ou não possível identificar uma cultura policial, é fato que o componente cultural/social está presente no comportamento de cada indivíduo e este fato não é contestado atualmente (WALSH, 2009; WALSH; BEAVER, 2009). Igualmente, o impacto da identificação do indivíduo num grupo é atestado por experimentos psicológicos e consolidado nas doutrinas psicológicas e sociológicas (GOFFMAN, 1974; MLODINOW, 2013; PETERSON, 1999a, 1999b), embora não da forma tão direta e imediata como sustentado pelo já superado Experimento de Prisão de Stanford (LE TEXIER, 2019).

O policial, como indivíduo, está inserido em um grupo, compartilha com seus companheiros as angústias e desafios diários e é receptor, junto a eles, das atitudes sociais generalizadas da sociedade diante sua atuação diária. Como proposto por Mead, estas respostas reforçam e são reforçadas pelo significado atribuído à ação policial. É um sistema complexo; porém, conhecendo-o, qual aprendizado que pode ser abstraído e levado à prática em relação ao controle externo da atividade policial e, no caso mais específico deste estudo, à abordagem policial e sua implicação no bem-estar do cidadão?

3. ABORDAGEM POLICIAL

A abordagem policial é o evento de encontro entre a polícia e o público, relacionado ou não ao combate ao crime, no qual são realizados procedimentos geralmente de identificação e fiscalização e cujo elemento principal é a ausência de voluntariedade do abordado. De fato, ao contrário da decisão de ir à delegacia registrar uma ocorrência ou de acionar a polícia por uma necessidade ou dúvida, este contato imediato não depende da escolha dos cidadãos (DE ARAÚJO, 2008).

É também um evento ao qual qualquer pessoa pode ser submetida, por ser uma ação respaldada em lei. Os procedimentos adotados variam de acordo com as circunstâncias e com a avaliação feita pelo policial sobre a pessoa com quem interage. Pode ocorrer, por exemplo, a interceptação de pessoas e veículos na via pública, com busca pessoal e vistoria veicular, objetivando localizar algum objeto ilícito, como drogas e arma de fogo. É igualmente uma ação policial proativa, em contraposição à ação reativa do policial quando acionado (PINC, 2007a, 2007b).

Especialmente para o policial, praticamente toda a abordagem é um episó-

dio de resultado desconhecido, o que sempre gera alguma tensão. Por outro lado, o cidadão abordado passa por situação no mínimo importuna, na qual ele não escolheu estar, em que seu tempo será ocupado e possivelmente será submetido ao constrangimento de ter de apresentar seus documentos ao policial à vista do público, na melhor das hipóteses. Tanto a pessoa abordada quanto a população testemunha da abordagem possuem ideias e perspectivas sobre a atuação da polícia e seus critérios e métodos de abordagem, muitas delas podendo ou não se confirmar com a realidade, mas é comum gerarem estereótipos e preconceitos (De Araújo, 2008).

Por parte dos cidadãos, as expectativas de encontro com a polícia não são as mais alvissareiras. Com efeito, pesquisa da Datafolha publicada em abril de 2018 indica que 51% da população brasileira admitiu ter medo da polícia[6]. Igualmente, Xavier Pereira (2016) informa que, segundo os dados apresentados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2016, 59% dos entrevistados relataram terem medo de sofrer algum tipo de violência por parte da Polícia Militar e 53% em relação a Polícia Civil. Ademais, 70% dos entrevistados acreditam que as polícias exageram no uso da violência (XAVIER PEREIRA, 2016).

A violência policial é tema recorrente da literatura acadêmica. Entretanto, alguns pesquisadores criticam esta ênfase dada à questão da violência e letalidade da atividade policial, uma vez que as publicações não contextualizam o fato de que são eventos excepcionais do dia a dia policial, embora existam e seja importante discuti-los.

Azevedo reproduz a expressão *falácia dramática* para denominar a exploração pela mídia e academia da faceta violenta da polícia, uma vez que o envolvimento do policial com a efetiva atuação de combate a crimes não corresponde sequer a 15% do tempo efetivo de trabalho da polícia. Segundo este autor, a análise das atividades dos policiais revela um profundo desconhecimento do assunto, demonstrando que aquilo que se pretende conhecido trata-se de estereótipos irreais. As pesquisas por ele apontadas revelam que o envolvimento do policial com armas, tiros, crimes, violência é diminuta, e que a maior parte do tempo o agente atende demandas de cunho assistencial e resolve problemas que lhe exigem negociação com pessoas. Apartar brigas de famílias e vizinhos, socorrer vítimas de acidentes e parturientes, retirar animais de vias públicas e recolher bêbados, mendigos e doentes mentais é mais representativo do dia a dia policial que o explorado na mídia (Azevedo, 2003, p. 21).

A doutora em Ciência Política pela Universidade de São Paulo Tânia Pinc reforça esta crítica. Segundo ela, a abordagem é uma ação em que o policial faz uso da força não letal, o que é em essência a atividade de rotina. E este tema é

6 Disponível em https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/11/datafolha-aponta-que-51percent-dos-brasileiros-tem-medo-da-policia-e-47percent-confiam-nos-policiais.ghtml

negligenciado pelos pesquisadores brasileiros, que preferem centralizar nos incidentes mais severos de coerção. Em artigo de 2007, Pinc traz dados do ano de 2005 da polícia militar paulista que demonstram que houve 6.788.065 abordagens naquele ano, e apenas 77.086 pessoas foram presas em flagrante, resultando que "em 98,8% das abordagens, o policial militar conduziu o grau de força até o limite do comando verbal" (Pinc, 2007a, p. 5). Já em outro trabalho de 2014, a autora comenta que, em 2013, foram quase 15 milhões de abordagens com menos de 1% de prisão decorrente, ou seja, 99% dos abordados não tinham relação com a criminalidade, pelo menos não naquele momento (Pinc, 2014quase quinze milhões de abordagens foram realizadas no estado de São Paulo, montante equivalente a um terço da população paulista. Essa intervenção encontra amparo na fundada suspeita, que atribui poder discricionário ao policial para decidir pela abordagem, contudo é um conceito ainda pouco discutido no Brasil. Os governos estaduais tendem a tratar a política de abordagem com pouca transparência. Quando dados estatísticos são divulgados, informa apenas o volume de abordagens e não indica características individuais das pessoas abordadas, nem as condições em que a abordagem se realizou. O objetivo principal desse estudo é aprofundar a análise sobre a abordagem, com ênfase nos fatores que influenciam a tomada de decisão do policial. Em contraponto ao caráter normativo, a hipótese central deste estudo sustenta que a fundada suspeita pode ser explicada por três fatores: atitude da pessoa abordada; taxas criminais; e características do ambiente. A metodologia empregou a análise quantitativa que permitiu criar novos constructos da abordagem. Os dados foram coletados por meio de formulário aplicado a policiais que trabalham na cidade de São Paulo.

Este número é compatível com os dados da Polícia Rodoviária Federal no estado do Rio Grande do Sul que, em 2019, realizou a abordagem de 360.442 pessoas, com a prisão de apenas 3.259 indivíduos[7].

Apesar das críticas à inflação midiática da violência conectada à atividade policial, é fato que o contato rotineiro entre polícia e cidadão nas abordagens policiais não escapa de situações problemáticas. E são inúmeras. Sem pretender esgotá-las, vejamos algumas.

Em primeiro lugar, existe a mencionada não voluntariedade de submeter-se a uma fiscalização. Esta não voluntariedade gera por si sentimento de contrariedade e impaciência, em qualquer situação. O cidadão que está envolvido com alguma ilegalidade desenvolve a sensação de medo, raiva, apreensão, estresse, preparando-se para a derrota, a reação ou a fuga. O cidadão não envolvido com criminalidade sente-se muitas vezes injustiçado, constrangido e especialmente te-

7 Dados que não estão publicados no site do Departamento da PRF, mas foram fornecidos por contato pessoal.

meroso a depender da imagem que possui da atividade policial.

Em segundo lugar, a abordagem com fiscalização demanda tempo para a análise de documentos e busca nos repositórios policiais para certificar-se de não se tratar o abordado de pessoa procurada ou de veículo irregular. Este tempo para o policial é contabilizado em sua hora de trabalho, mas para o fiscalizado representa perda de horas produtivas (Pinc, 2007b).

Em terceiro lugar, se há alguma fundada suspeita, até esta ser eliminada, a abordagem é uma atividade de risco para o policial. E havendo a necessidade de revista, a situação é tensa para quem fiscaliza e constrangedora para o fiscalizado. Um guarda-chuva pode ser uma arma, um pacote pardo pode ser droga e um movimento brusco pode ser um ataque. Por outro lado, é extremamente incômodo ter seus bens pessoais revistados e o veículo vistoriado e bastante constrangedor ter seu corpo apalpado por um estranho. A situação ainda se torna exponencialmente embaraçosa se isto se passa em público, como costuma ocorrer (Pinc, 2014).

Em quarto lugar, há um abismo entre as expectativas de comportamento de cada lado. Falhas na interpretação do comportamento e na comunicação entre as partes são responsáveis por boa parte dos desentendimentos e insatisfações durante o encontro entre a polícia e o cidadão. Há direitos e deveres a serem exercidos e cumpridos por ambos os atores. Da parte do cidadão existem regras de conduta e bom senso desconhecidas pela maioria - tema que será examinado adiante. Da parte da polícia, igualmente existe despreparo e insegurança quanto às regras de procedimento policial. Algumas corporações enfrentaram este tema. Mas a maioria ou não enfrentou ou não tornou público o resultado. A clareza das regras, das expectativas, da missão institucional e da responsabilização faz parte da chamada *accountability* policial.

4. *ACCOUNTABILITY* DA ATIVIDADE POLICIAL

O termo *accountability* em inglês não é unívoco e apresenta dificuldades na tradução para o português. Por tal razão, a maioria dos autores utiliza o termo em inglês.

Accountability por vezes é utilizado com o sentido de controle ou fiscalização, prestação de contas, responsabilização ou até mesmo transparência, no sentido da redução da assimetria de informações entre os agentes públicos e os cidadãos. A utilização do termo *accountability* no sentido de responsabilização é o que mais vem se consolidando na língua portuguesa. Entretanto, como alerta Homerin (2016), os termos *accountability* e *responsability* no idioma inglês não são intercambiáveis, estando a responsabilização (com uma acepção mais individual) inserida na *accountability*, que possui uma acepção mais geral e contempla

também mecanismos internos e externos de controle. Da mesma forma, o termo transparência não é suficiente para dar sentido a *accountability,* porque aquela é apenas uma condição desta (HOMERIN, 2016).

Assumindo que o termo ainda não possui uma tradução satisfatória para o português, *accountability* deve ser entendida como um amálgama entre os termos ingleses *answerability,* que é a transparência e a prestação de contas, e *enforcement,* que é a possibilidade de uma imposição de sanção, a responsabilização. Além disto, deve ser considerado também o paradigma da expressão anglo-saxônica *meaningful accountability*, que pressupõe que as atividades de controle não se resumam a garantir uma mera obediência às normas vigentes, mas sim o atendimento à "missão precípua da organização" (Homerin, 2016, p. 14).

Para S. E. Walker e Archbold (2018), o significado central da *accountability* policial está conectado ao princípio básico democrático de que a polícia deve prestar contas ao público. Apenas em regimes totalitários as polícias estão à inteira disposição do líder supremo e não estão submetidas a mecanismos institucionais de fiscalização. A *accountability* policial possui duas dimensões, segundo estes autores. A primeira é estabelecer que as agências policiais prestem contas e sejam responsáveis pelos serviços que oferecem (controle de criminalidade, manutenção da ordem etc.), mantendo contato e direcionando o trabalho em benefício da sociedade. A segunda dimensão estabelece a responsabilidade individual de cada agente policial por seus atos e pela maneira que trata o cidadão, especialmente no manejo de uso da força e no respeito à dignidade humana (S. E. Walker & Archbold, 2018, p. 10-11)segundo CITAR. A primeira é estabelecer que as agências policiais prestem conta e sejam responsáveis pelos serviços que oferecem (controle de criminalidade, manutenção da ordem, etc.

Como alertam Bueno e outros pesquisadores (2019), pouco se discute na literatura especializada brasileira sobre a discricionariedade do policial no exercício de sua atividade. Quando se visualiza que o agente estatal pode decidir sobre a vida, a morte e a liberdade de um cidadão, o controle desta discricionariedade é realmente desafiador na implementação de uma política pública (Bueno, Lima, & Teixeira, 2019, p. 796). E, como em qualquer outro ordenamento jurídico, a mera existência de uma lei ou estatuto válido não elimina a má conduta das pessoas, muito menos os padrões de comportamentos desviados de agentes policiais, como comprova Turner (1999), após a análise de legislação federal americana desde a década de 1940 (Turner, 1999, p. 1004).

Segundo S. Walker (2007), a *accountability* é um elemento vital do policiamento americano. Naquele país há uma consciência consolidada de que os agentes e as organizações devem ser responsabilizados por suas ações por meio

de procedimentos eficazes, que garantam a legalidade e legitimidade da instituição. A *accountability* inclui tanto o que a polícia faz quanto seu desempenho. A responsabilidade em nível individual envolve a conduta dos policiais com relação ao tratamento legal, respeitoso e igualitário dos cidadãos. O autor também relata a existência dos Sistemas de Intervenção Precoce (EIS), que envolvem um banco de dados informatizado sobre o desempenho dos agentes, permitindo a identificação de policiais com problemas recorrentes de desempenho (por exemplo, altas taxas de uso da força, reclamações dos cidadãos etc.). Os policiais identificados são submetidos a intervenções formais, como aconselhamento e reciclagem, sendo conclamados a corrigir os problemas identificados (S. Walker, 2007, p. 1).

No Brasil, a noção de *accountability* policial é a base para a criação das Ouvidorias de Polícia. As ouvidorias partem do pressuposto de que os que possuem mandato ou poder precisam responder e ser responsabilizados por suas ações. Alguns pesquisadores, como J.P. Araújo (2018), limitam a acepção de *accountability* à noção de prestação de contas, entendendo que ela diz respeito apenas a eventos passados, "sobre escolhas feitas no passado e, se é *accountable*, sobre um determinado conjunto de coisas estabelecidas por um mandato específico" (Araújo, 2018, p. 58). Outros, entretanto, ampliam para necessidade de regramento claro, legítimo e conhecido da atividade policial.

Para Tudela (2001), a função policial é uma das mais complexas e difíceis em qualquer sociedade e, em contextos democráticos, a autoridade e a prática policial devem ser embasadas no estado de direito. Entretanto, existe o componente de discricionariedade que deve estar presente, mas deve ser de alguma forma regulado, o que demanda especialmente orientação, instrução e constante treinamento (Tudela, 2011, p. 77).

De Araujo (2008) problematiza o fato de que o policial, na maior parte do tempo, realiza suas funções sem supervisão ou acompanhamento de um superior. Desta forma, quando o policial adota condutas indevidas, do ponto de vista procedimental, estas não são corrigidas e há uma tendência a serem incorporadas e naturalizadas, causando riscos ao cidadão e ao próprio policial.

Para S. E. Walker e Archbold (2018), um sistema efetivo de *accountability* policial requer que os departamentos tenham clara e detalhada a política sobre todos os incidentes críticos, assim considerados os encontros policiais envolvendo a vida, a liberdade e o bem-estar das pessoas. Estas políticas comporiam guias e manuais escritos que respaldariam a atuação policial, esclarecendo como o agente deve ou não deve atuar. Exige-se também que haja um relato escrito após cada incidente crítico (WALKER; ARCHBOLD, 2018, p. 14)segundo CITAR. A primeira é estabelecer que as agências policiais prestem conta e sejam responsáveis

pelos serviços que oferecem (controle de criminalidade, manutenção da ordem, etc. Os autores enfatizam a ideia de responsabilidade, de controle e participação qualificada do destinatário do serviço, razão pela qual orientam que estes manuais sejam disponibilizados ao público. Para eles, pessoas que conhecem e entendem como legítima a atividade policial tendem a obedecer e se alinhar melhor (p. 12).

> Nenhum sistema de controle interno pode ser eficaz sem padrões claros, explícitos e conhecidos do pessoal da polícia. Mesmo quando existe uma definição clara do que é proibido e os procedimentos e regras a serem seguidos são definidos com precisão, a discrição com a qual os responsáveis pela área de assuntos internos podem atuar pode gerar uma imagem incerta ou anômica sobre a política e Desempenho institucional Dessa forma, também é importante que todo o processo seja transparente, ou seja, perfeitamente móvel, desde o momento da detecção, vigilância e investigação até a imposição das sanções necessárias (Tudela, 2011, p. 46).

Em relação ao uso da força, a maioria das corporações adota em seus manuais a orientação do uso progressivo. A Lei 13.060/2014, lei nacional, disciplina ser ilegítimo o uso de arma de fogo contra pessoa ou veículo em fuga, exceto quando representem risco de morte ou lesão aos policiais ou a terceiros. Em resumo, a medida da força está diretamente relacionada à reação ofensiva, seguindo o quadro básico abaixo (Pinc, 2007a, p. 4, ilustração 2):

Resistência pelo Uso da Força Contínua e Níveis de Resposta Nível (Tabela 1)

Nível de Resistência do Suspeito	Nível de Controle da Força Usada pelo Policial Presença
Presença do suspeito Resistência verbal Resistência passiva Resistência defensiva Resistência física ativa Uso de arma de fogo e força letal	Posição de abordagem Comando verbal Técnicas de condução de preso Agentes químicos Táticas físicas/outras armas Uso de arma de fogo e força letal

Esta tabela se conjuga com o definido no Manual de Prática Policial da Polícia Militar de Minas Gerais (PM-MG, 2002, p. 49-50), que enquadra os sus-

peitos nas seguintes situações: a) normalidade, que é a situação rotineira do patrulhamento; b) cooperativo; c) resistente passivo, quando ele não oferece resistência física, mas não acata as determinações; d) resistente ativo, quando há um desafio físico, como tentar fugir empurrando o policial ou vítimas; e) agressão não letal, quando há resistência ativa e hostil, culminando com um ataque físico; f) agressão letal. E a partir daí o manual orienta as condutas em semelhança ao quadro acima.

De acordo com Pinc (2007b), é papel determinante da instituição policial facilitar e orientar o seu agente a agir da melhor maneira possível, por meio de guias de comportamento que descrevam as possíveis situações e orientem a conduta adequada a seguir. A autora cita os manuais da polícia militar paulista denominados "POPs" (procedimentos operacionais padrão). Segundo ela, o POP paulista é um documento que tem caráter oficial, mas não é impositivo, respeitando a autonomia do policial diante da imprevisibilidade inerente à atividade. Porém, ele tende a "reduzir a margem de erro policial à medida que trata das situações cotidianas com riqueza de detalhes e orienta a forma ótima de agir, sem inibir a discricionariedade do policial" (p. 6).

O POP paulista não está disponível abertamente na internet, diferentemente do POP Abordagem da Polícia Militar do Mato Grosso do Sul. Embora este não se encontre em sítio oficial da corporação, é facilmente acessível na internet[8]. Neste documento, em formato didático de formulário com algumas ilustrações, existem inclusive descrições de atitudes suspeitas (Louveira, Martins dos Santos, & Furtado de Oliveira, 2013, (LOUVEIRA; MARTINS DOS SANTOS; FURTADO DE OLIVEIRA, 2013p. 15-16). Sobre a *busca pessoal*, ao final da descrição da *sequência de ações* há a orientação para

> Após a busca pessoal, se verificado que o revistado é pessoa idônea e que não possui antecedentes criminais, tampouco está em posse de objetos ilícitos, explicar a finalidade da abordagem. Colocar-se à disposição e agradecer a cooperação (LOUVEIRA; MARTINS DOS SANTOS; FURTADO DE OLIVEIRA, 2013 "(LOUVEIRA; MARTINS DOS SANTOS; FURTADO DE OLIVEIRA, 2013, p. 20).

Ainda, na sessão *ações corretivas*, orienta que "Se ao término da revista, a pessoa revistada reagir com desaprovo ao procedimento policial, de forma educada, procurar elucidá-lo da importância e necessidade da ação". Há também a previsão de procedimento de vistoria veicular, em que determina, por exemplo, que o motorista deverá acompanhar visualmente a busca em seu veículo (p. 39).

Embora igualmente de difícil acesso via internet, o POP da Polícia Militar

8 Disponível mediante cadastro prévio em https://www.academia.edu/26906247/POP-Abordagem

de Goiás traz inclusive a orientação aos policiais sobre abordagem a pessoas com deficiência auditiva, indicando os principais gestos de linguagem de sinais (Teixeira & Campos, 2019, p. 5).

Digno de elogio é o Manual de Prática Policial da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, disponível abertamente na internet[9] e veiculado na corporação oficialmente pela Resolução 3664/2012. Trata-se de um material bastante completo e fundamentado, com textos didáticos com ilustrações e orientação de conduta para diversas situações possíveis na atividade policial. Inicia-se trazendo uma reflexão que nomeia de *tática individual*, convidando o agente a refletir sobre quem ele é, seu papel na sociedade e qual a melhor maneira de executar seu trabalho.

> O policial é, entretanto, um cidadão comum da sociedade, diferenciado apenas pela sua qualificação e pelo fato de ser um cidadão a serviço da população. Imprescindível se faz o questionamento constante quanto às consequências dos atos que os policiais praticam, enquanto encarregados de fazer cumprir a lei (...) Primeiramente, do ponto de vista da pessoa humana, as atitudes que fogem ao contexto ético são testemunhas de falta de sensibilidade para com o próximo, além de caracterizar falta de profissionalismo. O clichê "trate os outros como gostaria que tratassem você" ainda é bastante atual, sobretudo na profissão que escolhemos, haja vista que as situações em que somos chamados a atuar coloca-nos em contato com pessoas fragilizadas, vulneráveis, ainda que apenas naquele momento (PM-MG, 2002, p, 5).

Como é de se esperar, o manual se concentra mais na orientação da atividade em ações críticas de avaliação de cenário, ponderação do uso da força em situações de ameaça ou agressão e abordagens de maior risco. Entretanto, há variados alertas para que o policial não cometa erros de interpretação por avaliar apressadamente uma situação como potencialmente de risco. É o caso em que orienta o policial a continuar os comandos verbais e, com segurança, aproximar-se da pessoa abordada, sem iniciar um procedimento de uso da força mais incisivo até se assegurar de que não se trata de uma pessoa com deficiência auditiva. Ele também orienta o cuidado especial com a linguagem, pois "alguns policiais acreditam que, utilizando uma linguagem vulgar, "chula" e ameaçadora, desencorajaram a resistência do suspeito. Diálogos dessa natureza causam espanto e demonstram falta de profissionalismo" (PM-MG, 2002, p. 56).

Novamente, quando orienta a abordagem ao suspeito, o manual oferece

9 Disponível em http://www.errogrupo.com.br/v4/pt/wp-content/uploads/2013/07/Manual-de-pr%C3%A1tica-policial-Resolucao_3664.pdf

uma grande lição de atuação eficiente e sensível ao policial:

> Quando interagimos com outras pessoas, somos voltados à proteção de nossa autoestima e, algumas vezes, chegamos ao extremo para defendê-la. As pessoas, inclusive os infratores, querem ser tratadas com dignidade. Algumas podem reagir fisicamente para alcançar isso. Ao confrontar-se com um suspeito, você inibe não apenas a sua liberdade, mas também o seu ego, seu componente psicológico mais importante. Quando o policial exerce a sua autoridade sobre o suspeito para obrigá-lo a cumprir a sua vontade e não a dele, automaticamente o diminui. Se você se porta de modo dominador, insultante, depreciativo ou com ações que o deixam sem opções ou o façam parecer covarde na frente das pessoas que são importantes para ele, fará com que acredite que a violência é a única forma de defender o seu ego. Esta opção pode ser evitada se você compreender e, com perspicácia, manipular a dinâmica humana (PM-MG, 2002, p. 62-63).

A orientação da conduta de abordagem ao suspeito segue chamando atenção sobre cuidados com o espaço pessoal do abordado, a postura aberta após a avaliação de baixo risco de agressão, o tom de voz a ser utilizado, a necessidade de comandos verbais claros, com a fala pausada e de se evitar o uso de gírias, apelidos e brincadeiras. Igualmente orienta que o policial não se deixe descontrolar por um comentário ofensivo ou uma má conduta do suspeito. É um conteúdo valoroso, que poderia ser complementado apenas com a necessidade de, antes da liberação do cidadão por ausência de ilegalidade, explicar-lhe o motivo da abordagem e agradecer-lhe pela cooperação, como faz o manual da PM-MS.

No âmbito federal, a Polícia Rodoviária Federal também conta com manuais de procedimentos policiais, que orientam o agente em como proceder nas mais diversas situações de combate à criminalidade ou irregularidades de trânsito, bem como instrução sobre abordagem. Porém, o material não está acessível ao público[10].

5. SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA POLÍCIA VERSUS SOCIEDADE E ADOÇÃO DE UM MODELO COLABORATIVO

Retoma-se agora a discussão inicial do artigo: qual lição do interacionismo simbólico de Mead pode ser útil ao controle externo da atividade policial e à

10 No dia 21 de janeiro de 2020, a autora enviou e-mail, conforme orientação na página web da PRF, ao setor de comunicação do departamento, solicitando informações de abordagem e prisão e perguntando sobre a disponibilização dos manuais, porém até o envio para submissão editorial deste artigo, não houve resposta.

própria atividade da polícia?

A resposta está no fundamento central da teoria: a personalidade e o comportamento são moldados através dos significados atribuídos nas interações sociais repetidas, em que há ajustes e reforços a depender de cada episódio de integração e experiências vividas. É um movimento cíclico e não individual, acirrado quando há identificação de pertencimento a um certo grupo, como demonstram os experimentos relatados anteriormente.

A lição que se extrai é fundamentalmente a necessidade de se desfazer a visão de grupo ou ao menos amenizá-la. O reforço da existência de um "grupo polícia" versus um "grupo sociedade" faz gerar em cada indivíduo a retomada de um sentimento ancestral e mitológico de tribalismo (PETERSON, 1999b), em que há meu grupo, minhas ideias, meus valores e minhas defesas em relação ao outro grupo, às suas ideias e aos seus valores. O diálogo é dificultado, assim como a busca por um denominador comum. O distanciamento de grupos pode fazer com que o policial não se reconheça na sociedade, assim como a sociedade não reconheça o policial como parte integrante dela.

Os experimentos expostos anteriormente podem gerar a sensação de que a tentativa de aproximação da polícia e da sociedade seja uma causa perdida, afinal a identificação com grupos e a rivalização entre eles é um traço humano social-evolutivo. Entretanto, outras pesquisas sugerem que os estereótipos inconscientes podem ser superados, assim como a discriminação inconsciente. Em outro experimento famoso, estudou-se a formação e a união de um grupo de meninos, e como se forma a rivalização com outro grupo semelhante. Após crescente acirramento de disputas entre os grupos, foi tentada uma aproximação entre eles; os pesquisadores, contudo, perceberam que o mero contato não reduziu a atitude negativa de cada grupo em relação ao outro. O que de fato os aproximou foi a tática dos diretores do experimento de estabelecer desafios que só poderiam ser superados se os grupos atuassem juntos (Mlodinow, 2013, p. 152-153).

Segundo constatações dos próprios pesquisadores, a mudança no padrão de interação entre os grupos somente foi possível quando ambos possuíam objetivos em comum e perceberam que é vantajoso trabalhar juntos (Mlodinow, 2013, p. 152-153). O objetivo do sujeito criminoso é oposto ao objetivo da polícia, situação inconciliável, exceto em relação ao tratamento em conformidade com o que estabelecem as convenções e normativas de direitos humanos. Entretanto, o objetivo do cidadão não criminoso e o objetivo do policial é o mesmo: em síntese, uma sociedade com mais segurança pública. O objetivo é comum e basta agora concertar o trabalho em conjunto.

Primeiramente, há a necessidade de real *accountability* que supere apenas

o conceito de ouvidorias e análises posteriores das más condutas denunciadas, o que o controle externo pode cobrar. A existência de regras claras e a transparência são pressupostos da *accountability*. É necessário que sejam estabelecidos, de forma clara e suficiente, padrões de ação desejados ou recomendados, sob pena de sua ausência tornar-se uma fonte potencial de má conduta. Um policial que desempenha suas funções sem ter critérios claros e conhecidos tende a aplicar os critérios e as considerações pessoais ou de seus colegas próximos, o que pode não ser o mais acertado (Tudela, 2011, p. 103). É recomendável e necessário que cada departamento/corporação policial possua um manual formalizado de procedimentos.

A própria existência dos manuais de procedimento padrão, como o POP paulista, não garante a sua aplicação ideal. O estudo de Observação Social Sistemática sobre abordagem da PMSP realizada por Pinc (2007a) mostrou, por exemplo, que 79% dos policiais observados atuaram de forma negligente com a segurança própria, deixando de observar as normas de segurança quanto a aproximação ao veículo e resguardo da própria arma (p. 15). Assim como identificou atuações que podem ser consideradas abusivas, como a de não colocar a arma no coldre após a verificação de não se tratar de suspeito, e de se apontar arma indevidamente. Isto gera sensação de insegurança e desconfiança da população em relação ao trabalho policial. Assim, é imprescindível que estes manuais tenham um valor formal na instituição e que haja atualização, treinamentos periódicos e cobrança de obediência aos seus preceitos.

Em segundo lugar, transparência é essencial. Os manuais devem ser publicizados. É importante para o cidadão saber o que esperar de uma abordagem e o que cobrar a respeito de eventuais excessos. Existe, como mencionado, uma grande dúvida em geral da população sobre o que o policial pode ou não fazer. Há também um desencontro de expectativas, cujo desagrado decorrente poderia ser amenizado se houvesse mais conhecimento da população sobre o tema. Por exemplo, ter conhecimento que, em uma abordagem a veículo com vistoria, é padrão que as pessoas ocupantes sejam deslocadas para o lado do acostamento para a revista do carro, reduziria o constrangimento do abordado com a situação. Aproximar do cidadão a ideia de que ser abordado é uma situação recorrente da cidadania, sem que se faça associação a criminosos.

Este é papel que pode ser assumido diretamente e de maneira centralizada pelo controle externo da atividade policial, cobrando-se a manualização das condutas de abordagem e comportamento perante o cidadão. Não se trata de revelar estratégias de atuação ou qualquer outra informação que possa colocar o policial em risco, mas de tornar público o que se espera do policial conforme os melhores preceitos de *accountability*.

Estas medidas, no entanto, não são suficientes.

A ideia de grupos com interesses antagônicos na relação entre a polícia e a sociedade não deve existir, ou ao menos deve ser mitigada. Cada policial é um cidadão e, nesta condição, sabe o que é sentir-se vulnerável ao enfrentar o desconhecido. A publicização dos procedimentos e a *accountability* policial amenizaria para o cidadão a sensação de vulnerabilidade ao ter conhecimento do que esperar de um encontro policial. Mas a verdade é que o cidadão - inclusive o membro do Ministério Público responsável pelo controle externo - não conhece o dia a dia da polícia, suas próprias vulnerabilidades e aflições. O cidadão médio tem a imagem da polícia construída por uma fantasia *holywoodiana* ou por um pesadelo dos programas jornalísticos policiais.

E a primeira providência para a criação da empatia é reconhecer o policial como parte da sociedade. Conhecer as dificuldades de seu trabalho e adotar atitude colaborativa. Um cidadão colaborador gerará no próprio policial a segurança de poder bem atuar conforme a prescrição de seu manual de procedimentos. Cada qual sabedor de sua parte no ato, de seus direitos e de seus deveres também.

Existe um código de conduta não escrito também para o cidadão abordado, baseado tanto em suas obrigações legais quanto no bom senso. De acordo com suas obrigações legais, por exemplo, deve identificar-se ou fornecer todos os dados necessários para isto. De acordo com o bom senso, por exemplo, não deve realizar movimentos bruscos enquanto estiver sendo abordado. A grande maioria das pessoas, todavia, desconhece este código de condutas e parte delas tampouco se atenta para o bom senso que deveria ser natural.

Há algumas iniciativas publicadas, como o material do GAECO do Ministério Público do Paraná e que orienta o cidadão sobre direitos e deveres nas abordagens policiais[11]. Em específico, o MP indica como o cidadão deve agir em caso de abordagem, trazendo instruções como de manter as mãos visíveis, não usar palavras agressivas, não tocar o policial, dentre outras orientações. No entanto, há necessidade de o cidadão ativamente procurar estas orientações e geralmente isto apenas ocorre após algum incidente malogrado na abordagem policial. Outros materiais publicados e distribuídos, geralmente por defensorias e ONGs, abordam majoritariamente os direitos do cidadão; pouco ou nada orientam sobre os deveres ou como melhor colaborar com o ato da abordagem policial.

A sugestão é a criação de conjunto de orientações na forma, por exemplo, de um manual do cidadão, que poderia ser distribuído em eventos públicos e principalmente constar em currículos escolares ou em eventos especiais de conscientização nas escolas. Poderiam igualmente realizar-se parcerias para criação de materiais publicitários e inserções da temática em produções nacionais, como

11 Disponível em http://www.gaeco.mppr.mp.br/pagina-61.html

novelas. Este material deverá ser criado em conjunto com representante da sociedade, Ministério Público e instrutores de abordagem das escolas de treinamento policial.

Ainda mais simples é articular com Departamento Nacional de Trânsito para que o conteúdo sobre procedimentos em abordagem policial faça parte do currículo obrigatório no curso de formação de condutores. Embora a abordagem a veículo ocorra de forma bastante recorrente, ainda são usuais situações de motoristas sem nenhum preparo para situações de fiscalização. Há regras de conduta simples e orientações de bom senso que podem fazer parte do treinamento do motorista que estão além das situações tipificadas como infração de trânsito.

A abordagem policial sempre gerará tensão, tanto no cidadão abordado quanto no cidadão policial. Mas o fortalecimento da noção de que não existe antagonismo nos objetivos essenciais da polícia e da sociedade, além da criação da empatia com o conhecimento e compromisso do papel de cada um, certamente colaborará para um maior bem-estar cidadão e um fortalecimento da segurança pública. Nas palavras de Tânia Pinc:

> Neste sentido, dois fatores podem contribuir para que a abordagem policial deixe de ser um encontro desconcertante: aumentar o preparo profissional do policial militar; e ampliar o conhecimento do cidadão sobre esse encontro, tanto no que se refere às razões pelas quais ele ocorre, quanto sobre a maneira como deve se comportar durante a abordagem (Pinc, 2007b, p. 20).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O membro do Ministério Público deve evitar o dualismo simbólico polícia *versus* cidadão tanto em sua atuação no controle externo quanto em sua atuação criminal, conhecendo e compreendendo a atividade policial e a atividade do policial. É também o papel da Justiça e de todo seu aparato. Reconhecer o policial como cidadão e atuar para mitigar os efeitos psicológicos negativos do "tribalismo", em que se distancia a polícia do cidadão e vice-versa, é uma postura essencial.

Na atuação como controle externo é importante o estabelecimento de enunciados que delimitem o poder de polícia e sejam dirimidas dúvidas, tanto do cidadão como do policial. Por exemplo: é permitida a filmagem da abordagem? É possível se pedir que o abordado coloque a senha no celular para fiscalização? O policial pode filmar o cidadão? Enunciados claros desta natureza geram segurança jurídica, essencial para uma função em que a prevaricação e o excesso são constantes sombras ameaçadoras do fino equilíbrio ideal. Delimitações claras também

auxilia o Poder Judiciário quando chamado a decidir as demandas que envolvam a atuação policial.

O manual de procedimentos da PM-MG é um exemplo a ser seguido. Trata-se de material que poderia ser replicado, especialmente suas lições de humanidade e empatia. As reflexões constantes do manual e que foram aqui expostas poderiam ser adaptadas para reflexão do próprio indivíduo e de seu papel de cidadão no controle da segurança pública.

Entender o comportamento humano é uma tarefa difícil. Não existem respostas fáceis e nada é tão seguro nem preciso. Teorias e experimentos psicológicos/sociológicos que pareciam inovadores e se julgavam definitivos são hoje alvo de críticas e mesmo acusações de fraudes, como o Experimento da Prisão de Stanford[12]. A cada avanço da ciência, entretanto, mais luzes são colocadas sobre o comportamento humano e sobre as estratégias de composição de conflitos. No caso da teoria de G.H. Mead, seu eixo central nunca foi afastado. Vários outros pesquisadores utilizam sua base interacionista como ponto de apoio ao desenvolvimento de outros estudos. A ideia da sociedade e cultura como fator de modulação da personalidade é praticamente unânime entre os teóricos sociais e pesquisadores psicólogos, o que muda é apenas o grau de influência.

Aplicar este conhecimento é garantir uma sociedade mais segura, mais solidária e menos conflitiva. Este é nosso objetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, J. P. **Controle externo, participação e accountability: dilemas e desafios da "Ouvidoria das UPPs"**. [s.l.] Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2018.

AZEVEDO, M. A. Concepções sobre Criminalidade e Modelos de Policiamento. **Psicologia Ciência e Profissão**, v. 23, n. 3, p. 18–25, 2003.

BROWN, J. C. An Experiment in Role-Taking. **American Sociological Review**, v. 17, n. 5, p. 587–597, 1952.

BUENO, S.; LIMA, R. S. DE; TEIXEIRA, M. A. C. Limites do uso da força policial no Estado de São Paulo. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 17, n. spe, p. 783–799, nov. 2019.

BYRNES, D. A.; KIGER, G. Prejudice-Reduction Simulations: Ethics,

12 https://www.vox.com/2018/6/13/17449118/stanford-prison-experiment-fraud-psychology-replication

Evaluations, and Theory into Practice. **Simulation & Gaming**, v. 23, n. 4, p. 457–471, 1992.

CASAGRANDE, C. A. Interacionismo Simbólico, Formação do Self e Educação: Uma Aproximação ao Pensamento de G. H. Mead. **Educação e Filosofi a**, v. 30, n. 59, p. 375–403, 2016.

DE ARAÚJO, J. C. R. **ABORDAGEM POLICIAL: CONDUTA ÉTICA E LEGAL**. [s.l.] Universidade Federal de Minas Gerais. Curso de Especialização em Estudos de Criminalidade e Segurança Pública, 2008.

DE OLIVEIRA, M. D. C. L.; RON-RÉN JUNIOR, R. C. Agência e discricionariedade na prática policial. **Revista Brasileira de Linguistica Aplicada**, v. 17, n. 4, p. 759–775, 1 out. 2017.

GOFFMAN, E. **Manicômios, Prisões e Conventos (Asylums)**. Coleção De ed. São Paulo. Brasil: Editora Perspectiva, 1974.

HOMERIN, J. C. **Impossivel tradução termo accoutability para o português.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Escola de Administração., 2016.

HUND, A.; KNAUS, K. (Re)Imagining Teacher Preparation Through Symmolic Interactionism. **Complicity: An International Journal of Complexity and Education.**, v. 8, n. 1, p. 51–57, 2011.

LE TEXIER, T. **Debunking the Stanford Prison Experiment**. [s.l.] American Psychological Association (APA), 2019. Disponível em: <https://www.gwern.net/docs/psychology/2019-letexier.pdf>.

LOUVEIRA, R.; MARTINS DOS SANTOS, E.; FURTADO DE OLIVEIRA, E. **MANUAL DE PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS PADRÃO – POP. PM/MS**Estado do Mato Grosso do Sul. Comando Geral da Polícia Militar., , 2013.

MEAD, G. H. **Mind, Self, and Society: From the Standpoint of a Social Behaviorist.** Chicago: The University of Chicago Press, 1934.

MLODINOW, L. **Subliminar: Como o inconsciente influencia nossas vidas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

PETERSON, J. B. **MAPS OF MEANING. The Architecture of Belief.** New

York: Routledge, 1999a.

PETERSON, J. B. Neuropsychology and Mythology of Motivation for Group Aggression. In: **Encyclopedia of Violence, Peace, and Conflict**. [s.l.] Academic Press, 1999b. v. 2p. 529–545.

PINC, T. **Abordagem Policial: avaliação do desempenho operacional frente à nova dinâmica dos padrões procedimentais**. [s.l: s.n.].

PINC, T. Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público. **REVISTA BRASILEIRA DE SEGURANÇA PÚBLICA** , v. 1, n. 2, p. 6–23, 2007b.

PINC, T. Por que o Policial Aborda? Um estudo empírico sobre a fundada suspeita. **Confluências | Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 16, n. 3, p. 34, 20 nov. 2014.

PM-MG. Manual-de-prática-policial-Resolucao_3664/2002. . 2002.

SILVA, F. C. DA. G. H. Mead. Ciência Experimental, Consciência Social e Democracia Participativa. In: **Lições de Sociologia Clássica**. [s.l.] Edições 70, 2019. p. 423–454.

TEIXEIRA, R. DE A.; CAMPOS, D. S. **A VISÃO DO CIDADÃO SOBRE A ABORDAGEM POLICIAL MILITAR**. Goiania: [s.n.]. Disponível em: <https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/2325>.

TUDELA, P. **Policía, accountability y control interno: líenas de acción para un mejor desempeño policial**. [s.l.] Fundación Paz Ciudadana, 2011.

TURNER, J. P. Police Accountability in The Federal System. **McGeorge Law Review**, v. 30, n. 3, p. 999–1017, 1999.

WALKER, S. **Police Accountability: Current Issues and Research Needs**. [s.l: s.n.].

WALKER, S. E.; ARCHBOLD, C. A. **The New World of Police Accountability**. 3. ed. [s.l.] SAGE Publications, 2018.

WALSH, A. **Biology and Criminology. The Biosocial Synthesis.** 1st. ed. New York: Routledge, 2009.

WALSH, A.; BEAVER, K. M. Introduction to Biosocial Approach. In: WALSH, A.; BEAVER, K. M. (Eds.). . **Biosocial Criminology. New Directions in Theory and Research**. London and New York: Routledge, 2009. p. 7–28.

XAVIER PEREIRA, F. **DO CONTROLE SOCIAL AO DESVIO DE CONDUTA: Uma Análise do Comportamento Policial Militar em Belo Horizonte.** [s.l.] Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

16

O CARÁTER PROBLEMÁTICO DAS CONDUÇÕES COERCITIVAS INTERPRETADO A PARTIR DA RETÓRICA ANALÍTICA: REVISITANDO AS ADPFS 395 E 444 SOB O ÂNGULO DA EFETIVIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL E DO DISCURSO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS HUMANOS

Tomás Pires Acioli
Graduando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE
Pesquisador Bolsista do PIBIC/FACEPE
Ex-Monitor Bolsista

RESUMO: O presente trabalho se propõe a uma análise retórica, a partir do modelo formulado por Ottmar Ballweg, cujo objeto consiste nos votos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento conjunto das ADPFs 395 e 444. Busca-se enquadrar epistemologicamente o entimema (silogismo retórico) para, então, prosseguir-se à desconstrução retórico-analítica do discurso judicial, verificando a prevalência do sujeito ou objeto no discurso, bem como a preponderância ou não de elementos argumentativos extrajurídicos, como a opinião pública, economia e ideologia, e em que medida a apreciação de tais elementos influencia o evento comunicativo entre o juiz e o auditório, a ponto de se cogitar da possibilidade de se tratar o raciocínio judicial como resultado de uma operação eminentemente retórica.

PALAVRAS-CHAVE: Análise retórica. Interpretação autêntica. Direitos humanos. Processo penal. Conduções coercitivas. Persecução penal.

INTRODUÇÃO

O julgamento das ADPFs 395 e 444, na condição de ações típicas do controle objetivo de constitucionalidade, evidencia o paradoxo teórico que, em tema de argumentação jurídica, com frequência se faz presente na interpretação em torno de determinada questão constitucional. Este paradoxo, sob o prisma da

ironia e da retórica estratégica mesma, revela, segundo o ponto de partida dos retóricos, a incompatibilidade entre a afirmação do método silogístico do raciocínio jurídico e os significados diversos atribuídos pelo intérprete autêntico aos objetos do discurso.

Presente o contexto no qual se obtém soluções diametralmente diversas e concretamente incompatíveis, ainda que formalmente justificadas, pelo orador, no direito positivo, torna-se possível ter como pressuposto inicial de uma análise retórica a circunstância de que a constitucionalidade problemática de disposições normativas infraconstitucionais abstratas é superada por meio de uma retórica estrategicamente voltada à persuasão, fazendo prevalecer, na hipótese concreta, um determinado "preceito fundamental" por meio de critérios pretensamente racionais, tais como a técnica da ponderação.

Uma exposição argumentativa de tal natureza, considerado este suposto que consiste na preponderância da retórica dos direitos humanos no constitucionalismo moderno, mediante a atribuição de significados a cláusulas de garantias fundamentais porosas, busca fundamento na afirmação de se preservar, racionalmente, elementos e conceitos como o "Estado de Direito", "as garantias fundamentais" e, como no caso, uma noção específica de "direitos humanos", de forma a superar a colisão aparente de cláusulas constitucionais, tal como posta nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.

No paradigma das ADPFs 395 e 444, prevaleceu a tese de que as conduções coercitivas do sujeito passivo da persecução penal violam garantias fundamentais do investigado, argumentando-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade deste instituto processual não revelaria prejuízo a efetividade *persecutio criminis*. Cogita-se, portanto, da hipótese de que os argumentos veiculados nos votos do julgamento conjunto das ADPFs se situam no âmbito da retórica estratégica, sendo as premissas em cada qual escolhidas com a finalidade de persuadir o sujeito passivo do evento comunicativo acerca de determinado significado, apontado este no contexto metalinguístico da retórica analítica.

Sendo esse o objeto do presente estudo, pretende-se identificar e mapear as estratégias e as premissas explicitadas no julgamento da questão constitucional que envolve, ainda que implicitamente, a garantia da efetividade da persecução penal contraposta a um significado próprio atribuído pelo intérprete autêntico à noção macroscópica de "direitos humanos". Este expediente, vale destacar, por si só, já constitui uma forma de retórica, ainda que o admitir se apresente disfuncional do ponto de vista argumentativo, já que modernamente se espera do juiz um discurso afirmativamente racional.

1. RETÓRICA COMO MÉTODO NO DIREITO E NA ANÁLISE DO DISCURSO

A adoção de um método próprio ao direito, notadamente no que se refere ao raciocínio jurídico enquanto núcleo autônomo do conhecimento, consiste em complexo debate na teoria jurídica. Se, de um lado, os teóricos modernos sustentam a aplicação de um método silogístico clássico, intrinsecamente ligado à noção de uma verdade incontestável no direito, afirmam os retóricos, de outro, a aplicabilidade da retórica enquanto método no direito, situando a argumentação jurídica no âmbito do plausível, e, por isso, do verossímil.

No âmbito da meta-linguagem, a retórica-analítica constitui o método de análise do discurso judicial, possuindo, por isso mesmo, função eminentemente descritiva, e não prescritiva, voltando-se à apuração do conteúdo das retóricas materiais, como regras formais da retórica prática, estas revestidas de uma função dogmática propriamente dita. Assim, em uma perspectiva externa, a retórica analítica pretende visualizar relações entre sujeitos, objetos e sinais em diferentes planos: fronética, holística e semiótica.

Pode-se falar, desse modo, que, de um ponto de vista retórico-analítico, os níveis da retórica aplicados ao direito dogmático se subdividem também em três subníveis. O primeiro deles, o da retórica material, consiste na linguagem em si, no "fato linguístico compreensível dos eventos", o qual, a seu turno, é composto por signos que, uma vez empregados na redação de determinada espécie normativa, ganham um significado lógico dotado de autoridade. O segundo nível é o da retórica estratégica, essencialmente prática e consubstanciada em estratégias que visam um fim específico, de modo a refletir métodos de interpretação, inovação e superação das espécies oriundas daquele primeiro nível. Finalmente, o terceiro nível corresponde à retórica analítica na linguagem, que, no direito, seria o equivalente à filosofia/teoria do direito, cujo desiderato é mesmo o questionamento e a crítica aos institutos materializados e legitimados pelo primeiro nível e manipulados dogmaticamente de acordo com as relações e objetivos visados no nível da retórica estratégica.

Esse terceiro nível, o da retórica analítica aplicada ao discurso judicial (portanto aplicada aos outros dois níveis) consiste na metodologia ora adotada, cuja finalidade é exatamente questionar e criticar as relações entre sujeitos, entre sujeitos e objetos e entre sujeitos e sinais, mapeando os elementos de ordem persuasiva empregados nesses processos, a partir da premissa de que a lógica jurídica se aproxima do silogismo retórico ou entimema.

As formas às quais nos referimos consistem, na verdade, em métodos de manipulação de conceitos jurídicos e de suas fontes. No plano da meta-linguagem,

sua funcionalidade dimana de sua condição de liame entre os fins que guiam a conduta do intérprete e os meios que o conduzem a tais fins. Com efeito, é característica própria e regular da função interpretativa, que se apoia no direito posto, a afirmação de que ela em si se trata de um procedimento lógico-inferencial, procedimento que possui por essencial finalidade a extração, ou o conhecimento, de um significado contido no objeto normativo, consagrador este de um conceito abstrato positivado pela ordem jurídica por meio de um procedimento regulado por esta idêntica ordem normativa – seja na portaria, no regulamento, na lei ordinária ou na própria Constituição. E essa função se instrumentaliza e efetivamente se legitima através do método, que reveste a conclusão – o preceito secundário – da credibilidade e legitimidade inerente, por exemplo, aos atos de jurisdição.

Tais métodos são mais ou menos aceitos dentro de um determinado contexto, sobre o qual influem fatores sociais, políticos, as virtudes e os vícios subjetivos dos intérpretes.

Este processo se manifesta, sobretudo, ao instaurar-se a jurisdição constitucional concentrada, no processo de fiscalização normativa abstrata. Autorizada, pela própria Constituição, a instauração desse exercício a um específico grupo de entes e sujeitos investidos de legitimidade *ad processum,* a ordem positiva do Estado consagrou instrumentos múltiplos viabilizadores do exercício deste direito público subjetivo e abstrato de ação, de modo a possibilitar que o controle normativo da constitucionalidade se faça incidir sobre quaisquer espécies normativas que, em vigor, revelem contrariedade à Constituição, sob o ângulo, unicamente, do conteúdo normativo de tais espécies. Ademais, para que tal suceda, como é, por exemplo, a hipótese da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, independe se tratar esta espécie de um ato normativo anterior ou posterior à promulgação da Constituição da República (BARROSO, 2012, p. 102).

Nesse contexto, abstraindo-se a pretensa racionalidade imanente ao discurso jurídico, o recurso aos cânones clássicos da retórica pretende evidenciar os elementos persuasivos do discurso judicial relativo ao processo de concretização dos direitos humanos e garantias fundamentais no bojo da interpretação autêntica. Tem-se como aporte metodológico o conceito da tripartação dos níveis da retórica, conceito esse que se atribui à obra de Ottmar Ballweg (1991b), em retórica material, estratégica e analítica, sendo esta segunda a tecnologia própria dos discursos judiciais, voltados à persuasão. De outro lado, a retórica analítica pretende-se desvinculada das finalidades subjetivas e dos compromissos com as estratégias de persuasão dos outros dois níveis da retórica, buscando analisar o discurso sob o prisma da estrita objetividade. Por essa razão, a análise retórica tem o papel apenas descritivo e não prescritivo – e, bem por isso, não dogmático –, como adverte Parini (2017, p. 115-135).

Pressupõe-se um alto grau de retoricidade dos discursos jurídicos, muito embora raramente sejam explicitados os elementos retóricos que os compõem, justamente por razões de persuasão e funcionalidade (SOBOTA, 1996, p. 251-273). Caso contrário, assumem os retóricos que ter-se-ia por perdido o elemento da racionalidade, subjacente à ordem positiva, e que qualifica a legitimidade mesma do processo da decisão jurídica. Inobstante, a retórica analítica busca investigar os elementos retoricidade que impregnam o discurso jurídico, de um ponto de vista quantitativo, e o valor das características alegadamente implícitas à noção de direitos humanos que tais elementos atribuem, do ponto de vista qualitativo.

1.1. DIMENSÕES DA RETÓRICA ANALÍTICA EM BALLWEG

Como dito anteriormente, a análise retórica possui função apenas descritiva, e não prescritiva (PARINI, 2017, p. 115-135) – daí não caber falar em um "papel dogmático" da análise retórica – , direcionada à apuração do conteúdo das retóricas materiais, como as regras formais da retórica prática, portanto aspectos inerentes à própria *praxis* argumentativa prescritiva, esta sim fundada na dogmática. Assim, em uma perspectiva externa, a retórica analítica pretende visualizar relações entre sujeitos, objetos e sinais em diferentes planos: fronética, holística e semiótica.

A teoria de Ballweg tem o mérito de absorver uma pluralidade de retóricas práticas, cada uma com seu próprio conjunto de exigências específicas determinantes na obtenção da persuasão (2015, p 103). O método retórico analítico (meta-retórica) busca, desse modo, um distanciamento histórico e teórico das operações dogmáticas que pretendem elucidar a situação normativa de determinado discurso jurídico. O objeto neutro e descritivo dessa dimensão metodológica da retórica pode ser concebido como um método próprio de análise e descrição do raciocínio jurídico que se constrói em torno das retóricas práticas, notadamente da retórica estratégica.

O critério da referibilidade dos discursos jurídicos (PARINI, 2015, p. 100), ou seja, a tendência à repetição de estratégias de acusação, defesa e mesmo de razões de decidir, revela interesses que sinalizam para determinados significantes a respeito de um objeto específico na situação retórica. Assim, a ideia de *ratio decidendi*, por exemplo, contida em um julgado específico emanado de uma turma de um tribunal em particular, identifica-se não necessariamente e apenas com a figura de um dos julgadores, mas com a instituição em si, o que reflete na própria forma de contenção social da arbitrariedade e no sistema de freios de contrapesos, na ordem constitucional do Estado.

Por essa razão, a análise do discurso no presente trabalho adota o modelo

proposto por Ballweg da retórica analítica (1991b, p. 175-184), com o acréscimo, porém, segundo esta compreensão, de que por detrás do sujeito que participa do evento comunicativo, especialmente se constituir o evento em questão um rito persuasivo em torno da fiscalização normativa abstrata de constitucionalidade, há sempre uma instituição que resulta como que personificada no processo enquanto sujeito retórico, o que pode acabar a confundindo com o próprio sujeito, enquanto Órgão. Da seguinte forma fica delineado o esquema de Ballweg:

Vê-se que é no campo da fronética onde ocorre a interação direta do sujeito com a realidade linguística expressada de um lado pelo objeto e, de outro, pelos sinais. A investigação analítica sobre a postura do sujeito/instituição em cada uma das subcategorias, a agôntica, ergôntica e pitanêutica, é determinante à fixação de um ponto de partida assentado sobre o conceito de direitos humanos ou de garantias fundamentais e, por isso, também ao desenvolvimento da desconstrução retórico-analítica do discurso de cada interlocutor, que pretende ver provida determinada pretensão, chegando, ao consumar-se o ponto máximo do discurso, a uma conclusão aparentemente lógica, por vezes incompatível e inconciliável com a de seus opositores, mas sempre aparentemente racional.

Na agôntica (S → S), o elemento preponderante é interação entre sujeitos, de ordem a moldar a forma de como o sujeito assimila suas interações e experiências, sobretudo no contexto em que um interlocutor pede a pronúncia de inconstitucionalidade de um preceito legal.

Já na ergôntica (S → O), a retórica analítica acontece entre o intérprete e significado, ou sujeito e objeto, ocupando-se de definições jurídicas, políticas, ideológicas que regulam relações humanas com o mundo material, como "*periculum libertatis"*, "direitos humanos", "garantias fundamentais", "verdade real" etc.

A pitanêutica (S → Z) sugere a análise sobre o significado das escolhas que o sujeito ativo faz sobre os sinais linguísticos. Segundo Adeodato, a analítica pitanêutica se destina à explicação do poder de definição, por meio do qual sistemas linguísticos são construídos e destruídos (2008, p. 55-82). Observe-se que, no contexto do direito dogmático, tais escolhas vinculam previamente o utente ao ônus da fundamentação, pressupostos processuais, regras de julgamento etc.

2. DESCONSTRUÇÃO RETÓRICO-ANALÍTICA DO DISCURSO PROFERIDO NO JULGAMENTO DAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nºs 395 E 444

O caráter rígido do modelo constitucional brasileiro possui, como um de seus fundamentos axiológicos, o princípio da supremacia da Constituição, o que não implica dizer que o texto constitucional – a princípio rígido e somente mutável

mediante procedimentos complexamente regulados – se mantém alheio às modificações que ocorrem no *socius*. Daí os procedimentos de adaptabilidade e mutação de seu texto, tais como, por exemplo, a interpretação conforme a Constituição e o princípio da força normativa.

Desde o aparecimento de tais técnicas e doutrinas, esta cláusula se fez incorporar à argumentação constitucional, qual o postulado da supremacia da Constituição. O controle da mutabilidade constitucional pelo Judiciário, portanto sem a redução ou revogação formal dos enunciados legais incompatíveis com a Constituição, encontraria justificação teórica e política neste princípio da supremacia da lei fundamental, que pressupunha, em seu núcleo essencial, a existência de mecanismos limitadores dos abusos e do ímpeto voluntarioso dos poderes do Estado, tais como a *accountability* e os freios e contrapesos. Essas as circunstâncias, o significado prático dessa constatação é de que a obra do constituinte originário está submetida a mecanismos assecuratórios da efetividade e supremacia da própria Constituição, mediante um procedimento determinado que instaura a jurisdição do intérprete autêntico. Essa é a premissa básica do controle de constitucionalidade.

A primeira das ações que constituem o objeto deste trabalho, a ADPF 395, foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores. Afirmava-se a ocorrência de situação violadora do direito à não autoincriminação (*nemo tenetur sine detegere*), e possuía esta ação amplo objeto, eis que nela se pedia a declaração de incompatibilidade da segunda parte do art. 260 do Código de Processo Penal[1], que permite a condução coercitiva do réu ou investigado para a realização de seu interrogatório.

A segunda, a ADPF 444, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, possuía objeto mais restrito, por meio da qual se buscava a idêntica declaração de inconstitucionalidade da regra procedimental contida no art. 260, do CPP, porém apenas na fase de investigação. Sustentara-se a violação a diversas garantias de índole fundamental, dentre elas a imparcialidade, o direito ao silêncio, o sistema penal acusatório, o devido processo legal, a ampla defesa, a paridade de armas e o contraditório.

Estas ADPFs foram reunidas para julgamento em conjunto, por determinação do relator Ministro Gilmar Mendes, adotando-se analogicamente, por relevância do tema, o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99[2], em cujo procedimento há o oferecimento de informações pelos órgãos técnicos da República: a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, a Presidência da República, a Advocacia-Geral da

1 Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

2 Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

União e o Procurador-Geral da República.

A investigação analítica sobre a postura do sujeito/instituição em cada uma das subcategorias (agôntica, ergôntica, pitanêutica) pretende assumir uma posição descritiva das estratégias persuasivas de que lançam mão os sujeitos da relação comunicativa em que se discute a constitucionalidade em tese de determinado texto legal. Assume-se que, em qualquer caso, o utente parte de uma premissa genérica de proteção da supremacia da Constituição e dos direitos humanos, sendo que, conforme visto, os órgãos técnicos, os juízes e os autores das ADPFs chegam a conclusões diversas e, na sua essência, incompatíveis entre si, denotando o caráter entimemático do raciocínio alegadamente silogístico que se utiliza de uma técnica dogmaticamente aceita pelo modelo decisionista de caráter constitucional.

2.1. OS MEIOS DE PROVA DA PERSUASÃO (*ETHOS, PATHOS* E *LOGOS*) E O PROBLEMA DA AUTORIDADE/RACIONALIDADE

O primeiro vetor a partir do qual se analisa o discurso deve estar consubstanciado nos meios de prova técnicos da persuasão, uma vez que o *ethos*, *pathos* e *logos* se encontram, como será possível observar, conjugados em uma relação teleológica de pressuposição.

Veja-se, inicialmente, o *ethos* daquele que profere o discurso. No voto vogal do Ministro Fachin, são dedicadas as nove primeiras laudas a reflexões metafísicas acerca do sistema criminal brasileiro. Nesse contexto, ao mesmo tempo em que fixa a competência institucional do STF para julgar de modo isento e em conformação com limites constitucionalmente impostos à liberdade hermenêutica do intérprete autêntico, o fato de o Tribunal reconhecer – no *ethos* – a relevância do tema, acaba por se projetar sobre o *pathos* (PARINI, 2015, p. 73), de especial significado que se faz nos preâmbulos de votos dessa natureza, a exemplo da seguinte passagem:

> Atente-se, pois, para esse limite, até porque o terror tem diversas faces. Nas ditaduras vem nas sombras. Nas democracias ele se disfarça em apuros linguísticos de verniz a fim de turvar a realidade.
> Alterar um sistema de Justiça Criminal notadamente injusto: esse é o destinatário dos preceitos fundamentais insculpidos na Constituição. Essa é a cruzada constitucional que ainda não se completou. O Estado de Direito, reclamado na VII Conferência da OAB, em Curitiba, e que se projetou nas conquistas democráticas de 1988, requer mais que enfrentamento retórico. A despeito do truísmo desta constatação – a flagrante e histórica desigualdade do sistema de Justiça Criminal brasileiro - , creio ser esta uma realidade que deve estar insistentemente presente na órbita das preocupações de todos,

> sejam advogados, membros do Ministério Público, policiais, defensores públicos e, sobretudo, juízes. (BRASIL, 2018).

No que respeita ao *logos* do orador, o que importa, do ponto de vista individual do intérprete autêntico, é convencer primeiramente o Tribunal sobre determinada interpretação da matéria constitucional para, em seguida, convencer-se a opinião pública – sob a ótica de que os três meios de prova se confundem em um mecanismo único de persuasão – de que se está seguindo a regra lógica do sistema normativo. Esse sistema normativo, por excelência, tal como ora se cogita, não pode ser considerado resultado de uma operação fundada no silogismo formal aplicado ao direito como pretendem os racionalistas. Caso assim o fosse, não haveria que se falar em uma *ratio decidendi* na formulação do julgado enquanto precedente, em votos vencidos e vencedores no âmbito da jurisdição constitucional, o que encerra a perplexidade de que, por sua própria natureza, o discurso jurídico pressupõe a construção de um relato vencedor e, por essa razão, está necessariamente vinculado ao seu aspecto persuasivo.

A linguagem própria do intérprete autêntico, assim, busca transmitir a ideia de razoabilidade, legitimidade e imparcialidade, de modo que manter implícita parte das razões que poderiam ser consideradas interesseiras, extrajurídicas ou mesmo imorais se apresenta como um recurso expressivamente funcional ao adimplemento da exigência de se atribuir coerência e racionalidade a uma conclusão muitas vezes pré-concebida, de tal forma a ajustar essa conclusão aos cânones e parâmetros de aceitabilidade ordinariamente tidos por legítimos pela ordem positiva. Quanto ao conteúdo, portanto, o intérprete autêntico busca transmitir a percepção de um *logos* bem estruturado e direcionado pelo silogismo formal exigido pelo direito dogmático, enquanto pretende apresentar seu *ethos* em uma situação de imparcialidade e polidez que, por sua vez, coloca-se como elemento determinante à materialização do *pathos* adequado à necessária autoridade de que se deve revestir o discurso judicial e à capacidade de pacificação do dissenso em relação à opinião pública. Essa última dimensão, no modelo tripartite dos meios de prova técnicos proposto por Aristóteles (2005), tem como finalidade exatamente incutir no auditório o sentimento em relação ao orador que lhe seja mais favorável retoricamente, ainda que não seja o que propriamente reflita a qualidade de seu *logos*.

Autolegitimador nos seus propósitos, o *ethos* do intérprete autêntico, aqui projetando-se no *logos,* é que se direciona o discurso, por exemplo, já nos primeiros parágrafos do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

> Registro, também, que o teor do voto que vou proferir nada mais revela e traduz senão posição que tenho invariavelmente adotado

> nesta Corte a respeito, precisamente, das relações entre o poder do Estado, de um lado, e os direitos fundamentais da pessoa, de qualquer pessoa, de outro, que venha a ser submetida à ação investigatória e punitiva dos órgãos de persecução criminal.
> Sabemos todos, Senhora Presidente, que a Constituição da República de 1988, passados quase 30 anos de sua promulgação, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal um papel de imenso relevo no aperfeiçoamento das instituições democráticas e na afirmação dos princípios sob cuja égide floresce o espírito virtuoso que anima e informa a ideia de República.
> O novo Estado constitucional brasileiro, fundado em bases genuinamente democráticas e plenamente legitimado pelo consenso dos governados, concebeu a Suprema Corte de nosso País – que sempre se caracterizou como solo historicamente fértil em que germinou e se desenvolveu a semente da liberdade – como verdadeiro espaço de defesa e proteção das franquias individuais e coletivas, além de representar, em sua atuação institucional como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, um veto permanente e severo ao abuso de autoridade, à corrupção do poder, à prepotência dos governantes e ao desvio e deformação da ideia de Estado Democrático de Direito.
> Se é certo, portanto, Senhora Presidente, que esta Suprema Corte constitui, por excelência, um espaço de proteção e defesa das liberdades fundamentais, não é menos exato que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal. (BRASIL, 2018).

Há sempre, em função disso, no discurso judicial, uma finalidade reflexiva de um desejo do orador, desejo esse que se manifesta na intenção mesma de persuadir seu interlocutor, embora não seja funcional, nesse contexto comunicativo gerador de expectativas no interlocutor, explicitar esse "querer" que lhe é inerente, sob pena de tornar subjetiva e parcial uma operação que se pretende lógica e neutra. Ironicamente, adverte Parini (2016, p. 599), sabe-se que a noção de objetividade é, bem por isso, operacionalmente funcional do ponto de vista pragmático da efetivação do discurso judicial, embora a ironia jamais deva ser revelada, retoricamente, de ordem a prevenir a desnaturação da essencial ideia de neutralidade e objetividade pretensamente intrínsecas ao raciocínio jurídico.

A manipulação de termos como "bases genuinamente democráticas", "atuação institucional", "Estado Democrático de Direito", "liberdades fundamen-

tais", revela a substituição da figura humana do juiz pela figura ficcional da instituição. Note-se, nesse ponto, que quem é encarregado de guardar a Constituição e, de modo definitivo, atribuir significados e deles extrair valores de expressões abertas e frequentemente indeterminadas é a Suprema Corte, sem que isso implique dizer, ontologicamente, que, em virtude de sua obra, terá maior credibilidade o *ethos* do juiz humano, tampouco que de referida obra resultará, necessariamente, das premissas que estabelecer no julgamento, conclusões lógicas. Trata-se, na verdade, de uma ironia que, embora permaneça implícita, de fato faz o auditório assimilar com maior credibilidade o discurso no que se refere ao *ethos.* Mas, principalmente, rememora esse mesmo auditório da incumbência constitucional do intérprete autêntico, aproximando-o ao *pathos* típico das argumentações judiciais engajadas e estratégicas.

Diversa se mostra, todavia, a forma como está posta, bem assim a função a que se destina, a atuação do Procurador-Geral da República nos processos de controle normativo de índole objetiva. Com efeito, embora se tenha por de todo possível o recurso aos mesmos cânones da retórica analítica voltada à desconstrução retórica do discurso do Ministério Público, parece importante, antes disso, o estabelecimento de algumas premissas no que se refere aos seus contornos institucionais e que se apresentam relevantes à compreensão, do ponto de vista da retórica analítica, de sua posição e sua manifestação no evento comunicativo.

Sua função de *custos legis* (fiscal da ordem jurídica) não qualifica a atuação ministerial, nos processos de fiscalização abstrata, como atividade típica de intérprete autêntico, no sentido ora adotado. A especial posição institucional do Ministério Público autoriza, contudo, que o Procurador-Geral se manifeste em absoluta conformidade a sua independência funcional, o que significa que poderá curar pela presunção de constitucionalidade da norma, ou quando não atuar como autor, oferecer parecer contrariamente à constitucionalidade do objeto normativo fiscalizado abstratamente.

Não é por outra razão que a manifestação ministerial, embora não se revele alheia à essencial e principal função dos discursos judiciais – a persuasão – qualifica-se como peculiar elemento informador da interpretação da norma, ainda que não seja tal elemento impregnado da coercitividade criadora que caracteriza a interpretação judicial autêntica propriamente dita.

No processo objetivo, porque atua na condição de órgão técnico, o Ministério Público o faz de maneira dissociada, ao menos em tese, de qualquer interesse de ordem substancial quanto ao objeto da demanda. Essa dissociação, outrossim, quando não é ele próprio o instaurador da atividade judicial, assume uma posição também de ordem subjetiva, no que diz respeito ao órgão que o representa,

exatamente em função de sua natureza coadjuvante, apesar de, por evidente, o entendimento final do *Parquet* também não deixar de revelar as idiossincrasias e virtudes pessoais daquele que representa a instituição, posto que o discurso exprimido permanece como função estratégica.

Na espécie que ora se propõe analisar, o Procurador-Geral da República dispensa digressões de ordem metajurídica, adentrando diretamente no mérito e nas questões técnicas – portanto no *logos* – da matéria constitucional. Isso significa que a afirmação do *ethos* é dispensável, nesse caso, ainda mais diante do princípio da unidade, no qual os julgamentos de controle normativo abstrato autorizam, pelo procedimento, a substituição do Procurador-Geral por Sub-Procuradores em caso de necessidade, sem que, em razão disso, o Ministério Público deixe de funcionar no processo objetivo[3]. A propósito, os primeiros parágrafos do capítulo meritório da manifestação Ministerial, assinada pelo então Procurador-Geral, Rodrigo Janot, revelam a tecnicidade inerente ao enfrentamento da matéria quando se suscita a intervenção, exatamente, dos órgãos técnicos:

> Em primeiro lugar, deve-se reafirmar que toda pessoa que figure como investigado ou réu em procedimento de natureza penal **não é obrigada** a produzir prova alguma, mormente em seu desfavor. A prova da prática criminosa é atribuição exclusiva da acusação. Disso decorre que o réu/investigado pode ficar em silêncio, e jamais se pode exigir que elabore provas em seu detrimento.
> Diante de tal prerrogativa, poderia ter razão o requerente. Condução coercitiva no processo penal, contudo, somente deverá ser declarada indevida quando realizada com o fim específico de obrigar o conduzido a falar. Nesse espectro, seria evidente a não-conformação constitucional (diante de caso concreto, não em abstrato) de qualquer medida autorizadora judicialmente para esta finalidade.
> No ordenamento jurídico nacional, podem-se antever duas espécies de condução coercitiva. A primeira destina-se À prática de ato processual, tratada como medida de coação pelo art. 260 do Código de Processo Penal. A segunda é medida cautelar inominada, voltada a neutralizar risco à garantia da ordem pública, da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Em decorrência do princípio da proporcionalidade, subprincípio da necessidade, a adoção desta última modalidade evita a decretação de cautelar mais gravosa, como seria, por exemplo, a de prisão.(BRASIL, 2017).

Na prática, o reconhecimento da incompatibilidade das conduções coercitivas disciplinadas no art. 260 do Código de Processo Penal com a Constituição

3 Trata-se de prerrogativa inerente ao princípio da unidade, *ex vi* do art. 127, § 1º da Constituição Federal e do art. 1º, parágrafo único da Lei n. 8.625/93.

Federal de 1988 retirou dos órgãos de persecução penal um significativo instrumento probatório, já que tornaria desnecessária, por exemplo, a decretação da prisão preventiva do acusado se o magistrado instrutor já se contentasse com a medida condutiva, que implicava uma restrição mínima, temporária e de curtíssima duração de sua liberdade.

Muito embora do ponto de vista técnico-processual, a depender da necessária consideração da espécie de prova que se pretenda colher, a condução coercitiva se revelasse um ato inócuo, pois o investigado/réu estaria acobertado, sempre, pelo privilégio contra a autoincriminação (*nemo tenetur sine detegere*), sua prescindibilidade enquanto medida cautelar de coação pessoal decorre dessa peculiar circunstância, e não necessariamente da dita violação a cláusulas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais do investigado ou acusado na persecução penal em juízo. Há quem entenda, com efeito, que a decretação de tais medidas, relativamente ao sujeito passivo da persecução penal, encontram expressivas limitações no princípio da legalidade (BADARÓ, 2018, p. 1.113) e na ausência dos poderes gerais de cautela do juiz criminal, consectários lógicos da ideia de prevalência dos direitos humanos processuais. De outro lado, também se afirma que a oposição de tais direitos contra o Estado persecutor encontra óbice na garantia da efetividade do processo penal condenatório e na própria afirmação sobre a existência dos poderes gerais de cautela também no processo-crime de conhecimento.

O Ministério Público, na sua especial posição nos processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade, como dito, cuida, de um lado, de informar a função judicante de uma perspectiva imparcial de *custos legis*. Mas sua outra condição de titular da ação penal pública incondicionada, sobretudo no julgamento das ADPFs 395 e 444, não autoriza concluir que se trata aquele que o corporifica de um sujeito essencialmente "ascético". Não se pode ignorar que, ao tempo do evento comunicativo, eventual provimento de tais ações significaria a derrogação de um instrumento de que dispõe o próprio Ministério Público na persecução penal – ainda que destituído de expressiva eficácia processual – , e, caso não fossem modulados com efeitos *ex nunc* os efeitos da decisão, emergiria a questão em torno da possível desconstituição por ilicitude das provas anteriormente colhidas por esse meio.

2.2. *TÓPOI* NAS FONTES DO DIREITO. DIMENSÕES QUANTITATIVA E QUALITATIVA

Segundo Aristóteles (2005), no plano da *eueresis*, o retórico encontraria por meio da *inventio*, instrumentalizada pela *eloquentia*, o *topos* retórico que me-

lhor se adequaria a sua ação argumentativa. Esse *topos* específico estaria situado no catálogo de *tópoi* que caracterizam o que se entende, em retórica, por "lugar comum", ao qual se atribui a denominação de "fontes do direito". Portanto, as fontes do direito são o manancial de onde propriamente jorra o *topos* estratégico, impregnado de elementos extrajurídicos, mas que se legitima por meio do discurso dogmaticamente vinculado aos pontos de partida (ADEODATO, 2009, p. 213).

A dimensão tópica das fontes do direito possui um papel essencial do ponto de vista retórico-analítico. Sua preponderante característica se constitui no processo histórico, legiferante e dogmático de descrever, selecionar, quantificar e qualificar determinadas ações argumentativas (e determinados *tópoi*) dentro de modelos e tipos previamente aceitos pelo interlocutor, subsumindo-se ao esquema da ergôntica (O → S) quando o orador explicitamente assume que adota um ponto de partida determinado. É o caso, por exemplo, no direito de tradição romano-germânica, da formulação de determinado pedido de providência jurisdicional com base na dicção expressa de um dispositivo legal: a lei formal enquanto eminente *topos*, declaradamente consubstanciador do ponto de partida do intérprete. Caso outro, entretanto, é o da fundamentação de postulação recursal de reforma com fundamento na necessária superação de um precedente, ou interpretação exata, conferindo-lhe o devido *distinguishing*. Da mesma forma, vale destacar, é a suscitação, na Justiça do Trabalho, de incompatibilidade da legislação interna com normativas e indicativos emanados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ainda que suas resoluções e convenções não tenham sido formalmente incorporadas à ordem jurídica interna. Trata-se de recursos de índole puramente argumentativa, que possuem certa aceitabilidade e previsibilidade, e amparam, enquanto *tópoi*, específicas ações argumentativas.

Em comum, todas essas hipóteses contém *tópoi* constantes do manancial discursivo posto à disposição do intérprete, independentemente da posição que este ocupe na condição de sujeito processual, e todas são aceitas em doutrina e pelos juízes, ainda que por vezes traduzam-se em fontes revestidas de contornos praticamente materiais, e não formais, na perspectiva positivista clássica do direito de matriz romano-germânica. Daí decorre a conclusão de que, nesse catálogo tópico, um *topos* específico oferece ao intérprete um amplo espaço no qual pode desenvolver seu discurso, no modelo de Ballweg (S → O), de modo a atuar sobre esses objetos, atribuindo-lhes significados e os fazendo preponderar ou não no seu discurso na forma como entender mais funcional para conseguir adesão a sua ideia. Portanto, há uma dimensão quantitativa das fontes do direito, ou um sentido tópico, e uma qualitativa, dimensão na qual, de fato, opera a retórica estratégica (FALCÃO, 2012, p. 51).

2.3. ESTABELECENDO PREMISSAS PARA O JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA DAS ADPFS, COM A CONSEQUENTE PRONÚNCIA DA NÃO-RECEPÇÃO, EM PARTE, DO ART. 260 DO CPP

Esclarecida a função das *tópoi* na teoria dogmática das fontes do direito e no próprio discurso, analisam-se a seguir as premissas e estratégias utilizadas explícita e implicitamente pelos oradores quando do julgamento de procedência das ADPFs 395 e 444 para, mais adiante, tratar-se dos elementos veiculados nos votos que julgaram pela improcedências das ações de controle objetivo.

2.3.1. PRIMEIRA PREMISSA: O STF COMO INSTITUIÇÃO DEMOCRATICAMENTE LEGITIMADA A EXERCER O CONTROLE CONTRAMAJORITÁRIO DA CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS

A premissa mais frequente e explicitamente estabelecida nos votos dos juízes foi a auto-afirmação do Supremo Tribunal Federal como instituição legitimada a exercer o controle de constitucionalidade sobre o art. 260, conferindo-lhe a interpretação construtiva que, ao fim do julgamento, acabou prevalecendo. As razões preponderantes para a constante explicitação dessa premissa em particular residem sobre alguns fatores essenciais: o primeiro dele consiste no fato de que, apesar de se tratarem, realmente, de autoridades constitucionalmente investidas do poder de conferir a última palavra sobre o sentido normativo da Constituição, os juízes, ainda que não o reconheçam, adotam um raciocínio entimemático (SOBOTA, 1996, p. 251), o que significa que o grau de eficácia prática de suas decisões está condicionado, sobretudo, ao grau de confiança que lhe é atribuído por seu interlocutor. Rememore-se, por isso, insista-se, a importância do *ethos* como apresentador do discurso. O segundo consiste exatamente na qualificação deste interlocutor, a qual, na hipótese aqui examinada, traduz-se em um auditório, como adverte Perelman (1998), inequivocamente heterogêneo. Sobre este aspecto da heterogeneidade do auditório (interlocutor), cumpre acentuar que as decisões exercidas no controle abstrato de constitucionalidade não possuem seus efeitos limitados *inter partes*, mas denotam função relevantíssima no sistema de precentes e mesmo na compreensão do enunciado normativo pelos jurisdicionados. O terceiro fator consiste na gravidade que a decisão, no caso concreto das ADPFs 395 e 444, teria na ordem pública e no próprio controle de constitucionalidade, uma vez que já era possível vislumbrar, *a priori*, como poderia ser recebida uma decisão excessivamente ativista por parte do Tribunal, ao expungir do ordenamento um dispositivo em vigor havia mais de quarenta anos e cujo conteúdo teria sido objeto

de uma "súbita indignação", como ressaltou o Ministro Luís Roberto Barroso[4].

No desenvolvimento dessa premissa explícita, é possível observar a utilização de estratégias retóricas no âmbito da ergôntica e da pitanêutica, cuja finalidade, no que se refere aos meios de prova técnicos, assenta, ao mesmo tempo, sobre o *ethos* do intérprete – ao afirmar a legitimidade e imparcialidade do Tribunal -, seu *pathos* – porquanto também pretendem a qualificação do grau de confiança do auditório em relação à decisão – e sobre o *logos*, pois, em razão de tudo isso, a conclusão do julgamento, no contexto desses cânones de aceitabilidade, deveria advir, necessariamente, de uma operação silogística clássica (PERELMAN, 1998, p. 61).

2.3.1.1. ESTRATÉGIA Nº 1: A AFIRMAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

A manipulação de conceitos indeterminados e de conteúdo cambiável é inerente à atividade do controle de constitucionalidade exercido sobre uma Constituição que, embora analítica, mostra-se aberta a interpretações construtivas, para que possa se adequar às injunções sociais e políticas externas, em um processo alopoiético (ADEODATO, 2009, p. 211), em detrimento de um modelo autorreferente e estático. Daí ser possível afirmar que o controle de constitucionalidade *in abstracto* tipifica uma atividade de revaloração e eventual rejeição de determinados significados, em determinado contexto histórico. Esse processo de ressignificação, além de constituir o objeto principal, por exemplo, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) e Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), projeta-se como o fundamento para se declarar a procedência ou não das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, por meio da técnica da interpretação conforme a Constituição, a qual, por sua vez, pressupõe a adequação de tais conceitos no âmbito da pitanêutica.

Apesar de ser muito claro que, em função da natureza mesma das normas chamadas "principiológicas", a atribuição de significados aos princípios seja um procedimento por meio do qual o sujeito atua sobre o objeto (S → O), construindo e valorando sentidos que constituem os sinais (S → Z), de modo a situar tal atividade em uma zona cinzenta entre a pitanêutica e a ergôntica, a estratégia de privilegiar ou atribuir preponderância à alegada força normativa dos princípios possui por finalidade principal, na verdade, tornar preponderante o objeto no discurso e na decisão judicial. Isso significa que tal atuação teleotática (O → S), no campo da holística, pressupõe a ideia de ser possível construir certo significado lógico – no

4 Esse argumento foi sustentado pelo Ministro oralmente, no julgamento em plenário, disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=h4QNjYCSl1A&t=314s.

âmbito do *logos*, no que concerne aos meios de prova técnicos, portanto – que parte de uma ideia essencialmente objetiva e mais ou menos bem definida (ADEODATO, 2009, p. 372) e, desse modo, mais segura do que a mera verossimilhança do silogismo retórico.

Nesse sentido, o voto do Ministro Celso de Mello propõe o "respeito aos valores e princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado Democrático de Direito (...)":

> Não custa advertir, como já tive o ensejo de acentuar em decisão proferida no âmbito desta Suprema Corte (MS 23.576/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que o respeito aos valores e princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado Democrático de Direito, longe de comprometer a eficácia das investigações e persecuções penais, configura fator de irrecusável legitimação de todas as ações lícitas desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público ou pelo próprio Poder Judiciário. (BRASIL, 2018).

É certo, como já salientado, que a natureza e a própria funcionalidade a que se prestam as cláusulas constitucionais pressupõem a estruturação, *in concreto*, de significados que podem ou não ser acolhidos pelo Tribunal, pela opinião pública ou mesmo pela jurisprudência. Significa dizer, nesses casos, que sempre haverá uma atividade hermenêutica e, por não se afastar da necessidade de persuadir e não ser possível se obter uma conclusão unívoca, também retórica. A questão que daí irradia diz respeito, por outro lado, à qualificação que se pode conferir ao resultado desse esforço interpretativo, se o interlocutor estará diante de mera opinião subjetiva e previamente formulada (*dóxa*) ou se é possível lhe seja reputado algum grau de "verdade".

Os retóricos mais radicais (SOBOTA, 1996, p. 251-273) argumentam no sentido de que tudo não passará da opinião sobre determinado problema previamente concebido, recebendo influências permanecidas ocultas no discurso, de ordem psicológica, ideológica, política, cultural, econômica e de toda sorte, sendo que toda a argumentação (a fundamentação, na decisão judicial) representaria apenas um requisito formal imposto pelo sistema para que se possa falar, de fato, em persuasão, que seria sempre o objetivo principal (entimema). Em termos, é a aceitabilidade a que se tem referido nesta sede. Exatamente no caso da jurisdição constitucional concentrada (*in abstracto*), por se debruçar, em grande medida, sobre o problema da colisão entre cláusulas principiológicas fragmentárias (ADEODATO, 2009, p. 228), o problema parece constituir um *tertium genus*, entre o entimema e o silogismo formal. Compreender o funcionamento desse procedimento

cognitivo inferencial passa, assim, pelo estabelecimento de alguns pressupostos que envolvem a teoria das fontes e dos pontos de partida (ADEODATO, 2009, p. 177-180) e sua aplicação concreta no âmbito do Supremo Tribunal Federal e, mais precisamente ainda, no julgamento das ADPFs 395 e 444.

Assim, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, atribui sentidos a expressões (significantes) tais como "devido processo legal", "prerrogativa contra autoincriminação" e "presunção de inocência" não a partir de premissas implícitas, as quais, no mais das vezes, constituem cogitações perigosas de ordem eminentemente subjetiva (NOGUEIRA, 2006)[5], mas explicitando de onde o faz. Com efeito, acentua ser vasta jurisprudência do Supremo, em ocasiões em que o intérprete autêntico afirmou a carga normativa desses significantes, embora os paradigmas mencionados sejam, em sua maioria, julgados por ele próprio relatados, a comprometer o próprio caráter dialógico que se pretende extrair de decisões de tal natureza. Veja-se o seguinte excerto de seu voto:

> Tenho para mim, por isso mesmo, que se revela inadmissível, sob perspectiva constitucional, a possibilidade de condução coercitiva do investigado, do indiciado ou do réu, especialmente se se analisar a questão sob a égide da própria garantia do devido processo legal, inclusive da prerrogativa contra a autoincriminação, dos direitos que dela resultam e da presunção de inocência.
> Com efeito, o exame da cláusula do "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua própria configuração, destacando-se, entre eles, por sua inquestionável importância, o privilégio contra a autoincriminação, direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado a qualquer pessoa pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política (RTJ 172/929-930, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 78.814/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).
> A prerrogativa contra a autoincriminação, tal como tem sido compreendida pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reveste-se de conteúdo abrangente, por envolver, em seu âmbito de proteção, sempre em favor daquele que sofre a persecução penal, entre outras faculdades jurídicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), (c) de recusar-se a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica (RTJ 141/512),

5 No mesmo sentido, cf. NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O problema da razoabilidade e a questão judicial.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

> tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 64.354/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, v.g.) e (d) de não ser obrigado a cooperar na investigação penal dos fatos (HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 89.503/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).
> Na realidade, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal (HC 80.530-MC/PA, Rel. Min. CELSO DE MELLO).
> (…)
> A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado, de modo consistente, os direitos e garantias que assistem a qualquer pessoa sob investigação estatal ou persecução penal. (BRASIL, 2018).

Assim, de um ponto de vista retórico-analítico, aquilo que os juristas clássicos poderiam classificar, a partir da fundamentação jurisprudencial, como "verdade" acerca do significado de que se reveste determinado sinal, seria mais honesto, segundo Ballweg (1991b, p. 229), falar em "regularidades" (*Regelhaftigkeit*), de modo que a "racionalidade" poderia ser empregada em discursos jurídicos de qualquer espécie apenas com a finalidade persuadir, pois a expressão, empregada pelo jurista, poderia dizer qualquer coisa, menos literalmente "racionalidade".

2.3.1.2. ESTRATÉGIA Nº 2: A AFIRMAÇÃO DA IMPARCIALIDADE, ISENÇÃO E INDEPENDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA EXERCER UMA POSTURA ATIVISTA EM QUESTÕES DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL

Há uma profunda ironia, adverte Parini (2017, p. 115-135), em tentar separar o sujeito do objeto na dogmática jurídica, que propõe uma desvinculação, ou despersonificação (2017, p. 115-135) do elemento subjetivo que é inerente a qualquer decisão judicial, à edição de um ato administrativo ou à elaboração de uma lei, ainda que o jurista prático esteja atuando na condição de teórico. Para a dogmática clássica – e, portanto, essencialmente racionalista, como querem Alexy e Müller – o que importa é o mito epistemológico de que toda criação e elaboração do direito são independentes (GRAU, 2009, p. 284). Buscar a prevalência da figura do juiz, do réu, do *amicus curiae* em detrimento do homem, na sua qualidade

humana, ou da instituição, pressupõe, por essa razão, um exercício retórico de "objetivação", que Parini (2017, p. 115-135) assim resume:

> (…) Melhor seria não levar em consideração o sujeito, o indivíduo, ou o conjunto de indivíduos que têm interesses concretos, cujas escolhas são determinadas em razão de sua ideologia e visão de mundo, e fica com o dado objetivo: a norma, a lei, o ordenamento jurídico. No lugar do juiz (indivíduo), tem-se o juiz (órgão do judiciário). Essa forma objetivadora do pensamento jurídico é altamente sofisticada e depende também, claramente, de uma retórica da objetivação.

Elaborar uma retórica da "objetivação", novamente, significa tornar o objeto preponderante em relação ao sujeito. Cumpre retomar, nesse ponto, a explicitação da premissa de que "o Supremo Tribunal Federal é uma Corte independente", premissa essa que, bem observada, constitui uma constante, uma regularidade nos votos dos Ministros. O dado concreto da alegação de descumprimento de preceito fundamental pela norma infraconstitucional prevalece, por meio da enunciação de uma premissa explícita, sobre possíveis interesses morais outros que o intérprete autêntico, na sua condição humana, eventualmente teria. Tal premissa consiste em afirmar a isenção e a independência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a matéria, o que, de um lado, contribui – ainda que sutilmente – para a aplicação, pela sociedade, do comando judicial e, de outro, qualifica o *ethos* do sujeito como um tribunal imparcial, que é o que efetivamente se espera de uma Corte constitucional.

Nesse ponto, a importância da explicitação da premissa "o Supremo Tribunal Federal é uma Corte independente" é tamanha que configurou uma constante nos votos dos Ministros. Isso significa que, embora haja evidentes divergências sobre a questão de fundo, não existem dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal é a instituição legitimada a dar a palavra final sobre a matéria e, em função de seu *ethos*, a sociedade jurisdicionada deve ter confiança em sua Suprema Corte (*pathos*).

2.3.2. SEGUNDA PREMISSA: A LIBERDADE HUMANA NÃO CONSTITUI, NEM SE QUALIFICA COMO SIMPLES CONCESSÃO DO ESTADO

A opção por tornar explícita determinada premissa do silogismo retórico, em regra, é ponderada pelo intérprete no discurso judicial de acordo com o quadro maior de seu objetivo, que é, exatamente, a persuasão. Há uma relação sempre previamente estabelecida entre quais elementos estratégicos devem ser enuncia-

dos explicitamente no discurso, e outros que merecem permanecer ocultos, por questões de funcionalidade. Qualificar a liberdade humana como postulado consagrador da liberdade da pessoa humana e da presunção de inocência foi uma das estratégias escolhidas pelo Ministro Celso de Mello, ao associar o poder geral de cautela do juiz à espetacularização do processo penal:

> A liberdade humana, inclusive a de qualquer pessoa sob investigação criminal ou persecução penal, não constitui nem se qualifica como simples concessão do Estado.
> Ao contrário, a liberdade traduz um dos mais expressivos privilégios individuais, além de configurar inquestionável direito fundamental de qualquer pessoa, cuja origem tem sua gênese no texto da própria Constituição da República.
> Os postulados constitucionais que consagram a presunção de inocência, de um lado, e a essencial dignidade da pessoa humana, de outro, repudiam, por ilegítimas, práticas estatais que convertem atos de prisão ou de condução coercitiva de meros suspeitos, investigados ou réus em inadmissíveis cerimônias públicas de arbitrária degradação moral. (BRASIL, 2018).

Está-se diante de uma das cláusulas de maior abertura do texto constitucional, cujo significado é construído, destruído e reconstruído como resultado, em grande medida, do sentido que lhe é atribuído pelo intérprete, o que põe este postulado em uma perigosa posição enquanto parâmetro interpretativo, muitas vezes utilizado como justificativa para ativismos desmedidos por parte do Judiciário, a pretexto de concretizar mandamentos constitucionais. De qualquer modo, para efeito de uma análise retórica do discurso judicial, os significados atribuídos a expressões como "dignidade humana", "direito fundamental" e "degradação moral" se mostram impregnados de forte carga subjetiva, inseridos que estão, portanto, no âmbito da pitanêutica, garantindo-se, ainda, no tema dos meios de prova técnica, a prevalência da racionalidade concernente ao *logos* do discurso.

Com efeito, o Ministro Celso de Mello faz referência, mais adiante, ao que chama de "jurisprudência das liberdades", que viria sendo construída na Suprema Corte a partir da promulgação da Constituição de 1988:

> Não custa rememorar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em tema de atividade persecutória desenvolvida pelo Poder Público, vem construindo, no exercício de sua jurisdição constitucional, verdadeira jurisprudência das liberdades, com decisões que proclamam e asseguram a qualquer pessoa, entre outras importantes prerrogativas jurídicas, o direito de ser presumida inocente até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado (ADPF 144/

> DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o direito de não ser tratada como se culpada fosse (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, ainda, o direito de permanecer em silêncio (HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (BRASIL, 2018).

Ao longo de seu voto, refere-se a uma série de precedentes (a maioria de sua relatoria) que aparentemente compõem o que denomina "jurisprudência das liberdades" – expressão que pouco informa do ponto de vista semântico – , sem, contudo, definir com exatidão em que consistiria a real ideia subjacente a esse conjunto de julgados. A despeito de não se revestir de ineditismo na jurisprudência do Supremo – como de resto está claro no voto – , pode-se afirmar com certa segurança a inequívoca vagueza da expressão, além de que o significado que a ela é aqui atribuído se faz sob o ângulo da perspectiva de um único juiz integrante do colegiado, levando-se em conta o fato de que a maioria dos precedentes colacionados a seu voto são, insista-se, de sua própria relatoria. Portanto, ainda que fosse possível definir com exatidão qual seria o significado jurídico da "jurisprudência das liberdades", redundaria em uma noção de um elemento do discurso racional com pretensão de validade em si mesmo. A liberdade passa a ser a liberdade defendida pelo orador. Implica dizer, desse modo, que a fonte formal do direito é explicitada (a jurisprudência), mas seu conteúdo não é desenvolvido pelo intérprete, permanecendo ocultado. Tal constatação revela, tomando-se o termo "norma" em um sentido *lato*, a aplicabilidade da tese de Sobota (1996, p. 251-273), de que um elemento essencial ao convencimento judicial permanece implícito por razões de funcionalidade e mesmo para evitar expor suas contradições intrínsecas.

Um dos pontos controversos desse objeto discursivo em particular pode, contudo, ser observado no parecer oferecido pelo Procurador-Geral da República (BRASIL, 2017), de onde se extrai precedente do Supremo Tribunal Federal no qual se autorizou a condução coercitiva do investigado à autoridade policial, com fulcro no art. 144, § 4º da Constituição Federal. Isso significa que, ainda que implicitamente – uma vez que o Supremo Tribunal Federal em momento algum no julgamento das ADPFs 395 e 444 se manifestou nesse sentido – a Corte estaria sinalizando o *overruling* do precedente anteriormente firmado, a lhe conferir, na realidade, amplitude ainda maior do que aquela consagrada no HC 107.644/SP (BRASIL, 2011), uma vez que o julgamento final acerca da recepção do art. 260 do CPP abrangeu a disposição da condução coercitiva no curso das investigações e da própria ação penal, restringindo, por extensão, a atuação também do Ministério Público.

A despeito do debate em torno da segurança jurídica e superação do precedente (ou mesmo de um conjunto, naquilo que se referiu como sendo uma "ju-

risprudência das liberdades"), o que parece girar em torno sobretudo do manejo de precedentes persuasivos no discurso judicial não se traduz precisamente na interpretação que merece prevalecer, na hipótese, do ponto de vista constitucional, mas no conflito interrelacional pela prevalência simbólica de determinado objeto, sobre o qual o orador atua. É dizer, o sujeito confere determinado significado, ou determinada interpretação a algum dos objetos de seu discurso, com o intuito próprio de fazer preponderar aquele objeto na interação comunicativa, portanto O → S (ergôntica).

2.4. ESTABELECENDO PREMISSAS PARA O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DAS ADPFS

Na segunda parte desta análise, investiga-se a presença ou não das *regularidades*, na concepção de Sobota (1996, p. 251-273), ao longo do discurso imanente ao entendimento vencido no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental subjacentes. A hipótese de que ora se cuida consiste em assumir que tais regularidades estão presentes, na verdade, no acórdão da decisão enquanto um discurso judicial único. Isso significa conferir aplicabilidade à teoria das regularidades, em detrimento da pretensão idealista de um conceito de verdade em Direito – e sobretudo na teoria da decisão jurídica – , uma vez que as mesmas regularidades (ou os mesmos fundamentos), a depender da posição funcional do intérprete ou sua assimilação de determinada matéria, podem ser usadas para fundamentar conclusões incompatíveis, emergentes de um único processo inferencial e pretensamente marcado pela racionalidade.

Propõe-se, também nesta parte, uma análise retórica predominantemente no nível da fronética, sem, contudo, descurar da importância dos demais níveis da classificação tripartite de Ballweg, mesmo porque, como já visto, há vários pontos de intersecção entre a análise fronética, a holística e a semiótica, com especial ênfase nos dois primeiros níveis.

2.4.1. PRIMEIRA PREMISSA: AINDA SOBRE A LEGITIMIDADE DA SUPREMA CORTE. LIMITES DE ATUAÇÃO QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL IMPÕE AO TRIBUNAL

A primeira premissa de que parte o voto divergente do Ministro Edson Fachin consiste, essencialmente, no regular reconhecimento da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para exercer as funções típicas do legislador negativo. No primeiro caso, os votos pela procedência das ADPFs antecipam, por meio da

explicitação de tal premissa, uma decisão reconhecidamente contramajoritária, havendo, inclusive, justificação também explícita de que não se nega a eminente função da opinião pública em uma democracia, opinião essa, todavia, que não se presta à justificação racional e controlável da decisão. Na hipótese dos votos divergentes, que negam a pronúncia de inconstitucionalidade do art. 260 do Código de Processo Penal, a explicitação da legitimidade do STF tem por desiderato o estabelecimento de limites que a Constituição Federal impõe à atuação da Corte, expressivos tais limites quando se atua na condição de legislador negativo.

Há que se falar, portanto, em uma regularidade. Existe sempre a explicitação frequente da premissa específica alusiva à afirmação da legitimidade da Corte, a qual se revela passível de comportar diversos significados e conclusões consequentemente incompatíveis entre si, presente a intenção persuasiva do intérprete. A primeira delas é a linha que segue o convencimento acerca da inconstitucionalidade do art. 260 do Código de Processo Penal. Aqui a atuação do Supremo Tribunal Federal possui fundamento no controle contramajoritário do poder, em função do qual diversos objetos como "devido processo legal", "*privilege against self-incrimination*", "Estado Democrático de Direito" (O → S)[6] teriam tal força vinculativa ao ponto de autorizar a intervenção extraordinária do Judiciário, no sentido de suprimir uma norma do sistema. A segunda, de outro lado, ampara, através dessa mesma premissa, uma atuação restritiva do Supremo Tribunal Federal, reverenciando, sobretudo, o dogma dos limites constitucionalmente impostos, os quais também, singularmente considerados, pouco revelam em termos de densidade linguística.

Relevante fragmento do voto do Ministro Luís Roberto Barroso – que votou pela improcedência das ADPFs – ressalta, além de afirmar a independência constitucionalmente assegurada ao Supremo Tribunal para o desempenho do controle de constitucionalidade negativo, na preocupação com a dogmatização da controvérsia. Enfatiza-se o entendimento exarado pelos órgãos técnicos e eletivos (Procurador-Geral da República, Advocacia-Geral da União, Presidente da República, Senado Federal e Câmara dos Deputados), todos prestando informações no sentido de improcedência das ADPFs, para assentar, em consequência, que

> "é necessário um exacerbado ativismo judicial para o Supremo Tribunal Federal sobrepor a sua vontade e a sua valoração dessa matéria por todos os agentes políticos, eletivos e técnicos, todos eles

6 Como visto, de acordo com a tentativa de dogmatização, ou objetivação da questão posta em juízo e, por consequência, da própria atuação do intérprete no modelo, mas que acaba se desvirtuando para o âmbito da fronética, nos modelos S → O e S → Z. Como dito, um discurso específico não é necessariamente subsumível tão somente a um modelo ideal dentro dos níveis da retórica analítica propostos por Ballweg.

com assento constitucional".[7] (STF, 2018).

O que se pode verificar neste fragmento é um autêntico argumento de autoridade, revestido de parâmetros normalmente aceitos de razoabilidade, os quais se assentam na reputação e na majoritária opinião dos sujeitos que se manifestaram no processo. Mais honesto seria, embora se trate de um expediente que tornaria menos funcional o discurso, admitir-se que ativismo há porque os demais poderes da República assim consideram a eventualidade do julgamento de procedência das Arguições. Este, portanto, o cerne da análise retórica do discurso judicial, bem ilustrado nesse ponto.

2.4.2. SEGUNDA PREMISSA: A DESEQUIPARAÇÃO DE TRATAMENTO DISPENSADO PELO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

Uma outra regularidade acentuada nos votos divergentes diz com a tese da desequiparação entre o tratamento dispensado, pelo sistema de justiça criminal, aos acusados por crimes de colarinho branco e aqueles que respondem por crimes "não-transeuntes", notadamente os pobres e os autores de crimes de rua. O tema, com efeito, denota expressiva complexidade e, como está claro, refoge aos lindes do objeto deste trabalho, de modo que sua análise será circunscrita apenas no que toca a sua referenciação enquanto argumento persuasivo nos votos que julgaram pela improcedência as ADPFs.

De uma perspectiva retórica, trata-se de um argumento de ordem sociológica e também dogmática, que tem por finalidade, mais uma vez, objetificar a questão (O → S) e desenvolver estratégias argumentativas de ordem estritamente epistemológica. Em uma palavra, também aqui, emerge consagrada a retórica da objetivação (O → S) Assim, no bojo do qual se projeta tal premissa, o Ministro Edson Fachin trabalha uma estratégia retórica pertinente ao manejo dos meios de prova técnica, *ethos*, *pathos* e *logos*, conferindo ênfase à primeira.

A estratégia argumentativa em questão, na realidade, materializa-se apenas na demonstração dos diferentes pontos de vista acerca da seletividade do sistema de justiça criminal, portanto uma apresentação de todos os objetos (S → O) que poderiam ser levados em consideração na elaboração daquela premissa específica. É uma estratégia retórica simples – mercê da sofisticação de seu expediente (PARINI, 2017, p. 115-135) – , mas que de modo sutil afirma a imparcialidade do juiz, com repercussões, por consequência, nos meios de prova técnicos, notadamente no *ethos* do orador.

7 A afirmação foi feita por ocasião da leitura em Plenário do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=h4QNjYCSl1A&t=1841s. Acesso em: 16.3.2019.

Trata-se, como se pode perceber, de uma estratégia retórica intimamente ligada a um argumento de ordem sociológica. Opera, na realidade, no plano da metalinguagem, eis que, aqui, o intérprete autêntico empreende uma apreciação construtiva do texto normativo para lhe atribuir uma função "paranormativa", que é a de propiciar o equilíbrio de consequências resultantes da aplicação da lei penal, de um lado a réus pobres, e, de outro, a abastados. É um discurso legitimador e significativamente abrandador do *ius puniendi* estatal que, embora não encontre respaldo formal do ponto de vista tópico (quantitativo), mostra-se altamente funcional na dimensão qualitativa (retórica).

2.4.3. TERCEIRA PREMISSA: DA COMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os votos desfavoráveis aos pedidos de pronúncia de inconstitucionalidade do art. 260 do Código de Processo Penal manifestados nas ADPFs 395 e 444 se propunham, com certa frequência no discurso de cada utente, a uma autorreferência de um objeto em particular do discurso, o que corresponderia, novamente, à estratégia da objetivação no âmbito da holística e no subnível da teleotática (O → S). Subsumir determinada premissa ou determinada estratégia a um dos esquemas inscritos no modelo de Ballweg significa, como anteriormente referido, reconhecer que a possibilidade de um mesmo substrato discursivo se amoldar a mais de um modelo – talvez seja essa a própria essência do modelo retórico-analítico.

No que diz respeito à relação sujeito-objeto, objeto-sujeito, há certa dificuldade em afirmar, de uma perspectiva analítica, que determinada situação discursiva se encaixa em apenas um esquema. Isso se torna ainda mais problemático quando se fala em uma "retórica da objetivação", estratégia por meio da qual o orador busca tornar preponderante o(s) objeto(s) no seu discurso, pois persuadir o auditório nesse sentido pressupõe a interferência do próprio orador (sujeito) sobre aquele mesmo objeto para lhe atribuir um significado e situá-lo em um determinado sistema normativo.

Desse modo, uma das premissas frequentes nos votos pela improcedência das ADPFs, e que se ajusta a essa ideia da "dupla subsunção", é a de que o direito penal é compatível, como um todo, com a Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, com a ideia que normalmente se aceita de Estado Democrático de Direito. É necessário observar que é uma premissa que se afigura a partir de, pelo menos, três hipóteses persuasivas: (i) em que grau se cogita a incidência do direito penal; (ii) a partir de qual dimensão do direito penal, considerado seu perfil de fragmentaridade, se pode falar em sua compatibilidade com a Constituição Fede-

ral; e (iii) uma determinada acepção de "Estado Democrático de Direito".

No voto do Ministro Edson Fachin, recorreu-se, mais uma vez, à estratégia de exposição de diferentes perspectivas teóricas sobre a amplitude do direito penal e a função do próprio processo penal condenatório. Ao concluir, todavia, o Ministro justifica sua posição, de fato, com fundamento em uma das acepções postas à escolha do intérprete (*tópoi*), que seria a do direito penal enquanto instrumento de proteção de direitos humanos:

> De minha parte, compreendo que não há espaço para um direito penal máximo na Constituição. O direito penal, porque se utiliza da violência como forma de sanção, não pode, num Estado Democrático de Direito digno desta designação, ser instrumento de regulação amplamente utilizado. A Constituição exige, como decorrência lógica da proporcionalidade, que o direito penal, e a violência com que se vale para sancionar as condutas das quais se ocupa, sejam para as condutas mais graves.
> Por outro lado, embora, creio eu, que todos nos irmanemos na utopia de um dia viver numa sociedade livre de toda e qualquer violência, até mesmo da violência institucional representada pela pena privativa de liberdade, a Constituição, quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, na atual quadra de evolução das relações sociais, escolheu o direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos humanos. Deslegitimar o direito penal como um todo não encontra guarida na Constituição, pois há inúmeros dispositivos constitucionais que invocam expressamente a proteção penal.
> Cito como exemplo os incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV, do art. art. 5º da Constituição, os quais impõem expressamente a adoção de medidas criminais para a punição a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, ao racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos e ação de grupos armados. O art. 7º, X, da Constituição impõe ao legislador, em mora desde 1988, que tipifique a retenção dolosa do salário dos trabalhadores. O art. 225, § 3º, da Constituição determina a tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente. (BRASIL, 2018).

Cumpre ter em conta a adoção, pelo Ministro, da linha teórica concernente à dimensão protetiva do direito penal como marco interpretativo, tratando-se, como se faz evidente, da mesma posição dos que julgaram pela procedência das ADPFs, exatamente em função de o art. 260 do Código de Processo Penal alegadamente violar garantias fundamentais irradiadas da concepção geral de "direitos humanos", concepção essa que, por sua vez, não é examinada ou posta à prova de significados, por assim dizer, por todos os juízes. Há uma noção normal e regu-

larmente aceita do que se pode compreender como "direitos humanos", a despeito das tentativas, no direito interno e internacional, de se conferir alguma forma objetivamente discernível a este conceito.

No voto do Ministro Celso de Mello, pela procedência das Arguições, a escolha, nas razões do voto, de uma determinada acepção do direito penal constituiu uma premissa implícita, exatamente em função de ser perfeitamente possível extrair a conclusão de que se adota a mesma linha garantista a partir da leitura de seu voto. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho:

> A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integridade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja
> em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º, § 2º, "g"), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito universal, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, n. 2), celebrado sob a égide da Organização das Nações Unidas, instrumentos que reconhecem a qualquer réu, entre outras prerrogativas eminentes, o direito de não produzir provas contra si próprio e o de não ser considerado culpado, pelo Estado, antes do trânsito em julgado da condenação penal, cabendo referir, por relevante, nesse sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Artigo 48, n. 1) e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Artigo 6º, n. 2). (BRASIL, 2018).

Daí, portanto, falar-se em um raciocínio entimemático que pode ser formulado, nessa segunda hipótese, da seguinte maneira: "se o direito penal é um mecanismo de proteção de garantias fundamentais, internacionalmente reconhecido como tal pelos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, a condução coercitiva é incompatível com a atual ordem constitucional". Esse o contexto, exibe-se a tese da incompatibilidade, porquanto, no voto do Ministro Fachin, a mesma premissa inicial, "o direito penal constitui instrumento de proteção aos direitos humanos", conduz à conclusão oposta e, por isso, incompatível com o resultado da operação entimemática primeira do voto do Ministro Celso de Mello.

2.4.4. QUINTA PREMISSA: É POSSÍVEL A DECRETAÇÃO DA CONDUÇÃO COERCITIVA, AINDA QUE O JUIZ CRIMINAL NÃO ATUE SOB O PRISMA A ATIPICIDADE DOS PODERES GERAIS DE CAUTELA

Um importante aspecto a ser observado no parecer do Ministério Público Federal é a tentativa muito clara de dogmatização da questão posta a julgamento, exatamente em função de sua atuação na condição de órgão técnico do processo de controle concentrado, o que, por inerente à sua natureza, se insere no plexo das razões de decidir. Dada sua condição de órgão técnico, na manifestação do Procurador-Geral da República não se verifica o elemento, reiterado nos votos dos juízes, caracterizado pela autoafirmação do Supremo Tribunal Federal enquanto instância legitimada ao exercício da grave função de legislador negativo.

Sob o prisma estritamente retórico-analítico, o Procurador-Geral da República sustenta a recepção da norma do art. 260 do Código de Processo Penal por dois motivos principais: i) o Ministério Público, enquanto instituição em si, passou a assumir um papel de notória relevância constitucional, do ponto de vista do combate à impunidade e, notadamente, no contexto do combate à corrupção. Portanto, a pronúncia de incompatibilidade das conduções coercitivas significaria tolher um dos instrumentos persecutórios relevantes postos não só à disposição da polícia judiciária, mas do próprio titular da ação penal pública incondicionada; ii) a segunda razão, de índole essencialmente técnica, seria a possibilidade de se decretar a condução coercitiva como medida cautelar alternativa, se ela, por si, bastasse ao juiz para a realização da diligência ou colheita da prova.

Situação que se pode qualificar como mais nebulosa do que a análise retórica tradicional e propriamente jurídica do discurso, também sob a perspectiva da natureza e do modo de funcionamento da instituição, é a apuração do grau de influência da opinião pública sobre a atuação do órgão ministerial. Não se trata o Ministério Público – incorporado na figura do Procurador-Geral, propriamente, de um "Poder" da República, não sendo, ainda, seus pronunciamentos, nessa hipótese, dotados de força vinculante. Tais as circunstâncias, parece ser autorizada a conclusão de que, pelo menos em princípio, a atuação do Procurador-Geral se apresentaria, em tese, revestida de maior grau de desvinculação de fatores outros que não sua independente compreensão da matéria julgada, realmente de acordo com sua independência funcional (art. 129, CF). Esse reconhecimento também o desassocia da repercussão de seu posicionamento na cláusula da "colegialidade"[8],

8 Vide, a propósito, o voto proferido pela Ministra Rosa Weber quando do julgamento do HC 152.752/PR (BRASIL, 2018b), no qual ressaltou a construção teórica denominada "princípio da colegialidade": (iii) como terceiro ponto, ABORDO o significado do princípio da colegialidade, na engenharia decisória da atividade jurisdicional, notadamente a desempenhada pelas Cortes Supremas, princípio este QUE há de ser bem compreendido. A colegialidade, como método decisório dos julgamentos em órgãos coletivos pelo qual o decidir se dá em conjunto, impõe, aos integrantes do grupo, da assembleia ou do tribunal, procedimento decisório distinto daquele a que submetido o juiz singular. Por funcionar como um colegiado, em um tribunal, a justificação da decisão judicial não se detém no raciocínio jurídico de um único juiz, avançando à fase da deliberação, na qual as manifestações individuais são postas em confronto e têm sua consistência e validade testadas, para, na etapa seguinte, proclamar-se resultado que expresse a opinião unânime ou majoritária do tribunal, enquanto voz e voto de um ente coletivo.

esta implicadora do grave ônus de persuadir seus interlocutores principais, que são os pares integrantes do Tribunal. Há substancial diferença, portanto, na posição de parte imprópria do Ministério Público enquanto sujeito parcial, por exemplo, nas ações penais originárias, nas quais originariamente tutela, pelo processo, uma pretensão resistida que acaba por circunstanciar a lide, de modo distinto ao que ocorre nos processos de índole abstrata e concentrada.

O problema do real significado da atuação conforme a "independência funcional" do órgão se apresenta na medida em que se cogita da possibilidade de se desnaturar a ideia de independência – atinente a situações subjetivas do Procurador-Geral enquanto sujeito – e os interesses da instituição como um todo. De tal sorte, ainda que a manifestação do Ministério Público acerca da questão de fundo se revista de todos os critérios de racionalidade inerentes ao discurso dogmatizado, é plausível se sustentar a influência de um fator extrajurídico implícito, o qual, a bem da verdade, poderia traduzir, além do aspecto disfuncional do discurso, explícita imoralidade se expressamente veiculado, além da ingerência, eminentemente subjetiva nos seus propósitos, da instituição sobre o órgão (S → S), no âmbito da argôntica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que há um viés entimemático no raciocínio judicial, mas que não se confunde com "verdades" ou "inverdades" no discurso jurídico. Tampouco significa ou justifica tal constatação a legitimação de absurdos interpretativos, se bem conformados à argumentação em torno deles. Na realidade, o entimema inerente ao discurso judicial trabalha com a ideia do plausível, do verossímil e das conclusões que podem, sob o prisma da razoabilidade, ser ajustadas a uma determinada moldura normativa. A retórica, aplicada ao discurso judicial, portanto, traduz-se em um método irradiado, eminentemente, do "parecer ser".

É por isso que a interpretação da norma constitucional, em contraste com uma regra legal, por si só, enseja determinada atribuição de valor, o que pressupõe a apreciação de fenômenos extrajurídicos, de modo que toda conclusão, no raciocínio jurídico, resulta, necessariamente, da importância que o intérprete dá, em um momento anterior à juridicização da questão, a tais elementos, tratando-se, portan-

A colegialidade, nesse ENFOQUE, assume, em um primeiro olhar, estrutura procedimental marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos argumentos jurídicos a fim de compor uma racionalidade única, institucional, do tribunal, conquanto comporte, por óbvio, expressão de divergências.

Em uma segunda dimensão, a colegialidade, quanto ao seu elemento funcional, exige a direta interação, por meio do respeito e confiança recíprocos, entre os membros do grupo para a formação da vontade coletiva, que não se perfectibiliza com a soma de várias vozes, e sim com a sua conjugação em uníssono, a voz da Corte para toda sociedade a conformar a ordem normativa constitucional.

Em outras palavras, as vozes individuais vão cedendo em favor de uma voz institucional, objetiva, desvinculada das diversas interpretações jurídicas colocadas na mesa para deliberação".

to, de um raciocínio entimemático, embora não seja uma mera opinião (*dóxa*).

Possuindo a retórica analítica função eminentemente descritiva do fenômeno comunicativo do raciocínio judicial, não pretende ela apontar a opção interpretativa dogmaticamente adequada entre a colisão de preceitos fundamentais, mas apontar quais as estratégias retóricas que preponderam na argumentação em favor de determinada conclusão.

Assim, não se admite que a lógica jurídica, sobretudo no julgamento de ações de controle abstrato, conforme-se à ideia do silogismo apodítico, sendo, antes, uma operação entimemática, no que se afirma a plausibilidade de determinada conclusão e significado em face às opções verossímeis e ordinariamente aceitas (*tópoi*) postas a disposição do intérprete pela própria ordem positiva. O convencimento judicial, nesses casos, revela-se intimamente ligado às convicções íntimas do julgador, condicionadas estas a influências de toda ordem, traduzindo-se, essencialmente, em uma projeção de vontade de ordem filosófica e ideológica, conclusão que se ajusta ao próprio conceito de entimema, a reputar ausente a ideia de verdades no Direito, no sentido de que seu valor finalístico enquanto técnica seria, em si, a persuasão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARISTÓTELES. **Retórica.** Trad. de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto, e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005 (Biblioteca de Autores Clássicos).

_____. Retórica como metódica para estudo do direito. **Revista Sequência**, nº 56, ju. 2008, p. 55-82.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

BALLWEG, Ottmar. Entwurf einer analytischen Rhetorik. In: BALLWEG, Ottmar; SEIBERT, Thomas-Michael (Hrsg.). **Rhetorische Retchstheorie.** Freiburg/Müchen: Verlag Karl Alber, 1982. pp .27-71.

_____. Retórica analítica e direito. Tradução de J. M. Adeodato. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991b. pp.

175-184.

BRASIL. **Ministério Público Federal**, Procurador-Geral da República, Parecer na ADPF 395. Brasília/DF, 2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adpf-395.pdf/view. Acesso em: 15.01.2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 395 e 444, relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília/DF, julgado em: 14.06.2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068. Acesso em: 06.01.2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, Habeas corpus nº 107.644/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Brasília/DF, julgado em 06.09.2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1520251. Acesso em: 15.01.2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, Habeas corpus nº 152.752/PR, relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, Brasília/DF, julgado em 04.04.2018b. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272. Acesso em:15.01.2019.

FALCÃO, Pablo R. de L. **A construção forense do biodireito**: descrição retórico-analítica do processo de justificação pelo STF na ADIN 3.510-0. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O problema da razoabilidade e a questão judicial.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

PARINI, Pedro. A Retórica da Metáfora dos Modelos na Teoria do Direito. **Sequência (UFSC)**, v. 34, p. 81-110, 2013.

_____. Análise retórica na teoria do direito. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS,** vol. XII, nº 1, Porto Alegre, 2017, pp. 115-135.

_____. Ironia como garantia de credibilidade do discurso jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG.** Belo Horizonte, n. 69, pp. 567-

599, 2016.

_____. La Retórica de Aristóteles para los juristas de hoy: el entimema y el paradigma como bases del raciocínio jurídico em la modernidad. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, nº 121, jun./set. 2018, pp. 312-331.

_____. **Retórica como método no direito: o entimema e o paradigma como bases de uma retórica judicial analítica.** João Pessoa: Editora da UFPB, 2015.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica.** Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SOBOTA, Katharina. "Don't Mention the Norm!". **International Journal for the Semiotics of Law**, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

STF. Pleno - Suspenso julgamento sobre compatibilidade da condução coercitiva com a Constituição (2/2). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=h4QNjYCSl1A&t=1841s. **Youtube.** 14.6.2018. Acesso em: 16.3.2019.