

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 33

Nº 1 - Nov.2020/Abr.2021

Carlos Maximiliano Pereira
dos Santos
Ministro do STF



EMARF



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 33
Nov.20/Abr.21

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2020 - volume 33, n. 1
(nov.20/abr.21)

Semestral

Disponível em: <<http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.php/emarf>>

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Sergio Schwaitzer

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Marcus Abraham

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Theophilo Antonio Miguel Filho

EQUIPE DA EMARF

Roque Bonfante de Almeida - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

George Geraldo Bernardino da Silva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Pedro Mailto de Figueredo Lima

Silvia Regina Assenheimer

Vilma Ferreira Amado

Espírito Santo

Livia Peres Rangel

Alan Castro de Melo

Conselho Editorial

Agostinho Teixeira de Almeida Filho, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador, Brasil

Alberto Nogueira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Alberto Nogueira Jr., Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Américo Augusto Nogueira Vieira, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Américo Bedê Freire Jr., Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Ana Paula Vieira de Carvalho, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

André Ricardo Cruz Fontes, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Artur de Brito Gueiros de Souza, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Augusto Guilherme Diefenthaler, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Caio Márcio Gutterres Taranto, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carlos Guilherme Francovich Lugones, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carmem Tiburcio, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Celso de Albuquerque Silva, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Eugênio Rosa de Araújo, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Guilherme Couto de Castro, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Gustavo Sampaio Telles Ferreira, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Helena Elias Pinto, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Leonardo Greco, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Brasil

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Firly Nascimento Filho, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Flávio de Oliveira Lucas, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Luís Greco, Universidade da Alemanha, Alemanha

Luiz Antonio Soares, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Abraham, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Lívio Gomes, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Nadia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Paulo Freitas Ribeiro, Advogado, Brasil

Pedro Marcos Nunes Barbosa, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

Poul Erik Dyrlund, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Reis Friede, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, Advogado, Brasil

Rodolfo Kronenberg Hartmann, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodrigo de Souza Costa, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Rogério Dutra dos Santos, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Sérgio D'Andrea Ferreira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Silvana Batini César Góes, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Theophilo Antonio Miguel Filho, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Vice-Presidente

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Corregedor-Geral

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Membros

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

SUMÁRIO

AS TEORIAS MONISTA E DUALISTA E O MODELO BRASILEIRO DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA.....	11
Albertina Maria Anastácio	
O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DO DIREITO ELEITORAL EM UMA DUPLA PERSPECTIVA.....	49
Ana Tereza Basilio e André R. C. Fontes	
A IDEOLOGIA DA REFORMA NA APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO.....	55
Cássio Benvenuti de Castro	
A HIPERSUFICIÊNCIA APLICADA: POR UMA LEITURA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 444 DA CLT.....	75
David Fernandez Elgarten Rocha	
AS COMPENSAÇÕES AUTORAIS NO ÂMBITO DA INTERNET.....	119
Julio Guidi Lima da Rocha e Rafael Meireles Saldanha	
DIGNIDADE COMO VALOR INTRÍNSECO E AUTONOMIA – NOTAS SOBRE O PENSAMENTO KANTIANO E ALGUMAS APLICAÇÕES JURÍDICAS.....	143
Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha	
A ADOÇÃO DA TEORIA OBJETIVA PURA NA INTERPRETAÇÃO DE APLICAÇÃO DO CRIME CONTINUADO COMO EFETIVA RESPOSTA JURISDICIONAL-PENAL.....	157
Luiz Felipe Marchesi	
AS SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	183
Luiz Iatagan Cavalcante Rocha	
INVENÇÕES DOS PROFESSORES E PESQUISADORES DA USP.....	197
Newton Silveira	
DA RETENÇÃO DE CONTÊINERES NOS TERMINAIS ALFANDEGADOS BRASILEIROS.....	205
Paulo Campos Fernandes, Jeniffer Adelaide Marques Pires e João Mirsilo Gasparri	

O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO DEVER DE COERÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	231
Rafael Carvalho Rezende Oliveira	
MEDIDAS ASSECURATÓRIAS NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO	253
Raissa Nunes de Barros	
TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: ANÁLISE DAS DEMANDAS JUDICIAIS RELATIVAS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.....	273
Rayssa Gonçalves de Paula Silva	
A VERTENTE TEOLÓGICA DO JUSNATURALISMO	307
Reis Friede	
CRIOGRAFIA, PROTEÇÃO DE DADOS E O POSICIONAMENTO DO STF NOS CASOS IBGE E WHATSAPP: PERSPECTIVAS PARA A VIGÊNCIA DA LGPD.....	325
Sergio Ricardo Sá	
AS REGRAS INTERACIONAIS E SISTÊMICAS NOS CONTEXTOS FORENSES: DIÁLOGOS POSSÍVEIS ENTRE O DIREITO E A LINGUÍSTICA ECOSSISTÊMICA	339
Tadeu Luciano Siqueira Andrade	
REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO E O ART. 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL: REQUISITO DE LEGITIMIDADE ATIVA OU MÉRITO DA CAUSA?	353
Vinícius de Novais Gertulino	

AS TEORIAS MONISTA E DUALISTA E O MODELO BRASILEIRO DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

Albertina Maria Anastácio¹

Resumo: Trata-se de um estudo a respeito da Justiça Administrativa, sob o enfoque dos sistemas jurídicos principais em dado momento histórico, quais seja, o inglês e o francês. No tocante ao sistema jurídico inglês, fundado no *Common Law*, é refletido o direito aplicado na Grã-Bretanha, como também, nos Estados Unidos da América. Por conseguinte, é delineada uma comparação entre essas modalidades de sistemas jurídicos, confrontando-os com o francês, além do direito brasileiro. Assim, ao ser analisado o direito nacional, é realizada uma reflexão sobre as teorias dualista e monista de jurisdição, adotadas nos períodos do Império e da República, respectivamente. O texto busca, através de uma visão multidisciplinar, transcorrendo as vias da história do direito e da política econômica, conceder ao leitor uma melhor compreensão da temática, pela sua dimensão sociopolítica nos períodos históricos analisados, trazendo elementos para a percepção da relevância do Conselho de Estado do Império.

Palavras-Chave: Justiça Administrativa. História do Direito. Teorias Monista e Dualista de Jurisdição. Conselho de Estado.

MONIST AND DUALIST THEORIES AND THE BRAZILIAN MODEL OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION

Abstract: It is a study about Administrative Justice, under the hang of the main legal systems at a given historical moment, namely, English and French. Regarding the English

¹ Mestranda e Doutoranda em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação em Associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); Mestre em Justiça Administrativa (Direito e Economia) – Mestrado Profissional, pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Mestre em Economia Empresarial, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

legal system, based on Common Law, the law applied in Great Britain, as well as in the United States of America, is reflected. Consequently, a comparison is made between those modalities of legal systems, comparing them with French, in addition to Brazilian law. Thus, when analyzing national law, a reflection is made on the dualist and monist theories of jurisdiction, adopted in the periods of the Empire and the Republic, respectively. The text seeks, through a multidisciplinary view, going through the paths of the history of law and economic politics, to grant the reader a better understanding of the theme, due to its socio-political dimension in the historical periods analyzed, bringing elements for the perception of the relevance of the Empire State Council.

Key Words: Administrative Justice. History of Law. Monist and Dualist Theories of Jurisdiction. State Council.

1. INTRODUÇÃO

Ab initio, cumpre esclarecer que o presente trabalho trata dos resultados de um estudo sobre a justiça administrativa, sob o enfoque de sua origem, traçando um paralelo comparativo entre os principais sistemas jurídicos existentes, quais sejam, o romano-germânico e a *Common Law*, expressos, respectivamente, pelo sistema francês, bem como, pelo sistema inglês da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos da América.

Fundado no sistema jurídico francês, a justiça administrativa brasileira adota no Brasil-Império, a teoria dualista de jurisdição. Com o advento da República e os novos ideais admirados nos Estados Unidos da América, sobretudo pelo federalismo – e não mais na Europa –, o Brasil adota a forma federativa de Estado, como também, a teoria da universalidade de jurisdição (monista), concedendo ao Poder Judiciário, o monopólio exclusivo de jurisdição.

O presente trabalho busca, inclusive, enquadrar o leitor tanto na esfera sociopolítica da época analisada, quanto da respectiva opção da política econômica. Corroborando com essa visão multidisciplinar, é realizado um estudo sobre os planos econômicos implantados na República, como desfecho para a reflexão da efetividade da jurisdição nacional, auxiliando o estudioso com subsídios para um aprofundamento de conhecimentos jurídicos, políticos, sociológicos, históricos e econômicos fundamentais. Mesmo porque a avaliação das diversas fases históricas, inclusive a atual, da justiça administrativa propicia

uma visão mais larga do tema tratado e, por extensão, aperfeiçoa o sistema judicial, pela análise crítica do papel do Judiciário inserido no exercício da jurisdição nacional, como também, nas suas relações com outros Estados estrangeiros e comunidades internacionais.

2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

Em consonância com a redação do artigo 1º, do Projeto Euro-Americano do Código-Modelo da Jurisdição Administrativa, texto aprovado em *Speyer*, Alemanha, em agosto de 2009, “a jurisdição administrativa tem a missão de controlar a legalidade da atuação administrativa e proteger e tornar efetivos os direitos subjetivos e interesses legítimos”.

É cediço que as expressões “justiça administrativa” e “jurisdição administrativa” referem-se aos órgãos jurisdicionais. Na realidade, a justiça administrativa tem como objeto, a Administração Pública, enquanto que a jurisdição administrativa estuda a natureza e a competência jurisdicionais; sendo que o controle judicial da justiça administrativa independe da modalidade do sistema jurídico (administrativista ou judicialista) ou da teoria adotada (monista ou dualista).

A Constituição da República, no inciso XXXV, do parágrafo 5º apregoa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consagrando o princípio da unidade de jurisdição (teoria monista), como monopólio do Poder Judiciário do Estado. Mas, existem Países, como a França, que são adotantes do princípio da dualidade de jurisdição (teoria dualista), através de um contencioso administrativo, que reconhece à Administração, o exercício da jurisdição. A existência de Tribunais Administrativos tem arrimo na total separação dos Poderes do Estado e independência dos mesmos, sendo vedado ao Poder Judiciário intervir no Poder Executivo.

Deve ser observado que na teoria dualista, a jurisdição administrativa é prestada por servidores e como esses não têm as garantias inerentes à Magistratura; a jurisdição passa por riscos, como por exemplo, de ofender a imparcialidade.

Os sistemas jurídicos, na maioria dos Estados internacionais fundamentam-se em duas modalidades, o direito civil romano e o direito inglês, embora coexistam com o direito dos países socialistas, os dos países islâmicos, o de Israel, dentre outros.

O direito civil romano está abalizado no *ius civile* dos cidadãos de Roma, sendo constituído por um conjunto de leis e códigos escritos além dos princípios jurídicos. A partir do século XIII, as universidades europeias começam a se interessar pelo direito romano-germânico, que nos séculos XVIII e XIX, passa a ser sistematizado em Códigos, como o de Napoleão, da França, de 1804, consolidando o direito nacional. A interpretação jurídica desse sistema jurídico é realizada a partir da aplicação de uma lei geral e abstrata, ao caso concreto.

Por sua vez, o direito inglês, chamado de *Common Law*, com origem na Inglaterra, consolida-se no direito consuetudinário anglo-saxônico, de caráter costumeiro e jurisprudencial, que se perfaz pela aplicação de um caso precedente à situação fática. O *Common Law* é aplicado tanto no Império Britânico quanto nos territórios de expansão britânica, tais como, a América do Norte e a Índia.

Assim, pode ser observado que a justiça administrativa se arrima, precipuamente, nessas duas modalidades de sistemas jurídicos, quais sejam o francês e o inglês, objetos do estudo apresentado a seguir:

3. PRINCIPAIS SISTEMAS JURÍDICOS

Cumpra analisar os principais sistemas jurídicos, no intuito de elucidar algumas questões da Justiça Administrativa, a seguir:

3.1. O SISTEMA JURÍDICO FRANCÊS

Como o sul da França conhece a escrita, adota-se o direito romano, enquanto que o norte, influenciado pelo povo flanco, que não apresenta o mesmo conhecimento para escrever, continua aplicando o direito costumeiro. Com o período absolutista em França, nasce o direito nacional, pela codificação e sistematização jurídica em todo o país. Assim, Montesquieu cria a teoria da tripartição dos poderes e a França implementa a *divisão entre a jurisdição administrativa e a jurisdição relativa aos litígios privados; através de um contencioso administrativo. E mesmo com Napoleão I, em 1806, é mantida a dualidade de jurisdição, criando-se o Conselho de Estado, que julga os litígios relativos à Administração Pública, o que consolida uma separação entre as atividades judicantes (Poder Judiciário) e as administrativas.*

MARQUES (2001), às fls. 24/25, apregoa que a França procura dar mais relevância ao direito público em detrimento ao direito privado, assim, a justiça administrativa é prevalente à justiça judiciária; consoantes palavras, ao citar Carlos Ferreira de Almeida, IN Introdução ao direito comparado, infratranscrito:

ALMEIDA (1998) apresenta-nos o seguinte perfil geral do Direito francês:

1 – A concepção do direito como regra de conduta tendente à realização da justiça;

2 – Estrutura da regra jurídica concebida com elevado grau de generalidade e abstração;

– Primazia do direito substantivo sobre o direito processual (pelo menos, no discurso jurídico oficial); o direito de ação como meio de efetivação de direitos subjetivos;

– O Estado como base da organização política; coincidência tendencial entre ordem jurídica e normas de origem estadual;

– Organização do poder político em conformidade com a Constituição escrita; separação de poderes (legislativo, executivo e judiciário); democracia política representativa (salvo algumas descontinuidades históricas);

– Consagração constitucional de direitos, liberdades e garantias individuais (as exceções pertencem mais ao domínio da não aplicação efetiva do que da sua recusa explícita em normas legais);

– Fiscalização da constitucionalidade das leis.

– Competência legislativa distribuída entre as instituições parlamentares e as governamentais.

– Primado da lei, tanto no plano hierárquico como no da sua importância relativa, enquanto fonte de direito aplicável a todas as áreas jurídicas.

– Concentração de uma parte significativa das regras legais em códigos, organizados de modo sistemático e segundo critérios doutrinários.

– Declínio da importância do costume.

– Contraste entre o discurso dominante e o oficial, que recusa à jurisprudência o valor de fonte de criação normativa, e a sua efetiva importância enquanto meio de conhecimento e de evolução do direito.

– Influência da doutrina na construção e compreensão dos sistemas

jurídicos, nas reformas legislativas e, em diferentes graus, no modo de aplicação do direito.

– Utilização, na interpretação da lei, de um pluralismo metodológico em que, segundo combinações variáveis, são atendíveis os elementos literal, teleológico, sistemático e histórico.

– Aplicação analógica como meio privilegiado de integração de lacunas da lei.

– Organização judiciária ordinária ou comum hierarquizada em três níveis; tribunais de 1ª e de 2ª instância dispersos no território; tribunal supremo vocacionado para a uniformização da jurisprudência.

– Jurisdição administrativa composta por tribunais administrativos com competência para o controle da legalidade dos atos da Administração Pública.

– Formação universitária em Direito como requisito geralmente exigido para o exercício de profissões jurídicas superiores (magistraturas e advocacia).

– Dualidade de magistraturas – judicial e do Ministério Público – compostas na sua quase totalidade por magistrados integrados em carreira profissionais.

– Tendencial unidade da profissão de advogado, a quem incumbe o patrocínio judiciário e o aconselhamento jurídico dos clientes. (ALMEIDA, 1998:72/74)

3.2. O SISTEMA JURÍDICO INGLÊS NA GRÃ-BRETANHA

Em contradição ao modelo francês, surge o *Common Law*, na Grã-Bretanha, de competência do Poder Judiciário, adotando uma jurisdição única. No direito inglês, inexistente uma Constituição orgânica e esse sistema vigora, sobretudo, no Reino Unido, Estados Unidos, Canadá e Nova Zelândia.

Esse direito está abalizado em documentos esparsos sendo que, o primeiro deles, a *Carta Magna*, de 1215, é caracterizado por um Poder Judiciário independente, conforme se pode depreender a seguir:

Como se sabe, a Grã-Bretanha não possui uma Constituição orgânica (ou escrita). Sua ordem constitucional consta de documentos esparsos, que vigoram através dos tempos, a partir da Magna Carta de 15 de

junho de 1215. E podemos dizer que em todos esses *documentos constitucionais* encontram-se referências ao Poder Judiciário. (...) (FIUZA, 2004, p. 32)

E ainda:

Resta ainda mencionar, com base na publicação oficial citada, que o Judiciário do Reino Unido é inteiramente independente do Governo e não está submetido a qualquer controle ou direção ministerial. Não há Ministro de Justiça na Grã-Bretanha. A responsabilidade da administração da Justiça está a cargo do *Lord Chancellor*, do *Home Secretary* e das Secretarias de Estado da Escócia e da Irlanda do Norte. A fonte história do Poder Judiciário vem da Coroa. (idem, p. 35)

3.3. O SISTEMA JURÍDICO INGLÊS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Consoantes afirmações anteriores, os Estados Unidos da América (EUA), originados do Império Britânico, adotam o direito inglês, mas com relutância. O Poder Judiciário na Inglaterra é mais inconsistente do que nos EUA, onde o Judiciário é forte e consolidado. Nos EUA, embora vigore uma Constituição escrita e rígida, esse país é uma República federativa, portador de um regime de Governo presidencialista, com um sistema eleitoral representativo; além de adotar um modelo em que o Presidente da República é o Chefe do Poder Executivo e o Chefe de Estado, sendo prevalentes os sistemas *Common Law* e *Cases Laws*.

Por sua vez, o Reino Unido é dotado de um Governo monarquista, com um sistema de Governo parlamentarista e a rainha é Chefe do Executivo e do Judiciário, além de atuar nos Poderes Executivo e Legislativo.

4. A DICOTOMIA DOS DIREITOS PÚBLICO E PRIVADO E A INFLUÊNCIA DO ABSOLUTISMO

Através da análise dos principais sistemas jurídicos internacionais, convém avaliar a dicotomia dos direitos público e privado nesses direitos.

É cediço que o direito constitucional é considerado como o ramo mais importante do direito público. Quando se estuda o desenvolvimento do direito público, observa-se que no direito romano, havia uma distinção clássica entre direito público (*ius publicum*) e privado (*ius privatum*).

O Digesto, de Justiniano, prevê que o direito público trata das coisas sagradas, dos sacerdotes e magistrados. Mas, o fato é que na Idade Média essa ideia se modificou pelo advento do Estado Moderno, perdendo-se essa dicotomia entre direito público e privado. Isto porque muitas vezes os direitos de reis e suseranos, por envolver matérias de estatuto, propriedade ou rendimento, eram apreciados por tribunais, que hoje, são considerados como civis.

Na realidade, o direito público apresenta raízes no Absolutismo, que prescindia de tribunais próprios; ideia essa combatida pelos liberais. Isto porque a Monarquia defendia um direito de Estado, através de um direito público aristocrático, defensor dos direitos do Príncipe, não subjugado às leis e estando acima do direito privado. Isso era estreitamente combatido pelo liberalismo. Convém ressaltar que era absolutista a ideia de que as matérias de direito público ficassem excluídas da jurisdição dos tribunais comuns.

Na França, somente a partir dos meados do século XVII é que se passou a perceber a linha divisória entre a *res publica* e os interesses privados. Por outro lado, defensores da dicotomia lutavam pela mesma, em prol de serem definidas as suas competências, e assim, salvaguardar ainda mais, os direitos do homem livre, traçados no direito privado.

No que tange ao *Common Law*, o Reino Unido até o século XIX desconheceu o direito público e os tribunais de direito público, aplicando um único conjunto de regras tanto às questões governamentais quanto aos cidadãos privados. Mesmo nos tempos hodiernos, o direito público não apresenta relevância para o jurista inglês.

5. A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA NO BRASIL E OS SISTEMAS DE JURISDIÇÃO

No Brasil, a jurisdição administrativa está calcada nas teorias monista e dualista, que serão analisadas adiante.

5.1. A DUALIDADE DE JURISDIÇÃO DO IMPÉRIO

Deve ser ressaltado, que no período do Império, o Brasil optou pela teoria

dualista de jurisdição. Com a República, a teoria monista ganha força e perdura até os dias atuais.

O Brasil-Império apresenta um grande ordenamento jurídico, composto de leis, decretos, cartas imperiais, regulamentos, dentre outros, tais como:

- Constituição do Império, de 25/03/1824;
- O Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 29/11/1832;
- O Código Criminal, de 16/12/1830;
- O Ato Adicional, de 12/08/1834;
- Lei nº 234, de 23/11/1841: criação do Conselho de Estado;
- Código Comercial de 18/9/1850, de 25/06/1850;

Cumprido esclarecer, que dessa legislação supracitada, será comentada a seguir, tão-somente, a Constituição do Império, no intuito de enquadrar o período do Brasil-Império à Carta Maior.

No que diz respeito à Constituição Imperial de 1824, vale considerar que se trata da única Constituição do mundo que versa sobre a repartição tetradimensional, como se pode observar adiante:

Dominada pelas sugestões constitucionais provenientes da França, a Constituição Imperial do Brasil foi a única Constituição do mundo, salvo notícia em contrário, que explicitamente perfilhou a repartição tetradimensional de poderes, ou seja, trocou o modelo de Montesquieu pelo de Benjamin Constant, embora de modo mais quantitativo e formal do que qualitativo e material" (BONAVIDES, 2010, p.363)

É preciso ressaltar que o Imperador acumulava o exercício de dois Poderes, o Executivo e o Moderador, sendo que concernente ao último Poder, havia supremacia e maior concentração de mando nas mãos do Imperador, cabendo ao Poder Executivo tão-somente se conformar com as suas políticas implementadas.

Deve ser esclarecido, que o Conselho de Estado se constituiu numa Comissão Constituinte, nomeada por D. Pedro I, com a função precípua de elaborar a Carta Constitucional, sendo composta de seis ministros e mais quatro membros, também nomeados pelo Príncipe do Império.

Surge o Conselho do Império, por razões outras, pois boa parte dos reis europeus havia perdido a sua coroa ou diminuído o seu poder; não sendo

mais possível D. Pedro I alegar “poder divino” ou evocar que o Estado era ele, e consequentemente, exercer o poder de forma extremamente centralizadora (CASTRO, 2010). Dessa feita, opta-se pela manutenção de uma parte da elite no poder, mesmo porque esse sistema de elites é antigo, estando presente na Carta de 1215.

Observa-se que a Constituição de 1824 apresenta algumas contradições, em seu texto, como por exemplo, a inserção do conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, modelo da França, e, no entanto, a maioria da população brasileira é composta por escravos. Outro paradoxo que deve ser apontado é o direito à liberdade religiosa. Isto porque no Brasil, o catolicismo é a religião oficial. Como a Igreja Católica e Apostólica Romana exerce o controle dos registros públicos, na medida em que, por exemplo, alguém contraísse núpcias, seria necessário o registro do nascimento, pelo batismo, dificultando a opção por outra religião. (CASTRO, 2010).

5.1.1. A Economia Brasileira e a Escravidão

A supracitada contradição interessa a todos, principalmente, às elites que vêm na força de trabalho escravo o único meio de produção racionalmente possível e rendável, tornando a propriedade escrava sinônimo de *status* e poder. Assim, o comércio de escravo é extremamente vantajoso, tornando-se importante na época do Império.

A solução jurídica para o problema escravista, é considerar o escravo como coisa, bens e não pessoas, mormente, quando a redação ínsita no artigo 6º, da Constituição do Império, deixa de reconhecer os seus direitos, como cidadãos brasileiros, ainda que nascidos no território brasileiro. Na realidade, os escravos não têm pátria ou nacionalidade, por não terem personalidade.

5.1.2. A Economia Brasileira e a Lavoura de Café

No Brasil-Império, quando se analisa a economia brasileira, é mister observar a evolução da lavoura cafeeira, que nessa fase da História, começa a se consolidar, tendo em vista que a sua produção é para o uso doméstico e local, mas com

o declínio dos ciclos do algodão e do açúcar, passa também a ser exportada, alcançando o desenvolvimento no setor cafeeiro, o que corresponde entre 1837 e 1838, aproximadamente, à metade do valor das exportações brasileiras, consoante tabela exposta adiante:

Tabela 1: PROPORÇÃO DO CAFÉ BRASILEIRO NA PRODUÇÃO MUNDIAL

PERÍODO	PERCENTAGEM DA PRODUÇÃO MUNDIAL
1820 – 1829	3.178
1830 – 1839	10.430
1840 – 1849	18.367
1850 – 1859	27.339

Fonte: NORMANO, João F. *Evolução econômica do Brasil*. São Paulo: Brasíla: Instituto Nacional do Livro, 1975, p.55, apud BENTIVOGLIO, Julio, *Os negócios do Império: A Política Econômica Brasileira no início do Segundo Reinado (1840-1860)*, p. 50

5.1.3. A Economia Brasileira e os Homens do Governo

Consoantes afirmações anteriores, o sistema de manutenção de homens de elite, no Governo, é antigo, e é implementado no Império do Brasil. Cumpre esclarecer, por oportuno, que os homens do Governo do Império são capitalistas e investidores naturalmente, acumulando as funções da burocracia com as dos negócios privados, conforme ensinamentos de NEVES:

Deve ser chamada a atenção para o fato que os homens da burocracia também eles próprios faziam as vezes de capitalistas, atuavam em diversas frentes e em algumas, eram investidores dos negócios. Os homens do governo estavam ligados ao meio econômico-financeiro e acumulavam cargos e funções em suas trajetórias. Consoante os quadros, percebemos a participação dos burocratas nos negócios privados. (NEVES, 2008, p. 220)

A Tabela 2, exposta adiante, vem confirmar a argumentação de que os homens da burocracia eram capitalistas do Império e atuavam em diversos segmentos, pelo que se observa:

Tabela 2: BUROCRATAS SÓCIOS DA COMPANHIA ESTRADA DE FERRO PEDRO II

ACIONISTA	AÇÕES	ACIONISTA	AÇÕES	ACIONISTA	AÇÕES
Marquês de Olinda	100	Carneiro Leão	50	Visconde de Niterói	20
Duque de Caxias	100	Marquês de Abrantes	50	Almeida Torres	20
Muritiba	120	Bernardo de Sousa Franco	50	Andrade Pinto	20
Visconde de Araxá	65	Alves Branco	50	Visconde de Inhomirim	10
Uruguaiana	50	3º. Marquês de Caravelas	30		

Fonte: MARTINS, Maria Fernanda Vieira, *ob. cit.*; *apud* NEVES, Edson Alvisi (2008, p.221)

Nesse sentido, observa-se inclusive a presença de burocratas em cargos no mercado econômico, pelo que se pode depreender a seguir:

Tabela 3: ALGUNS BUROCRATAS EM CARGOS E FUNÇÕES NO MERCADO ECONÔMICO

NOME	TÍTULO	CARGOS	OUTRAS FUNÇÕES
Joaquim José Rodrigues Torres	Visconde de Itaboraí	Deputado e Senador pelo Partido Conservador, representado o Rio de Janeiro; ministro de Estado dez vezes; Conselheiro de Estado e de S. M. Imperador	Grande proprietário de terras e escravos na região de Saquarema, também atuou na direção do Banco do Brasil entre 1854 e 1859

NOME	TÍTULO	CARGOS	OUTRAS FUNÇÕES
Camilo Maria Ferreira Armonde	Conde de Prados		Foi vice-presidente, entre 1854 e 1859, da Companhia União-Indústria e presidente do Banco Nacional de Depósitos e Descontos, entre 1872 e 1875
Bernardo de Souza Franco	Visconde de Souza Franco	Deputado do Pará pelo Partido Liberal, Ministro da Fazenda e Conselheiro de Estado	no período de sua gestão na pasta de Fazenda, também foi presidente da Companhia Praça da Glória entre 1856 e 1862
Ângelo Muniz da Silva Ferraz	Uruguaiana	Ministro da fazenda, Conselheiro de Estado	Diversas emendas sugeriu nos debates do projeto relativo ao Código, dirigiu entre 1857 a Companhia Previdência de seguro contra a mortalidade dos escravos e foi secretário e membro do conselho diretor da Companhia de Seguros Marítimos e Terrestres, com agentes representantes na Inglaterra, Buenos Aires e em diversas províncias do país
José da Costa Carvalho	Monte Alegre	Deputado pela província da Bahia e São Paulo; Regente; Presidente da Província de São Paulo; Ministro do Império	Presidente da Associação Central de Colonização em 1858, tendo no conselho diretor o marquês de Abrantes, participou da comissão redatora do Código

NOME	TÍTULO	CARGOS	OUTRAS FUNÇÕES
	Barão de Muritiba	Presidente da província do Maranhão, Conselheiro de Estado	Presidente da Associação Central de Colonização em 1859, tendo como diretor Pimenta Bueno
Francisco Salles Torres Homem	Visconde de Inhomirim	Ministro da fazenda, conselheiro de Estado	Presidente da Associação Central de Colonização em 1865
	Marquês de Abrantes	Conselheiro de Estado	Presidente da Companhia Pharol Agrícola entre 1857-1858

Fonte: LAEMMERT, Eduardo. Almanak Administrativo Mercantil e Industrial da Corte e Província do Rio de Janeiro, para os anos de 1859, p. 339-340 e 437; Idem, 1857, p.400; Idem, 1865, 399; Idem, 1859, 444. Apud, NEVES, Edson Alvisi (2008, pp. 221/223)

5.1.4. A Política e o Conselho de Estado no Império

O Conselho de Estado no Império surge como uma Comissão Constituinte, antes mesmo de ser outorgada a Constituição de 1824; sendo suprimido pelo Ato Adicional de 1834 e mais tarde, restaurado pela Lei nº 234, de 29/11/1841, exercendo as suas funções até o fim do Império.

O Conselho de Estado é composto de no máximo 10 (dez) membros vitalícios, de religião católica, com idade não inferior a 40 (quarenta) anos, nomeados pelo imperador, na forma dos artigos 137 e 138, da Constituição Imperial, sendo que está incluído no quantitativo dos membros do Conselho, o número dos Ministros de Estados, “nem estes serão reputados Conselheiros de Estado, sem especial nomeação do Imperador para este cargo”, nos termos da redação do artigo 139, no texto constitucional.

Como requisitos essenciais para se tornar membro do Conselho de Estado, o artigo 140 exige o preenchimento das mesmas qualidades exigidas para Senador do Império, na forma do artigo 45, ambos da Carta Imperial, *in verbis*:

Art. 45. Para ser Senador requer-se

I. Que seja Cidadão Brasileiro, e que esteja no gozo dos seus Direitos Politicos.

II. Que tenha de idade quarenta annos para cima.

III. Que seja pessoa de saber, capacidade, e virtudes, com preferencia os que tiverem feito serviços á Patria.

IV. Que tenha de rendimento annual por bens, industria, commercio, ou Empregos, a somma de oitocentos mil réis.

Além de prestar juramento nas mãos do Imperador, em manter a Religião Católica Apostólica Romana, que era a religião oficial, o conselheiro de Estado deveria, ainda, observar o ordenamento jurídico nacional e ser fiel ao Imperador, mormente na função de aconselhamento nos assuntos do Estado, na forma do artigo 141, da mesma Carta Magna, *in verbis*:

Art. 141. Os Conselheiros de Estado, antes de tomarem posse, prestarão juramento nas mãos do Imperador de - manter a Religião Catholica Apostolica Romana; observar a Constituição, e às Leis; ser fieis ao Imperador; aconselhal-o segundo suas consciencias, attendendo sómente ao bem da Nação.

O artigo 144 da mesma Constituição prevê uma vaga de membro do Conselho de Estado, ao Príncipe Imperial, a partir de 18 anos de idade, *in verbis*:

Art. 144. O Principe Imperial, logo que tiver dezoito annos completos, será de Direito do Conselho de Estado: os demais Principes da Casa Imperial, para entrarem no Conselho de Estado ficam dependentes da nomeação do Imperador. Estes, e o Principe Imperial não entram no numero marcado no Art. 138.

O artigo 2º, da lei nº 234, 1841, reconhece a vitaliciedade aos conselheiros de Estado, embora o Imperador possa dispensá-los de suas funções. O artigo 143 também previa a responsabilidade dos conselheiros de Estado, *in verbis*: 'Art. 143. São responsaveis os Conselheiros de Estado pelos conselhos, que derem, oppostos ás Leis, e ao interesse do Estado, manifestamente dolosos.'

5.1.5. As Funções do Conselho de Estado

É mister realizar um estudo relativo às funções do Conselho de Estado,

analisando a competência, para se poder avaliar o contexto em que o mesmo se insere, como também, o seu papel relevante frente ao Governo; e por extensão, a dimensão de suas decisões.

Após a Constituição de 1824, o Conselho de Estado passa a exercer funções consultivas através de pareceres e opiniões ao Imperador; além de se constituir em um tribunal administrativo de última instância, auxiliando a própria Administração Pública. Diferentemente do Conselho de Estado francês, no Brasil-Império, a sua função é só administrativa, não chegando a exercer a função jurisdicional, como ocorre em diversos países adotantes da teoria dualista de jurisdição. Hodiernamente, o Conselho de Estado é um órgão consultivo, de assessoria do Chefe de Estado, existente também, no Reino Unido, Portugal, Dinamarca e Cuba, dentre outros.

Vale acrescentar a opinião de Visconde do Uruguai, sobre o Conselho de Estado como órgão consultivo, infrarreproduzido:

Um Conselho de Estado em uma monarquia representativa deve ser uma corporação exclusivamente ou quase exclusivamente administrativa. A corporação que aconselha o poder Moderador e que é política deve ser distinta, chamem embora a esta Conselho de Estado e àquela o que quiserem. (CARVALHO, 2002, p. 280)

No que tange à interpretação da lei, conforme explicações de Flávia Lages de Castro, o Conselho de Estado assume essa função, buscando suprir lacunas, não sendo necessário que o Poder Legislativo explique a lei. Isto porque, os membros do Conselho de Estado buscam compreender o caso concreto e aplicar a lei e não os costumes locais, pela adoção da técnica da argumentação e fundamenta as suas decisões nos princípios constitucionais, como o princípio da legalidade, além dos princípios de direito natural:

o papel de interpretação da lei caberia ao Legislativo, entretanto, como isso não desse certo essa função passou, a partir de 1841, para o Conselho de Estado, órgão composto por pessoas indicadas pelo Imperador. O Supremo Tribunal de Justiça teve suas funções regulamentadas por lei em 1828. (CASTRO, 2010, p. 365)

5.1.5.1. O Conselho de Estado no Império como Órgão Consultivo

Na qualidade de órgão consultivo, o Conselho de Estado do Império é ouvido sempre nas hipóteses previstas na redação do artigo 142, da Constituição de 1824, *in verbis*:

Art. 142. Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negocios graves, e medidas geraes da publica Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as occasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das attribuições proprias do Poder Moderador, indicadas no Art. 101, á excepção da VI.

De acordo com os estudos de José Reinaldo, essas consultas resolvidas e distribuídas por assunto, podem ser analisadas da seguinte forma:

Tabela 4: CONSULTAS RESOLVIDAS – DISTRIBUÍDAS POR ASSUNTOS

ASSUNTOS	Nº DE CONSULTAS
Cargos e ofícios de justice	358
Jurisdição e competência	131
Escravidão	67
Guarda Nacional	52
Aposentadorias	44
Sociedades	23
Família	16
Penas e pena de morte	16
Propriedade	15
Sucessões	15

Fonte: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 171.

O mesmo autor oferece, ainda, dados sobre o objeto das consultas distribuídas para o Conselho de Estado, pelo que se pode verificar:

Tabela 5: CONSULTAS DISTRIBUÍDAS PELO OBJETO – FORMA DE PROVOCAÇÃO DO CONSELHO

OBJETO	Nº DE CONSULTAS
Interpretação (Administração)	193
Pedido	189
Interpretação (Judiciário)	185
Recurso	159
Conflito de jurisdição	56
Outros	320
Total	1102

Fonte: Idem

Como fontes manuscritas, José Reinaldo menciona na mesma obra, que essas fontes encontram-se no Arquivo Nacional, “encadernados os originais de 539 consultas, com os respectivos requerimentos e papéis que as instruíram em 49 volumes.” (idem, p. 152), como ainda aponta algumas fontes das Consultas da Seção de Justiça:

1884 – Imeriaes Resoluções tomadas sobre consultas da Secção de Justiça do Conselho de Estado.

1887 – Imperiaes resoluções tomadas sobreconsultas da secção de justiça do Conselho de Estado.

1869 – Consultas do Conselho de Estado sobre negócios eclesiásticos

1907 – Consultas do extinto Conselho de Estado sobre assumptos da competência do Ministérioda Justiça e Negócios Interiores. (LOPES, 2010, p. 150)

5.1.5.2. O Conselho de Estado como Órgão de Justiça Administrativa

Torna-se necessário realizar uma análise sobre alguns institutos inerentes ao Conselho de Estado do Império, na qualidade de órgão de justiça administrativa.

Consideram-se autoridades judiciárias, as exercidas pelos juízes e

tribunais comuns, competentes para apreciar e julgar as lides que versem sobre as leis civis e as suas relações com os indivíduos e as propriedades. As autoridades administrativas são as competentes para executar as leis, julgar administrativamente as reclamações e os fatos relativos aos bens públicos, proteger a riqueza pública, dentre outras competência.

No primeiro período do Império, nos anos de 1790 a 1830, a competência administrativa adota a teoria dos atos em causa, que é ampla e elástica, por ser fixada pelo Conselho de Estado. É o período de jurisdição homologável. A competência administrativa era determinada para cada litígio e se estende ao máximo, no intuito de se evitar que a administração fosse julgada pelo Poder Judiciário.

Nesse modelo, o Conselho de Estado determina a natureza do ato administrativo para fixar a competência administrativa. Deve ser observado que em alguns casos, considerando a natureza do ato administrativo, o Conselho de Estado remetia alguns litígios à competência judiciária. Assim, a competência administrativa era vaga, ampla e elástica, prejudicando o exercício da justiça administrativa.

Por oportuno, convém lembrar que no segundo período do Império, compreendido entre 1830 e 1872, houve a transição do regime de Justiça homologável para o de Justiça delegada. Com a influência das idéias adotadas em França, adota-se a teoria dos atos de império e gestão.

A determinação da competência passa a se fundar nos atos de império e atos de gestão. Os atos de império, isto é, da autoridade administrativa, passariam a determinar a competência administrativa. Mas, se a Administração Pública atuasse como particular, ficaria equiparada ao cidadão comum e sujeita à competência judiciária, como por exemplo, na celebração de contratos civis e comerciais. Houve a aplicação da teoria francesa, embora a jurisprudência apresente ainda outros critérios de competência, de forma acessória.

Existem duas grandes características do Conselho de Estado do Império, como órgão de justiça administrativa, a saber:

- a) separação entre as autoridades administrativas e judiciárias;
- b) a autoridade administrativa aparece em situação de superioridade em relação à autoridade judiciária.

Assim, fundado sobretudo na jurisprudência e na doutrina, adota-se o critério dualista, como forma de jurisdição administrativa no Império.

5.1.6. Garantias do Conselho do Império

Há necessidade de uma organização administrativa contenciosa que dê garantias. A administração deve ter agentes para a ação: conselhos para o exame, discussão, fiscalização e maior acerto; e tribunais administrativos para o julgamento; dependendo porém este, em certos casos, da homologação do poder supremo.

A audiência da parte, de um conselho e o exame de um tribunal administrativo são garantias importantes. É possível citar ainda, como garantias, uma forma de processo administrativo que estabeleça as formalidades substanciais, para a defesa e o descobrimento da verdade; a publicidade da discussão e das decisões contenciosas administrativas; a hierarquia, os recursos e novo exame por um conselho ou tribunal administrativo superior; a reunião, publicidade e conhecimento das tradições e dos precedentes, ou por outra, a organização da jurisprudência administrativa; a independência em um certo grau ou mesmo aquela possível nos conselhos e tribunais administrativos, especialmente nos que consultam em última instância, como o Conselho de Estado, dentre outras.

O artigo 2º. da Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841, previa a vitaliciedade aos conselheiros de Estado, embora fosse facultado ao imperador, dispensar de suas funções, por tempo indefinido.

O contencioso administrativo não oferece todas essas garantias e pode ser decidido pelo poder Executivo puro, e pelo discricionário gracioso, conforme redação ínsita no bojo do art. 46, do regulamento provisório do Conselho de Estado nº. 124, de 05 de fevereiro de 1842.

5.1.7. Poder Judicial e Poder Administrativo

Visconde do Uruguai preconiza o dualismo de jurisdição, sob pena de violação do princípio fundamental da separação dos Poderes, ao provocar a intromissão do Poder Judiciário nos assuntos administrativos, confundindo a Administração Pública com o Poder Judiciário.

O poder judicial exige a provocação da parte, além do descumprimento do direito; diferenciando do poder administrativo, que pode ser exercido de ofício; aplicável ao futuro, sem precisar se limitar a um determinado fato, consoantes palavras de Visconde do Uruguai:

(...)

O poder Judicial tem por missão punir os crimes e regular os direitos privados, por meio da aplicação especial das leis da ordem penal e civil.

O poder administrativo aplica as leis de ordem pública e de interesse mais ou menos geral. Procede por meio de execução geral e providências gerais, salvo quando decide sobre dificuldades especiais tais que opõem o direito dos particulares à execução de medidas de interesse geral, o que dá lugar ao contencioso administrativo.

(...)

A autoridade administrativa ordena, dispõe, regula, por meio de prescrições, com certo caráter de generalidade.

A autoridade judicial limita-se a declarar que existe este ou aquele fato e a aplicar-lhe rigorosamente a disposição da lei; a declarar que tal ou tal direito da ordem civil pertence ou não ao que o reclama; que tal ou tal obrigação, da mesma ordem, incumbe ou não ao que a contesta.

(CARVALHO, 2002, PP. 100/101)

Visconde do Uruguai apregoa, ainda, a distinção entre o poder administrativo gracioso e o contencioso ou administração graciosa ou contenciosa, pelos seguintes ensinamentos:

A administração é graciosa quando os seus atos, fundados em interesse geral, somente podem ferir ou ferem o interesse particular, dada a colisão entre esses dois interesses.

É contenciosa quando fere direitos.

Quando a autoridade exerce atos de administração graciosa, é a sua jurisdição graciosa. É contenciosa, quando exerce atos de administração contenciosa.

Os recursos são graciosos quando se dão de atos graciosos. Contenciosos quando de atos contenciosos.”

(...)

A administração graciosa obra muitas vezes ex-officio,

espontaneamente; a contenciosa dá-se quando é provocada por uma reclamação que produz litígio.

A administração graciosa obra pelo interesse geral; a contenciosa decide sobre espécies. A sua decisão somente tem autoridade de caso julgado entre as partes.

Assim, o contencioso administrativo participa muito do judicial.

A administração graciosa está, como vimos, essencialmente revestida de um certo poder discricionário.

A contenciosa porém está encerrada nos limites da aplicação de uma lei, de um regulamento, de um contrato, quando lhe pertence a solução das dúvidas que se levantam. (idem, idem, pp. 133/137)

5.1.8. Funcionamento da Seção de Justiça (1842-1889)

A Seção de Justiça é formada por duas pastas: a da Justiça, bem como a de Negócios Estrangeiros. A Seção de Justiça apresentava as seguintes competências:

- a) o controle de constitucionalidade; e
- b) o contencioso administrativo e conflito de competência e jurisdição

O controle de constitucionalidade é realizado através da apreciação da legislação da Província, com relação à Administração Pública.

No tocante ao conflito de jurisdição, trata-se de modalidade de conflito entre a Administração Pública e o Poder Judiciário. Assim, o presidente da Província ou o procurador da Coroa (na Corte) suspendia o processo judicial, mandava ouvir os interessados e decidia o conflito. No caso de decisão favorável à Administração Pública, essa era revestida de provisoriedade e deveria ser reapreciada pelo Conselho de Estado. Se desfavorável, não precisava subir para o referido Conselho, para fins de reapreciação.

Entre Judiciário e administração dizia-se propriamente conflito de jurisdição e o presidente da Província (ou, na Corte, o procurador da Coroa) por iniciativa própria ou mediante provocação, suspendia o processo judicial, mandava ouvir os interessados e decidia o conflito. Se a decisão fosse favorável à administração, teria caráter provisório e seguia para o Conselho. Se fosse favorável ao Judiciário, não havia necessidade de confirmação pelo Conselho. Havia, ainda, outro conflito: autoridade eclesiástica x autoridade secular.

Importa esclarecer que após a chegada dos navios negreiros no Brasil, a Auditora da Marinha avaliava os escravos, apontando os bons para fins de mercancia. Essa decisão é reapreciada pela Seção de Justiça do Conselho de Estado. Assim, a Lei Eusébio de Queiroz, que tratava do tema, concedia ao Conselho de Estado, o *status* de Tribunal. Isto porque, na primeira instância, as presas dos navios negreiros eram levadas para a Auditoria da Marinha que avaliavam quais eram as presas boas e quais não eram. Essa decisão era reapreciada pela Seção de Justiça, do Conselho de Estado.

5.1.9. Organização Judiciária

O Ministro da Justiça era encarregado da administração do Poder Judiciário. O processamento dos pedidos relativos a todos os empregos e ofícios de justiça, sejam sobre concursos, nomeações, remunerações, promoções e o que mais se ofereça, eram processados perante a Seção de Justiça. Os empregos eram cargos próprios dos Estados; remunerado pelos cofres públicos, tais como os de juizes de direito, servidores permanentes dos Ministérios, delegados de Polícia, dentre outros. Os ofícios, no âmbito do Judiciário, são as escritanias, os tabelionatos e os registros remunerados pelas custas e emolumentos pagos pelas partes.

Os agentes diretos administrativos são os ministros do Império, ligados ao chefe do poder executivo, quais sejam, são os cargos do primeiro escalão do governo. Por seu turno, os agentes auxiliares são aqueles que assessoram esses agentes diretos.

Em conformidade com o inciso VIII, do artigo 101, da Constituição do Império, o Poder Moderador influencia o Poder Judiciário, como se pode observar, quando o Imperador aprecia os “recursos de graça”, direcionados ao Poder Moderador, em nome da equidade e da clemência.

Mas, é preciso considerar que, quando o juiz ou promotor de justiça ou outro oficial de justiça tinha alguma dúvida, bastava encaminhá-la ao presidente da Província, que após a solução provisória da mesma, deveria encaminhá-la ao Conselho de Estado.

5.1.10. Recursos Administrativos

Pode ser observada, a influência do contencioso francês com a adoção de práticas processuais de origem colonial. O contencioso do Império continha alguns tipos de recursos, mas não de um regime de recursos administrativos; Logo, inexistia garantia e confiança desejáveis para os interessados. Deve ser frisado que os prazos para interposição recursal não eram fixados convenientemente. Dessa feita, frequentemente, a autoridade tinha que recorrer às Ordenações para declarar cabíveis ou não, os recursos.

5.1.11. Espécie de Recursos do Império

Nesse segmento, convém citar os recursos administrativos previstos no Império do Brasil:

a) Recurso Ordinário: O recurso administrativo ordinário é a apelação dirigida para o Conselho de Estado, no intuito de se discutir a decisão administrativa;

b) Recursos Especiais: Os recursos especiais são previstos em lei e são interpostos contra decisões emitidas por jurisdições especiais, tais como, o recurso de revista, de revisão, de anulação, de embargo e de embargos de terceiros;

c) Recursos de Revista: versam sobre matéria de prestação de contas;

d) Recursos de revisão e anulação: cabíveis perante o Conselho de Estado, que, em suas relações com as jurisdições especiais, assumia a posição de juiz de cassação;

e) Recursos de revisão: interpostos perante o Conselho de Estado contra as decisões do Tribunal do Tesouro em matéria de gestão dinheiros públicos. Corresponde a mesma matéria dos recursos de revista; só que os de revista são dirigidos à instância superior.

f) Recursos de anulação: interpostos contra ato administrativo eivado de ilegalidade ou irregularidade. Seria o chamado contencioso de anulação, perante o Conselho de Estado, podendo alegar incompetência da autoridade judicante; violação da lei; vício de forma, ou ainda, excesso de poder.

g) Embargos: cabíveis em favor do postulante, nos casos de decisões denegatórias, pronunciadas anteriormente por aquele Conselho;

h) Embargos de Terceiros: interpostos em favor de pessoas outras que não as partes, interessadas no trânsito em julgado.

Os princípios que se funda o Império, no tocante à Jurisdição Administrativa são o princípio da separação entre as autoridades administrativas e judiciárias, os critérios de determinação de competência e o singelo regime de recursos administrativos.

Deve ser esclarecido, por oportuno, que tendo em vista que o administrador surgia como juiz e parte ao mesmo tempo, seria difícil realizar uma distinção clara entre os atos jurisdicionais e os atos administrativos, deixando de existir uma fronteira entre o contencioso de anulação e o de plena jurisdição ou cassação. Assim, o recurso de anulação por excesso de poder, propriamente dito, ficaria sem espaço, havendo tão somente, a expressão e não o recurso. Dessa forma, o Conselho de Estado atuava como juiz de anulação quando se tratava de excesso de poder subjetivamente, como exação ou abuso de autoridade, corrigindo as decisões arbitrárias.

5.1.12. Recursos de Graça do Poder Moderador

O Poder Moderador tinha influência sobre o Poder Judiciário, “perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condenados por Sentença.” (Constituição do Império, artigo 101, inciso VIII). Todos os pedidos de graça passavam pelo Imperador, que exercia a sua função moderadora em nome da equidade e da clemência.

5.1.13. Resolução de Dúvidas e Interpretação da Lei

O presidente da província tomava conhecimento da dúvida do juiz, promotor, ou outro oficial de justiça, resolvia a mesma, com caráter provisório e encaminhava o caso ao Conselho de Estado.

Por se tratar de um sistema repleto de lacunas, não se renovando mediante organização compatível com as exigências progressivas do exercício ou função

jurisdicional da administração, o contencioso administrativo se tornou num fantasma até o exercício da justiça comum, deixando de existir, por ocasião do advento da República.

5.2. REGIME DE UNIDADE DE JURISDIÇÃO DA REPÚBLICA

A República brasileira provoca uma ruptura política com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e assim, desloca o eixo do formato europeu constitucional para o modelo norte-americano, utilizando-se dessa forma, como molde de Estado Liberal as técnicas de democracia republicana democrática estadunidense, consoante ensinamentos de BONAVIDES (2010):

Com o advento da República, o Brasil ingressou na segunda época constitucional de sua história. Mudou-se o eixo dos valores e princípios de organização constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos, das Constituições francesas para a Constituição norte-americana, de Montesquieu para Jefferson e Washington, da Assembléia Nacional para a Constituinte de Filadélfia e depois para a Suprema Corte de Marshall, e do pseudoparlamentarismo inglês para o presidencialismo americano.

(...) enfim, todas aquelas técnicas de democracia republicana imperante nos Estados Unidos é dali importadas para coroar uma certa modalidade de Estado Liberal, que representava a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade.” (BONAVIDES, 2010, p.364/365)

Por conseguinte, a política republicana brasileira, inspirada nos textos norte-americanos, ao invés de uma monarquia passa a adotar como forma de Governo, a República; um sistema de Governo presidencialista; um regime de governo democrático, bem como, uma forma federativa de Estado, em substituição ao Estado unitário, instituído pela Constituição de 1824, apontando Richard Graham algumas transformações, a saber:

O federalismo rompe com o sistema de relação direta entre os detentores do poder local e o centro de poder nacional prevalente no Brasil Império. Na República, governadores ou presidentes, conforme denominado na respectiva constituição de cada estado, são eleitos e detêm uma enorme soma de poder (...).

Se o poder do estado é grande, também é o poder dos municípios. Neles dominam de foram incontestes os coronéis (...). São eles grandes proprietários de terras que assumem a chefia da política municipal.” (GRAHAM, 1997, p.95)

No período da República de 1889, havia no Brasil, uma Justiça local dos Estados federados e uma Justiça Federal, como justiça especial. Cumpre esclarecer que a Justiça local processava e julgava os litígios de direito privado, como também os de direito penal. Por sua vez, a Justiça Federal analisava os litígios em que a União era parte, em face dos particulares em geral. De fato, o período republicano organizou a Justiça Federal, concedendo competência aos juízes, fixando-lhes regras de controle judicial sobre os atos administrativos, completando o sistema de unidade de jurisdição.

O juiz anula total ou parcialmente o ato administrativo ou a decisão administrativa eivada de vícios. Existe uma extensão do controle judicial sobre a ilegalidade do ato ou da decisão administrativa, sem adentrar o mérito administrativo. As decisões judiciais obrigam tanto a Administração, quanto os particulares, produzindo efeito *erga omnes* (contra todos), sendo que o instituto da coisa julgada acarreta responsabilidade civil e penal. Nesse ângulo, o controle do ato administrativo, realizado pelo Poder Judiciário, alcança toda e qualquer autoridade estatal.

5.2.1. O contencioso Administrativo na República Brasileira

A abolição da escravidão em 13 de maio de 1888, bem como, a proclamação da República são acontecimentos políticos e sociais relevantes, no contexto histórico do Brasil, a serem consideradas, por ocasião da elaboração da primeira Constituição da República, pela Assembleia Constituinte brasileira. Convém analisar o processo histórico do contencioso administrativo na República do Brasil.

5.2.1.1. O Contencioso Administrativo na Constituição da República de 1891

A Constituição da República de 1891 é uma carta promulgada e rígida, onde, o federalismo, modelo norte americano é a grande novidade de seu texto, em substituição ao centralismo do Império. Dessa feita, fica extinto definitivamente,

o poder moderador como um dos poderes dos Estados Unidos do Brasil, sendo abolidas, inclusive, todas as instituições monárquicas. Foram instituídos 03 (três) poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Consagração do sistema de governo presidencialista e do Brasil, como Estado laico, separando assim, o Estado da Igreja.

A economia cafeeira apresenta como a sua maior crise, a escassez da mão-de-obra, mas, notadamente, o trabalho livre do imigrante, nomeadamente, o italiano das lavouras de café, substituiu o braço servil do africano.

Reconhecimento do regime de dualidade de Justiça (justiça dos Estados e Federal), sendo reservada à Justiça Federal, a competência para exame das questões que anteriormente estava abrangida pelo contencioso administrativo. Competência para os magistrados e tribunais judiciários para apreciarem e julgarem ações em face da União. Reconhecimento da garantia de vitaliciedade para os juizes. Controle de constitucionalidade difuso, a exemplo do modelo norte-americano. Instituição do *habeas corpus*.

5.2.1.2. O Contencioso Administrativo na Constituição da República de 1934

A Constituição da República de 1934 foi promulgada e foi inspirada na Constituição de Weimar da Alemanha. Trata-se de uma constituição nacionalista, sendo reconhecida a nacionalização de algumas empresas em contrapartida à vedação de algumas atividades por empresas estrangeiras, tais como, a riqueza do subsolo e queda d'água do país.

A forma de Estado passou a ser unitária, com previsão de decretos-leis. Bicameralismo desigual. Nessa Carta, é criada a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral. Criação do mandado de segurança e da ação popular. O controle difuso de constitucionalidade apresentou no texto algumas modificações.

Malgrado tenha sido mantido o sistema da Constituição republicana de 1891, no bojo do artigo 79, ficou prevista a criação de um tribunal para julgar os recursos de atos e decisões definitivas do Poder Executivo, em matéria relacionada com o funcionamento de serviços públicos, ou que se regessem, no todo ou em parte, pelo direito administrativo. A competência desse tribunal abarcaria, inclusive, os litígios entre a União e os seus credores, com causas remotas das ações em

contratos públicos. Ocorre que esse artigo não foi regulamento e nem o Tribunal previsto foi criado.

Impende ressaltar que o artigo 113 do mesmo texto Constitucional, instituiu o mandado de segurança, como remédio constitucional para proteção de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestadamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

5.2.1.3. O Contencioso Administrativo na Constituição da República de 1937

A Constituição republicana de 1937 (Estado Novo – era Vargas) foi outorgada e era autoritária e como foi inspirada na Constituição polonesa, foi conhecida como uma constituição polaca. A Carta de 1937 concentrou no Presidente da República, os poderes executivo e legislativo e determinou a abolição dos partidos políticos e proclamou censura à imprensa. Era uma Carta populista com previsão de diversos direitos sociais e consolidação da CLT. Instituição do salário mínimo.

Essa Constituição extinguiu a Justiça Federal. Dessa feita, os juízes estaduais passaram a apreciar e julgar as causas de interesse da União, o que causou uma sobrecarga de trabalho, levando à criação pela Constituição de 1946 do Tribunal Federal de Recursos. O texto de 1937 não consolidou as modificações ínsitas na Carta de 1934, contudo embora tenha deixado de prever o mandado de segurança, este continuou a manter a sua existência, arrimado na legislação ordinária, sendo garantido o seu julgamento pelo Poder Judiciário.

5.2.1.4. O Contencioso Administrativo na Constituição da República de 1946

A Constituição da República de 1946 foi promulgada, tendo sido convocada após a saída de Vargas. Essa Carta da República consolidou o sistema da unidade de jurisdição, prevendo no bojo do §4º, do artigo 141, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito da ação:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

[...]

Houve a criação do Tribunal Federal de Recursos (TFR) e o controle difuso foi mantido. A Emenda Constitucional nº 16/65 introduziu a ação direta de inconstitucionalidade de iniciativa do procurador-geral da República para impugnação da lei em tese. O mandado de segurança e a ação popular foram restabelecidos.

5.2.1.5. O Contencioso Administrativo na Constituição da República de 1967

A Constituição da República de 1967 foi outorgada. Deve ser lembrado, que a Constituição da República de 1967 prevê, pela redação do artigo 111, conferida pela Emenda Constitucional (EC) nº. 7, de 13 de abril de 1977, o contencioso administrativo, com competência estabelecida no artigo 110, da referida EC: “Art. 111. A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior.”

Na esteira desse pensamento, o contencioso administrativo não é implementado no Brasil, pelo fato de se tratar de um país adotante do princípio da universalidade de jurisdição, o que se verifica que houve, por parte do legislador, um vício de técnica de redação, não podendo conferir a essa parte da Constituição, uma interpretação literal.

5.2.1.6. O Contencioso Administrativo na Constituição da República de 1988

A Constituição da República de 1988 foi promulgada. O princípio da unidade ou universalidade de jurisdição (teoria monista), consoantes comentários anteriores, está inserido no texto Constitucional vigente, no inciso XXXV, do parágrafo 5º, que diz “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Hoje, a Constituição da República, no *caput* do artigo 1º, consagra o Estado Democrático de Direito, apresentando como fundamentos, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre

iniciativa, bem como, o pluralismo político. No Estado Democrático de Direito, o processo é um instrumento de garantias à efetivação dos direitos fundamentais, assegurando ao cidadão a efetividade jurisdicional. Mas para tal, é mister a existência de normas processuais mais justas que garantam a aplicabilidade dos princípios constitucionais, a saber: devido processo legal, ampla defesa, contraditório, duração razoável do processo e o que mais se ofereça.

Dessa feita, a Constituição da República de 1988 incorpora novos valores, em forma de princípios, como o devido processo legal e o direito à informação (ambos no art. 5º, incisos LIV e XXXIII, respectivamente). O exercício da jurisdição é monopólio do Poder Judiciário, estando todos subjugados à eficácia da coisa julgada, que poderá gerar responsabilidade civil ou penal. Os juízes têm a função de realizar o controle judicial dos atos administrativos sendo-lhes facultada a anulação dos mesmos, quando viciados.

Cumprir observar que os países que atravessaram por golpes militares e regimes ditatoriais, como o Brasil, buscam primar por essas garantias processuais, no intuito de zelar pela tutela efetiva, fundada no Estado Democrático de Direito.

Por oportuno, é preciso esclarecer que o panorama atual da jurisdição administrativa brasileira embora com todas essas inovações, apresenta distorções processuais inaceitáveis, consoantes explicações de Ricardo Perlingeiro Mendes da SILVA e Leonardo Greco, no texto “A Jurisdição Administrativa no Brasil”, IN: Código de Jurisdição Administrativa: o modelo alemão. Introdução e tradução, ora transcritos:

As investidas do Judiciário para exigir o cumprimento de suas decisões sofrem resistência fundada no princípio da separação de poderes, especialmente quando estas envolvem prestações de fazer ou não fazer. As intervenções do Supremo Tribunal Federal, como juiz constitucional, não corrigiam as incertezas, ora tendendo à proteção dos direitos individuais, ora se curvando à alegada supremacia do interesse público.

Acrescente-se a esse quadro que o amplo acesso à Jurisdição administrativa no Brasil, independentemente da existência de interesse individual, assegurado pelas ações populares e por outras formas de proteção judicial de interesses coletivos, tem posto em xeque questões não enfrentadas suficientemente pela doutrina, como as da representatividade adequada, efeitos *erga omnes* da coisa julgada, risco de decisões conflitantes e segurança jurídica, o que ocasiona não

somente grave risco à estabilidade e funcionamento do Estado, mas também frustração generalizada e descrédito dos órgãos de justiça administrativa, que permanecem impotentes diante dos milhares de processos referentes a litígios de massa e, conseqüentemente, dão azo ao crescimento constante do número de medidas jurisdicionais de urgência contra a Administração Pública.” (SILVA E GRECO, 2009, ps. 71/72)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância com os sistemas jurídicos existentes, dois deles se destacam, quais sejam: o sistema inglês, bem como, o sistema romano-germânico.

No que diz respeito ao direito inglês, sobretudo aquele aplicado no Reino Unido, as decisões judiciais formam um direito comum, chamado de *Common Law*, fundado na jurisprudência ou *case law*. Dessa feita, os juízes ao analisarem um caso concreto, aplicam os precedentes, chamados de *stare decisis*, ao invés da lei. Por sua vez, o sistema jurídico romano-germânico funciona ao contrário, considerando a lei escrita prevalente ao direito jurisprudencial. Nesse segmento, pode ser afirmado que o desenvolvimento da justiça administrativa se sustenta tanto no direito francês, quanto no direito inglês.

No Brasil, a justiça administrativa se fundamenta no direito francês, sendo implementada no Brasil-Império a teoria dualista de jurisdição, que apresenta uma justiça administrativa ao lado da via judicial. Mas, com a República, optou-se pela teoria de unidade ou universalidade de jurisdição, principalmente no sistema jurídico atual, que se encontra centrado no Estado Democrático de Direito.

A Constituição da República, no inciso XXXV, do parágrafo 5º, apregoa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, confirmando o princípio da unidade de jurisdição (teoria monista), como monopólio do Poder Judiciário do Estado. Mas, existem países, como a França, que são adotantes do princípio da dualidade de jurisdição (teoria dualista), através de um contencioso administrativo, reconhecendo à Administração, o exercício da jurisdição. A existência de Tribunais Administrativos tem arrimo na total separação dos Poderes do Estado e independência dos mesmos, sendo vedado ao Poder Judiciário intervir no Poder Executivo.

Deve ser observado que na teoria dualista, a jurisdição administrativa é prestada por servidores e como esses não têm as garantias inerentes à Magistratura, a jurisdição passa por riscos, como por exemplo, o da ofensa à imparcialidade.

Quanto aos recursos processuais, o contencioso do Império continha alguns tipos de recursos, mas não de um regime de recursos administrativos. Logo, inexistia garantia e confiança desejáveis para os interessados, além do fato que os prazos para interposição recursal não eram fixados convenientemente.

Quando analisamos a história do Brasil, não se pode deixar de verificar o papel do Conselho de Estado, que no Império do Brasil acumulava funções consultivas e administrativas, devido à opção pelo sistema de jurisdição dualista. Cumpre ressaltar a relevância da Lei Eusébio de Queiroz (Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850), promulgada no Segundo Reinado, que transformou o mesmo Conselho de Estado em um verdadeiro Tribunal, situação essa que se modificou com a República, quanto o Conselho de Estado passa a ser apenas um órgão consultivo. Importa esclarecer que diferentemente do Conselho de Estado francês, no Brasil-Império, a sua função é só administrativa (mesmo tendo sido arriado no direito adotado em França). Malgrado o viés amparado pela Lei Eusébio de Queiroz, o Conselho de Estado do Império não chegou a exercer a função jurisdicional.

É mister observar, por oportuno, que os homens do Governo do Império são capitalistas e atuam como acionistas de grandes empresas, como verdadeiros negociantes e o papel de cada um deles, no Governo, apresenta interesses pessoais conflitantes com os negócios.

Com a República, o eixo dos valores de organizações constitucionais se desloca do palco de operações da Europa, sobretudo da França, para os Estados Unidos da América, assumindo valores e princípios norte-americanos para a primeira Constituição republicana, em substituição do centralismo do Império, assumindo o sistema de jurisdição una.

Nessa reflexão, verifica-se que a República do Brasil significa um divisor de águas da justiça administrativa, marcando o limite que a dualidade de jurisdição foi abolida, não se enquadrando no formato atual do Brasil, onde somente o magistrado tem o poder de dizer o direito.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Marcelo de Paiva (org.) et al. *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana 1889-1989*. Rio de Janeiro : Elsevier, 1990.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DO CAFÉ - ABIC. *A história do café: origem e trajetória*. Disponível em: <<https://www.abic.com.br/o-cafe/historia/> > Acesso em: 27 ago 2020.
- BAER, Werner. *A economia brasileira*. Tradução: Sciulli Edite. São Paulo: Nobel, 2009.
- BENTIVOGLIO, Júlio César. *Os Negócios do Império: A política econômica brasileira no início do Segundo Reinado (1840-1860)*. Catalão: São João: UFG – Campus Catalão, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Constituição (1824). *Constituição do Império*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.> Acesso em: 17 ago 2020.
- _____. Constituição (1891). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.> Acesso em: 10 jul 2020.
- _____. Constituição (1934). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.> Acesso em: 25 ago 2020.
- _____. Constituição (1937). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1937*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm.> Acesso em: 11 ago 2020.
- _____. Constituição (1946). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm.> Acesso em: 19 ago 2020.
- _____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm.> Acesso em: 25 jul 2020.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.> Acesso em: 17 jul 2020.
- CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Tradução de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 2009, capítulo 5: A fundação do Estado moderno, p. 97 – 118 e capítulo 8: O Estado-Nação burguês, p. 235 – 262.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial; teatro das sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- _____. *A Monarquia Brasileira*. Rio de Janeiro. Ao Livro Técnico, 1993.
- _____. (Org.). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: ed. 34, 2002.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito: Geral e Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*, 3. ed. Paris: Montchrestien, 1991.
- COLOMBIA. Conselho de Estado. *História y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*. Bogotá: Temis, 1999, Franck Moderne, origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia, p. 29 – 43.
- COSTA, Emília Viotti. *Da Monarquia à República. Momentos decisivos*. 7. Ed. São Paulo: UNESP, 1999.
- _____, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3. ed. 9a. reimpr. Coimbra: Almedina, 2008.
- EURO-AMÉRICA. *Projeto Euro-Americano: Código-Modelo da Jurisdição Administrativa*. Speyer, 2009.
- FANACHI, Pierre. *La justice administrative*. 4. ed. Paris: PUF, 1995.
- FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (org.). *O Brasil Republicano: o tempo do liberalismo excludente da Proclamação da República à Revolução de 1930*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. livro I.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FRANCO, Gustavo H. B. (org.). *A economia em Machado de Assis: o olhar oblíquo do acionista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- GARAPON, A.; ALLARD, J. *Les juges dans la mondialisation*. Paris: Le Seuil, 2005.
- GRAHAM, Richard. *Clientelismo e política no Brasil do século XIX*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1997.
- GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès équitable*. 5.ed. Paris: Dalloz, 2005.
- LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2009.
- _____. *Modelos históricos do judiciário – poder político ou poder neutro?* IN: Teoria e Prática dos direitos sociais. São Paulo: Método, 2006.
- _____. *O oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010.

- LOUREIRO, João Carlos. *Desafios de Témis, trabalhos dos homens*. IN: SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Estudos Jurídicos de Coimbra*. Curitiba : Juruá, 2007.
- MARQUES, Luiz Guilherme. *A Justiça na França: um modelo em questão*. São Paulo: Ed. Direito, 2001.
- MARTINS, Ana Luiza. *História do Café*. São Paulo: Ed. Contexto, 2009.
- _____, Ives Gandra da Silva e CAMPOS Diogo Leite de (Coord.). *O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____, Maria Fernanda Vieira. *A Velha Arte de Governar: O Conselho de Estado no Brasil Imperial*. Revista *TOPOI*, v. 7, n. 12, jan.-jun. 2006, pp. 178-221.
- _____. *Politicagem à brasileira: o gosto pelo poder*. História Viva. edição 30 - Abril 2006.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Preliminares, o Estado e os sistemas Constitucionais*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. I.
- NASCIMENTO, Wálter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NETO, Olavo de Oliveira; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. (Org.) *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- NEVES, Edson Alvisi. *Princípios gerais da jurisdição administrativa nos tribunais do Império*. In: *Revista de Direito da associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, v. XX, p. 53– 66.
- _____. *O Tribunal do Comércio: Magistrados e Negociantes na Corte do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro: FAPERJ, 2008.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- QUILLERÉ-MAJZOUB, Fabienne. *La défense du droit à un procès équitable*. Bruxelas: Bruylant, 1999.
- SIDGWICK, Henry. *História da Ética*. São Paulo: Ícone Editora, 2010, SP.
- SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Estudos Jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Juruá, 2007
- _____, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português*. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 2006, introdução, p. 19 – 42.
- _____, Ricardo Perlingeiro Mendes da; GRECO, Leonardo. *A Jurisdição Administrativa no Brasil*. IN: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter (Coords.). *Código de Jurisdição Administrativa: o modelo alemão. Introdução e tradução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 61/72
- VASQUEZ, Javier Barnes (Coord.). *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*. Madrid: Editorial Civitas, 1993.
- WALKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 1999, v. 2, cap. VII – Sociologia do Direito, § 1. a diferenciação das áreas jurídicas objetivas, p. 1 – 14 e § 4. os tipos de pensamentos jurídico e os notáveis na justiça, 85 – 100.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 2006, § 23. A pandectística e o positivismo científico, p. 491 - 524.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos da história do Direito*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DO DIREITO ELEITORAL EM UMA DUPLA PERSPECTIVA

Ana Tereza Basilio¹

André R. C. Fontes²

Resumo: O artigo trata da autonomia do Direito Eleitoral e do seu campo de atuação.

Palavras-chave: constitucional; autonomia; ciência.

Abstract: The article deals with the autonomy of Electoral Law and its field of action.

Keywords: Constitutional; autonomy; science.

O Direito Eleitoral é um ramo do Direito Público com raízes no Direito Constitucional, de onde se emancipou e de onde também se enraízam seus princípios fundamentais. Sua crescente influência nos destinos do Estado brasileiro obriga a renovação e a diversificação das formas de tratamento e de percepção de seu significado, natureza e finalidade e, desse modo, estabelece, na base da generalização da experiência e desenvolvimento da sociedade brasileira, uma real e atualizada definição.

A extensão da incidência do Direito Eleitoral alcança as normas que

¹ Vice-Presidente da Ordem dos Advogados Brasileiros – Seção do Rio de Janeiro

² Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

disciplinam, em sua complexidade, não somente as eleições, mas, os partidos políticos, e a Justiça Eleitoral, com a sua peculiaridade exclusiva de ser a única em que a solução de conflitos, resolvidos mediante o devido processo legal, não é a atividade preponderante, já que além de exercer a jurisdição, é incumbida do alistamento eleitoral e do registro de candidaturas, e até mesmo de diplomar os vitoriosos nos pleitos. O que significaria dizer que sua importância vai além do estudo teórico de um pretense direito judicial. A essência comum desse ramo do Direito é que permitiria compreender seu significado e definição.

Se nos ativermos a uma formulação sistemática, na qual o sistema eleitoral, em geral, a totalidade orgânica das distintas normas jurídicas, dos procedimentos, dos prazos eleitorais e do início das eleições até a proclamação dos candidatos, e não apenas à técnica que subjaz a tudo, uma concepção harmoniosa e íntegra, constituída de partes organicamente interligadas, que esteja em condições de responder a todas essas questões, torna-se mais difícil.

Parece simples e evidente que, generalizações têm sido feitas, e que muito longe de considerar o conjunto de atos jurídicos e também materiais (como é o caso de uma simples remoção física de uma urna), além dos procedimentos destinados a atribuir cargos aos eleitos, toda a operação eleitoral e, por via de consequência, o Direito Eleitoral, seria definido como o conjunto de normas destinadas a diferenciar os diversos tipos de eleições e regulamentar o seu escrutínio.

A atividade eleitoral, abrangida pelo Direito Eleitoral, com as definições pautadas pelo critério exclusivo da norma jurídica, registra muito mais o aspecto do ordenamento jurídico, e evidencia seu cariz abstrato e genérico, e desfaz os compromissos mais sensíveis do Direito Eleitoral com as instituições e organismos que verificam empiricamente as consequência da aplicação das normas eleitorais.

Em oposição ainda a essas concepções restritivas, o enfoque estritamente jurídico não permite integrar coerentemente o conjunto de elementos de caráter político, que lhe é essencial, que pode ser deduzido substancialmente da própria ordem constitucional, de modo que, o aspecto jurídico, não é o único ativo na influência de formulação de uma ideia do Direito Eleitoral. Essa questão expõe, demais disso, a necessidade de não diminuir, mas, ao contrario, esclarecer, toda técnica administrativa (e não jurídica!), que integra a dinâmica da totalidade orgânica do sistema eleitoral e que seria afeta a uma Ciência da Administração.

O aparecimento de novos estudos eleitorais põe em evidência diversos estudos interdisciplinares que, por seu turno, contribuem para o aperfeiçoamento e desenvolvimento das instituições eleitorais. Deve ficar claro, entretanto, que ao se questionar visões caducas e estabelecer visões novas e progressistas, buscase um critério de compreensão e interpretação do Direito, a partir das diversas instituições eleitorais, desde que seja constitucionalmente adequado. Esse novo enfoque institucional não deve ser considerado como uma imposição resultante de um sociologismo expansivo ou uma redução do Direito Eleitoral a ramo da Ciência Política.

Somente com a união de elementos integrados é que a visão do Direito Eleitoral poderá ser alcançada. É que a legitimação do poder político e sua conversão em poder público estatal, ao transformar a vontade do cidadão, expressada no exercício do direito de sufrágio, em forma de opções de poder institucional para as forças políticas, além de assegurar o princípio da representação como participação em formação da vontade pública estatal, sublinha um conteúdo político inegável, que o Direito Eleitoral não pode ignorar como poderoso instrumento de compreensão e conhecimento. E uma ação recíproca, na base das necessidades políticas, que se impõem sempre é o caráter funcional e orgânico da sociedade política que, atuando sobre a base de cumprimento das prescrições da norma constitucional, mediante procedimentos específicos e técnicas particulares, o corpo eleitoral, ou seja, o conjunto de cidadãos é coadjuvante à organização do poder público e à configuração da identidade orgânica do Estado.

Ao salientar e tentar uma provocação, em forma teórica, à questão de perspectiva duplamente considerada, jurídica e não jurídica, as ideias que chegam a compreender o significado do Direito Eleitoral ainda partem de uma outra e também dupla questão. Refletindo as manifestações traduzidas em uma visão geral, mostra-se o Direito Eleitoral como um conjunto de normas que regulam a eleição de órgãos representativos. Nessa visão, *lato sensu*, estamos a nos referir a todas as normas jurídicas positivas e as que têm sido adotadas na prática eleitoral, mediante as quais são realizadas as eleições. Diversamente a essa visão ampla, surge outra, *stricto sensu*, que limita o Direito Eleitoral às normas que contêm as determinações que afetam o direito do indivíduo de influir na designação de tais órgãos e que condicionam a capacidade eleitoral do cidadão. Dessa forma, ao se tomar em consideração essa segunda perspectiva, faz-se em sentido restrito, e seu conteúdo essencial se limita a estabelecer as condições jurídicas subjetivas que determinam a participação política dos cidadãos.

Todo campo teórico encontra premissas para o seu desenvolvimento, fornecidas pela época precedente e que lhe serve de ponto de partida. Ainda que sendo indiscutível a influência de um pensamento dominante, de conteúdo exclusivamente normativo para uma definição do Direito Eleitoral, devemos assinalar a influência das condições impostas pelo elemento concreto e a contribuição das ideias pautadas em relações cruzadas entre o Direito e outras ciências, como seria o caso da Ciência Política. Uma crítica quanto ao Direito ficar na retaguarda dos acontecimentos da dinâmica eleitoral não é abonável, porque o Direito não é estranho às velhas ideias, mas também não tolera uma consciência atrasada da realidade e das instituições.

O problema das relações do Direito com outras ciências não é novo, tampouco estranho ao Direito Eleitoral. As fontes do Direito Eleitoral encontram um dinamismo particular, mas não esgotam a concepção teórica desse ramo do Direito. Daí por que a norma jurídica está longe de esgotar o fenômeno eleitoral. Uma forma de mobilizar uma proposta de definição, talvez encontre na dupla perspectiva *lato sensu* ou *stricto sensu*, um primeiro caminho para se levar a termo as tarefas relacionadas à composição do significado do Direito Eleitoral. Esse ponto de partida deve, estar, entretanto, perfilado em fases seguintes, segundo as formas e métodos utilizadas por cada estudioso do Direito Eleitoral.

BIBLIOGRAFIA

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BISCARETTI DI RUFIA, Paolo. *Direito Constitucional*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984.
- CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- DUVERGER, Mauice. *Ciência Política*. Trad. Heloísa de Castro Lima. Rio de Janeiro: Zahar, 1962.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Manual da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1963.
- MORTATI, Constantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 1962.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ROMANO, Santi. *L'Ordinamento Giuridico*. Florença: Sansoni, 1951.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SLAIB FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional*. Braga: Cruz, 1979.

SPAGNA MUSSO, Enrico. *Diritto Costituzionale*. 2ª ed. Pádua: CEDAM, 1986.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoria Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1976.

A IDEOLOGIA DA REFORMA NA APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO

Cássio Benvenuto de Castro - Juiz de Direito no Rio Grande do Sul

Resumo: A iminente reforma da previdência elabora uma modificação do texto constitucional. A aposentadoria por invalidez do servidor público é transformada na aposentadoria por incapacidade. Ocorre que a emenda não apenas toca ao dispositivo, porque também efetua uma mudança de paradigma para alcançar o benefício – princípios de ordem econômica e de consolidação da eficiência administrativa pautam a ruptura. O problema é que tudo isso fica na espera da promulgação de lei complementar que desconstitucionaliza requisitos da nova espécie de aposentadoria, o que efetivamente influencia na questão do direito intertemporal para a aquisição do direito em época de transição.

Palavras-chave: constitucional; reforma; previdência; servidor.

THE IDEOLOGY OF RETIREMENT OF THE PUBLIC SERVANT

Abstract: The reform of the pension plan elaborates a modification of the constitutional text. Retirement due to disability of the public servant is transformed into retirement by disability. It happens that the amendment not only touches the device, because it also makes a paradigm shift to achieve the benefit – principles of economic order and consolidation of administrative efficiency lead to the division. The problem is that all this is waiting for the enactment of a complementary law that non constitutionalize the requirements of the new kind of retirement, which effectively influences the issue of temporal law for the acquisition of the right in the transition period.

Keywords: constitutional; reform; social security; server

¹ Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela UFRGS.

INTRODUÇÃO

A PEC6/2019 referente à Reforma da Previdência modifica a aposentadoria por invalidez do servidor público. Essa espécie de aposentadoria passa a ser denominada aposentadoria por incapacidade.

O problema é que a mudança não é apenas textual, na medida em que o próprio dispositivo da emenda explicita uma nova ideologia que implica um diferente paradigma para a concessão do benefício – tanto na linha de visada do servidor que se aposenta quanto no interesse da Administração Pública. Embora o motivo da reforma da previdência seja o apelo econômico, em decorrência se verifica uma ruptura funcional do benefício em tensão.

Porque está nítida (ou por arrastamento) a tentativa de reinserção tratativa do paciente em fase de aposentação para uma readaptação no serviço público, conforme o grau de limitação que ele está acometido. Daí que a trama não diacrônica entre a aposentadoria por invalidez e a aposentadoria por incapacidade – fenômenos ora aventados pelo novo texto constitucional – merecem reflexão no tocante a alguns efeitos jurídicos estruturantes da metodologia constitucional.

1 A RUPTURA ENTRE A APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E A APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE

A leitura que confronta o art. 40, §1, I, da Constituição atual para com o art. 40, §2, II, da mesma Constituição – com a redação dada pela PEC19/2019 – salienta a ruptura protocolada pela reforma:

Aposentadoria por invalidez (art. 40, §1º, I, da CF)	Aposentadoria por incapacidade (art. 40, §2º, II, da CF – redação da PEC6/2019)
I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;	II - por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, sendo obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria; ou
norma constitucional de eficácia contida	norma constitucional de eficácia limitada que depende de lei complementar para gerar efeitos (leitura sistemática do art. 40, parágrafos 1º e 2º) – o fenômeno que reflete a “desconstitucionalização” dos requisitos da aposentadoria.
a eficácia pode ser restringida a certos aspectos “na forma da lei”.	Art. 40, §2º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, observados os requisitos definidos na <i>lei complementar</i> a que se refere o § 1º. A eficácia depende da vigência da lei. O problema: qual lei complementar?

A modificação do texto da norma *geralmente* acarreta a mutação da norma.

A interpretação literal é um cânone que deve dialogar com os demais aspectos da interpretação. Existem fatores práticos, fatores inerentes à tradição do povo, fatores decorrentes da jurisprudência que influenciam a maneira de reconstruir a experiência jurídica².

² A interpretação é um *continuum* que abarca não apenas a unidade da norma, mas também se trata de operação referenciada pela totalidade do sistema jurídico e os caracteres que lhe imbricam influências. Deve ser contextualizado para mais ou para menos, a depender da categoria das coisas que estão em pauta. Twining e Miers referem que “the word ‘interpret’ is used suggest a wider role for the interpreter, one that involves an element of elaboration or choice or even of creation. Typically it calls for exercise of the elusive quality of ‘judgement’.” O que evidencia que a interpretação não é *sobre* o direito – antes ela cria o direito, ela interpreta *no* direito e *do* direito. Ver TWINING, William; MIERS, David. *How to do things with rules*. London: Cox & Wyman Ltd., 1976, p. 83.

Um exemplo basilar foi examinado pelo Supremo Tribunal Federal, no exame da abrangência do art. 5º da Constituição Federal, na medida em que são garantidos direitos fundamentais aos “brasileiros e aos estrangeiros residentes no país”.

Um turista não seria protegido por um direito fundamental?

Um estrangeiro não residente no Brasil tem direito à vida?

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³ explicita que a norma contemplada a partir do texto quer dizer muito mais que o texto da norma – concretizando o art. 5º da Constituição conforme o contexto social na qual o ordenamento está inserido:

Em conclusão, a 2ª Turma concedeu a ordem para afastar o óbice da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito a estrangeiro não residente no país. Na espécie, a Min. Ellen Gracie pedira vista dos autos e, em virtude de sua aposentadoria, a defensoria pública requerera a solução da lide. Nesta assentada, o relator confirmou seu voto. Consignou, de início, que o fato de o estrangeiro não possuir domicílio no território brasileiro não afastaria, por si só, o benefício da substituição da pena. Mencionou haver jurisprudência antiga desta Corte segundo a qual a residência seria apenas um ponto para aplicação espacial da Constituição. Não se trataria, pois, de critério que valorizasse a residência como elemento normativo em si mesmo. Assentou que a interpretação do art. 5º, caput, da CF não deveria ser literal, porque, de outra forma, os estrangeiros não residentes estariam alijados da titularidade de todos os direitos fundamentais. Ressaltou a existência de direitos assegurados a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo, porquanto considerados emanações necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana. Alguns direitos, porém, seriam dirigidos ao indivíduo como cidadão, tendo em conta a situação peculiar que o ligaria à pátria. Assim, os direitos políticos pressuporiam exatamente a nacionalidade brasileira. HC 94477/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 6.9.2011. (HC-944477)

O neoconstitucionalismo modificou a teoria das normas (regras, princípios, postulados). Também modificou a técnica legislativa, com a previsão de cláusulas gerais, normas abertas, conceitos indeterminados, que podem ser adequados casuisticamente a uma amplitude de casos por intermédio de *soft law*⁴. Inclusive,

³ A espécie relaciona o ativismo judicial metodológico (interpretativo) de natureza semântico ou maximalista das palavras da Constituição. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 276 e seguintes.

⁴ Hart comenta sobre as “*open texture rules*” bem como sobre a possibilidade da complementação dessas

firmou que o texto da norma é algo distinto da norma jurídica – essa última é o resultado da concretização do direito, já prevendo as implicações sociais do fenômeno jurídico na convivência civilizada.

Eros Roberto Grau refere que “interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitados a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado”⁵. O autor⁶ ressalta que o processo estruturante através do qual o operador do direito deve considerar que a realidade e os enunciados consistem em matérias-primas indissociáveis para a concretização da norma jurídica, para a solução dos problemas jurídicos.

O direito abarca formulações que estruturam a experiência da convivência social em um contexto reconhecido e organizado no entorno de aceitação de vigências. Sendo que a norma não é o objeto da interpretação, antes a norma consiste no produto da interpretação⁷ – o texto da norma é que pode ser interpretado, no estágio inicial da aplicação (metódica) jurídica.

O caráter sortido de elementos que compõem um texto evidencia que objetivamente os enunciados jurídicos encerram propriedades peculiares. Para além das questões sobre o conflito aparente de normas, lacunas jurídicas, antinomias ou clausulação aberta, a vagueza dos textos das normas consiste em predicado ineliminável da concreção do direito⁸.

A interpretação literal é um cânone que deve dialogar com os demais aspectos da interpretação. Existem fatores práticos, fatores inerentes à tradição do povo, fatores decorrentes da jurisprudência que influenciam a maneira de reconstruir a experiência jurídica⁹.

normas por interposição da administração, do judiciário e, mais recentemente, até por agências não estatais de poder. Na democratização que remete à desinstitucionalização (populismo) das fontes, ganham espaço as convenções cuja força vinculante depende do grau de civilidade do *pacta sunt servanda* em cada contexto social. Trata-se de instrumentos de regulação baseadas na voluntariedade dos sujeitos, com força na autonomia privada para surtirem efeito de complementação da *hard law*. Ver LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 35.

⁵ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 33

⁶ Idem, p. 48.

⁷ Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 8.

⁸ Riccardo Guastini, *Interpretare...*, cit., p. 52/5.

⁹ A interpretação é um *continuum* que abarca não apenas a unidade da norma, mas também se trata de operação referenciada pela totalidade do sistema jurídico e os caracteres que lhe imbricam influências. Deve ser contextualizado para mais ou para menos, a depender da categoria das coisas que estão em pauta.

A questão investigada *não é sobre a denominação do benefício*.

A modificação do texto da Constituição pela PEC6/2019 desencadeia uma modificação do sentido da Constituição.

1.1 Um texto constitucional de aplicação bifurcada (ou uma aplicabilidade limitada extroversa)

O novo texto constitucional elaborado pela PEC6/2019 projeta *duas frentes* em termos de norma jurídica.

Em primeiro lugar, a aposentadoria por incapacidade do servidor apreende os seguintes requisitos constitucionais (art. 40, §2º, II): (a) a incapacidade deve ser permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido; (b) isso subentende a impossibilidade da readaptação para outro trabalho compatível à carreira do servidor; (c) o quadro de saúde deve ser atestado por intermédio de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria.

O quadro de premissas é diretamente aplicável por literalidade do texto constitucional.

O sujeito incapaz é aquele que não dispõe de condições para desempenhar o trabalho cujas funções sejam compatíveis ao cargo no qual foi investido. A falta de possibilidade laborativa deve ser permanente e relacionada às tarefas inerentes à carreira do servidor, daí que se torna inviável a readaptação para trabalhar em “outro setor” ou em “outro departamento”, conforme a limitação física ou mental que lhe arrefece a capacidade.

Até esse ponto o ordenamento jurídico não é surpreendido, tendo em vista a previsão do art. 188 da Lei 8.112/90:

§ 1º A aposentadoria por invalidez será precedida de licença para tratamento de saúde, por período não excedente a 24 (vinte e quatro) meses.

Twining e Miers referem que “the word ‘interpret’ is used suggest a wider role for the interpreter, one that involves an element of elaboration or choice or even of creation. Typically it calls for exercise of the elusive quality of ‘judgement’.” O que evidencia que a interpretação não é *sobre* o direito – antes ela cria o direito, ela interpreta *no* direito e *do* direito. Ver TWINING, William; MIERS, David. *How to do things with rules*. London: Cox & Wyman Ltd., 1976, p. 83.

§ 2º Expirado o período de licença e não estando em condições de reassumir o cargo ou de ser readaptado, o servidor será aposentado.

A então aposentadoria por invalidez também pressupõe a incapacidade permanente para o trabalho e a inviabilidade da readaptação.

A novidade constitucionalizada está no item “c” – o quadro de saúde deve ser atestado por intermédio de *avaliações periódicas* para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria.

Evidente que vai ao encontro do art. 188, §5º da referida lei.

Ocorre que, a partir da PEC6/2019, por determinação constitucional, é necessária mais de uma avaliação para que seja atestada a incapacidade do sujeito.

Isso determina o trabalho elaborado por junta médica por mais de uma inspeção. Sendo razoável considerar que não deve se tratar da mesma junta médica, mas do trabalho de mais de uma junta médica – pelo fato da norma constitucional implicar a renovação científica em termos de método para a avaliação do mesmo paciente, daí evitando pré-compreensões ou um regime de *confirmation bias*.

O regime estipulado pelo art. 40, §2º, II, da CF resume aplicação direta.

De outro lado, a questão remuneratória – tão enfatizada pela atual redação do art. 40, §1º, I, da CF – depende da elaboração de lei complementar.

A redação do art. 40, parágrafos 1º e 2º, explicita que os servidores abrangidos pelo regime de previdência que trata o dispositivo serão aposentados com a observância dos requisitos definidos em lei complementar. Trata-se da desconstitucionalização de certos requisitos, desde que vinculados aos ditames fixados nas premissas anteriormente comentadas.

Tudo indica que os requisitos que a legislação infraconstitucional disporá serão referentes à metodologia das inspeções médicas bem como ao cálculo remuneratório do benefício.

Requisitos que devem partir das premissas constitucionais. O importante é notar que se a vigência completa da norma constitucional depende de uma lei complementar, impossível a aplicação desse mecanismo da aposentadoria por incapacidade – sob pena de um inaceitável *tertium genus contra misero*.

Em direito previdenciário, vigora o princípio *pro misero*. A interpretação dos enunciados (vale dizer: a norma jurídica) deve resultar na melhor disposição à situação do paciente/vulnerável. Uma perspectiva hermenêutica básica.

Se o enunciado-base (art. 40, §2º, II) não chega a modificar o sentido já estipulado no sistema jurídico (levando-se em conta a Lei 8.112/90), necessário concluir que a mudança sensível do regime remuneratório e demais requisitos a serem abarcados pela lei complementar ficam na espera da consolidação normativa. A parte da norma que carece da lei encerra um dispositivo de eficácia limitada – não produz efeitos até a completa adjudicação legislativa.

No glossário do direito constitucional: a desconstitucionalização elaborada autorrestringe os próprios termos dos requisitos infraconstitucionais.

Óbvio que todas as palavras constitucionais produzem efeito. Ocorre que tais palavras não podem ser aplicadas ou lidas em tiras. A Constituição impulsiona uma metodologia conglobada de operação. Os termos ora projetados pela emenda constitucional não permitem uma separação coerente ao sentido de normas previstas no sistema¹⁰.

Enquanto não houver lei complementar, inviável se cogitar da categoria aposentadoria por incapacidade.

1.2 A verificação da incapacidade: qual ciência?

O avanço da ciência contemporânea tem causado profundo impacto no direito.

A genética, a engenharia, a balística, a medicina, a psiquiatria e outros ramos são exemplos que fazem parecer que houve um incremento na busca do *coeficiente da verdade*¹¹. A reforma constitucional não está descolada dessa

¹⁰ “Uma metódica do direito constitucional sistematicamente elaboranda deve pesquisar a estrutura da normatividade; e isso significa, já que a concretização da norma evidencia ser um processo estruturado, que ela deve pesquisar a estrutura das normas jurídicas.” Na medida em que a norma jurídica é resultado da interpretação do dispositivo, do texto da norma, evidente que o processo de concretização não permite uma funcionalidade que destrutura a natureza das coisas pressupostas. O texto não pode tudo, deve atender às razões (princípios e valores) que engatam e conferem força normativa ao *continuum* coerencial da Constituição. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Neumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

¹¹ A ciência não procura a “verdade”, até pelo fato da superabilidade das constatações científicas. Ocorre

interface. Muito pelo contrário, quando modifica a terminologia “aposentadoria por invalidez” por “aposentadoria por incapacidade” abre cancha para dois aspectos principais: a aposentação por incapacidade é referente às funções desempenhadas em um cargo, e não quer dizer invalidez no sentido mórbido da palavra; a incapacidade reflete a semântica do princípio da eficiência na Administração Pública bem como uma perspectiva humanitária para além do paradigma racionalista de outrora.

Em termos práticos, a revolução científica influencia o direito previdenciário e a prova que deve ser fornecida à Administração, referente à incapacidade, em dois aspectos: (a) na delimitação do saber científico propriamente dito como algo diferente do saber vulgar encerrado no senso comum; (b) na questão do método científico utilizado nesse processo de averiguação da incapacidade, como um parâmetro tendencialmente objetivo e que pode ser cotejado por terceiros observadores – afinal, mais de uma avaliação deve ser providenciada para a aposentação, e por questão de estraneidade científica, a nova avaliação deve ser elaborada por junta médica diversa da primeira avaliação.

Providências para resguardar a credibilidade da prova científica confiada pelo próprio selo Constitucional (obrigatória a realização de *avaliações periódicas* para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria).

O primeiro problema é delimitar a zona cinza entre o senso comum e o saber científico. De fato, “a ciência não só é útil no plano probatório, mas também tende a ser considerada uma espécie de modelo ideal de conhecimento, ao qual também a apuração processual dos fatos deveria se aproximar”¹².

Nem toda a prova científica apresenta o mesmo grau de precisão.

Justamente nisso que a PEC6/2019 evolui, ao prever a possibilidade de desencontro entre laudos ou avaliações – enfim, mais de uma avaliação – que devem atestar a incapacidade do paciente para o desempenho da função. O

que os cientistas aprofundam a metodologia de trabalho, implantando um resultado produto de um processo racional. “Of course, scientists seek not just true answers, but substantive, explanatory, fruitful, illuminating answer”. Os cientistas procuram respostas aos problemas, com a consciência de que tal resposta pode ser superada em uma próxima investida. Contudo, a técnica empregada é mais fidedigna que a vulgaridade do senso comum. HAACK, Susan. Irreconcilable differences? The trouble marriage of Science and law. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014, p. 84/5.

¹² TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 301.

trabalho conjugado, inclusive, presta-se para visualizar ora o paciente, ora o trabalho que ele desempenha, com a solução de continuidade que isso resolve para o interesse da Administração.

Por isso que a emenda constitucional não é meramente efficientista-dinheirista, na medida em que verbaliza uma matriz sinalagmática entre os interesses do servidor e da Administração.

A evolução da ciência subentende a superabilidade das conclusões vulgares e contínua superabilidade da própria ciência pela ciência – daí a revolução científica.

Considerando que tudo é muito efêmero na pós-modernidade, o índice de confiabilidade da prova científica depende da categorização e da precisão do campo científico explorado. A depender da espécie do compartimento científico praticado, a prova científica fornecida por uma junta médica é aceita como *mais ou menos* aproximada ao efeito que se alvitra demonstrar (no caso: a incapacidade para uma determinada função).

Michele Taruffo¹³ salienta que existem as “ciências rígidas ou desumanas”, como a química, a física, a matemática, a biologia, a genética, dentre outras que fornecem resultados próximos do evento empírico, não havendo espaços para considerações judiciais valorativas. Nesse campo, como por exemplo um teste de ADN, não se discute (muito) acerca da exatidão ou da metodologia do trabalho pericial.

Em outro sentido, o autor¹⁴ refere que as “ciências humanas ou sociais” (*soft science*), como a psicologia, a psiquiatria, a economia, a sociologia, a crítica literária, a estética, dentre outras não possuem a carga de exatidão daquelas outras, inclusive porque não apresentam solução de repetibilidade (ou contraprova) com o mesmo índice de acerto. Portanto, esses ramos do conhecimento não permitem mais que conclusões aproximadas ou parciais – a cada consulta –, o que reforça a impreterível necessidade de “avaliações periódicas”.

Mais de uma avaliação por juntas diferentes.

Michele Taruffo¹⁵ afirma:

¹³ *A prova*, cit., 305.

¹⁴ *Idem*, *ibidem*.

¹⁵ TARUFFO, Michele. La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid:

Ciertamente, una referencia de las estadísticas económicas o sociales no sigue el mismo método que debe emplearse para establecer el valor histórico de un edificio, y a su vez éste no es el mismo método que se aplica para analizar una capacidad mental de una persona, o de un menor, lo cual – una vez más – no se corresponde con cómo un experto evalúa la motivación cultural de un delito o establece si y cómo ocurrió un hecho histórico. Entonces el problema es determinar no uno, sino varios estándares de fiabilidad científica para cada tipo de ciencia que se torne en consideración.

Quanto mais objetiva a ciência, maior o índice de confiabilidade – mais aproveitada ela deve ser perante as demais provas.

A despeito da categoria científica, o art. 40, §2º, II, da CF (redação da PEC6/2019) determina a realização de mais de uma avaliação.

O que é ainda mais acertado em se tratando de perícia que avalia a alienação mental do paciente. Um caso que jamais permite uma conclusão supostamente “definitiva”, até por que os tratamentos evoluem a todo tempo e as patologias podem ser avistadas em uma linha de visada que não prejudique o desempenho das funções. Ou terem um caráter temporário muito comum nos dias atuais, quando as pessoas enfrentam traumas pessoais ou ambientais de todos os tipos.

Assim como diversas leis de referência atual (por exemplo, a Lei 12.343/06 e a Lei 12.340/06) possuem um escopo de inclusão, adotam uma política pública ativista, a Constituição claramente vai ao encontro desse paradigma protetivo (*pro misero*). Quer dizer que a incapacidade é o último caso a ser destacado, e não serve como uma *punição em desvio de finalidade* do estado de coisas constitucional.

Vale dizer que salvo raríssimas e evidentes situações, em avaliação de alienação mental não se fala em um prognóstico restrito que não seja açodado. A certeza ou a única definitividade que existe em meio científico é que se aparentemente a prova científica é mais respeitada que os demais meios de prova, isso *não* quer dizer que toda a prova científica possui a mesma densidade argumentativa. O atestado da junta médica serve como um critério *to establish a particular fact in issue*¹⁶, mas depende da ratificação de outra avaliação por outra junta – conforme a previsão Constitucional que atualiza o ordenamento jurídico em termos de ciência, ainda mais, em termos de *soft science*.

Marcial Pons, 2013, p. 209.

¹⁶ ANDERSON, Terence; TWINING, William. *Analysis of evidence: how to do things with facts based on Wigmore's Science of judicial proof*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1991, p. 448.

A junta médica deve cumprir um roteiro de *compliance* na feitura que afasta conclusões açodadas. E fica na pendência da ratificação ou do diálogo com a segunda avaliação.

A *Rule 702* das *Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos (país que formou academicamente o feitor da reforma da previdência, Ministro Paulo Guedes) elenca os padrões para aferir o índice de confiabilidade da prova técnica. Uma sistematização de normas que organizam critérios para a aceitação ou para a discussão da perícia (auferidos no *case Daubert versus Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 113, S. Ct. 2786 (1993): (a) possibilidade de se verificar e de se comprovar falsa a teoria em que se baseia a prova científica; (b) o percentual de erro relativo à técnica empregada; (c) o domínio sobre a teoria ou a técnica em questão por parte de outros especialistas; (d) o consenso geral da comunidade científica interessada¹⁷.

Os critérios desenvolvidos em inúmeros casos concretos acabam sendo ilustrados pela norma constitucional (*by the case to the law*). A determinação por mais de uma perícia/avaliação vale como uma *peritus peritorum*¹⁸, no sentido de valorizar a possibilidade de inclusão do servidor bem como salvaguardar a eficiência da Administração – ainda, prevenindo o desperdício do dinheiro público com uma aposentação indevida.

Com uma penada, a PEC6/2019 preserva a eficiência e a economia¹⁹ desde o texto constitucional.

Qual a natureza da ciência?

Algumas são mais objetivas. No caso da alienação mental, por exemplo, a avaliação explicitamente traz uma carga de relatividade-subjetividade. De qualquer maneira, seja qual for a ciência que se consulte, a Constituição determina a realização de mais de uma avaliação.

¹⁷ Michele Taruffo, *A prova...*, cit., p. 306.

¹⁸ ABELLÁN GASCÓN, Marina. Prueba científica. Un mapa de retos. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 196/9.

¹⁹ O recorte econômico bem como eficientista é devedor da matriz jurídica da *Law and Economics*, sendo que a fonte do direito como política pública ressalta a crescente escola do *Critical Legal Studies*. Ver FISS, Owen. A morte do direito. In FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 272/280.

Uma rotação ideológica que hoje poderia ser vinculada a um paradigma²⁰ racionalista – passa a ser mais tendente a um paradigma humanista.

A dignidade da pessoa humana e o privilégio da eficiência da Administração Pública agradecem.

2 O DIREITO INTERTEMPORAL (OU O DIREITO ADQUIRIDO)

A PEC6/2019 garante o direito adquirido aos servidores que já tiverem preenchidos os requisitos para a concessão de aposentadoria ou pensão:

Art. 9º A concessão de aposentadoria ao servidor público e de pensão por morte aos dependentes de servidor público falecido será assegurada, a qualquer tempo, desde que tenham sido cumpridos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de promulgação desta Emenda à Constituição, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte.

§ 1º Os proventos de aposentadoria a serem concedidos ao servidor público a que se refere o caput e as pensões por morte devidas aos seus dependentes serão calculados e reajustados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios.

O problema é quando estão preenchidos os requisitos da aposentadoria por invalidez (atualmente vigente)?

Segundo os requisitos constitucionalmente em vigor, a aposentadoria por questão de saúde depende da avaliação científica (da avaliação técnica por junta médica, conforme art. 203, §4º da Lei 8.112/90). Uma vez atestada a incapacidade, embora pendente o ato formal de comunicação/concessão da aposentação – está assegurado o direito adquirido.

²⁰ As ciências não progridem por evolução, mas por revolução. Daí se falar em quebra de paradigma, porque ele encerra uma série de premissas que abalizam uma maneira de observar e interpretar os fenômenos. No caso da reforma, parece que o critério da economia está amalgamado à preservação do servidor em serviço – o que não deixa de ser econômico para a Administração –, mas ainda prestigia um melhor ou mais preciso exame do estado de saúde do sujeito, que deverá ser efetuado por mais de uma avaliação acerca da saúde. Isso evita, inclusive, o desvio de finalidade (tanto quando se burla a previdência por parte da má-fé do servidor, quanto por parte de algum superior hierárquico que pretenda se livrar do servidor claudicante). Ver SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia* (o paradigma racionalista). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 31.

Um entendimento que é repetido no RGPS, afinal, deve ser observado o princípio *pro misero* na interpretação do sistema jurídico.

De outro lado, por ocasião da leitura do art. 188, parágrafos 1º e 2º, na medida em que a concessão da aposentadoria possui solução de continuidade à tutela fornecida pela concessão prévia da licença-saúde (o que nem sempre ocorre no RGPS), a aposentação se trataria de ato complexo. Assim, a concessão da aposentadoria depende do laudo médico e mais a comunicação formal ao órgão responsável.

Isso pode afetar o direito adquirido – porque não serão poucas as situações em que o servidor está de licença-saúde e aguardando a concessão formal da aposentação.

Nesse interstício entre o atestado da junta médica e o ato formal da comunicação do deferimento da aposentação, existe o direito adquirido?

O direito não deve ser interpretado em tiras. Daí que não apenas as normas da Lei 8.112/90 devem ser interpretadas isoladamente. Em primeiro lugar, necessário ter presente a tutela do vulnerável²¹ e, mais que isso, o advento de direito fundamental posterior à publicação da referida lei.

No ano de 2004, o art. 5º da Constituição positivou o seguinte direito fundamental:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O dispositivo já dispõe de força normativa vinculante a todos os órgãos públicos²².

²¹ A vulnerabilidade adenda a necessidade da proteção concreta da dignidade da pessoa humana. A pessoa está ao centro de todas as ações institucionais. □Ovviamente non si tratta più di una maschera, né di una finzione ma è la persona reale, con la sua identità, il suo corpo, il sesso, l'età e gli handicap, la persona ideale, con le sue opinioni, la lingua, la religione, la professione e la cultura, la persona sociale, con i suoi problemi familiari e di rapporti con la collettività, e finalmente nella sua dimensione economica". ALPA, Guido. *Giuristi e interpretazioni* (il ruoso del diritto nella società postmoderna). Genova: Marietti, 2017, p. 81.

²² A duração razoável do processo se trata de direito e determinação fundamental que observa critérios como a complexidade do caso, o comportamento das partes, do juiz e das outras autoridades influentes na questão – bem como na singeleza da demanda, cujo resultado é praticamente terceirizado (como na hipótese da perícia médica). Os critérios se reúnem para que a legislação estipule prazos razoáveis. Se o processo penal estabelece um prazo determinado para a instrução, o procedimento administrativo não pode ficar à potestade da Administração. PUNZI, Carmine. *Il processo civile* (sistema e problematiche), vol. I. Torino: Giappichelli, 2010, p. 377.

Não bastasse, como reflexo do direito ao prazo razoável em processo administrativo, a Lei 9.784/99 estabeleceu:

Art. 69-A. Terão prioridade na tramitação, em qualquer órgão ou instância, os procedimentos administrativos em que figure como parte ou interessado: (Incluído pela Lei nº 12.008, de 2009).

I - pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.008, de 2009).

II - pessoa portadora de deficiência, física ou mental; (Incluído pela Lei nº 12.008, de 2009).

III - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.008, de 2009).

IV - pessoa portadora de tuberculose ativa, esclerose múltipla, neoplasia maligna, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, ou outra doença grave, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após o início do processo.

A prioridade na tramitação converge ao direito fundamental ao procedimento administrativo em tempo razoável. Quem determina esse prazo? A condição de saúde especial ou vulnerável do sujeito – e não a potestade administrativa.

Portanto, intuitivo que o entendimento da aposentação ser ato complexo cuja integração ao patrimônio jurídico do sujeito depende da comunicação formal do atestado da invalidez acabou sendo prejudicado pela nova ordem constitucional. Está prejudicado, ainda, pelo novo paradigma que encerra a eficiência no trato da Administração e no alvitre da tutela do vulnerável.

No caso do servidor público ser magistrado, vale referir a disposição da LOMAN (LC35/79):

Art. 76 - Os Tribunais disciplinarão, nos Regimentos Internos, o processo de verificação da invalidez do magistrado para o fim de aposentadoria, com observância dos seguintes requisitos:

I - o processo terá início a requerimento do magistrado, por ordem do Presidente do Tribunal, de ofício, em cumprimento de deliberação do Tribunal ou seu órgão especial ou por provocação da Corregedoria de Justiça;

II - tratando-se de incapacidade mental, o Presidente do Tribunal nomeará curador ao paciente, sem prejuízo da defesa que este queira oferecer pessoalmente, ou por procurador que constituir;

III - o paciente deverá ser afastado, desde logo, do exercício do cargo, até final decisão, devendo ficar concluído o processo no prazo de sessenta dias;

IV - a recusa do paciente em submeter-se a perícia médica permitirá o julgamento baseado em quaisquer outras provas;

V - o magistrado que, por dois anos consecutivos, afastar-se, ao todo, por seis meses ou mais para tratamento de saúde, deverá submeter-se, ao requerer nova licença para igual fim, dentro de dois anos, a exame para verificação de invalidez;

VI - se o Tribunal ou seu órgão especial concluir pela incapacidade do magistrado, comunicará imediatamente a decisão ao Poder Executivo, para os devidos fins.

Em primeiro lugar, interessante notar que a LOMAN foi publicada em regime ditatorial – quando a Administração Pública e a respectiva autoridade consistiam no princípio reitor normativo do sistema em direito público. No Estado Democrático²³, o fundamento é a dignidade da pessoa humana que

²³ A Constituição estabelece: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

O Estado Constitucional tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, tem por finalidade a busca da liberdade e da igualdade; e tem como valor-meio a previsibilidade: no qual está encerrada a segurança jurídica e a verdade. O Estado Constitucional não afirma um conceito pronto, mas recolhe um ponto de partida dos interesses comunitários para, como uma empresa em diuturna construção, elaborar uma estrutura de dois corações em direção às suas finalidades – o Estado Constitucional significa: o Estado de direito+o Estado democrático=busca das finalidades. Essa formatação é uma empresa em construção e vem se condensando em diversos momentos que concretizam um momento subsequente na relação jurídico-constitucional entre o político e o jurídico. Ou seja, o modelo acaba por elaborar a “domesticação do domínio público pelo direito” que, na verdade, representa o “grau” de juridicidade atribuído ao controle da política. Se atualmente o Estado consiste em um esquema aceitável de racionalização institucional que organiza as sociedades modernas, o Estado Constitucional qualifica um modelo *plus*, como uma “tecnologia política de equilíbrio político-social”. Uma realidade engendrada pela teoria constitucional que, historicamente, perpassou três modelos basilares de supremacia do direito (ou “códigos de observação político-jurídico”):

a) *Rule of law*: modelo que privilegia o *due process of law* em detrimento da legalidade, apesar de, em alguns casos, admitir a codificação. Utilizado na tradição *common law*, ele se fundamenta na *judicial review* para conferir a soberania do direito ao panorama social.

b) *État legal*: modelo que utiliza a hierarquia piramidal do esquema Declaração, Constituição e lei para, desde uma perspectiva franco-liberal do final do século XVIII, privilegiar o princípio da legalidade em detrimento do devido processo legal. A França é o exemplo de “Estado Legal”, onde a supremacia do direito é ditada pelo parlamento.

reclama a segurança jurídica, inclusive, nos períodos de transição em reforma constitucional. Porque o fundamento é a base estrutural que enfeixa e principia qualquer movimentação do poder constituinte derivado.

A LOMAN deve atender o direito fundamental ao prazo razoável do procedimento administrativo. Os dispositivos devem ser coerentes à primazia de tramitação inserida na LPA.

Se para resolver PAD instaurado contra magistrado, segundo a Resolução 135/11, art. 14, §9º, dispõe-se de 140 dias (prorrogáveis conforme a complexidade do caso), evidente que a questão da aposentação – cujo núcleo central é a dignidade da pessoa e a conclusão do laudo científico – não pode exceder esse prazo. Um prazo que deve ser contado desde o afastamento compulsório do magistrado (determinado pela Administração) até a conclusão definitiva do expediente.

Tudo sopesado, quer dizer que o advento da PEC6/2019 não interfere a situação do sujeito que já tiver a invalidez (atualmente em vigor) constatada por junta médica. A demora no trâmite administrativo não pode prejudicar o vulnerável, ainda mais quando diversas normas do ordenamento jurídico predispõem prazos e privilégios no regime de tramitação dos procedimentos.

Quando o servidor está afastado por determinação compulsória da Administração, em atendimento ao laudo médico, o direito está adquirido. Ainda mais evidente quando o processo de aposentação já estiver aberto, apenas aguardando o trâmite homologatório da situação de saúde do vulnerável.

No caso do magistrado, a situação da asseguaração do direito fica mais evidente com o art. 76, VI: se o Tribunal ou seu órgão especial concluir pela incapacidade do magistrado, comunicará imediatamente a decisão ao Poder Executivo, para os devidos fins.

No caso de não haver resposta ou contra-argumentação em processo administrativo, quem conclui pela incapacidade é o Tribunal ou órgão especial?

c) *Rechtsstaat*: desde o início do século XIX, a assimetriação do regime germânico estipula um modelo de supremacia constitucional do direito no qual houve a fixação de poderes para controlar os atos e as normas por um Tribunal Constitucional. É um mecanismo também denominado de “austríaco”, cujo império do direito é assegurado através de instrumentos de salvaguarda do próprio sistema.

O Estado Constitucional é um modelo superveniente a tais modelos tradicionais, representa um *plus* a essas variações, seja porque reúne *juridicidade+participação*, seja porque está em permanente transformação, sempre em busca das finalidades que reputa *ótimas*, pois se trata de um mecanismo funcional-estrutural do constitucionalismo contemporâneo e da filosofia do direito. Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 83/97.

Ou a conclusão é da junta médica e meramente aceita por tais órgãos? Evidente que a incapacidade deve ser atestada por avaliação científica – portanto, médica.

O direito está adquirido desde a data do atestado exarado pela junta médica.

A fortiori, a PEC6/2019 projeta retirar a espécie de aposentadoria proporcional, ao magistrado, que foi demitido a bem do serviço público. Com efeito, tratando-se de uma pena administrativo, esse dispositivo não pode retroagir para atingir fatos anteriores à data da publicação da emenda. Se uma pena – que é fato grave – *não pode retroagir*, evidente que a emenda não pode atingir um processo de aposentadoria por “invalidez” que esteja tramitando.

A interpretação *in fine* da Constituição (art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu) permite essa conclusão. O que acarreta o mesmo raciocínio pro misero.

Afinal, o réu em PAD não pode ter tratamento melhor que o misero da previdência.

Não entendendo dessa forma, a Administração está em uma verdadeira encruzilhada: aplicando-se imediatamente o art. 40, §2º, II, da CF, na redação da PEC6/2019, deve ser reaberta a questão científica e providenciadas **novas avaliações** médicas do paciente (mais de uma avaliação – conforme a literalidade do novo texto).

Vale dizer que se anularia, automaticamente, todo o expediente já efetuado pela Administração. Repristinando-se ao momento das avaliações médicas.

CONCLUSÃO

A PEC6/2019 modifica dispositivos constitucionais e viabiliza uma nova leitura paradigmática da questão referente a implantação metódica da aposentadoria por incapacidade ao invés da aposentadoria por invalidez do servidor público. O problema da economia é somado ao alvitre da eficiência no trato administrativo.

Por isso que a leitura do texto isolado não basta – é preciso apreender as normas daí implicadas pelo sistema jurídico.

Na transição para a implantação das novas disposições, o servidor público tem direito adquirido à aposentadoria por invalidez desde que preenchidos os atuais requisitos. Ou seja, desde que reputado inválido para as funções em laudo elaborado pela junta médica. A demora no trâmite administrativo (ainda mais quando já aberto o processo de aposentação) jamais pode acarretar ônus contra *misero*.

julho/2019

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN GASCÓN, Marina. Prueba científica. Un mapa de retos. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ALPA, Guido. *Giuristi e interpretazioni* (il ruoso del diritto nella società postmoderna). Genova: Marietti, 2017.
- ANDERSON, Terence; TWINING, William. *Analysis of evidence: how to do things with facts based on Wigmore's Science of judicial proof*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1991.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- FISS, Owen. A morte do direito. In FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.
- HAACK, Susan. Irreconcilable differences? The trouble marriage of Science and law. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014.
- LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 2016.
- MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Neumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PUNZI, Carmine. *Il processo civile* (sistema e problematiche), vol. I. Torino: Giappichelli, 2010.

A ideologia da reforma na aposentadoria por incapacidade do servidor público

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia* (o paradigma racionalista). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013.

TWINING, William; MIERS, David. *How to do things with rules*. London: Cox & Wyman Ltd., 1976.

A HIPERSUFICIÊNCIA APLICADA: POR UMA LEITURA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 444 DA CLT

David Fernandez Elgarten Rocha¹

Resumo: É extremamente difundida a visão de que o empregado hipersuficiente é uma espécie de “invenção neoliberal” sem qualquer base constitucional. Nesse texto buscou-se identificar se de fato uma leitura literal do instituto seria inconstitucional e, em caso positivo, até que ponto seria possível interpretá-lo conforme a Constituição. Concluiu-se que o reconhecimento da hipersuficiência de certos trabalhadores, longe de ser uma “ficção neoliberal», trata-se de uma resposta legal para um problema real: a sobre inclusão (excesso de proteção) do critério jurídico da subordinação jurídica. A resposta legal, apesar de adotar um regime jurídico inconstitucional (de equiparação plena entre autonomia individual e coletiva) pode ser lida de forma constitucional caso seja guiada justamente pelo princípio que a hipersuficiência diz promover: a isonomia. Assim através de uma interpretação conforme a Constituição que de tratamento jurídico diferente à hipersuficientes diferentes o verdadeiro potencial do instituto parece ser despertado e uma nova janela se abre para a hermenêutica trabalhista.

Palavras-Chave: Hipersuficiente, Subordinação, Autonomia, Trabalho, Contrato-necessidade, Sobre e Sub-inclusão, Exceções, Presunções.

1. INTRODUÇÃO

Nesse trabalho buscou-se analisar o regime jurídico de “hipersuficiência” criado pelo parágrafo único do artigo 444 da CLT em 3 dimensões: a conceitual

¹ Graduando do Curso de Direito da PUC-RIO, Bolsista CNPQ e Estagiário da PGE-RJ área trabalhista.

(o que é a hipersuficiência); a descritiva (quais são seus pressupostos fáticos e consequências jurídicas) e a normativa (como ela deve ou não ser aplicada à luz dos valores constitucionais). Tal tarefa, eminentemente dogmática, não deixa, porém, de ser necessariamente zetética² (**metodologia investigativa, indagatória, voltada para a resolução de problemas teóricos**). Ao falar, de forma contrafática, em autonomia, dignidade e igualdade nas relações de trabalho é preciso, afinal, lidar com a realidade da mercantilização humana, exploração econômica e dos processos de acumulação desigual de capital e meios de produção vigentes na sociedade.

É por isso que, no Item 2 (“Breves Considerações Sobre a Autonomia Privada”) e seus respectivos subtópicos, procurou-se realizar uma análise crítica da relação entre os conceitos jurídicos de dignidade, autonomia e trabalho à luz da constitucionalização do direito privado e das novas escolas hermenêuticas de pensamento e argumentação jurídica. No item 3 (“Da insuficiência normativa e fática da subordinação jurídica”) por sua vez, tentou-se obter uma melhor compreensão do fenômeno jurídico (e social) da subordinação. Entender o conceito de subordinação jurídica e seus limites normativos (em face dos novos meios jurídicos de subordinação) e fáticos (diante dos novos tipos de relação trabalhista que “fogem” da lógica interna da subordinação jurídica mas que ainda assim demandam proteção) é entender o núcleo basilar da tutela trabalhista: o próprio conceito de empregado.

No item 4 (“Heróis Invisíveis: Quem é o Que São os Hipersuficientes”) a tarefa resumiu-se não só a delimitar o conceito de empregado hipersuficiente (previsto na lei) como também a analisar os critérios jurídicos utilizados pela reforma. Já o item 5 (“Uma verdade Inconveniente: a legitimidade da hipersuficiência”) é o momento no qual a derradeira pergunta deve ser feita: será que a hipersuficiência viola a isonomia que tanto diz prezar?

Finalmente no item 6 (“Por uma Aplicação Constitucionalmente Adequada da Hipersuficiência”) o artigo encontra seu clímax, assumindo que é sim possível falar de um empregado hipersuficiente nos moldes da reforma (como aqui será defendido) qual seria o regime jurídico aplicável a ele? Discutindo isso, planeja-

² Dogmática é a postura doutrinária de “decifrar” as fontes institucionais do direito (lei/jurisprudência/etc) já zetética é o enfoque em discussões de cunho “extra-jurídico” que tangenciam o direito. Enquanto a zetética pode auxiliar o pensamento crítico de um jurista, é a dogmática que cumpre a missão de guiar operadores do direito (juizes/advogados/etc) nos casos onde lei e jurisprudência forem insuficientes. SHECAIRA, 2016, p.138-9

se realizar uma pequena (porém relevante) contribuição normativa para essa importantíssima discussão que não é só jurídica, mas eminentemente sócio-política e econômica.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTONOMIA PRIVADA

Com a chamada constitucionalização do Direito Privado³ e correspondente ampliação das situações mercedoras de tutela jurídica⁴ a busca por certeza, segurança e previsibilidade em um mar de incertezas volta⁵ a preocupar a mente dos juristas. Se os valores e princípios constitucionais ultrapassaram o status de meros norteadores da interpretação jurídica, para serem tidos como verdadeiras normas diretamente aplicáveis na solução de casos concretos, a busca por consensos mínimos e bem delimitados na sua conceituação é de extrema importância para aqueles que se preocupam com sua efetiva e séria aplicação⁶.

Dentre os valores que norteiam o ordenamento jurídico, a dignidade humana é elencada como um dos fundamentos da República.⁷ Seja como “princípio mãe” fundador do Estado Democrático de Direito Brasileiro⁸ ou como cláusula geral de proteção dos valores existenciais. Para além das hipóteses previstas em lei,⁹ a construção séria e objetiva de um conceito de dignidade humana é pressuposto mínimo para que a sua promoção não se limite a arbítrios ocasionais e intervenções paternalistas autoritárias.¹⁰

Se a busca por um conceito de dignidade escapa do escopo desse singelo trabalho, parece fundamental analisar um dos seus principais substratos: a

³ Para uma análise descritiva e normativa desse fenômeno. BODIN de MORAES, 1991, p.4 et seq

⁴ Sobre esse movimento de “abertura axiológica” do ordenamento jurídico TEPEDINO, 2009, p.46

⁵ Os “valores formais” da certeza segurança e previsibilidade foram justamente aqueles que, no séc. XVIII, nortearam o “direito moderno” na sua luta contra as incertezas do direito feudal CORTIANO, 2002, p.22 et seq). A discussão sobre a manutenção ou superação dos modelos jurídicos “formalistas” na sociedade “pós-moderna” foge ao tema desse trabalho mas afirma-se tanto contra (idem, 6-8 e NALIM, 2008, p.59) como a favor (SHECAIRA, 2012, p.39-40) que, a maior parte dos operadores do direito brasileiro tende a ser formalista.

⁶ Para alguns, seria, inclusive, o mínimo necessário para se fazer uma “teoria não irracional” LEAL, 2015, p.136

⁷ “Art 1º A República Federativa do Brasil (...)tem como fundamentos(...)III - a dignidade da pessoa humana”.

⁸ Nesse sentido E como “princípio imponderável” BODIN de MORAES, 2017, p.83-85

⁹ Nesse sentido PERLINGIERI, 2007, p.155 et seq.

¹⁰ Para uma pesquisa sobre as dificuldades práticas e teóricas de uma aplicação consistente de princípios moralmente sensíveis ver VASCONCELLOS, 2018 (quanto ao dito “princípio da felicidade”) e HANNIKAINEN, 2016 (no tocante à dignidade da pessoa humana)

Autonomia.¹¹ Uma vez que a autonomia privada à luz da constituição de 1988 não pode ser entendida como um valor em si mesmo (mas como algo que deve ser exercido em razão e nos limites de uma função social)¹² faz-se necessário, nesse primeiro capítulo, explicitar de que forma o conceito de autonomia se vê aplicável ao direito do trabalho em meio à crise do Estado Pós-Social¹³.

2.1. Do Estado Liberal ao Estado Pós Social: O Caminho Necessário

O conceito de autonomia pode ter passado por diversas transformações no decorrer dos séculos,¹⁴ mas desde o início da modernidade esteve umbilicalmente ligado a um instrumento jurídico essencial para a realização dos interesses da burguesia em ascensão: O contrato.¹⁵ Mesmo à luz do direito contemporâneo, muito mais preocupado com a confiança das relações do que com a “real vontade” das partes¹⁶ a correlação entre “contrato” e “autonomia” (ainda que limitada aos fins e limites do ordenamento) não se perdeu.¹⁷

Como se fosse um reflexo lógico da própria vontade soberana do povo¹⁸ cumpria ao contrato, no Estado Liberal Moderno, a realização de ao menos duas funções para a manutenção do *status quo*): 1) a concretização do *status* abstrato dos “sujeitos-proprietários de direitos” (que somente com a aquisição da propriedade se tornavam “Proprietários de fato” e, portanto, “sujeitos concretos”)¹⁹

¹¹ Diversos doutrinadores brasileiros de renome como Maria Celina (BODIN de MORAES, 2017, p.85 et seq.), Junqueira (DE AZEVEDO, 2004, p.21) e Sarmiento (BIZELLI, 2018, p.274-5) incluem a autonomia no rol de elementos mínimos da dignidade. Fora da dogmática, pesquisas empíricas têm indicado profundas ligações entre aquilo as pessoas entendem como dignidade e aquilo que se entende como autonomia (HANNIKAINEN, 2016, p.17)

¹² NEGREIROS, 2006, p.2-4.

¹³ Sobre o conceito e importância do “Estado Pós-Social” (que sucedeu ao “Estado social burocrático e intervencionista”) para o chamado “Direito da pós-modernidade”. BIZELLI, 2018, p.175 et seq.

¹⁴ Sobre as várias concepções históricas de liberdade (dos antigos/dos modernos/etc.) CITTADINO, 2013, p.144-7

¹⁵ ROPPO, 2009, p. 44 et seq.

¹⁶ Sobre a massificação das relações econômicas e o processo de “objetivação” da vontade. idem, p.297 et seq.

¹⁷ Não à toa a existência de uma “declaração de vontade” é, até hoje, pressuposto existencial do contrato e sua validade (falta de vícios) impacta diretamente a validade/eficácia das cláusulas dele. BIZELLI, 2018, p.47-9. Em sentido contrário, defendendo a necessidade de “superação” do contrato calcado na autonomia (e a presença de boa-fé contratual como pressuposto de existência do contrato) NALIM, 2008, p.139 et seq.

¹⁸ Via-se no “contrato particular” a individualização soberana do “contrato social” MARTINS-COSTA, 2011, p.35

¹⁹ O direito moderno criou um verdadeiro “estatuto jurídico do sujeito-proprietário” (PACHUKANIS, 1977, p.140) no qual o “sujeito de direitos abstrato” só podia de fato exercer suas prerrogativas jurídicas se possuiu-se capital (lê-se propriedade) para realizar transações econômicas “livremente pactuadas”. CORTIANO, 2002, p.*

e 2) a legitimação jurídica de **um** modelo específico (capitalista) de “transferência jurídica de propriedade através da vontade” e somente dela.²⁰

Naquilo que hoje é chamado de “Paradigma liberal” ou “Modelo Clássico das relações contratuais”,²¹ não só os sujeitos tinham a livre escolha do que seria objeto de seus contratos (tudo que não fosse vedado por lei) com quem contratariam (com quem quisessem) e como contratariam (da forma que quisessem)²² como a propriedade adquirida através do contrato (e portanto dentro das regras do jogo burguês) constituía uma zona de liberdade intocável diante da qual, todos, *principalmente* o Estado, deviam se abster de intervir. É dessa noção quase feudal de soberania privada que surgiram os “direitos-garantia”²³ de “livre uso, gozo e disposição do bem” assim como o direito à “livre exclusão de terceiros”.²⁴

Sustentando o paradigma liberal existiam dois dos principais dogmas jurídicos modernos: a “busca pela estabilidade da ordem jurídica” e a “neutralidade na aplicação do direito”²⁵. Se a liberdade dos particulares era “garantida” pela não intervenção estatal em face de “aparentes injustiças” (logo, pela “neutralidade” na aplicação do direito) a segurança e previsibilidade das relações (portanto, sua estabilidade) dependiam exatamente dessa “atitude neutra” (leia-se) omissão ideológica²⁶ do Estado em face das “desigualdades concretas”, convenientemente acobertadas pelo manto jurídico de uma supostamente inafastável “igualdade geral abstrata entre os sujeitos”.²⁷ Essa postura jurídica “neutra” que, por muito tempo, negou tutela a quem de fato precisava por “ausência de previsão legal” não só manteve as relações sociais de dominação, como efetivamente as agravou, contribuindo concretamente para o aumento da desigualdade entre proprietários e não proprietários²⁸

²⁰ A partir do contrato (e do trânsito jurídico por ele operado) tornou-se possível delimitar que “proprietários de fato” teriam ou não adquirido sua propriedade através das regras do jogo burguês da apropriação (e, portanto, poderiam reclamar proteção estatal) e quais deveriam ser desconsiderados e expropriados. FACHIN, 2003, p.49

²¹ Para os dois conceitos ver respectivamente NEGREIROS, 2006, p. 298 e BIZZELLI, 2018, p.43

²² Sobre o desenvolvimento e limitação dessas 3 “liberdades” contratuais NEGREIROS, 2006, p.109

²³ Sobre a proteção “negativa” dos “direitos garantia” no Estado Liberal SARLET, 2018, p.318

²⁴ TEPEDINO, 2001, p.269

²⁵ MORAES, 2018, p.61

²⁶ A metodologia da neutralidade em uma sociedade capitalista (e, portanto, em uma sociedade de acumulação) serve para ocultar a opção política pela manutenção do status quo dominante. KONDER, 2016, p.31

²⁷ Presos em um mundo abstrato de direitos fictícios e “sujeitos iguais”, os juristas da época ignoravam a cruel realidade daqueles que, concretamente, clamavam por uma real proteção. FACHIN, 2003, p 59 et seq.

²⁸ Para uma análise dos efeitos nefastos desse discurso jurídico clássico da propriedade CORTIANO Junior, 2002

Dessa forma, **se a revolução francesa positivou um ideal** de mundo livre e justo no qual a “estabilidade das relações jurídicas” e a “neutralidade estatal” permitiriam a todos o acesso à propriedade, **a realidade capitalista foi outra**²⁹. Não basta impedir as ingerências de um possível Estado Autoritário quando os particulares, na prática, exercem um direito à livre opressão. A história revelou que os mesmos dogmas promitentes de “liberdade” e “justiça” na verdade legitimaram a “livre exploração dos economicamente mais fracos”³⁰.

A relação de trabalho é exemplo histórico de como não só o Estado absolutista como também o particular egoísta podem e vão oprimir aqueles que deles dependerem³¹. No caminhar da revolução industrial, a ideia de que o empregado era “livre” e tinha “iguais condições” de contratar seu trabalho como, quando e com quem quisesse rapidamente revelou que, na verdade, a “liberdade” de que dispunham os trabalhadores não era mais do que uma triste e inútil “liberdade de trabalhar ou morrer de fome”³²

O discurso liberal clássico, ao pintar o trabalhador como um “livre mercador de seu trabalho” e a empresa como um “sujeito igual com o qual ele deveria negociar” escondia uma dupla desigualdade: 1) A relação vital de um trabalhador com sua “força de trabalho” (nada mais que um eufemismo para a mercantilização de seu próprio corpo³³) é diferente da relação instrumental entre o empresário e seu dinheiro (mero objeto substituível) 2) a relação desigual entre aquele que troca sua força vital pelo dinheiro necessário à sua subsistência (ou seja por necessidade existencial) e o que compra essa força de trabalho pelo menor preço possível é completamente diferente da relação “presumidamente igual” entre “empresários egoístas” realizadores de trocas voluntárias sempre na busca do maior lucro possível.³⁴

²⁹ Em verdade o próprio sistema capitalista depende do fato de que somente uns poucos efetivamente tenham acesso à propriedade produtiva (e, conseqüente, controle dos meios de produção) enquanto a maioria fica relegada à chamada “propriedade sobre seu próprio corpo” (força de trabalho). PACHUKANIS, 1977, p.158-9.

³⁰ A “tutela negativa da liberdade” permitiu a “livre exploração do homem pelo homem” BIZELLI, 2018, p.63-8.

³¹ A constatação fática de que, onde houver acumulação (de capital e/ou poder) haverá exploração (e, portanto, é interessante que o direito crie mecanismo para lidar com isso) não se confunde com generalizações caricatas.

³² PIRES, 2019, p.613

³³ O “trabalho” não é uma força abstrata que atua sozinha, mas uma parte inerente de um “corpo humano” que trabalha e sofre os percalços desse trabalho. SUPIOT, 2016, p.69 et seq.

³⁴ Enquanto a 1ª desigualdade trata do “objeto” da relação contratual (força vital x dinheiro) a 2ª trata dos *interesses* que norteiam a relação. Se nas relações empresário-empresário prepondera, a priori, o interesse pelo “lucro” (DE AZEVEDO, 2004, p.613) nas relações trabalhador-empresa costuma-se haver uma parte com interesses existenciais (trabalhador) e uma com interesses patrimoniais (empregador). BIZELLI, 2018, p.304 et seq.

Em resposta a esse direito contratual descolado da realidade iniciou-se um processo contrafático de ascensão de direitos culminando, assim, no chamado “Paradigma Social”³⁵. Lentamente, os ordenamentos passaram a deixar de lado a “Segurança Estável” da igualdade formal e abstrata entre sujeitos para buscar a “Justiça Material” da igualdade substancial e concreta entre pessoas.³⁶ Nesse momento de necessidade social, formou-se um dos mais importantes microssistemas de proteção contemporâneos: o Direito do trabalho³⁷.

O direito do trabalho, como parte da “descodificação” das relações privadas, “fugiu” da regra geral e abstrata dos Códigos, limitada a tutela do sujeito-proprietário, para regular as especificidades das relações de emprego³⁸. Foi nesse contexto de insuficiência do “contrato civil” que a CLT surgiu como uma verdadeira “codificação das relações de emprego” criando um microssistema coerente e atento (ao menos dentro daquilo que interessava o Estado Getulista)³⁹ à promoção da tutela nas relações de emprego.⁴⁰

Todavia, em um mundo globalizado e dominado pela estrutura capitalista⁴¹, o direito do trabalho, sempre ligado às relações de produção,⁴² passou a ser diretamente afetado por um verdadeiro “cabo de guerra social” entre a Constituição e a “Lei do mercado”. No chamado “Estado Pós-social”, que conjuga tendências sociais e neoliberais⁴³, o “velho” direito do trabalho, passa a ser visto como um “obstáculo” tanto para o “progresso econômico” dos que querem flexibilizá-lo⁴⁴ quanto para a “melhora social” dos que buscam revolucioná-lo⁴⁵.

³⁵ Ser “contrafático”, com a pretensão de mudar a realidade, é diferente de ser descolado da realidade. Sobre o paradigma social, seu modelo contratual e sua preocupação com a realidade. *idem*, p.163 et seq.

³⁶ Essa transição solidarista não pode, porém, ser reduzida a um fenômeno único, de fato, existiram várias formas de “Estado Social” desde as mais conservadoras (e até fascistas) às mais revolucionárias. *idem*, p.170 et seq.

³⁷ Sobre a formação histórica do direito do trabalho (europeu) e suas influências no Brasil. OLIVEIRA, 1997, sobre a formação do direito do trabalho brasileiro e aquilo que a influenciou. ROMITA, 1993

³⁸ Para um apanhado histórico da chamada “fuga dos códigos”. CARDOSO, 2005, p.42 et seq. Para um estudo sobre a insuficiência da “regra geral burguesa” dos códigos à luz dos anseios sociais MONREAL, 1988, p.22 et seq.

³⁹ A CLT ignorava tanto trabalhadores rurais quanto servidores públicos e materializava um corporativismo autoritário que tentou transferir ao Estado (e jamais aos sindicatos) o poder trabalhista. ROMITA, 2001, p.14-5

⁴⁰ Com a autoridade de um dos membros do anteprojeto da CLT, Sussekind diz que “(ela) é um microssistema coerente(...)no plano intermediário entre a simples coletânea de leis e o código.” SÜSSEKIND, 2002, p.43-44

⁴¹ Vive-se uma verdadeira imposição globalizada do modelo capitalista NEGRI e COCCO, 2005, p.46 et seq.

⁴² VIANNA, 1997, p.133-135

⁴³ “BIZELLI, 2015, p.69

⁴⁴ Nesse sentido. COELHO, 2002, p.40-42

⁴⁵ Nesse sentido. ROMITA, 2001, p.10

Nesse contexto, existe uma inegável pressão global para adoção, por certos países, de um verdadeiro *déficit de tutela aos hipossuficientes* em seus desenhos institucionais.⁴⁶ Muito por conta dessa pressão externa, em 2017, aprovou-se a chamada Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) alterando profundamente o direito material e processual do trabalho.⁴⁷

2.2. Da Constitucionalização do Direito do Trabalho

Se o direito do trabalho, no plano infraconstitucional, parece ter se submetido a *Lex Mercatória*, a luta pelos direitos trabalhistas ainda pode e deve ocorrer no plano constitucional⁴⁸. É fundamental que os juslaboristas estejam preparados para dar utilidade prática e constitucionalmente adequada aos dispositivos legais da reforma, seja coibindo flexibilizações abusivas pela aplicação direta de normas constitucionais⁴⁹ seja garantindo que o trabalhador tenha ao menos suas liberdades e garantias mínimas respeitadas.⁵⁰

Com a chamada “virada neo-constitucionalista”⁵¹ o direito passou de um “conjunto de enunciados gerais aplicáveis na solução de eventuais casos concretos”, para um “discurso normativo” (*re*)*construído, argumentado e vivo* por destinatários-intérpretes⁵². Nesse contexto, os juízes trabalhistas, ao cumprirem sua obrigação legal de dar solução aos casos concretos, devem se pautar, para além da legalidade formal, na legalidade constitucional, buscando dar soluções constitucionalmente adequadas aos litígios⁵³. A defesa da constituição, *em uma sociedade democrática e pluralista*, passa então a ser dever não só do Supremo Tribunal Federal ou do restante do poder judiciário no exercício de sua função

⁴⁶ Mesmo os regimes mais protetores cedem à globalização neoliberal dos espaços de exploração FREITAS, 2018.

⁴⁷ Revogando 54 artigos, alterando 9 e criando 43 a reforma remodelou profundamente toda a lógica da CLT disponível em < [⁴⁸ Sobre formas de concretizar a interpretação trabalhista pós-reforma. DE OLIVEIRA, 2018](https://www.lg.com.br/blog/um-ano-reforma-trabalhista/#:~:targetText=Com%2054%20artigos%20alterados%2C%209,10%25%20da%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20trabalhista%20brasileira.></p></div><div data-bbox=)

⁴⁹ Sobre a aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais na relação trabalhista. LEITE, 2011.

⁵⁰ Sobre a eficácia direta dos direitos fundamentais “não trabalhistas” na relação de trabalho CARREIRA, 2014.

⁵¹ Para uma análise descritiva e normativa BARROSO, 2005. Para uma visão crítica AVILA, 2009, p. 22 et seq.

⁵² Na narrativa jurídica contemporânea a norma se separa do texto para se tornar o *resultado* de um processo interpretativo no qual o interprete (*re*)cria sentidos normativos diante dos casos concretos. (ÁVILLA, 2018, p.23-5) Nesse contexto, a argumentação jurídica se confunde com o próprio conceito de direito (MITIDIERO, 2017, p. 65) e a vivência jurídica (o direito como fato social) torna a “lex” (o texto normativo) um simples *indicativo formal do todo* que é o “ius”. (SOLON, 2017, p. 82) Assim, não é somente o judiciário que interpreta as normas jurídicas, mas todos os membros do corpo social que integram a realidade normativa. (SARMENTO, 2016, p.395-397)

⁵³ LEITE, 2018, p. 61-3

jurisdicional, mas de todos os membros da sociedade que, diariamente, (re) fundam seus compromissos constitucionais e clamam pelo reconhecimento de seus interesses dignos de tutela.⁵⁴

Se a constitucionalização é uma realidade tanto para movimentos mais radicais como o direito civil-constitucional⁵⁵ quanto para escolas moderadas como o Neoprocessualismo⁵⁶ parece interessante que o “direito constitucional do trabalho”⁵⁷, no contexto da reforma trabalhista, repense sua função tutelar de forma crítica, encontrando meios práticos para proteger a parte mais vulnerável sem deixar de levar suas regras e princípios à sério⁵⁸.

Dessa forma, ainda que a constituição, como Lei superior do ordenamento, não possa ser subordinada à uma lei infra constitucional como a CLT pós-reforma⁵⁹ é preciso olhar a reforma de forma crítica sem, porém, ignorar sua poderosa existência. Se a leitura da constituição à luz da CLT é uma inversão hermenêutica inaceitável, o eventual autoritarismo irresponsável de um judiciário que ignora o material legislativo não é muito superior⁶⁰.

Se a lei mudou e esta parece insatisfatória, caberá ao judiciário e a doutrina a criação de interpretações constitucionalmente adequadas de seus dispositivos.⁶¹ Para essa difícil tarefa não basta o caminho fácil (porém acrítico) de negar constitucionalidade à reforma.⁶² Sem uma disputa contra as suas reais molduras políticas (ou seja, sem uma alternativa viável ao discurso neoliberal) e sem uma tentativa séria de dar sentidos normativamente adequados a seus dispositivos, a inconstitucionalidade revolucionária definida na “canetada” não será uma proteção melhor contra a onda neoliberal do que um guarda-chuva cheio de buracos.⁶³

⁵⁴ Aqui entra o papel fundamental do judiciário: a criação um “discurso jurídico oficial” que solucione ou ao menos intermedie as controvérsias constitucionais. BONAVIDES, 2001, p. 84 e SOLON, 2017, p. 108-112

⁵⁵ O direito civil-constitucional defende “uma efetiva reconstrução do direito privado” através de uma releitura profunda a luz de valores constitucionais “uma proposta altamente revolucionária”. SCHREIBER, 2018, p. 11

⁵⁶ O neoprocessualismo, atua como um “formalismo-ético” que dá importância “aos valores constitucionalmente protegidos” na “construção e aplicação do formalismo processual” DIDIER, 2018, p. 53-54

⁵⁷ Nome “majoritário” para a escola que reconhece a constitucionalização trabalhista LEITE, 2018, p. 86-7. Em sentido oposto, Luiz Marcelo defende um “Direito Trabalhista-Constitucional” DE GÓIS, 2010.

⁵⁸ Levar as regras e os princípios à sério significa jamais esquecer que a função do intérprete é trabalhar com dados normativos preexistentes que não devem ser arbitrariamente desconsiderados. SGARBI, 2009 p. 168

⁵⁹ Sobre o método de leitura das leis à luz da constituição (e jamais ao contrário) TEPEDINO, 2009, p. 31-2

⁶⁰ Sobre a falta de legitimidade de um judiciário que ignora o material legislativo. MAUS, 2016, p. 185 et seq

⁶¹ Para uma proposta de releitura crítica dos princípios trabalhistas CANÇADO, 2019.

⁶² O que, evidentemente, não impede que um ou outro dispositivo seja verdadeiramente inconstitucional.

⁶³ Ainda que o judiciário possa ter papel importante na criação de interpretações alternativas existem certos limites políticos intransponíveis à jurisdição. Se na lei trabalhista têm preponderado o espírito neoliberal

Assim, se a nova lei trabalhista parece inconstitucional cabe ao judiciário a dura tarefa de estabelecer uma interpretação constitucional redentora⁶⁴ que harmonize o texto da reforma com a função tutelar do direito do trabalho. Ao mesmo tempo, caberá a doutrina servir como ponte fiscalizadora dessa transformação, seja combatendo as opiniões jurídicas inconstitucionais que se desenvolvem em seu interior⁶⁵ seja (re)construindo conceitos jurídicos de forma que o juiz possa adaptá-los às necessidades constitucionais⁶⁶.

O objetivo desse artigo, é justamente realizar uma (re)leitura crítica de dois institutos muito impactados pela reforma trabalhista: a subordinação jurídica e a hipossuficiência.

Com a criação do empregado “hipersuficiente”⁶⁷ trabalhadores há muito tempo tidos como “hipossuficientes dignos de tutela jurídica” receberam o direito (ou quiçá o ônus) de disputar cláusulas contratuais com seu empregador, seja através de acordos individuais com força de convenção coletiva⁶⁸ seja ratificando cláusulas compromissórias de arbitragem.⁶⁹

3. DA INSUFICIÊNCIA NORMATIVA E FÁTICA DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Como visto até aqui, para além de ficções liberais como “autonomia da vontade” e “igualdade formal” boa parte dos empregados veem no trabalho uma

da flexibilização, então a disputa central não está no judiciário, mas na própria opção legislativa. Juízes que negam constitucionalidade à reforma por discordarem do espírito Neoliberal não estão enfrentando (e nem têm como enfrentar) o pano de fundo que é o discurso político neoliberal, justamente porque, ainda que a decisão jurídica seja um ato político, as disputas levadas ao judiciário, a rigor, discutem de que forma certos enunciados formais (jurídicos) são ou não aplicáveis a casos concretos sem ter como adentrar discussões meta-políticas de fundo.

⁶⁴ Para uma defesa da primazia das interpretações redentoras SOLON, 2017, p.128-9

⁶⁵ Como um verdadeiro “engenheiro social” dos valores constitucionais COMPARATO, 1991, p.130

⁶⁶ PERLINGIERI, 2007, p.22

⁶⁷ O título de “hipersuficiente” (que tem intuito claro de negar a “hipossuficiência” daqueles que estariam abarcados por esse regime) não existe na lei, mas é atribuído a Rogério Marinho, Relator da Reforma, que o usou em entrevista ao roda viva. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=eSE9wTnDjA> >

⁶⁸ CLT art. 444 Parágrafo único. “A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. “

⁶⁹ CLT “Art. 517-A Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem)”

verdadeira necessidade existencial⁷⁰. Se a esses trabalhadores “necessitados”, fosse dada a “escolha livre” entre a rua ou a perda de direitos, não há dúvidas que renunciariam a toda forma de proteção, como se aqueles direitos fossem verdadeiros obstáculos à sua existência.⁷¹

Se o conteúdo formal da relação de trabalho variou conforme as exigências sociais de cada época, (de relação proprietária à contratual) ela nunca perdeu seu núcleo central: a submissão de uma parte à outra⁷². Os sujeitos da relação trabalhista podem ter mudado de nome e adquirido novos contornos jurídicos no decorrer dos últimos séculos, mas jamais deixaram de ser agentes e objetos de uma relação de poder desigual⁷³. Enquanto uma parte sempre se limitou a entrega de bens que integravam sua propriedade (seja comida/terra/ou salário) a outra nunca dispôs de nada além da propriedade existencial de seu próprio corpo.⁷⁴

Essa realidade, porém, não impede a existência de relações onde o trabalho não é condição de existência do trabalhador. Mesmo que todo o empregado seja juridicamente subordinado ao empregador (pois ele direciona sua força de trabalho)⁷⁵ nem todos dependem existencialmente de seus patrões.⁷⁶ Para lidar com essas nuances é essencial diferenciar dois tipos de “subordinação”: a jurídica (tida como *núcleo* da relação de emprego)⁷⁷ e a econômica (cuja presença não é “intrínseca” ao contrato mas averiguada em cada caso concreto).⁷⁸

Ser subordinado juridicamente é simplesmente ter seu trabalho como objeto do poder de direção de um sujeito (empregador) que coordena e controla seu exercício.⁷⁹ Se a subordinação jurídica, a princípio, não se confunde com as antigas formas de “sujeição pessoal no trabalho” a subordinação econômica afeta diretamente a dignidade do trabalhador, tornando-o parte de uma

⁷⁰ Vide cap 2. BIZELLI, 2015 p.88

⁷¹ VILLELLA, 1997, p.174

⁷² Para uma crítica à mitificação “atemporal” e “naturalizada” dessa submissão. DA SILVA, 1993, p.69-72

⁷³ Dono-Escravo, Senhor-Servo, Patrão-Operário, Empregador-Empregado são meros exemplos de formas históricas de subordinação e exploração do trabalho. MARTINS, 2000, p.170-4

⁷⁴ Sobre as diferenças entre o objeto (bem) de um direito de propriedade e o seu conteúdo (interesse digno de tutela) que pode ser existencial ou patrimonial. CARNELUTTI, 1945, p.31-37.

⁷⁵ GOMES, 2003, p.119-120

⁷⁶ Seja por serem altamente qualificados ou por contarem com outras fontes de renda. DELGADO, 2018, p.325

⁷⁷ LEITE, 2018, p.183

⁷⁸ A subordinação econômica existe sempre que o trabalhador *depende* do salário para viver, refletindo “a real vulnerabilidade da relação de trabalho” e não uma simples “desigualdade negocial” DO PRADO, 2007, p.33

⁷⁹ DELGADO, 1997, p.277

relação “existencial” que compromete fortemente sua “livre vontade”⁸⁰. **Se a subordinação jurídica é a nota característica da relação de emprego a subordinação econômica típica das relações com empregados vulneráveis.**

A subordinação jurídica foi o meio pelo qual o liberalismo burguês rompeu com a servidão feudal (inadmissível na “sociedade livre”) sem deixar de explorar o trabalho humano. Como o “sujeito de direitos” não podia mais ter sua existência como “objeto” do poder de um “senhor” passou-se a dizer que somente na sua “abstrata força de trabalho” residiria o real objeto do contrato de trabalho (e, conseqüentemente, incidiria o poder diretor).⁸¹ Por meio dessa ficção, garantiu-se, tanto a manutenção do trabalho como meio de produção quanto a construção de um mercado consumidor de “livres empresários de sua força de trabalho”, agentes econômicos fundamentais para a consolidação do regime capitalista.⁸²

Regras que delimitam a incidência de normas protetivas em face de categorias gerais, como da subordinação jurídica, têm *a aparente vantagem*⁸³ de levar proteção até mesmo àqueles que, concretamente, dela não precisam. A rigor, para a incidência da tutela CLTista, não se questionam as necessidades concretas do trabalhador, mas somente a presença (ou não) dos requisitos da relação de emprego⁸⁴. A situação, porém, se torna mais problemática quando se discutem àqueles que *não* estão amparados pela regra. De pouco adianta a criação de categorias gerais protetivas que, pretensamente, alcançam até quem delas não precisa, se no fim, a quem realmente merece tutela só resta o desamparado jurídico.

Na realidade brasileira, cada vez mais têm surgido, no lugar de “relações formais de emprego”, relações formais (tipificadas) e informais (não registradas) de trabalho autônomo ou parassubordinado desenvolvidas à margem da incidência protetiva da lei trabalhista⁸⁵. Por sobre essa massa de relações trabalhistas “não subordinadas”, ou “semi-subordinadas”, paira uma constante névoa de sujeição (dependência) econômica diante da qual os trabalhadores, apesar de muitas

⁸⁰ Relações existenciais são aquelas cujo objeto auxilia na “subsistência da pessoa humana” (BIZELLI, 2015 p. 88) concretizando ou “mediando” interesses existenciais” fundamentais para o ordenamento (NALIM, 2008, p. 206).

⁸¹ Importa, porém, a reflexão “O que o capital compra é a força de trabalho(...) a força de trabalho não vêm só, traz o homem junto” DA SILVA, 1993, p. 76. Para um aprofundamento nesse tipo de crítica ler SUPIOT, 2016.

⁸² Sobre o processo de criação desse mercado de consumo trabalhista AZEVEDO, 2016, p. 49-50

⁸³ O que, como será visto, pode acarretar certas desvantagens.

⁸⁴ Estando presentes os requisitos da relação de emprego, ao menos a princípio, protegem-se todos os empregados da mesma forma sejam dependentes ou independentes economicamente DELGADO, 2018, p. 327

⁸⁵ Sobre o processo de uberização e as novas formas de trabalho precário recomenda-se SLEE, 2017

vezes ganharem até mesmo abaixo de um salário mínimo, não contam sequer com a menor das proteções CLTistas.⁸⁶

Um dos maiores problemas do direito é a inadequação de fatos novos à regras pensadas quando tais fatos sequer existiam.⁸⁷ O legislador não é e nem precisa ser um profeta que advinha todas as soluções possíveis para casos futuros.⁸⁸ Assim, a insuficiência do critério de subordinação jurídica (regra geral) diante das novas formas de parasubordinação econômica (fatos novos) não é, *necessariamente*, um problema da regra jurídica mas, talvez, da própria passagem do tempo que clama por novas intervenções legislativas.

Porém, para além de eventuais lacunas temporais é preciso se atentar para outro problema das regras. Legislar é definir soluções gerais para casos individuais.⁸⁹ As leis são *generalizações* (respostas gerais e abstratas) que não só não são pensadas para lidar com a casuística como nem sempre (provavelmente nunca) são adequadas para todos os casos possíveis de sua incidência. Como regras são, por definição, generalizações reducionistas de razões (ou fins) mais abrangentes⁹⁰ *toda regra*, por mais justa ou bem feita que seja, *gerará problemas de sobre e subinclusão* quando, inevitavelmente, suas razões subjacentes entrarem em conflito com sua hipótese de incidência⁹¹. Toda regra, assim, acaba abarcando, em sua literalidade textual⁹², mais casos do que sua justificação subjacente recomendaria (sobre inclusão) e menos casos do que ela gostaria (subinclusão)⁹³.

O critério da subordinação jurídica, responsável por delimitar a incidência das normas trabalhistas, é, como qualquer regra, sobre e subinclusivo⁹⁴. Assim, a mesma lei que protege os “formalmente hipossuficientes” que não precisam

⁸⁶ “50% dos trabalhadores brasileiros recebem por mês, em média, 15% menos que o salário mínimo” disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/metade-dos-trabalhadores-brasileiros-tem-renda-menor-que-osalario-minimo-aponta-ibge.ghtml>>

⁸⁷ Para uma análise da insuficiência das figuras jurídicas clássicas em face das novas tecnologias. BARBOSA, 2001

⁸⁸ O direito sempre têm uma zona de atipicidade que clama por novas intervenções SCHAUER 2012, p.26-9

⁸⁹ Sobre a relação entre legislação e a criação de casos genéricos ALCHOURRÓN, 1971, p.27 et seq.

⁹⁰ O que explica porque todo projeto de lei vêm com uma “justificativa” STRUCHINER, 2006, p. 145-152

⁹¹ *idem*, p. 153 et seq.

⁹² “texto” aqui independe do fato da regra ser ou não escrita, basta ser uma norma, ou seja, um instrumento que comunica um dever ser para que, em sua estrutura, existam “termos semânticos” (conceitos linguísticos) análogos aos de qualquer texto (ainda que, mais ou menos gerais e determinados). STRUCHINER, 2001, p.27-8

⁹³ . STRUCHINER, 2014 p. 105 et seq.

⁹⁴ Se a função do direito do trabalho é proteger a parte mais fraca, sempre que a norma trabalhista nega tutela a um trabalhador que dela precisa se está diante de situação subinclusiva (proteção deficitária) e sempre que ela protege um trabalhador que dela não precisa se está diante de situação sobreinclusiva (proteção excessiva).

de proteção específica mas preenchem os requisitos legais da relação de emprego (sobre inclusão)⁹⁵ ignora diversas “relações autônomas” repletas de vulnerabilidade e dependência econômica pelo simples fato de não cumprirem os requisitos formais da “relação de emprego” (subinclusão)⁹⁶.

Para lidar com a subinclusão do critério tradicional da subordinação jurídica (pensado para o controle personalíssimo do operário fabril)⁹⁷ doutrina e jurisprudência têm conjugado o critério das “dimensões de subordinação” com a “primazia da realidade” para reconhecer relação de emprego a partir da presença de elementos indicadores de subordinação jurídica em cada caso concreto (independentemente do pactuado)⁹⁸. Reconhece-se assim a relação de emprego tanto em face de profissões tidas como “liberais” (médico /advogado/ etc) quanto diante de estruturas “não subordinadas” de trabalho (terceirizados/ colaboradores/etc)⁹⁹ e de outras situações de “penumbra”¹⁰⁰ onde, os elementos de subordinação jurídica são incertos¹⁰¹. Exemplos positivados da aplicação desses critérios podem ser encontrados tanto na redação do artigo 6º da CLT¹⁰² que equipara o emprego a distância (e seus meios de subordinação teleguiados) ao emprego presencial (e seus meios de subordinação diretos) quanto no artigo 75-a e seguintes que regulamentam o teletrabalho em si.¹⁰³

Certos problemas de enquadramento, porém, vão além da mera flexibilização formal do conceito de subordinação e se revelam como verdadeiras “falhas” de “recorte jurídico epistemológico”¹⁰⁴. As demandas sociais criam mais e mais

⁹⁵ Ex: Empregados com outros meios de subsistência (grandes advogados ou magistrados que dão aula/etc.).

⁹⁶ Trabalhadores “não registrados”, precários “PJtoziados”, “autônomos informais” e “parceiros explorados” são a ponta de um gigantesco iceberg de exploração à margem da CLT. OLIVEIRA, 2011, p.43

⁹⁷ DELGADO, 2018 p. 327-3

⁹⁸ A análise da subordinação jurídica transcende a formalidade do contrato “Mais do que(...)manifestação da vontade das partes interessam os fatos”, ou seja, o “*fato da prestação subordinada*” FRAGA,1999, p.1

⁹⁹ Graças à dimensão “objetiva” se a atividade dos profissionais é controlada (por exemplo, através de prazos) há subordinação. Graças à dimensão estrutural, se o terceirizado integrar a estrutura de produção da empresa (por exemplo tendo que seguir os horários da tomadora de serviços) haverá subordinação e relação de emprego (já que terceirização subordinada é terceirização ilícita e, portanto, nula). DELGADO,2018 p. 329

¹⁰⁰ Sobre a diferenciação entre zona de certeza e de penumbra na aplicação de regras HART,2007, p. 141 et seq.

¹⁰¹ Para uma defesa de uma dita “dimensão integrativa” ainda mais abrangente que essas. CANÇADO, 2009, p.1

¹⁰² CLT.Art.6º “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.(...)Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam,para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

¹⁰³ Sobre a subordinação jurídica no teletrabalho. RODRIGUES, 2018. p.10-14

¹⁰⁴ O direito, por estar no plano do dever ser, não têm, a rigor “uma epistemologia” (uma teoria da verdade

relações dignas de proteção jurídica as quais não podem, ao menos a princípio, ser consideradas “relações de emprego” seja pela natureza diferenciada da subordinação (autônomos vulneráveis)¹⁰⁵ seja por políticas flexibilizadoras da própria norma (Terceirizados¹⁰⁶). Percebe-se, assim, que um critério meramente jurídico de subordinação não só é *normativamente inadequado* em fazer cumprir a função tutelar do direito do trabalho, como é *faticamente incapaz* de captar todo o universo de situações merecedoras de tutela no âmbito das relações trabalhistas.

Se a subordinação jurídica não parece bastar para um exercício efetivo da função tutelar por parte do Direito do Trabalho faz-se necessário que a doutrina trabalhista repense os sujeitos da relação de trabalho e a proteção a eles endereçada.¹⁰⁷ Ao invés de um direito do “emprego”, voltado somente à proteção de um grupo abstrato cada vez menos presente na realidade prática, talvez seja interessante pensar, futuramente, em um efetivo Direito “do trabalho” focado na proteção efetiva e concreta de trabalhadores vulneráveis.¹⁰⁸

4. HERÓIS INVISÍVEIS: QUEM E O QUE SÃO OS HIPERSUFICIENTES?

Tendo em mente a necessidade de repensar os sujeitos da relação de trabalho e entendendo os problemas de sobre e sub inclusão inerentes à regra esse trabalho volta sua atenção ao empregado hipersuficiente e ao instituto da hipossuficiência. Pretende-se, nesse capítulo e nos seguintes, desmistificar a noção de que o hipersuficiente seria uma espécie de “devaneio neoliberal” e identificar exatamente qual é o fato social da hipersuficiência e da onde vêm a legitimidade para regular esses tipos de situações jurídicas.

Legalmente, o empregado é aquele que trabalha de forma pessoal, onerosa e jurídica mas representa, um domínio normativamente limitado (e, portanto, excludente) da realidade. É nesses pontos de “limitação excludente” (fora da moldura jurídica) que se encontram potenciais “falhas epistemológicas do direito” (no sentido de ele não estar adaptado para lidar com a realidade dos fatos) FACHIN,2002, p.37-43

¹⁰⁵ Certos contratos de trabalho autônomo (como os de “Colaboração Coordenada e Continuada” de representantes comerciais e de “Trabalho à projeto” de arquitetos prestadores) simplesmente ignoram qualquer critério de subordinação jurídica apesar de eivados de dependência econômica PEDREIRA,2007

¹⁰⁶ A terceirização, como um procedimento formal de intermediação de trabalho subordinado, conta com a aplicação da CLT (e com a presença de uma relação de emprego) porém, **somente de forma indireta**. Quem emprega os terceirizados não é a tomadora (que se beneficia de seus serviços) mas sim a empresa interposta que coordena a mão de obra e por ela se responsabiliza. MARTINS,1996, p.42-45

¹⁰⁷ Não o fazer é condenar o direito do trabalho a ter sua incidência cada vez mais diminuída LEITE, 2018, p.176

¹⁰⁸ Para uma proposta de aplicação da subordinação econômica nas relações de trabalho OLIVEIRA, 2015.

não eventual em um regime de subordinação jurídica.¹⁰⁹ Essa definição, porém, só começa a arranhar a crosta da pluralidade das relações trabalhistas¹¹⁰. A relação de emprego, como qualquer relação jurídica, é uma relação de poder.¹¹¹ Porém, se nos contratos “comuns”¹¹² as dinâmicas de poder permeiam relações entre “sujeitos” ou “empresários” dotados de igualdade formal, no contrato de trabalho a relação se dá, muitas vezes, não entre empregado e patrão mas entre trabalhador e empresa que, ao emprega-lo, o insere no interior de um todo orgânico institucional e normativo próprio de seu perfil corporativo¹¹³.

Estar dentro de uma empresa é estar inserido em uma estrutura de poder própria¹¹⁴ que seguirá o empregado para onde ele for durante seu cotidiano.¹¹⁵ A empresa influencia diretamente na vida e na saúde do trabalhador, boas relações na empresa costumam acarretar maiores índices de satisfação e, inclusive, produção.¹¹⁶ Problemas na empresa, por outro lado, podem trazer problemas à saúde do empregado¹¹⁷ e, conseqüentemente, à sua qualidade de vida dentro e fora da empresa¹¹⁸.

Essa influência indireta, porém, sempre presente, da empresa na vida pública e privada do empregado é reflexo de um instrumento próprio da sociedade moderna: o Bio-poder¹¹⁹. Na sociedade tecnológica contemporânea, onde informações sensíveis estão à distância de um clique, os mecanismos de controle empresarial sobre a vida de seus empregados nunca foram tão fortes. A empresa,

¹⁰⁹ Os 5 critérios da relação de emprego (pessoa física/prestar serviço de forma pessoal/não eventual/ onerosa e subordinada) estão presentes no art 3º da CLT “Considera-se empregado toda pessoa **física** que **prestar serviços** de natureza **não eventual** a empregador sob **dependência (subordinação)** deste e **mediante salário**” (grifei)

¹¹⁰ Como exemplo da amplitude da definição têm-se a síntese do Desembargador Linhares Renault “**Empregada é quem não faz o que quer (...)** é quem faz o que lhe é determinado por quem comanda a prestação”. (RO/00366-2007-025-03-00-3/TRT-3ªR/4ªTur.Rel. Luiz Otávio Linhares Renault. 26/04/2008)

¹¹¹ Toda relação jurídica é um complexo, de poderes e deveres jurídicos intersubjetivos. PERLINGIERI, 2007, p.116

¹¹² “Comuns” no sentido de serem regulados pela regra geral do código civil. BIZZELLI,2018, p.351 et seq.

¹¹³ O perfil corporativo é o “núcleo social organizado” (empresário/trabalhadores/etc) que estatui a empresa. Sobre o fenômeno econômico-social e poliédrico da “Empresa-Instituição” TEIXEIRA,2010, p.89et seq.

¹¹⁴ Sobre o caráter paraestatal “feudal” dos regulamentos empresariais. PACHUKANIS,1977, p.179 et seq.

¹¹⁵ Principalmente com as novas formas de “controle” à distância e por celular. DELGADO,2018, p.754-6

¹¹⁶ Já é lugar comum nas ciências econômicas a afirmação de que “investir na prevenção da saúde do trabalhador dá lucro” uma vez que “diminui custos e melhora qualidade e produtividade” DE MELLO,2008, p.61-2

¹¹⁷ Saúde e vida do trabalhador são objetos centrais do chamado “direito ambiental do trabalho” idem. p.26-9

¹¹⁸ Sobre os impactos do trabalho na vida familiar e vice versa. VEIGA,2018, p. 41.

¹¹⁹ O bio-poder é conceito que se refere ao controle social dos corpos. A empresa, ao controlar/monitorar o que seus empregados fazem em seu tempo livre está exercendo um biopoder. BARBOZA,2013, p.6-9

ao controlar as atividades de seu empregado, atua como braço (re)produtor do sistema capitalista reestruturando sua mente e corpo de modo a tornar possível o “cumprimento a qualquer custo” das demandas produtivas e expectativas institucionais em face do seu trabalho.¹²⁰

Nessa realidade de sujeição estrutural, uma leitura rasa pode indicar que a reforma trouxe algo impensável para o ambiente de trabalho. Como se da noite para o dia os incapazes tivessem se emancipado, surgindo vários “super-empregados” capazes de negociar frente a frente com seus empregadores sem precisar do, historicamente necessário, poder negocial dos sindicatos.¹²¹ Aqueles que até ontem eram subordinados e hipossuficientes parecem ter se tornado, com o raiar do dia¹²², semi-deuses cujos pactos individuais se equiparam aos acordos coletivos e preponderam às leis que antes lhes protegiam.¹²³

Apesar do aparente paradoxo e ironia dessa figura, a ideia de um “super empregado” oposto ao trabalhador hipossuficiente não é algo de impensável. Na verdade, como será visto, o “empregado hipersuficiente” não é nada além da mais nova forma de se lidar com um dos grandes problemas do critério de subordinação: sua sobre inclusão que protege quem ganha 100mil da mesma forma que quem ganha 1000¹²⁴.

Por anos, doutrina e jurisprudência trabalhistas discutiram quando e em que nível era necessária a aplicação da proteção CLTista aos empregados que possuem cargo ou função de chefia e/ou confiança na empresa¹²⁵. No contexto desses “altos empregados” os chamados “Empregados-Diretores” seriam aqueles que, a despeito de muitas vezes agirem como verdadeiros “Empregadores intermediários” coordenando os empregados “hierarquicamente inferiores” (com poder de seleção e demissão dentro da empresa), teriam, ao menos a princípio,

¹²⁰ É por conta dessa constante necessidade de se remodelar que o estresse no trabalho e as chamadas síndromes ocupacionais (como o Burnout) se revelam tão comuns no meio ambiente de trabalho. PRADO, 2016

¹²¹ Sobre o papel histórico dos sindicatos. LYCHOWSKI, 2007, p. 21 et seq.

¹²² Uma das principais discussões da reforma foi se ela seria aplicável a todos os contratos vigentes ou somente aqueles pactuados após a sua vigência. No fim, entendeu-se que a norma se aplicaria imediatamente, e trabalhadores que dormiram hipossuficientes de fato acordaram hipersuficientes. NOVAES, 2018, P. 53

¹²³ As estipulações individuais dos hipersuficiente são, para todos os efeitos legais, equivalentes às negociações coletivas sindicais permitindo-lhes a “livre disposição” de tudo que estiver expresso no art.611-a (Jornada de trabalho/intervalo intrajornada/grau de insalubridade /etc) e só lhes sendo expressamente vedado aquilo previsto no art.611-b como objetos ilícitos (seguro desemprego/indenização de fgts/salário mínimo/etc).

¹²⁴ Sobre a ineficiência do critério de subordinação jurídica vide capítulo III e DE CARVALHO, 2015

¹²⁵ Para uma análise da relação entre os “altos empregados” e os “cargos de confiança” MENEZES, 1999, p 1-4.

a mesma proteção trabalhista de seus subordinados.¹²⁶ Dentre essas figuras, o principal debate se inseria entre duas espécies diferentes de “empregado diretor”: o contratado externamente para entrar na diretoria (que, antes da contratação, nunca foi subordinado à empresa) e o empregado que se tornou diretor (que era, portanto, um trabalhador subordinado antes de ganhar acesso ao poder diretor)¹²⁷.

No caso do empregado eleito diretor, a questão, apesar de ter gerado amplo debate doutrinário¹²⁸ foi “pacificada” no enunciado 269 do TST.¹²⁹ A partir dessa súmula, duas são as situações possíveis: ou o empregado com o recém adquirido poder de direção comprova que manteve sua subordinação jurídica perante o empregador (mantendo com isso sua relação de emprego), ou o contrato será suspenso pelo período que durar seu mandato como diretor (pois a partir do momento que se tornou diretor deixou de responder ao antigo empregador).

No caso do diretor empregado não há também, a princípio, relação de emprego. De fato, *se o diretor é contratado pelo conselho empresarial para a função específica de **dirigir a empresa*** como um verdadeiro órgão representativo dotado de autonomia funcional e amplos poderes de gestão entre ele e a empresa não haveria, *a rigor*, qualquer subordinação.¹³⁰ A realidade prática, porém, se afasta das ficções jurídicas e não é tão incomum que diretores se subordinem direta ou indiretamente ao conselho contando, então, com a tutela trabalhista.¹³¹

Em ambos os casos a existência ou não do vínculo de trabalho dependerá da análise do caso concreto, mas a regra geral é a mesma: Não há relação de emprego a menos que se comprove a subordinação (até mesmo como reflexo da primazia da realidade)¹³². Como a base jurídica da relação de emprego é o elo “subordinação-poder diretor”, **presume-se** que aquele que detém o poder

¹²⁶ Para Leite, só em face de um administrador “dono do negócio” ou “acionista controlador” da empresa poderia ser afastada a “proteção celetária” (situação portanto, extremamente excepcional). LEITE, 2018, p. 207.

¹²⁷ DELGADO, 2018, p. 402

¹²⁸ Existiam 4 teses quanto aos efeitos do cargo diretor: 1) extinção contratual por incompatibilidade das funções 2) suspensão contratual pelo período do mandato 3) interrupção contratual por analogia com o ocupante de cargo de confiança e 4) permanência da relação jurídica DELGADO “Sujeitos(...)” 1997 p. 293-294

¹²⁹ Súmula nº 269 do TST: “O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso(...) salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego”. Ressalta-se, porém, que, existe quem, até hoje, defenda interpretação dissidente da súmula (vide LEITE, 2018, p. 207).

¹³⁰ ADAMEK, 2006, p. 10 et seq.

¹³¹ Na prática o diretor pode receber ordens diretas do conselho seja porque sua diretoria é importante para a empresa (e por isso seu trabalho é vigiado) seja porque realiza outras tarefas além da direção. MORAES, 2015

¹³² O princípio da primazia da realidade impõe a supremacia da real situação jurídica vivida pelas partes em uma relação trabalhista por sobre qualquer “*nomen iuris*” inventado pela letra do acordo. DELGADO, 2018, P.224-5

diretor não é subordinado **até que se prove o contrário e, assim, o vínculo de emprego do diretor é, sempre, uma exceção** analisada **in concreto**.¹³³

4.1 Entre Exceções e presunções jurídicas: A natureza Jurídica da hipersuficiência

Para os propósitos desse trabalho, regras são “uma relação entre um predicado fático (hipótese de incidência) e sua consequência normativa que é capaz de gerar um argumento de autoridade” (ou seja, uma razão para agir) quando incide em um caso concreto.¹³⁴ As exceções à aplicação de regras podem ser legais ou concretas. Exceções legais são regras gerais com *incidência específica* que limitam a eficácia de outras regras com as quais entram em conflito.¹³⁵ Exceções concretas, por sua vez, ocorrem sempre que, à luz das circunstâncias do caso concreto, são afastadas “consequências jurídicas indesejadas” pelos aplicadores.

Se a função normativa de uma exceção legal é afastar a aplicação da norma geral com a qual “disputa” sua incidência¹³⁶ as exceções concretas são um instrumento interpretativo que, tenta “corrigir” eventuais “lacunas” causadas, dentre outras razões, pelos problemas de sobre e sub inclusão das regras.¹³⁷ Sempre que regimes presumidamente “não CLTistas” (como os do diretor empresarial) ou “não protetivos” (como o do hipersuficiente) forem afastados pela análise concreta de elementos que fundamentam a aplicação de outros regimes mais protecionistas (como, mas não só, o trabalhista) se estará diante de uma exceção concreta.¹³⁸ É nesse âmbito de argumentação jurídica (que discute a aplicação de regimes jurídicos diversos a depender das circunstâncias do caso

¹³³ Essa “regra geral de não incidência da CLT” é observada em quase todas as “relações tipicamente não subordinadas” analisadas até agora (terceirização/trabalho autônomo/etc). Em todas essas situações aquilo que irá determinar o regime jurídico aplicável (civil ou trabalhista) será a análise concreta da subordinação.

¹³⁴ Nesse sentido SCHAUER, 2012 p.4-7

¹³⁵ Se existe uma regra que diz “o risco da evicção é do adquirente” e uma regra que diz “Contra o adquirente de boa fé não correm riscos” sempre que o adquirente estiver de boa-fé haverá uma exceção legal que afastará do mesmo a assunção de riscos que sobre ele incide como regra geral. STRUCHINER, 2006, P. 89-93

¹³⁶ Antinomias normativas em casos de exceção legal costumam ser “meramente aparentes” pois a norma em si têm a “função legal” de “excepcionar uma regra geral” sem torná-la, porém, inválida Idem 95

¹³⁷ Nos casos de sobre ou subinclusão costuma-se estar diante das chamadas “lacunas ontológicas” (ausência de resultado justo). Nos casos de “envelhecimento” normativo cabe falar de “lacunas ontológicas” (ausência de resultado adequado à realidade concreta) na doutrina trabalhista das lacunas, famosa é a tese de LEITE, 2007.

¹³⁸ Como a justiça trabalhista já têm uma regra própria para lidar com esse tipo de “exceções” (a “primazia da realidade”) pode parecer discutível até que ponto nesses casos existe uma “exceção” ao invés de simplesmente uma “aplicação direta da CLT”. O problema não será explorado aqui, porém, adianta-se que, se a concepção clássica de primazia da realidade é útil para lidar com “fraudes” ela é de pouca utilidade para lidar com “alterações na própria realidade” (Uber) e com diferenças concretas ENTRE empregados (hipersuficiente).

concreto) que é preciso tratar da hipersuficiência e de como ela pode (ou não) vir a ser utilizada no direito do trabalho.

De início, se a jurisprudência estabeleceu uma “presunção de não subordinação” (e, portanto, uma presunção de não incidência da CLT) para lidar com a sobreinclusão (proteção excessiva) dos alto empregados nada mais normal que, com os mesmos fins¹³⁹, possa a lei estabelecer uma presunção legal de “hipersuficiência” (com incidência mitigada da CLT)¹⁴⁰. Nesse sentido, a hipersuficiência seria uma exceção legal à regra geral da hipossuficiência trabalhista criada com o intuito de dar tratamento diferente a empregados diferentes.

Justamente por se tratar de uma diferenciação entre empregados que uma das condições jurídicas da hipersuficiência (além do dobro do RGPS e o Diploma) é a existência da subordinação jurídica típica da relação de emprego.¹⁴¹ A subordinação e tutela trabalhistas do hipersuficiente são juridicamente idênticas às do empregado normal em tudo menos naquilo que tange a autonomia privada de suas cláusulas contratuais. Não é, portanto, pela ocorrência concreta de uma nova forma de subordinação jurídica que se dá a diferenciação mas sim pela presença de características normativas específicas (qualificação técnica e econômica) que o legislador entendeu como suficientes para permitir ao hipersuficiente “um exercício menos restritivo (e protetivo) de sua autonomia negocial” comparado com o do hipossuficiente.¹⁴²

A lei, porém, ao criar uma “regra geral de hipersuficiência” para certos empregados específicos, não criou somente (mais) uma exceção legal à “presunção de hipossuficiência”. A norma impõe *uma terceira via* de tutela, um regime diferenciado de relação empregatícia com regulações próprias¹⁴³. Essa nova Categoria-Exceção dotada de consequências normativas próprias não só

¹³⁹ In casu, “isonomia” e “tratamento diferentes para aqueles que são de fato diferentes”

¹⁴⁰ Presunções legais são situações nas quais a lei, estabelece certos fatos como “verdadeiros até que se prove o contrário”. In casu, o hipersuficiente é hipersuficiente até que prove o contrário DINIZ, 1994, p. 92-106

¹⁴¹ Não existe “autônomo hipersuficiente” ou “colaborador hipersuficiente” mas sim o “empregado hipersuficiente” que permanece tutelado pela CLT ainda que de forma mitigada. NOVAES, 2018, p. 38 et seq.

¹⁴² A hipersuficiência é, assim, uma mitigação da regra geral (antes absoluta) de hipossuficiência nas relações de emprego que vedava qualquer pacto individual que acarretasse em “prejuízo do trabalhador” conforme o art 444 da clt **As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação** das partes interessadas **em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho(...)**(grifei)TAKANO,2018

¹⁴³ A nuance é interessante. Se antes ou você era empregado (e presumia-se hipossuficiente) ou você era autônomo (e, presumia-se hipersuficiente) com a hipersuficiência foi criado um regime jurídico diferenciado de regulação da autonomia da vontade dentro do próprio contrato de emprego. MIESSA,2017, p. 355-7

é sobre e sub inclusiva como qualquer regra¹⁴⁴ mas também disputa espaço normativo com a regra geral de proteção cuja eficácia pretende limitar.¹⁴⁵ A partir da disputa entre essas duas regras se faz possível identificar uma nova dialética em ebulição no interior da CLT. De um lado o discurso liberal clama pela aplicação consistente e literal da regra da hipersuficiência, de outro, o discurso social luta vorazmente para diminuir ao máximo qualquer campo de incidência da fonte.¹⁴⁶ Nessa batalha feroz entre discursos conflitantes cabe à doutrina e à jurisprudência a tarefa de pensar meios adequados para lidar com o instituto da hipersuficiência, ao menos até que as cortes superiores, acolhendo/formando uma tese jurídica nova (precedente)¹⁴⁷ delimitem a incidência e afastamento da regra geral da hipersuficiência por meio de um conjunto de exceções jurisprudenciais concretas.¹⁴⁸

Infelizmente, ao lidar com o empregado hipersuficiente em seus manuais, vários doutrinadores de renome têm se limitado a declarar uma “inconstitucionalidade intrínseca” ao instituto, sem qualquer tentativa crítica de pensar em meios adequados para compatibilizá-lo aos valores constitucionais que supostamente viola.¹⁴⁹ Essa abordagem “negacionista”, apesar de ter seus méritos políticos, é pouco prática quando tudo indica que, no mínimo, o empregado hipersuficiente, goste-se dele ou não, continuará existindo¹⁵⁰.

Pensa-se então, que uma doutrina verdadeiramente interessada em recuperar a função tutelar do direito do trabalho deveria, ao invés de esperar sentada por uma decisão do supremo, procurar meios concretos de harmonizar os

¹⁴⁴ A hipersuficiência é um instituto sobre inclusivo na medida que inclui diversos empregados que não são capazes de negociar frente a frente com seus empregadores (por possuírem cargos de alta oferta no mercado) e sub inclusivo na medida que, ao menos em si mesma, exclui todo um universo de empregados que têm capacidade de negociar com seu empregador, mas não possuem diploma (como astros de futebol milionários).

¹⁴⁵ Tanto a hipersuficiência quanto a hipossuficiência incidem sobre um mesmo sujeito: o empregado. A diferença é que, enquanto a hipersuficiência lida com um tipo específico de empregado (aquele que recebe 2 vezes do RGPS e têm diploma) a hipossuficiência é aplicada a todos (inclusive o hipersuficiente). Como as duas regras são de fato aplicáveis, em abstrato, a um mesmo empregado, existe *espaço normativo* para que um juiz, em circunstâncias excepcionais, afaste a aplicação da hipersuficiência e aplique a hipossuficiência em seu lugar.

¹⁴⁶ A hipersuficiência teve, como resposta, ódio generalizado por parte da doutrina. NOVAES, 2018, p.46

¹⁴⁷ Sobre o papel das teses jurídicas novas (precedentes) na uniformização jurisprudencial CRAMER, 2016,

¹⁴⁸ Em quais casos esse afastamento ocorrerá e qual interpretação os juízes lhes darão só o tempo dirá. Ressalte-se, porém, que, mesmo depois de “pacificado” o tema, a tendência é que o debate em si não se encerre.

¹⁴⁹ Para Godinho, a hipersuficiência é uma “regra de evidente discriminação entre empregados(...)afastada da matriz constitucional” para Leite “a canhestra figura do “empregado Hipersuficiente” (...) (é) de indubitosa inconstitucionalidade” DELGADO e DELGADO, 2018, p. 160 /LEITE, 2018, p. 162

¹⁵⁰ Das 26 ADINs que foram impetradas contra a reforma nenhuma delas versa sobre o trabalhador hipersuficiente e, de todas as julgadas até agora, nenhuma foi procedente FREITAS e RECONDO, 2018

dispositivos da reforma a luz dos dispositivos constitucionais vigentes¹⁵¹. Nessa missão hermenêutica, rapidamente se percebe que nas mesmas janelas onde se abrem espaços para a opressão podem ser criados critérios redentores para a emancipação e que mesmo as leis mais conservadoras podem ser objeto de um direito subversivo a depender do discurso normativo a partir delas propagado¹⁵².

5. UMA VERDADE INCONVENIENTE: A LEGITIMIDADE DA HIPERSUFICIÊNCIA

Após definir-se (conceitualmente) o hipersuficiente como: “Um empregado com menor restrição legal à autonomia negocial, por conta de sua qualificação técnica e econômica” e delimitar-se (descritivamente) sua natureza jurídica de “exceção legal à regra geral da hiposuficiência com regime jurídico próprio” serão tecidas, nesse capítulo, algumas considerações normativas introdutórias sobre os fundamentos jurídicos e políticos desse instituto polêmico.

Se o hipersuficiente não é nada menos que um empregado com “menos restrições jurídicas ao uso de sua autonomia privada” é importante não cair no argumento circular de que assim o é simplesmente “porque a lei diz”. O direito, de fato, não admite diferenciações arbitrárias.¹⁵³ O aumento legal de autonomia negocial como consequência jurídica da “hipersuficiência” só será constitucionalmente adequado se os elementos que dão base fática para a diferenciação (qualificação técnica e econômica) demonstrarem um nexo mínimo capaz de justificar a diferenciação do tratamento jurídico dado (maior autonomia negocial)¹⁵⁴.

O legislador, a partir de uma *diferença real* entre a qualificação técnica e as condições econômicas daqueles agora chamados de “hipersuficientes”, quando comparadas às mesmas condições daqueles agora tidos como “hipossuficientes”, passou a entender que o primeiro não precisa, ao menos a princípio, da mesma proteção endereçada ao segundo.¹⁵⁵ Assim, **reitera-se, o fundamento da**

¹⁵¹ Essa “sugestão” normativa é feita, obviamente, para a parte da doutrina que pensa que o direito do trabalho Brasileiro, como direito social, só consegue ser vivenciado da forma “certa” (ou seja, só cumpre seu papel social) se for lido e interpretado à luz dos valores sociais da constituição ao invés da mera exegese legal.

¹⁵² Ao interpretar o texto da reforma o intérprete pode tanto adotar uma postura conservadora de estrito legalismo quanto uma redentora que lhe flexibilize as molduras ao máximo. SOLON, 2017, p.93-4

¹⁵³ “O direito é o avesso da arbitrariedade” MITIDIERO, 2017, p.21

¹⁵⁴ Sobre os pressupostos básicos e o estatuto jurídico da isonomia. DE MELLO, 2008, p. 11.

¹⁵⁵ Se vai ou não vir a precisar é uma questão de análise concreta. A princípio, porém é importante ressaltar que, não é porque alguns hipersuficientes venham a precisar de proteção, que o instituto em si será inconstitucional.

hipersuficiência ***não se encontra na existência*** (ou não) **da autonomia** (simples consequência jurídica) **mas na presença dos requisitos** que o legislador julgou adequados para sustentar uma diferenciação isonômica de tratamento.¹⁵⁶

Se a hipersuficiência (como instituto em abstrato) é uma forma *potencialmente válida* de dar tratamento diferente aos desiguais, pois nem todos os empregados precisam do mesmo grau de proteção, **a discussão principal não está inserida na legitimidade política de um eventual empregado hipersuficiente** (novamente, baseada na própria sobre inclusão inerente à tutela trabalhista), **mas no mérito concreto dos critérios adotados pela lei.**¹⁵⁷ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, uma norma discriminatória é válida sempre que for capaz de harmonizar causas legítimas de discriminação com efeitos jurídicos adequados sem, com isso, violar a conformidade com os valores constitucionais.¹⁵⁸

“é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais(...) e a disparidade das disciplinas estabelecidas que determina a validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia (...) não faz sentido nenhum facultar aos obesos (e não aos magros) faltarem ao serviço para congresso religioso, porque, entre uma coisa e outra, não há qualquer nexos plausível”. Porém “não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais(...) é mister que este (nexo lógico) retrate concretamente um bem - e não um desvalor - absorvido no sistema normativo constitucional” (DE MELLO, 2008, 15-24)

A reforma adotou dois critérios para a hipersuficiência: o econômico (dobro do teto do regime geral de previdência social) e o técnico (ter diploma de nível superior)¹⁵⁹. De início, esses critérios são “causa legítima de diferenciação” (pois “salário” e “nível de qualificação” são características gerais partilhadas por todos os trabalhadores em maior ou menor grau), resta então saber se são guardam nexos lógicos com seus efeitos jurídicos (se ensejam algum poder negocial) e se são materialmente válidos (não violam valores constitucionais).

¹⁵⁶ O hipersuficiente não recebe o direito de pactuar cláusulas pois de fato as pactua, mas porque a lei espera que ele (e todos os inseridos em sua categoria) tenha uma aptidão mínima para pactuá-las (ou, ao menos, uma aptidão maior do que a de empregados comuns). É preciso diferenciar os requisitos da hipersuficiência (dobro do teto do RGPS e diploma) com a eventual eficácia e validade das cláusulas por ele pactuadas.

¹⁵⁷ O legislador pode e vai tratar os diferentes de forma diferente a questão é O QUE pode fundar um tratamento diferente, QUE consequências podem dele derivar e QUAIS seus limites. DE MELLO, 2008, p.9

¹⁵⁸ DE MELLO, 2008, p. 10-17

¹⁵⁹ Importante lembrar que existem dois tipos de empregado hipersuficiente: aquele que com a união dos dois critérios (diploma e salário) pactua acordos individuais com força de negociação coletiva (444-§ único) e aquele que, simplesmente por cumprir o critério econômico pode assinar cláusula compromissória de arbitragem (507-A), as nuances entre ambos mereceriam artigo próprio que aqui não poderia ser esmiuçado.

Não há qualquer indício científico de que um diploma (critério técnico) dê os poderes necessários para um empregado negociar cláusulas contratuais com seu patrão. Ainda assim, quem têm diploma possui também, à rigor, melhores condições de obter emprego, mesmo que para isso, se veja obrigado a renunciar a certos direitos.¹⁶⁰ Do mesmo modo, apesar de 12 mil reais (valor atual do critério econômico)¹⁶¹ ser um número artificial e, no mínimo, discutível para se colocar como “limite final à qualquer hipossuficiência” (sendo plenamente possível pensar em algumas hipóteses onde certos empregados “hipersuficientes só no papel” sejam concretamente vulneráveis e dependentes econômicos de seus empregadores) parece inegável que a busca por *algum* limite monetário à sobre inclusão da subordinação se apoia em dados objetivos atribuindo tratamento diferente para empregados diferentes.¹⁶²

Pode-se observar então que, não só as causas de diferenciação são legítimas, como, no mínimo, existe uma *correlação lógica* entre as causas de diferenciação (qualificação técnica e econômica) e os efeitos jurídicos do instituto (aumento do poder negocial).¹⁶³ Se a hipersuficiência passou pelo teste de legitimidade e adequação faltaria somente uma valoração constitucional dos critérios da hipersuficiência, que, por depender de uma explicação mais aprofundada, será deixada para o próximo capítulo.

Por agora, porém, importa perceber que o “empregado hipersuficiente da reforma trabalhista” é mais do que uma simples “desculpa neoliberal para explorar”. A hipersuficiência é reflexo histórico de décadas de sobreinclusão da tutela trabalhista que legitimaram uma verdadeira “nata” de empregados que, mesmo ganhando dezenas de vezes mais do que um empregado médio, usufruíam da mesma proteção trabalhista pela mera existência formal de

¹⁶⁰ Enquanto a média do desemprego brasileiro é de 13,1% a média para aqueles com diploma é de meros 6,6% seja porque diplomados são mais procurados, seja porque passaram a aceitar receber menos do que antigamente disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/diploma-universitario-blinda-trabalhadores-do-desemprego-na-crise-mas-renda-cai-22817126>>

¹⁶¹ O teto nacional do RGPS (regime geral da previdência nacional) é, desde janeiro de 2020 “R\$ 6.101,06”. Duas vezes isso, é rigorosamente R\$ 12.202,12. Disponível em <<http://www.previdencia.gov.br/2020/01/portaria-oficializa-reajuste-de-448-para-beneficios-acima-do-minimo-em-2020/>>

¹⁶² Conforme a exposição dos motivos da reforma, optou-se por dar tratamento diferente aos 2% de trabalhadores formais que ganhavam mais do que 11 mil, pois quem ganha 11 mil vive uma realidade muito diferente de quem ganha um misero salário mínimo (ainda que, evidentemente, não vivam a mesma realidade que altos executivos milionários dotados de poder diretor próprio). MARINHO, 2016 p. 51

¹⁶³ Existem, na doutrina, análises sérias que pugnam pela inconstitucionalidade da hipersuficiência até mesmo nos moldes da isonomia aqui trabalhados. Para uma defesa da inconstitucionalidade da hipersuficiência à luz do direito fundamental à igualdade e ao direito humano da não discriminação BALERA, 2019. P 458 et seq

uma relação de emprego¹⁶⁴. A justificação subjacente da hipersuficiência (sua razão política de ser) é, dessa forma, nada menos que o substrato material do princípio constitucional da isonomia: dar tratamento desigual (diferenciado) aos desiguais.¹⁶⁵

A hipersuficiência brasileira é uma resposta, talvez mal planejada, de determinados setores da economia à intervenção paternalista do Estado nas relações trabalhistas. A categoria de empregado hipersuficiente serve, dessa forma, como uma garantia aos empresários (e empregadores) de que o Estado Brasileiro não mais irá proteger hipossuficiências fictícias sem respaldo na realidade concreta. Tenta-se então limitar o grau de intervenção estatal diante de um novo tipo de contrato de trabalho que se presume paritário (sempre ressalvada a possibilidade de que, eventualmente, não o seja)¹⁶⁶. Postas as bases políticas e jurídicas desse instituto, resta delimitar de que forma esse novo “contrato de emprego hipersuficiente”, é (ou não) compatível com os valores constitucionais.

6. POR UMA APLICAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA HIPERSUFICIÊNCIA

Tendo em vista que: 1) toda regra é uma generalização reducionista que incide de forma “descuidada” (e insensível) sobre um conjunto genérico de casos abstratos formando resultados sobre e subinclusivos¹⁶⁷ e 2) a hipersuficiência foi criada com a função especial de afastar os resultados sobreinclusivos (excessivos) da proteção CLTista¹⁶⁸ nesse último capítulo pretende-se realizar uma proposta normativa daquilo que, na opinião do autor, parece representar *tanto a melhor leitura como a única leitura* (não inconstitucional) da hipersuficiência à luz da própria isonomia que pretende, ao menos em tese, representar.

Ainda que possua a função de corrigir a sobreinclusão de outras regras, a hiper- suficiência não escapa (e nem poderia escapar) da realidade sobre e sub

¹⁶⁴ Colocando em perspectiva, a OIT estimou que, em 2017, os 10% mais ricos da mão de obra empregada no Brasil concentravam 48,9% de todos os pagamentos. Se a desigualdade entre trabalhadores e empresa é brutal (e ainda precisa ser muito desenvolvida), a desigualdade entre empregados também não pode ser completamente desconsiderada na concepção de regimes jurídicos adequados. NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2019.

¹⁶⁵ Sobre o fundamento da isonomia DE MELLO, 2008, p.6 et seq.

¹⁶⁶ O princípio da proteção ao hipossuficiente, de fato, não deixou de existir. Simplesmente foi repensado para não atuar *imediatamente* em face desses que possuem uma presunção legal de hipersuficiência. BASTOS, 2010

¹⁶⁷ Sobre a sobre e sub inclusão Vide capítulo 3.

¹⁶⁸ Sobre a função da hipersuficiência Vide capítulo 4 e 5.

inclusiva das regras. Assim, haverá **situações sobre inclusivas** onde aqueles que “formalmente” se enquadram nos requisitos da hipersuficiência (“hipersuficientes no papel”) não serão de fato capazes de exercer uma autonomia negocial satisfatória e **situações subinclusivas** em que empregados, “formalmente hipossuficientes” podem, à luz do caso concreto, ser “hipersuficientes” (seja por alto poder de barganha ou por independência econômica)¹⁶⁹.

De fato, se é a isonomia (e não o poder negocial) que fundamenta a hipersuficiência duas conclusões devem ser reiteradas: 1) A existência jurídica da hipersuficiência (em cada caso concreto) não depende da presença de “poderes negociais de fato” mas sim da averiguação de seus requisitos legais (esses sim, que fundamentam o tratamento diferenciado em si) e 2) a constitucionalidade da hipersuficiência não pode ser abalada pelo simples fato dela, como toda regra, poder gerar eventuais injustiças.

Explorando a 1ª conclusão (pressupostos do instituto), é importante reiterar que o hipersuficiente **não é**, “o empregado que consegue, no mundo dos fatos, negociar com seu patrão em pé de igualdade”¹⁷⁰ mas sim “aquele que, por cumprir os requisitos qualificatórios previstos em lei, recebe uma menor ingerência estatal na pactuação de suas cláusulas contratuais”. É hipersuficiente *porque* ganha 12 mil e têm diploma e *não* porque pode, no caso concreto, negociar com o patrão, os **requisitos legais** são a **causa jurídica diferenciadora** da qual **o regime diferenciado de poder negocial é consequência** e não o contrário.¹⁷¹

Já em termos constitucionais (2ª conclusão), o fato *inafastável* (e esperado) de que nem todos os hipersuficientes (ou seja, nem todos aqueles abarcados pela regra) podem negociar “livremente” com seus empregadores não torna, por si só, a hipersuficiência em um instituto inconstitucional.¹⁷² O poder legislativo pode, sem qualquer violação a norma constitucional, restringir direitos fundamentais, desde que, com essa restrição, não inutilize o núcleo mínimo de proteção que aquele direito pretende tutelar.¹⁷³

¹⁶⁹ Um advogado, sócio de um bom escritório, que recebe milhões a títulos de honorários e dá aula por hobby possui bem menos pressões existenciais (e dependência econômica) perante a faculdade que lhe paga um salário mensal de 5mil reais do que um professor titular que ganha 20mil e têm que sustentar 3 filhos. Ainda assim, pela letra morta da lei, o 1º seria hipossuficiente enquanto o 2º seria hipersuficiente.

¹⁷⁰ Dentro de um conceito tão casuístico de “hipersuficiência” seria a doutrina obrigada a **negar proteção** a qualquer empregado que conseguisse concretamente negociar cláusulas contratuais com seus empregadores **ainda** que não cumprisse os requisitos formais da hipersuficiência. Situação de extrema insegurança.

¹⁷¹ Isso não quer dizer, porém, que a ele não assista qualquer proteção contratual (como será visto a seguir) e *sequer* que a causa jurídica diferenciadora sempre vai permitir a diferença. Somente que, diante dele, milita a *presunção de aplicação* de um regime contratual de autonomia diferenciado NEGREIROS, 2006 p.198 et seq.

¹⁷² Novamente, não existe regra capaz de escapar da eventual concretização de casos injustos.

¹⁷³ Sobre a inerente restringibilidade dos direitos fundamentais e a necessidade de proteger seu núcleo duro

Se não basta existirem eventuais injustiças, a questão passa ser analisar se o instituto é, como dizem certos autores, “o fim da função tutelar do Direito do Trabalho”.¹⁷⁴ Caso a hipersuficiência torne de fato inviável a permanência do Direito do Trabalho como sistema de proteção, então, ainda que tenha passado pelo teste de legitimidade e de causalidade, não passará pelo de constitucionalidade¹⁷⁵. Caso, porém, de um universo de inconstitucionalidades seja possível retirar **ao menos uma** interpretação que não torne a norma inconstitucional, a hipersuficiência deverá prosperar como *fattispecie* legislativa válida¹⁷⁶.

É importante (re)lembrar que os hipersuficientes são pontos fora da curva (2% dos empregados) não se limitando somente àqueles cuja remuneração é de 12 mil reais mas incluindo todo um universo de empregados ricos e bem cotados no mercado.¹⁷⁷ Não há, porém, como ignorar a existência de alguns empregados com salário acima de 12.000 que inegavelmente dependem de seus patrões e do seu emprego para a manutenção de sua subsistência. **Se tais casos forem a maioria** daqueles acobertados pela regra e, portanto, se os requisitos da regra da hipersuficiência não alterarem em nada o estado de sujeição do empregado, então talvez existam boas razões para pôr fim a ela (até por violação à própria isonomia que pretende promover)¹⁷⁸. Ainda assim, a despeito dos dizeres de certos doutrinadores e juízes mais alarmistas¹⁷⁹, no mínimo, nada parece indicar uma maior ou idêntica vulnerabilidade dos “hipersuficientes”. O ônus argumentativo de tal conclusão, quer pela *presunção de constitucionalidade das normas legais* quer pelas regras gerais da argumentação, parece, ao menos, ter sido levado aos defensores da inconstitucionalidade¹⁸⁰.

Ainda que a fonte normativa gere resultados sobreinclusivos (retirando

SARLET, 2018, p.383 et seq.

¹⁷⁴ DELGADO e DELGADO, 2017, p. 158

¹⁷⁵ Pois, aí sim, estaria violando direitos fundamentais de proteção ao trabalho.

¹⁷⁶ A inconstitucionalidade de uma norma não é algo trivial, sendo sempre preferível uma interpretação conforme ou um afastamento concreto a uma irremediável declaração de inconstitucionalidade. AVILLA, 2009 p.8

¹⁷⁷ Conforme tabela salarial do TEM, das 2584 profissões privadas registradas (excluindo cargos de diretoria, que já se presumem hipersuficientes) *nenhuma* têm piso ou média salarial acima de 11 mil reais e somente 25 têm **teto salarial** acima de 11 mil. Disponível em < <https://www.salario.com.br/estatisticas/profissoes-melhores-salarios-brasil/> > e < <https://www.salario.com.br/tabela-salarial/> >

¹⁷⁸ A isonomia não admite a “promoção de desigualdades abusivas”. Nesse sentido (de violação a própria isonomia) concluíram pela inconstitucionalidade DELGADO e DELGADO, 2017, p.160 e BALERA, 2019, p.462.

¹⁷⁹ Defendendo que os “hipersuficientes” são “até mais subordinados que os clássicos operários” DO VALE, 2017.

¹⁸⁰ Nesse ponto é saliente a regra geral da experiência “o ordinário se presume e o extraordinário se prova”. Parece no mínimo intuitivo que empregados com maiores salários sejam menos vulneráveis que empregados com menores salários. Assim, no pior dos casos, parece necessário admitir que a inconstitucionalidade do instituto não é uma questão óbvia, dependendo para isso, de uma coleta séria de dados.

proteção de quem precisa) tais resultados podem (e tendem à) ser resolvidos por meios menos institucionalmente gravosos do que a declaração de inconstitucionalidade¹⁸¹. De fato, não só não existe qualquer obstáculo a eventuais adaptações normativas e/ou tratamentos diferenciados que respeitem o espírito isonômico da regra, como existe ampla experiência jurisprudencial no tocante ao afastamento da sobre e sub inclusão de regras em certos “casos difíceis”.¹⁸² Em tais casos pontuais, os defensores da inconstitucionalidade são, inclusive, encorajados à mitigar os efeitos jurídicos da hipersuficiência, protegendo a pequena parcela de “hipersuficientes vulneráveis” de abusos e violações na *medida de sua necessidade*.¹⁸³

Se a própria autonomia da vontade, fonte lendária de todos os abusos, não se tornou inconstitucional, mas se funcionalizou conforme os valores constitucionais, não faz sentido declarar a inconstitucionalidade irremediável de um instituto que é mero veículo e parâmetro para a sua utilização.¹⁸⁴ Se o legislador optou por um enunciado e nele cabem interpretações constitucionalmente adequadas (como se pretende aqui demonstrar), o mesmo não pode ser completamente ignorado só porque o interprete não gosta do resultado (menos proteção ao trabalhador “hipersuficiente”) que ele indica mas deve ser pensado de forma crítica.¹⁸⁵

O código civil não protege tanto quanto a CLT. Disso não segue, porém, que sem a proteção trabalhista o hipersuficiente esteja “largado à própria sorte”. Não só é plenamente possível dar a hipersuficientes diferentes *tratamentos diversificados*

¹⁸¹ Sobre a primazia institucional da interpretação conforme a constituição em face da “crua” declaração de inconstitucionalidade (que ao menos privilegia o legislador). SARMENTO, 2016, p.457 e BONAVIDES, 2005, p.518

¹⁸² É comum que os tribunais, na sua complexa tarefa de aplicação do direito, tentem mitigar a sobre e subinclusão das regras em “casos moralmente difíceis” (ou seja, casos onde é difícil justificar a aplicação do sentido literal da regra). Se certas categorias específicas de hipersuficientes passarem a ser constantemente abusadas é possível, inclusive, que a norma seja declarada “inconstitucional” perante elas (inconstitucionalidade “in concreto”), sem, porém, prejudicar a aplicação da norma em todas as demais hipóteses (dotadas de constitucionalidade in abstrato). Sobre a inconstitucionalidade in concreto. LEITE, 2015, p.105 et seq.

¹⁸³ Não há espaço nesse trabalho para exaurir todas as possibilidades dessa proteção sistêmica. Porém, *não é impossível* (ainda que polemico) que, em face de diferentes *tipos de hipersuficiente*, surjam situações concretas onde sejam aplicáveis, até por *primazia da realidade*, regimes contratuais diferenciados de adesão (civil/ consumerista/comercial) ou “livre pactuação” (civil/trabalhista/comercial/constitucional/ etc.) conforme a **realidade contratual em mãos** (Se o contrato é adesivo ou negociado) e **os interesses concretos em jogo** (se são existenciais eivados de dependência econômica ou meramente patrimoniais com simples subordinação jurídica)

¹⁸⁴ Se existem meios constitucionalmente adequados para lidar com os abusos da “autonomia negocial” então, não há razão para tratar a hipersuficiência como um absurdo inconstitucional em todos os casos onde é cabível.

¹⁸⁵ Ainda que texto e norma não se confundam, não cabe ao judiciário ignorar completamente a opção política presente no enunciado normativo textual. AVILLA, 2009, p.9-11

conforme o **tipo de contrato** por eles pactuado (se é de adesão ou livre pactuação/ de gerência ou mera supervisão/etc.) como a pós-moderna teoria contratual têm apontado para um novo regime jurídico constitucional de proteção aos vulneráveis que *pode vir* a incluir *parte* dos chamados “hipersuficientes apenas no papel” a depender da **natureza dos interesses contratuais em jogo**: o regime dos contratos existenciais¹⁸⁶.

Por meio desse regime (baseado no chamado Paradigma protetivo¹⁸⁷) *tende-se* a priorizar a tutela aos interesses existenciais do trabalhador vulnerável em face dos interesses patrimoniais da empresa.¹⁸⁸ Assim, *sempre* que o “**hipersuficiente só no papel**” for **também concretamente vulnerável** poderá fazer jus à “*tutela necessária a manutenção de sua existência*” em face de cláusulas contratuais que *abusem da sua vulnerabilidade existencial*. Dessa forma, sempre que, no caso concreto, ficar comprovado que 1) o “hipersuficiente no papel” é, na verdade, “economicamente dependente de seu empregador” e que 2) essa dependência econômica levou a pactuações ou a práticas abusivas, o juiz trabalhista *deverá* dar tutela adequada aos interesses existenciais em jogo, anulando ou revisando às cláusulas e/ou práticas abusivas e estabelecendo a reparação integral dos danos quando cabível.¹⁸⁹

Percebe-se assim que o hipersuficiente não é (e nem poderia ser) dotado da “liberdade de morrer de fome” que era a autonomia da vontade clássica.¹⁹⁰ A autonomia permitida no ordenamento pátrio, não é aquela considerada como “um valor em si” mas uma que é *privada* (restrita) e exercida conforme os valores constitucionais.¹⁹¹ O fato do hipersuficiente ser um empregado não impede (e inclusive convida)¹⁹² à incidência dos princípios constitucionais da tutela das

¹⁸⁶ BIZELLI, 2018, p.332 et seq.

¹⁸⁷ Paradigma que incide em todos os contratos nos quais ficar comprovada a necessidade existencial (dependência econômica) de uma das partes com relação ao objeto pactuado. BIZELLI, 2015, p.91-2

¹⁸⁸ “Tende” a priorizar porque, no direito do trabalho, existem certas “situações limites” nas quais os “interesses existenciais de um” acabam atrapalhando os interesses existenciais do “todo”. DE GÓIS, 2010 p.131-9

¹⁸⁹ A tutela adequada à pessoa humana é sempre a que melhor protege seus interesses existenciais. Se será através de anulação/revisão de cláusulas ou reparação de danos só a prática dirá. TEPEDINO, 2016, p.18

¹⁹⁰ Para uma análise da autonomia privada clássica (ou autonomia da vontade) vide capítulo 2

¹⁹¹ PERLINGIERI, 2007, p. 275 et seq

¹⁹² Art.8§1 CLT “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”. Se o empregado têm seu próprio microsistema de proteção a ele não pode ser negada a “proteção geral dos vulneráveis” prevista na constituição que têm sido aplicada, inclusive, em contratos “cíveis” como de locação e consumo. NEGREIROS, 2006, p.443-51

relações existenciais¹⁹³ e do paradigma da essencialidade dos contratos¹⁹⁴ quando comprovada a sua vulnerabilidade econômica concreta¹⁹⁵.

É possível, porém, que em face dessas afirmações, um formalista contra-argumente, que, no caso específico do hipersuficiente, não há qualquer omissão normativa da CLT que possibilite a aplicação subsidiária do Código Civil ou de outros dispositivos normativos. Dentro dessa linha argumentativa, a CLT, ao regulamentar o hipersuficiente, já teria previsto um *regime específico* de **aplicação exclusiva dos elementos essenciais** (e não gerais) de validade dos negócios jurídicos que não abriria qualquer espaço para discussões sobre “tipos de hipersuficientes” e “vulnerabilidades concretas” deles¹⁹⁶. Esse argumento, apesar de se ater a interpretação clara e literal da CLT, infelizmente não pode ser acolhido.

De fato, é justamente nesse ponto específico (equiparação entre autonomia coletiva e autonomia individual) que a reforma cria uma ficção jurídica intragável a luz da constituição. Se todas as questões relativas ao hipersuficiente tratadas até o momento podem, em que pese entendimento contrário, receber uma interpretação constitucionalmente adequada à luz do princípio da isonomia (que é, afinal, a razão fundante do próprio instituto), um homem não pode magicamente se tornar uma organização sindical¹⁹⁷.

Se existe alguma interpretação constitucionalmente inconcebível é aquela que desumaniza o ser humano.¹⁹⁸ Impedir um empregado formalmente

¹⁹³ BASAN, 2017, p. 15-18

¹⁹⁴ Pelo paradigma da essencialidade, contratos devem ter maior ingerência estatal conforme o grau de “utilidade existencial” dos bens nele inseridos. Como o salário têm natureza alimentar, a maioria dos contratos de trabalho já é naturalmente tolhida pela essencialidade. É justamente nos contratos hipersuficientes que esse paradigma pode ter diferença prática através, por exemplo, da comprovação da essencialidade do salário na sua subsistência (indício direto de dependência econômica). NEGREIROS, 2006, p.459 et seq.

¹⁹⁵ A “vulnerabilidade econômica” aqui menciona não se confunde com a simples “disparidade de poder negocial” que, apesar de ser critério de vulnerabilidade no CDC. (MIRAGEM, 2018, p.138), no direito do trabalho é típica de qualquer relação dotada de subordinação jurídica. A “vulnerabilidade econômica” aqui defendida é uma “real dependência econômica” que precisa ser verificada (ou provada) à luz de cada caso concreto.

¹⁹⁶ Art. 8§3 “No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a justiça do trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico respeitando o disposto no Art. 104 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva” Art. 104 C.C “A validade do negócio jurídico requer: I-agente capaz II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável III-forma prescrita ou não defesa em lei”

¹⁹⁷ Para as diferenças entre autonomia individual e coletiva CARREIRA 2014, p.8-9

¹⁹⁸ Dignidade é um conceito amplo e vago, porém, mesmo dignidade possui um núcleo de certeza, desumanizar um sujeito e tratá-lo como um objeto, lhe deixando a própria sorte mesmo em situações extremas de miséria é inaceitável a luz do ordenamento brasileiro. SHECAIRA, 2012p. 139 e BODIN de MORAES, 2017p. 85

hipersuficiente (seja ele ou não concretamente vulnerável) de discutir lesões, abusos e vícios de consentimento em seu contrato de trabalho porque a lei lhe compara a um sindicato, não seria nada menos que negar a sua humanidade. Seria o equivalente a dizer: “Não é que você tenha recebido o poder negocial de um sindicato, na verdade, você se tornou um sindicato sem direitos humanos”.

O enfraquecimento da proteção no âmbito coletivo tem razão de ser que *transcende* o mero poder negocial das partes. De fato é justamente porque os acordos e convenções coletivas são dotados de dimensões socio-normativas (ou seja, regem vários empregados de empresas diferentes ou todos os empregados de uma mesma empresa) com o intuito de harmonizar as relações coletivas de capital e trabalho que o Estado, *em respeito a regulamentação para-estatal mais específica*, deixa de intervir de forma tão incisiva.¹⁹⁹

O hipersuficiente não é um sindicato de dimensões territoriais, mas uma pessoa. A autonomia coletiva é irreduzível a um único ser humano, sendo ela expressão de uma *coletividade* própria, de um universo normativo paraestatal que existe *justamente* para a construção *coletiva* de uma teia normativa adequada à realidade proletária.²⁰⁰ Condenar uma única pessoa a construir essas convenções (quase legislativas)²⁰¹ sozinha ao mesmo tempo que lhes nega o direito de revisá-las, seria retornar a época de completa abstinência estatal onde o contrato valia como lei para as partes independentemente dos danos por ele causados.

O contrato de trabalho é um instrumento enigmático que se constrói a partir de uma dialética de sujeição e afirmação. Se por um lado o sujeito coisifica seu trabalho humano (que se torna mercadoria) é justamente na capacidade de exercer e discutir a sua vontade que ele pode se afirmar como sujeito de direitos.²⁰² Negar o poder vinculante da vontade válida e a necessidade de que a vontade seja válida para que possa de fato vincular as partes seria, no caso do hipersuficiente, negar a própria razão constitucional do contrato, o condenando a voltar a ser um simples instrumento de exploração e escravidão da vontade.²⁰³

¹⁹⁹ BARROS, 1993, p. 645

²⁰⁰ Sobre o pluralismo das negociações coletivas DE GÓIS,2009, p. 6 et seq.

²⁰¹ Sobre a preponderância do caráter normativo (não contratual) das negociações SUSSEKIND,2002, p. 582

²⁰² Sobre fetichismo e coisificação na livre circulação de mercadorias PACHUKANIS ,1977, p. 145 et seq.

²⁰³ A despeito de haver quem defenda a “superação da vontade como paradigma contratual” (NALIM,2008,p.217) mesmo quem compactua com tal entendimento é forçados a admitir que a autonomia da vontade não foi extirpada do ordenamento jurídico(DE AZEVEDO,2004,p.146) mas *permaneceu* como um princípio que deve ser observado em conjunto com os demais realizando valores patrimoniais E existenciais. (BIZELLI,2018, p.288)

Se um eventual regime jurídico de análise exclusivamente objetiva dos elementos essenciais da vontade em face do hipersuficiente é absolutamente inconstitucional(o que **não se confunde** com a afirmação de que o princípio da intervenção mínima também o seja)²⁰⁴ importa entender que a incidência de outros regimes jurídicos (no lugar daquele reputado inconstitucional) **não se confunde** com o afastamento da regra da hipersuficiência, mas, pelo contrário é o início de sua necessária revitalização. Ser ou não hipersuficiente é uma simples questão de cumprimento de requisitos legais (salário de 12 mil e diploma). É na validade ou eficácia jurídica concreta da autonomia negocial (e, portanto, em um momento posterior a análise da hipersuficiência em si) que as maiores discussões e intervenções serão realizadas.²⁰⁵

Assim, enquanto todo o hipersuficiente deve necessariamente cumprir os dois requisitos formais (dobro do RGPS e Diploma) que constituem os pressupostos fáticos da hipersuficiência²⁰⁶ é possível que certos hipersuficientes (ou certas negociações de hipersuficientes)²⁰⁷ demonstrem *circunstâncias formais* (de tipo) ou *materiais* (de interesse) capazes de **atrair regimes jurídicos** específicos de análise contratual. Uma vez observadas essas circunstâncias e determinado o regime jurídico aplicável, passa-se então (como em qualquer relação contratual) a discutir a ausência (ou presença) de causas materiais “negativas”²⁰⁸ que, uma vez comprovadas dentro do processo, têm o condão de *afastar a validade e/ou eficácia de cláusulas* pactuadas pelo hipersuficiente mas **jamais** do próprio regime de hipersuficiência utilizado nessa mesma análise.²⁰⁹

Parece então necessário diferenciar os hipersuficientes não pela quantidade

²⁰⁴ “Mínima intervenção”, no entender do autor, parece implicar na *presunção de legalidade* dos atos pactuados ainda que eles causem prejuízo ao empregado (situação oposta à prevista no 468 da CLT). Lida nesses moldes, a “intervenção mínima” não parece ser inconstitucional embora deva ser vista com certas precauções, talvez não tanto como uma regra, mas como um standard hermenêutico ou guia heurístico na análise do regime jurídico a ser aplicado no contrato do hipersuficiente. Sobre a relação entre regras e standards ver SCHAUER,2001.

²⁰⁵ Verificada a existência da hipersuficiência será então preciso verificar a conformidade das pactuações do hipersuficiente com os requisitos de validade e eficácia dos negócios jurídicos e, para isso será preciso saber QUAL REGIME de validade e eficácia dos negócios jurídicos será aplicável ao hipersuficiente (se de adesão civil/pactuação trabalhista/etc). BIZELLI,2018, p.47-48

²⁰⁶ Para uma análise sobre o plano da existência dos fatos jurídicos DE MELLO,2012.

²⁰⁷ Nada impede que um hipersuficiente que, de início, tenha negociado suas cláusulas contratuais se depare, no decorrer de seu contrato, com um “plano de adesão” que clamará pelo regime dos contratos de adesão.

²⁰⁸ “Negativas” no sentido de que, caso presentes, afastarão validade ou eficácia das cláusulas.

²⁰⁹ Se, a partir de um “regime hipersuficiente de adesão” (ou seja, um contrato de hipersuficiente feito sem qualquer ingerência do empregado), o juiz detectar uma cláusula que repute abusiva, não deve ele, concluir pelo “afastamento da hipersuficiência” mas, simplesmente, pelo afastamento da cláusula.

concreta de autonomia negocial que eles possuem, mas pela *qualificação* do regime contratual no qual estão inseridos (este sim que irá balizar o tratamento jurídico dado a sua vontade). *Interessante falar então não “do” hipersuficiente, mas de “tipos de hipersuficiente”* (ou negociações de hipersuficientes”) com seus respectivos regimes particulares de análise da validade/eficácia de suas declarações de vontade, a depender da realidade contratual vigente.

Dentre esses importa discutir dois *tipos diferentemente sobreinclusivos* de hiper-suficiente: 1) aquele que, a despeito de “formalmente hipersuficiente”, é economicamente dependente e, portanto, concretamente vulnerável em face do empregador e 2) aquele que não têm, no mundo dos fatos, o poder negocial que deveria ter como consequência de sua hipersuficiência (e por isso, restringe ou renúncia a certos direitos que normalmente teria).

No primeiro caso existe uma diferença **qualitativa** entre os interesses em jogo. Como o contrato de trabalho do hipersuficiente age como um verdadeiro contrato existencial (havendo nele, necessidades existenciais intrínsecas à subsistência do empregado) sobre ele incidirá não o “princípio da mínima intervenção nas relações coletivas”, mas o paradigma protetivo da tutela das relações existenciais²¹⁰. Interpretação contrária seria, novamente, negar ao hipersuficiente o mínimo de tutela que é garantido a qualquer pessoa humana dentro do ordenamento jurídico (mesmo diante de contratos civis), isso sim, uma *verdadeira inversão inconstitucional* do regime de proteção humana para o da exploração humana.²¹¹

Uma vez **comprovada** (jamais presumida) a dependência econômica será preciso analisar se as cláusulas contratuais pactuadas pelo hipersuficiente (“negociações hipersuficientes”) são abusivas à luz da proteção constitucional da pessoa humana²¹². Percebe-se, dessa forma, que *ainda que o hipersuficiente seja concretamente vulnerável* (economicamente dependente) não deixará de ser “formalmente hipersuficiente” (e, portanto, não será impossibilitado de realizar

²¹⁰ Também conhecida como “a tutela geral da pessoa humana” BARBOSA, 2009, p. 111-112

²¹¹ “A condição de trabalhador não afasta do empregado os direitos e garantias individuais” previstos no artigo 5 ainda que na tutela trabalhista se privilegie os artigos 6º e 7º da constituição CARREIRA, 2014, p. 10

²¹² Definir “ser abusivo à luz da proteção constitucional da pessoa humana” e quais normas são de fato aplicáveis para balizar tais situações (se civilistas/consumeristas ou cltistas) é trabalho que exigiria estudo próprio, porém, exemplos *possíveis* de abusividade seriam pactuações que suprimem direitos não expressamente previstos no artigo 611-A ou supressões totais de direitos sem qualquer contraprestação (duas situações que por previsão expressa dos §1 e §2 do 611-a não seriam abusivas caso o hipersuficiente fosse economicamente independente).

pactuações individuais ainda que *in pejus*). A diferença entre esses dois “tipos de hipersuficiente” (vulnerável e não vulnerável) se dá em termos de um **maior grau de intervenção judicial**, em face da relação jurídica existencial do primeiro que anulará ou revisará tudo aquilo que constar como lesivo e reparará (inclusive através de indenizações) tudo aquilo que, sendo abusivo, lhe causar danos.²¹³

Já no segundo caso, onde a “Hipossuficiência” indica simplesmente que o poder negocial não foi exercido de forma plena (seja por se tratar de contrato de adesão ou por haverem diferenças reais de poder negocial), como as diferenças entre regimes (de adesão /negociado/etc) serão sempre de “tipo formal” e não de “interesse”, aplicam-se, como se aplicaríamos em qualquer relação civil, as regras gerais do código E do tipo²¹⁴. Assim, os hipersuficientes que não são concretamente vulneráveis (idealmente, a maioria²¹⁵) não gozarão das “proteções restritivas a autonomia privada” disponíveis na CLT²¹⁶, mas somente das proteções gerais do código civil (e, eventuais leis específicas) que limitam a análise de validade e eficácia das cláusulas contratuais à verificação de vícios sociais (violação da boa-fé/função social/etc) ou de vontade (Lesão civil/Estado de Necessidade/etc).

Conclui-se então que: 1) O hipersuficiente, como o empregado que é, não é desprovido de tutela CLTista, recebendo proteção de todos os dispositivos que não estejam no escopo de sua autonomia negocial²¹⁷ 2) Sempre que o hipersuficiente for concretamente **vulnerável** (dependendo economicamente de seu empregador) poderá fazer jus a tutela geral da pessoa humana nos negócios existenciais (que afastará o princípio da intervenção mínima nas relações privadas para dar espaço ao princípio da proteção aos vulneráveis) e 3) Em todas as demais situações não poderá, porém, contar com a proteção contratual CLTista **ainda**

²¹³ Se para essas indenizações contratuais é preciso haver dolo/culpa ou basta o nexo causal entre conduta do empregador e danos seria preciso uma discussão mais aprofundada. A princípio, porém, danos morais causados por pactuações abusivas podem ensejar responsabilização objetiva. DE MORAES, 2017, p. 155 et seq.

²¹⁴ Sendo assim possível falar em “negociações hipersuficiente de adesão”, ou negociações hipersuficientes “aleatórias” (caso, seja pactuada, participação nos lucros da empresa com alíquota variável) entre outras.

²¹⁵ Novamente, a vulnerabilidade econômica (dependência econômica) não se confunde com a mera importância do emprego (presente em todas as relações trabalhistas em uma sociedade capitalista). É necessário que o hipersuficiente *dependa* do emprego para a subsistência e/ou vida digna próprias ou de sua família.

²¹⁶ Como a vedação a estipulações individuais violadoras de normas protetivas (444) e às já mencionadas alterações que resultem em “prejuízos ao empregado” (468).

²¹⁷ Dessa forma os direitos oriundos de seu contrato subsistem em casos de transferência (448) e falência societária (449) seus créditos são privilegiados em concurso de credores (449§1) e são como os de qualquer trabalhador em tudo que não for expressamente diferenciado pelo contrato.

que lhe faltem “igualdade de condições” (sob pena de tornar inócuo o regime da hipersuficiência) restando porém, sempre aberta a possibilidade de discutir suas cláusulas contratuais à luz das regras gerais do Código Civil e, quando cabíveis, dos tipos contratuais específicos.

A partir dessa linha de raciocínio fica comprovado que a regra da hipersuficiência não é necessariamente inconstitucional (ainda que o regime jurídico de equiparação da pactuação individual à coletiva o seja). Em apertada síntese, será inconstitucional toda interpretação do parágrafo único do 444 que, a pretexto de uma suposta “falta de omissão” do regime jurídico literal, negar tratamento diferenciado aos diferentes tipos de hipersuficientes e **poderá** ser constitucional qualquer interpretação que, atenta às nuances da isonomia, tente dar tratamento constitucionalmente adequado aos diferentes tipos de hipersuficientes.²¹⁸

Finalmente, importa lembrar que, nada impede que **a própria hipersuficiência** venha a ser afastada quando (e se) gerar casos “particularmente exigentes” ou “moralmente difíceis”²¹⁹. Se, no futuro, houver um caso tão injusto que a aplicação da hipersuficiência seja inaceitável e tão específico que não possa ser resolvido pelos instrumentos gerais do regime existencial, haverá ao interprete a opção especialíssima de afastar a regra da hipersuficiência e concretizar a tutela trabalhista plena trazendo ao hipersuficiente a proteção sindical.²²⁰

CONCLUSÃO

Tratou-se aqui da difícil tarefa de lidar com temas moralmente abertos como “Autonomia” “dependência” e dignidade”. Justamente pelo fato do direito ser um campo aberto de escolhas políticas, defendeu-se a possibilidade de, para uma mesma questão, muitas vezes existirem respostas opostas, o que não quer dizer que não existam respostas mais adequadas ou meios mais adequados de fundamentar a opção por uma resposta.

²¹⁸ De certa forma, realizou-se aqui tanto uma interpretação conforme à constituição (defendendo uma moldura na qual a hipersuficiência é constitucional) quanto uma “nulidade parcial sem redução de texto” (indicando que tipo de molduras são inconstitucionais). Sobre as diferenças entre esses dois métodos. STRECK, 2018, p.257-9

²¹⁹ Não importa se você é um formalista moderado/valorativo ou adere a algum dos diversos particularismos sensíveis às regras possíveis, para as teorias contemporâneas parece ser consenso que, em algum momento, o direito pode gerar um resultado tão injusto que a regra pode ser afastada. STRUCHINER, 2006, p.172-173

²²⁰ Não cabe a esse trabalho estipular que tipo de caso seria esse, mas um exemplo abstrato seria uma situação na qual, um hipersuficiente perde arbitrariamente um direito presente em acordo coletivo que seria fundamental para sua dignidade ou da sua família (eg: um direito a bolsa para filhos de professor)

Entende-se que, o empregado hipersuficiente é um sinal. Um signo de que o direito do trabalho está se remodelando para pensar na dependência econômica como um fator central no merecimento de tutela trabalhista. Se o trabalhador que “ganha bem” e é “bem cotado no mercado” deixa de ser “hipossuficiente” é justamente porque o direito do trabalho volta a olhar para a “sujeição econômica” do trabalhador ao invés de se limitar a proteção artificial e paternalista da relação jurídica formal de emprego.

Como demonstrado no texto, não é porque o hipersuficiente tem proteção limitada a sua autonomia que deve ser um empregado abandonado a própria sorte. Se no caso concreto for averiguada vulnerabilidade concreta e/ou dependência econômica do “hipersuficiente” em face do seu empregador nada impede que ele receba a tutela geral (não trabalhista) da pessoa humana. Se por outro lado precisar de uma tutela extremamente específica vinda de acordos e convenções coletivas para manter sua existência, poderá o juiz, se convencido de que o caso é particularmente exigente, afastar a regra de modo excepcional para que, naquele caso específico sejam aplicadas as normas sindicais em tese inaplicáveis ao hipersuficiente.

É justamente porque a hipersuficiência não é uma simples “ficção neoliberal”, mas uma forma legítima de lidar com o “excesso concreto” da tutela trabalhista, que qualquer tratamento constitucionalmente adequado que seja dado ao empregado “hipersuficiente” deve levar em conta a isonomia e as particularidades de cada caso concreto. Assim, mesmo aos “mais hipersuficientes” não pode ser negado o direito humano de rever eventuais cláusulas contratuais tomadas por vícios de consentimento ou má fé.

É assim que, aproveitando esse “sinal” do hipersuficiente, convida-se a doutrina e jurisprudência a trabalharem de modo sério na revisão constitucional dos demais dispositivos da reforma. É só desse modo, e não através de negações acríicas, que de fato será possível combater ou pelo menos “domesticar” (no sentido de harmonizar) o discurso Neoliberal hegemônico aos preceitos constitucionais e à função tutelar do direito do trabalho.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Viera von “Responsabilidade civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas”, USP, São Paulo, 2006

- ALCHOURRÓN Carlo E/BULYGIN, Eugenio "Normative System" LEP, Springer-Verlag Wien, New York, 1971.
- ÁVILA, Humberto "Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos", 18ª ed. Ver e atual – São Paulo, Editora Malheiros, 2018
- AVILA, Humberto ""Neoconstitucionalismo": Entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência"" in Revista Eletrônica de Direito do Estado, N.17- Janeiro/fevereiro/março de 2009, Bahia, IBDP, 2009
- AZEVEDO, Flavio Alexandre Luciano de "Subordinação e parassubordinação: a proteção dos direitos fundamentais sociais nas relações de trabalho contemporâneas", Sergipe, UFS, 2016
- BALERA, Wagner, FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e OOSTERBEEK, Luiz "O Empregado Hipersuficiente sob a perspectiva do Direito Fundamental da Igualdade e Da Convenção 111 da OIT", Anais do V Congresso Luso-Brasileiro de Direitos Humanos na Sociedade da Informação 54441Vol.03, nº26, Curitiba,2018. Pp.452-475
- BALLARD, Jeffrey Brand "Devem os juizes considerar argumentos morais?" in Noel Struchiner e Rodrigo de Souza Tavares (Org) "Novas Fronteiras da Teoria do Direito: Da Filosofia Moral à Psicologia Experimental" Rio de Janeiro, Editora Puc-Rio e POD editora, 2014.
- BARBOZA, Heloisa Helena "Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos" in Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira (org) "Cuidado e Vulnerabilidade", São Paulo, Editora Atlas,2009 p-106-118
- BARBOZA, Heloisa Helena "A Pessoa na Era da Biopolítica: Autonomia, Corpo E Subjetividade" in Cadernos IHU ideias, ano 11, nº 194.Rio Grande do Sul, Institutos humanistas Ensinos, 2013
- BARBOZA, Heloisa Helena "Bioética e Biodireito: Insuficiência dos Conceitos Jurídicos". In: Heloisa Helena Barboza; Vicente Barreto. (Org.). Temas de Bioética e Biodireito. 1ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 1, p. 1-40.
- BARROS, Alice Monteiro "Noções de Direito Sindical" in "Curso do Direito do Trabalho Estudos em Memória de Célio Goyatá: Volume ii" São Paulo: Editora LTr, 1993.
- BARROSO, Luiz Roberto "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil"; 2005 disponível em < http://www.luizrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em 13.Dez. 2018
- BASTOS, Frederico Silva "O principio de proteção ao hipossuficiente, o principio da busca da verdade real e o dever de imparcialidade do juiz na justiça do trabalho", Lex Magister,2010 disponível em < http://www.lex.com.br/doutrina_O_principio_de_protECAo_ao_hipossuficiente_o_principio_da_busca_da_verdade_real_e_o_dever_de_imparcialidade_do_juiz_na_justica_do_trabalho.aspx acesso 03.Dez.2019
- BASAN, Arthur Pinheiro "O contrato existencial: análise de decisão judicial que assegura a sua aplicação" AP Basan - Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil, Ed.1, vol.7, 2017

A Hipersuficiência Aplicada: por uma leitura constitucionalmente adequada do parágrafo único do artigo 444 da CLT

- BIZELLI, Rafael Ferreira “Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais” Revista Brasileira de Direito Civil, v. 6, p. 69-94, 2015
- BIZELLI, Rafael Ferreira “Contrato Existencial: Evolução dos modelos contratuais”, Editora Lumen Juris, RJ,2018
- BODIN de MORAES, Maria Celina Bodin “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”,[S.I.],[s.n.] [1991], disponível em: <[http://www.olibat.com.br/documentos/Direito%20Civil%20Constitucional%20Maria%20Celina .pdf](http://www.olibat.com.br/documentos/Direito%20Civil%20Constitucional%20Maria%20Celina.pdf)> Acesso em 21.Outubro.2019
- BODIN DE MORAES, Maria Celina Bodin “Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais”, Rio de Janeiro, Editora Processo, 2ª Ed. 2017
- BONAVIDES, Paulo “Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional”, 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001
- BONAVIDES, Paulo “Curso de Direito Constitucional”, 16ªed. São Paulo, Malheiros,2005
- CANÇADO, Andrea Aparecida Lopes “O contrato de trabalho do século xxi e o esquecido principio da fraternidade”, 2009 disponível em <<https://jus.com.br/artigos/12462/o-contrato-de-trabalho-do-seculo-xxi-e-o-esquecido-principio-da-fraternidade> > visitado em 10/08/2019
- CARDOSO, Vladimir Mucury. Revisão Contratual e Lesão: à luz do código civil de 2002 e da Constituição da República. 1. ed. Rio de janeiro: Renovar, 2008
- CARNELUTTI, Francesco “Usucapion de la propiedad Industrial:Naturaleza Jurídica de los Consorcios industriales” traducion: Francsico Apodaca y Osuna, México, Editorial Porrua, 1945
- CARREIRA, Cristiane de Mattos “Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho: o direito do trabalhador cidadão”, Revista de Direito do Trabalho vol.159/2014 p.55- Set/2014
- CITTADINO, Gisele “Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea”, 4ª. Ed. Rio De Janeiro, Lumen Juris, 2013.
- COELHO, Fabio Ulhoa Curso de direito comercial volume 1, 6ª, São Paulo, Saraiva, 2002
- COMPARATO, Fabio Konder “A função social do jurista no Brasil contemporâneo”, Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, N.86, 130-143, 1991
- CORREIA, Henrique “Direito do Trabalho para os concurso de analistas do TRT e MPU” 10ªed, Editora Justpodivm, Bahia, 2017
- CORTIANO, Junior Eroulths “O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas (uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade)”, Rio de Janeiro, Renovar,2002
- CRAMER, Ronaldo “Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica” 1ªed. Rio de Janeiro, Forense, 2016
- DA ROCHA, Silvio Luís Ferreira “Contratos de Adesão e Cláusulas Abusivas. In: Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni. (Org.). Teoria Geral dos Contratos. São Paulo, 2011, v. p.352-361

- DE SILVA, Maria Regina Chuari "A sustentação Psicológica da Relação Subordinada" in (org) Arion Sayão Romita, Mara Regina Chuari da Silva, Aloysio Santos, Julio Cesar do Prado Leite "CLT 50 anos" Rio de Janeiro, Petrobrás,1993 pp 67-81
- DE AZEVEDO Antônio Junqueira "A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana" in (org) Antônio Junqueira de Azevedo "Estudos e pareceres de Direito Privado, São Paulo, Saraiva, 2004 pp 3-24
- DE AZEVEDO, Antônio Junqueira "(PARECER) Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do Mercado. Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento. Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual" in (org) Antônio Junqueira de Azevedo "Estudos e pareceres de Direito Privado, São Paulo, Saraiva, 2004 pp 137-147
- DE AZEVEDO, Pedro Pontes. Vulnerabilidade e abusividade nos contratos civis e de consumo. Âmbito Jurídico, v. 90, p. 1-1, 2011
- DE BARROS, Alice Monteiro "Poder hierárquico do trabalhador-Poder Diretivo. In (org.): Alice Monteiro de Barros. (Org.). Curso de Direito do Trabalho - Estudos em memória de Célio Goyatá. 3ed.São Paulo: LTr, 1997, v. 1, p
- DE CARVALHO, Gilmar Bruno Ribeiro "Parassubordinação: defesa de uma nova categoria jurídica" disponível em< <https://jus.com.br/artigos/50345/parassubordinacao-defesa-de-uma-nova-categoria-juridica/5>>
- DE CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros "Notas sobre a teoria tríplice da autonomia, paternalismo e direito de não saber na legalidade constitucional" in Direito civil: Estudos coletânea do xv encontro dos grupos de pesquisa- IBDCIVIL. Rio de Janeiro, 2018 p. 143-172
- DE GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras "Princípios Da Negociação Coletiva De Trabalho" in Revista IOB: trabalhista e previdenciária v.20, n.238, abr.,2009, São Paulo, IOB Thomson, 2009 p.49-71
- DE GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras "A caminho de um direito trabalhista constitucional SP, LTR,2010
- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira "O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade", 3ªed. SP, Malheiros,2008
- DE MELLO, Marcos Bernardes "Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência", 18ªed. São Paulo, Saraiva,2012
- DE MELLO, Marcos Bernardes "Teoria do Fato Jurídico: Plano de Validade"12ª, São Paulo, Saraiva, 2013
- DE OLIVEIRA, Carlos Roberto "Interpretação Das Normas De Direito do Trabalho" in (org) Nelson Mannrich "Reforma Trabalhista Reflexões e Críticas", São Paulo, LTR, 2018. Pp 215-222
- DEGAN, Guilherme "Evolução histórica do direito do trabalho no mundo e no Brasil" disponível em <<https://lucui7.jusbrasil.com.br/artigos/312230897/evolucao-historica-do-direito-do-trabalho-no-mundo-e-no-brasil>> acesso em 30. Ago.2019

A Hipersuficiência Aplicada: por uma leitura constitucionalmente adequada do parágrafo único do artigo 444 da CLT

- DELGADO, Mauricio Godinho “relação de trabalho e contrato de emprego” In: Alice Monteiro de Barros. (Org.). Curso de Direito do Trabalho - Estudos em memória de Célio Goyatá. 3ed.São Paulo: LTr, 1997, v. 1, p
- DELGADO, Mauricio Godinho “Curso de direito do trabalho” 17ª Ed. São Paulo: LTR, 2018
- DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves,2018, “A Reforma Trabalhista no Brasil: Com Comentários à Lei n. 13.467/2017”, São Paulo, LTR, 2017
- DIDIER JR. Fredie “Curso de direito processual civil vol i” 20ª ed. Bahia Editora Juspodivm, 2018.
- DINIZ, Maria Helena “Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada”, São Paulo, Saraiva,1994
- DO PRADO, Elaine Ribeiro “Trabalho Inovador no Direito do Trabalho”, São Paulo, Mackenzie, 2007
- FACHIN, Luiz Edson “Teoria Crítica Do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro” 2ªed. Rio de janeiro, Renovar, 2003
- FRAGA, Ricardo Carvalho/BIAVASCHI, Magda Barros “Relações de Trabalho em Tempo de Cólera” Coletânea Doutrinária, Editora Plenum out,1999
- FREITAS, Claudio Victor de Castro “Reforma trabalhista e a relativização da proteção no Direito individual: a emergência do princípio da compensação da posição debitória complexa das partes. JOTA, v. 2, p. 1-5, 2018.
- FREITAS, Hyndara “Um ano após entrar em vigor, reforma trabalhista é alvo de questionamentos no STF” <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/um-ano-apos-entrar-em-vigor-reforma-trabalhista-e-alvo-de-questionamentos-no-stf-11112018>>
- GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson “Curso de Direito do Trabalho” 16ªed. Rev. por José Augusto Pinto Rodrigues, Rio De janeiro, Forense,2003.
- HART, H. L. A “O Conceito de Direito” 5ª Ed. Tradução: MENDES, A. Ribeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian: Universidade de Lisboa, 2007
- HANNIKAINEN, Ivar e STRUCHINER, Noel “A insustentável leveza do ser: sobre o arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental” Rio de Janeiro, Civilistica, a.5. n.1. 2016, disponível em < [http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/ Struchiner-e-Hannikainen-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf](http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Struchiner-e-Hannikainen-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf)> Acesso em 25. Mai. 2019
- HEILBRONER, Robert L. “A formação da Sociedade econômica” tradução: Ivo barroso 3ªed. Zahar, RJ, 1974
- KONDER, C. N. Distingções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. In: Anderson Schreiber; Carlos Nelson Konder. (Org.). Direito Civil Constitucional. 1 ed.São Paulo: Atlas, 2016, v. 1, p. 25-45.

- LEITE, Carlos Henrique Bezerra "As recentes reformas do CPC e as Lacunas Ontológicas e Axiológicas do Processo do Trabalho: Necessidade de Heterointegração do Sistema Processual Não-Penal Brasileiro";s/e, s/l,2007 disponível em < <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/2276>> acesso em 20/04/2020
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra "Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego" RBDC n. 17 – jan./jun. 2011 p. 33-45
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra "Curso de Direito do Trabalho" 8ªed. -São Paulo: Saraiva, 2018
- LEITE, Fabio Carvalho "Controle de Constitucionalidade, aspectos controvertidos" Curitiba, Juruá, 2015
- LYCHOWSKI, Rodrigo "Questões controvertidas de Direito Coletivo do trabalho" 1ªed. RJ, Gramma,2007
- MARINHO, Rogerio e VILELA, Daniel "Comissão especial Destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº6.787, de 2016 do poder executivo, que "altera o decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - consolidação das leis do trabalho, e a lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências" disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>
- MARQUES, Rosa Maria "A Proteção Social e o Mundo do Trabalho" São Paulo, Bional, 1997
- MARTINS-COSTA, Judith "Contratos. Conceito e evolução. In: Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni. (Org.). Teoria Geral dos Contratos. 1ed.São Paulo: Atlas, 2011, p. 23-66
- MARTINS, Sergio Pinto "Breve histórico a respeito do trabalho", Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.95, São Paulo, 2000, p.167-176
- MARTINS, Sergio Pinto "A Terceirização e o Direito do Trabalho" 2ªed., São Paulo, Malheiros,1996
- MAUS, Ingeborg "Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã" tradução: ALBUQUERQUE, Paulo e LIMA, Martonio, 2016
- MELLO, Raimundo Simão de "Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador, 3ª Ed., SP, LTR, 2008
- MENEZES, Cláudio Armando Couce De "Altos Empregados-Cargos e Funções de Confiança" Coletânea Doutrinária, Editora Plenum out,1999
- MIESSA, Elisson/ CORREIA, Henrique "Manual da reforma trabalhista: Lei 13.467/2017 o que mudou? Comentários artigo por artigo" 1ª ed. Juspodivm, Salvador,2018
- MIRAGEM, Bruno "Curso de Direito do Consumidor" 7ªed.São Paulo, Revista dos tribunais,2018
- MITIDIERO, Daniel "Precedentes: Da persuasão à vinculação",2ªed. São Paulo, Revista dos Tribunais,2017

A Hipersuficiência Aplicada: por uma leitura constitucionalmente adequada do parágrafo único do artigo 444 da CLT

- MONREAL, Eduardo Novoa "O Direito como Obstáculo à Transformação Social", Tradução: SANTOS, Gérson Pereira, Sergio Antônio Fabris Editor, 1988
- MORAES, Bruno Terra de. Aplicação direta x indireta das normas constitucionais: rejeição de espaços de não direito. In: Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes; Santos, Romualdo Baptista dos. (Org.). Direito civil: estudos-coletânea do XV encontro dos grupos de pesquisa-IBDCivil. 1ed.São Paulo: Editora Edgard Blucher Ltda, 2018, v. 1, p. 59-82
- MORAES, Pedro Felipe de Matos, 2015, "Vínculo jurídico do diretor empregado" disponível em: <https://moraespf.jusbrasil.com.br/artigos/199865985/vinculo-juridico-do-diretor-empregado> acesso em 28/10/2019
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL "ONU: 10% mais rico dos trabalhadores brasileiros concentram 41% de toda a renda salarial" Disponível < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25702-renda-do-trabalho-do-1-mais-rico-e-34-vezes-maior-que-da-metade-mais-pobre>> Acesso em 27/03/2020
- NALIM, Paulo "Do Contrato Conceito Pós-Moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional), 2ª ed., Curitiba, Juruá Editora, 2008
- NEGREIROS, Teresa "Teoria Do Contrato – Novos Paradigmas" 2ªed, Rio de Janeiro, Renovar, 2006
- NEGRI, Antonio e COCCO, Giuseppe "Glob(al) Biopoder e luta em uma America Latina globalizada" tradução Eliana Aguiar, Rio de Janeiro, Record,2005
- NOVAES, Thaynara de Lima "A reforma trabalhista, o Trabalhador Hipersuficiente e os princípios da indisponibilidade e da proteção", 2018
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. "A resignificação da Dependência Econômica", Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, MG, v.54, n.84 p.55-77, jul./dez. 2011
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio "O resgate do critério da dependência econômica na identificação da relação de emprego na contemporaneidade", Juris Plenum Ouro nº 46, Nov. 2015
- PACHUKANIS, Evguiéni, B. "Teoria Geral do Direito e Marxismo" trad. Soveral Martins, Coimbra, Centelha, 1977
- PEDREIRA, Luiz de Pinho "Da velha Parassubordinação ao Novo Contrato de Trabalho A Projeto", Aracaju, Evocati Revista n 16.Abr,2007 Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=114>. Acesso em: 02/12/2019
- PERLINGIERI, Pietro "Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional", 3ª Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2007
- PIRES, Rosemary de Oliveira "O Trabalho do Menor. In: (org.) Alice Monteiro de Barros. (Org.). Curso de Direito do Trabalho - Estudos em memória de Célio Goyatá. 3ed.São Paulo: LTr, 1997, v. 1, p.

- PORTO, Lorena Vasconcelos "A Subordinação no Contrato de Emprego: Desconstrução, Reconstrução e Universalização do Conceito Jurídico", Belo Horizonte, Tese: PUC-Minas Gerais, 2008
- PRADO, Claudia Eliza Papa do "Estresse ocupacional: causas e consequências", São Paulo, Revista Brasileira de Medicina do Trabalho, 2016
- RECONDO, Felipe "A reforma trabalhista e o poder do Supremo Tribunal Federal" disponível em e <https://www.jota.info/stf/do-supremo/reforma-trabalhista-poder-stf-18062018>, 2018
- ROMITA, Arion Sayão "O fascismo no Direito do Trabalho Brasileiro: influência da carta del lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira" São Paulo, Editora LTr, 2001
- ROMITA, Arion Sayão "A cinquentenária consolidação das leis do trabalho" in (org.) Arion Sayão Romita, Mara Regina Chuari da Silva, Aloysio Santos, Júlio Cesar do Prado Leite "CLT 50 anos Debatendo a legislação Trabalhista" Rio de Janeiro, Petrobrás, 1993.pp 9-40
- ROPPO, Enzo "O Contrato", Coimbra, Almedina, 2009.
- SARLET Ingo Wolfgang, MARINONI Luiz Guilherme e MITIDIERO Daniel- Curso de Direito Constitucional 7. ed. São Paulo: EDITORA SARAIVA, 2018. v. 01
- SARLET, Ingo Wolfgang "Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais" B.Cient. ESMPU, Brasília, 4- n.6 p. 193-259 jul./set 2005
- SARMENTO, Daniel/NETO, Cláudio Pereira de Souza "DIREITO CONSTITUCIONAL Teoria, História E Métodos de Trabalho", 2ª Ed., Belo Horizonte, Editora Fórum, 2016.
- SCHAUER, Frederick "The Convergence of Rules and Standards", RPP-2001-07, Cambridge, MA: Center for Business and Government, Harvard University, 2001
- SCHAUER, Frederick "Thinking Like A Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning" First Harvard University Press, Paperback Edition, 2012
- SCHREIBER, Anderson "O que é (e o que não é) o direito civil constitucional?" in Direito Civil Constitucional coordenação Anderson Schreiber, Carlos Nelson Konder. 1.ed São Paulo: Atlas, 2016. P.9-28
- SGARBI, Adrian "Clássicos da Teoria do Direito" 2ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009
- SHECAIRA, Fabio Perin, STRUCHINER, Noel "A Distinção Entre Direito e Moral e a Distinção Moral do Direito" in RDE Revista de Direito do Estado Rio de Janeiro, v. 22, p. 131-145, 2012
- SHECAIRA, Fabio Perin, STRUCHINER, Noel "Teoria da Argumentação Jurídica" 1. ed. Rio de Janeiro: PUC-RJ/Contraponto, 2016
- SLEE, Tom "Uberização: A Nova Onda do Trabalho Precarizado" tradução: João Peres, São Paulo, Elefante, 2017
- SOLON, Ari Marcelo "Hermenêutica Jurídica Radical", 1ª Ed. São Paulo, Editora Marcial Pons, 2017

A Hipersuficiência Aplicada: por uma leitura constitucionalmente adequada do parágrafo único do artigo 444 da CLT

- SOUZA, Roberta de Oliveira "O hipersuficiente" disponível em <http://ostrabalhistas.com.br/o-hipersuficiente/>
- STRECK, Lênio "Jurisdição Constitucional" 5ªed. Rio de Janeiro, Forense, 2018
- STRUCHINER "Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e Sua Aplicação ao Direito", RJ, PUC-Rio, 2001
- STRUCHINER, Noel "Para falar de Regras: O positivismo Conceitual Como Cenário Para Uma Investigação", Rio de Janeiro, Puc-Rio, 2006
- STRUCHINER, Noel "Indeterminação e objetividade Quando o Direito diz o que não queremos ouvir" in Ronaldo Porto Macedo Jr.; Catarina Barbieri. (Org.). Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119-152.
- SUPIOT, Alain "Crítica do Direito do Trabalho" Tradução: António Monteiro Fernandes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkan, 2016.
- SÜSSEKIND, Arnaldo "Curso de Direito do Trabalho", Rio de Janeiro, Renovar, 2002
- TAKANO, Seizo Rodrigo "Trabalhadores Hipersuficientes têm Salário Irredutível?" disponível em <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/trabalhista-ij/trabalhadores-hipersuficientes-tem-salario-irredutivel>), 2018 Acesso e: 27/10/2019.
- TEPEDINO, Gustavo "Contornos constitucionais da propriedade privada" in: Gustavo Tepedino. (Org.) Temas do Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p.267-291
- TEPEDINO, Gustavo "O direito civil e suas perspectivas atuais. In: Gustavo Tepedino. (Org.) Temas de Direito Civil Tomo III, Rio de Janeiro, Renovar, 2009 p.21-40
- TEPEDINO, Gustavo. "A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas" In: Gustavo Tepedino. (Org.) Temas de Direito Civil Tomo III, Rio de Janeiro Renovar, 2009 p.41-64
- TEPEDINO, Gustavo "O papel atual da doutrina do Direito Civil: Entre o Sujeito e a Pessoa" in Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida (Org.) "O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà", Belo Horizonte: Fórum, 2016 p.
- VASCONCELLOS, Úrsula Simões da Costa Cunha, STRUCHINER, Noel e HANNIKAINÉ, Ivar "A infeliz busca por felicidade no direito" in RBPP Vº8. Nº2. AGO.2018 p. 154-176
- VEIGA, Aline/ARAÚJO, Clara "um difícil equilíbrio – Vida familiar e trabalho remunerado de mulheres e homens no Estado do Rio de Janeiro" - in Entre a casa e o trabalho Gênero e família no Rio de Janeiro*
- VIANNA, Marcio Tulio "Direito do trabalho e flexibilização" In: Alice Monteiro de Barros. (Org.). Curso de Direito do Trabalho - Estudos em memória de Célio Goyatá. 3ed.São Paulo: LTr, 1997, v. 1, p.
- VILLELLA, João Baptista "Sobre renúncia e transação no direito do trabalho" In: Alice Monteiro de Barros. (Org.). Curso de Direito do Trabalho - Estudos em memória de Célio Goyatá. 3ed.São Paulo: LTr, 1997, v. 1, p.

AS COMPENSAÇÕES AUTORAIS NO ÂMBITO DA INTERNET

Julio Guidi Lima da Rocha¹

Rafael Meireles Saldanha²

Resumo: Esta pesquisa versa sobre a ação da evolução dos meios de comunicação no ramo do Direito de Autor. Seu objetivo é mostrar os sistemas que vêm sendo utilizados para a aplicação dos princípios e direitos deste ramo quando confrontados com novas tecnologias, principalmente, na rede mundial de computadores. Além disso, pretende-se demonstrar a necessidade de alterações de conceitos e concepções tradicionais, a fim de tornar eficazes seus princípios diante das novas tecnologias. Analisa-se a imputação de responsabilidades civis e procura-se uma reflexão acerca da justa compensação por cópias incontroláveis na Internet. Além da revisão da literatura pátria e internacional, foi utilizado, também, levantamento de casos do dia-a-dia ao redor do mundo. Finalmente, chega-se à afirmação de que o Direito Autoral aparenta estar em movimento de inflação, sendo necessária sua relativização e flexibilização, de modo a possibilitar o acesso à cultura, mas não a qualquer custo.

Palavras-chaves: Direito Autoral; Internet; Compensações Autorais Equitativas; Hipertrofia e Flexibilização dos Direitos Autorais.

Abstract: This research focuses on the action of the evolution of media in Copyright. It aims to show the methods that are being used to implement the Copyright's principles

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2012). E-mail: guidi@cfgadvogados.com.br

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Segurança Pública, Cultura e Cidadania pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (2011). Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2014). Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra – UC. Bolsista CAPES. E-mail: saldanha.rafael@hotmail.com.

and rights when confronted with new technologies, especially with Internet. Moreover, it intends to demonstrate the need for change in traditional concepts in order to make effective its principles in face of new technologies. It analyzes the liability and proposes a reflection about the fair compensation for reproduction considered uncontrollable and its application on the Internet. Besides the review of national and international literature, this research also approaches importante everyday cases around the world. Finally, it concludes that Copyright appears to be moving into inflation and demands its relativization and relaxation in order to make possible the access to culture, but not at any cost.

Keywords: Copyright; Internet; Fair Compensation; Hypertrophy and relativization of copyright.

1. INTRODUÇÃO

A evolução do conhecimento e da cultura humana vem ocorrendo de forma mais rápida e acelerada se comparada com outras épocas da história da humanidade. De fato, um dos grandes motivos desta enorme velocidade é o desenvolvimento dos meios de comunicação. Não há dúvidas que as novas tecnologias aplicadas neste ramo facilitam a troca de informações, conhecimentos e dados em todo o mundo.

Segundo a psicanalista e professora Denise Maurano (2006, p. 11), o ser humano possui um anseio de criar laços e comunicar-se. Este apelo participa objetivamente da história da humanidade, sendo cada vez mais amplo por meio das novas tecnologias existentes. Em razão desta insaciável vontade de criar laços, buscar amparos, comunicar-se, trocar informações, experiências e conhecimentos, diversos foram os desenvolvimentos na área de comunicação. A facilidade de transmissão e troca de dados, que hoje se percebe por meio da Internet, conexões diretas sem fio, redes *wireless*, *bluetooth*, infravermelho, aparelhos celulares, entre diversos multifuncionais, afetam e são afetadas pela propriedade intelectual.

A capacidade de criar do ser humano, ou *human intellect*, traduz o que vem a ser essa propriedade, ou seja, as mais variadas formas de produtos intangíveis criados pela mente humana, fruto do seu esforço intelectual. Compreendendo-se neste termo todas as regras que visam proteger os direitos da propriedade industrial, os direitos autorais e o *know how*³.

³ LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de Autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 21-22.

O termo “propriedade intelectual” é bastante internacionalizado, abrangendo a Propriedade Industrial, os direitos autorais, e outros, que como os anteriores, são também bens imateriais⁴, fruto do intelecto.

O Direito Autoral, como parte da propriedade intelectual que pretende proteger as expressões do espírito humano, obras literárias, artísticas ou científicas exteriorizadas, é profundamente atingido pela evolução tecnológica, principalmente a computacional, dos meios de comunicação e da Internet.

A disseminação de computadores pessoais ao redor do mundo, tocadores e leitores portáteis de músicas, de vídeos e livros digitais, além da mundialização da Internet, veio a tornar extremamente fácil e natural a circulação de obras intelectuais e extremamente difíceis a aplicação e efetividade dos direitos autorais à nova realidade. A subestimação das revoluções comunicacional e da informática é um dos grandes motivos da existência de uma crise mundial nos direitos autorais.

Há, de fato, uma nova ordem digital com interação globalizante social. Exige-se do Direito Autoral um desligamento a concepções e conceitos antigos e uma revisão de sua finalidade perante a sociedade, o autor e os titulares de direitos. Do ponto de vista particular, no que concerne aos autores e detentores de direitos autorais, a propriedade intelectual possui como finalidade proteger os direitos patrimoniais e morais destes, ora como forma de proibição a violações, ora como forma de estímulo econômico à atividade intelectual.

À primeira vista, as duas formas poderiam ser perfeitamente aplicadas em conjunto para efetividade do Direito Autoral na Internet. Porém, como se pretende demonstrar, são posições antagônicas se confrontadas com a nova realidade, de modo que a partir de uma, chega-se à hipertrofia, inaplicabilidade e ineficiência dos direitos autorais, e seguindo-se a outra, pode-se alcançar fins mais desejáveis a este ramo e a sociedade, através da sua relativa flexibilização.

A Era Digital exige do Direito Autoral uma postura ativa, utilizando os avanços tecnológicos a seu favor e não os interpretando como prejudiciais, sem receio de analisar as novas tendências a fundo. Pois, caso contrário, ocorrerá o que os mais pessimistas denominam como o “fim dos direitos autorais”⁵.

⁴ BARBOSA, Denis Borges. *O Conceito de Propriedade Intelectual*. 2002. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/110.doc>>. Acessado em: 8 Jun. 2009.

⁵ Como sugere o próprio nome do trabalho. NIMMER, David. The End of Copyright. In: *Int. Pro. Law Review*, v. 29, 1997.

2. DIREITO AUTORAL

O Direito Autoral⁶ é uma divisão da propriedade intelectual. Esta, por sua vez, compreende tudo o que é criado pela mente humana e exteriorizado no mundo concreto sobre alguma forma. É aquela criação do intelecto que possui valor no mundo real, seja pela sua aplicação industrial, ou por alguma outra valoração dada pelo ser humano, devido ao seu poder de entretenimento e/ou satisfação pessoal.

A propriedade em questão não recai sobre o suporte físico em que se deu a exteriorização da atividade intelectual, mas sim sobre a própria criação, como bem intangível. Devido a este fato, o direito à propriedade intelectual não pretende proteger o meio físico no qual se tornou perceptível a criação, restando aquele protegido pelo Direito Civil e Penal ordinários, mas sim, proteger o bem imaterial fruto do ato de criar.

A propriedade intelectual possui duas divisões principais, a saber: a propriedade industrial e o direito autoral. A primeira diz respeito àquelas criações da mente humana com aplicação industrial e concretização econômica como marcas, patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos industriais, segredos industriais, entre outras.

Já o Direito Autoral visa proteger as criações do intelecto humano que não possuem aplicação industrial, contudo, são também valoradas pela sociedade humana, devido a outras capacidades e utilizações, como as obras literárias, fonográficas, cinematográficas, programas de computador, entre outras. São as criações do espírito humano para apreciação ou divulgação do conhecimento.

Após a primeira noção acerca da delimitação do ramo do Direito Autoral, apontando diferenças em relação a outras propriedades intelectuais, passa-se os sistemas de sua proteção.

3. SISTEMAS DE PROTEÇÃO

Em síntese, existem dois sistemas de proteção autoral: o *Copyright* e o Direito de Autor (*Droit d'auteur*). O *Copyright* é proveniente dos sistemas da *Common Law*

⁶ Defende-se o uso deste termo para se dar uma amplitude universal ao assunto, uma vez que outros como “Direito de Autor” ou “Direito do Autor” remete-se ao sistema civil de proteção de direitos autorais, o *Droit d'auteur*, nascido na França e adotado por metade do mundo, inclusive pelo Brasil.

e o *Droit d'auteur* dos sistemas de *Civil Law*. A primeira retrata uma concepção britânica sobre o Direito Autoral e a segunda uma alemã.

Segundo Alexandre Dias Pereira⁷, a noção do *Copyright* está baseada no princípio da proteção do investimento (*Investitionsschutzprinzip*), a do *Droit d'auteur* na idéia do princípio do criador (*Schöpferprinzip*).

Isto significa dizer que o *Copyright* ocupa-se em oferecer proteção ao investimento dos criadores e produtores, tendente a amparar, precipuamente, o interesse econômico dos titulares, não merecendo destaque aquelas proteções de cunho pessoal do autor que não interfiram na comercialização das obras intelectuais, sendo um resultado da tradição cultural dos países da *Common Law*.

O objeto central da tutela jurídica deste sistema são as obras, ou também, as disseminações ou distribuições das obras, alcançando não somente as criações autorais, mas, também, as prestações dos produtores. Dá-se extrema importância à proteção ao direito de cópia, como o próprio nome do sistema sugere.

A denominação de "autor" para o *Copyright* não abarca apenas os criadores das obras, mas também os produtores cinematográficos, fonográficos, de radiotelevisão, editores, dando, por conseguinte, um conceito abrangente de autoria, ou seja, engloba-se todos os agentes da atividade criacional, e não somente, o mentor da atividade inventiva.

Sendo certo que as denominadas obras feitas sob encomenda (*work made for hire*), onde existe um empregador ou contratante e empregados assalariados ou contratados (*employed authors*), têm suas autorias relacionadas ao empregador e não aos reais criadores que realizaram o trabalho intelectual⁸, traduzindo a característica da proteção do investimento neste sistema. Desta forma, há a atribuição originária da autoria ao empregador, podendo haver em certos casos, disposição em contrário para a atribuição ao real autor, o que, normalmente, não ocorre devido às diferenças das forças negociais entre as partes⁹.

Poder-se-ia pensar que a preocupação pelo interesse público-social no sistema do *Copyright* é diminuída em função de suas características. Na verdade, o repúdio à cópia não autorizada, tenta evitar algo que reflete efeitos negativos na

⁷ PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*. STVDIA IVRIDICA 55-Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, fev. 2001. p. 96-97.

⁸ LEITE, Eduardo Lycurgo. Op. cit., p. 62.

⁹ PEREIRA, Alexandre Dias. Op. cit., p. 101.

economia, e colocando a remuneração do autor pela obra realizada em segundo plano, demonstra a preocupação com os benefícios trazidos ao público pela circulação da obra e o interesse público¹⁰. Ou seja, o incentivo de retribuição financeira existe para que a obra esteja sempre no mercado e disponível ao povo e, não ao contrário do que se poderia imaginar, para remunerar o autor e titulares.

Já o *Droit d'auteur* pretende proteger a figura do real autor ou criador em função das suas obras autorais. Parte de uma concepção ligada à personalidade do autor, oriundo dos países de *Civil Law*, onde a obra intelectual é a expressão do espírito humano, e somente este pode ter a sua autoria. Vale ressaltar que, de modo geral, não se aplica ou não existe o conceito das obras feitas sobre encomenda neste sistema.

Muito embora a globalização e a necessidade de interação entre diferentes nações e ordenamentos jurídicos criem elos entre os dois sistemas por meio de convenções e acordos internacionais, o estudo das divergências entre estes é importante para se entender diferenças tradicionais culturais, assim como, para aplicação prática internacional.

Nas precisas palavras de Cláudia Trabuco, percebe-se que essa diferenciação se mostra necessária às formulações de perspectivas internacionais sobre o Direito Autoral:

A importância desta distinção mede-se hoje, em larga medida, pela necessidade de seu apreço na interpretação das directivas comunitárias sobre o direito de autor onde, inevitavelmente, se jogam complicados jogos de compromisso entre tradições conceptuais de Copyright e do *Droit d'auteur*, as quais, dividindo os Estados-membros, reclamam soluções conciliatórias para obviar às diferenças existentes aos mais diversos níveis¹¹.

Neste estudo, faz-se importante ultrapassar as questões divergentes entre os dois sistemas e afastar o dualismo em prol de princípios gerais dos direitos autorais. Ambos visam proteger o mesmo instituto, não sendo, pois, pertinente, ater-se a diferenças que, embora significativas, não coadunam com a abordagem universal que se pretende dar ao fenômeno. Entretanto, antes de abordar o tema central dessa pesquisa, se faz necessário ressaltar alguns aspectos específicos de obras intelectuais digitais.

¹⁰ TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 48-49.

¹¹ *Ibid.*, p. 46.

4. OBRAS INTELECTUAIS DIGITAIS

Os direitos autorais digitais se revelam intrigantes eis que o conceito de obra é bastante afetado pelas novas tecnologias informáticas. Tais direitos são aqueles que visam tutelar os interesses de criadores e titulares de direitos autorais sobre obras criadas e manifestadas já no ambiente digital e próprias a este meio, ou, àquelas obras manifestadas em outros meios e posteriormente digitalizadas, transformadas em dígitos binários. Digitalizar significa transformar em dígitos.

São os direitos que recaem sobre as obras literárias e artísticas no ambiente digital. Para o tradicional direito autoral, a obra intelectual sempre precisou ser manifestada em um suporte físico, para que fosse considerada a sua existência. Na verdade, o que é necessário é que seja percebida por terceiros.

O avanço da tecnologia cria ambientes virtuais e emula realidades. Sendo necessária ao Direito uma maior sensibilidade sobre coisas impalpáveis e imperceptíveis. Estamos diante de uma efetiva revolução digital, que forçará o Direito a rever diversos institutos, conceitos e ideologias já consolidados¹².

Sob o novo paradigma digital, podemos elencar algumas criações intelectuais informáticas como programas de computador, bases de dados eletrônicas, obras geradas por computador e criações multimídias. Afeta-se, também, a ideia que se tem de autor e autoria, uma vez que estes, cada vez mais, são auxiliados por computadores, quando não, estes equipamentos realizam a própria criação, afetando profundamente a “visão romântica de autoria”¹³, presente no sistema *Droit d’auteur*.

A introdução da digitalização unificou e padronizou a forma nas quais as obras são fixadas, ou seja, a forma digital, independente do gênero desta, se literária, artística ou científica¹⁴. Todas elas manifestam-se sobre um único formato, de dígitos binários¹⁵, lidos e interpretados por equipamentos físicos (*hardware*) e programas de computador (*software*), tornando-os perceptíveis ao usuário.

Pode-se questionar, no mundo moderno, se todas as obras podem ser reduzidas digitalmente a uma sequência binária literal e porque não aplicar proteção à sua

¹² LEITE, Eduardo Lycurgo. Op. cit., p. 199.

¹³ PEREIRA. Alexandre Dias. Op. cit., p. 391.

¹⁴ *Ibidem*, p. 397.

¹⁵ O sistema binário é utilizado por toda a eletrônica digital e computação e representam a base de dois números, zero e um (0 e 1). Um dígito binário chama-se *bit* e um conjunto de oito dígitos chama-se *byte*.

literalidade, como em obras dessa natureza ou em programações de computador, independentemente se for uma obra tradicionalmente classificada como fonográfica, audiovisual, literária. A resposta não pode ser elaborada de pronto, sendo necessária uma maior atenção à nova realidade digital.

De fato, um arquivo digital é uma sequência binária literária que a partir de emulações por diversas plataformas se torna perceptível ao ser humano e pode, somente assim, ser identificado como uma dentre as naturezas tradicionais de obras.

Tal como a proteção aos programas de computador é conferida à literalidade da sua codificação programacional, independentemente do que vier a ser percebido após emulações informáticas, a obra digital deveria ser assim também considerada.

Se for identificada apenas como a percepção gerada pela emulação computacional aos sentidos humanos, o suporte físico das obras de natureza tradicional seria na verdade “virtual”, ou seja, o código binário. Se considerado o seu caráter binário, o suporte físico será propriamente físico, o disco rígido ou outra mídia de armazenamento.

Além de a binariedade ser a sua real natureza, tal conceito de obra digital levaria a uma simplificação ou redução das obras tradicionais existentes a uma modalidade, facilitando, tecnologicamente, a aplicação do Direito Autoral¹⁶. A sua real natureza não pode ser menosprezada em virtude da emulação que é criada por máquinas.

José de Oliveira Ascensão¹⁷ não admite a existência de uma obra digital autônoma. No entanto, outra parcela da doutrina já percebeu a necessidade de se compreender a autonomia digital da obra multimídia¹⁸.

Há alguns ainda que preferem fazer distinção entre obra digitalizada e obra multimídia. Enquanto a primeira representaria a mera digitalização de obras tradicionais pré-existentes; a segunda seria criada em meio digital, onde envolveria uma mistura de programações informáticas e materiais audiovisuais, resultando na interatividade como elemento primordial¹⁹.

¹⁶ Em sentido contrário, afirma-se que os “dígitos são apenas dígitos” sendo necessária a sua apreensão sensorial (Pereira, 2001, p. 398), além da simplicidade de reduzir-se a uma modalidade, não respeitaria a diversidade das naturezas tradicionalmente existentes das obras e suas diferentes proteções.

¹⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 13.

¹⁸ Segundo Manoel Antonio dos Santos (2006) “Uma parcela dos juristas, contudo, não considera possível enquadrar a obra multimídia nas classificações tradicionais do direito de autor, preferindo atribuir-lhe certa autonomia ou individualidade”.

¹⁹ Desta forma Pereira (2001, p. 271)

A verdade é que a codificação binária já existia antes disseminação computacional já que, antes de tudo, representa os pilares da eletrônica. Além de já estava bastante presente em diversos tipos de obras, como a fonográfica.

Contudo, agora se vê uma crescente importância destes dados binários. Conceituar a obra digital levando-se em conta este aspecto é importante para que se use a tecnologia a favor do Direito, a fim de reconhecer piratas e pirataria digital.

A partir de tecnologias de identificação e rastreamento como *Serial Numbers*, *Traitor Tracing*, *Digital Fingerprints*²⁰, chamados de *Digital Right Managements (DRM)*, necessária se faz a proteção à codificação binária da obra, por meio de inserção de uma espécie de *DNA* digital. Podendo ir além com a proteção ao próprio código identificador para que não seja este falsificado ou copiado.

DRM é um termo abrangente, significando todas as formas de garantir a confiabilidade de conteúdos na Internet, sendo as ferramentas para combater os “prejuízos” causados neste ambiente, e, que o *Technical Protection Measures (TPM)* – espécie do gênero DRM, restringe a utilização de arquivos digitais em troca da proteção dos titulares de direitos, conforme Kaminski²¹.

Devido à maleabilidade e fácil manipulação das obras intelectuais em meio digital, há cada vez mais a miscigenação das naturezas tradicionais das obras e criação de naturezas novas, sendo, muitas vezes, necessária a criação de novos direitos, limitações, sub-sistemas autorais, ou seja, uma inflação do ramo, levando a uma sistemática hipertrofia. Torna-se insustentável a manutenção de sub-sistemas antigos de proteção ou a criação infinita de novos.

Contudo, essa diversidade existe apenas se aplicadas a comparação ou ficção jurídica às obras digitais, subestimando a sua real natureza e considerando a conceituação tradicional da natureza de obras intelectuais.

O conceito de reprodução digital deve focar-se em uma faixa de similitude do mapeamento digital dos códigos de obras. O meio digital não pode comportar análises “analógicas”, eis que são de diversas naturezas. Mais uma vez afirma-se:

²⁰ *Digital Fingerprints* é uma tecnologia utilizada para identificar obras intelectuais digitais. É inserido um código imperceptível ao usuário comum. Tal código identifica a obra e permite o seu rastreamento no caso de distribuição digital não-autorizada. Este tipo de tecnologia está em desenvolvimento e ainda apresenta falhas de segurança, como os chamados “ataques de colusão”. Para maiores informações, vide o artigo WU (2004).

²¹ KAMINSKI, Omar. *Introdução à Gestão de Direitos Digitais*. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Propriedade Intelectual & Internet: Uma Perspectiva Integrada à Sociedade da Informação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 111.

a tecnologia deve ser usada a favor do Direito e não entendida como algo que vem a prejudicá-lo.

A obra digital propõe ser uma codificação binária que se subdivide na emulação de uma obra tradicionalmente existente, na criação de uma puramente digital ou na mistura das duas. Frise-se, aqui, o sentido de “emular”, como imitar, ou seja, tentar igualar-se. Os dados que são armazenados em computadores e são transmitidos em redes computacionais são, portanto, binários.

Nem tampouco, há de se igualar uma obra digital a uma obra literária. Esta última, por mais diferente que seja o seu idioma, poderá sempre ser compreendida diretamente ao ser humano pela linguagem e semântica previamente assimilada. A linguagem da obra digital, por sua vez, até onde se sabe, somente é compreendida pelo processamento computacional, em sentido *lato*. Deve ser tida na sua realidade computacional, como uma linguagem desenvolvida para máquinas.

Somente levando-se em conta também essa natureza, será legítima a comparação digital entre obras diversas, a partir da análise de seu código. Uma das alegações contrárias à característica binária da obra digital é o argumento de que, se assim ela fosse considerada, haveria a necessidade de licença prévia do autor para se transformar uma obra tradicional em digital.

Entretanto, se não houver alteração substancial da obra em face da digitalização não há necessidade de licença, pois não se tratará de adaptação, apenas troca de tipo de suporte físico. Também não haverá alteração de autoria, nem o surgimento de direitos conexos.

Logo, a obra digital deve ser tida sobre um duplo aspecto, quanto às manifestações aos sentidos humanos e quanto à binariedade, sendo uma obra autônoma, dotada de suas peculiaridades individuais que a distanciam das demais, devendo ser melhor estudada e compreendida, a fim de não acarretar uma desnecessária criação de novos institutos jurídicos no ramo autoral.

5. VIOLAÇÕES DE DIREITOS AUTORAIS DIGITAIS

O uso de obras intelectuais em ambiente digital, quase nunca é realizado pelo meio correto com licenças prévias. Imaginemos aqui não só o uso de obra

fonográficas – uma das mais afetadas pela digitalização e Internet – mas, também, as obras fotográficas, visuais, audiovisuais, programas de computador, banco de dados, entre diversas outras naturezas tradicionais obras intelectuais e as puramente digitais, como programação de páginas eletrônicas (código-fonte), os *webdesigns*²² etc.

A facilidade com que são encontradas na Internet e a simplicidade do seu manuseio com a redução a uma plataforma binária são as principais razões de tamanho uso não autorizado na grande rede.

A indústria fonográfica talvez seja a mais ativa no combate à pirataria digital, porque certamente é umas das que mais tiveram prejuízos com a digitalização de obras intelectuais e a interconexão global de computadores. Durante um longo tempo, não houve tratamento específico para a pirataria digital. Pode-se dizer que, a princípio, houve subestimação do poder da Internet, tanto pelas sociedades, quanto pelo Direito.

A estratégia das associações dos representantes de alguns produtores fonográficos ao redor do mundo, como a *Recording Industry Association of America* (RIAA), *Recording Industry Association of Japan* (RIAJ), *Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland* (BREIN), dentre outras, de ajuizarem milhares de ações judiciais contra violadores de direitos autorais de obras fonográficas cujos titulares de direitos estas representavam, foi interrompida, devido ao insucesso da mesma.

Apesar de legalmente possível de êxito – nos Estados Unidos da América, no Brasil, e em outros países – estas demandas judiciais representavam um gasto excessivo às empresas, além de criar uma imagem negativa às indústrias, já que os violadores são, na maioria das vezes, usuários comuns de Internet e consumidores de obras.

Conforme Paulo Rosa²³, a indústria fonográfica abandonou a prática de ajuizar ações judiciais contra usuários de sistemas ponto-a-ponto, adotando um sistema de parcerias com empresas provedoras de acesso à rede e outros serviços relacionados. Tais informações são confirmadas pela página do endereço eletrônico da RIAA:

²² Aparência visual das páginas eletrônicas.

²³ Presidente da Associação Brasileira dos Produtores de Disco (ABPD), em palestra ministrada no dia 12 de maio de 2009, no auditório da Escola da Magistratura Regional Federal (EMARF), TRF - 2ª Região.

In light of new opportunities to deter copyright infringement, the record industry was able to discontinue its broad-based end user litigation program. The step was made possible, in large part, by continued work with the Attorney General of New York and leading Internet Service Providers (ISPs) on a series of voluntary online anti-piracy initiatives. On a parallel track, we have been able to reach a separate agreement in principle with several leading ISPs on a graduated response program for repeat offenders when they are caught engaging in illegal activity online.

Importantly, the end of the litigation program was also made possible through the dramatic changes in the music marketplace over the past five years. Today, there is legal clarity about what users can and can't do on peer to peer networks, which has contributed to a vibrant and rapidly growing digital marketplace.²⁴

Segundo o trabalho de Lee Hollaar²⁵, feito para o *Institute for Policy Innovation* (IPI), as ações envolvendo pequenos usuários disponibilizadores de conteúdo autoral não autorizado custam caro, ainda mais quando ajuizadas em massa. Apesar de poderem obter o êxito ao processar usuários, chegando a condenações que, em média, aproximam-se de US\$ 75 mil (setenta e cinco mil dólares), esta atitude não tem sido vantajosa às indústrias, pois, via de regra, os magistrados, por princípios de justiça e equidade, procuram encontrar brechas para não condenar usuários comuns em tais somas.

Fugindo da esfera judicial, estão sendo realizadas novas parcerias entre os produtores fonográficos e de cinema com os *Internet Service Providers* (ISP), provedores de serviços de Internet, como acesso, *backbone* etc., visando identificar infratores contumazes de direitos autorais e puni-los de alguma forma.

Uma espécie perigosa de autotutela pode estar surgindo desta parceria, sendo necessária a atenção especial do Direito. A aplicação de sanções, como o corte do fornecimento do serviço de conexão à Internet, pode ser entendida como a privação de um dos objetivos do Estado moderno, que é o acesso à cultura. Torna-se perigosa, quando tal sanção não passa pelo aval do Poder Judiciário, ainda mais se não está previsto em nenhum dispositivo legal.

²⁴ Disponível em: <<http://www.riaa.com/faq.php>>. Acesso em: 9 jun. 2020.

²⁵ “Copyright litigation is expensive and not geared toward addressing millions of small infringers. Statutory damages are based on the number of works infringed, and not the number of downloads, so that a person sharing even a hundred songs would be liable for at least \$75,000. Such a minimum penalty actually discourages content providers from filing suit, since they must be concerned that the court might try to find an excuse for the infringement to avoid imposing the statutory damages that then becomes a bad precedent.” (HOOLAR, 2006)

Como norma geral, provedores que somente fornecem acesso, e serviços de transmissão e transporte de dados pela rede, não devem possuir responsabilidades sobre os dados que trafegam, a não ser que reste comprovada a má-fé e o conhecimento inequívoco sobre a ilegalidade dos dados digitais.

6. COMPENSAÇÕES AUTORAIS EQUITATIVAS

Existe uma faixa de condutas humanas no Direito Autoral na qual é impossível o controle do autor sobre elas e sobre suas consequências nas obras intelectuais, tornando-se inviável o sistema de autorizações prévias. O direito à compensação visa justamente proteger o autor de reproduções tidas como incontroláveis, através de uma remuneração equitativa e justa.

A aplicação deste direito encontra maior uso nas chamadas cópias privadas, que por serem cópias não autorizadas, de forma prévia e voluntária, e incontroláveis, conferem ao autor um direito a uma justa compensação em determinados ordenamentos.

A remuneração equitativa encontra origem nos países do norte europeu. Em 1973, a Suécia fundou uma sociedade de gestão coletiva para esse fim, seguida depois da Dinamarca, Noruega, Holanda, Estados Unidos, Alemanha, França, Suíça, Portugal, etc²⁶.

Existem três teorias que se sabe a respeito da natureza jurídica deste direito. A primeira, minoritária, a define como uma responsabilidade civil objetiva em consequência dos danos causados por terceiros aos titulares de direitos. A segunda a define como uma espécie de imposto e/ou subsídio. A última, de maior aceitação na doutrina espanhola, constata ser a compensação uma contrapartida econômica de uma licença legal indireta²⁷.

Tratando-a como uma licença legal indireta, tem-se a ideia que por meio da lei, cria-se uma limitação ao exercício do direito de reprodução do autor, conferindo-lhe, entretanto, uma justa remuneração pelos danos advindos ao seu patrimônio por esse limite legal.

A Diretiva nº 2001/29/CE, da Comunidade Europeia, em suas considerações

²⁶ ROCHA, Daniel. *Direito de Autor*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001. p. 70-71.

²⁷ Segundo Claudia Trabuco (2006, p.524).

(38) e seguintes, prevê que os Estados-Membros podem estatuir limites ao direito de reprodução, sobre material de áudio, visual e audiovisual, mediante a uma equitativa compensação, de modo a retribuir os prejuízos causados aos titulares de direito, sendo necessária a diferenciação entre cópias analógicas privadas e as digitais, uma vez que estas últimas possuem maior impacto econômico.

Adequando-se a este preceito, a legislação portuguesa – Lei nº. 62/98 (com redação alterada pela Lei nº. 50/2004), regulando a cópia analógica privada, determina que haverá compensação aos autores e titulares de direitos pelos prejuízos econômicos advindos de cópia privada, que será recolhida através da inclusão de determinado percentual na venda de aparelhos, exceto digitais, que realizem cópias e reproduções, assim como da venda de suportes físicos, como mídias virgens, que permitam a fixação de reproduções.

A mesma lei também prevê a criação de uma associação coletiva sem fins lucrativos representante dos titulares de direitos autorais relativos às cópias privadas, para gerência, cobrança, redistribuição e administração das compensações oriundas deste sistema.

Da mesma forma, a legislação espanhola, por seu artigo 25 do Decreto Legislativo nº. 1/1996 (com alterações da Lei nº. 23/2006) prevê a modalidade de compensação, sendo adicionado percentual ao valor de venda de equipamentos e suportes físicos destinado à reprodução²⁸.

Em geral, estas taxas são suportadas pelo fabricante ou importador de equipamentos e suportes e, em última instância, pelo adquirente destes equipamentos, por meio do repasse dos custos.

No Brasil, o inciso II, do artigo 46, da Lei nº. 9.610/98, autoriza a reprodução privada de pequenos trechos, diferentemente do que previa a Lei nº. 5.988/73, que autorizava a reprodução integral de exemplar, contudo, jamais, houve o estabelecimento de uma compensação equitativa. No entanto, diversos especialistas pátrios defendem o sistema, em prol do acesso à cultura da população com a justa remuneração de titulares de direitos.

²⁸ *In verbis*, “Artículo 25. Compensación equitativa por copia privada 1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.”

Nas discussões referentes à elaboração e votação da atual legislação autoral pátria, foi apreciado o projeto de lei nº. 5.430/90, do Senado Federal, e não foi aprovado o artigo 103, que previa “*remuneração de natureza autoral, como compensação à possibilidade de reprodução privada, na forma do inciso III do artigo 47 da presente lei, mediante o uso de aparelhos reprodutores e suportes materiais virgens*”²⁹.

As compensações equitativas por cópias privadas promovem o acesso à cultura, uma vez que autorizam esta conduta, mediante uma justa compensação. Não é objetivo deste trabalho conceituar as reproduções ocorridas na Internet como sendo cópias privadas, mas, somente, afirmar que aquelas, em alguns casos, são tão incontroláveis quanto estas últimas.

O conceito geral de compensação não envolve única e exclusivamente as reproduções denominadas de cópias privadas, apesar de sobre esta recair maior aplicação internacional. Mas, sim, todas as atitudes tidas como distantes do controle de autores e titulares de direito e impossíveis de serem previamente e individualmente licenciadas.

Sob o novo paradigma digital e da interconexão de redes informáticas, algumas questões podem ser levantadas a respeito das compensações: haveria a possibilidade de instituir uma compensação generalizada pelas reproduções feitas no âmbito da Internet? Qual seria sua natureza e amplitude?

Alguns estudiosos sobre este tema afirmam que a compensação justa (*fair compensation*) não é aplicável a cópias tidas como ilícitas, tais como em um compartilhamento ponto-a-ponto. Além disso, sua aplicação generalizada levaria a instituir uma taxa de direitos autorais (*copyright tax*) sobre uma diversidade muito ampla de equipamentos, e talvez serviços, levando pessoas que não utilizaram nenhuma obra intelectual, a pagá-la³⁰.

Ainda, afirma-se que os sistemas eletrônicos de TPM permitem uma compensação de direitos autorais individualmente, diretamente em utilizações específicas da obra intelectual³¹. Permitem, também, o rastreamento de usuários contrafatores.

²⁹ SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: Uma Interpretação Civil-Constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988 – 2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2006. p. 117.

³⁰ GUIBAULT, Lucie. HUGENHOLTZ, P. Bernt. VAN GEFFEN, Sjoerd. The Future of Levies in a Digital Environment. In: *Institute for Information Law*, Amsterdã, Março de 2003. Disponível em: <<http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2009.

³¹ “Unlike levies, electronic copyright management systems make it possible to compensate right holders directly for the particular uses made of a work.” (Ibidem)

Contudo, diante da interatividade globalizante intrínseca à Internet, nem a prévia autorização, nem a perquirição de violadores de direitos autorais, têm-se demonstrado viáveis. A utilização de DRM deveria ater-se somente à identificação mecânica de obras digitais para a formação de dados estatísticos e instrumentalização de um possível sistema de compensações generalizadas.

Segundo a Comissão Européia³², através de questionário destinado aos consultores intervenientes, há a caracterização dos *Copyright Levies* como taxas de direitos autorais que são cobradas dos fabricantes e importadores de equipamentos e suportes físicos destinados à reprodução, pelos Estados-Membros, normalmente, devido a cópia privada que não pode ser controlada, nem licenciada individualmente.

Uma questão relevante à definição dos equipamentos, é a dificuldade de distinguir aqueles destinados à reprodução, já que existe a convergência de diversos aparelhos em um só, surgindo os multifuncionais, que além de reprodução realizam outras funções, como por exemplo, o próprio computador pessoal.

Segundo o questionário, apenas cinco países europeus não adotam as taxas de direito autorais relativas às cópias privadas: Irlanda, Reino Unido, Malta, Chipre e Luxemburgo. Nos três primeiros a cópia privada não é autorizada e no último é autorizada, porém inexistente taxa e não há a justa compensação autoral.

Imaginando a natureza de licença legal indireta, algumas questões são suscitadas, quais sejam: o pagamento de uma licença por presunção de uso de obras intelectuais, que nem sempre há de consumir; além cobrança indireta do fabricante ou importador, quando na verdade quem necessita da licença é o consumidor final. É difícil considerar uma licença, de caráter privado, funcionando desta forma. O mesmo não ocorre se for relevada a sua natureza de tributo.

Para o ordenamento brasileiro, tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção por ato ilícito, sendo, a modalidade de taxa cobrada a partir da ocorrência de um fato gerador. Admite-se, inclusive, a instituição de tributo, pela potencialidade de uso de serviço público, tendo como exemplo tradicional a “taxa de incêndio”.

³² EUROPEAN COMMISSION. *Stakeholder Consultation on Copyright Levies in a Converging World*, jun. 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/stakeholder_consultation_en.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2020.

Na lição de Hugo de Brito (2007, p. 446), serviço público é “*toda e qualquer atividade prestacional realizada pelo Estado, ou por quem fizer suas vezes, para satisfazer, de modo concreto e de forma direta, necessidades coletivas*”.

Segundo o mesmo doutrinador (idem, p. 447), tais serviços, retribuídos pelo contribuinte por meio de taxas, precisam ser divisíveis e específicos, reconhecendo, entretanto, a existência de ser serviços como o de iluminação pública, onde tais requisitos aparentam não estar presentes.

O Supremo Tribunal Federal admite a existência de tributos de tal espécie como sendo de natureza *sui generis*, não se enquadrando nem como imposto, já que se destina a uma finalidade específica, nem como taxa, uma vez que não se exige uma contraprestação individualizada pelo serviço³³.

Não resta dúvidas que o acesso à cultura é um dos objetivos do Estado brasileiro, positivado na Constituição pátria em seu artigo 215, principalmente no §3º, inciso IV³⁴, assim como no artigo 216.

Traçando um paralelo entre o conceito de natureza tributária da compensação autoral³⁵ com o entendimento pátrio, poder-se-ia conceituar o possível surgimento de uma compensação autoral no âmbito da Internet, como sendo um tributo *sui generis*, referente à potencialidade do uso de serviço público de acesso à cultura prestado por terceiros em favor do Estado e da sociedade, tendo como fato gerador a existência de ponto de acesso à Internet, e, de acordo com a conveniência da Administração Pública, que atribuindo-lhe características de parafiscalidade, poderia ser recolhido por intermédio do próprio provedor fornecedor de acesso, gerido e administrado por uma entidade própria estatal ou associação civil sem fins lucrativos, para custeio dos reais fornecedores do serviço, autores e titulares de direitos autorais.

Um exemplo da natureza tributária das compensações vem do governo canadense. O *Private Copying Tariff, 2008-2009*³⁶ prevê a cobrança de tarifas pela fabricação e importação de equipamentos e suportes físicos destinados

³³ Recurso Extraordinário n.º 573.675-0 / SC, publicado no DJe em 22/05/2009.

³⁴ “§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: [...]IV – democratização do acesso aos bens de cultura;”

³⁵ Da análise feita por doutrinador espanhol, Gómez Pomar (1993), relacionada à cópia privada.

³⁶ Disponível em: <<http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2008/20081206-c-b.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2020.

à reprodução, para compensação de direitos autorais, que serão recolhidas pelo *Canadian Private Copying Collective* (CPCC) e redistribuídos às associações representantes de autores, compositores, produtores fonográficos, etc.

Voltando ao questionário europeu citado acima, em resposta da *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* (BEUC), Organização de Consumidores Europeus, quando analisando a possibilidade de um sistema de compensação autoral por meio de taxas ante as reproduções e colocação à disposição de conteúdo protegido na Internet em *softwares* ponto-a-ponto, foi afirmado que a sua instituição e a legalização destas cópias iria resolver os problemas de consumidores, autores e titulares de direito.

Segundo a mesma fonte, consumidores não seriam mais processados e monitorados em grande escala e se tornaria desnecessária a fiscalização destes; os custos de criação de TPM que não possam ser burlados diminuiriam para os autores; artistas receberiam remuneração pelo compartilhamento ponto-a-ponto e as tecnologias de DRM, que são prejudiciais e hostis aos consumidores, não existiriam mais.

Concorda-se com estas consequências, acrescentando-lhes a relativização de diversos institutos e conceitos dos direitos autorais e o reconhecimento do que viria a ser uma “distribuição privada”. Ademais, impende destacar que tal legalização não deve ater-se tão somente ao compartilhamento no sistema ponto-a-ponto, mas também, outras formas onde o usuário é responsável pelo conteúdo binário disponibilizado, como em páginas dinâmicas de segunda geração ou *Web 2.0*³⁷.

Não se deve estender, entretanto, essa legalização de forma irrestrita na Internet, haja vista que o principal fundamento de uma compensação autoral é a incontabilidade das reproduções. O que não ocorre, por exemplo, quando dados protegidos por direito autoral são postos à disposição por um provedor de conteúdo tradicional, eis que a licença particular neste caso é perfeitamente possível e controlável.

A ausência de controle reside justamente no novo tipo de reprodução e distribuição que a Internet passou a propiciar com a sua característica de

³⁷ *Web 2.0* é nome dado às páginas dinâmicas de segunda geração, que justamente pela sua interatividade e interoperabilidade, permite ao usuário por meio de um navegador de páginas, compartilhar informações e arquivos, colaborando como elemento principal formador do conteúdo de tais páginas.

interatividade, deixando de haver um ponto fornecedor de conteúdo à massa, e passando a ser a massa fornecedora dela mesma, sendo talvez, melhor defini-la não como ponto-a-ponto, mas sim, “sociedade-a-sociedade”.

7. CONCLUSÕES

Em decorrência do descontentamento daqueles que, a princípio, detinham os meios de reprodução e dos titulares originários de direitos autorais, uma vez que vinham pouco a pouco sofrendo perdas ou deixando de ganhar frutos patrimoniais, formas de proteção foram criadas, novas responsabilidades inventadas, medidas judiciais tomadas, até que, enfim, criou-se uma forma de compensá-los em razão da tomada do poder reprodutivo pela sociedade, surgindo a compensação equitativa pela cópia privada. Poder esse que pôde ser legitimado pelo direito de acesso à cultura, porém era ilegítimo perante o Direito Autoral.

Como a evolução social, tecnológica e capitalista não para diante do Direito, antes mesmo que estivesse consolidada a primeira revolução autoral referente ao direito de reprodução, outra surgiu e mitigou alguns outros direitos, quais sejam, o de distribuição e seus correlatos.

Hoje o que se percebe é a crescente desnecessidade de intermediadores reprodutores e distribuidores, sendo isto o que levou a insatisfação deste ramo de indústria e, também, à relativa crise no sistema autoral. Desnecessidade patente e visível, pois os meios de reprodução e distribuição hoje se encontram ao alcance de todos, autores e consumidores de obras intelectuais.

Não se impõe o fim de atividades empresárias perante o autor e obras intelectuais, que irão continuar existindo na forma de um administrador, a fim de auxiliar a produção de obras com profissionalismo e divulgá-las, ou seja, realizar todo o *marketing* em cima do autor e da obra, podendo, até, em certos casos, tal atividade empresária elaborar a própria criação, e ser seu autor, como em alguns ordenamentos é permitido.

Não se faz necessário diante do paradigma digital e da interconectividade global um intermediário reprodutor ou distribuidor. O comportamento natural de uma sociedade diante de uma desnecessidade utilitária, por mais redundante que seja, é de não a utilizar.

A Internet e a digitalização da obra intelectual tornaram tão fácil a execução de certas tarefas que puseram um ponto tendencialmente final nos especialistas

em distribuição e reprodução bastando para substituí-los, respectivamente, apenas duas ações, o *upload* e o *download*.

Como uma forma de tentar conter o anunciado fim de uma modalidade de atividade econômica, presencia-se uma interminável hipertrofia no campo patrimonial do Direito Autoral a fim de preservar investimentos feitos. Com toda razão, tanto os investimentos dos autores quanto dos titulares de direitos autorais e daqueles que contribuíram para a criação de uma obra devem ser sempre preservados. Nenhum investimento pautado em ato lícito pode ser tido como em vão.

Sob égide do atual sistema de proteção, quanto aos reais disponibilizadores de conteúdo autoral não autorizado, a responsabilidade civil aplica-se objetivamente. Esta aplicação se dá em razão da criação do direito autoral de colocar à disposição, que se definiu como um movimento antecedente à distribuição e reprodução, criado para suprir uma necessidade de proteção diante dos novos poderes da sociedade.

Percebe-se que na verdade foi criado um direito e, conseqüentemente, uma violação a este, que transformou em ilícita uma conduta justamente que precede a de reprodução e distribuição, pois estas últimas não se sustentam sozinhas.

Já em relação aos intermediários, que facilitam, incentivam, ou, ainda, os que tenham o conhecimento das infrações e não tomam as medidas necessárias para impedi-las ou não tenham a devida precaução no desenvolvimento de um sistema para evitar o cometimento de ilicitudes sob a sua administração, assume o risco da possibilidade do dano ocorrer a terceiros, e respondem na medida de sua culpa como infratores contribuintes, solidariamente, com os infratores principais, onde não se faz necessária a prova de percepção de lucro com tal atividade, mas a prova de lesão a terceiros. Esta somente protege uma pré-distribuição.

A crise no direito de reprodução encontrou uma solução conciliatória entre o interesse coletivo e o particular nas compensações equitativas. Na mesma linha deve seguir uma solução à crise na distribuição.

É necessária uma singela intervenção do Estado estipulando normas, seja de caráter tributário ou licença legal indireta, para que se encontrasse uma solução pacífica entre a função social da propriedade fruto da atividade intelectual literária ou artística e os direitos patrimoniais dos autores, possibilitando o acesso à cultura, sem esquecer-se uma justa compensação para aqueles que realizam a produção cultural.

De fato, as compensações autorais à Internet em razão da existência de cópias e distribuições incontroláveis, podem ser rateadas entre os autores e titulares de

direitos autorais de acordo com dados estatísticos por amostragem referentes à distribuição em ambiente digital, como por, exemplo, é feita a distribuição indireta de escritórios de arrecadação como o ECAD³⁸, o que solucionaria alguns problemas da falta de controle.

Algumas consequências são imagináveis de um sistema de tal espécie, como uma remuneração dos artistas e titulares por cópias e distribuições incontroláveis na Internet; redução de gastos com tentativas de impedir a circulação de obras intelectuais; haveria menos perseguição, rastreamento e processos judiciais contra usuários de Internet; haveria maior quantidade e qualidade dos arquivos na rede, eis que as próprias empresas e autores vão querer disponibilizar seus materiais on-line para receber uma maior fatia da arrecadação das compensações; continuaria havendo incentivo à atividade intelectual; licenças prévias continuariam existindo em relação às utilizações controláveis; a função social da propriedade teria maior aplicação, acarretando no acesso à cultura; não haveria mais tantas inseguranças jurídicas etc.

Se, por um lado o movimento crescente de direitos patrimoniais autorais acarreta um entrave ao desempenho da função social das obras intelectuais, por outro a relativização destes institutos possibilita um maior acesso à cultura, sem prejudicar os autores e titulares. É necessário um estudo econômico que concilie os interesses da sociedade em busca de uma justa compensação.

O Estado deve normatizar estas novidades e não deixar a deriva conflitos de interesses tão divergentes. Na sociedade da informação, o acesso ao conhecimento representa um fator importante no desenvolvimento social, sendo amparado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, desencadeia na própria existência da dignidade da pessoa humana e ser considerada como uma prioridade absoluta³⁹. Do mesmo modo, acesso ao conhecimento é um dos meios de se superar desigualdades⁴⁰. A educação é um direito de todos, devendo, igualmente, haver incentivos ao desenvolvimento intelectual e da criação humana.

³⁸ AFONSO, Otávio. Op. cit., p. 108.

³⁹ MÉNDEZ, Emilio García. Origin, Sense and Future of Human Rights: thoughts for a new agenda. In: *Revista SUR – Revista Internacional dos Direitos Humanos*, Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004, v. 1. p. 12. apud MONIZ, Pedro de Paranaguá. *Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en Brasil: logrando un equilibrio entre la protección y el acceso al conocimiento*. Tradução de Juan Carlos Lara. In: ONG DERECHOS AUTORALES(Org.). *Acceso a La Cultura y Derechos de Autor: excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Santiago de Chile: LOM, 2008. p. 57.

⁴⁰ HANDAL, Georgina; MARTÍNEZ, Gerson Eli. *Una Aproximación al Vínculo entre el Acceso al Conocimiento y los Derechos de Autor, desde una Perspectiva Económica*. In: ONG DERECHOS AUTORALES(Org.). *Acceso a La Cultura y Derechos de Autor: excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Santiago de Chile: LOM, 2008. p. 118.

8. REFERÊNCIAS

- AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Barueri: Manole, 2009.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001.
- BARBOSA, Denis Borges. *O Conceito de Propriedade Intelectual*. 2002. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/110.doc>>. Acessado em: 8 Jun. 2020.
- GÓMEZ POMAR, Fernando. La Función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia. In: *RCDI*, n.º 614, 1993. apud TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- GUIBAULT, Lucie. HUGENHOLTZ, P. Bernt. VAN GEFFEN, Sjoerd. The Future of Levies in a Digital Environment. In: *Institute for Information Law*, Amsterdã, Março de 2003. Disponível em: <<http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2020.
- HANDAL, Georgina; MARTÍNEZ, Gerson Elí. *Una Aproximación al Vínculo entre el Acceso al Conocimiento y los Derechos de Autor, desde una Perspectiva Económica*. In: ONG DERECHOS AUTORALES(Org.). *Acceso a La Cultura y Derechos de Autor: excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Santiago de Chile: LOM, 2008.
- HOOLAR, Lee. A Bad Trade: Will congress unwittingly repeal the digital millennium copyright act and violate our trade treaties?. In: *Institute for Policy Inovation*. 23, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.ipi.org>>. Acesso em: 9 Jun. 2020.
- KAMINSKI, Omar. *Introdução à Gestão de Direitos Digitais*. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Propriedade Intelectual & Internet: Uma Perspectiva Integrada à Sociedade da Informação*. Curitiba: Juruá, 2002.
- LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de Autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- MÉNDEZ, Emilio García. Origin, Sense and Future of Human Rights: thoughts for a new agenda. In: *Revista SUR – Revista Internacional dos Direitos Humanos*, Rede Universitária de Direitos Humano, 2004, v. 1. apud MONIZ, Pedro de Paranaguá. *Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en Brasil: logrando un equilibrio entre la protección y el acceso al conocimiento*. Tradução de Juan Carlos Lara. In: ONG DERECHOS AUTORALES(Org.). *Acceso a La Cultura y Derechos de Autor: excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Santiago de Chile: LOM, 2008.
- NIMMER, David. The End of Copyright. In: *Int. Pro. Law Review*, v. 29, 1997.
- PEREIRA, Alexandre Dias. *Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Excepção)*. In *Revista da ABPI* n.º. 94, Maio/Junho de 2008.
- _____. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*. STVDIA IVRIDICA 55-Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, fev. 2001.
- ROCHA, Daniel. *Direito de Autor*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A proteção autoral do website. *Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações*. São Paulo, 19 jun. 2006. Disponível em: <http://www.abdi.org.br/website/inst_estatuto.asp>. Acesso em: 9 jun. 2020.

SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: Uma Interpretação Civil-Constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988 – 2005*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2006.

TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

DIGNIDADE COMO VALOR INTRÍNSECO E AUTONOMIA – NOTAS SOBRE O PENSAMENTO KANTIANO E ALGUMAS APLICAÇÕES JURÍDICAS

Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha¹

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A importância conferida pelo pensamento ocidental (e, mais particularmente, pelo discurso jurídico contemporâneo pós Segunda Guerra Mundial) à ideia de dignidade impõe uma rigorosa leitura que, superando sua natural imprecisão, evite banalizações que possam esvaziar seu conteúdo.

Maria Celina Bodin de Moraes, reconstruindo o discurso arendtiano, afirma que os homens são a um só tempo iguais e diferentes, e que esta “pluralidade de seres singulares” que compõe a humanidade é caracterizada por um predicado específico, denominado dignidade².

A noção de dignidade é metajurídica e foi objeto de inúmeras abordagens na história da Filosofia. Atualmente, a constante evocação à necessidade de

¹ Professor de direito Civil do Centro Universitário Augusto Motta-UNISUAM, Mestre em Direito pela UCP e Doutorando pela UVA

² “Para distinguir os seres humanos, diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria, comum unicamente aos humanos: uma ‘dignidade’ inerente à espécie humana. A raiz etimológica da palavra ‘dignidade’ provém do latim: dignus é ‘aquele que merece estima e honra, aquele que é importante’; diz-se que a sua utilização correspondeu sempre a pessoas, mas foi referida, ao longo da Antiguidade, tão-só à espécie humana como um todo, sem que tivesse havido qualquer personificação” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2010., p. 77).

proteger a dignidade do ser humano, ao mesmo tempo em que ilustra as ameaças proporcionadas pelo contexto contemporâneo (concentração de renda, extrema desigualdade social, banalização da morte e do sofrimento humanos, *et coetera*), revela igualmente a existência de diversas imprecisões, que conduzem à arbitrariedade em alguns casos³. Ademais disso, em inúmeros temas sensíveis, a alusão à dignidade humana tem servido de suporte argumentativo para defensores de posicionamentos opostos, fato que é parcialmente explicado pela “vagueza semântica” da expressão⁴.

A dignidade alcançou seu status de primazia no discurso jurídico contemporâneo, sendo praticamente unânime o consenso em torno da necessidade de sua promoção e tutela. Contudo, embora sua noção seja até certo ponto intuitiva, diverge-se sobre seu conteúdo e fundamento. Estão todos de acordo quanto à importância de se respeitar e promover a dignidade humana, mas não se sabe ao certo o que ela é, em que base reside, se a mesma pode ser, de algum modo, subtraída e como poderia ser defendida. Esta “ambiguidade da dignidade” suscita algumas hipóteses: ela poderia refletir uma inexata compreensão conceitual (o que implicaria em afirmar que de fato há uma dignidade única e universal, válida em todos os momentos e lugares, independente de diferenças culturais) ou poderia ser, isoladamente, insuficiente para responder a questionamentos que envolvam situações sensíveis e controversas, como autonomia reprodutiva, diversidades culturais, ou terminalidade da vida e o direito a morrer com dignidade (carecendo de complementação por outros argumentos, que melhor esclarecessem o significado do que deva ser compreendido como uma morte digna).

Restringe-se este trabalho à concepção que lhe foi dada por Immanuel KANT, pela importância que suas reflexões trouxeram para o debate em torno da dignidade, nos campos moral e jurídico. Para tal, inicialmente será realizada uma análise do pensamento moral Kantiano acerca da dignidade, para, a seguir, se promover uma verificação de como sua filosofia moral é recebida por doutrina e jurisprudência pátrias.

³ FRIAS, Lincoln, LOPES, Nairo. *Considerações sobre o conceito de dignidade humana*. In: *REVISTA DE DIREITO GV*. São Paulo: 2015, p. 652. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322015000200649&lng=pt&nrm=iso&tlng=en. Acesso em 28.04.2020.

⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª ed. Belo Horizonte: ed. Forum, 2016, pp. 299-300.

1. A CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE EM IMMANUEL KANT

A compreensão da dignidade no pensamento Kantiano pressupõe uma prévia elucidação de sua noção de imperativo categórico. O homem, enquanto ser racional, é dotado de vontade (entendida como a faculdade de agir consoante certas regras). Sendo a vontade humana, contudo, imperfeita (dado que sujeita à inclinações pessoais), carece de ser constrangida pelas leis da razão, que a ela se apresentam como mandamentos, que assumem a forma de imperativos, expressando deveres⁵.

Os imperativos seriam divididos em duas categorias: os imperativos hipotéticos - considerados como a ação necessária para quem almeja alcançar certos fins- e o imperativo categórico – visto como uma ação necessária em si mesma, incondicionalmente⁶.

O imperativo hipotético parte da premissa de quem deseja um fim, deseja de igual modo – e necessariamente- os meios para alcançar seu intento. No Kantismo, o imperativo hipotético é inadequado para definir uma conduta como moral.

Apenas o imperativo categórico poderia estabelecer a fórmula de um comportamento moral, na medida em que independente de quaisquer fins aos quais pudesse ser dirigida. Este seria único, e estaria contido na seguinte fórmula: “age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”⁷. Deste imperativo, formulado em tais termos, derivariam todas as máximas do dever. Numa tentativa de precisar a ideia de dever, KANT formula seu imperativo em outros termos: “age como se a máxima de tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza”⁸. O imperativo categórico não seria um princípio moral, mas o “conceito e padrão de medida supremo de todo o agir moral”, cabendo à autonomia da vontade o papel de fundamento para agir consoante tal padrão⁹.

⁵ “Todos os imperativos se expressam pelo verbo dever [sollen] e mostram assim a relação de uma lei objetiva da razão com uma vontade que, por sua constituição subjetiva, não é necessariamente determinada por tal lei (uma obrigação)” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: MARTIN CLARET, 2008, p. 44).

⁶ PASCAL, Georges. *Compreender Kant*. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: ed. Vozes, 2011, pp. 127-128).

⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: MARTIN CLARET, 2008, p. 51.

⁸ KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 52.

⁹ HOFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christan Viktor Hamm, Valério Rohden. São Paulo: Martins

A ação moral, assim, é aquela que, caso adotada de forma universal por todos os homens, não se inviabilizaria, gerando contradições¹⁰. O homem, enquanto ser racional, é dotado de vontade e age conforme um fim. Logo, a boa vontade, aquela que se ajusta ao imperativo categórico, demanda um fim universalmente válido e, portanto, um fim em si. E apenas o homem pode ocupar este posto de valor absoluto, na medida em que todas as demais coisas possuem valor para ele¹¹. Daí decorre uma outra formulação possível para o imperativo categórico: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio”¹².

A dignidade seria justamente esta qualidade que torna o ser humano um fim em si, na medida em que impede o estabelecimento de um parâmetro, ou cálculo, de equivalência, capaz de fazê-lo substituir por outra coisa¹³.

Susan SHELL esclarece que o “fim em si mesmo” da construção Kantiana não se refere a uma meta a ser alcançada, mas a um “limite absoluto” a ser imposto a quaisquer outros fins¹⁴. Neste sentido, o termo “humanidade”, formulado no imperativo categórico, comportaria um duplo significado: Num primeiro momento, assumiria um aspecto de autorreferência, enquanto sujeito racional¹⁵. Simultaneamente a esta visão autocentrada, o termo comportaria um aspecto de reconhecimento, que demanda uma reciprocidade de tratamento para com outros indivíduos, igualmente dotados de dignidade e igualmente fins em si.¹⁶

Fontes, 2005, pp. 215-216.

¹⁰ KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 67.

¹¹ PASCAL, Georges. *Op. Cit.*, pp.129-131.

¹² KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 59.

¹³ Esse raciocínio é expresso em célebre passagem: “No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade” (KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 65).

¹⁴ “The idea of humanity as an “objective end” refers not to a goal to be achieved by our action (as in the usual meaning of an “end”) but to an absolute limit that restricts our other ends and maxims, and the activities they prompt. An “end in itself” is not “an object that we of ourselves actually make our end”; it is, rather, in Kant’s words, the “objective” end that serves as a “supreme [limiting] condition” upon whatever ends we have” (SHELL, Susan M. *Kant’s Concept of Human Dignity as a Resource for Bioethics*. In: PELLEGRINO, Edmund, et. al. *Human Dignity and Bioethics*. Washington, 2008. Disponível em: https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human_dignity/. Acesso em 28.04.2020., p.335-336).

¹⁵ Nas palavras da autora: “On the one hand, humanity is the “subjective” side of a rational nature –the way in which rational nature in us immediately and unmistakably impinges on our own consciousness. Every human being “necessarily represents his own existence “as an end that needs no further justification. Every human being, in other words, naturally regards himself as his own center of reference, in terms of which all other goods express their value” (SHELL, Susan. *Op. cit.*, p. 337).

¹⁶ “But humanity, as the “subjective” side of “rational nature”, also points beyond itself. Man can regard his

A noção de humanidade, contudo, ultrapassaria a ideia de liberdade recíproca pautada em laços de estima e respeito mútuos, para também impor limites aos usos que alguém pode fazer de suas próprias capacidades¹⁷. Deste modo, os fins de outrem, quando moralmente admissíveis, representariam limites aos nossos próprios fins, que somente nos serão lícitos quando não conflitarem de modo inadmissível com os fins alheios¹⁸.

A ideia de uma dignidade inalienável como uma qualidade intrínseca que diferencia o homem das demais formas de vida existentes, impedindo sua conversão em objeto de interesses econômicos, científicos, ou de qualquer outra índole, encontra seu fundamento, segundo o Kantismo, na ideia de autonomia. Daí resultaria um terceiro desdobramento de seu imperativo categórico: “a vontade de todo ser racional como vontade legisladora universal”¹⁹. Tal lei (moral) necessariamente precisa ser dada pelo próprio homem, sob pena do mesmo converter-se em objeto desta²⁰.

HÖFFE explica que KANT, inicialmente, separa todas as máximas que nascem de uma vontade não-moral (heteronomia), para determinar, por exclusão, o conceito de autonomia, sendo essa a condição que torna possível a lei moral²¹. A autonomia kantiana teria dois componentes: a *desnecessidade* de interferência externa na construção moral e a possibilidade de controle de si próprio pelo agente moral²².

Onora O’NEIL dissocia a autonomia, tal qual concebida pelo kantismo de

own existence as something that has objective value only through recognition of a law that applies equally to others” (SHELL, Susan. *Op. cit.*, p. 337).

¹⁷ SHELL, Susan. *Op. cit.*, p.339.

¹⁸ SCHNEEWIND, J. B. *Autonomia, obrigação e virtude: Uma visão geral da filosofia moral de Kant*. In: GUYER, Paul, et. al., *Kant*. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. 2ª ed., Aparecida/SP: Editora Ideias & Letras, 2009., p. 389.

¹⁹ KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 62.

²⁰ “Não devendo ser tratado como um instrumento, o homem não poderia ser um simples objeto da legislação universal imposta pela lei moral; é necessário, pois, que seja ele próprio o seu autor. Não podendo receber sua lei de fora, é preciso que ele a imponha a si mesmo (PASCAL, Georges. *Op. Cit.*, p. 132).

²¹ HOFFE, Otfried, *Op. cit.*, p. 216.

²² “O primeiro é que nenhuma autoridade externa a nós é necessária para constituir ou nos informar das demandas da moralidade. Cada um de nós sabe, sem que seja dito, o que deveria fazer porque as exigências morais são exigências que nos impomos a nós mesmos. O segundo é que no autogoverno podemos efetivamente nos controlar a nós mesmos. As obrigações que impomos a nós mesmos passam por cima de todos os outros chamados à ação e frequentemente vão contra nossos desejos. Apesar disso, sempre temos um motivo suficiente para agir conforme deveríamos. Por conseguinte, nenhuma fonte externa de motivação é necessária para que nossa autolegislação seja eficiente em controlar nosso comportamento” (SCHNEEWIND, J. B. *Op. cit.*, p. 371).

outro sentido que lhe é comumente atribuído, qual seja, o de independência individual concebida como uma característica relacional, variável em diversos graus e contextos, desta forma tentando afastar algumas críticas recebidas pela filosofia moral de KANT, em relação a um excessivo individualismo e ausência de solidariedade²³. A autora apresenta o conceito de autolegislação universal como uma legislação “de todos os agentes para todos os agentes”²⁴.

Linhas adiante, aponta que a chave para uma interpretação coerente da legislação universal em Kant (por ela denominada Fórmula da Autonomia) reside no reconhecimento da existência de uma restrição ao conteúdo desta legislação, qual seja, o mesmo deve ser compatível com a vontade de todos os seres racionais, podendo ser elaborado ou adotado por qualquer deles²⁵.

A ideia da autonomia como fundamento moral, contudo, apresenta algumas dificuldades. Uma delas residiria no fato de que tornar a própria vontade como fundamento das obrigações (morais) implicaria em deixar seu conteúdo e caráter a critério da pessoa que se obriga, o que seria contraditório com a noção de obrigação. Ademais, caso a racionalidade dessas leis seja apontada como o determinante para a sua obrigatoriedade, então esta passaria a ser o fundamento de sua força moral, e não a vontade em si²⁶.

Analisando o dilema proposto por WOOD, O’NEIL o divide em duas partes: a primeira, representada pelo trecho “Fazer da minha própria vontade a autora

²³ O’NEIL, Onora. *Autonomia, Pluralidade e Razão Pública*. In: CADERNOS DE FILOSOFIA ALEMÃ, v. 19, n. 1, 2014, p. 20. Trad. Monique Hulshof, André Assi Barreto. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/85596/88372>. Acesso em 28.04.2020.

²⁴ Para que preencha tal requisito, contudo, deve atender a duas condições essenciais: “Em primeiro lugar, eles devem escolher princípios que qualquer um – consequentemente todos – poderia escolher; caso contrário, pelo menos alguns agentes não poderiam ser legisladores universais. Em segundo lugar, eles devem escolher princípios que todos – consequentemente, qualquer um – poderiam adotar como base para conduzir suas vidas; caso contrário, pelo menos alguns agentes seriam isentados de quaisquer princípios que fossem escolhidos, os quais consequentemente não poderiam ser leis universais” (O’NEIL, Onora. *Op. cit.*, p. 20).

²⁵ “A chave para uma interpretação coerente da Fórmula da Autonomia é reconhecer que, ao requerer uma legislação universal (de todos, para todos), ela estabelece uma restrição quanto ao conteúdo dessa legislação. Legisladores universais podem ‘legislar’ apenas aqueles princípios que poderiam ser escolhidos por todos e prescritivo para todos” (O’NEIL, Onora. *Op. cit.*, p.21).

²⁶ “Autonomy of the Will as the ground of moral obligation is arguably Kant’s most original ethical discovery (or invention). But it is also easy to regards Kant’s conception of autonomy as either incoherent or fraudulent.. To make my own will the author of the obligations seems to leave both the content and their bindingness at my discretion, which contradicts the idea that I’m obligated to them. If we reply to this object, by emphasizing the rationality of these laws as what binds me, then we seem to be transferring the source of obligation from my will to the canons of rationality. The notion of self-legislation become a deception, or at best an euphemism” (WOOD, Allen. *Kant’s Ethical Thoughts*. Cambridge: Cambridge University Press: 1999, p. 156).

das minhas obrigações parece deixar a meu critério tanto seu conteúdo como seu caráter de obrigação”. Esta interpretação daria a autonomia contorno estritamente individualista, com a qual, conforme já explicado, a ideia Kantiana não se confunde. Estruturá-la nestes termos estritamente individuais “acaba por apontar não para a moralidade, mas para uma pura e simples vontade arbitrária: priva a vontade humana de valor ético”²⁷.

A segunda parte do dilema proposto por WOOD “enfatizando a racionalidade dessas leis como o que me obriga, então parece que transferimos a fonte da obrigação da minha vontade para os cânones da racionalidade. A noção de autolegislação se torna uma decepção ou, na melhor das hipóteses, um eufemismo” seria igualmente criticável na medida em que a autonomia não é apresentada no pensamento Kantiano como uma decorrência da lei racional, mas como fundamento desta²⁸ (Op. cit., pp.23-24).

Após esta breve análise do pensamento Kantiano, se passa a analisar como este tem sido recebido em nosso pensamento jurídico, no tocante aos aspectos propostos o que será objeto do item subsequente.

2. A DIGNIDADE COMO VALOR INTRÍNSECO E COMO AUTONOMIA NO DISCURSO JURÍDICO BRASILEIRO

A compreensão da dignidade como valor intrínseco e como autonomia (ou pelo menos destes como parte de seus elementos integrantes) tem recebido boa acolhida em doutrina e jurisprudência pátrias.

Maria Celina Bodin de Moraes, ao analisar a dimensão jurídica da dignidade, desdobra-a em quatro corolários (igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade)^{29,30}. Não se deve, entretanto, restringir a ideia de liberdade, como o fez o pensamento jurídico liberal oitocentista, limitando-a à esfera contratual/patrimonial, em uma apropriação parcial da autonomia moral Kantiana, focada

²⁷ O’NEIL, Onora. *Op. cit.*, p.23.

²⁸ O’NEIL, Onora. *Op. cit.*, pp. 23-24.

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 85.

³⁰ Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk critica esta concepção, afirmando que, a rigor, ela ainda se encontra na seara da abstração, sendo insuficiente na realidade concreta, em que pode ocorrer colisão entre tais postulados, idealmente harmônicos. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Dignidade da Pessoa Humana*. In: CLÈVE, Clemerson Merlin, et. all: *Direito Constitucional Brasileiro*, v. I: *Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2014, p.177.

exclusivamente em aspecto negativo da liberdade como ausência de coerção externa³¹. A face da autonomia que integra a dignidade é aquela voltada às relações existenciais^{32,33,34}, possibilitando a realização de escolhas representativas do projeto existencial de seu titular³⁵.

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, ao analisar a base filosófica da dignidade enquanto qualidade humana, reconhece o valor da reflexão Kantiana para seu núcleo essencial. O valor intrínseco, impeditivo da objetificação, caracterizado pela fórmula “fim em si mesmo”, ainda que atue como “condição de possibilidade para a universalidade da autonomia moral do sujeito”³⁶, seria insuficiente face a concretude da experiência vivida, a incluir as peculiaridades e idiosincrasias de cada um, bem como o papel exercido pela intersubjetividade na formação da identidade pessoal³⁷. O autor fala em algumas dimensões da dignidade, a saber

³¹ BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Autonomia e Solidariedade*. In: TEPEDINO, Gustavo, et. all. *O Direito Civil Entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: FORUM, 2016, pp. 98-99.

³² Naturalmente, a autonomia ligada a relações patrimoniais/contratuais pode afetar a dignidade indiretamente, na medida em que eventualmente implique em sonegar à pessoa o acesso às condições mínimas para o atendimento a suas necessidades básicas.

³³ “No que tange às situações pessoais, como aquelas que se referem à vida privada do sujeito – como por exemplo, à liberdade de crença, de associação, de profissão, de pensamento -, considera-se haver uma “proteção constitucional reforçada, porque sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade”. Significa dizer que as ações humanas que envolvem escolhas de caráter existencial são protegidas de modo mais intenso pela ordem constitucional. O mesmo não se dá com as situações privadas patrimoniais, mais sujeitas à intervenção por parte do Estado. Tais situações, em virtude de fatores socioeconômicos considerados pelo constituinte, devem desempenhar, além da função individual, também uma função social” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 190).

³⁴ No mesmo sentido de conferir maior densidade à autonomia, quando manifestada em situações jurídicas existenciais, ligadas ao desenvolvimento da personalidade e da realização pessoal, encontramos voto do Min. Luís Roberto Barroso, proferido em sede de RE, pela inconstitucionalidade do art. 1.790,CC/02, o qual, ao estabelecer tratamento diferenciado entre cônjuges e companheiros no plano sucessório, de modo flagrantemente desfavorável a estes, afrontaria a autonomia existencial (e, por consequência, a dignidade) do casal que optou por esse modelo familiar. “Quanto maior a conexão dessas escolhas com o desenvolvimento da personalidade e a autorrealização individual, maior deve ser a proteção conferida à autonomia. Nesse sentido, não há dúvida de que a opção de constituir uma família, bem como de adotar uma determinada forma de constituição familiar é uma das mais relevantes decisões existenciais. Trata-se de uma questão que toca a intimidade de cada indivíduo, de sua vontade de seguir (ou não) tradições, crenças e sonhos, e de viver sua união segundo a sua própria concepção de vida boa. Porém, quando o Código Civil cria regimes sucessórios diversos para os casais casados e para os que vivem em união estável, restringe-se inequivocamente a autonomia de optar por um ou outro regime. Considerando-se que, na quase totalidade dos casos, o companheiro terá menos direitos sucessórios em relação ao cônjuge, o ordenamento jurídico impõe um ônus maior às famílias em união estável. Assim, acaba-se induzindo quem deseja viver em união estável a adotar o modelo do casamento, por receio de que seus parceiros não venham a fazer jus ao regime sucessório devido”. STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.5.2017.DJe. 6.2.2018.

³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 108.

³⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, pp. 170.

³⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, pp. 171.

negativa (abstenção, por terceiros, de comportamentos violadores), *prestacional* (que impõe condutas por parte de terceiros, em especial o Estado, de modo a assegurar uma *vida digna* por meio de determinadas prestações), *subjativa* (ligadas às concepções individuais de dignidade) e *objetiva* (também denominada dimensão *social*, ligado àquilo que a sociedade reputa digno, ou indigno)³⁸.

Daniel Sarmento apresenta críticas ao caráter excessivamente abstrato e “desencarnado” da dignidade presente no discurso Kantiano, vez que justificado por uma racionalidade moral irrealista³⁹. Contudo, ao apontar os elementos que, a seu ver, compõem o conceito de dignidade (valor intrínseco da pessoa, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento), recorre ao pensamento Kantiano em dois momentos.

O *valor intrínseco* encontra sua origem no pensamento Kantiano. Justamente por ser a pessoa um “fim em si mesma”, teria valor inerente, de caráter ontológico, independente das características pessoais de cada indivíduo⁴⁰. Desta forma, decorre de forma objetiva da própria natureza de sujeito, permanecendo constante durante a existência de uma pessoa - diversamente do que ocorre com seus níveis de bem-estar, ou com os valores por ela professados, que oscilarão durante o transcurso de sua vida, e que são apresentados como relativos e pessoais, na medida em que dependem da própria percepção de bem daquela pessoa.⁴¹

A *autonomia*, outro elemento componente da dignidade, significaria, para o autor, a um só tempo o direito dos indivíduos fazerem suas escolhas de vida e agirem conforme elas (que o autor denominou *autonomia privada*), bem como o de integrarem a formação da vontade coletiva da comunidade política na qual se inserem (*autonomia pública*)⁴².

Luís Roberto Barroso, ao enfrentar o problema de estabelecer um *conteúdo mínimo* para a dignidade humana nela identifica o valor intrínseco de toda

³⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, pp.179-183).

³⁹ “Como já salientado, Kant atribuiu dignidade intrínseca às pessoas, mas fundou-a exclusivamente na sua autonomia, compreendida como a capacidade dos seres humanos de agirem de modo racional, prescrevendo para si as leis morais. Não é a pessoa real e concreta, que age também em razão dos seus sentimentos, inclinações e necessidades, que a filosofia Kantiana valoriza, mas tão somente a capacidade para o uso da razão, existente em cada indivíduo. Trata-se de um ser humano abstrato, cuja liberdade estaria fora da natureza, não se sujeitando, sequer, às leis da causalidade. Uma pessoa que não existe e que, a rigor, sequer é possível?”. (SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 43).

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 327.

⁴¹ LUPER, Steven. *A Filosofia da Morte*. Trad. Cecília Bonamine. São Paulo: MADRAS, 2010, p. 179.

⁴² SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 328.

vida humana, a autonomia e o valor comunitário, capaz de estabelecer certas restrições a seu exercício⁴³.

O valor intrínseco derivaria de um postulado antiutilitarista - de matiz Kantiana, ligado à ideia do homem como “fim em si mesmo” - e um antiautoritário – significando que o Estado existe para o indivíduo e não o oposto^{44,45}, atuando, ainda, como forma de proibir discriminações ilegítimas⁴⁶.

Igualmente a autonomia seria expressão relevante na ideia de dignidade, constituindo seu elemento ético⁴⁷. A dignidade como autonomia seria pautada na capacidade de autodeterminação (“decidir os rumos da própria vida e desenvolver livremente a própria personalidade”), nas condições para o exercício desta autodeterminação (“meios adequados para que a liberdade seja real, e não mera retórica”), universalidade (sendo uma qualidade comuns a todos os seres humanos) e inerência (a sua universalidade deriva justamente de ser uma qualidade intrínseca a toda pessoa). É relevante perceber que, no conceito do autor, a autonomia encontra limites no que ele denomina valor comunitário, sendo neste aspecto, vista a como heteronomia. Deste enfoque, a dignidade traduz uma visão ligada a valores compartilhados pela comunidade, pautados em conceitos de bem comum ou interesse público, estando associada não tanto aos desejos individuais, mas a uma percepção de coletividade e convivência⁴⁸. O balanceamento entre ambas as vertentes evitaria uma *hipertrofia* unidimensional, capaz de produzir efeitos indesejados⁴⁹

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 72.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, pp. 76-77.

⁴⁵ “Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana” STF, ADPF444/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.06.2018. DJe. 22.05.2019.

⁴⁶ “A dignidade como valor intrínseco postula que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. Isso implica a proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou idade, e também devido à forma de constituição de família adotada. Se o Direito Sucessório brasileiro tem como fundamento a proteção da família, por meio da transferência de recursos para que os familiares mais próximos do falecido possam levar suas vidas adiante de forma digna, é incompatível com a ordem de valores consagrada pela Constituição de 1988 definir que cônjuges e companheiros podem receber maior ou menor proteção do Estado simplesmente porque adotaram um ou outro tipo familiar”. STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.5.2017. DJe. 6.2.2018.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 81.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. In: GOZZO, Débora, et. all. *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: SARAIVA, 2014, pp. 38-42.

⁴⁹ Nesse sentido, utilizando como terminologia já mencionada as dimensões *subjetiva e objetiva*, ou *social*

O que se depreende da leitura dos autores *supracitados* é que a autonomia é frequentemente associada à dignidade, porém justificada em um sentido não Kantiano. A autonomia em Kant pressupõe a racionalidade absoluta e abstrata, corretamente criticada por irrealizável. Uma vez concebida como liberdade para realização de valores existenciais, passa forçosamente a englobar escolhas não racionais, ou mesmo intencionalmente irracionais, pautadas em pulsões ou paixões^{50, 51}. De fato, é impossível se falar em dignidade sem considerar a autonomia. A possibilidade de decidir acerca das questões que concretizam o projeto existencial de cada um é um de seus aspectos mais essenciais. Contudo, associar tal exercício a escolhas exclusivamente pautadas por uma lei moral racional e abstrata conduziria ao paradoxo de reduzir substancialmente a possibilidade de fazê-las, ou conduziria a um artificialismo que negaria a própria humanidade em si. Naturalmente, a autonomia existencial encontra limites, pautados por parâmetros e princípios próprios, sempre que seu exercício inviabilize a possibilidade do outro realizar as próprias escolhas. Não parece, contudo, que tais limites devam residir em consensos fortes, baseados em valores sociais compartilhados, o que poderia implicar em imposição moral por parte de grupos dominantes, indesejável em contexto multicultural⁵².

A ideia de *valor intrínseco* da pessoa humana, por sua vez, tem sido adotada com menores ressalvas. A percepção de sua importância é igualmente intuitiva, contudo, também decorre de premissas que podem ser questionadas. Em Kant, novamente a razão é utilizada como justificante desse valor inerente, fundamento que pode levantar objeções, como a sua inadequação para abranger pessoas que, por circunstâncias particulares, permanentes ou transitórias (nascituro, anencéfalo, indivíduos demenciados) não possam exercer suas faculdades racionais⁵³, ou que o critério da racionalidade seria, em si, falho, caracterizando

da dignidade, Carlos Pianovski Ruzyk adverte que o enfoque exagerado em alguma dessas percepções poderia terminar por negar a própria dignidade. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, pp. 182-183.

⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 193.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 69.

⁵² Nesse sentido, o voto proferido pelo Min. Marco Aurélio Mello, na ADI 4275/DF, que analisou a possibilidade de alteração do prenome e do registro civil por pessoa transexual, ou travesti, independente de submissão a procedimento cirúrgico, *verbis*: “Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa. Cabe a cada qual trilhar a respectiva jornada, arcando com a responsabilidade imposta pela própria consciência, na busca pelos objetivos que se propôs a cumprir” STF, ADI 4.275/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. J. 01.03.2018.

⁵³ Contra esse argumento, é possível apontar o posicionamento de autores como John Finnis, para quem

especismo⁵⁴ eticamente injustificável, ou, como já mencionado *supra*, o recurso à razão universal seja por demais abstrato e despido de concretude capaz de torna-lo pragmaticamente útil. Nenhuma destas objeções, contudo, poderá ser enfrentada aqui, dadas as limitações deste artigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância da filosofia moral Kantiana para o delineamento da ideia de dignidade humana é inegável e este trabalho se propôs a promover-lhe uma análise, ainda que breve. Contudo, sua excessiva rigidez e racionalidade abstrata encontram algumas resistências doutrinárias quando de sua transposição do plano moral para o discurso jurídico. Há consenso acadêmico quanto a necessidade de se considerar a dignidade da pessoa concreta, em suas imperfeições e contradições, e não um projeto idealizado e inatingível de indivíduo puramente racional bem como de entender as ideias de autonomia e valor intrínseco como partes inerentes e nucleares para a formulação de uma tentativa conceitual da dignidade no plano do direito.

Contudo, a tarefa a empreender não é simples. Traduzir a noção intuitiva de dignidade em um conceito coerente e alicerçado de forma sólida implica em dificuldades ilustradas pelas contribuições doutrinárias analisadas. De se notar que todas elas se valem da autonomia de modo diverso do sentido Kantiano, não como uma lei moral universal, pautada em uma racionalidade rígida, mas como a possibilidade de realizar escolhas -ainda que não racionais -que proporcionem a concretização de um projeto de vida. Autonomia não como razão, mas como realização. Sob este prisma tem sido empregada, em especial nas decisões dos Tribunais Superiores, como as mencionadas por este trabalho.

A ideia de valor intrínseco, inerentemente bom, independente de qualquer circunstância valorativa externa ou dependente de algum atuar, tem encontrado maior permeabilidade, muito embora haja alguma dificuldade em estabelecer-

a dignidade é uma condição decorrente da natureza humana racional, que se mantém íntegra ainda que determinada pessoa esteja privada desta faculdade, não devendo ser confu. Cf. FINNIS, John. *The "Value of Human Life" and "The Right to Death": Some Reflections on Cruzan and Ronald DWORKIN*. Disponível em http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/318/. Acesso em 29.04.2020.

⁵⁴ O neologismo "especismo" é definido pelo autor como "um preconceito ou atitude ou predisposição em favor dos interesses de membros de sua própria espécie e contra membros de outras espécies" (SINGER, SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Trad. Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2010., p. 11

lhe uma justificativa adequada. Não se nega, por óbvio, a existência de um valor suficientemente bom e merecedor de tutela e reconhecimento na vida humana, capaz de vedar a sua instrumentalização absoluta. O que se percebe é que a fundamentação por trás do consenso retorna à racionalidade Kantiana, o que pode suscitar críticas como as mencionadas.

Em suma, a tentativa de conceituar juridicamente o fenômeno metajurídico da dignidade humana é incessante e inclemente (talvez até contraditória, na medida em que todo conceito, por mais elástico que seja é uma redução, a limitar e aprisionar de algum modo as possibilidades expansivas da dignidade humana), contudo tal constatação não deve inibir os que se dedicam à empreitada, seja para evitar sua banalização e uso decorativo, como mera retórica vazia, seja para que os excessos ou reduções a seu apelo terminem por negar sua tutela concreta.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. A Morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora, et. al., *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e Solidariedade. In: TEPEDINO, Gustavo, et. all. *O Direito Civil Entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: FORUM, 2016.
- FINNIS, John. The “Value of Human Life” and “The Right to Death”: Some Reflections on Cruzan and Ronald DWORKIN. Disponível em http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/318/. Acesso em 29.04.2020.
- FRIAS, Lincoln, LOPES, Nairo. Considerações sobre o conceito de dignidade humana. In: *REVISTA DE DIREITO GV*. São Paulo: 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200649&lng=pt&nrm=iso&tIng=en. Acesso em 28.04.2020.
- HOFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christan Viktor Hamm, Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: MARTIN CLARET, 2008.
- LUPER, Steven. *A Filosofia da Morte*. Trad. Cecília Bonamine. São Paulo: MADRAS, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2010.

- O'NEIL, Onora. Autonomia, Pluralidade e Razão Pública. In: CADERNOS DE FILOSOFIA ALEMÃ, v. 19, n. 1, 2014. Trad. Monique Hulshof, André Assi Barreto. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/85596/88372>. Acesso em 28.04.2020.
- PASCAL, Georges. Compreender Kant. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: ed. Vozes, 2011.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade da Pessoa Humana. In: CLÈVE, Clemerson Merlin, et. al.: Direito Constitucional Brasileiro, v. I: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2014.
- SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed. Belo Horizonte: ed. Forum, 2016.
- SCHNEEWIND, J. B. Autonomia, obrigação e virtude: Uma visão geral da filosofia moral de Kant. In: GUYER, Paul, et. al., Kant. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. 2ª ed., Aparecida/SP: Editora Ideias & Letras, 2009.
- SHELL, Susan M. Kant's Concept of Human Dignity as a Resource for Bioethics. In: PELLEGRINO, Edmund, et. al. Human Dignity and Bioethics. Washington, 2008. Disponível em: https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human_dignity/. Acesso em 28.04.2020.
- SINGER, Peter. Libertação Animal. Trad. Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- WOOD, Allen. Kant's Ethical Thoughts. Cambridge: Cambridge University Press: 1999.

A ADOÇÃO DA TEORIA OBJETIVA PURA NA INTERPRETAÇÃO DE APLICAÇÃO DO CRIME CONTINUADO COMO EFETIVA RESPOSTA JURISDICIONAL-PENAL

Luiz Felipe Marchesi - Advogado

Resumo: O presente artigo tem por escopo estudar a contribuição da adoção da Teoria Objetiva Pura no instituto do crime continuado como catalisadora de efetiva resposta estatal às práticas criminosas, de modo a preservar o tecido social.

Palavras-chave: Crime continuado. Teoria Objetiva Pura. Aplicação de pena.

1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, cada vez mais, a violência urbana – assim como o seu feroz crescimento – tem sido alvo das mais acaloradas discussões. A mídia, em todas as suas manifestações, vem debatendo acerca da melhor forma de ‘combatê-la’. A população¹, em todos os seus estratos sociais, intervém no debate público, clamando por um maior recrudescimento penal e processual-penal.

Contudo, quanto maior a repressão à criminalidade, mais se configura a violência: esse é o círculo vicioso que se apresenta de maneira cada vez mais

¹ “A regra do Estado de Direito tem sido, no entanto, reiteradamente excepcionada entre nós. A classe média, sobretudo a classe média, insuflada pela imprensa, já não a deseja senão para o irmão, o amigo, o parente de cada um. O individualismo que domina, o egoísmo que preside as nossas relações com o outro, não quer mais saber da lei e da Justiça, que ‘só servem para soltar quem a polícia prende’”. GRAU, Eros Roberto. *Direito Penal – Sob a Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Malheiros, 2010, p. 61.

brutal. Indaga-se, pois, como reduzir a violência e a criminalidade, assim como qual seria a melhor resposta penal – a mais adequada, portanto – para a agressão ao tecido social.

O presente texto tem por objetivo estudar a contribuição do instituto do crime continuado, previsto no artigo 71 do Código Penal², como efetiva resposta estatal às práticas criminosas, de modo a quebrar tal círculo vicioso e preservar, ao máximo, o tecido social.

Dentro desse campo, a discussão se dará, mais especificamente, quanto ao contraste entre as duas principais teorias atuais de interpretação de aplicação do crime continuado: a Teoria Objetiva Pura e a Teoria Objetivo-Subjetiva.

2. DAS TEORIAS À PRÁXIS

Historicamente, são três as teorias que versam sobre a interpretação de aplicação do crime continuado. Talvez essa seja a seara mais polêmica do estudo do instituto – afinal, é o primeiro entendimento que será exigido para o inicial reconhecimento ou não do crime continuado.

A grande polêmica que se trava aqui, responsável por grande – e interminável – discórdia por entre a doutrina e jurisprudência, é sobre a necessidade ou não do elemento intelectual unificante, vale dizer, unidade de desígnio, para a configuração do crime continuado.

A Teoria Subjetiva, introduzida na Alemanha pelo mestre Mittermaier, afirma que para o reconhecimento do crime continuado – para a sua configuração – as diversas condutas devem ser conectadas por um dolo comum, “consubstanciado no projeto de realização de condutas delituosas consecutivas, independentemente da presença de específicos elementos objetivos do tipo”.³

² Artigo 71, *caput*, do Código Penal: “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”. Parágrafo único do artigo 71 do Código Penal: “Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código”.

³ FONSECA NETO, Alcides da. *O Crime Continuado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 47.

O elemento subjetivo unificante, qual seja, a unidade de desígnio, é o único elemento necessário para a caracterização do crime continuado. Tal concepção guarda em si uma pesada carga de incerteza e imprecisão científica, pela total ausência de elementos objetivos, o que cria uma grande insegurança jurídica. É uma linha de difícil compreensão e aplicação.⁴

Já a Teoria Objetivo-Subjetiva ou Mista, por sua vez, sustenta, para a configuração do crime continuado, a concorrência dos elementos objetivos⁵ e subjetivo, esse último representado pela unidade de desígnio. É esse elemento subjetivo unificante – também descrito como elemento intelectualivo, unidade de desígnio, unidade de resolução, unidade de intenção, dolo global, dolo unitário, dolo de continuação, plano unitário etc⁶ – que liga as condutas entre si, transformando-as em uma só conduta passível de punição: o crime continuado.

Assim, é preciso que haja uma unidade resolutive que costure toda a homogeneidade da operação delituosa: sem a unidade de desígnio, não há continuidade delitiva.

O mestre Nelson Hungria criticava tal posição, ao defender que a exigência do elemento psicológico, subjetivo, não justificava o abrandamento da pena, e sim recompensava, de forma paradoxal, o “*plus*” do dolo ou a capacidade para delinquir. Para o referido mestre, é muito mais merecedor aquele que, desde o início, propõe-se a repetir o crime, dentro de um plano unitário, do que o agente que se determina caso a caso, guiado pela oportunidade criada ao sabor do acaso, balizado meramente pelas circunstâncias fáticas.⁷

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 568.

⁵ Tais como: dois ou mais crimes da mesma espécie, cometidos em condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, que estabeleçam uma sequência, um “certo ritmo” entre os delitos – segundo o artigo 71, *caput* do Código Penal.

⁶ Aqui se reproduz a mesma preocupação do professor Fonseca Neto: “[...] um requisito de índole subjetivo, cuja nomenclatura é bastante variada: unidade de desígnio, unidade de resolução, unidade de projeto ou de programa, dolo total, dolo global, dolo conjunto ou dolo unitário. Ao longo dessa dissertação, todas elas serão usadas como expressões sinônimas, conquanto tecnicamente, como lembra PATRÍCIA GLIOCHE, possa existir diferença entre elas”. FONSECA NETO, Alcides da. *Op. cit.* p. 48. “O elemento subjetivo constitui o nexa psicológico comum às diversas infrações em continuação (e que é o laço de união delas). Divergem os doutrinadores quanto à sua nomenclatura; uns entendendo que deveria se denominar unidade de resolução, unidade de projeto ou programa, unidade de designio, desejo, pensamento ou propósito”. BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche. *Novas Tendências do Concurso Formal e Crime Continuado*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2015, p. 129.

⁷ O mestre Nelson Hungria pontificava: “O que decide para a existência do crime continuado é tão-somente a homogeneidade objetiva das ações, abstraído qualquer nexa psicológico, seja volitivo, seja meramente intelectualivo. A unidade de dolo, de resolução ou de desígnio, quando efetivamente apurada, longe de funcionar como causa de benigno tratamento penal, deve ser, como índice de maior intensidade do dolo do agente

Em seu turno, a Teoria Objetiva Pura determina que a configuração do crime continuado prescinde de qualquer unidade de desígnio, ou plano inicial, ou elemento psicológico unitário; apenas os requisitos objetivos, determinados pela fonte normativa, são suficientes para a reunião das condutas em uma continuação.⁸

Dessa maneira, essa linha sustenta que os elementos constitutivos do crime continuado são apurados de forma objetiva, independente de elemento subjetivo – a unidade de desígnio. É a posição adotada pelo ordenamento penal pátrio, ainda que existam posições em contrário na doutrina e jurisprudência.⁹

Como já mencionado, a questão mais controversa do crime continuado situa-se na discussão acerca da interpretação de sua aplicação: se há ou não necessidade, para a configuração do referido fenômeno jurídico, do elemento subjetivo unificante – ou unidade de desígnios.¹⁰ É esse o embate que se trava entre as Teorias Objetivo-Subjetiva e Objetiva Pura.

O professor Hungria, falecido em 1969, não chegou a presenciar a reforma de 1984, que modificou *in totum* a parte geral do Código Penal de 1940, mas fez valiosas observações acerca de dispositivo de redação quase idêntica, que também tratava do crime continuado – e correspondente, portanto, ao artigo 71, *caput* do vigente estatuto penal.

Conforme ensina o citado mestre, o antigo artigo 51, § 2º do Código Penal de 1940, ainda com a redação de sua parte geral originária, preferiu a Teoria Objetiva, cedendo à “irrepreensibilidade de sua lógica e à evidência de seu acerto” – do mesmo modo que o dispositivo normativo atual. Para ele, a continuação delitiva não deixa de existir ainda quando “as sucessivas ações não se apresentem ligadas por um nexos subjetivo formado *ab initio*”.¹¹

ou de sua capacidade de delinquir, uma circunstância judicial de elevação da pena-base”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 569.

⁸ *Idem, ibidem*, p. 54.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 569.

¹⁰ “A determinação dos componentes do crime continuado dependerá dos critérios teóricos adotados para a sua estruturação. No terreno doutrinário e jurisprudencial, o ponto que gera mais celeumas vem a ser aquele que trata da necessidade ou não da presença de um elemento subjetivo unificante ou unificado, para interligar as condutas objetivamente consideradas”. FONSECA NETO, Alcides da. *Op. cit.* p. 141.

¹¹ “Desde que se reconhece a necessidade de manter a construção jurídica do *delictum continuatum*, cumpre afeiçoá-lo a um critério realístico, prescindindo-se de um elemento psicológico especial, que na grande maioria dos casos resulta puramente fictício ou convencional, a não ser que se restrinja de tal modo a identificação do crime continuado, que se tornaria praticamente inútil a sua permanência no ordenamento jurídico-penal. É força reconhecer que a continuação não deixa de existir ainda quando as sucessivas ações não se apresentem ligadas por um nexos subjetivo formado *ab initio*, chame-se a este ‘dolo unitário’, ‘resolução coletiva’ ou

É inteiramente dispensável para a existência do *delictum continuatum*, segundo o professor Hungria, a averiguação de um elo subjetivo entre várias ações: afinal, pergunta, “como se poderia reconhecer esse *quid* psicológico senão deduzindo-o da homogeneidade objetiva das sucessivas ações?”¹²

Para Hungria, a unidade de desígnio é elemento meramente eventual do crime continuado: pode deixar de existir, “não obstante a homogeneidade objetiva, e nem por isso deixará de apresentar-se o crime continuado”.¹³

Com efeito, para o referido mestre, a homogeneidade objetiva é o grande eixo do crime continuado. Como apontado pelo professor Fonseca Neto, uma das maiores críticas – senão a maior de todas – que o professor Hungria destilava em desfavor da Teoria Objetivo-Subjetiva era o seu proveito somente por quem pratica delitos de forma reiterada.

Assim, exigir o elemento psicológico unitário, a unidade de desígnios, recompensaria a capacidade de delinqüência, o “plus” do dolo; o mestre Hungria esclarece, de forma definitiva, que merece maior punição estatal o agente que se propõe a repetir o crime desde o início, segundo um plano pré-concebido, do que aquele que se determina caso a caso, guiado por uma oportunidade atrás da outra, que define a continuidade.¹⁴

De acordo com seu pensamento, o êxito ou impunidade da primeira ação, somado à persistência da ocasião propícia, resulta em uma influência psicológica, “no sentido de quebrantar ainda mais a resistência à tentação”: assim, a repetição – e não a reiteração – do “mau passo”, em tais condições, “é menos censurável do que a que resulta de um propósito formado de antemão”.¹⁵

mesmo ‘desígnio’”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: v. 1, tomo I (comentários adicionais de Heleno Cláudio Fragoso). 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 324.

¹² *Idem, ibidem*, p. 329.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 330.

¹⁴ “Ao invés de considerar-se na espécie uma pluralidade de crimes com penas acumuladas, em qualquer temperamento, reconhece-se, por ficção jurídica, que se trata de crime *mum et idem*, aplicando-se uma pena complexa, mas inferior à que resultaria da soma das penas, se reconhecido o concurso material. Pois bem; o elemento psicológico reclamado pela teoria objetivo-subjetiva, longe de justificar esse abrandamento da pena, faz dele a paradoxal recompensa a um *plus* de dolo ou de capacidade de delinqüir. É de toda evidência que muito mais merecedor da pena é aquele que *ab initio* se propõe repetir o crime, agindo segundo um plano, do que aquele que se determina, de caso em caso, à repetição estimulada pela anterior impunidade, que lhe afrouxa os motivos da consciência, e seduzido pela permanência ou reiteração de uma oportunidade particularmente favorável”. *Idem, ibidem*, p. 331. Vide também: FONSECANETO, Alcides da. *Op. cit.* p. 55.

¹⁵ Hungria traz a lume Von Bar, que apontava a incongruência da Teoria Objetivo-Subjetiva: “Não tem certamente direito a benigno tratamento, por isso que revela maior intensidade de dolo, aquele que, segundo um único plano (resolução) ou um plano delineado de antemão em seus detalhes, pratica vários crimes da

Na mesma linha, o mencionado professor cita Mayer, ao escrever que tão evidente é o acréscimo de energia que “à resolução criminosa imprime a unidade de dolo, que dificilmente se acomodaria o benigno tratamento colimado em razão da concepção conjunta das ações sucessivas”.¹⁶

Outra grande crítica do professor Hungria à Teoria Objetivo-Subjetiva girava em torno da exclusão da continuação no campo da culpa em sentido estrito, já que nessa seara não se concebe plano anterior, ou dolo geral, de continuação – o que causa uma grave burla à finalidade de adequação da pena do concurso benéfico.¹⁷ O professor Cirino dos Santos confirma a censura, ao declarar que, devido à unidade de desígnio, a imprudência é incompatível com a categoria do crime continuado.¹⁸

Finalmente, para o mestre Hungria, o crime continuado é uma pluralidade de crimes da mesma espécie, sem intercorrente punição, que a lei unifica em razão de sua homogeneidade objetiva, reconhecível pelas suas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.¹⁹

mesma espécie; mas ao contrário, não deixa de ter esse direito aquele que, dada uma ocasião essencialmente idêntica à em que já uma vez praticou o crime e sem que nesse meio tempo um sério motivo o dissuadesse do mau caminho, cede novamente à tentação”. HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.* p. 332.

¹⁶ Hungria faz referência a Mezger: “[...] se o agente possuísse realmente, de antemão, um dolo unitário, por exemplo, de abusar impudicamente de uma criança em toda ocasião propícia, tal dolo não seria certamente motivo de atenuação, mas, ao contrário, de agravação da pena. Precisamente o sucumbir sempre de novo à tentação corresponde, em face dele, à idéia do crime continuado”. *Idem, ibidem*, p. 333.

¹⁷ “Por último, é indistigável a imprestabilidade ou insuficiência da teoria objetivo-subjetiva quando se tem em vista que ela exclui a continuação no campo da culpa *strictu sensu*, pois nesta não se pode falar em plano criminoso. É de chocante iniquidade que o benefício da continuação seja outorgado a delinqüentes dolosos e que não seja aos culposos, isto é, justamente àqueles que mais devem ter direito a ele. Assim, por exemplo, a cozinheira que, segundo um plano preconcebido, deita veneno, em dias sucessivos, no alimento da patroa será favorecida pela continuação; mas, se, por mero descuido na limpeza do caldeirão de cobre em que se prepara a comida, causa reiterados danos à saúde da patroa, terá de sofrer as penas acumuladas! Basta esse desconchavo de maior benignidade para com o delinqüente doloso, em cotejo com o simplesmente culposo, para justificar o repúdio da teoria objetivo-subjetiva, que só por afeito à tradição ainda persiste no direito penal positivo”. *Idem, ibidem*, p. 334. Na mesma página, o mestre Hungria cita Beling que, do mesmo modo, critica a “teoria da resolução conjunta”: “Uma resolução dirigindo-se, de antemão, à totalidade das ações, só a tem, de regra, precisamente os piores criminosos que operam segundo um plano. Não a tem aquele que é seduzido, iterativamente, pelas várias oportunidades. Assim, o benefício do *delictum continuatum* não reverteria em favor dos que mais o merecem, e vice versa... Para a construção jurídico-penal, tem-se que partir das ações, e não das fontes psicológicas de que decorrem, pois as ações é que são puníveis, e não as resoluções criminais”. Ainda que a última das sentenças de Beling se mostre extemporânea em relação ao moderno Direito Penal, fato é que, no resto, o mestre tem a razão e a atualidade.

¹⁸ “A tese de que a relação de continuação supõe um projeto anterior – que é, evidentemente, representado pelo dolo – implica excluir a imprudência da área do crime continuado: se a relação de continuação supõe um projeto anterior, então a imprudência é, conceitualmente, incompatível com a categoria do crime continuado – apesar de algumas opiniões importantes em contrário”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 296.

¹⁹ “Na verdade, trata-se de uma espécie de concurso material, e como tal deveria ser tratado, se a lei,

De fato, a própria Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal, trazida pela reforma de 1984, em seu item de número 59, indica expressamente que a Teoria Objetiva Pura foi a corrente adotada pelo ordenamento jurídico-penal.²⁰

Em seu estudo sobre o crime continuado, o professor Fonseca Neto é inequívoco na defesa da Teoria Objetiva, embora admita que, a princípio, a visão objetivo-subjetiva pareça apresentar um caráter de maior tecnicidade, de melhor adequação ao Direito Penal da Culpabilidade.²¹

Contudo, o professor se rende à incoerência inerente ao sistema penal: há que se guiar a subsunção penal pela vontade finalística do agente, assumindo uma vontade alheia por presunção²², baseado em signos demonstrados por meio de suas manifestações fáticas – na maioria das vezes, no crime continuado, a unidade de desígnio é de quase impossível constatação. De fato, a homogeneidade objetiva não é suficiente para traduzir a existência do dolo global ou de continuação – afinal, se muitas vezes é difícil apontar o vetor final de uma conduta, imagine de um conjunto delas entre si.²³

Ademais, o professor fluminense é categórico ao defender o paradigma

colimando, principalmente, um fim de equidade e, secundariamente, um fim de utilidade (economia da atividade processual), não entendesse de fingir a unidade, com fundamento da aludida homogeneidade considerada *ab externo*”. HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.* p. 337.

²⁰ Item 59 da Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal de 1984: “O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois o delinqüente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais. De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade”.

²¹ FONSECA NETO, Alcides da. *Op. cit.* p. 61.

²² Sobre a técnica da presunção como uma arquitetura jurígena sobre ônus da prova: “Often the law uses presumptions, which are the starting point from which factual inquiry takes off and which specify what facts will be taken to be true if the party with the burden of proof does not satisfy the burden of proof and thus overcome the presumption”. Em tradução livre: “Muitas vezes a lei utiliza presunções, que são o ponto de partida do qual a real investigação levanta voo e que especifica quais fatos serão tomados por verdadeiros se a parte com o ônus de provar não satisfizer o ônus da prova e assim superar a presunção”. SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 224.

²³ “Realmente, a exigência de um dolo global encontra sérios obstáculos no campo probatório, em razão de sua difícil ou quase impossível constatação, razão pela qual, na prática forense, a adoção da teoria objetivo-subjetiva – é importante frisar – termina por restringir a tipificação do crime continuado, indo na contramão da própria *ratio* da norma, que é o *favor rei*”. FONSECA NETO, Alcides da. *Op. cit.* p. 61.

objetivo, que exige tão-somente vínculo continuativo entre as circunstâncias fáticas: para ele, a exigência de um elemento subjetivo unificante é inconstitucional, por violar o princípio da legalidade, à medida que a descrição do crime continuado, no atual artigo 71 do Código Penal vigente, somente contempla requisitos de natureza objetiva.²⁴

Assim, o máximo de subjetividade admissível no crime continuado encontra-se no *modus operandi* do autor, elemento objetivo do instituto – que pode guardar, em certo grau, alguma relação com o “plano resolutivo”, a “unidade de desígnio”.

Imperioso também fazer-se apontar: a reiteração criminosa, que representa hipótese cabal de concurso material de crimes, embora seja, freqüentemente, objeto de confusão com a continuidade delitiva, difere do crime continuado, que se traduz na homogeneidade objetiva entre as condutas, e que prescinde de um elemento subjetivo unificante. Na realidade, o crime continuado pode ou não ter a unidade de desígnio – já que dela não depende.

Homogeneidade objetiva refere-se ao liame de fato que surge entre as condutas realizadas em circunstâncias de tempo, lugar e maneira executória, além de outras semelhantes, devido a um mesmo contexto. É um nexo de continuidade delitiva que permite que uma conduta – ou mais – possa ser havida como continuação de uma primeira ação delituosa.²⁵

A diferença entre o crime continuado – concurso material benéfico – e a reiteração criminosa – concurso material de crimes – é, portanto, a homogeneidade objetiva: condição semelhante de tempo, lugar e execução que liga os crimes. Assim, enquanto na reiteração criminosa não há homogeneidade objetiva, no crime continuado há o referido elemento.

Com efeito, privilegiar o elemento intelectual unificante, o liame psicológico, para que haja o reconhecimento do crime continuado, é privilegiar a reiteração criminosa, o criminoso contumaz. Ou seja: na realidade dos fatos, é possível verificar o uso de um arcabouço teórico em favor daqueles que colaboram com a corrosão da observância do direito objetivo.

²⁴ “[...] valendo ainda ressaltar que a utilização de uma pseudo-interpretação analógica em nada enfraquece nossas resolutas convicções, haja vista que as fórmulas casuísticas ‘condições de tempo, lugar e maneira de execução’, todas de natureza objetiva, não se apresentam como proposições análogas de um elemento de natureza subjetiva”. *Idem, ibidem*, p. 68.

²⁵ FONSECA NETO, Alcides da. *Op. cit.* p. 88.

Por sua vez, para a Teoria Objetivo-Subjetiva, o crime continuado é a soma do dolo global com a homogeneidade objetiva. Tal exigência significa esvaziar o instituto do artigo 71 do Código Penal, criando uma figura híbrida e muito mais reprovável, que é a do agente contumaz com várias oportunidades – que as aproveita. É como se a fonte normativa dissesse: “Ao roubar, ou furtar, por exemplo, roube e furete de quantas pessoas for possível”.

Somente assim haveria um tratamento benigno pelo Estado: espreitando e esperando a oportunidade contínua que, traduzida em homogeneidade objetiva, possibilitaria o reconhecimento do crime continuado – aliado ao dolo global, unidade de desígnio. Com a devida vênia, ainda que tecnicamente adequada, é uma posição irrazoável: suas premissas não são particularmente convincentes e seus resultados são desastrosos.²⁶

Quanto maior a intensidade do dolo, maior a culpabilidade do agente e, por consequência, maior a reprovabilidade social e mais gravosa a resposta estatal – essa é uma das principais balizas da dosimetria da resposta penal. É um dos motivos de política jurídica que por si só já desautoriza a exigência da unidade de desígnio para a configuração do crime continuado. Se há o nexó ideológico entre as condutas, maior necessidade há de reprovação penal.

Para haver crime continuado, os crimes devem ter um liame objetivo de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes – é esse liame que vai criar a presunção normativa – ou ficcional – de que os crimes subseqüentes são continuação do primeiro. Aqui, de certa maneira, no que toca ao *modus operandi*, encontra-se presente um elemento que não deixa de possuir caráter subjetivo.

Defender a exigência da unidade de desígnio no crime continuado é militar a favor de uma visão de crime único – modelo aceito pela jurisprudência alemã, mas completamente incompatível com a realidade normativa brasileira. Para a lei pátria, tal qual previsto no artigo 71 do estatuto penal, o crime continuado é modalidade de concurso de crimes: como usual, cada conduta delitiva da cadeia continuada tem seu dolo característico, restrito a cada tipo penal correspondente – e a ele tão-somente se prende e restringe estruturalmente, de maneira categórica.

²⁶ Em um outro contexto: “Mas a ideia não era boa. Por quê? Porque seus resultados são ruins. E é isto, afinal, que deve valer para julgá-la. Ser sedutora, ser generosa, não faz com que funcione. E, se não funciona, a abandonamos”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 180.

Não se nega aqui a possibilidade de haver uma unidade de desígnio, em uma acepção de “identidade de finalidade”, entre os crimes em continuidade. Entretanto, sua exigência não tem previsão legal no ordenamento pátrio, além de ser plenamente possível sua não-configuração: afinal, o crime continuado no Brasil é modalidade de concurso material benéfico, caracterizado pela homogeneidade objetiva – e o próprio parágrafo único, ao tratar da hipótese de ataque a bens personalíssimos, que muitos autores ligam à expressão “desígnios autônomos”, prevê penas mais graves para essa falta de unidade. Assim, não somente há uma falta de previsão normativa da unidade de desígnio, como há uma hipótese legal que parece preconizar a sua falta.

É cediço que cada dolo é particular do tipo que, em concurso com outro, pode apresentar semelhanças ou mesmo ser idêntico. Mas sempre será mais de um, porque cada tipo tem o seu elemento subjetivo – o dolo. A bem da verdade, ainda que tomada no presente trabalho como expressão sinônima de unidade de desígnio, “dolo global” denota a idéia de crime único – que é estranha ao ordenamento brasileiro.

Com isso, independentemente da terminologia adotada, de ser o crime continuado brasileiro “falso” ou “verdadeiro”, fato é que o artigo 71 do Código Penal adota a posição da Teoria Objetiva Pura – ignora o elemento subjetivo unificante.

Desse modo, descabe inserir a unidade de desígnio dentro da expressão “outras semelhantes”, cuja analogia restringe-se a critérios objetivos suplementares – o que se depreende claramente do dispositivo.²⁷

Ademais, apesar do respeitável entendimento contrário, seria um grande erro não aceitar a continuidade delitiva de crimes culposos, que seria inviável com a exigência da unidade de desígnio.²⁸

²⁷ “[...] a aplicação da referida interpretação analógica não poderá conduzir à descoberta de qualquer elemento de cunho intelectual, pois, apesar de respeitáveis opiniões em contrário, como já salientado alhures, o próprio método empregado para o manejo daquela forma de interpretação recomenda que a fórmula genérica deva sempre ser análoga às formulações casuísticas e, como estas, na continuidade delituosa, revelam-se todas objetivas (condições de tempo, lugar e maneira de execução) a única conclusão possível é a de que aquela somente possa conter aspectos de conotação objetiva”. FONSECA NETO, Alcides da. *Op. cit.*, p. 95.

²⁸ “Sendo necessária a unidade de desígnio para os adeptos da teoria objetivo-subjetiva, um aspecto interessante pode ser questionado: a possibilidade de planejamento único nos crimes culposos. Exigindo-se o planejamento inicial, este somente teria lugar para o crime continuado que venha ocorrer entre delitos dolosos, porque nesses crimes o agente deseja a prática de cada crime como uma fase do seu plano inicial, não sendo possível o seu reconhecimento entre delitos culposos. [...] Há uma hipótese, no entanto, onde é possível o reconhecimento de crime continuado entre delitos culposos: nos casos em que a culpa for derivada de erro de tipo vencível, classificada para alguns como culpa imprópria. Assim, ‘se uma pessoa, por erro

O crime continuado é, por conseqüência, um instrumento necessário para se evitar o resultado, muitas vezes absurdo, do cúmulo material de penas, que frente à vedação constitucional da prisão perpétua, se transforma em inaplicabilidade normativa e ineficiência estatal.

A Teoria Objetiva Pura é a posição dogmática que mais se alinha a uma política jurídico-penal mais igualitária e justa: seja pela observância do princípio da legalidade, seja por razões de ordem social – conforme será visto.

O crime continuado, como expressão de política criminal, deve ser fiel à realidade social em que está inserido. Sem essa fidelidade, perde-se a utilidade, a adequação e, em última instância, seu próprio fundamento; e ela traduz-se no cumprimento de sua função primordial: ser um mecanismo de ajuste penal, que visa dosar a pena em determinadas situações previstas em lei.

O instituto do crime continuado, assim como todo e qualquer conceito jurídico, possui sua justificativa e amparo em outras fontes normativas – mais precisamente, nos princípios. Os princípios são normas jurídicas dotadas de elevado grau de abstração²⁹ e que possuem natureza finalística: são comandos político-jurídicos que orientam a execução de outras normas. Todo o ordenamento jurídico deve ser pautado pela observância dos princípios.

É difícil precisar todos os princípios que sustentam determinado dispositivo legal. Alguns são evidentes sempre; outros se apresentam em determinadas situações fáticas. Certo é que em todo momento encontram-se presentes – de forma expressa ou não.

3. CRIME CONTINUADO E PRINCÍPIOS REGENTES

Apesar de muitos princípios orbitarem o conceito do crime continuado, três são os mais relevantes e ostensivos: efetividade jurisdicional, igualdade material e dignidade da pessoa humana.

O princípio da efetividade jurisdicional materializa o efeito real, positivo ou útil das decisões, sentenças e quaisquer outras formas de dicção judicial. É a

vencível, todos os dias, em vez de um medicamento, ministra um tóxico para outra, causando-lhe dano à saúde – lesão corporal culposa em continuidade delitiva”’. BEZÉ, Patrícia Mothé Gliöche. *Op. cit.* p. 136.

²⁹ Criticando a análise das classificações entre regras, princípios, valores e postulados apenas pela característica da matiz abstrata vide ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 92.

espécie normativa que preconiza que, a cada questão levada ao conhecimento e cuja resolução é confiada ao Poder Judiciário, carregada de tensão social ou não, corresponderá uma solução que será, ao mesmo passo, legalmente conforme e adequada às necessidades daqueles que estão envolvidos – de maneira direta ou indireta.

Tal norma constitui-se em um binário: de um lado, aproxima os jurisdicionados cada vez mais da pacificação social, pois responde com justiça aos anseios daqueles que a necessitam; de outro, garante uma atuação cada vez mais necessária e conforme do Estado-Juiz, e contribui para uma jurisdição apurada e prestativa – quanto menos belicosidade social se tem, menos demanda judicial se terá.

O princípio da igualdade material, por seu turno, traduz-se na busca por uma uniformidade de tratamento àqueles que se encontram em uma mesma situação ou *status* jurídico.³⁰ De acordo com o mestre Konrad Hesse, a igualdade é princípio constitutivo da ordem constitucional.³¹

Ao referido princípio se relaciona a influência socioeconômica na prática do crime, em sua repressão e na natureza da condenação: impende correlacionar a situação econômica à igualdade penal – com a investigação dos mais variados fatores.³²

Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana, tido como o mais popular entre os princípios na atualidade, reflete-se no direito subjetivo que toda e qualquer pessoa tem de possuir as condições necessárias para propiciar uma vida de qualidade e viabilizar a possibilidade de ascensão social.³³

³⁰ Aristóteles, em sua genialidade, ensinava que existia duas formas de injustiça: tratar desigualmente os iguais, e igualmente os desiguais.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 377. “O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. Noutro lugar já escrevemos que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo”. *Idem, ibidem*, p. 378.

³² Fatores que vão desde o tipo de crime cometido por camadas sociais antagonicas, até a relevância desses crimes para a lesividade do tecido social – sua intensidade de dano –, passando pelo tratamento legal e jurisdicional dado aos autores de tais fatos típicos. Estudo que pertence sobretudo à esfera da medida penal, em sede da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal – não se faz alusão a qualquer modalidade de responsabilidade objetiva.

³³ Para Hegel, diferentemente, a dignidade constitui uma qualidade a ser conquistada; o ser humano não nasce digno, mas torna-se digno a partir do momento em que assume sua condição de cidadão. Contudo, tal posição torna-se, atualmente, ultrapassada e esvaziada de sentido: a dignidade é direito inato de todo homem. Sobre a posição de Hegel, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 36.

Tais princípios acima referidos, quando integrados, têm como alcance algo como um supraprincípio: a justiça social. A justiça social, por sua vez, é a perfeita distribuição de recompensas e tarefas, direitos e deveres, proteções e punições, entre todos os integrantes de um determinado corpo de pessoas.

Ela se realiza quando as pessoas têm o devido implemento estatal para o seu desenvolvimento individual e social e, quando emolduradas em um mesmo *status* jurídico, têm o mesmo tratamento e, quando necessário, útil e adequada resposta judicial que, por sua vez, contribui para a eterna melhora do esquema citado.

Sabe-se que a justiça, em seu estado mais puro, é irrealizável, porquanto divina; todavia, a sua persecução é fundamental. Essa busca, vale dizer, essa possibilidade de justiça, que se apresenta viável aos homens, é a justiça social. Ela é um supraprincípio porque é o fundamento universal de toda ordem jurídica: todos os demais princípios militam a seu favor.

A dialeticização entre tais princípios busca a evolução jurídica e social; procura inserir socialmente antes que a punição estatal se faça necessária. O crime continuado serve como vetor dessas normas na seara penal.

Os três princípios supracitados relacionam-se, de forma mais direta, a diferentes entes: a efetividade jurisdicional, com o Estado; a igualdade, com a sociedade; e a dignidade da pessoa humana, com o indivíduo. No presente estudo, a efetividade jurisdicional toma o prisma mais importante, por tratar-se de princípio diretamente vinculado ao Estado.³⁴

Com o passar dos séculos, com a modernização e – mesmo – contemporização dos modelos de relação e de regulação social, o caráter de benignidade do instituto do crime continuado transmutou-se para o da efetividade jurisdicional-penal, mantendo o mesmo viés da dignidade da pessoa humana.

Seu objetivo é adequar a resposta penal, de modo a viabilizar um efetivo provimento jurisdicional que mantenha a confiança social no ordenamento e que estimule seu cumprimento, sem excessos que possam gerar desconfiança acerca de tais propósitos.

³⁴ “Em verdade nos princípios constitucionais se situam de um lado, os fundamentos do direito de punir do Estado, indicando seus fins e seu alcance como também as suas fontes e as exigências de seus enunciados. E principalmente fixando os seus infranqueáveis limites. E, de outro lado, as exigências do “Sozialstaat”, fazendo do Direito Penal um instrumento na construção de uma sociedade que, mantendo-se às instâncias inderrogáveis dos postulados iluministas, almeje, também, ser mais igualitária, isto é, mais justa”. LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 15.

Afinal, a condenação de uma pessoa a uma pena de 300 anos é inexecutável – seja pela vedação constitucional da prisão perpétua, seja pela própria impossibilidade de se viver por tanto tempo. Esse tipo de pena, além de ser folclórica, não apenas estimula o sentimento de impunidade – tendo em vista a regra do limite legal do cárcere de quarenta anos do artigo 75 do Código Penal –, mas cria um desnecessário desgaste com a população, alheia às filigranas jurídicas. Ademais, o Judiciário não pode se dar ao luxo de dar respostas absurdas³⁵, inexecutáveis, aos litígios. O instituto do crime continuado também é adequado para corrigir tais distorções.

4. PÓS-MODERNIDADE, DIREITO, CONSUMO E CRIME

Antes de adentrar ao estudo do delito continuado como instrumento de correta resposta penal, impende traçar breves linhas sobre a realidade social atual.

O professor Zygmunt Bauman, sociólogo polonês, ensina que a modernidade começou quando o tempo e o espaço foram separados da prática da vida e entre si, e puderam, com isso, ser encarados como categorias distintas e independentes.

Diferentemente, nos séculos pré-modernos, tais fenômenos eram tidos como entrelaçados e dificilmente distinguíveis da experiência vivida. Segundo Bauman, na modernidade, o tempo tem história por causa de sua “capacidade de carga” – o alongamento dos trechos do espaço que unidades de tempo permitem “passar”, “atravessar”, enfim, conquistar. O tempo adquire história porque a velocidade do movimento através do espaço se torna uma questão da capacidade humana.

Quando a distância percorrida em uma unidade de tempo passou a depender da tecnologia, de meios de transporte criados pelo homem, todos os limites à velocidade do movimento poderiam ser transgredidos, superados. Para Bauman, o “céu” – ou, como acabou sendo depois, a “velocidade da luz” – era agora o limite, e a modernidade, um esforço contínuo, rápido e irrefreável para alcançá-lo.³⁶

Graças, portanto, a sua flexibilidade e expansividade, o tempo moderno tornou-se a maior arma na conquista do espaço. A pós-modernidade – ou

³⁵ “ao brocardo *fiat justitia, pereat mundo* responde-se, com Cícero: *summum ius, summa iniuria*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 685.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 16.

modernidade líquida, para os termos baumanianos – foi inaugurada pelo “limite natural” à velocidade do movimento. O poder, de fato, pode se mover com a velocidade do sinal eletrônico; assim, o poder tornou-se verdadeiramente extraterritorial, não mais limitado pelo espaço.³⁷ Na relação espaço/tempo, o movimento adquiriu seu contorno mais rápido possível: os enormes espaços percorridos pela informação – de qualquer natureza, inclusive recursos financeiros – tomam um pouquíssimo tempo.

Há séculos, as limitações cognitiva, social e tecnológica do homem faziam com que o espaço fosse enorme e desconhecido em sua plenitude – ainda que houvesse as expansões ultramarinas do século XV e o imperialismo romano de muitos séculos antes, por exemplo. O tempo não era escasso, e sua relação com o espaço possuía proporção direta – se o espaço era grande a se cobrir, o tempo a se gastar também – o movimento demorava, custava.

Com as revoluções industriais e tecnológicas, o homem foi desequilibrando a relação do tempo com o espaço, de modo a dinamizar o movimento: se o espaço era grande a cobrir, o tempo a se gastar já era um pouco menor. As caravelas davam lugar aos barcos a vapor; as charretes e as carruagens cediam aos automóveis com motor à combustão.

Na pós-modernidade, momento atual da humanidade, a relação entre o espaço e o tempo tende a ser inversamente proporcional: quanto maior for o espaço, menor tenderá ser o tempo a cobri-lo. O movimento, nesta fase hodierna, é o mais rápido possível.

Esse movimento de extrema ligeireza potencializa as relações sociais, faz circular e render o capital como nunca, permite que se esteja em muitos lugares ao mesmo tempo. É a máxima compressão do tempo no espaço: menor tempo e maior espaço. A principal característica da pós-modernidade é, sem dúvida, a globalização – fenômeno de natureza irreversível e que afeta a todos os habitantes do planeta, sem exceção.

A realidade do mundo da pós-modernidade é, mais do que qualquer outra de nosso passado, uma realidade consumista. A sociedade atual é uma sociedade de consumo.

De acordo com o professor Bauman, em sua fase industrial, moderna, a sociedade tinha a necessidade de produzir: era uma “sociedade de produtores”.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 18.

Ela tinha grande interesse em mão-de-obra industrial em massa, para produção. Agora, a maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada primeiro e acima de tudo pelo dever de desempenhar o papel de consumidor.³⁸

Para o sociólogo, o consumidor é uma pessoa em movimento e fadada a se mover sempre; para os consumidores da sociedade de consumo, estar em movimento não causa mal-estar, mas sim promessa de bem-aventurança. Sua busca incessante é pelo acúmulo de sensações. E, para aumentar sua capacidade de consumo, os consumidores não devem nunca ter descanso – precisam sempre estar em alerta, expostos a novas tentações, em um estado de excitação – e insatisfação – incessante.³⁹

É exatamente esse o mundo em que se vive: um mundo de extremo consumismo e de eterna insatisfação. A globalização, como expressão máxima da pós-modernidade, reduziu as distâncias e eliminou as fronteiras; reduziu o tempo de forma drástica e permitiu sua utilização para uma série de tarefas mais. Viabilizou a presença em vários lugares/espacos ao mesmo tempo e potencializou o convívio social – assim como as necessidades.

Exatamente nesse cenário global e atual, de intenso consumo e de preeminente necessidade, é que a dinâmica das relações sociais se desenvolve. É dessa conjuntura na qual os fenômenos jurídicos, antigos ou novos – vale dizer, ainda desconhecidos –, se originam.

Dessa maneira, duas são as características da realidade pós-moderna: a rapidez com que a informação percorre o espaço, e o consumo exacerbado a que esse estado leva. De fato, a informação, a comunicação de notícias, a transmissão de valores, de modo cada vez mais veloz e – em razão disso – cambiante, possibilita uma necessidade cada vez maior e diferente de consumo.

O intenso tráfego de influências, maximizado pela globalização informatizada, acaba por gerar novas referências e, portanto, novas expectativas; essas novas expectativas traduzem-se logo em necessidade, que só poderá ser satisfeita pelo consumo de determinado produto.

Assim, surge um padrão mundial de consumidor que, a despeito de diferenças culturais e econômicas ao redor do globo, tende a se constituir, com as suas

³⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 88.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 91.

necessidades e produtos padronizados. Entretanto, tais necessidades e produtos estão sempre em mudança, devido à quantidade de pessoas em intercâmbio de interesses e valores: e a mudança é sempre veloz. O consumo é potencializado.

A necessidade de consumir cada vez mais é característica da realidade pós-moderna e fruto natural das atuais relações sociais. O acúmulo de uma quantidade, cada vez maior, de bens de consumo é inevitável.

A padronização do consumo é fenômeno mundial, e muda sempre – de maneira rápida. Contudo, cada vez parcela menor da população do planeta tem possibilidade de acompanhar essas mudanças consumeristas – o consumo se impossibilita, mas a necessidade se forma⁴⁰.

A necessidade não satisfeita, em uma realidade cuja necessidade possui um número cada vez maior de naturezas, possibilita aumento de crimes contra o patrimônio. É tal manifestação que se percebe em todo o mundo: um aumento exponencial dos delitos de acúmulo material. No Brasil não é diferente: as infrações patrimoniais crescem em escala alarmante.

Todos são consumidores, do mais pobre ao mais rico. Do mesmo modo, em relação àqueles que perpetram a conduta delitiva patrimonial, há pessoas descapitalizadas e pessoas de alto poder aquisitivo.

Assim, o fenômeno da criminalidade patrimonial não abrange somente os integrantes das classes mais desvalidas, mas também aqueles que pertencem àquelas mais capitalizadas. Independente da saúde econômica do autor do fato, certo é que sempre haverá lesão ao ordenamento jurídico; e que os graus do dano variam de acordo com a conduta de cada um.

Conforme já escrito, todas as condutas delitivas são lesivas aos bens jurídicos e à sociedade. Todavia, modula-se sua gravidade de dano ao tecido sócio-jurídico. Por exemplo, crimes patrimoniais cometidos por autores de baixa renda tendem

⁴⁰ “Es decir, el sistema funciona como productor, reproductor y destructor de objetos destinados a la apropiación y, al final de su «ciclo vital», nos devuelve un sujeto en relación con el objeto consumible (que constituye el soporte del sistema). El sujeto propietario es transformado en sujeto consumidor. La cualidad se ha convertido en una cantidad: el objeto de «apropiación», en cuanto tal, no es susceptible de determinaciones que no sean puramente numéricas”. Em tradução livre: “É dizer, o sistema funciona como produtor, reprodutor e destruidor de objetos destinados à apropriação e, ao final de seu «ciclo vital», nos devolve um sujeito em relação com o objeto de consumo (que constitui o suporte do sistema). O sujeito proprietário é transformado em sujeito consumidor. A qualidade tornou-se quantidade: o objeto de «apropriação», enquanto tal, não é suscetível de determinações que não sejam puramente numéricas”. BARCELONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*. Traduzido por Jesús Ernesto García Rodríguez. Madri: Editorial Trotta, 1996, p. 96.

a ser localizados e limitados economicamente: são atingidos, de forma direta, os lesados que com quem mantiveram contato presencial – seja pela fraude, pelo constrangimento etc.

Nos crimes patrimoniais de autores de alta renda, por sua vez, os riscos e ganhos tendem a ser maiores: um maior exercício de poder econômico e político por parte do infrator potencializa o número de lesados diretos e indiretos – e tal lesão já não é limitada pelo contato presencial.

O símbolo maior dos autores de crimes patrimoniais, pertencentes à classe alta, é o *white collar*.⁴¹ O criminoso de “colarinho branco”, em regra, se apropria ilicitamente de recursos de natureza pública, e maximiza a lesão ao bem jurídico tutelado.

O “colarinho branco” é aquele agente criminoso oriundo de uma condição econômica confortável, que se utiliza dessa mesma condição como elemento indispensável para a prática de seus delitos: o seu capital acumulado é fundamental para o acúmulo ilegal de mais capital. Ele é um cidadão de relevante poder político, na maioria das vezes.

Quase sempre, por seu elevado *status* econômico e influência social, suas infrações têm como objeto material dinheiro público; desses crimes originam-se resultados danosos de proporções desastrosas e difusas, muitas vezes permanentes. Certamente, é um dos piores tipos de agente delituoso que pode existir no corpo social – suas ações desmantelam o Estado e perturbam severamente a paz social.⁴²

Os lesados diretos de tais crimes são todos, o povo destinatário das medidas estatais que apresentam a própria razão de existência do Estado: sem os recursos, que são desviados, não há escola, hospital, emprego, nem economia saudável e capital devidamente circulante. Tal insegurança social criada acaba por corroborar um aumento das práticas criminosas das mais variadas, principalmente as de acúmulo primitivo de capital –perpetradas, principalmente, pelos integrantes das classes sociais mais baixas.

⁴¹ Expressão cunhada pelo professor Edwin Sutherland.

⁴² “Para Filon as coisas desprovidas de valor permanecem e não sofrem, na verdade, uma completa destruição. Ao contrário, sempre excitadas, provocam, nos que foram capturados por elas: ‘a doença que nunca morre’. Essa doença ou esse mal social irá se desvelar no fato social da violência, sofisticado em suas diversas manifestações, desde as agressões físicas e pessoais em geral até as formas encobertas ou mais brandas, que se encontram nos casos dos crimes de fraude; apropriação, usurpação e desvio de bens; outros crimes atribuídos às camadas socioeconômicas mais elevadas, como os denominados crimes do colarinho branco; e nas ameaças da tecnologia no contexto da sociedade tecnocientífica”. BARRETTO, Vicente de Paulo e GOMES, Abel Fernandes. *A ética da punição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 153.

Os crimes de “colarinho branco”, segundo o professor Bauman, podem ser, em última análise, uma das causas secundárias – ou mesmo principais – da insegurança existencial; assim, perseguem os cidadãos pós-modernos e são diretamente relevantes para a obsessão com a segurança pessoal.

Todavia, mesmo nos dias de hoje, raramente tal crime é concebido em si mesmo como real ameaça de qualquer segurança, de quem quer que seja – como deveria. Qualquer perigo que se possa supor dos crimes de “colarinho branco” detém uma conotação diversa.

Bauman entende que, para a sociedade em geral, seria extremamente difícil “ver como levar os acusados à justiça possa aliviar os sofrimentos atribuídos aos perigos mais tangíveis que se esgueiram nos bairros pobres e nas ruas sórdidas da cidade”.⁴³ Não há, com isso, muito capital político a extrair do combate a esse tipo de criminalidade, segundo o sociólogo: muito menos vontade política para tal.

De fato, os crimes de “colarinho branco”, principalmente aqueles que têm por objeto material recursos econômicos públicos – e que são a regra –, possuem a característica de multiplicarem certos crimes – essencialmente os patrimoniais. Formam um tipo de “criminalidade antecedente ou multiplicadora”, que estimula e “autoriza” uma série de delitos por parte de camadas mais pobres da população.

Estimula, porque as políticas estatais que possibilitam as condições legais para que o acúmulo permitido de capital, por parte das camadas mais carentes, se efetive, por meio de uma regular circulação de riqueza, são inviabilizadas. Essa é a condição material.

“Autoriza”, porque as camadas desassistidas, sem condições de consumo, estimuladas pela sensação de impunidade e abandono, sentem-se encorajadas a pilhar. Essa é a condição moral.⁴⁴

⁴³ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 133.

⁴⁴ “Neste diapasão, a tolerância que se deve ter para com a manifestação do fenômeno criminoso (ou simplesmente ofensa contra as pessoas, como trata a teoria da restauração), mesmo em função da constatação de fatores socioeconômicos na sua base não pode ocorrer à custa dos outros, que, ofendidos ou vítimas de crimes, acabam se tornando peças de um dominó em queda, numa cadeia de prejuízos que em algum ponto não será passível de qualquer reparação. [...] Os questionamentos preliminares sobre a punição estão a exigir, entretanto, novas abordagens do ponto de vista da teoria ética e da criminologia, com reflexos do próprio direito penal, pois, como se evidencia na realidade da sociedade brasileira contemporânea, o aumento da criminalidade encontra-se, talvez, diretamente relacionado com a ausência da punição do infrator e como ela deveria eticamente se dar. [...] Essa limitação do conhecimento torna-se ainda mais problemática, quando se constata que o tema dos fundamentos éticos da punição não tem sido considerado na cultura cívica

O crime de “colarinho branco” é um verdadeiro “delito parasita”, pois vive, alimenta-se da sensação de impunidade e da inação estatal para existir.

De acordo com o jusfilósofo Alessandro Baratta, o estudo da chamada criminalidade do “colarinho branco” foi um dos campos de investigação que mais colaborou para o desenvolvimento da sociologia criminal nas últimas décadas.⁴⁵

Sutherland, segundo o mestre italiano, décadas atrás, já mostrava o perfil dos agentes de tais crimes, sempre de elevado prestígio social. E apontava a convivência entre a classe política e operadores econômicos privados.⁴⁶

As razões dessa impunidade, segundo Baratta, são múltiplas: vão desde fatores de natureza social – como o prestígio dos autores desses delitos, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, bem como a ausência de uma definição precisa do termo “colarinho branco” – até variáveis de ordem jurídico-formal – a competência, por exemplo, para processo e julgamento dos autores de tais crimes, quando o objeto material do delito, *verbi gratia*, o dinheiro público, tiver passado por meandros nacionais e internacionais. Sem olvidar de razões de natureza econômica, como a recorrência a advogados de renomado prestígio.

Sem a punição severa e exemplar dos criminosos de “colarinho branco”, resta “enxugar o gelo”: reprimir somente os incontáveis crimes patrimoniais decorrentes do referido “delito parasita” – que crescem sem controle.

A Teoria Objetivo-Subjetiva do crime continuado, que prega a exigência do dolo global, dolo de continuação – na linguagem de Cirino dos Santos –, ou elemento intelectual unificante, utilizada do modo como é, beneficia agentes

brasileira, especificamente na cultura jurídica, como a condição preliminar necessária para legitimidade, justiça e eficiência de todo e qualquer sistema normativo”. BARRETTO, Vicente de Paulo e GOMES, Abel Fernandes. *A ética da punição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 162.

⁴⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* – introdução à sociologia do direito penal (tradução de Juarez Cirino dos Santos). 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 101.

⁴⁶ “No já mencionado artigo sobre a criminalidade de colarinho branco, Sutherland mostrava, com o apoio de dados extraídos das estatísticas de vários órgãos americanos competentes em matéria de economia e de comércio, quão impressionantes eram as infrações a normas gerais realizadas nesse setor por pessoas colocadas em posição de prestígio social. As proporções da criminalidade de colarinho branco, ilustradas por Sutherland e que remontavam aos decênios precedentes, provavelmente aumentaram desde que Sutherland escreveu seu artigo. Elas correspondem a um fenômeno criminoso característico não só dos Estados Unidos da América, mas de todas as sociedades de capitalismo avançado. Sobre o vastíssimo alcance deste fenômeno influíram, de maneira particular, as convivências entre classe política e operadores econômicos privados, convivências que tiveram eficácia não só sobre as causas do fenômeno, mas também sobre a medida muito escassa, em relação a outras formas de criminalidade, em que a criminalidade de colarinho branco, mesmo sendo abstratamente prevista pela lei penal, é de fato perseguida”. *Idem, ibidem*.

de crimes como desvio de dinheiro público, pois exigem dinheiro, sofisticação e posição intelectual: todos os elementos que o transgressor pobre não possui. Há uma quebra na igualdade penal.

Por outro lado, com isso, acaba-se por penalizar, em demasia, condutas que poderiam ser punidas de modo mais proporcional e eficaz, *exempli gratia*, aquelas que resultam em crimes patrimoniais não-violentos cometidos por agentes mais pobres (sem dinheiro, sofisticação, nem posição intelectual), porque exige-se um comportamento aprimorado – o dolo de continuação – que não é próprio dessa modalidade típica.

A continuação criminosa, em regra, e principalmente quando lhe é exigido um elemento intelectual unificante – qual seja, um querer antecipado em cometer diversas condutas típicas –, demanda dinheiro, tempo, sofisticação intelectual e posição social – é a hipótese, inclusive, de crimes cujo dano ao tecido social é exponencial.

Quanto maior o liame da continuação – seu desdobramento temporal e espacial –, maiores os riscos e gastos com a empreitada criminosa; e maiores os ganhos, também. Bem diferentemente se dinamiza o crime patrimonial do agente pobre, pois a continuação delituosa exige mais das condições objetivas do que de sua vontade: ganho, gasto – ou mesmo nenhum, na maior parte das vezes – e liame continuativo pequenos.

Desse modo, crimes que precisam do dolo total – porque é da intenção primitiva do agente a repetição da conduta – são melhor elaborados do que aqueles que dele não necessitam – geralmente porque demandam essa elaboração.

Crimes continuados que não exigem essa elaboração sofisticada não carecem, em regra, do elemento subjetivo unificante; delitos que demandam maior planejamento, risco e tempo de execução são os que propiciam maiores ganhos – portanto, são mais dados à repetição criminosa – e, por isso, acarretam maiores danos ao tecido social. A violência havida nesta forma de crime é contra o direito objetivo como um todo, afeta mais o sistema, a efetivação dos direitos difusos, do que esferas subjetivas imediatamente identificadas.

Antes de tudo a violência dos crimes de “colarinho branco” é também simbólica⁴⁷, já que por tais práxis espalha-se uma ótica popular de que o

⁴⁷ “As tomadas de posição ideológica dos dominantes são estratégias de reprodução que tendem a reforçar dentro da classe e fora da classe a crença na legitimidade da dominação da classe” BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 15ª Ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2011, p. 11.

perpetrador rico, quando achaca grandes capitais, não é sujeito ao mesmo Código Penal que os demais. Haveria certos tipos de ofensores que estariam alheios às duras sanções da Lei.

Quanto maior o lucro ilícito, maior sua possibilidade de repetição e, portanto, de ocorrência do crime continuado – sem dúvida, a lesão social é exponenciada. São os “investidores ou especuladores do crime”.

Ao contrário, crimes que não demandam tempo nem planejamento, e cujo ganho criminoso é diminuto ou pouco expressivo, não são repetidos – em regra. Essas são características de crimes cometidos por pessoas de menor concentração de renda. Certo é que a continuação delitiva é comum e possível a qualquer tipo de modalidade criminosa, perpetrada por agente de todo e qualquer estrato social; contudo, o dolo de continuação é próprio de crimes elaborados, de maior possibilidade de ganho e de lesão ao tecido social, e que precisam, necessariamente, dos quatro elementos supracitados: dinheiro, tempo, sofisticação intelectual e posição social.

Decerto o crime continuado é comum a qualquer pessoa, emanante de qualquer conduta, como já escrito logo acima; todavia, se para os mais ricos, em hipótese de cometimento de conduta ilícita de cunho patrimonial, a continuação depende mais de circunstâncias subjetivas – seu tempo, seu dinheiro, seu intelecto –, de outro lado, para os pobres, em hipótese de crimes daquela mesma natureza, a seqüência subordina-se especialmente às condições objetivas – falta de atenção da vítima, instrumentos materiais.

Assim, tais crimes de “colarinho branco” geram maiores perdas ao conjunto social e, pelos danos econômicos que causam, são responsáveis pela multiplicação de uma série de outros delitos, cometidos principalmente pela parcela mais aquisitivamente depauperada da sociedade – por exemplo, furto, roubo e tráfico, a trinca campeã no Juízo Criminal. Seus agentes, da mesma forma, são os maiores – senão únicos – beneficiados pela exigência do dolo global, nexos psicológico da continuação.

Aplicar a Teoria Objetivo-Subjetiva e, com isso, reconhecer o crime continuado apenas em hipótese de querência prévia, pelo agente, de concurso de um sem número de crimes de mesma espécie, não é somente beneficiar aqueles que são transgressores inveterados – em detrimento, inclusive, dos transgressores

ocasionais. É, acima de tudo, agraciar os agentes mais ricos, responsáveis por crimes de enorme lesão econômica e social, em menoscabos dos mais pobres, que povoam, por certo, as páginas policiais com mais frequência, mas cuja conduta, em comparação com aquelas, causam diminuta lesão social.

A única forma de se evitar tal terrível inversão de valores é aplicar a Teoria Objetiva Pura como interpretação de configuração do crime continuado: essa já é uma grande ferramenta para a consecução da igualdade penal. Do mesmo modo, tal política de hermenêutica beneficiará sobremaneira agentes de crimes patrimoniais não-violentos, tais como furto, pois propiciará a evitação do cárcere – haverá, com isso, maior adequação penal e menor reincidência.

Com efeito, o reconhecimento cada vez maior do crime continuado como fator desencarcerante, principalmente, de autores de crimes de acumulação primitiva de capital não-violentos, que são cada vez mais frequentes, levará a uma maior preservação do tecido social.

Tal desencarceramento, que pode ser, em maior grau, a evitação do cárcere, ou, em menor grau, menor tempo nele, proporcionará uma resposta penal mais efetiva, pois diminuir-se-á o processo de marginalização, bem como a chaga do etiquetamento penal decorrente da prisão – ainda que reste o estigma da condenação. Aqui, a punição estatal será regulada de modo a preservar ao máximo o tecido social.

5. CONCLUSÃO

Assim, a aplicação da Teoria Objetiva Pura tem por escopo o maior reconhecimento do crime continuado, que leva a um menor encarceramento de responsáveis por crimes não-violentos, principalmente os de acumulação primitiva de capital, mais frequentes nas salas de audiências – o que preserva o corpo social e evita o ambiente carcerário: uma fórmula necessária para evitar a reincidência, possibilitar a reinserção social e combater a impunidade. Por outro lado, recrudescer – mesmo sendo um “concurso material benéfico” – os crimes dolosos e violentos, cometidos contra vítimas diferentes.

A política penal mais eficaz para se evitar a reprodução da pequena/média criminalidade é despenalizar os crimes não-violentos. Afinal, a efetividade jurisdicional constitui-se de uma tríade: reprimir a conduta, adequar a resposta

penal, e estimular a sociedade a não cometer crimes. A eficácia da resposta penal se dá com a ponderação entre esses elementos. A adequação da pena é a face mais importante da efetividade da resposta estatal – vale dizer, jurisdicional.⁴⁸ Nessa linha, a adoção da Teoria Objetiva Pura no crime continuado possibilita a utilização do aludido instituto como efetiva resposta jurisdicional-penal, e como ferramenta de aprimoramento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto Bergman. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2014.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – introdução à sociologia do direito penal (tradução de Juarez Cirino dos Santos). 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARCELLONA, Pietro. El Individualismo Proprietario. Traduzido por Jesús Ernesto García Rodríguez. Madri: Editorial Trotta, 1996.
- BARRETTO, Vicente de Paulo e GOMES, Abel Fernandes. A ética da punição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas (tradução de Marcus Penchel). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- _____. Modernidade Líquida (tradução de Plínio Dentzien). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche. Novas Tendências do Concurso Formal e Crime Continuado. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴⁸ Segundo Von Liszt, “a pena correta, vale dizer a pena justa, é a pena necessária”. “A pena necessária é a única pena justa. A pena é meio para um fim. Porém, a idéia de fim requer a adaptação do meio ao fim e um máximo de economia no seu emprego. Tal exigência rege, sobretudo, a respeito da pena, pois ela é a arma do duplo fio: proteção dos bens jurídicos por meio da lesão de bens jurídicos. Não se concebe pior atentado contra a idéia do fim do que a profusa aplicação da pena, do que a aniquilação da existência física, ética e sócio-econômica de um concidadão, em que tal destruição não seja inexoravelmente requerida pela necessidade da ordem jurídica. Assim, o domínio da idéia do fim constitui a proteção mais segura da liberdade individual contra aquelas cruéis modalidades de penados tempos passados, as quais não foram eliminadas – é bom lembrar – pelos convencidos idealistas da pena retributiva, a não ser pelos defensores do ‘trivial racionalismo’. Se Beccaria não houvesse levantado, em sua célebre obra ‘Os Delitos e as Penas’ (1764), a voz contra a desmesuração dos castigos, Adam Smith o teria feito na sua obra sobre as causas da riqueza das nações (1776)”. VON LISZT, Franz. *A Idéia do Fim no Direito Penal* (tradução de Hiltomar Martins Oliveira). São Paulo: Rideel, 2005, p. 52. Aqui, Von Liszt admite que o trabalho dos presos foi fundamental para o crescimento econômico das nações, constituindo-se em um elemento indissociável da industrialização que revolucionou o planeta.

- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 15ª Ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2011.
- FONSECA NETO, Alcides da. O Crime Continuado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. Direito Penal – Sob a Prestação Jurisdicional. Curitiba: Malheiros, 2010.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal: v. 1, tomo 1 (comentários adicionais de Heleno Cláudio Fragoso). 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. A Moderna Teoria do Fato Punível. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SCHAUER, Frederick. Thinking Like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2014.
- VON LISZT, Franz. A Idéia do Fim no Direito Penal (tradução de Hiltomar Martins Oliveira). São Paulo: Rideel, 2005.

AS SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Luiz Itagan Cavalcante Rocha¹

Resumo: O presente trabalho busca analisar no campo dos conflitos formas alternativas de solução dos mesmos. Não é desconhecido por ninguém da sociedade que nosso poder judiciário tem sido assombrado por um exacerbado e crescente número de processos e demandas que somente crescem diariamente gerando assim uma crise interna. Tal crise tem origem histórica, estrutural e quiçá social e no transcorrer do tempo essa crise somente tem piorado e agravado se externando assim para toda a sociedade que sofre com a inatividade e inoperância do poder judiciário. Deveria este entregar uma solução eficaz para as demandas apresentadas, o que nem sempre acontece, pois muitos pleitos apresentados ultrapassam anos e mais anos, tudo porque não foi dada as partes qualquer solução para seus conflitos. Analisaremos ainda a negociação, mediação, conciliação e a arbitragem como alguns meios alternativos para a solução destes conflitos, tendo em vista a crise que compromete o Poder Judiciário no que diz respeito a morosidade dos processos

Palavras-chave: Negociação; Mediação; Conciliação; Arbitragem.

EXTRAJUDICIAL CONFLICT SOLUTIONS AND THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

Abstract: The present work seeks to analyze in the field of validity the generic denunciations of the public prosecution, as well as the sentences also generic with

¹ Possui graduação em Direito pela Faculdade de Ensino Superior do Ceará (2011). Foi membro da comissão de defesa do consumidor - Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Ceará (2016-2017), é titular da sociedade de advogados denominada CAVALCANTE ADVOGADOS ASSOCIADOS. Tem experiência na área de Direito do Consumidor, Trabalhista e Direito de Família. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal (2013-2014) e Pós Graduando em Direito Processual Civil (2020-...) e Direito do Consumidor (2020-...). <http://lattes.cnpq.br/8710605319731292> e <http://orcid.org/0000-0002-9763-5744>

regard to corporate crimes per se, be they practiced by its partners or not. The member of the public prosecutor's office has the role of an accuser, and he has the constitutional responsibility to supervise the law and to initiate the appropriate criminal action, always obeying the intrinsic prerogatives of Article 41 of the Code of Criminal Procedure. Regarding the judges' decisions in the field of generality, the rule contained in article 93, section IX of the Federal Constitution, establishes that the defendant should be charged with criminal conduct in a reasoned manner, failing to violate basic principles of our law.

Keywords: General complaint; Generic sentence; Tax crimes; Corporate crimes.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente as formas alternativas de soluções de conflito vão muito além da questão da morosidade. A primeira forma de solução caracteriza-se pelas partes poderem impor seu desejo a outra parte, mesmo sem que houvesse uma negociação, ficando claro então a autotutela, porém essa forma ainda não é previsto em nosso ordenamento jurídico brasileiro devido conceder as partes um poder que não seja cômodo para a solução do conflito já que uma das partes pode estabelecer sua vontade de forma integral sem que a outra parte possa rebater suas ideias.

Uma segunda forma de solução de conflitos seria o da heterocomposição, na qual os conflitos são solucionados com a ajuda de um terceiro envolvido na lide, caracterizando-se a negociação, mediação, arbitragem e a conciliação, sendo nestes casos a função deste terceiro a de fazer a intermediação entre as partes para que elas cheguem a uma solução definitiva de seus conflitos, sem que em hipótese alguma se envolva de forma pessoal, nem mesmo induzindo as partes a fecharem uma negociação ou ainda sugerindo formas, precisando apenas estimular as partes para que elas próprias cheguem a uma resolução de seus conflitos.

Isso porque resolver um conflito de forma consensual passa basicamente, por uma construção cooperada em busca de uma solução pelas partes, o que coaduna com os ideais de cooperação social.

Dentre os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos insurgem-se os métodos consensuais. Tais métodos se apresentam na forma auto-compositiva onde as partes são estimuladas a encontrarem uma solução desejada. Existirá nestes casos uma cooperação na edificação de uma solução em que todos ganham.

A negociação é o ajuste diretamente entre as partes ou seus procuradores visando à resolução de interesses controvertidos. A mediação, por sua vez, exige a presença de um terceiro imparcial que atua como um facilitador, estimulando as partes a encontrarem, juntas, a solução da controvérsia. A arbitragem este terceiro assume a função de decidir o conflito, uma espécie de juiz para o conflito, mas na forma extrajudicial, que hoje já existe regulamentação legal própria desde 1996 pela Lei 9.307/96. A conciliação é o método no qual há a intervenção de um terceiro imparcial indicado ou aceito pelas partes.

Outra forma existente, mas não tão usual, talvez por questões sociais é a autocomposição, no qual o conflito é resolvido de forma bilateral, em que as partes chegam a um consenso sem que haja uma interferência de nenhuma outra pessoa que não esteja envolvida no conflito.

De sorte que várias são as forma de solução de conflitos competindo as partes e aos operadores do direito (advogados) em via de regra explorar tais alternativas para não verem seus clientes reféns de um poder judiciário falho.

2. INÍCIO

Essa temática de meios alternativos a solução de conflitos já vem sendo discutido em todo o mundo, em especial começou com a criação do sistema de múltiplas portas nos estado unidos em meados aos anos 70.

Já no Brasil tal assunto passou a ser discutido por meio do advento da lei nº. 9.099/95 com a criação da lei que regula os juizados especiais, porem somente obteve uma maior força após a resolução nº 125/2010 do CNJ, na qual todos os tribunais deveriam fortalecer os métodos adequados nos quais se intitulam como os meios extra judiciais de resolução de conflito, sem com o escopo de abrir outras portas para resolução de conflitos entre as partes.

Após a referida resolução não se pode mais estabelecer somente ao judiciário a responsabilidade para resolver conflitos abrindo-se assim a possibilidade de novos métodos tais como: Mediação, Conciliação, Negociação e Arbitragem. Antes de tal resolução tais métodos eram intitulados como “alternativos”, ocorre que a ideia de métodos alternativos traz uma ideia de segundo plano e não era essa a perspectiva que o CNJ esperava com essa resolução.

3. FENÔMENO SOCIAL E CONFLITO

No universo, o homem é o único ser dotado de consciência, por isso, tem comportamento e conduta racional, o que os sociólogos chamam de fenômeno social. Através de mecanismos fisiológicos e recursos técnicos, ele se adapta ao ambiente natural.

Em razão da racionalidade, harmoniza-se com a natureza, ora modificando-se o meio ambiente para suprir suas necessidades. De igual forma, adapta-se ao meio social, vivendo em grupos e interagindo.

A consequência dessa interação termina por fazer com que exerçam influência uns sobre os outros, consequências da heterogeneidade inerente aos seres humanos, que pensam e agem de modo diferente. Essas diversidades de pensamento e de ação propicia discrepâncias comportamentais que, não sendo devidamente resolvidas, resultam em conflitos de diferentes proporções, que terminam por prejudicar a harmonia e o convívio social.

Nas civilizações remotas o ser humano quando surgia as lides, o homem se utilizava da autotutela e fazia justiça com as próprias mãos. De lá pra cá o ser humano evoluiu e com essa evolução, não tardou a descobrir que a justiça praticada com as próprias mãos iam de encontro ao ideal de justiça, posto que o vencedor era sempre o mais forte, para ROUSSEAU “o mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito, e a obediência em dever.”²

Descobrimo que o desforço físico não era o meio ideal para a resolução de conflitos, passou a se preocupar com a subsistência do grupo social, e para preservá-la, buscou criar mecanismos para eliminar a violência e a força como métodos de solução de litígios, estabelecendo um pacto social com objetivo de criar formas de administração de conflitos de interesses, mediante a intervenção de um terceiro imparcial a que lhe é atribuída a incumbência de dirimi-los. Esse terceiro deverá ser escolhido de comum acordo entre os litigantes.

Cumpramos ainda explanarmos que a figura do arbitro em pouco difere da figura do princípio do juiz natural.

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo. Hemus.

4. DEFINIÇÃO DE JUSTIÇA

A definição mais básica de justiça deve ser compreendida como a particularidade do que é justo e correto, como o respeito à igualdade de todos os cidadãos independente de gênero, cor, raça ou orientação sexual, por exemplo.

Etimologicamente, este é um termo que vem do latim *justitia*. Pode ser também considerado como um princípio básico que mantém a ordem social através da preservação dos direitos em sua forma mais pura e legal.

A Justiça pode ser reconhecida por mecanismos automáticos ou intuitivos nas relações sociais, ou por mediação através dos tribunais. Em Roma, a justiça era representada por uma estátua, com olhos vendados, que significa que “todos são iguais perante a lei” e “todos têm iguais garantias legais”, ou ainda, “todos têm iguais direitos”. Esse deverá ser sempre a busca inconstante da justiça, buscar a igualdade entre todos.

Segundo Aristóteles, o termo justiça denota, ao mesmo tempo, legalidade e igualdade. Assim, justo é tanto aquele que cumpre a lei (justiça em sentido estrito) quanto aquele que realiza a igualdade (justiça em sentido universal).

Justiça também é uma das quatro virtudes fundamentais, e, segundo a doutrina da Igreja Católica, consiste “na constante e firme vontade de dar aos outros o que lhes é devido”

5. O ACESSO À JUSTIÇA

Em nosso país, vários são os fatores que contribuem para dificultar o acesso a justiça, porém se formos expressá-los ponto a ponto seria indispensável quadruplicarmos os números de páginas o que acabaria desvirtuando e desfocando o objetivo de nosso estudo.

Porém um dos principais motivos que dificultam o acesso a justiça seria o alto valor das custas processuais além da cobrança e exigência prévia de liquidação sem qualquer garantia ou certeza da conclusão do processo. Deverá ser levado em consideração que ao ingressarmos com um processo e com muito esforço superarmos o pagamento das custas processuais teremos ainda a falta de perspectiva de um prazo plausível para acabamento da demanda.

Quando nos referimos em acesso a justiça, não queremos somente falar sobre o acesso aos tribunais, nem muito menos o simples fatos de ajuizarmos uma ação. A problemática vai muito mais além disso, uma vez que quando ingressamos com a ação temos o desejo da obtenção do provimento judicial, que seria de certo modo a materialização da justiça consubstanciada pelo princípio da igualdade entre as partes.

Quem nunca teve a necessidade de recorrer ao poder jurisdicional do estado, sabe o quão penoso é esperar pelo tão sonhado provimento, uma vez que os processos se arrastam em média de quatro a seis anos para terem sua primeira sentença, após isto, vem a tão temida “via crúcis” que são os recursos que na maioria dos casos são meramente protelatórios, elevando assim o tempo médio de julgamento da lide. Em consequência de tanta demora nosso poder judiciário fica desacreditado pela sociedade brasileira.

Esses problemas não são recentes, já se referira a eles Rui Barbosa em sua oração aos moços:

“Justiça atrasada não é justiça, se não injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente”³

É lastimável o fato de que mais de um século após, nosso poder judiciário e nossa justiça continua tão emperrada como em tempos pretéritos a Rui Barbosa, o que nos leva a entender que não se trata de uma crise, pois uma crise tem como característica a transitoriedade, que não é o caso, estando mais para um mal crônico, um carcinoma institucionalizado.

Uma crítica precisa ser feita aos governos, vez que o mesmo pouco tem feito para ao menos minimizar tais problemas. Criou-se os juizados especiais com o objetivo de desafogar e facilitar o acesso a justiça, porém os mesmos estão hoje tão enterrados de processos quanto as justiças comuns.

Destarte que superado o fato do grande volume de demandas, nos deparamos também com os incontáveis e falhos sistemas, que foram criados para facilitar o

³ BARBOSA, Rui., Oração Aos Moços, 1921, p. 47.

acesso a justiça, mas que só piorou a vida do cidadão e dos operadores do direito. Dentre alguns podemos destacar os inativos: SPROC; PROJUDI; dentre os ativos e quase inoperáveis devido suas incontáveis falhas nas suas plataformas: PJE; ESAJ;

Os operadores do direito tem que fazer cursos intensivos e capacitações constantes para operação destes sistemas, imaginem o cidadão comum, como se concretizará o acesso a justiça de um modo visto prático nestes casos?

6. CRISE NO PODER JUDICIÁRIO

Embora a sociedade sempre tenha se preocupado com as longas demoras processuais, almejando sempre uma tutela jurisdicional mais rápida, apesar de este anseio esteja contido no conceito do princípio da inafastabilidade da jurisdição e do próprio acesso à justiça, a razoável duração do processo só ganhou importância no ordenamento jurídico brasileiro após a ratificação do Brasil ao Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, §1º.), e somente após a E.C. nº 45/2004 é que passou a associar isso junto ao rol das garantias fundamentais em nossa Constituição (art. 5º, LXXVIII, CFRB).

Ocorre que a aplicabilidade desta garantia tem sido cada vez mais complexa, devido ao arcaico padrão jurídico estatal. Deveriam criar além dos já estabelecidos critérios, definir no mínimo um prazo razoável para duração de um processo, aliado sempre à qualidade da entrega da prestação jurisdicional, pois de nada serviria um prazo razoável de duração se de nada servisse do ponto de vista qualitativo.

Nessa conjuntura, algumas soluções práticas poderiam ser abordadas para uma maior celeridade processual: a utilização de modernas tecnologias e a padronização delas, pois de nada serve incontáveis sistemas como mencionados no tópico anterior, prezando sempre a agilidade no processamento; prevalência da oralidade na prática de certos atos processuais, maior rigor na aplicação das litigâncias de má-fé, para evitar demoras injustificáveis e redução dos formalismos exarcebados e protelações mal-intencionadas.

A atual doutrina e o novo Código de Processo Civil apoiam a vivência de outras formas de promover soluções para os conflitos, tais como o uso dos meios alternativos de solução dos conflitos, como forma de complementar à atividade jurisdicional do Estado, podendo ser: negociação, a conciliação, a mediação, e a arbitragem.

O uso de alternativas para a pacificação social, complementando assim à jurisdição estatal, é perfeitamente encaixável em nossa sociedade atual, na qual está sempre em constante crescimento e desenvolvimento. Esses métodos de soluções de conflito tem a força de superar a morosidade estatal, ficando assim a cargo do estado tão somente causas que sejam imprescindíveis a atuação do poder público, melhorando exponencialmente as decisões judiciais e a entrega da prestação jurisdicional do estado.

Posto isto, o estudo dos meios alternativos na resolução de conflitos é extremamente necessário ao passo que vislumbramos com a morosidade da justiça, o nascimento de insegurança jurídica e frustração das partes envolvidas no processo e a conseqüente desacreditação da sociedade no poder judiciário, geram assim uma maior dificuldade de acesso à justiça, perdendo deste modo o direito a um processo justo.

A justiça brasileira como um todo está sufocada em uma crise sem precedentes históricos, para Adel Al Tasse⁴:

“não existe crise no Poder Judiciário brasileiro, mas falência de seu modelo estrutural, que não atende às exigências mínimas necessárias para acompanhar o ritmo de desenvolvimento da sociedade atual.”

A crise no poder judiciário atingiu tamanha magnitude que até os mais otimistas são pegues com pensamentos pessimistas de que os direitos e garantias constitucionais não passam de estórias infantis.

7. EFETIVIDADE DO PROCESSO E FORMAS ALTERNATIVAS DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

É cediço que para um crescimento social íntegro é imprescindível que o Poder Judiciário passe por uma total reestruturação, não somente no que concerne a sua administração de tempo, matérias e recursos humanos. Ademais, para chegar-se a um acesso efetivo de justiça de forma concreta é imperativo a institucionalização, tanto estrutural quanto cultural, dos meios alternativos de solução dos conflitos, com o intuito de complementar à atividade jurisdicional.⁵

⁴ NETO, Jorge Ferraz. Curso Prático de Arbitragem e Processo Arbitral. ABC: 2008, p.46. *apud* TESSE, Adel Al. A “crise no Poder Judiciário. Curitiba, Juruá: 2001, p.34-44.

⁵ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do Poder Judiciário: uma desmi(s)tificação. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_janeiro2007/docente/doc1.doc>. Acesso em 31 de outubro de 2009

Essa institucionalização deverá completa em todos os graus do poder judiciários, do contrário em nada servirá o esforço.

Atualmente em nosso ordenamento jurídico processual consagramos o chamado “princípio do estímulo da solução por autocomposição”, a orientar toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

No seu art. 3º, §3º, o Código de Processo Civil prevê que:

“A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

7.1. Negociação

A negociação deverá ser compreendida como uma técnica, como um dos meios alternativos para solução dos conflitos, porém a mesma não reconhecida por tal por alguns autores.

A Negociação é necessária para que um conciliador, mediador, ou árbitro venha de maneira positiva ajudar na solução do conflito, negociando com as partes inclusive auxiliando os advogados na solução da lide se for o caso.

Nas negociações faz-se *mister* atentarmos para alguns critérios imprescindíveis para que a negociação seja realmente proveitosa. Deverá o negociador separar as pessoas do conflito, e focar nos interesses e não nas posições de cada uma das partes, criar opções de ganhos para ambas às partes e ainda utilizar critérios objetivos para haver a solução.⁶

Assim, existindo diversas técnicas de negociação, vemos que o mais importante talvez seja esta, uma vez que negociamos diariamente sejam conflitos, sejam negócios, de modo voluntários somos negociadores sociais ao fazermos em nosso dia-a-dia, buscando sempre da melhor forma. Se a negociação for utilizada com a melhor técnica, maior será a chance de haverem bons acordos mantendo ainda saudável para ambas as partes a resolução do conflito.

⁶ Meios alternativos de solução de litígios. Disponível em <<http://mediacaoadvocacia.com.br/artigos-juridicos/meios-alternativos-de-solucao-de-litigios-62>> Acesso em 09 jun. 2015

7.2. Conciliação

São inúmeras as hipóteses em que a conciliação é possível, o que tem feito com que o Judiciário venha incorporando a conciliação com mais frequência como meio de solução de conflitos.

Na conciliação o poder de decisão é oriundo do magistrado que passa para os sujeitos da lide, tornando-se possível chegar a uma consolidação definitiva, vez que a vontade das partes foi expressamente exposta. O objetivo da conciliação é a resolução da controvérsia por meio de concessões de ambas as partes, ou seja, buscando-se um acordo entre as mesmas.

Um terceiro sujeito, que não é juiz, mais conhecido na prática forense como o conciliador, é uma pessoa neutra e tem o papel de aproximar as partes e orientá-las na construção do acordo. O conciliador pode fazer sugestões e opinar sobre o caso, criando um contexto propício ao entendimento e aproximação de interesses, diferentemente do mediador, que pode facilitar o diálogo, mas sem sugerir soluções, cabendo às partes, *in casu*, encontrá-las sozinhas⁷. A atuação deste, será no sentido de reunir as partes do processo para que, assessoradas por pessoas capacitadas, preventivamente, resolvam suas contendas amigavelmente.

A conciliação encontra respaldo no Código de Processo Civil de 2015, bem como na Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95). Ressalte-se, ainda, a criação do Dia Nacional da Conciliação, dirigido pelo Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho Federal de Psicologia, dentre outros, abrangendo tribunais e juizados especiais de todo território nacional, objetivando solucionar controvérsias que se prolongam há anos, através de simples acordo entre os sujeitos da lide.

7.3. Mediação

Neste método de resolução de conflitos, se busca o diálogo entre as partes, de forma que as mesmas consigam administrar seus problemas e chegar a uma solução consensual. A mediação é mais usual para as lides frutos de relações continuadas, *v.g.*, as relações familiares, trabalhistas e empresariais, já que autoriza uma melhor compreensão e administração do conflito, evitando, assim novos confrontos.

⁷ SOUSA, Lília Almeida. A utilização da mediação de conflitos no processo judicial. In: Jus Navigandi. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6199> >. Acesso em 21 de outubro de 2009.

O mediador necessitará ser dotado de conhecimentos e técnicas amoldadas a solução do conflito, ele deverá incitar os sujeitos da contenda para que eles mesmos resolvam a questão, chegando assim a um acordo confortável a ambas as partes. Conforme os ensinamentos de Juan Carlos Vezzulla: *“A mediação é uma técnica de resolução de conflitos, que sem imposições de sentenças ou de laudos, e, com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganham.”*⁸

A mediação encontra respaldo no Código de Processo Civil de 2015, mais precisamente no artigo 165, § 3º se não vejamos:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

[...]

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

A Lei 13.140, de 26 de junho 2015, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Posto isto, importante lembrar que se deve acionar o Judiciário em último caso, na impossibilidade de auto-superação da controvérsia pelas partes, que deverão possuir o livre acesso a um modelo consensual que as ajude a encontrar uma solução pacífica e não adversarial da lide.

7.4. Arbitragem

A arbitragem é regulamentada pela Lei nº 9.307 de 1996, esta alternativa de solução de conflitos, consiste no procedimento de resolução de litígios em que as

⁸ VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e prática da mediação. Curitiba: Instituto de Mediação, 1995 apud CAETANO, Luiz Antunes. Arbitragem e Mediação. São Paulo: Atlas, 2002. p. 98

partes submetem suas lides e conferem poderes e autonomia a um terceiro, que resolverá o problema conforme a lei e a equidade. A decisão proferida por este terceiro vinculará os sujeitos processuais, em razão de a sentença arbitral possuir força de título executivo extrajudicial, porém com possibilidade de posterior revisão pelo Judiciário nos casos de nulidade expressamente previstos em lei. Mostra-se mais pertinente nos casos que demandam conhecimentos técnicos específicos para sua resolução, e que versem sobre direitos disponíveis.⁹

A Lei nº 9.307/96 conferiu à sentença arbitral as mesmas implicações de uma sentença judicial, ademais conferiu ao árbitro os mesmos poderes de um juiz de fato e de direito. Passou a ser considerada uma forma de solucionar os conflitos de modo rápido, eficaz, econômico, informal e sigiloso.

O procedimento arbitral é bastante simples, uma vez que as partes podem optar e contratar a arbitragem para pacificar e resolver a questão, através do compromisso arbitral, aceitando as normas de uma instituição ou entidade especializada arbitral, por meio da cláusula compromissória.

Importante salientarmos que a qualquer tempo, as partes com processo em andamento no Judiciário poderão desistir do mesmo e optar pela arbitragem.

8. CONCLUSÃO

Pelo exposto, podemos concluir que os principais meios alternativos de solução de conflitos consistem em possíveis opções de pacificação social além de servir de complementação à atividade jurisdicional do Estado com o objetivo de desafogar o poder judiciários representando assim uma forte inclinação cultural da justiça moderna, que vem acompanhando gradativamente a evolução da sociedade.

O presente estudo revela-se imprescindível, uma vez que os efeitos da morosidade com que os processos são processados e julgados resultam em um problema de grande relevância social, já que afetam a sociedade de modo geral. Deste modo, torna-se imperioso uma transformação cultural e social especificamente ao uso dos meios alternativos de solução dos conflitos, estimulados pelo nosso novo Código de Processo Civil de 2015.

⁹ SOUSA, Lília Almeida. A utilização da mediação de conflitos no processo judicial. In: Jus Navigandi. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6199> >. Acesso em 21 de outubro de 2009.

9. BIBLIOGRAFIA

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

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Brasília, DF. Publicado no Diário Oficial da União, Seção 1. Em 17 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 nov. 2019.

_____. LEI 13.140 DE 26 DE JUNHO DE 2015. Planalto. Brasília, 26 de junho de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 26 de jul. 2017.. Brasília, DF. Publicado no Diário Oficial da União, Seção 1. Em 29 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 08 de nov. 2019.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. Publicado no Diário Oficial da União, Seção 1. Em 24 set. 1996. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 07 nov. 2019.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012. CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARVALHO, Raphael Franco Castelo Branco. Mediação de conflitos, crise do judiciário e advocacia: aspectos teóricos e práticos em torno da “Lei de Mediação” (Lei nº 13.140/2015). 2015. 146f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2015.

COSTA, Ana Carolina Farias Almeida da. Acesso democrático à justiça com base no ensino jurídico da mediação. 2014. 144 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2014.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Manual de arbitragem. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, C. R. Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013

INVENÇÕES DOS PROFESSORES E PESQUISADORES DA USP¹

Newton Silveira²

Resumo: A resolução nº 3.428 de 1988 da USP - A vigente resolução nº 7.035 de 2014 - Os direitos patrimoniais sobre as criações pertencem à universidade em caráter exclusivo - Compete ao coordenador da agência USP de inovação providenciar o registro junto aos órgãos competentes - Produtos farmacêuticos e seus processos de fabricação. (Este texto foi objeto de palestra na Faculdade de Medicina da USP no início do ano de 2019, tendo sido sua publicação recusada pela Revista da ABPI por fazer menção à atividade do autor perante a USP).

Palavras-chave: Patentes de segundo uso. Atividade inventiva. Novidade. Meio industrial. USP.

1) Pela Resolução nº 3.428, de 12 de maio de 1988, o então reitor José Goldenberg editou normas acerca de patentes de invenção resultantes de pesquisas realizadas na Universidade de São Paulo e sobre a participação do inventor em direitos e obrigações nessas patentes de invenção.

O art. 1º determinou que as invenções resultantes de pesquisas realizadas na USP serão objeto de pedido de privilégio de invenção e, no art. 2º, que, no pedido de privilégio, figurará sempre como requerente a Universidade de São Paulo e como inventor o autor ou autores da invenção, assegurando-se, pelo art. 3º, a divisão entre a Universidade e o inventor, em partes iguais, dos proventos que advenham da utilização e cessão da patente.

Na ocasião em que o Magnífico Reitor cogitou dessa normativa, fui consultado a respeito através do então diretor da Faculdade de Direito da USP, Prof. Dalmo Dalari.

¹ Palestra apresentada no Instituto de Ortopedia e Traumatologia da Faculdade de Medicina da USP.

² Prof. Sênior na Pós-graduação da Faculdade de Direito da USP.

Aparentemente, a norma daquela Resolução contrariava a Lei de Propriedade Industrial, que estabelecia a copropriedade dos inventos realizados por empregado ou prestador de serviços, no caso de a invenção ter resultado da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios materiais, instalações ou equipamentos do empregador. No entanto, essa norma ressalvava expressa disposição contratual em contrário. Assim, pela Resolução em comento, aplicou-se a regra geral no sentido de que a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador, quando decorrerem de contrato de trabalho e que tenham por objeto a pesquisa ou atividade inventiva.

A resolução nº 3.428 foi substituída pelas Resoluções nº 3.454, de agosto de 1988, e nº 3727, de agosto de 1990. Finalmente, a vigente Resolução nº 7.035, de 17 de dezembro de 2014, veio a regular a matéria, incluindo os programas de computador e excluindo os direitos autorais, embora o software seja objeto da Lei da Direitos Autorais, mas consiste em criação técnica.

O art. 3º, I, engloba as invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas, programas de computador, topografias de circuitos integrados, cultivares e qualquer outro desenvolvimento tecnológico, ou seja, toda propriedade intelectual, exceto os direitos autorais sobre obra artística. O nº II do mesmo art. 3º define como criação da Universidade a que resulta de sua atividade regular ou de projeto de pesquisa ou extensão tecnológica ou realizada com a utilização de equipamentos, recursos, instalações, dados, meios ou materiais da Universidade ou ainda com a participação de pessoal a ela ligado, com ou sem vínculo funcional ou relação de emprego, com docentes, pesquisadores, estudantes, bolsistas, pesquisadores de pós-doutorado, especialistas externos e aposentados, estes com termo de adesão.

Dessa forma, o art. 4º estabelece que os direitos patrimoniais sobre as criações referidas no art. 3º pertencem à Universidade em caráter exclusivo. No entanto, o parágrafo único admite a partilha em caso de parceria da Universidade com empresas ou entes externos.

O art. 6º se refere à Agência USP de Inovação, sucessora do GADI - Grupo de Apoio ao Desenvolvimento de Invenções da USP, do qual fui membro inicial por nomeação do Reitor Goldenberg. A agência USP é responsável pela gestão da Política de Inovação e pela proteção dos direitos patrimoniais sobre criações a Universidade.

Pelo art. 11, compete ao coordenador da Agência USP de Inovação providenciar o registro junto aos órgãos competentes nacionais e internacionais.

Na conformidade do art. 28, os ganhos econômicos da Universidade advindos da exploração de criações deverão ser divididos entre os criadores (30%), os departamentos (45%), as unidades dos criadores (10%), a Reitoria (5%) e a Agência USP de Inovação (10%).

Uma pesquisa perante o INPI em nome do inventor Adib Domingos Jatene localizou 16 pedidos de patentes entre 1982 e 2013, constando como requerentes ou titulares em alguns a Universidade de São Paulo, a Fundação Zerbini e Macchi Engenharia e Biomédica Ltda., bem como o próprio ex-ministro da Saúde particularmente. Perquirido o Dr. Adib Jatene a respeito, afirmou ele que a maioria dessas invenções foram por ele realizados particularmente em sua própria residência...

2) Como é geralmente conhecido, a partir da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279 de 1996 passaram a ser patenteáveis os produtos farmacêuticos e seus processos de fabricação. Não obstante, permanecem como não patenteáveis as técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico (art. 10, VIII), bem como todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza (art. 10, IX e art. 18, III).

Não poderia deixar de trazer à colação a discutida questão das patentes de segundo uso, objeto da 6ª edição de meu Propriedade Intelectual, pag. 131 e ss., do qual transcrevo:

PATENTES DE SEGUNDO USO

As patentes de uso se incluem ao lado dos processos de fabricação de novos produtos ou de obter resultados industriais. Os usos privados não são privilegiáveis, por expressa exclusão legal. Os novos usos de produtos farmacêuticos conhecidos se incluem nessa categoria de invenções não privilegiáveis. Isso não significa que produtos da biotecnologia não sejam patenteáveis na medida em que se prestem à fabricação de novos produtos úteis.

ATIVIDADE INVENTIVA

Muito se tem discutido a matéria de patentes de 2º uso na área farmacêutica.

Alegam os requerentes desse tipo de patente que o 2º uso se refere ao mesmo medicamento (a mesma formulação) usado para o tratamento de outra enfermidade.

Onde estaria a diferença?

Na indicação terapêutica, ou seja, na bula. Sem bula, o medicamento é o mesmo.

Daí a discussão surgir na área farmacêutica, já que o medicamento não pode ser vendido sem bula.

Seria o caso de direito autoral sobre a bula?

Evidentemente, quem compra um martelo pode usá-lo para bater bife, em lugar de usá-lo para bater pregos. Isso é possível porque o 2º uso não está escrito na bula do martelo. Esse utensílio não tem indicação terapêutica...

Exemplo recente e menos fantasioso pode ser retirado da Apelação cível n. 9070658-28.2002.8.26.0000 do TJSP, em acórdão da lavra do eminente Des. Enio Zuliani (relator).

A ementa do Acórdão proferido em 22.09.2011 pela 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP tem o seguinte teor:

Autores que pretendem proteção de exclusividade de invento (spray de tinta que árbitros de futebol utilizam para sinalizar, na grama, as penalidades de jogo). INPI que negou a patente requerida por falta do requisito criatividade ou novidade (art. 13, da Lei n. 9.279/96). Apetrecho que não constitui invento, mas, sim, ideia de utilização prática de dispositivo comum. Improcedência mantida. Não provimento.

É importante assinalar o seguinte trecho do voto do Des. Zuliani:

O *spray* é ferramenta comum para o serviço de pintura e desenho e não há invento algum em aproveitar a sua função para demarcar território das arenas futebolísticas com o propósito de fixar o local exato para colocar a bola a ser chutada ou para estabelecer a linha de barreira dos jogadores que protegem o gol. A ideia de utilizar isso no campo de grama foi brilhante e serviu para corrigir um problema

crônico da arbitragem, o que não significa invento digno de patente ou de privilégio, como pretenderam os autores.

Diferente seria se uma indústria de *spray* o colocasse no mercado com *bula*, expressamente indicando o novo uso do *spray*. Caso contrário, os titulares dessa esdrúxula patente deveriam estar presentes em todos os jogos de futebol, munidos de competente mandado judicial para apreender o *spray* tão logo o árbitro o utilizasse para o novo uso...

PATENTES DE USO

O art. 42 da Lei de Propriedade Industrial dispõe:

“A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I – produto objeto de patente;

II – processo ou produto obtido diretamente por processo patenteador”.

Assim, o titular de uma patente de 2º uso não pode impedir terceiros de produzir o medicamento, pois ele é idêntico ao de 1º uso (que se acha em domínio público). Também não pode impedir terceiro de colocar à venda, vender ou importar o medicamento, pela mesma razão: a formulação se acha em domínio público.

Resta do caput do art. 42 o verbo usar. Mas quem usa o produto não é quem fabrica ou comercializa. Quem usa o produto em 2º uso é o consumidor. Este se acha coberto pela exceção do inciso I do art. 43, que isenta os atos praticados por terceiros não autorizados em caráter privado e sem finalidade comercial.

O que resta então?

Anunciar, na embalagem ou na bula, a nova destinação do medicamento. Anunciar, então, seria o verbo que se aplicaria. No entanto, esse verbo não se acha nas previsões do caput do art. 42, redigido em obediência ao Acordo TRIPs.

Além do mais, tal proibição significaria violação ao direito constitucional de livre expressão.

Não se vislumbra, assim, enquadramento algum nos verbos previstos no art. 42: produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar.

Vejam-se os dois incisos do art. 42: produto objeto de patente – não é o caso, como exposto; processo patenteado – também não é o caso, pois não se trata de processo; portanto, também não se trata de produto obtido por processo patenteado.

Qual poderia ser o teor de uma sentença proferida num processo de contrafação de patente de 2º uso? Proibir o réu de praticar 2º uso, ou sugerir ao consumidor tal 2º uso?

Como se vê, não se trata de falta de atividade inventiva, mas de falta de previsão legal. Ou falta de lógica...

Imaginemos um caso real de 2º uso.

Os nazistas inventaram tomar champanhe num sapato feminino. O champanhe continua sendo fabricado e vendido pelas fábricas de bebidas; os calçados pelas fábricas de sapatos.

Mas a venda de uma garrafa de champanhe ao lado de um sapato feminino em embalagem transparente seria um 2º uso de exclusividade do III Reich. Uma espécie de patente de comercialização.

Ainda um aperfeiçoamento poderia ser acrescentado: um sapato impermeável para não vazar o champanhe. Esse sapato também serviria para ser usado em dias de chuva. Terceiro uso...

NOVIDADE

Ananda Chakrabarty, pesquisador do MIT (Massachusetts Institute of Technology), inventou uma bactéria engenheirada que digeriria petróleo, colaborando com a limpeza ambiental.

O USPTO (United States Patent and Trademark Office) denegou a patente por considerar que matéria viva não é patenteável.

Chakrabarty foi à Suprema Corte, que determinou que o USPTO concedesse a patente porque tudo de novo sob o sol criado pelo homem deveria receber uma patente.

Posteriormente, tentou-se nos Estados Unidos patentear genes modificados. A matéria foi considerada não patenteável porque não basta haver novidade, há que ter também uma nova utilidade.

O Acordo TRIPs de 1994 veio a estabelecer as regras de patenteabilidade, exceto de microrganismos e processos essencialmente biológicos.

Em consonância, a Lei de Propriedade Industrial brasileira veio a considerar não invenções o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, exceto os microrganismos transgênicos, que não sejam mera descoberta.

Tudo isso significa que aquilo que existe na natureza não pode ser patenteado, mesmo que tenha uma nova utilidade, até então desconhecida.

Ou seja, tudo que se acha sob o sol não é novo e não pode ser patenteado.

Uma raiz amazônica que cura hemorroidas não pode ser patenteada em seu estado natural, nem mesmo em forma injetável.

Ora, medicamentos que já caíram em domínio público equivalem às coisas naturais, todos já sob o sol. Da mesma forma que um microrganismo tal como encontrável na natureza não é patenteável, mesmo que se descubra para ele uma nova utilidade, medicamentos já conhecidos não poderão ser repatentados para uma nova finalidade.

Se se descobrir que um medicamento utilizado para disfunção erétil também serve para curar enxaqueca, teríamos duas embalagens diferentes, uma para uso masculino, outra para uso feminino? Ou poderíamos ter uma embalagem unissex com duas bulas, uma azul e outra cor-de-rosa?

Conta-se que a Salvador Dali foi encomendada a elaboração do design de um frasco para um novo perfume.

No dia do lançamento do perfume, o artista se esquecera da encomenda. Levado ao palco sob o espocar dos flashes, perguntou-se: Mestre, e o projeto? Catando do chão uma lâmpada de flash e batendo-a na mesa para ficar de pé, Dali a apresentou como o novo modelo. Perguntado sobre a marca, respondeu: a marca é flash.

Mais um caso de 2º uso.

MEIO INDUSTRIAL

Gama Cerqueira, no vol. I de seu Tratado (n. 68), afirmou: “A invenção, de modo geral, consiste na criação de uma coisa inexistente na natureza”.

Ou, mais adiante: “A coisa inventada deve ser diferente do que já é conhecido” (n. 71).

E ainda mais: “Reconhecer que um produto natural ou fabricado possui certas propriedades e indicar o proveito que delas se pode tirar não é inventar” (n. 74).

No entanto, afirma-se que Gama Cerqueira admitia a concessão de patentes de 2º uso. Antes de mais nada, certamente não se tratava de 2º uso farmacêutico, já que é notório que o autor considerava razoável não se conceder patentes a medicamentos.

No vol. II prosseguia Gama Cerqueira:

“Somente os produtos fabricados ou elaborados pelo homem podem ser objeto de patente... Mas os processos e métodos destinados à produção, tratamento e exploração industrial dos produtos naturais podem ser privilegiados, assim como a aplicação nova desses produtos para obter um outro produto ou um resultado industrial” (n.26).

Ou seja, a ideia de nova aplicação não pode se referir a produto, como exposto. Pode, no entender de Gama Cerqueira, achar-se entre os processos e métodos para produzir um resultado industrial. Será então um meio industrial para obter um produto ou outro resultado. Na indústria...

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É muito possível e provável que, passados quase setenta anos dos estudos de Gama Cerqueira, a doutrina deva se adaptar aos novos tempos, principalmente na época da biotecnologia, dos genes e da nanotecnologia.

Mas sem perder a noção dos princípios que regem a criação intelectual e sua apropriação.

BIBLIOGRAFIA

SILVEIRA, NEWTON. **Propriedade Intelectual**. 6ª ed. São Paulo: Editora Manole, 2018, página 131 e seguintes.

DA RETENÇÃO DE CONTÊINERES NOS TERMINAIS ALFANDEGADOS BRASILEIROS

*Paulo Campos Fernandes**

*Jeniffer Adelaide Marques Pires**

*João Mirsilo Gasparri**

Resumo: No transporte marítimo de mercadorias em contêineres é comum acontecer dos contêineres ficarem retidos nos terminais alfandegados brasileiros em razão do processo de despacho aduaneiro de importação se prolongar demasiadamente, sobretudo nos casos de abandono de mercadoria. A retenção prolongada dos contêineres nos terminais alfandegados causa graves prejuízos aos transportadores marítimos, razão pela qual se faz necessário tomar providências para conseguir a sua liberação. Segundo a legislação brasileira, os contêineres não se confundem com as cargas neles transportadas, tendo o transportador direito à liberação dos seus contêineres. Este artigo tem por objetivo a análise jurídica das medidas administrativas e judiciais adotadas pelo transportador para recuperar seus contêineres, bem como a responsabilização pela sua indevida retenção. Ao longo da análise elaborada, a fim de contextualizar o leitor, o artigo também descreve resumidamente o contrato de transporte marítimo de mercadorias em contêineres bem como o processo de despacho aduaneiro de importação de mercadorias.

Palavras-chave: Contêineres – Retenção – Liberação – Transporte – Importação

CONTAINER RETENTION CONSIDERATIONS AT BRAZILIAN PORTS

Abstract: In the maritime transport of goods in containers, it is common to happen

* Advogados do Escritório Kincaid | Mendes Vianna Advogados Associados.

that the containers are held in Brazilian ports due to the nationalization process taking too long, especially in cases of abandonment of goods. The prolonged retention of the containers in the Brazilian ports causes serious damages to the maritime transporters, reason why it is necessary to take measures to obtain their release. According to Brazilian legislation, containers are not to be confused with the cargoes transported in them, and the carrier has the right to release their containers. This article aims at the legal analysis of the administrative and judicial measures adopted by the carrier to recover their containers, as well as the responsibility for their improper retention. Throughout the analysis, in order to contextualize the reader, the article also briefly describes the contract of maritime transportation of goods in containers as well as the nationalization process for importing goods.

Keywords: Containers – Retention – Release – Transportation – Importation

1. INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade o transporte marítimo é o alicerce do desenvolvimento econômico mundial, e não há nenhum indicador que este fato venha a se alterar.

Não se pode falar em comércio internacional sem se falar em transporte marítimo. Este é o modal que viabiliza o transporte de grandes quantidades de mercadorias a baixo custo e com reduzido impacto ambiental.

Nesse sentido, destaca-se o contêiner, também denominado como unidade de carga, como relevante instrumento do transporte marítimo de mercadorias. Segundo o relatório *Review of Maritime Transport* do ano de 2019, publicado pela *United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD*, 24% de toda carga transportada por via marítima foi através de contêineres, um total de 2,94 bilhões de toneladas de mercadorias.

O Brasil encontra-se fortemente inserido neste contexto global de comércio internacional pela via marítima, e aqui também os contêineres assumem importante papel.

Segundo o relatório Anuário Estatístico Aquaviário de 2019, publicado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, o Brasil no referido transportou 117 milhões de toneladas de cargas em contêineres, sendo necessários 10,5 milhões destes equipamentos de carga do tipo 20 pés.

Deste montante, 30% foi movimentado na importação, 30% na cabotagem e 40% na exportação. O crescimento da atividade entre 2015 e 2019 foi de 15%, se compararmos ao Produto Interno Bruto no período o crescimento é muito superior.

As mercadorias importadas, incluindo aquelas transportadas em contêineres, antes de ingressarem no país, precisam ser submetidas ao processo de despacho aduaneiro de importação, realizado pela Receita Federal do Brasil (RFB) e regulamentado pela Instrução Normativa SRF nº 680, 02 de outubro de 2006.

Ocorre que, o processo de despacho aduaneiro de importação em diversas situações se prolonga demasiadamente por razões variadas. Em algumas situações os contêineres ficam retidos de forma indevida junto com as mercadorias que neles foram transportadas.

No entanto, os contêineres não se confundem com as cargas neles transportadas que podem ser objeto de procedimentos de retenção pela fiscalização aduaneira em seu desembarço.

A não liberação e a indevida retenção dos contêineres gera graves prejuízos aos seus titulares (transportadores marítimos), e indiretamente ao país, uma vez que prejudica o fluxo de comércio e, em última análise, encarece os produtos e serviços oferecidos.

Segundo o artigo 25 da Lei nº 9.611 de 1998, que dispõe sobre o Transporte Multimodal de Cargas, os contêineres têm livre entrada e saída do país, podendo ainda serem utilizados no transporte doméstico.

No mesmo sentido, o Regulamento Aduaneiro - Decreto nº 6.759/2009- estabelece, no § 1º do artigo 39, que os contêineres têm admissão ou exportação temporária automática, isto é, sem que haja necessidade de um procedimento específico junto a RFB para seu ingresso ou saída no país.

No entanto, apesar desta fundamentação legal, os transportadores marítimos experimentam grande dificuldade para conseguir a liberação e devolução dos seus contêineres, não sendo incomum terem que judicializar o pedido de liberação das unidades de cargas retidas.

Em vista das graves consequências e grande complexidade da indevida retenção de contêineres nos portos brasileiros durante o desembarço das mercadorias importadas, os autores apresentam no presente artigo o detalhamento do problema, sua análise e, ao final, propõem soluções.

2. DO CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO EM CONTÊINERES

O Contrato de Transporte Marítimo em Contêineres tem como partes o embarcador (parte contratante; comumente denominada como titular da carga, em inglês, *merchant*) e o transportador (parte contratada, em inglês, *carrier*).

A natureza jurídica do Contrato de Transporte Marítimo em Contêineres constitui-se como uma estipulação em favor de terceiro, uma vez que por ordem do embarcador a mercadoria transportada deve ser entregue a um terceiro, denominado consignatário (em inglês, *consignee*).

Para atender as variadas necessidades dos clientes, o mercado oferece diversas soluções contratuais. São elas:

Porta a porta: transporte com início no local de coleta do contêiner e término no local de entrega do contêiner ao consignatário. Esta opção inclui que o transportador providencie transporte terrestre do ponto de entrega ao terminal de origem, transporte marítimo do terminal portuário de origem ao terminal portuário de destino, transporte terrestre do terminal de destino até o ponto de entrega ao consignatário;

Porto a porto: transporte com início no terminal portuário de origem e término no terminal portuário de destino. Nesta opção cabe ao transportador executar o transporte marítimo do terminal portuário de origem até o terminal portuário de destino, devendo o embarcador providenciar a entrega do contêiner no terminal de origem e a sua posterior retirada no terminal destino;

Porta a porto: transporte com início no local de coleta do contêiner e término no terminal portuário de destino;

Porto a porta: transporte com início no terminal portuário de origem e término no local de entrega do contêiner ao consignatário.

No caso do contrato porto a porto, objeto deste artigo, sua execução compreende várias etapas: **(a)** o embarcador retira o contêiner, no local indicado pelo transportador, para fazer o seu estufamento (também chamado de ova ou acondicionamento); **(b)** Estando na posse do contêiner, o embarcador realiza o estufamento da unidade com as mercadorias a serem transportadas; **(c)** o embarcador entrega o contêiner estufado no terminal de embarque

contratado; **(d)** embarque do contêiner no navio transportador; **(e)** transporte marítimo do contêiner desde o terminal portuário de origem até o de destino; **(f)** desembarque do contêiner do navio no porto de destino; **(g)** o consignatário retira o contêiner (ainda estufado) do terminal de destino; **(h)** transporte do contêiner para instalações do consignatário, ou por ele indicadas; **(i)** desova do contêiner (retirada das mercadorias do interior do contêiner) e; **(j)** devolução do contêiner ao transportador.

Ocorre que, como já dito, para que seja possível o consignatário retirar o contêiner estufado com sua mercadoria (etapa “g”), a mercadoria importada precisa ser submetida ao processo de despacho aduaneiro de importação.

Enquanto a mercadoria está sob fiscalização das autoridades aduaneiras, esta permanece acondicionada no interior do contêiner, que por sua vez encontra-se no recinto alfandegado do terminal, sob a guarda da administração do Recinto Alfandegado (Terminal Portuário).

Em diversas ocasiões, o importador não toma as providências necessárias para que ocorra o desembarço aduaneiro da mercadoria, ensejando a necessidade de que o transportador tome providências para retomar o contêiner, de forma a permitir a sua devolução e seu emprego em novos contratos, com outros clientes.

O tempo em que o contêiner é retido sem que a mercadoria siga o curso do processo de importação pode gerar prejuízos para o transportador, pois é através deste ativo que a empresa realiza o seu negócio.

Estes aspectos serão examinados em detalhes nos itens a seguir.

3. DO PROCESSO DE DESPACHO ADUANEIRO DE IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS NO BRASIL

A importação de mercadorias no Brasil está inserida no cenário do comércio exterior. Este ramo de atividade econômica prescinde da atenta e eficiente regulação do Estado, o qual possui o fim de aperfeiçoá-la às suas exigências político-econômicas nacionais.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 atribui competência exclusiva à União para legislar sobre comércio exterior, bem como estabelece caber ao

Ministério da Fazenda o controle e fiscalização sobre o comércio exterior:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

VIII - comércio exterior e interestadual;

*_*_*_*_*_*

“Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda.”

Por sua vez, para a nacionalização de um produto importado, é necessária a observância das regras aduaneiras no despacho de importação. A partir dele, o produto estrangeiro importado passará a ser equiparado aos produtos nacionais.

O desembaraço aduaneiro é procedimento administrativo fiscal, de iniciativa do importador, consubstanciado no cumprimento da série de atos previstos nas normas de regência aduaneiras com o objetivo de liberar as mercadorias procedentes do exterior, mediante a verificação da exatidão dos dados declarados em relação à mercadoria importada, aos documentos apresentados e ao pagamento de tributos, conforme define o artigo 542 e seguintes do Regulamento Aduaneiro.

Caso concluído com sucesso, sua consequência será o regular ingresso do produto estrangeiro em território nacional em equiparação com os produtos nacionais, conforme esclarece Baldomir Sosa:

“A nacionalização é uma consequência de um ato jurídico praticado pelo Estado, e pelo qual uma mercadoria de procedência estrangeira fica equiparada a uma mercadoria de lavra nacional, podendo, a partir dessa equiparação, circular na economia interna como se produto nacional fosse”.

Ocorre que, nos deparamos com a morosidade dos procedimentos para entrada e saída de bens do Brasil. Por exemplo, o curso de uma importação tinha duração média de 17 (dezessete) dias. Assim, houve a necessidade de conferir maior agilidade a estes processos para beneficiar o mercado nacional, e por essa razão o Governo Federal lançou o Programa Portal Único de Comércio Exterior, através do Decreto nº 8.229/2014.

Especificamente em relação ao procedimento de importação foi introduzida

pela Instrução Normativa RFB nº 1.833/2018 e regulamentada pela Portaria COANA nº 77/2018 a Declaração Única de Importação (DUIMP), que permite a padronização das informações prestadas pelos importadores da característica das mercadorias (há um Catálogo de Produtos) e flexibiliza o momento de apresentação de informações, contanto que o importador respeite marcos temporais como embarque, chegada, início do despacho aduaneiro, desembaraço e entrega da carga.

Apesar de, geralmente, ser dispensado o licenciamento prévio para importações, existem algumas exceções que necessitam de autorização para adentrarem o território nacional.

Nesse sentido, foi criada a categoria Licenças, Permissões, Certificados e Outros Documentos – LPCO, integrante da DUIMP, para substituir a antiga Licença de Importação.

Após a verificação de regularidade da licença e da declaração, em posse de todas as informações prestadas pelo importador, o sistema prossegue com a parametrização automática da importação, encaminhando o processo para um dos 4 (quatro) canais de conferência aduaneira, conforme procedimento determinado pelo artigo 564 e seguintes do Regulamento Aduaneiro.

Com a DUIMP os valores devidos a título de tributos e taxas são recolhidos conjuntamente, no ato de registro da declaração por Documento de Arrecadação de Receitas Federais – DARF mediante débito automático em conta corrente de banco integrante da rede de arrecadação federal devidamente registrada no módulo Pagamento Centralizado do Portal Siscomex (artigo 6º, Portaria COANA nº 77/2018).

Após a conferência da documentação pelas autoridades aduaneiras, o despacho de importação se encerra com: *(i)* o desembaraço, ato pelo qual é registrada a conclusão da conferência aduaneira, na forma do artigo 571 do Regulamento Aduaneiro, sendo permitida a entrada do bem importado em território nacional, ou *(ii)* com a negativa do desembaraço, nas situações elencadas no artigo 571, §1º, Regulamento Aduaneiro.

No segundo caso, pode ser determinado o retorno do bem ao exterior ou, se permitido pela legislação, realizada a sua destruição.

Por seu turno, os contêineres que armazenam as mercadorias importadas

e que são transportados nos navios não estão sujeitos ao despacho aduaneiro de importação. O tratamento aduaneiro dado a estas unidades de cargas, segundo o artigo 5º inciso IX da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1600/2015 é o enquadramento no regime aduaneiro especial de admissão temporária automática com suspensão total do pagamento de tributos, sem registro de declaração de importação.

Tal normativa ratifica o disposto no parágrafo único do artigo 24 da Lei de Transporte Multimodal de Cargas (Lei nº 9.611/98) bem como o artigo 39 do Regulamento Aduaneiro que consideram o contêiner como um bem distinto das mercadorias importadas. Tais dispositivos estabelecem que *“é livre, no País, a entrada e a saída de unidades de carga e seus acessórios e equipamentos, de qualquer nacionalidade”*.

Importa destacar que, apesar de a legislação não prever tempo determinado para a permanência de contêineres em território brasileiro, não significa dizer que as unidades de carga podem permanecer no Brasil indefinidamente ou alterar a sua utilização sob pena de caracterizar uma nacionalização.

Portanto, os contêineres entrados no país não devem, sob hipótese alguma, permanecer parados por tempo indeterminado. Ao contrário, devem ser desovados (esvaziados) tão logo possível, a fim de serem reutilizados para acondicionamento de bens na exportação.

O despacho aduaneiro de importação é realizado no recinto alfandegado do terminal portuário onde o contêiner foi descarregado. O contêiner, estufado (carregado com a mercadoria importada) permanece nesse local até que o despacho seja concluído, seja com o desembaraço da mercadoria ou se houver o descumprimento dos procedimentos de importação ou abandono da mercadoria com aplicação da pena de perdimento.

O artigo 546 do Regulamento Aduaneiro estabelece que o despacho aduaneiro de importação deverá ser iniciado em **(a)** até 90 (noventa) dias da descarga, se a mercadoria estiver em recinto alfandegado de zona primária; **(b)** até 45 (quarenta e cinco) dias após esgotar-se o prazo de permanência da mercadoria em recinto alfandegado de zona secundária.

A inobservância dos prazos fixados para início do despacho aduaneiro de importação será considerada como abandono da mercadoria, conforme previsto

nos artigos 642 e seguintes do Regulamento Aduaneiro, podendo resultar na aplicação da pena de perdimento das mercadorias.

Na mesma situação de abandono e com as mesmas implicações encontrar-se-ão as mercadorias importadas cujo despacho aduaneiro seja interrompido por mais de 60 (sessenta), por ação ou omissão do importador.

Caso o processo de desembaraço não observe, voluntária ou involuntariamente, de forma comissiva ou omissiva, norma disciplinada no Regulamento Aduaneiro ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completá-lo, estar-se-á diante de uma infração aduaneira, conforme artigo 673 do referido diploma legal.

Segundo o artigo 675 do mesmo regimento normativo tais infrações estão sujeitas às seguintes penalidades: *(i)* sanção administrativa, *(ii)* multa e *(iii)* perdimento, as quais serão aplicadas a partir da lavratura de auto de infração por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Dentre as sanções da legislação aduaneira, o perdimento de bens é a mais severa.

4. DA PROLONGADA RETENÇÃO DOS CONTÊINERES

O contrato de transporte marítimo em contêineres prevê como obrigação do importador, titular da mercadoria transportada, devolver as unidades de carga dentro do prazo acordado junto ao transportador. Para tanto, deve o importador providenciar a liberação das suas mercadorias junto à autoridade aduaneira.

Ocorre que, em muitas ocasiões, o importador abandona a mercadoria que se encontra em processo de despacho aduaneiro de importação. Vários são os fatores que levam a esta situação, por exemplo: problemas burocráticos, falência da empresa importadora, distratos comerciais, entre outros.

A prática demonstra que na maioria dos casos o abandono deriva da simples inércia dos importadores em iniciar o procedimento de desembaraço aduaneiro dentro do prazo de 90 (noventa) dias.

Todavia, independentemente da causa do abandono, uma vez ocorrido, as cargas importadas abandonadas ficam sem a devida destinação, o que afeta os transportadores marítimos na recuperação de seus contêineres.

Os contêineres estufados com a mercadoria importada abandonada ficam retidos por meses ou até anos nos portos de descarga aguardando pela conclusão da aplicação da pena de perdimento sobre as mercadorias pela RFB.

Segundo o artigo 774 do Regulamento Aduaneiro, *“as infrações a que se aplique a pena de perdimento serão apuradas mediante processo fiscal, cuja peça inicial será o auto de infração acompanhado de termo de apreensão e, se for o caso, de termo de guarda fiscal.”*

Portanto, para que a Receita Federal do Brasil possa aplicar a pena de perdimento às mercadorias e posteriormente dá-las a devida destinação, deve um Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil lavrar um auto de infração, acompanhado de termo de apreensão e, quando for o caso, do termo de guarda fiscal.

Para a aplicação desta penalidade, em linha com o artigo 27 do Decreto-Lei nº 1.455/1976 e conforme acima referido, será instaurado um procedimento fiscal cuja peça inicial será um auto de infração com termo de apreensão.

Após a intimação, feita pessoalmente ou por edital, a parte autuada terá 20 (vinte) dias para apresentação de impugnação. Caso não haja manifestação ao final deste prazo, será decretada a revelia.

Em seguida, o processo será encaminhado à Secretaria da Receita Federal para julgamento em instância única, já com as devidas averiguações e diligências eventualmente necessárias, realizadas pela autoridade responsável pela lavratura do auto.

Segundo levantamento do Centro Nacional de Navegação Transatlântica (CENTRONAVE), existem nos portos brasileiros aproximadamente 5 (cinco) mil contêineres abandonados por seus importadores¹.

Quando o importador ou seu representante abandona a mercadoria, nasce o dever da RFB de iniciar imediatamente o Procedimento Administrativo Fiscal (PAF), nos termos descritos acima, que ao final decretará o perdimento desta mercadoria.

Ante tais circunstâncias, é obrigação normal da RFB iniciar, no 91º (nonagésimo primeiro) dia de abandono destas mercadorias no porto de destino, o correspondente PAF, mas infelizmente, não é o que se observa na prática.

Convém destacar que o despacho aduaneiro iniciado após o 90º dia

¹ Disponível em <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,portos-brasileiros-tem-5-mil-containers-abandonados,405796>>. Acesso em 19/07/2020

subsequente à descarga da mercadoria é intempestivo e, portanto, nulo; sendo irrevogável a obrigação da RFB aplicar a pena de perdimento.

Por oportuno se destaca que não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer norma que imponha ao transportador marítimo a obrigação de esperar o término do despacho aduaneiro de importação, ou ainda, a conclusão do Procedimento Administrativo Fiscal (PAF) para aplicação da pena de perdimento da mercadoria para reaver seu contêiner.

Ainda que instados pelos transportadores a dar início ao PAF, muitas vezes, a autoridade alfandegária se mantém inerte. É fato que a inobservância destes prazos tem consequências diretas sobre os transportadores cujos contêineres estão acondicionados as mercadorias abandonadas por seus consignatários.

Ou seja, a incapacidade da RFB de processar e dar destino àquelas mercadorias importadas em situação de abandono tem como principal consequência a retenção indevida dos contêineres de propriedade dos transportadores marítimos.

Esta situação traz para os transportadores marítimos grandes prejuízos.

Como se sabe, o transporte marítimo depende da disponibilidade dos contêineres, sobre a qual se apoia todo o delicado sistema de logística internacional.

Logo, é de vital importância para o transportador marítimo a conservação dos contêineres e a garantia de que esses serão disponibilizados nas datas previstas para reutilização em outros transportes.

Analisando-se a situação de maneira individualizada pode parecer que o flagelo gerado pela retenção de um contêiner pode ser facilmente superado.

Contudo, a retenção de uma miríade de contêineres ocorrendo nos recintos alfandegados brasileiros em muito atrapalha a logística de transporte brasileira e internacional e gera prejuízos diários aos transportadores visto que tais equipamentos são essenciais para o desempenho de sua atividade-fim.

A uma porque cada contêiner retido fica indisponível para ser empregado em novos contratos de transportes marítimos e, portanto, impossibilitados de gerarem novos fretes.

A duas porque como a grande maioria dos contêineres de importação é reaproveitada na exportação, o armador se vê obrigado a modificar totalmente

sua logística interna para que novos contêineres vazios sejam enviados a determinado porto para cobrir a falta daquelas unidades que estão retidas.

Por fim ainda, dependendo do tempo que o contêiner permanece retido, aguardando que o PAF determine o perdimento ou destinação àquelas mercadorias, podem ocorrer avarias ou até a sua perda total, uma vez que ao longo deste período os contêineres ficam expostos ao tempo, sem proteção ou conservação.

Nesse sentido se destaca que alguns dos contêineres empregados no transporte marítimo, sujeitos a situação questionada, são dotados de equipamentos de refrigeração, carecendo, portanto, de manutenção periódica.

Consequentemente, eventual demora na liberação dos contêineres causa aos transportadores marítimos graves danos.

Frise-se aqui que não há qualquer prejuízo para a RFB ou ao Erário a liberação dos contêineres, visto que as mercadorias em processo de aplicação de pena perdimento continuarão sob custódia da Receita Federal do Brasil, conforme artigo 692 do Regulamento Aduaneiro.

Não obstante, a RFB alega em sua defesa que não tem como saber quando as mercadorias ultrapassam o período legal para desembarço, uma vez que os terminais depositários que deveriam emitir as Fichas de Mercadoria Abandonadas (FMA), imediatamente após o decurso do prazo legal, não o fazem, ou, quando emitem, fazem fora do prazo, sendo este o primeiro momento em que tomam conhecimento do abandono.

Contudo, mesmo nas situações em que foram emitidas as FMA's, tendo a Receita Federal do Brasil tomado conhecimento do abandono da carga e da imperiosidade de decretação da pena de perdimento e consequente destinação da carga e devolução do contêiner, o referido órgão novamente se vê incapaz de dar imediato cumprimento a este procedimento.

A demanda de fiscalização nos portos já é muito grande e, assim, a realização do PAF para a eventual aplicação da pena de perdimento assoberba ainda mais a carga de trabalho das unidades da Receita Federal do Brasil nos portos.

5. DAS MEDIDAS ADOTADAS PELO TRANSPORTADOR PARA RECUPERAR SEUS CONTÊINERES INDEVIDAMENTE RETIDOS

Tendo em vista que o transportador não pode suportar os custos decorrentes da retenção prolongada do contêiner durante o processo de despacho aduaneiro de importação das mercadorias nele contidas, resta tomar providências administrativas e, eventualmente judiciais, para reaver o contêiner e reintegrá-lo às suas operações.

Usualmente o transportador apresenta à Alfândega da Unidade da RFB do local onde se encontra o contêiner retido, um requerimento solicitando que o terminal alfandegado seja instruído para fazer o esvaziamento do contêiner e a sua devolução ao transportador.

Comumente, em resposta ao requerimento, a RFB, em razão da clara distinção entre contêiner e a mercadoria transportada, constituindo unidade autônoma de carga, concorda com o pleito do transportador e informa que sua decisão deve ser apresentada ao terminal alfandegado que se encontra na posse dos respectivos contêineres para que este realize as ações cabíveis.

Nos casos em que o contêiner se encontra retido no Porto do Rio de Janeiro, a Unidade da RFB, em sua resposta ao transportador, faz referência à Ordem de Serviço ALF/RJO nº 4 de 06/06/2011, emitida pela Alfândega do Porto do Rio de Janeiro que estabelece que:

“(...) compete ao operador portuário realizar a desunitização de mercadorias importadas que tenham sido objeto de apreensão, mediante a lavratura de Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal, independentemente de prévia autorização desta Alfândega. (...)”

Da mesma forma, a Alfândega do Porto de Santos assim estabeleceu na Ordem de Serviço ALFÂNDEGA DO PORTO DE SANTOS/SP - ALF/Porto de Santos - SP nº 4 de 29/09/2004:

“Art. 1º A desunitização de mercadorias importadas que tenham sido objeto de apreensão, mediante a lavratura de Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, independe de prévia autorização desta Alfândega, podendo ser solicitada diretamente ao recinto alfandegado depositário, o qual deverá observar as condições de segurança necessárias à garantia da integridade da carga e atender,

conforme a natureza do produto, às determinações emanadas dos competentes órgãos públicos de controle.”

Embora possa parecer que ambas as ações da RFB, ou seja, tanto pela resposta dado ao requerimento do transportador quanto pela aplicação das referidas Ordens de Serviço (no caso dos Porto do Rio de Janeiro ou Santos), tragam solução para o transportador marítimo, o que se verifica na prática é a sua inefetividade.

Quando o transportador se apresenta ao operador do terminal alfandegado para requerer o cumprimento da determinação da Receita Federal do Brasil é informado que o atendimento não será feito por um dos seguintes motivos: **(i)** que as decisões da RFB exaradas no âmbito de processos administrativos não possuem força executiva legal capaz de compeli-los a cumprir a ordem de devolução ou; **(ii)** que seria direito do terminal exigir o pagamento dos serviços de armazenagem das mercadorias abandonadas acondicionadas no contêiner, de forma que reterá o contêiner até que o referido pagamento seja realizado.

Tal posicionamento, contudo, é considerado inaceitável, conforme se verifica nos artigos 13-A e 13-B do Regulamento Aduaneiro, uma vez que compete à RFB a definição de requisitos técnicos e operacionais para o alfandegamento de locais e recintos, assim como compete à entidade administradora do local a observância destas determinações.

Tais requisitos encontram-se previstos na Portaria RFB nº 3.518/2011 e, dentre eles estão a fiscalização diária e avaliação anual do recinto pela RFB para verificar as condições de operação e segurança e, em caso de irregularidades, possibilidade de aplicação de sanções administrativas, conforme artigos 35 e seguintes, Portaria RFB nº 3.518/2011.

Ademais, o Regulamento Aduaneiro, em seu artigo 647, §1º, estabelece que, feita a comunicação do abandono de mercadoria dentro do prazo, a Receita Federal do Brasil arcará com a tarifa de armazenagem devida ao terminal até a data de retirada das mercadorias abandonadas, utilizando os recursos provenientes do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização – FUNDAF.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes judiciais do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

“DIREITO PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. TARIFA DE ARMAZENAGEM.

LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. DEPÓSITO DE MERCADORIAS ABANDONADAS OU APREENDIDAS. DEVER LEGAL. DECRETOS Nº 91.030/85, 4.543/02 E 6.759/09. EXISTÊNCIA DE PROVA DE NOTIFICAÇÃO. VALOR BASEADO NOS CUSTOS E TABELA ABTRA. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS. 1. Através da legislação aplicável à espécie, é incontestável que a União, através da Secretaria da Receita Federal, é obrigada a ressarcir a tarifa de armazenagem para o depositário das mercadorias abandonadas ou apreendidas. 2. É dever legal da União o pagamento da taxa de armazenagem ao depositário dos bens apreendidos ou abandonados em decorrência da importação (artigo 545, § 1º, do Decreto nº 91.030/85, artigo 579, § 1º, do Decreto nº 4.543/02 e artigo 647, § 1º, do Decreto nº 6.759/09). 3. A exigência é decorrente do ônus do depósito, prestação de serviço realizada pela apelada ao Poder Público, ressaltando-se que as mercadorias se encontravam à disposição da Receita Federal, única responsável pela liberação das mercadorias. 4. Em relação às alegações de inexistência de prova de intimação e de que não fora respeitado o prazo de notificação na legislação de regência, verifico que tais argumentos estão dissonantes com as provas dos autos, uma vez que op documento de f. 25 comprova que a Receita Federal foi devidamente intimada da Ficha de Mercadoria Abandonada no mesmo dia em que esta foi emitida (17.08.2007, f. 24-25). 5. Contra a insurgência aos valores cobrados nos presentes autos, a importância devida deve ser baseada nos custos de armazenagem das mercadorias abandonadas ou apreendidas, sendo inviável a fixação com base no valor obtido pela União, advindo do leilão daquelas mercadorias. 6. Saliente-se que fora informado que os valores foram baseados na tabela da Associação Brasileira dos Terminais Retroportuários Alfandegados - ABTRA não sendo contestado pela União que tais valores exorbitam os custos da armazenagem, sendo critério aplicável para a verificação do valor devido, no entendimento já firmado por esta E. Terceira Turma" (APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0001275-46.2010.4.03.6100/SP -Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - JUÍZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO – Publicação 06/04/2018)

*_*_*_*_*_*

"ADMINISTRATIVO. LEGISLAÇÃO ADUANEIRA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. RETENÇÃO INDEVIDA DE CONTÊINER EM RAZÃO DE PENA DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS. TARIFA DE ARMAZENAMENTO. INEXIGIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. A partir do momento em que a mercadoria é descarregada a responsabilidade passa a ser do depositário, no caso, o Terminal Alfandegado, sendo certo que, para a retirada da carga, deve ser paga

sim a tarifa de armazenagem, que é de responsabilidade do importador da carga. 2. Hipótese em que foi aplicada a pena de perdimento das mercadorias referentes ao contêiner, ficando a Secretaria da Receita Federal responsável pelo pagamento da referida tarifa. Inteligência do artigo 647, § 1º do Regulamento Aduaneiro (Decreto 6.759/2009). 3. Agravo de Instrumento provido para determinar a inexigibilidade do pagamento de tarifa de armazenagem para liberação do contêiner.” (Agravo de Instrumento nº 0017967-51.2009.4.02.0000. 5ª Turma Especializada do TRF2. Relator: Guilherme Diefenthaler. Publicação: 24/03/2014)

*_*_*_*_*_*

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXISTÊNCIA DE ATO DE AUTORIDADE, NO EXERCÍCIO DE COMPETENCIA DELEGADA. INEXISTÊNCIA DE QUESTÃO CONTRATUAL. DESUNITIZAÇÃO DE CONTÊINERES. UNIDADE DE CARGA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MERCADORIA TRANSPORTADA. PENA DE PERDIMENTO APLICADA À MERCADORIA DO IMPORTADOR E NÃO AO CONTEINER DO TRANSPORTADOR MARÍTIMO. JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA. RECURSO PROVIDO. - É pacífico na jurisprudência que os contêineres não se confundem com as cargas que acondicionam e, portanto, não podem ser retidos pela fiscalização alfandegária em razão de abandono das mercadorias neles acondicionadas. - Uma vez descarregado o contêiner cheio do navio, encerra-se o vínculo do armador com a carga e com o terminal/operador, fato expressamente disposto no artigo 3º do Decreto-Lei 116/67. - A partir do momento em que a mercadoria é descarregada a responsabilidade, sem dúvidas, passa a ser do depositário, no caso, o Terminal Alfandegado, sendo certo que para a retirada da carga, dever ser paga, sim, a tarifa de armazenagem, mas pelo importador da carga. -Ocorre que, na presente hipótese, conforme verifica-se das fls. 320/325 fora aplicada a pena de perdimento das mercadorias referentes ao contêiner IN13U34064 1-4, nos autos do processo administrativo n.o 10711.0021271200866, tendo em vista o auto de infração n.o 0717600/00265/08. - Neste caso, fica a Secretaria da Receita federal responsável pelo pagamento da referida tarifa de armazenagem, não pairando dúvidas de que tal obrigação é legal, sendo ela da própria Administração Pública (DL 1.455/76) - Recurso provido para determinar a desunitização e devolução do contêiner INBU 340.641-4, independente do pagamento de custos de armazenagem.” (Agravo de Instrumento nº 0003934-56.2009.4.02.0000. TRF2. Relator: Reis Friede. Publicação: 16/03/2010)

É, portanto, abusivo o posicionamento do terminal de reter o contêiner até

que seja feito o pagamento que lhe é devido, posto que o transportador não é responsável por pagá-la e nem é parte na relação existente entre o terminal alfandegado e a RFB.

Por sua vez, a RFB, não pode se omitir na solução do problema, uma vez que é o órgão que autorizou o alfandegamento do terminal. Contudo, o Fisco omite-se.

Com efeito, para fazer valer o seu direito, resta ao transportador demandar em juízo a devolução do contêiner indevidamente retido.

Nesse sentido, é entendimento pacífico nos Tribunais brasileiros que o contêiner não é acessório da mercadoria transportada, de modo que não está sujeito à pena de perdimento. Assim, é indevida a retenção do contêiner de titularidade do transportador marítimo cuja carga transportada seja objeto de fiscalização pela Receita Federal do Brasil durante o seu processo de nacionalização, a teor do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 9.611/98.

A título ilustrativo, sobre o tema assim decidiu a 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

“APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. DIREITO ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE MARÍTIMO. CONTÊINER. DESCARGA. 1. Apelação de sentença e remessa necessária de sentença concessiva da segurança requerida para o fim de desunitização de contêineres, utilizados para o transporte marítimo de carga sobre a qual foi decretado o perdimento. 2. Não se conhece de agravo interno voltado para a reforma de decisão que deferiu a tutela recursal, seja pela intempestividade, dado o lapso entre a sua interposição e a sentença, quando concedida a tutela provisória, seja pelo não cabimento em relação ao despacho que determinou a intimação da autoridade portuária para cumprir a sentença. 3. Agravo interno fundado no reconhecimento do direito ao pagamento das despesas de armazenagem, matéria estranha ao mandado de segurança, por se tratar de relação jurídica diversa, de natureza contratual estabelecida entre entidades privadas, devendo se valer de ação própria com vistas à satisfação da alegada taxa de armazenagem devida perante à Justiça competente, não através desta estreita via, razão pela qual não é provido. 4. É a Justiça Federal competente para apreciar as causas em que a União figura como ré, nos termos do artigo 109, inciso I, da Constituição de 1988, como no caso dos autos, pois a autoridade impetrada é o Inspetor da Alfândega do Porto de Itaguaí, vinculado

à Receita Federal do Brasil, órgão subordinado ao Ministério da Economia, órgão da Administração Pública Federal Direta, segundo Decreto nº 9.745/2019. 5. A União e o operador portuário controvertem com o transportador acerca da responsabilidade da carga e da ocupação do terminal pelos seus contêineres, atribuindo a primeira a responsabilidade do transportador pelo desembarço do seu equipamento, a ser solucionado com o operador que, por seu turno, investe contra a impetrante propugnando pelo recebimento da tarifa referente ao uso do terminal como condição para liberação do bem. **6. Indevida a retenção dos contêineres junto com as mercadorias consideradas abandonadas, visto que os equipamentos devem ser utilizados apenas no transporte e não na armazenagem da carga nos depósitos alfandegários, cabendo à autoridade alfandegária compelir o operador portuário a desunitizar os equipamentos, como deflui das normas aplicáveis à hipótese, bem como suportar com as despesas decorrentes do armazenamento, nos termos do Decreto 6.759/2009.** 7. *Agravo interno de Sepetiba Tecon S/A não provido. Agravo interno da União (Fazenda Nacional) não conhecido. Remessa necessária e apelação da União (Fazenda Nacional) não providos.” (AgInt em Apelação Cível nº 5027794-09.2018.4.02.5101, 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional da 2ª Região – Rel.: Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama; 24/09/2019) (destacou-se)*

Noutro exemplo também do Tribunal Federal da 2ª Região, sua 7ª Turma Especializada, nos autos da Apelação em Mandado de Segurança nº 0094354-52.2017.4.02.5101, consignou que:

“[A] jurisprudência do STJ converge no sentido de o contêiner não ser acessório da mercadoria transportada, a teor do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 9.611/98, não se sujeitando, pois, à pena de perdimento, sendo indevida a retenção das unidades de carga de propriedade da empresa de navegação marítima. A propósito, leiam-se recentes precedentes deste Tribunal (...).”

No mesmo sentido, a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região no julgamento da Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 0006714-55.2012.4.03.6104:

“É indubitável que a dinâmica do comércio exterior requer práticas fiscais ágeis, inclusive no tocante ao atendimento à demanda do transporte de mercadorias em contêineres, e que a morosidade da Administração em proceder à destinação das cargas gera inconvenientes, inclusive relativos à sua armazenagem, por ser preciso

atentar para a preservação da integridade dos bens, em benefício do erário e do próprio importador. Tampouco se olvida inexistir relação de acessoriedade entre contêiner e mercadoria importada, sendo clara a existência autônoma de ambos, conforme se depreende do disposto no art. 24, parágrafo único, da Lei nº 9.611/98: (...) Portanto, é natural que eventual aplicação da pena de perdimento da carga não alcance o contêiner. Nesse sentido, decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça (...)."

Já no âmbito da Justiça Comum, igualmente observamos a clara distinção entre o contêiner e a carga nele transportada. Sobre o tema, a Décima Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível nº 1026596-11.2016.8.26.0562 registrou:

"Cediço que o contêiner ou a unidade de carga é considerado um equipamento ou acessório do veículo transportador e não se confunde com a carga nele transportada. A desunitização dos contêineres é a retirada das mercadorias do seu interior e independe de prévia autorização da autoridade alfandegária, podendo ser solicitada diretamente ao recinto alfandegado depositário no caso em exame, o apelante. Nesse sentido, estabelece o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 4, de 29 de setembro de 2004, da Inspeção da Alfândega do Porto de Santos (atual Delegacia da Receita Federal) que "A desunitização de mercadorias importadas que tenham sido objeto de apreensão, mediante a lavratura de Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, independe de prévia autorização desta Alfândega, podendo ser solicitada diretamente ao recinto alfandegado depositário, o qual deverá observar as condições de segurança necessárias à garantia da integridade da carga e atender, conforme a natureza do produto, às determinações emanadas dos competentes órgãos públicos de controle".

Por sua vez, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro salientou que "*sobre a obrigação de devolução do contêiner independentemente do pagamento de tarifa de armazenagem é incontroverso que este não se confunde com as mercadorias, constituindo unidade autônoma de carga, conforme o artigo 24, da Lei 9.611/1998.*"

Portanto, notório ser indevida a retenção de contêineres transportando carga objeto de fiscalização pela Receita Federal do Brasil durante processo de incorporação ao aparelho produtivo nacional, ou seja, durante a nacionalização da carga importada.

Por óbvio, não havendo óbice alfandegário que impeça a desova dos contêineres e tampouco notícia de apreensão efetiva da carga importada a devolução dos contêineres a seus proprietários é imperiosa, razão pela qual o Poder Judiciário acolhe o pleito do transportador, determinando assim que se promova a devolução do contêiner retido ao transportador.

6. DOS DANOS SOFRIDOS PELO TRANSPORTADOR E DA RESPONSABILIZAÇÃO PELA INDEVIDA RETENÇÃO DOS CONTÊINERES

No item 4 deste artigo foi mencionado que a indevida retenção prolongada do contêiner cuja mercadoria importada tenha sido objeto de fiscalização pelo Fisco causa grandes prejuízos aos transportadores marítimos.

Ato contínuo, no item 5 foi demonstrado que não havendo óbice alfandegário que impeça a desova do contêiner e tampouco notícia de apreensão efetiva da carga importada, a devolução da unidade de carga ao seu titular se torna imperativa.

Não obstante a hostil irrisignação dos terminais alfandegados, trata-se de um dever da RFB, por meio de Inspetor Alfandegário, compeli-los a executar a desunitização e devolução do contêiner cuja mercadoria importada tenham sido objeto de fiscalização.

No caso da RFB se manter inerte, ante a conseqüente lesão que sofrerá o transportador marítimo, cabe analisar a responsabilização civil do Estado.

Sobre o tema, o artigo 37, § 6º da Constituição da República consigna que as pessoas jurídicas de direito público, bem como as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No mesmo sentido, a responsabilidade civil do Estado também é objeto do artigo 43 do Código Civil, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Segundo Calixto, os autores divergem quanto a natureza da responsabilidade do Estado. Alguns entendem ser sempre objetiva. Outros entendem que havendo omissão específica a responsabilidade é objetiva, e no caso de omissão genérica a responsabilidade é subjetiva.

Segundo o referido autor, "*a análise da jurisprudência dos tribunais superiores não permite que se afirme com segurança, a opção por uma das três construções doutrinárias*"; havendo indicação que o Superior Tribunal de Justiça se aproxima da responsabilidade objetiva, posição esta fundada no risco administrativo.

No caso em análise, a responsabilidade civil da União se faz presente, seja ela de natureza objetiva ou subjetiva.

A responsabilidade objetiva não carece de demonstração.

Já a responsabilidade subjetiva se faz presente porque a Receita Federal do Brasil se omite: **(i)** do dever de iniciar e concluir o PAF a fim de decretar ou não a pena de perdimento sobre as mercadorias examinadas, dando a devida destinação às mesmas, seja pela entrega ao importador ou mesmo sua destruição (conforme detalhado nos itens 3,4 e 5 deste estudo); **(ii)** ou indiretamente num segundo momento, por não compelir o terminal alfandegado a cumprir com suas determinações.

Portanto, diante da omissão da RFB em providenciar a desunitização e liberação do contêiner cuja mercadoria importada tenha sido objeto de sua fiscalização caberá ao transportador marítimo demandar em Juízo a responsabilidade civil da União pelos danos suportados.

Sendo assim, em face da responsabilização do Estado surge o direito ao ressarcimento por parte do transportador marítimo em razão do dano sofrido.

Não havendo óbice alfandegário para que se dê a desunitização do contêiner e tampouco notícia de que o cofre de carga tenha sido apreendido, não há razão ou embasamento legal que alicerce a retenção da unidade de carga pelo terminal alfandegado.

Assim, a depender do caso, deve também o terminal alfandegado ser responsabilizado pelo ressarcimento ao transportador marítimo dos danos sofridos.

Além do que foi exposto, cumpre ressaltar que, do ponto de vista contratual,

o consignatário permanece responsável pelo pagamento da demurrage do contêiner até a sua efetiva devolução ao transportador marítimo.

Como se sabe, *demurrage* é o valor diário de sobre-estadia de contêineres que deve o embarcador pagar ao transportador pela retenção do contêiner para além do tempo permitido estabelecido no contrato de transporte.

Os contratos costumam estabelecer tal preço diário com base em faixas de demora na devolução do contêiner, que ficam maiores na medida em que o tempo de retenção aumenta (taxa de *demurrage*).

7. CONCLUSÃO

A legislação brasileira estabelece, de modo inequívoco, que o contêiner é um bem distinto da mercadoria importada nele contida e que não está sujeito ao despacho aduaneiro por estar enquadrado em regime aduaneiro especial de admissão temporária automática com suspensão total do pagamento de tributos, sem registro de declaração de importação.

Ocorre que nos casos em que o importador abandona a mercadoria importada, o transportador marítimo encontra dificuldade em reaver o seu contêiner, sofrendo prejuízos relevantes.

A via administrativa, caminho natural para a solução do problema, é ineficaz porque há um desencontro de entendimentos entre a RFB e o terminal alfandegado quanto ao procedimento a ser adotado para que o contêiner seja restituído ao transportador.

Para a RFB, a liberação do contêiner deve se dar pela apresentação de sua resposta autorizativa ao terminal alfandegado, ou mesmo por uma Ordem de Serviço emitida pela Unidade da Alfândega onde o contêiner se encontra retido, estabelecendo que a liberação independe de prévia autorização da RFB.

No entanto, o terminal alfandegado se recusa a fazer a devolução do contêiner por entender que as decisões da RFB exaradas no âmbito de processos administrativos não possuem força executiva legal capaz de compeli-los a cumprir a ordem de devolução ou porque a liberação do contêiner está condicionada ao pagamento dos serviços de armazenagem das mercadorias abandonadas (embora tal pagamento não seja devido pelo transportador).

Em face desta situação, resta ao transportador demandar em juízo a liberação do contêiner. A jurisprudência é pacífica em atender o pleito do transportador, cabendo destacar nas decisões os seguintes aspectos:

a) O contêiner não é acessório da mercadoria transportada, e por isso não se sujeita à pena de perdimento, sendo indevida a sua retenção;

b) Os dirigentes dos terminais alfandegários são depositários e executores das ordens da RFB;

c) A responsabilidade pelo esvaziamento do contêiner e da liberação da unidade de carga é do Poder Público e do Terminal;

d) A delegação de competência ao terminal alfandegado para o procedimento de desunitização das mercadorias objeto de apreensão, inclusive através de ordens de serviço, não exclui a responsabilidade do Inspetor da Alfândega de desunitizar contêiner.

Tendo em vista que a retenção do contêiner no caso em análise é indevida, a União e, a depender do caso, o terminal são responsáveis por indenizar o transportador marítimo pelos danos sofridos.

Além disso, é importante deixar claro que, do ponto de vista contratual, o consignatário permanece responsável pelo pagamento da demurrage do contêiner até a sua efetiva devolução ao transportador marítimo.

Cabe ressaltar ainda que a judicialização da devolução do contêiner indevidamente retido ao transportador marítimo aumenta a demanda da prestação de serviços jurisdicionais desnecessariamente.

Também se destaca que os contratantes dos serviços de transporte marítimo em contêineres ficam expostos ao pagamento de preços maiores, em face dos custos que os transportadores têm decorrentes desta situação.

Caberia à RFB examinar mais de perto a questão visando otimizar a sua relação com os terminais alfandegados. Faz-se as seguintes sugestões:

a) aperfeiçoamento da rotina de emissão da Ficha de Emissão de Mercadoria Abandonada;

b) Agilização do PAF para aplicação de pena de perdimento de mercadoria abandonada pelo importador;

c) criação de instrução normativa para estabelecer, de modo ágil, o procedimento de devolução de contêiner que contenha carga abandonada pelo importador.

8. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 9.611, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre o Transporte Multimodal de Cargas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1998.
- BRASIL. Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009. Regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 de fevereiro de 2009 e retificado em 17 de setembro de 2009.
- BRASIL. Decreto nº 8.229, de 22 de abril de 2014. Altera o Decreto nº 660, de 25 de setembro de 1992, que institui o Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, e dispõe sobre o Portal Único de Comércio Exterior. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 de abril de 2014.
- BRASIL. Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 680, de 2 de outubro de 2006. Disciplina o despacho aduaneiro de importação. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 2006, seção 1, página 38.
- BRASIL. Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.600, de 14 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a aplicação dos regimes aduaneiros especiais de admissão temporária e de exportação temporária. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2015, seção 1, página 48.
- BRASIL. Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.833, de 25 de setembro de 2018. Altera a Instrução Normativa SRF nº 680, de 2 de outubro de 2006, que disciplina o despacho aduaneiro de importação, e a Instrução Normativa RFB nº 1.598, de 9 de dezembro de 2015, que dispõe sobre o Programa Brasileiro de Operador Econômico Autorizado. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de setembro de 2018, seção 1, página 42.
- BRASIL. Portaria COANA nº 77, de 26 de setembro de 2018. Estabelece os procedimentos para execução do projeto-piloto do Novo Processo de Importação e o despacho aduaneiro por meio de Declaração Única de Importação - DUIMP. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 de setembro de 2018, seção 1, página 27.
- BRASIL. Portaria da Receita Federal do Brasil nº 3.518, de 30 de setembro de 2011. Estabelece requisitos e procedimentos para o alfandegamento de locais e recintos e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 de outubro de 2011, seção 1, página 22.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976. Dispõe sobre bagagem de passageiro procedente do exterior, disciplina o regime de entreposto aduaneiro, estabelece normas sobre mercadorias estrangeiras apreendidas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 de abril de 1976.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Culpa na Responsabilidade Civil. Ed. Renovar, 2008.
- SOSA, Roosevelt Baldomir. Temas aduaneiros: estudos sobre problemas aduaneiros contemporâneos. São Paulo: Aduaneiras, 1999. p. 128.

TRF – 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0017967-51.2009.4.02.0000. Relator: Des. Federal GUILHERME DIEFENTHAELER. DJ: 24/03/2014.

TRF – 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0003934-56.2009.4.02.0000. Relator: Des. Federal REIS FRIEDE. DJ: 16/03/2010.

TRF – 2ª Região. Agravo Interno em Apelação/Remessa Necessária nº 5027794-09.2018.4.02.5101, Relator: Des. Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA. DJ: 24/09/2019.

TRF – 2ª Região. Apelação/Remessa Necessária em Mandado de Segurança Cível nº 0094354-52.2017.4.02.5101. Relatora: Des. Federal NIZETE LOBATO CARMO, DJ: 22/05/2019.

TRF – 3ª Região. Apelação/Remessa Necessária em Mandado de Segurança Cível nº 0006714-55.2012.4.03.6104. Relator: Des. Federal MAIRAN MAIA, DJ: 23/10/2014.

TRF – 3ª Região. Apelação/Remessa Necessária nº 0001275-46.2010.4.03.6100. Relator: Des. Federal NELTON DOS SANTOS. DJ: 06/04/2018.

TJRJ. Agravo de Instrumento nº 0034169-47.2019.8.19.0000. Relator: Des. CESAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA. DJ: 02/10/2019.

TJSP. Apelação Cível nº 1026596-11.2016.8.26.0562. Relator: Des. CASTRO FIGLIOLIA. DJ: 28/03/2019.

O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO DEVER DE COERÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹

Resumo: O artigo aborda o papel da advocacia pública na efetivação do dever de coerência da Administração Pública. O Estado Pós-moderno, fortemente marcado pela complexidade, pluralidade e incerteza, acarreta para o gestor público o desafio de reduzir a insegurança jurídica e dispensar tratamento isonômico aos administrados. A efetividade do princípio da segurança jurídica e da garantia de coerência estatal depende da melhoria da gestão pública, mas, também, da organização e da autonomia da advocacia pública. Destacada no texto constitucional como função essencial à Justiça, a advocacia pública é responsável pelo controle interno e defesa da juridicidade dos atos estatais, garantindo aos administrados uma gestão pública dentro dos parâmetros fixados no ordenamento jurídico. A atuação coerente e isonômica da Administração Pública, evitando a edição de atos contraditórios e o tratamento desigual entre pessoas inseridas em contextos semelhantes, depende, em larga medida, da atuação do advogado público que, por essa razão, deve ter assegurada a sua independência funcional. No exercício de sua missão institucional, a advocacia pública deve zelar pela coerência administrativa, o que revela a necessidade de emissão de pareceres e outras formas de manifestação jurídica, inclusive na esfera judicial, que garantam o respeito aos precedentes judiciais e administrativos.

¹ Pós-doutor pela *Fordham University School of Law (New York)*. Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito - Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. E-mail: contato@roaa.adv.br.

Palavras-chave: Advocacia pública; Estado Pós-moderno; Administração Pública; coerência estatal.

Abstract: The article deals with the role of public advocacy in the implementation of the duty of coherence of the Public Administration. The Postmodern State, strongly marked by complexity, plurality and uncertainty, causes the public manager the task of reducing legal uncertainty and dispensing with isonomic treatment to the administered. The effectiveness of the principle of legal certainty and the guarantee of state coherence depends on the improvement of public management, but also on the organization and autonomy of public advocacy. Highlighted in the constitutional text as an essential function of Justice, public advocacy is responsible for internal control and defense of the legality of state acts, guaranteeing the public administration a management within the parameters set in the legal system. The coherent and isonomic action of the Public Administration, avoiding the publication of contradictory acts and the unequal treatment between persons inserted in similar contexts, depends, to a large extent, on the performance of the state attorney that, for that reason, must have ensured the functional independence. In the exercise of its institutional mission, public advocacy must ensure administrative coherence, which reveals the need for issuing opinions and other forms of legal expression, including in the judicial sphere, that guarantee respect for judicial and administrative precedents.

Keywords: Public advocacy; Postmodern State; Public administration; state coherence

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o papel da atuação da advocacia pública na garantia do dever de coerência estatal.

Com as intensas transformações tecnológicas, o pluralismo de interesses consagrados no ordenamento jurídico, o excesso de informações e o incremento das incertezas e dos riscos, revela-se desafiadora a atuação coerente do gestor público. A coerência estatal é uma exigência que decorre, automaticamente, dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima e da isonomia.

O desafio é a busca da coerência no ambiente de caos. Não se trata de exigir, pura e simplesmente, a petrificação da ação estatal, uma vez que a coerência não significa imutabilidade.

Em verdade, o caminho é a atuação estatal coerente com as promessas firmes, com as interpretações e com os próprios atos passados, com o objetivo

de gerar previsibilidade para os cidadãos e, desta forma, proteger as legítimas expectativas geradas, sem proibir, contudo, as mudanças, adaptações e evoluções que são necessárias para que o Direito se mantenha conectado com as necessidades da sociedade.

Nesse contexto, revela-se conveniente investigar o papel da advocacia pública na implementação do dever de coerência na gestão pública.

2. OS DESAFIOS DA GESTÃO PÚBLICA NO ESTADO PÓS-MODERNO

A gestão pública, na atualidade, enfrenta enormes desafios, com destaque para dificuldade de compatibilizar interesses diversos, típicos de uma sociedade plural, no contexto de incertezas e constantes transformações tecnológicas.

Os desafios apresentados pela pós-modernidade,² especialmente o incremento do risco, da velocidade da informação, das novas tecnologias e da complexidade dos interesses que devem ser satisfeitos pelo Estado, demonstram a insuficiência dos modelos tradicionais de organização, de atuação e de controle da Administração Pública, pautados por formalidades excessivas e pela despreocupação com a eficiência estatal. Igualmente, a globalização impõe a revalorização dos mercados e a necessidade de diálogos transnacionais, relativizando as fronteiras jurídicas dos Estados.

Neste cenário de complexidade, André-Jean Arnaud demonstra o afastamento de algumas armadilhas positivistas, tais como: “determinismo (tudo pode ser explicado independentemente do observador), princípio do terceiro excluído (tudo que não é verdadeiro é falso) e reducionismo (tudo é redutível a elementos simples)”³

Da mesma forma, Paolo Grossi, professor de História do Direito da Universidade de Florença, vai criticar as “mitologias da modernidade”, especialmente o

² Conforme destacado por Jacques Chevalier, a sociedade contemporânea seria marcada pela complexidade, desordem, indeterminação e incerteza. O direito, por sua vez, seria plural, negociado, flexível e reflexivo. CHEVALIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 17 e 182. Não há consenso sobre a superação da modernidade, motivo pelo qual é possível encontrar autores que preferem fazer alusão à modernidade “tardia”, “reflexiva” ou “líquida”, ao invés de pós-modernidade. Sobre o tema, vide: GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002; BECK, Ulrich. *La société du risque: Sur la voie d’une autre modernité*, Paris: Editions Flammarion, 2001; BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.

³ ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 307.

reduccionismo do Direito que, ao pretender tornar a paisagem jurídica simples e harmoniosa, gerou a abstração e a artificiosidade. Em sua visão, o ordenamento jurídico pressupõe a realidade ordenada e não pode prescindir, portanto, do respeito à complexidade e à pluralidade social.⁴

Há uma clara tendência à descentralização do poder no interior da organização administrativa e para fora dela, sendo possível diagnosticar, como demonstrado por Santi Romano, uma pluralidade dos ordenamentos jurídicos.⁵

O gestor público não pode ignorar as mutações sociais, políticas e jurídicas, devendo adaptar-se às novas exigências do mundo globalizado e complexo. Por esta razão, no cenário brasileiro, a Administração Pública deve reforçar a legitimidade e a eficiência de suas ações.

No contexto do ordenamento plural, caracterizado pela complexidade e, eventualmente, pelo antagonismo dos interesses que devem ser perseguidos pelo Estado, a ação administrativa deve intensificar a sua preocupação com o planejamento, com transparência, a abertura à participação da sociedade, com a prestação de contas e com instrumentos eficazes de controle pautados nos resultados.

Destaca-se, aqui, a necessidade de estabelecer coerência na ação administrativa, com o objetivo de reduzir a insegurança jurídica e dispensar tratamento isonômico aos administrados.

Infelizmente, a preocupação com a coerência da atuação estatal, embora apresente alguns avanços normativos, ainda não foi internalizada na prática de diversos órgãos, inclusive no âmbito do Poder Judiciário.⁶

Não é tarefa fácil decidir em cenário de complexidade, pluralidade e incerteza.

O gestor público se depara com dificuldades intensificadas em razão da

⁴ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*, 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 64 e 69.

⁵ ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

⁶ Mencione-se, por exemplo, a relutância dos juízes em observar os precedentes vinculantes, conforme demonstrou a pesquisa realizada em 2018 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que revelou que, na opinião da maioria dos juízes de primeiro e segundo graus, bem como dos Ministros dos Tribunais Superiores, os magistrados deveriam ter liberdade para decidir sem se pautarem, necessariamente, pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes. Fonte: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. QUEM SOMOS. A MAGISTRATURA QUE QUEREMOS. Rio de Janeiro, novembro de 2018. Disponível em: <www.cnj.jus.br/imagens/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2019.

necessidade de decidir de forma célere e eficiente, levando em consideração o contexto apresentado.

Não bastasse a dificuldade de encontrar a melhor decisão possível diante das inúmeras alternativas apresentadas no momento decisório, o gestor encontra, ainda, a preocupação de não ser responsabilizado posteriormente perante os órgãos de controle.

As decisões administrativas, com alguma frequência, são questionadas pelos órgãos de controle que, infelizmente, pretendem impor a visão do controlador como a única correta, sem considerar a razoabilidade das interpretações administrativas colocadas ao gestor no momento da tomada da decisão.

A confusão entre o “erro administrativo”, inerente a qualquer atividade humana, inclusive aquela desenvolvida no âmbito da Administração Pública, e a configuração do “ato de improbidade administrativa”, que pressupõe a atuação dolosa ou, excepcionalmente, culposa, do agente desonesto, tem sido empreendida por membros dos órgãos de controle na propositura de ações judiciais e na aplicação de sanções.

É inerente ao Estado Democrático de Direito o exercício do controle da Administração Pública, com a garantia da autonomia institucional dos órgãos controladores internos e externos.

O que deve ser evitado – e o desafio é a fixação do ponto de equilíbrio – é o olhar formalista, descontextualizado, desproporcional e substitutivo do órgão controlador sobre a decisão do gestor público, sob pena de a visão punitivista gerar a denominada “Administração Pública do medo”, com a paralisia administrativa, violadora do princípio constitucional da eficiência, em razão do temor dos agentes públicos inseridos nos cargos e nas funções de direção da Administração Pública.

O incremento das normas jurídicas com textura aberta, especialmente os princípios jurídicos e as regras que consagram conceitos jurídicos indeterminados, fomenta a liberdade (discricionariedade regrada) do gestor para a tomada das decisões administrativas.

O caminho, no entanto, é de mão dupla: ao mesmo tempo em que há um nítido incremento do prestígio da atividade exercida pela Administração Pública

na concretização das normas constitucionais, o princípio da juridicidade⁷ gera, naturalmente, restrições mais sensíveis à atuação do administrador e amplia o controle externo dos atos administrativos.

Revela-se, portanto, fundamental que o gestor público, de um lado, tenha incentivos ou, ao menos, não tenha medo de tomar decisões, com a preocupação de manter a coerência perante os administrados, o que preserva a segurança jurídica e a isonomia no tratamento de questões semelhantes.

Com o objetivo de garantir maior segurança jurídica na aplicação das normas de Direito Público, a Lei 13.655/2018 inseriu importantes dispositivos normativos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que podem ser divididos em, pelo menos, quatro pilares:

a) reforço da motivação da decisão estatal com ênfase no pragmatismo jurídico (arts. 20 a 24 da LINDB): com o objetivo de levar a sério, o contexto e as consequências da decisão devem ser ponderados pelos gestores e órgãos de controle;

b) proteção dos agentes públicos honestos (arts. 22 e 28 da LINDB): na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, restringindo a responsabilização pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas aos casos de dolo ou erro grosseiro;⁸

c) consensualidade e participação (arts. 26, 27 e 29 da LINDB): viabilidade da celebração de compromissos (acordos) administrativos e a possibilidade de realização de consultas públicas para edição de atos normativos;

⁷ Conforme afirmamos em outra oportunidade, a consagração do princípio da juridicidade não aceita a ideia da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito, o que inclui as regras e princípios previstos na Constituição. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo*: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁸ A exigência de dolo ou culpa para responsabilização do agente público, na forma do art. 28 da LINDB, pode gerar dúvidas quanto à suposta violação ao art. 37, §6º da CRFB. De nossa parte, não vislumbramos ofensa ao texto constitucional na gradação da culpa, por parte do legislador ordinário, para responsabilização pessoal do agente público, notadamente pela razoabilidade da restrição. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 7. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 806. Frise-se que a exigência de, ao menos, culpa grave (ou erro grosseiro) já era consagrada no STJ para configuração, por exemplo, do ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, com fulcro no art. 10 da Lei 8.429/1992 (lesão ao erário), sem olvidar que para os demais atos de improbidade a comprovação do dolo é pressuposto para tipificação da conduta e aplicação das sanções. STJ, AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011.

d) coerência administrativa (art. 30 da LINDB): as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Os instrumentos previstos no *caput* do art. 30 terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Verifica-se, especialmente no último pilar mencionado acima, que a coerência administrativa, inerente ao Estado Democrático de Direito, é reforçada com a alteração promovida na LINDB.

Além de garantir a segurança jurídica e a isonomia na interpretação e na aplicação do Direito, a atuação coerente do gestor público, com a aplicação das mesmas soluções jurídicas aos casos semelhantes, configura importante instrumento de proteção pessoal contra eventual responsabilização posterior perante os órgãos de controle.

3. O DEVER DE COERÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública está subordinada não apenas às leis, mas também aos princípios jurídicos, naquilo que se convencionou denominar de princípio da juridicidade.⁹ É possível afirmar, atualmente, que o fundamento do Direito Administrativo é a efetivação dos direitos fundamentais, o que demonstra a impossibilidade de atuações administrativas completamente livres, caprichosas e autoritárias.

A vinculação da Administração Pública relaciona-se não apenas com os atos externos, provenientes de outros Poderes (leis e decisões judiciais), mas, também, com os seus próprios atos administrativos (individuais e normativos) e práticas administrativas.

Quanto à origem, a vinculação administrativa pode ser dividida em duas espécies:¹⁰

a) heterovinculação (ou vinculação externa): a vinculação decorre de atos externos à Administração Pública (ex.: Constituição, leis e decisões judiciais); e

⁹ Sobre a expressão, vide: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra: Almedina, 2003, p. 381-382.

¹⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra: Almedina, 2003, p. 381-382.

b) autovinculação (ou vinculação interna): a vinculação decorre dos próprios atos e condutas da Administração (ex.: atos administrativos individuais e normativos, praxe administrativa, promessas administrativas, contratos).¹¹

No Brasil, a concepção de heterovinculação administrativa possui ampla aceitação, notadamente pela consagração dos princípios constitucionais da legalidade e da separação de poderes (ou funções), com a previsão de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Não é novidade a afirmação de que a atuação administrativa se encontra submetida à lei, razão pela qual qualquer atividade administrativa ilegal deve ser, em regra, objeto de invalidação. É verdade, contudo, que a concepção de legalidade oitocentista, típica do Estado Liberal pós-revolucionário, tem sofrido mutações nos últimos anos para adequar-se à nova realidade imposta pelo neoconstitucionalismo e pelo Pós-positivismo.¹²

Dessa forma, a atuação administrativa submete-se ao controle de legalidade (juridicidade) exercido pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CRFB) e pelo Poder Legislativo (art. 49, V, da CRFB), inclusive com o auxílio dos Tribunais de Contas (art. 70 da CRFB).

Por outro lado, o estudo da autovinculação administrativa não recebeu no Brasil, com honrosas exceções, a necessária atenção da doutrina e da jurisprudência.

É preciso, portanto, desenvolver esse tópico, uma vez que a ideia de que as pessoas não podem atuar de forma contraditória e incoerente deve ser aplicada não apenas ao setor privado, mas, também, ao setor público.

Não é razoável conceber que a Administração Pública exerça suas atividades de forma aleatória e irracional, o que acarretaria insegurança jurídica e colocaria

¹¹ Segundo Alexandre Aragão: “A teoria das autolimitações administrativas constitui, na verdade, um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que visam a assegurar a razoabilidade, a coerência e a isonomia no tratamento conferido pela Administração Pública aos cidadãos, em uma expressão do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal substancial, que vedam as iniquidades estatais.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contração entre órgãos administrativos. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, IBDP, n.14, maio/julho, 2008, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-ALEXANDRE%20ARA-GAO.pdf>>. Acesso em: 10.02.2016.

¹² Em razão dos limites do presente trabalho, não é possível aprofundar os termos “neoconstitucionalismo” e “Pós-positivismo”, razão pela qual remetemos o leitor para outra obra: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

em risco a efetividade dos direitos fundamentais. A previsibilidade gerada pela atuação administrativa coerente é uma exigência do Estado Democrático de Direito, bem como dos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da isonomia.

A ideia da autovinculação administrativa (*Selbstbindung*) surge na Alemanha no século XIX, inicialmente atrelada ao princípio da igualdade no âmbito da aplicação administrativa da lei, com o objetivo de evitar o cometimento de arbitrariedades no exercício da discricionariedade administrativa.¹³

Posteriormente, a ideia de autovinculação administrativa foi conectada, também, com o princípio da proteção da confiança legítima, defendendo os cidadãos contra caprichos e arbitrariedades do Poder Público, notadamente no campo das promessas estatais descumpridas ou da revogação arbitrária de atos administrativos.¹⁴

A autovinculação administrativa não acarreta benefícios apenas para os particulares. A própria Administração Pública auferir vantagens com a sua atuação coerente e não contraditória, tais como: a celeridade da resposta às demandas repetitivas; a redução da litigiosidade; a diminuição das incertezas, dos riscos e dos custos das relações jurídico-administrativas; e a maior aceitação dos particulares às suas decisões e, por consequência, o reforço da legitimidade de sua atuação.¹⁵

A autovinculação administrativa pode decorrer de atividades ou de condutas administrativas diversas, tais como os atos administrativos normativos, os atos internos, as práticas administrativas continuadas, os atos individuais, as promessas administrativas etc.

Em razão das diversas possibilidades de autovinculação, a doutrina tem apresentado classificações distintas para a autovinculação administrativa. Silvia

¹³ Hartmut Maurer, ao tratar da autovinculação administrativa no Direito Alemão, afirma que a Administração infringe o princípio da igualdade quando se desvirtua de sua prática administrativa sem fundamento jurídico justificador. MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*, Barueri: Manole, 2006, p. 706. Atualmente, a autovinculação é reconhecida, com algumas peculiaridades em relação à concepção alemã, no âmbito da União Europeia. Díez Sastre, Silvia. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 176-181 e 210-220.

¹⁴ Sobre a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2013, p. 163-189.

¹⁵ De forma semelhante, vide: MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./dez., 2010, p. 7. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12/01/2016.

Díez Sastre, por exemplo, apresenta três classificações sobre o instituto, a partir de três critérios, a saber:¹⁶

1) Classificação quanto à estrutura:

1.a) autovinculação relacional: trata-se da autovinculação que decorre dos atos administrativos normativos e da prática administrativa, exigindo-se tratamento idêntico entre casos semelhantes, em razão do princípio da igualdade; e

1.b) autovinculação não relacional: relaciona-se com os princípios da boa-fé e da proteção da confiança que demanda coerência dentro da mesma relação jurídica, inexistindo, aqui, a necessidade de comparações entre relações jurídico-administrativas envolvendo pessoas diversas.

2) Classificação quanto ao tempo e ao espaço:

2.a) autovinculação horizontal: ocorre a partir de atos administrativos editados em processos e momentos distintos; e

2.b) autovinculação vertical: envolve atos editados dentro do mesmo processo administrativo ou da mesma sequência espacial e temporal.

3) Classificação quanto à evolução do conceito de autovinculação:

3.a) autovinculação em sentido estrito: encontra fundamento no princípio da igualdade, aplicando-se o mesmo tratamento jurídico aos casos semelhantes; e

3.b) autovinculação em sentido amplo: fundamenta-se não apenas no princípio da igualdade, mas, também, nos princípios da boa-fé e da proteção da confiança para proteger as pessoas contra os caprichos e a incoerência do Estado, seja no tratamento isonômico entre pessoas em situações fático-jurídicas semelhantes, seja na proteção da boa-fé e da confiança jurídicas dos administrados em relação às promessas, aos atos e às práticas administrativas.

Tradicionalmente, a autovinculação mantém relação intensa com a discricionariedade administrativa, funcionando como uma contenção de eventuais arbítrios por parte dos agentes públicos que exercem escolhas e valorações administrativas a partir da legislação.¹⁷

¹⁶ DÍEZ SASTRE, Sílvia. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 190-191. Sobre o tema, vide, também: MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./dez., 2010, p. 7-. Disponível em: Acesso em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12/01/2016.

¹⁷ DÍEZ SASTRE, Sílvia. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 203-206.

Vale dizer: a função principal da autovinculação é limitar a discricionariedade administrativa a partir dos princípios da igualdade, da boa-fé e da proteção da confiança legítima. A margem de liberdade reconhecida pelo legislador ao administrador público para eleger o melhor caminho administrativo na satisfação do interesse público não significa um cheque em branco para adoção de medidas desproporcionais, desiguais e contrárias à boa-fé. É necessário garantir que a atuação administrativa seja coerente e não contraditória no Estado Democrático de Direito.

Apesar de sua ligação inicial com a atuação administrativa discricionária, a ideia de autovinculação, posteriormente, foi alargada para abranger, não livre de controvérsias doutrinárias, as atuações vinculadas, as atividades prestacionais e as relações de sujeição especial envolvendo a Administração Pública e os administrados.

Cabe destacar que a autovinculação não significa o engessamento administrativo e deve ser concebida de forma relativa (e não absoluta). Isto porque a autovinculação envolve a tensão entre a busca de continuidade e de previsibilidade da ação administrativa, por um lado, e a necessidade de inovação e de flexibilidade por parte da Administração para atender às mutações sociais, tecnológicas, políticas, econômicas e culturais.¹⁸

Nos casos devidamente motivados, a Administração pode alterar a sua interpretação sobre determinadas normas jurídicas, aplicando-se, em regra, a nova orientação aos casos futuros semelhantes, com o objetivo de resguardar a segurança jurídica e a boa-fé dos administrados.

Em suma, no Estado Democrático de Direito pressupõe coerência na atuação estatal, afigurando-se indesejada a conduta contraditória nas relações jurídicas com os cidadãos.

Em consequência, nos processos administrativos ou nas relações jurídicas semelhantes, ainda que envolvam particulares diversos, a Administração deve aplicar tratamento isonômico e coerente.

É possível afirmar que o dever de coerência administrativa fundamenta-se, ao menos, nos seguintes princípios constitucionais:

¹⁸ PIELOW, Johann-Cristian. Integración Del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de La Administración. In: MUÑOZ, Guillermo Andrés; SALOMONI, Jorge Luis. *Problemática de La administración contemporánea: una comparación europeo-argentina*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 51.

a) princípio da igualdade: os casos semelhantes envolvendo particulares diversos devem ser tratados de forma isonômica, sendo vedada a discriminação desproporcional entre pessoas que se encontram em situações fáticas e jurídicas similares;

b) princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção da confiança legítima: a previsibilidade, a lealdade e a coerência da ação administrativa, com a dispensa de tratamento uniforme aos casos semelhantes, garante segurança jurídica e protege a boa-fé e as expectativas legítimas dos particulares;

c) princípios da razoabilidade e proporcionalidade: o respeito aos seus próprios precedentes evita a prática de arbitrariedades administrativas;

d) princípio da eficiência: a atuação coerente da Administração tem o potencial de desestimular a litigância administrativa e a judicialização da questão decidida, bem como de agilizar a atividade administrativa.

Além dos argumentos constitucionais, a necessidade de coerência e previsibilidade nas atividades administrativas é uma imposição da legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, por exemplo, em âmbito federal, o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/1999 dispõe que a interpretação da norma administrativa deve ser realizada da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, “vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

A partir da norma em comento, é possível perceber a preocupação do legislador federal com o respeito às interpretações administrativas que foram implementadas para resolver casos passados, impedindo a retroatividade de novas interpretações, resguardando a autoridade dos precedentes já editados.

É preciso destacar que, a partir da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a vedação da retroatividade da nova interpretação administrativa fundamenta-se na necessidade de proteção da boa-fé e da confiança legítima do administrado, que não pode ser surpreendido com a alteração da interpretação da Administração. Por esta razão, entendemos que nada obsta a retroatividade da nova interpretação administrativa desde que esta seja favorável aos administrados.¹⁹

A preocupação com a coerência na ação administrativa, evitando mudanças repentinas e sucessivas de interpretação, pode ser encontrada, ainda, no art. 50, VII da Lei 9.784/1999 que exige a motivação, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, dos atos administrativos que “deixem de aplicar

¹⁹ No mesmo sentido: VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 97.

jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”.

Mencione-se, ainda, o Código de Processo Civil (CPC/2015) que consagrou a teoria dos precedentes judiciais, com adaptações do seu modelo originário da *Common Law*, bem como a necessidade de uniformização jurisprudencial, o que impacta, inclusive, nos processos administrativos. Isto porque o art. 15 do CPC/2015 dispõe que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

A exigência de coerência administrativa foi reforçada com o art. 30, *caput* e parágrafo único, da LINDB, inserido pela Lei 13.655/2018, que exige a atuação estatal orientada para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, que terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

O dever de coerência estatal revela a importância do estudo dos precedentes administrativos, que, tradicionalmente, não recebia maior atenção da doutrina tradicional, sendo possível incluí-los no rol das fontes do Direito Administrativo.²⁰

A efetividade do princípio da segurança jurídica e da garantia de coerência estatal depende, assim com o respeito da ordem jurídica em sua integralidade, da melhoria da gestão pública, mas, também, da organização e da autonomia da advocacia pública.

Conforme será demonstrado a seguir, os advogados públicos representam os primeiros escudos da sociedade contra atuações arbitrárias dos gestores.

4. O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA EFETIVIDADE DA COERÊNCIA ESTATAL

A advocacia pública, destacada no texto constitucional como função essencial à Justiça (arts. 131 e 132 da CRFB), é responsável pelo controle interno e defesa da

²⁰ De nossa parte, consideramos o precedente administrativo como a norma jurídica retirada de decisão administrativa anterior, válida e de acordo com o interesse público, que, após decidir determinado caso concreto, deve ser observada em casos futuros e semelhantes pela Administração Pública. Sobre o tema: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes administrativos*, São Paulo: Método, 2018, p. 95.

juridicidade dos atos estatais, garantindo aos administrados uma gestão pública dentro dos parâmetros fixados no ordenamento jurídico.

As atividades são variadas, envolvendo, por exemplo, a defesa das entidades estatais em ações judiciais, a propositura de ações judiciais de interesse municipal, a análise de minutas de editais e contratos administrativos, a emissão de pareceres sobre assuntos controversos e a orientação jurídica para os gestores.

A qualidade da atuação do advogado público e a sua caracterização como advogado de Estado – e não de governo –, depende de uma série de fatores, mas, primordialmente, da sua autonomia técnica, administrativa e financeira do próprio órgão jurídico, características indispensáveis à defesa imparcial dos atos e contratos municipais.

Nesse contexto, é possível afirmar a essencialidade da advocacia pública para preservação do Estado Democrático de Direito, com destaque para a efetivação dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da eficiência.

A atuação coerente e isonômica da Administração Pública, evitando a edição de atos contraditórios e o tratamento desigual entre pessoas inseridas em contextos fático-jurídicos semelhantes, depende, em larga medida, da atuação da advocacia pública que, por essa razão, deve ter assegurada a sua independência funcional.

Apenas os advogados públicos independentes são capazes de orientar os gestores públicos, com a emissão de opiniões técnicas e imparciais. Não se trata aqui, frise-se, de atuação binária na definição da decisão estatal a ser adotada diante de determinado caso concreto, mas, sobretudo, da demonstração dos riscos e das possíveis vias decisórias colocadas à disposição do gestor público.

É fundamental não confundir a atuação da advocacia pública com a função do gestor público. A decisão é de competência exclusiva da autoridade competente, eleita ou nomeada, para o exercício das funções político-administrativas decisórias, não cabendo ao advogado público, inclusive por falta de legitimidade e de atribuição legal, compartilhar ou substituir a decisão do gestor.

Não por outra razão, criticamos a tese que pretende imputar a responsabilidade ao advogado público que, no exercício da função consultiva, emite parecer que é adotado pela autoridade como fundamento de sua decisão.

Segundo o STF, no caso dos pareceres vinculantes, seria possível a responsabilização solidária entre o parecerista e o administrador, uma vez que

o parecer favorável, na visão da Corte, configuraria pressuposto de perfeição do ato, havendo a “partilha do poder de decisão”. Em relação aos demais pareceres, com caráter opinativo, o parecerista responde apenas em caso de culpa grave (erro grosseiro) ou dolo.²¹

De nossa parte, sustentamos que a responsabilidade pela emissão do parecer, vinculante ou não, somente é possível quando comprovado erro grosseiro ou o dolo do parecerista, tendo em vista os seguintes argumentos:²²

a) o dever de administrar cabe à autoridade administrativa, e não ao consultor jurídico, sob pena de violação ao princípio da segregação de funções;

b) existem diversas interpretações jurídicas que podem ser razoavelmente apresentadas em cada situação concreta, não sendo possível responsabilizar o advogado público que apresentou interpretação razoável;

c) inviolabilidade do advogado, público ou privado, que responde apenas nos casos de dolo ou culpa (arts. 2.º, § 3.º; 3.º, § 1.º; 32; todos do Estatuto da OAB); e

d) a responsabilidade do advogado público, sem a devida comprovação do erro grosseiro ou do dolo, viola o princípio da eficiência e o art. 28 da LINDB, pois a responsabilização indiscriminada, sem a perquirição da má-fé ou dolo, faz com que o advogado público atue com receio, sem pensar na melhor decisão a ser tomada à luz da eficiência, mas apenas na possibilidade de sofrer sanções por suas opiniões (seria mais conveniente para o advogado negar a prática de atos para evitar a sua responsabilização).

A relevância da advocacia pública na efetivação do dever de coerência administrativa foi diagnosticada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto.²³

²¹ STF, Tribunal Pleno, MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*-18 01.02.2008, *Informativo de Jurisprudência do STF* n. 475. Do mesmo modo, o TCU já afirmou que o parecer jurídico em processo licitatório, emitido na forma do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, não constitui ato meramente opinativo e pode levar à responsabilização do emitente (TCU, Plenário, Acórdão 1.337/11, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.05.2011, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 64). Em outra oportunidade, no entanto, o TCU entendeu ser necessária a caracterização de erro grosseiro ou inescusável, com dolo ou culpa, para responsabilização de parecerista jurídico em processo licitatório (TCU, Acórdão 1.857/11, Rel. Min. André Luis de Carvalho, 13.07.2011, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 71). Sobre a distinção entre pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes, vide: CHAPUS, René. *Droit Administratif General*. 15. ed. Paris: Montcherestien, 2001. t. I, p. 1113-1115.

²² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 7. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 544-545.

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Advocacia pública e o princípio da eficiência. Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, out. 1999, p. 21.

“Compete ao Procurador do Estado e do Distrito Federal, no desempenho apropriado desse dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhar, persuadir e induzir os agentes políticos a adotarem, em suas respectivas unidades federadas, a técnica dos Pareceres vinculantes, para evitar a tomada de decisões administrativas ruins para o Estado”.

De forma semelhante, Marcos Juruena Villela Souto destaca a importância da advocacia pública fortalecida para efetividade da democracia e do Estado de Direito:²⁴

“Em síntese, a ninguém – salvo a governos totalitários e/ou corruptos – pode interessar uma Advocacia Pública enfraquecida ou esvaziada.

A democracia e o Estado de Direito só se fortalecem se houver sólidas e não fragmentadas instituições voltadas para o controle da legalidade, o que exige a garantia constitucional de um corpo permanente, profissionalizado, bem preparado, protegido e remunerado, sem riscos de interferências políticas indevidas no exercício de funções técnicas e despolitizadas”.

De acordo com Gustavo Binenbojm,²⁵ a singularidade da advocacia pública pode ser demonstrada a partir de três possibilidades e perspectivas: a) atuação prévia: é a única carreira jurídica que atua previamente à configuração das políticas públicas; b) atuação sistêmica: tem a visão sistêmica dos limites e das possibilidades relacionadas às políticas públicas, o que permite opinar sobre correção de rumos, com o objetivo de evitar efeitos colaterais indesejados; e c) atuação proativa: a advocacia pública pode atuar proativamente na prevenção de litígios.

No exercício de sua missão institucional, a advocacia pública deve zelar pela coerência administrativa, o que revela a necessidade de emissão de pareceres e outras formas de manifestação jurídica, inclusive na esfera judicial, que garantam o respeito aos precedentes judiciais e administrativos.

A consagração dos precedentes judiciais no art. 927 do CPC/2015 e a sua

²⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov. 2004, p. 62. De forma semelhante, José Afonso da Silva sustenta: “A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente e veementemente a defesa da moralidade pública”. SILVA, José Afonso. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230, out./dez. 2002, p. 284.

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, out. 2010, p. 37-38.

vinculação à Administração Pública demonstram a relevância da atuação da advocacia pública na preservação da estabilidade, da integridade e da coerência do sistema jurídico.

Considerada como advocacia de Estado e não de governo, a advocacia pública possui o dever institucional de garantir, de forma preventiva e/ou repressiva, a juridicidade dos atos estatais.

No exercício da defesa judicial da Administração Pública, a advocacia pública deve alterar a tradicional cultura da atuação beligerante, acostumada com o manejo de recursos e impugnações contra decisões judiciais que aplicam teses consolidadas.

É preciso repensar a gestão de acervos de massa, bem como a estratégia em casos relevantes e estratégicos para o interesse público, com a adoção de medidas capazes de otimizar a atuação dos advogados públicos, cabendo destacar, por exemplo: a) utilização de novas tecnologias para administração eficiente do acervo; b) a previsão e a constante verificação de dispensas recursais em casos semelhantes e com teses consolidadas nos tribunais; c) a elaboração de parâmetros normativos para tentativas de acordos em casos repetidos ou estratégicos, inclusive com o fomento à instituição de câmaras de conciliação no âmbito da própria Administração para evitar judicializações desnecessárias.

A atuação eficiente da advocacia pública na esfera judicial acarreta consequências positivas não apenas aos envolvidos na lide, partes, magistrados e Ministério Público, mas à coletividade, que passa a enxergar a Administração Pública como instituição séria e pautada pela busca da eficiência.

Não apenas na atuação contenciosa, mas, especialmente, na função consultiva, eminentemente preventiva, a advocacia pública deve pautar a sua atuação pela busca de maior segurança jurídica e coerência estatal.

O objetivo não é apenas o de diminuir a judicialização das controvérsias administrativas, mas, garantir a apresentação de soluções jurídicas uniformes para casos semelhantes, exigência extraída dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima e da isonomia.

No exercício do controle interno, os advogados públicos devem orientar a respectiva Administração Pública com a apresentação da interpretação jurídica adequada sobre os atos estatais.

Nesse ponto, a atuação da advocacia pública não deve restringir-se às interpretações formalistas, com fundamento na legalidade estrita.

A partir da concepção do princípio da juridicidade e, como consequência, da necessidade de submissão dos atos estatais não apenas ao princípio da legalidade, mas, também, aos demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, é imperioso que os advogados públicos, na interpretação administrativa, levem em consideração os precedentes administrativos e judiciais vinculantes.

Quanto aos precedentes administrativos, a advocacia pública deve levar em consideração as orientações jurídicas pretéritas em casos semelhantes, com o intuito de manter a coerência interpretativa dos dispositivos constitucionais, legais e regulamentares.

Igualmente, os advogados públicos devem verificar se os atos e as decisões estatais submetidos à consulta jurídica são coerentes com as atuações anteriores da Administração Pública em casos semelhantes.

Inexistindo fato relevante e motivado para alteração ou superação do precedente administrativo, os membros da advocacia pública devem zelar pelo respeito do precedente que decidiu questão semelhante no âmbito daquela Administração.

A coerência estatal no exercício da atividade administrativa depende, também, do respeito aos precedentes judiciais vinculantes.

Isso porque a atuação administrativa contrária aos precedentes judiciais vinculantes colocaria em risco, conforme já destacado, os princípios da igualdade, da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, abrindo-se caminho à judicialização e ao desfazimento da ação administrativa, sem olvidar a potencial responsabilização do gestor público.

Ao lado da atuação passiva, consistente no recebimento de consultas administrativas específicas ou no exercício da defesa judicial da entidade administrativa, a advocacia pública deve pautar, de forma crescente, a sua atuação pela prevenção e proatividade, com a edição de orientações ou súmulas administrativas, a busca por soluções consensuais de conflitos e, se for o caso, a propositura de ações judiciais com o objetivo de evitar danos, restaurar a juridicidade e ressarcir eventuais prejuízos ao erário.

É verdade que a preocupação com a atuação da advocacia pública na garantia da efetividade das decisões dos tribunais superiores no âmbito dos processos administrativos não representa novidade.

Em âmbito federal, compete à AGU “unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal”, podendo editar, inclusive, enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais (art. 4º, XI e XII, da LC 73/1993).

Com o objetivo de garantir a uniformidade da interpretação administrativa, os membros efetivos da AGU não podem contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União (art. 28, II, da LC 73/1993).²⁶

O art. 40, § 1º, da LC 73/1993 dispõe que o parecer do Advogado-Geral da União, aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial, vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Ademais, a súmula da AGU tem caráter obrigatório para seus respectivos órgãos jurídicos, inclusive aqueles que atuam nas autarquias e fundações públicas federais, na forma do art. 43 da LC 73/1993. Com fundamento no referido dispositivo legal, o art. 2º do Decreto 2.346/1997, que consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, determina que, após firmada a jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União.

A partir das súmulas da própria AGU, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais (art. 3º do Decreto 2.346/1997).

A preocupação da AGU com a coerência administrativa pode ser demonstrada, também, pela instituição da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), órgão integrante da AGU, com competência, por exemplo, para dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre estes e a Administração Pública

²⁶ A vedação também se aplica aos Procuradores do Banco Central do Brasil (art. 17-A, II, da Lei 9.650/1998, inserido pela Medida Provisória 2.229-43/2001).

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na forma do art. 18, III, do Anexo I do Decreto 7.392/2010.

Mencione-se, ainda, que, no processo administrativo fiscal federal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, salvo (art. 26-A, *caput*, e § 6º, I e II, do Decreto 70.235/1972, alterado pela Lei 11.941/2009): a) se o ato tiver sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do STF; b) se o ato fundamentar crédito tributário objeto de: b.1) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei 10.522/2002; b.2) súmula da AGU, na forma do art. 43 da LC 73/1993; ou b.3) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da LC 73/1993.

Aliás, no processo administrativo fiscal, a necessidade de coerência administrativa justifica não apenas a edição de súmulas administrativas por parte do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda (art. 25, II do Decreto 70.235/1972, alterado pela Lei 11.941/2009), mas o respeito aos precedentes administrativos do próprio Conselho.

É possível perceber, portanto, que o ordenamento jurídico, antes do CPC/2015, já demonstrava preocupação com a aplicação coerente da jurisprudência e das orientações administrativas no exercício da advocacia pública.

Contudo, esse papel é reforçado com o advento do CPC/2015, uma vez que os precedentes vinculantes previstos no seu art. 927 devem ser observados pelas autoridades administrativas, independentemente da existência de súmula ou orientação do órgão jurídico responsável pela consultoria do respectivo ente federado.²⁷

Em verdade, o órgão jurídico pode emitir orientação específica, inclusive por meio de súmula, para o administrador público e demais membros do órgão jurídico, com o objetivo de reiterar e esclarecer a necessidade de cumprimento do precedente judicial, mas essa conduta não é condição necessária para que o precedente judicial seja observado pela Administração.

²⁷ Nesse sentido, a Portaria MF 152/2016 promoveu recente alteração no regimento interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (art. 62, § 2º) para exigir que os seus relatores respeitassem o que já foi pacificado na jurisprudência do STF e STJ em sede dos recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos (arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015). Entendemos, contudo, que a vinculação da Administração Pública deve englobar todos os precedentes vinculantes indicados no art. 927 do CPC. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes administrativos*, São Paulo: Método, 2018, p. 146-154.

5. CONCLUSÕES

Conforme destacado ao longo do texto, a sociedade contemporânea ou “pós-moderna” é fortemente marcada pela complexidade, pluralidade e incerteza, o que incrementa o desafio de implementação de uma atuação estatal coerente e em compasso com os princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima e da isonomia.

O tratamento isonômico e coerente dos administrados é dever do gestor público, cujo exercício pressupõe a existência de órgão da advocacia pública capaz de emitir as orientações jurídicas necessárias à tomada das decisões.

A advocacia pública, instituição permanente, autônoma e especializada, composta por membros escolhidos por mérito e dotadas de garantias institucionais próprias, revela-se órgão estatal essencial ao Estado Democrático de Direito.

No rol de suas atribuições, ganha relevo, atualmente, o papel de garantir a coerência dos atos estatais, com o respeito aos precedentes administrativos e judiciais vinculantes, evitando a atuação administrativa esquizofrênica e em descompasso com o interesse público.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, IBDP, n.14, maio/julho, 2008.
- ARNAUD, André-Jean. Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. *La société du risque: Sur la voie d'une autre modernité*, Paris: Editions Flammarion, 2001.
- BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, out. 2010.
- CHAPUS, René. *Droit Administratif General*, t. I, 15. ed. Paris: Montcherestien, 2001.
- CHEVALIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*, Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DÍEZ SASTRE, Silvia. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008.

- GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*, Barueri: Manole, 2006.
- MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./dez., 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia pública e o princípio da eficiência. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, out. 1999.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Princípios do Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2013.
- _____. *Precedentes administrativos*, São Paulo: Método, 2018.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*, 7. ed. São Paulo: Método, 2019.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003.
- PIELOW, Johann-Cristian. Integración Del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de La Administración. In: MUÑOZ, Guillermo Andrés; SALOMONI, Jorge Luis. *Problemática de La administración contemporânea: una comparación europeo-argentina*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.
- ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- SILVA, José Afonso. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230, out./dez. 2002.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov. 2004, p. 62.
- VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2010

MEDIDAS ASSECURATÓRIAS NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Raissa Nunes de Barros¹

Resumo: Este artigo apresenta considerações acerca da constitucionalidade dos dispositivos legais constantes no Código de Processo Penal Brasileiro, bem como em algumas leis esparsas, que autorizam a decretação judicial de constrição patrimonial cautelar de pessoas acusadas de cometerem crimes. Em um primeiro momento, se analisa a aplicabilidade das medidas assecuratórias sob o crivo da presunção de inocência, enquanto preceito democrático que rege o processo penal. Em seguida, se passa a examinar os limites de constrição validamente aplicáveis por medidas de tal natureza.

Palavras-chave: Medidas assecuratórias; Medidas cautelares patrimoniais; Presunção de inocência; Processo penal; Direito penal constitucional.

Abstract: This article presents considerations regarding the constitutionality of the legal provisions found in the Brazilian Criminal Procedure Code, as well as in other sparse laws, that authorize the judicial decree of preventive restraint of assets of people accused of committing crimes. At a first moment, it is analyzed the applicability of the precautionary measures through the sieve of the presumption of innocence, as a democratic precept that conducts the criminal procedure. In sequence, happens the examination the limits of restraint validly applicable to measures of such nature.

Keywords: Precautionary measures; Preventive measures of restraint of assets; Presumption of innocence; Criminal procedure; Constitucional criminal law.

¹ Pós-Graduada em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduada em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. Graduada no Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, raissanbr@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu rol de garantias fundamentais — artigo 5º, LIV e LVII —, a presunção de inocência no processo penal, de modo que o indivíduo apenas pode ser considerado culpado quando do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Preconiza, ainda, a observância ao devido processo legal para que um indivíduo possa ser privado de seus bens.²

A presunção de inocência possui três dimensões essenciais: (i) regra de tratamento ao indiciado ou réu; (ii) regra de Estado, na forma da garantia individual que limita à lei os poderes dos órgãos acusador e julgador; (iii) regra de juízo, enquanto critério de estipulação do ônus probatório que deve recair sobre o órgão acusador.

Entretanto, nenhum direito é absoluto frente a outros valores fundamentais para a sociedade, tais como a segurança pública e a confiança nas instituições públicas. Por isso, admite-se a mitigação da presunção de inocência no ordenamento jurídico infraconstitucional, no qual se constata diversos mecanismos de caráter cautelar dos quais pode se valer o Juízo criminal, com o fito de garantir a efetividade da persecução penal frente à demora inerente ao processo.

As medidas assecuratórias consistem em garantias ao juízo de natureza real, por meio da decretação da constrição de bens e valores em nome da pessoa investigada ou processada pelo cometimento de delitos, com vistas a assegurar a sua responsabilização pecuniária, bem como a reparação dos danos causados por sua conduta criminosa.³

Nesse ínterim, pretende-se harmonizar a aplicação de medidas cautelares patrimoniais à luz das garantias constitucionais de todo acusado, em especial da presunção de inocência, bem como apontar possíveis abusos a serem evitados e, assim, elencar alguns dos parâmetros necessários para a regular aplicação do processo penal de garantias.

² Artigo 5o, LIV e LVII, da CRFB/1988. “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

³ SOUZA, Wesley Wadim. *A constitucionalidade dos novos contornos das medidas assecuratórias no Direito Processual Penal Brasileiro*. Disponível em: <<http://dev.domtotal.com/direito/uploads/pdf/461d6368315cee80d5fa546afe0d3d7d.pdf>>

É que, no atual contexto de combate à impunidade, observa-se a tendência de hipertrofia do direito penal, uma vez verificada a falência das instituições estatais na prevenção e efetiva punição de crimes, que acarreta guinadas legislativas e jurisprudenciais de ampliação do poder punitivo do Estado.⁴ Encontra-se patente o tensionamento entre, de um lado, o atingimento de um sistema criminal mais operante e eficiente e, de outro, o necessário e indispensável respeito às garantias processuais fundamentais.⁵

Em especial no âmbito da repressão aos crimes de colarinho branco, o ativismo judicial tem se destacado na aplicação da lei processual penal, flexibilizando as garantias individuais dos acusados por meio de medidas de natureza cautelar, como decretações de prisão preventiva com base no princípio do *in dubio pro societate*, e a constrição de bens e valores, recorrendo-se às medidas cautelares patrimoniais previstas no Código de Processo Penal.

Postura controversa é a proatividade de alguns magistrados nas investigações, ao manterem contato direto com policiais e membros do Ministério Público antes da deflagração de operações. Segundo Antonio Sérgio Pitombo, *“perdem tais juízes de direito a equidistância necessária ao exercício da jurisdição, para se tornarem algozes dos investigados - em casos de repercussão, especialmente - [...] escudeiros da pretensa legitimidade da investigação criminal, em vez de juiz imparcial.”*⁶

Quanto às medidas assecuratórias patrimoniais, merecem atenção algumas medidas suscitadas no decurso dos processos, como (i) o acatamento judicial de requerimento indiscriminado do órgão acusador visando mais de um tipo

⁴ Exemplo disso foi o julgamento do HC no. 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal em 2016, em que se entendeu pelo cabimento da execução provisória da pena. Entendimento confirmado em sede de repercussão geral, no ARE 964246RG/SP.

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Direito Processual Penal* - Volume Único. 4 ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016.

⁶ Em 2009, Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo já tecia críticas ao ativismo judicial em casos de grande repercussão: “a experiência tem mostrado que certos magistrados adotam ativismo excessivo na investigação criminal, ao fazer em reuniões com policiais antes de operações, ao decretarem, de ofício, medidas assecuratórias e ao chegarem a sugerir que se requeiram prisões cautelares. Longe da proteção dos investigados contra a arbitrariedade, passam eles a tratar com aparência de normalidade práticas policiais em desconformidade com a ordem jurídico-constitucional, tais como o uso indevido de algemas, a exposição pública de pessoas presas, a apreensão desmensurada de documentos e a interceptação telefônica sem restrição temporal, entre outros abusos.» (PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. Juiz é fiscal dos atos do MP, e não defensor deles. Revista Consultor Jurídico, 29 dez. 2009.) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-29/juiz-criminal-fiscal-atosacusatorios-nao-defensor-deles>>. Acesso em 01 de agosto de 2020.

de medida assecuratória sobre o mesmo patrimônio, (ii) a constrição de bens em valor excedente ao requerido pelo *Parquet*, seguida de decisões mantendo a higidez do bloqueio, e (iii) a constrição integral dos bens do investigado/réu e de seus familiares por tempo indeterminado, comprometendo sua capacidade de subsistência e configurando antecipação de pena.

Faz-se necessário, assim, analisar a legislação que disciplina as medidas cautelares patrimoniais, bem como sua aplicação pelos magistrados brasileiros, com vistas a apontar as debilidades da legislação infraconstitucional na tutela das garantias constitucionais, que se afigura atualmente permissiva a interpretações que geram excessos dos agentes públicos.

Propõe-se, aqui, que a melhor forma de coibir condutas abusivas seja eliminar as brechas legais e as manobras interpretativas jurisprudenciais que possibilitam a violação aos direitos individuais do acusado, e não a criminalização da atuação funcional dos agentes públicos das polícias judiciárias, dos Ministérios Públicos e dos órgãos do Poder Judiciário, como ora se pretende com a Nova Lei do Abuso de Autoridade.

2. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PATRIMONIAIS

O Código de Processo Penal dedica seu Capítulo VI à regulamentação das medidas assecuratórias, tratando (i) do sequestro de bens adquiridos com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro, (ii) do arresto prévio à hipoteca legal, e (iii) da hipoteca legal, sendo as duas últimas modalidades de constrição de bens de origem lícita, desvinculados do delito. Cuida-se também da alienação antecipada dos bens que se encontram cautelarmente constritos.

Por sua vez, a Lei nº 9.613/1998 – Lei de Lavagem de Capitais, em seu artigo 4º, dispõe sobre a decretação de medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente de crime de lavagem de dinheiro ou da infração penal antecedente, e para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas processuais.

Há previsão específica, ainda, na Lei nº 11.343/2006 – Lei de Drogas, que em seu artigo 60, prevê a apreensão⁷ e outras medidas assecuratórias relacionadas

⁷ Não serão realizadas, no escopo deste artigo, maiores digressões acerca da apreensão. Importante, apenas, afirmar que se trata de uma medida cautelar patrimonial que recai sobre o objeto do crime, e está disciplinada no artigo 240 do CPP.

aos bens móveis e imóveis, e aos valores consistentes em produtos dos crimes de tráfico de entorpecentes ou relacionados, ou que constituam proveito auferido com sua prática.

2.1. SEQUESTRO

Segundo Greco Filho, o sequestro consiste na “*medida assecuratória, fundada no interesse público e antecipativa do perdimento de bens como efeito da condenação, no caso de bens produto do crime ou adquiridos pelo agente com a prática do fato criminoso*”.⁸ Desde logo, verifica-se que a própria noção do instituto jurídico do sequestro tempera o princípio da presunção de inocência, vez que declaradamente serve à antecipação dos efeitos da sentença penal.

O sequestro possui dupla finalidade: assegurar o efeito da condenação penal de perda, em favor da União, do produto ou proveito da infração, e assegurar a reparação do dano causado pelo delito, na medida em que, conforme previsto no artigo 133, p. único, do CPP, os recursos obtidos com a venda em leilão do bem perdido são revertidos ao lesado ou ao terceiro de boa-fé.⁹

O interesse público de que não se aufera vantagem econômica da infração penal também importa em que os proventos do delito sejam confiscados pela União quando não houver ofendido a requerer a indenização para si, nos termos do artigo 91, II, b, do Código Penal.¹⁰ Desse modo, desde que o delito tenha proveito econômico, fica autorizado o sequestro, independentemente de pretensão ressarcitória primária.

Nessa espécie de *fluid recovery*, fica claro que o viés punitivo não se refere apenas a ressarcir os danos sofridos por eventuais vítimas, mas a reafirmar a autoridade do Estado na regulação das relações sociais. É nesse sentido que, na tutela coletiva cível, o *fluid recovery* garante o caráter disciplinar da sentença genérica na insuficiência de execuções individuais, destinando valores ao Fundo de Direitos Difusos, que serão revertidos para a promoção dos direitos transindividuais.

⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3a ed. atual., São Paulo : 1995, p. 163.

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* - 5 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1129.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* - 14 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 322-323.

Assim, na tutela penal, a despeito da existência de eventual ofendido a ser ressarcido, a destinação subsidiária dos valores é o próprio aparato punitivo do Estado. É o direito penal atuando, portanto, para legitimar a si próprio, e de certa forma se autofinanciar — não para a devida recomposição dos bens jurídicos afetados pela conduta criminosa, mas para reafirmar o ordenamento jurídico positivado.

De acordo com o artigo 126 do CPP, o sequestro pode ser requerido pelo Ministério Público, pelo ofendido, ou mediante representação da autoridade policial. A decretação de ofício, com fundamento no interesse público de que o agente não obtivesse lucro com a atividade criminosa, foi revogada pela Lei nº 12.403/2011, que no artigo 282, § 2º, do CPP vedou a decretação de medidas cautelares ex officio pelo juiz durante a investigação. Trata-se de alteração legislativa em consonância com o sistema acusatório adotado no artigo 129, I, da CRFB.

Extrai-se o objeto do sequestro do artigo 125 do Código de Processo Penal c/c 91, §2º, do Código Penal, quais sejam os bens móveis não passíveis de busca e apreensão, bem como os bens imóveis, desde que sejam produto direto ou indireto do crime ou, ainda, dos bens lícitos em valor equivalente ao do produto ou provento do crime.

Nesse ponto, Sérgio de Moraes Pitombo distingue o produto da infração entre direto, quando for o *“resultado útil imediato da operação delinquencial: bens, ou bem, produzidos pela indústria do infrator”*, e indireto, quando for o *“resultado útil mediato da operação delinquencial: o ganho, o lucro, o benefício que ao delinquente adveio da utilização econômica do produto direto do crime.”*¹¹

Conforme prevê o artigo 127 do Código de Processo Penal, o requerimento de tutela cautelar de sequestro pode ser realizado em qualquer fase do processo, ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa, durante a fase de inquérito policial ou de investigação preliminar. Na fase pré-processual, enquanto ainda estão sendo coligidos os elementos indiciários, recomenda-se que o sequestro seja adotado com extrema cautela, em respeito à presunção de inocência.

Para mais, quando o Estado realiza a tutela penal visando resguardar seu próprio patrimônio, o rigor legal aumenta consideravelmente. É que quando o sujeito lesado pelo delito é a Fazenda Pública, o sequestro na fase investigativa

¹¹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, *Do sequestro no processo penal brasileiro*, p. 9, apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* - 14 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 323.

é disciplinado pelo Decreto-Lei nº 3.240/1941, que em seu artigo 4º permite que a constrição recaia sobre todos os bens do indiciado, e aqueles em poder de terceiros que os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave.

Em que pese a existência de vasta doutrina pela revogação tácita do decreto em razão do início da vigência, poucos meses após, do Código de Processo Penal,¹² vige nos tribunais o entendimento, consolidado pelo STJ,¹³ de que o decreto-lei de fato impõe uma sistemática mais grave de tratamento com relação às medidas assecuratórias, e não foi revogado pelo Código de Processo Penal.

2.2. ARRESTO

O arresto, por sua vez, consiste na retenção de qualquer bem do acusado, com a finalidade de assegurar o ressarcimento do dano, evitando-se, dessa forma, a dissipação de seu patrimônio.¹⁴ Por se tratar de garantia da eficácia de eventual ação civil *ex delicto*, é incontroversa sua plena aplicabilidade no processamento de delitos que não geram ganho patrimonial algum ao réu, vez que, para tal finalidade, basta a ocorrência de dano à vítima.¹⁵

Existem duas modalidades de arresto, previstas nos artigos 136 e 137 do CPP. A primeira seria o arresto de bens imóveis, em uma clara medida preparatória da hipoteca legal, porquanto se trata de um procedimento prévio à especialização e inscrição da hipoteca legal dos bens imóveis.

Nesse diapasão, destaca-se que a própria Lei nº 8.009/1990 afasta, em

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* - 5 ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1142. O autor ainda elenca os doutrinadores que sustentam no mesmo sentido: Pitombo, *Do sequestro...*, p. 107; Tucci, *Sequestro...*, p. 138; Saad Gimenes, *As medidas assecuratórias...*, p. 95.

¹³ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS. DECRETO-LEI Nº 3.240/41. NÃO REVOGAÇÃO PELO CPP. SISTEMÁTICA PRÓPRIA. CRIME DE QUE RESULTA PREJUÍZO PARA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com reiterados precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, o Decreto-lei no 3.240/41 não foi revogado pelo Código de Processo Penal, tendo sistemática própria o sequestro de bens de pessoas indiciadas ou denunciadas por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, sendo certo, outrossim, que o art. 4o do mencionado diploma dispõe que o sequestro pode recair sobre todo o patrimônio dos acusados e compreender os bens em poder de terceiros, contanto que estes os tenham adquirido com dolo ou culpa grave. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 1530872/BA STJ – Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Órgão julgador: Sexta Turma – Data de publicação: 17/08/2015)

¹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal* - 3a ed. ver. atual. - São Paulo: Saraiva, 1999, p. 337.

¹⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal* - 13 ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 731.

seu artigo 3º, VI, a proteção legal do bem de família, estabelecendo que a impenhorabilidade não pode ser arguida caso o imóvel tenha sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

A segunda modalidade seria o arresto de bens móveis, que é subsidiário ao arresto de bens imóveis, também com vistas à garantia de indenização e despesas processuais, de modo que se realiza quando o imputado não possuir bens imóveis de valor suficiente para fazer jus ao ressarcimento à vítima.

São arrestáveis todos os bens móveis pertencentes ao acusado suscetíveis de penhora, conforme interpretação a contrario sensu do artigo 649 do Código de Processo Civil, que estabelece as hipóteses de impenhorabilidade, tais como os bens inalienáveis, as provisões de alimento e de combustível do devedor e de sua família, os instrumentos necessários ao exercício de qualquer profissão, os benefícios previdenciários, entre outros.

2.3. HIPOTECA LEGAL

A hipoteca legal consiste no direito real de garantia em virtude do qual um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao credor precipuamente o pagamento da dívida.¹⁶ De acordo com o artigo 827, VI, e 1.489, III, do Código Civil, é a hipoteca em favor do ofendido, ou de seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais.

Segundo Hélio Tornaghi, o artigo 140 do CPP estabelece uma ordem de preferência dos valores constrictos para (i) reparação do dano ao ofendido e ao terceiro de boa-fé, para em seguida (ii) satisfazer despesas processuais e penas pecuniárias e, por último, para (iii) recolhimento do saldo pelo Tesouro Nacional.¹⁷

O artigo 142 do CPP, por sua vez, elenca as hipóteses em que se pode pugnar pela hipoteca legal: (i) quando houver interesse da Fazenda Pública; (ii) quando houver efetiva demonstração de pobreza do ofendido e ele requerer a intervenção do Ministério Público para postular a hipoteca legal.

¹⁶ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Forense: Rio de Janeiro, p. 493, n. 298 apud CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3a ed. ver. atual., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 339.

¹⁷ TORNAGHI, Comentários., v. 1, t. II, p. 364, apud BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal - 5 ed. rev., atual e ampl.* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1148.

De acordo com Badaró, a hipoteca ganha efetividade com o procedimento de especialização e registro da hipoteca legal, que não possui em si natureza de tutela cautelar, mas de um procedimento de jurisdição voluntária de direito real no juízo penal, previsto nos artigos 1.205 e seguintes do CPC.¹⁸ Todavia, a matéria é disciplinada junto às cautelares devido à sua finalidade de assegurar a reparação do dano causado pelo delito.

Dispõe o artigo 134 do CPP que o requerimento de especialização e registro da hipoteca legal somente pode ocorrer durante o processo, em quaisquer de suas fases, não se admitindo sua ocorrência durante a fase investigativa, até mesmo porque, para o registro da hipoteca legal, se requer mais do que a justa causa, sendo necessários indícios suficientes de autoria e a certeza da infração, sendo que esta se forma apenas no decorrer da ação penal.

2.4. ALIENAÇÃO ANTECIPADA

A alienação antecipada surgiu na legislação extravagante, do regime especial dos crimes de droga e, posteriormente, de lavagem de dinheiro.¹⁹ O instituto foi inserido pela Lei no 12.694/2012 no regime geral do Código de Processo Penal, em seu artigo 144-A, que passou a prever a alienação antecipada dos bens sobre os quais tiver incidido medida cautelar patrimonial, tendo como finalidade a preservação de seu valor.

A alienação antecipada se justifica, em primeiro lugar, quando o bem estiver sujeito a qualquer grau de deterioração ou depreciação. Badaró denuncia se tratar de um conceito amplíssimo que necessita de interpretação restritiva, senão *“praticamente qualquer bem constricto poderá ser antecipadamente alienado, em uma desproporcional e injustificada restrição ao direito de propriedade de alguém que ainda é presumido inocente”*.²⁰

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* - 5 ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1126-1143. O autor ainda elenca os doutrinadores que sustentam no mesmo sentido: Ramos, A tutela de urgência..., p. 114; Polastri Lima, A tutela cautelar..., p. 180-181. E em sentido contrário, reconhecendo a natureza cautelar da inscrição da hipoteca legal: Saad Gimenes, As medidas assecuratórias..., p. 114-115.

¹⁹ A alienação antecipada está atualmente prevista nos artigos 62 da atual Lei no 11.343/2006 - Lei de Drogas -, e no artigo 40-B da Lei no 9.613/1998, incluído pela Lei no 12.683/2008.

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* - 5 ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1153.

O dispositivo legal permite, ainda, a alienação antecipada quando há dificuldade para a manutenção da coisa, o que também deve se analisar com vistas à manutenção do valor do bem. Dessa forma, se as dificuldades de manutenção do bem não comprometam seu valor por má ou inadequada condição de conservação, não se justificaria a alienação, o que gera ônus ao órgão acusador de demonstrar a efetiva necessidade da medida.

3. LIMITES ÀS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

Para averiguar eventual desvirtuação dos procedimentos cautelares, há que se verificar a satisfação da finalidade a que se presta cada medida assecuratória, em especial no bojo das operações de repressão aos crimes de colarinho branco, porquanto naturalmente recebem pressão midiática e popular pela adequada prestação jurisdicional e, assim, estão sujeitas à mitigação de garantias processuais penais.

Alguns aspectos devem ser considerados em tal exame: (i) se o magistrado fundamenta adequadamente o preenchimento os requisitos para imposição da medida, ou se tem por base meras ilações ou pura gravidade abstrata do delito; (ii) se, quando do exame de necessidade de manutenção da medida, o momento adequado para o levantamento é respeitado, ou se a constrição vem se alongando no tempo de forma abusiva.

Também (iii) se o objeto da medida constritiva condiz com o prejuízo causado pelo delito ou com o provento obtido, ou se ultrapassa o valor pretendido, individualmente considerado em relação à conduta do agente, ou se ainda obsta a capacidade de subsistência do acusado e de seu núcleo familiar.

Cabe ainda questionar a prática corriqueira de requerimento ministerial visando medidas assecuratórias de “sequestro/arresto” fundamentadas nos requisitos legais de apenas uma das medidas, como se fungíveis fossem. Pretende-se, aqui, se utilizar das vantagens de ambas espécies de tutela cautelar para a constrição de bens e valores, importando em prejuízo à ampla defesa do acusado.

Se algum ou todos esses aspectos são desrespeitados, ainda que instaurado procedimento incidental com contraditório e ampla defesa em tese, vale concluir que, através da decretação de medidas cautelares patrimoniais, pode ocorrer, em

termos práticos, verdadeira expropriação antecipada dos bens dos acusados, o que violaria de forma desproporcional as garantias constitucionais do acusado.

3.1. REQUISITOS PARA CONCESSÃO

Mais que uma regra probatória, a presunção de inocência é considerada regra de tratamento no processo penal, de forma que somente se admite, pela doutrina e jurisprudência, a adoção de medidas restritivas de direitos quando presentes a cautelaridade e a excepcionalidade.²¹ Uma vez apresentado, o requerimento de tutela cautelar é autuado em apartado e distribuído por dependência ao inquérito criminal ou à ação penal, formando portanto um processo incidental apartado e acessório.

Ao contrário das medidas cautelares de cunho investigativo, isto é, que visam a obtenção de elementos de cognição a ensejar a denúncia, como são as quebras de sigilo e as buscas e apreensões, as medidas assecuratórias patrimoniais visam garantir, ao Juízo criminal, que serão reavidos os valores referentes aos proventos do crime (sequestro), ou de que serão constrictos valores suficientes à reparação do dano (arresto).

Assim, observa-se que, geralmente, o sequestro e o arresto são requeridos após a fase investigativa inicial, em concomitância com o oferecimento da denúncia,²² e demandam, no caso de sequestro, apenas a demonstração de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens ou da ocorrência do dano a ser ressarcido.²³ Para Câmara Leal, a acusação deve afastar a dúvida razoável, de modo que, *“se houver alguma outra hipótese também provável, não afastada pelos indícios, estes deixam de ser veementes e não autorizam o sequestro”*.²⁴

Em que pese a cognição no processo cautelar ser limitada, a sua acessoriedade frente ao procedimento principal exige um grau de vinculação com as razões que ensejarão a denúncia. Ainda que os pedidos de constrição patrimonial

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* - 14 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 322-342.

²² De acordo com o artigo 131, I, do CPP, há um prazo de 60 dias para oferecimento da denúncia, contado da data em que ficar concluída a diligência de constrição patrimonial.

²³ Artigo 126, CPP. Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

²⁴ CÂMARA LEAL, Comentários..., v. 1, p. 365, apud BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* - 5 ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1128.

e de condenação criminal sejam processados em procedimentos apartados, é necessária, para o deferimento da providência de natureza cautelar, a demonstração do *fumus boni iuris*, que na seara penal de traveste de *fumus comissi delicti* — indícios suficientes de autoria e materialidade da conduta criminosa.

Decerto, o *fumus comissi delicti* se afigura como requisito básico de qualquer medida assecuratória, seja para comprovar que os bens foram adquiridos com proventos do crime, seja para demonstrar o dano decorrente do crime. Aury Lopes Jr. alerta que em seu fundamento reside a maior problemática, explicando que há um interesse indenizatório e civil, ao passo em que o perigo adquire contornos mais próximos do *periculum in mora* do Direito Processual Civil.²⁵

O requerimento da medida assecuratória deve, portanto, vir instruído com um lastro probatório mínimo, que dê conta do imenso constrangimento e prejuízos que a indisponibilidade patrimonial gera ao imputado. Ademais, o ônus da prova deve recair inteiramente sobre o órgão acusador, porque a proteção da presunção de inocência afasta a possibilidade processual de exigir do indivíduo que produza prova de licitude.

No que tange aos limites específicos ao sequestro de bens, seriam eles: (i) o limite temporal, ao dizer que não cabe sequestro de um bem que foi adquirido em período que antecede ao do ganho obtido com a infração; (ii) o limite qualitativo, aduzindo que a medida não deve prosperar se possui o imputado atividade lícita, cujos ganhos são compatíveis com o seu patrimônio.

As medidas assecuratórias também têm como característica a preventividade, de forma que, além da essencial análise sobre ocorrência do crime investigado, cabe ao órgão acusador demonstrar, e ao Juízo criminal apontar, em sua fundamentação, o *periculum in mora*, isto é, que esteja verificado o perigo de dilapidação do patrimônio e, assim, o risco de frustração da pretensão indenizatória ao cabo da ação penal.

Sustenta Jaime Guasp que o risco de frustração seria inerente à dilação processual, já que “entre o nascer de um processo e a obtenção do ato decisório que a ele põe termo e a que estão vinculados seus efeitos básicos, esse constante *periculum in mora*, que semelhante dilação supõe, deve ser eliminado através de medidas de precaução, cautela ou garantia.”²⁶

²⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal* - 13 ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 734-736.

²⁶ GUASP apud MARQUES. *Elementos de Direito Processual Penal*. 1965, p. 15.

Daí surge a preocupação de parte da doutrina, eis que a garantia constitucional da presunção de inocência é frontalmente incompatível com a presunção de que o acusado irá fraudar a responsabilidade civil decorrente do delito. Nesse momento de cognição sumária, impõe-se ônus ao órgão acusador de demonstrar a necessidade prática da medida, na forma de perigo concreto e efetivo — seja porque manifesta a origem ilícita dos bens, seja por indícios veementes de dilapidação patrimonial por parte do acusado.²⁷

Repise-se que, enquanto regra de tratamento processual, a presunção de inocência determina que todos os imputados devam ser tratados como se inocentes fossem, até que advenha a certeza jurídica da culpabilidade oriunda de uma sentença penal.²⁸ Do mesmo modo, é descabida a prisão preventiva por risco de fuga baseado no mero fato de o investigado possuir recursos para tal - seria necessário demonstrar, para tanto, uma efetiva tentativa de fuga.

3.2. NECESSIDADE DE REAVALIAÇÃO

Além da acessoriedade e da preventividade, Sérgio de Moraes Pitombo elenca outros requisitos ao de deferimento da tutela cautelar, quais sejam a provisoriedade e a instrumentalidade, esta pretendendo que o processo cautelar tenha a finalidade de assegurar a provável satisfação de pretensão, deduzida no processo principal, em razão de perigo de dano à efetividade da prestação jurisdicional.²⁹

Sendo descabida a presunção de que o indivíduo dilapidará seu patrimônio, tem-se que o caráter provisório das medidas assecuratórias demanda uma constante análise, por parte das defesas e do Ministério Público, enquanto fiscal da lei, sobre a real necessidade e adequação da continuidade da medida imposta à fase processual em que se encontra, evitando que ela se protraia por tempo indeterminado, ou quando as provas produzidas em juízo (ou a insuficiência delas) evidenciarem a absolvição do acusado.

Isso pode se dar no momento do contraditório à defesa, quando ela poderá trazer comprovação da origem lícita de bens e valores, no caso de sequestro, e poderá

²⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal - 13 ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 734-736.

²⁸ CASARA, Rubens. Uma ilustre desconhecida: a presunção de inocência. 2015. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/01/17/uma-ilustre-desconhecida-presuncao-de-inocencia/>

²⁹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O processo cautelar no novo CPC. 1972. Disponível em: <<http://www.sergio.pitombo.nom.br/artigos.php>>. Acesso em 01 de agosto de 2020.

também impugnar o valor calculado como referente ao dano, ou ainda oferecer algum bem específico para que seja constricto, dependendo da conveniência.

Essa exigência de reanálise também abrange o magistrado, que deve se manter atento para mudanças no quadro fático-probatório, vez que nada impede que entenda de ofício pelo levantamento da constrição. Contudo, na prática, observa-se a difundida aplicação a contrário sensu do artigo 141 do CPP, que prevê hipóteses de obrigatoriedade do levantamento, de modo que a questão somente é revolvada quando do trânsito em julgado da sentença penal, em que as hipóteses legais podem ser preenchidas.³⁰

Assim, ocorre que, muito antes da certeza jurisdicional quanto à culpabilidade do indivíduo, e até mesmo de sua comprovação pelo órgão acusador, o deferimento da constrição patrimonial gera efeitos expropriatórios imediatos, o que representa grave mitigação à garantia constitucional da presunção de inocência, que deve ser adotada em situações verdadeiramente excepcionais.

3.3. CORRESPONDÊNCIA COM O PREJUÍZO

Segundo Gustavo Badaró, além dos requisitos da preventividade e da provisoriedade, à tutela cautelar no processo penal seriam igualmente fundamentais a flexibilidade e a proporcionalidade, para o exame dos limites da constrição,³¹ cabendo ao órgão acusador demonstrar a extensão do dano causado, requerendo a determinação de constrição limitada a esse valor.

Fica assim assentado o requisito da referibilidade da tutela cautelar, de modo que, uma vez deferido o sequestro sobre o patrimônio do acusado, este somente deve incidir sobre bens que tenham relação com o crime objeto da investigação ou da ação penal e, uma vez deferido o arresto de bens, este deve se limitar ao valor suficiente para resguardar a efetividade da pena, no efeito de ressarcimento dos danos causados, pensados em atenção ao caso concreto.³²

³⁰ Artigo 141, CPP. O arresto será levantado ou cancelada a hipoteca, se, por sentença irrecorrível, o réu for absolvido ou julgada extinta a punibilidade.

³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* - 5 ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1125-1152.

³² "A medida cautelar penal é referível também no sentido de que se liga somente ao processo de conhecimento no bojo do qual é requerida. A situação de perigo e a tutela correspondente se conectam exclusivamente ao caso penal e aos seus aspectos mais diretos, como a situação da vítima, das testemunhas, dos elementos sensíveis do fato criminoso etc. Se transcende o caso penal e suas ramificações mais diretas, não há que se

Aury Lopes Júnior defende, por sua vez, que a medida cautelar patrimonial deve guardar proporcionalidade com um dano real, concreto e que permita uma aferição, ainda que provisória. Aponta o ônus ao órgão acusador de estipulação do valor máximo a ser constricto, que seria aquele correspondente à eventual responsabilidade civil do acusado, juntamente a custas processuais e multa.

Outro fator é a manutenção financeira do acusado e de sua família, cujo patrimônio não pode ser engessado em sua totalidade, em respeito à dignidade da pessoa humana, centro axiológico da CRFB.³³ A indisponibilidade de bens e valores do acusado eleva consideravelmente os riscos de endividamento seu e de sua família, o que enseja a busca, no vasto ordenamento jurídico brasileiro, por mecanismos protetivos ao patrimônio. Tratando-se de instituto processual civil, a expropriação deve observar algumas limitações impostas pelo CPC.³⁴

Devido à sua natureza alimentar, o salário é impenhorável até o valor 50 (cinquenta) salários mínimos, ressalvada a hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, de acordo com o artigo 833, §2o, do Código de Processo Civil. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já chegou a acatar a relativização dessa impenhorabilidade para a satisfação de crédito não alimentar, desde que preservada a subsistência digna do devedor e de sua família.³⁵

Tal dificuldade se torna mais gritante nas situações em que o acusado figurava como o predominante ou único provedor financeiro da família, e quando a constrição atinge, diretamente (por meio da pessoa natural) ou indiretamente

falar em tutela cautelar”: RAMOS (Tutela de urgência, p. 94) apud BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* - 5 ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1128.

³³ Artigo 1o, inciso III, CRFB/1988. Conforme observa Aury Lopes Jr., “não se pode desmerecer o fato de que o imputado já passa por uma situação difícilíssima, muitas vezes agravada pelo bizarro espetáculo midiático montado em torno das estrondosas operações policiais, que conduz a perda de clientes, fechamento de linhas de crédito, perda do emprego, enfim, um empobrecimento generalizado do réu, fruto do estigma gerado pela investigação e o processo penal. Nesse contexto, as medidas assecuratórias revestem-se de uma gravidade ainda maior, pois lhe impedem de dispor de seu patrimônio, seja para alienar ou dar em garantia, impossibilitando-o de ter liquidez para a própria subsistência. Ainda que no final do processo criminal seja absolvido ou que os bens indisponibilizados sejam em valor muito superior a eventual responsabilidade civil, em nível de endividamento e de penúria, é, muitas vezes, irreversível.”

³⁴ Enunciado nº 03 da I Jornada de Direito Processual Civil. “As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei”.

³⁵ REsp 1673067/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12-09-2017, DJe 15-09-2017. Nesse julgado, ressaltou-se que a penhora parcial de salário exige prova de que a medida não põe a subsistência do devedor e de sua família em risco. Trata-se de entendimento não pacificado, de modo que a Quarta Turma da Corte Superior sustentou, pouco antes, “ser inviável a penhora, ainda que parcial, de valores recebidos a título de salário, dada a natureza alimentar de tais verbas”, no AgInt no AREsp 1035207/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 01-06-2017, DJe 14-06-2017.

(por meio de pessoa jurídica constituída - empresa familiar), os bens do cônjuge ou dos filhos do acusado.

Sustenta-se, portanto, a incidência do princípio constitucional da intranscendência ou pessoalidade da sanção,³⁶ abarcadas as medidas restritivas de direitos, de modo que eventual constrição patrimonial, ainda que de natureza cautelar, não pode exceder à pessoa do acusado, e prejudicar aqueles em seu entorno, em especial seus dependentes financeiros, garantindo-lhes um mínimo existencial de liquidez patrimonial.³⁷

Por derradeiro, são legitimados para opor embargos de terceiro quaisquer pessoas prejudicadas pela constrição, como em caso de bloqueio de todos os valores de uma sociedade da qual o acusado detinha apenas uma parcela das cotas, o que se faz necessário para se garantir a preservação da atividade econômica da empresa, bem como do cumprimento de obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias.

Novamente, aponta-se como limite à constrição patrimonial o valor requerido em representação, de modo que, se constatado que a decisão de deferimento da medida assecuratória produziu efeitos de constrição de valores ou bens em excesso, se torna imperativa a liberação do valor excedente, em atenção ao princípio da congruência ou da adstrição, expresso no artigo 492 do Código de Processo Civil.

Em desdobramentos da Operação Lava-Jato no Rio de Janeiro, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região acertadamente assentou a necessidade de adstrição da constrição patrimonial cautelar ao valor requerido pelo Parquet Federal, conforme se depreende dos seguintes julgados:

“PROCESSO PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. II – OPERAÇÃO SAQUEADOR. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, LAVAGEM DE DINHEIRO. III – CONSTRIÇÃO DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS. IV – REQUISITOS PRESENTES. ILEGALIDADE. ABUSO DE PODER. NÃO CONFIGURAÇÃO. V – DELIMITAÇÃO DO VALOR PELA DENÚNCIA. VI - SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. I - Não constatada teratologia na decisão impetrada. Presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. II - Não constatados ilegalidade ou abuso de poder. Ausência de direito líquido e certo ao levantamento do sequestro de todos os bens constritos das impetrantes. III - Medida

³⁶ Artigo 5o, inciso XLV, da CRFB/1988. “XLVI - a lei regulará a individualização da pena [...]”

³⁷ DUPRET, Cristiane. Manual de Direito Penal. Impetus, 2008.

constritiva necessária para resguardar eventual condenação e para afastar a hipótese de vantagem econômica, para os investigados, decorrente das atividades ilícitas. IV - O sequestro de bens, já havendo a deflagração da ação penal, em regra, deve ter por base o montante indicado na denúncia como decorrente da prática delitiva. V - Segurança parcialmente concedida.” (Mandado de Segurança 0011102-65.2016.4.02.0000 TRF-2 — Relator: Des. Federal Abel Gomes — Órgão julgador: 1ª Turma Especializada — Data de julgamento: 29/03/2017)

“APELAÇÃO CRIMINAL. MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS. ARTIGOS 3o E 4o DO DECRETO-LEI N.o 3.240/41 E ART. 4º DA LEI N.o 9.613/98. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA DEMONSTRADOS. ESTIMATIVA DE PREJUÍZO EXPRESSA NA DENÚNCIA. PROPORCIONALIDADE DAS MEDIDAS. ORDEM DE PREFERÊNCIA DO ART. 835 DO CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO [...] II - Medidas assecuratórias patrimoniais embasadas nos artigos 3o e 4o do Decreto-Lei n.o 3.240/41 e art. 4º da Lei n.o 9.613/98 e no CPP. Os requisitos das medidas assecuratórias impostas circunscrevem-se à prova da existência dos fatos e indícios suficientes de autoria (fumus boni iuris), bem como à demonstração da sua necessidade e suficiência para garantir seus fins, no caso, direcionadas à reparação dos danos causados ao Erário. III - O Decreto Lei n.o 3.240/41 impõe sistemática mais grave de tratamento com relação às medidas assecuratórias e não foi revogado pelo Código de Processo Penal, orientação já pacificamente firmada pelo c. STJ. Possibilidade de incidência das medidas assecuratórias (sequestro/arresto) sobre todo o patrimônio dos agentes envolvidos, seja ele lícito ou ilícito. IV - Indícios suficientes de envolvimento. Apelante apontado como um dos maiores beneficiados com o suposto esquema montado por organização criminosa formada pelo mais alto escalão do governo do Estado do Rio de Janeiro, aliado a empresários e operadores financeiros. V - Proporcionalidade das medidas impostas. Prejuízo estimado aos cofres públicos em R\$ 7.708.800,00. Valores constritos em espécie juntamente com imóveis. Considerando a ordem de preferência estabelecida no art. 835 do CPC e a liquidez do valor em dinheiro constricto há de se manter a constrição sobre o numerário e para sua complementação a constrição de mais um bem imóvel, a critério do juiz, liberando-se os demais. VI - Recurso parcialmente provido.” (Apelação Criminal 0501865-36.2017.4.02.5101 TRF-2 - Relator: Des. Federal Abel Gomes - Órgão julgador: 1ª Turma Especializada — Data de julgamento: 13/12/2017)

Ressalte-se que, no segundo julgado colacionado, é reafirmada a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no caso para sanar lacuna referente à ordem de preferência dos bens a serem constritos, tendo o E. Relator aplicado analogicamente o artigo 835 do Código de Processo Civil, que estabelece ordem de penhora priorizando valores a bens, devido à sua maior liquidez.³⁸

Com essa preocupação, o artigo 36 da Nova Lei de Abuso de Autoridade — Lei nº 13.869/2019 tipifica a conduta de 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, com pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

3.4. VEDAÇÃO À FUNGIBILIDADE ENTRE ESPÉCIES

A garantia constitucional da ampla defesa se exprime, no âmbito processual penal, de modo que a defesa técnica tenha conhecimento do completo teor sobre as imputações realizadas em face de determinado acusado, para que possa contestá-la com a maior efetividade de influência no convencimento do magistrado.

Da mesma forma que o acusado se defende dos fatos imputados na denúncia, também o faz em relação às representações pela adoção de medidas assecuratórias, sendo-lhe facultada a apresentação de elementos que refutem os indícios de materialidade e autoria ou que comprovem a proveniência lícita de seus bens, bem como a indicação de bens para constrição.

É cediço que, para a construção da linha argumentativa da defesa, se faz necessário conhecer uma tese acusatória bem delineada, o que se reverte, mais uma vez, em ônus para a acusação. Em se tratando de medidas assecuratórias, não basta fundamentar necessidade e urgência de sua adoção, devendo ainda delimitar com clareza qual a espécie que melhor se enquadra ao caso concreto — se sequestro, arresto, etc.

³⁸ Art. 835, caput e § 1o, CPC. “A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado; III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; IV - veículos de via terrestre; V - bens imóveis; VI - bens móveis em geral; VII - semoventes; VIII - navios e aeronaves; IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias; X - percentual do faturamento de empresa devedora; XI - pedras e metais preciosos; XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia; XIII - outros direitos. § 1o É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto”.

Entretanto, observa-se a recorrência da apresentação de requerimentos ministeriais pela decretação de “sequestro/arresto”, como se houvesse uma pretensa fungibilidade entre as medidas quando, em verdade, possuem objetos distintos — bens imóveis e móveis de origem ilícita vinculados ao crime ou de origem lícita —, e finalidades que não se confundem.

Em um processo penal democrático, sob o império da presunção de inocência, não cabem arbitrariedades. Ainda que cabível a adoção de medidas assecuratórias em concomitância, a aplicação de cada uma deveria ser requerida em relação a parcelas diferentes do patrimônio, levando em conta sua natureza e sob o respectivo fundamento jurídico, e não utilizadas indistintamente, acarretando prejuízo ao direito de defesa, seja na elaboração da tese defensiva, seja na apresentação de documentos.

O requerimento indiscriminado de “sequestro/arresto” consiste, portanto, em verdadeiro Frankenstein jurídico para se obter os atributos vantajosos proporcionados por cada uma das medidas assecuratórias, desatendendo aos fins legalmente previstos de cada uma, para assim afetar a totalidade do patrimônio do acusado em nome do interesse público. Viola-se, assim, uma das mais básicas regras do jogo democrático, estabelecidas pelo direito processual penal: a paridade de armas aos pólos acusador e defensivo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presunção de inocência, enquanto medidor da escala de democracia em um país, permeia o processo penal em todas as suas circunstâncias. Trata-se de princípio constitucional que, apesar de fundamental, ainda pode ser sopesado se em aparente conflito com valores da mesma ordem. Quanto às medidas assecuratórias, observa-se que, ainda que a presunção de inocência não as vede, é ela quem traça os limites de sua aplicação.

Assim, constata-se que a presunção de inocência, enquanto instrumento do processo penal democrático, é utilizada para resguardar aos cidadãos um dos bens jurídicos mais caros, qual seja a propriedade privada, em especial pela potencialidade de prejuízo às demais pessoas dependentes ou envolvidas no desenvolvimento do patrimônio do acusado, como familiares, sócios, e empregados.

Logo, a decretação de medidas assecuratórias exige a satisfação dos requisitos legais próprios e específicos da pretensão deduzida, a constante reavaliação da

necessidade da medida, a referibilidade com o prejuízo causado ou benefício auferido indevidamente, a adstrição ao patrimônio do representado, e a vedação à fungibilidade frente a outras medidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* - 5 ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- CASARA, Rubens. Uma ilustre desconhecida: a presunção de inocência. 2015. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/01/17/uma-ilustre-desconhecida-presuncao-de-inocencia/>
- DUPRET, Cristiane. *Manual de Direito Penal*. Impetus, 2008.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3a ed. atual., São Paulo : 1995, p. 163.
- GUASP apud MARQUES. *Elementos de Direito Processual Penal*. 1965, p. 15.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Direito Processual Penal - Volume Único*. 4 ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal* - 13 ed. - São Paulo: Saraiva, 2016
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* - 14 ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. Juiz é fiscal dos atos do MP, e não defensor deles. *Revista Consultor Jurídico*, 29 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-29/juiz-criminal-fiscal-atosacusatorios-nao-defensor-deles>>.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O processo cautelar no novo CPC. 1972. Disponível em <<http://www.sergio.pitombo.nom.br/artigos.php>>.
- SOUZA, Wesley Wadim. A constitucionalidade dos novos contornos das medidas assecuratórias no Direito Processual Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/constitucionalidade-dos-novos-contornos-das-medidas-assecuratorias-no-direito-processual>>
- <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121925875/como-compatibilizar-a-prisao-cautelar-com-o-principio-constitucional-da-presuncao-da-inocencia>>
- <<https://julianamoreira9461.jusbrasil.com.br/artigos/338969892/medidas-assecuratorias>>
- <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,medidas-cautelares-patrimoniais-e-o-prazo-para-oferecimento-da-denuncia,56905.html>>
- <<https://jus.com.br/artigos/43214/medidas-assecuratorias-no-processo-penal>>

TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: ANÁLISE DAS DEMANDAS JUDICIAIS RELATIVAS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Rayssa Gonçalves de Paula Silva¹

Resumo: O tema deste trabalho diz respeito ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, nos pedidos formulados em sede de tutela antecipada², de acordo com a legislação vigente e a jurisprudência recente sobre o assunto. O objetivo geral é analisar os requisitos e as controvérsias existentes em relação à concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública, especificamente, nas demandas referentes ao fornecimento de medicamentos. Trata-se de um estudo descritivo com abordagem qualitativa, baseado em pesquisa bibliográfica. Com o estudo, verifica-se que a judicialização da saúde é um fenômeno cada vez mais crescente no Brasil. Isso porque recorrer à Justiça se tornou o caminho escolhido por aqueles que dependem do fornecimento de medicamentos. Nesse contexto, foi ressaltada a adoção de diversos instrumentos pelo Poder Judiciário com a finalidade de auxiliar os magistrados na tomada de decisões céleres referentes ao Direito à Saúde (os Comitês Estaduais de Saúde, o NAT-JUS, o NAT-JUS Nacional e o Sistema e-NATJus). Além disso, foi observado que, diante das diversas particularidades e controvérsias a respeito da matéria, é necessário que, na análise dos pedidos de tutela antecipada, os magistrados competentes observem tanto os requisitos previstos em lei quanto à jurisprudência recente sobre o tema.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Tutela Antecipada. Fazenda Pública. Direito à Saúde. Medicamentos.

¹ Possui pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil e em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional UNINTER e graduação em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Técnica Judiciária da Justiça Federal de 1ª Instância – Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

² Tutela provisória de urgência de natureza antecipada.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivos compreender quais são os requisitos e as controvérsias existentes em relação ao fornecimento de medicamentos, em sede de tutela de antecipada, nas demandas ajuizadas contra a Fazenda Pública e apresentar uma análise jurisprudencial sobre o tema.

Há dois tipos de tutela jurisdicional: a provisória e a definitiva. A tutela provisória, que se refere ao tema central do presente trabalho, é proferida mediante cognição sumária e baseada num juízo de probabilidade, sendo, posteriormente, substituída pelo provimento judicial definitivo, realizado após cognição exauriente e fundado num juízo de certeza.

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) unificou o regime aplicável às tutelas provisórias, com a extinção do processo cautelar autônomo. O Título I do Livro V (“Da tutela provisória”), parte geral do novo Código, é destinado às disposições gerais da tutela provisória. Assim, a tutela provisória é um gênero que se divide em duas espécies: tutelas de urgência (cautelar e antecipada) e da evidência.

A tutela provisória de urgência exige a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. A tutela provisória de urgência se subdivide em cautelar e antecipada. A finalidade da tutela cautelar é garantir o resultado útil do processo. De outro modo, a tutela de urgência antecipada tem como objetivo a proteção direta, integral e imediata do direito material invocado.

A tutela provisória de urgência pode ser concedida contra a Fazenda Pública, entretanto, é necessário observar as ressalvas legais referentes à questão³. Ressalte-se ainda que a expressão Fazenda Pública é utilizada pela legislação para designar a presença em juízo de pessoa jurídica de direito público interno”. Desse modo, conforme previsto no art. 41 do Código Civil, são pessoas jurídicas de Direito Público interno: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias (inclusive as associações públicas) e as demais entidades de caráter público criadas por lei.

³ Nesse sentido, as normas jurídicas referentes à concessão de tutelas de urgência em relação ao ente público são: Lei nº 8.437/92 (dispõe sobre concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público); Lei nº 9.494/97 (disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública); Lei nº 12.016/2009 (disciplina o mandado de segurança individual e coletivo); e Lei nº 8.036/90 (dispõe sobre medidas liminares em mandado de segurança sobre FGTS).

Quanto ao conteúdo específico da pesquisa, é necessário registrar que o Direito à Saúde é um direito social, fundamental e indisponível garantido pela Constituição de 1988⁴. Além disso, é um direito que se encontra cada vez mais judicializado. Isso porque, de acordo com a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”, que foi encomendada pelo CNJ e elaborada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130% entre 2008 e 2017 (MELO e HERCULANO, 2019).

É importante frisar que a referida pesquisa, também aponta que, considerando o atual crescimento das demandas, a judicialização da saúde se mostra relevante para o Poder Judiciário, “que tem que lidar com centenas de milhares de processos, vários dos quais sobre temas recorrentes e quase sempre contendo pedidos de antecipação de tutela ou liminares” (MELO e HERCULANO, 2019), o que justifica o presente estudo nessa área.

Nesse cenário, as tutelas de urgências formuladas contra o Poder Público e que envolvem o fornecimento de medicamentos apresentam questões que merecem ser estudadas.

2. TUTELA PROVISÓRIA E TUTELA ANTECIPADA DE ACORDO COM CPC/2015

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) unificou o regime aplicável às tutelas provisórias, com a extinção do processo cautelar autônomo. Em atenção à efetividade da tutela jurisdicional, o CPC/2015 deixa evidente a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela de evidência, ambas sob o gênero da tutela provisória. O legislador promoveu uma unificação das medidas, tendo em vista o critério da natureza, para proteger o direito que se encontra em risco (MENDES e SILVA, 2018, p. 33 e 35).

⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

2.1 Tutela Provisória no CPC/2015

A tutela é denominada provisória porque possui um tempo de duração predeterminado e será, em regra, substituída por um provimento judicial definitivo, proferido mediante cognição exauriente e fundado num juízo de certeza.

De acordo com Guilherme Barros, “é para contornar as consequências negativas do tempo no processo que o sistema jurídico prevê a possibilidade de concessão de tutela provisória” (BARROS, 2017, p. 103). Nesse sentido, Vinicius Lemos ressalta que:

Muitas vezes, não há como, ao demandar em juízo, aguardar pelo resultado da prolação da sentença, contendo a parte a necessidade de uma resposta jurisdicional imediata, com um ar de provisoriedade, mas que antecipe ou resguarde ou direito. Essa decisão judicial dada em caráter provisório, no início ou durante a demanda, ganhará o nome de tutela provisória, com o intuito de acautelar ou antecipar um direito, via uma cognição, neste caso, sumária (LEMONS, 2018, p. 349).

Nesse sentido, em regra, a tutela de urgência é concedida através de decisão interlocutória (no curso do processo), desafiando o recurso de agravo de instrumento. E, justamente por ser provisória, a tutela pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, conforme disposto no art. 296⁵ do CPC/2015.

De acordo com Daniel Amorim, essa possibilidade de revogação ou modificação da decisão que concede a tutela se refere à “própria característica de provisoriedade da medida, que existe apenas enquanto a decisão definitiva não a substituir” (AMORIM, 2016, p. 419).

Em qualquer caso, de acordo com a previsão legal⁶, a decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória deve ser motivada pelo juiz, de modo claro e preciso.

Com relação ainda ao seu aspecto temporal, o art. 297⁷ do CPC/2015 prevê que

⁵ Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

⁶ Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

⁷ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

a efetivação da tutela provisória (execução) deve observar as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Por fim, cumpre registrar que, há três meios para impugnar a decisão que concede a tutela provisória: o agravo de instrumento, o pedido de suspensão e a reclamação, sendo possível, inclusive a utilização concomitante de todos esses instrumentos.

2.2 Espécies de Tutela Provisória

De acordo com a doutrina e disposições legais aplicáveis⁸, a tutela provisória é um gênero que se divide em duas espécies: tutelas de urgência (cautelar e antecipada) e da evidência. Com relação à primeira espécie, é importante destacar que tanto a tutela cautelar quanto a antecipada possuem a urgência como o elemento principal para assegurar a pretensão da parte litigante.

Nesse sentido, sempre que houver, perante o juízo de qualquer grau, pedido de tutela provisória, há a notória necessidade de respondê-lo com prioridade. Isso porque, em caso de deferimento, o teor de decisão já possui eficácia e possibilidade de cumprimento imediato, ainda que em caráter provisório (LEMOS, 2018, p. 349).

Quanto às diferenças, na tutela cautelar, o objetivo é resguardar um direito que a parte entende preexistente. Por sua vez, a tutela antecipada (satisfativa) tem por objetivo satisfazer faticamente o direito (AMORIM, 2016, p. 412).

Nesse contexto, é importante esclarecer que o termo liminar, que não está previsto no CPC/2015 como espécie de tutela provisória, se refere, na verdade, a algo que pode ser feito logo no início, sendo aplicado a atos praticados *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação do demandado.

Entretanto, Daniel Amorim faz a ressalva de que, no momento anterior à adoção da tutela antecipada pelo nosso sistema processual, as liminares eram consideradas uma espécie de tutela de urgência, sendo a única forma prevista em lei para a obtenção de uma tutela de urgência satisfativa. Assim, “sempre que prevista expressamente em um determinado procedimento, o termo liminar assume a condição de espécie de tutela de urgência satisfativa específica” (AMORIM, 2016, p. 412).

⁸ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência (CPC/2015).

De modo diverso, a tutela provisória de evidência será concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, nas hipóteses taxativamente previstas no art. 311⁹ do CPC/2015.

2.3 Tutela Antecipada

Na tutela antecipada, o Autor pretende antecipar um direito, realizando um pedido de tutela provisória “para que determinado pleito, que deverá ser requerido na inicial, seja antecipado, satisfazendo, naquele momento, os anseios e necessidades do Autor” (LEMOS, 2018, p. 355).

Assim, a tutela de urgência antecipada se refere “a uma técnica processual de proteção direta, integral e imediata do direito material invocado, que se encontra em situação de urgência, por meio de uma decisão não resolutive do mérito” (MUNIZ FILHO, 2019, p.429).

Quanto ao objeto da antecipação, Daniel Amorim ressalta que não é propriamente a tutela jurisdicional que é antecipada, mas os efeitos práticos que seriam gerados com a concessão definitiva da tutela pretendida pelo autor (AMORIM, 2016, p. 438).

Quanto ao momento da antecipação, a tutela antecipada pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental¹⁰. A tutela antecipada pode ser requerida em caráter antecedente “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação”, conforme disposto no art. 303¹¹ do CPC/2015. A tutela

⁹ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

¹⁰ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

¹¹ Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

antecipada concedida de forma antecedente se estabiliza se não houver a interposição de recurso contra a decisão que a conceder, nos termos do art. 304¹² do CPC/2015.

Por sua vez, a tutela antecipada requerida em caráter incidental pode ser concedida em qualquer momento do processo, desde a propositura da demanda até o seu trânsito em julgado. É importante frisar que, excepcionalmente, a tutela antecipada pode ser concedida antes mesmo da citação do Réu, caso em que é denominada *inaudita altera parte*, sendo observado o contraditório diferido, nos termos do art. 9º¹³, parágrafo único, I, do CPC/2015.

2.3.1 Requisitos legais da Tutela Antecipada

De acordo com o art. 300¹⁴ do CPC/2015, a tutela provisória de urgência exige a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (requisitos positivos).

A probabilidade do direito se refere à verificação da plausibilidade do direito no momento da apreciação do requerimento de tutela. E a urgência é caracterizada pela situação de perigo, relacionado ao direito a ser protegido (MENDES e SILVA, 2018, p. 36).

Por sua vez, o perigo de dano pode ser dividido em “perigo de dano irreparável” e “perigo da demora”. O primeiro caso decorreria da necessidade de proteção de um direito substancial à segurança, que é sempre voltado a um direito que se quer assegurado ou conservador. De modo diverso, o perigo da demora surgiria da pressa em que os efeitos buscados com a prestação da tutela jurídica sejam adiantados, implicando a gestão diferenciada da distribuição do ônus do tempo no processo (COSTA, p. 2018, p. 302).

Além disso, o parágrafo 3º¹⁵ do art. 300 do CPC/2015 estabelece um requisito

¹² Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

¹³ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

¹⁴ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

¹⁵ § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

negativo ao dispor que a tutela antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. A irreversibilidade não tem relação com o provimento que antecipa a tutela, mas sim aos efeitos práticos gerados por ele. Nesse sentido, Daniel Amorim assevera que “a irreversibilidade não é a jurídica, sempre inexistente, mas a fática, que é analisada pela capacidade de retorno ao *status quo ante* na eventualidade de revogação da tutela antecipada” (AMORIM, 2016, p. 444).

No entanto, excepcionalmente, o juiz poderá conceder a tutela antecipada, ainda que esta seja irreversível, diante das peculiaridades do caso concreto e preenchimento dos demais requisitos. Sobre essa questão, o enunciado nº 25 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados prevê que: “A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB)”.

Pode ocorrer ainda a “irreversibilidade de mão dupla”, também denominada de “recíproca irreversibilidade”, situação na qual a não concessão da tutela de urgência pode gerar um sacrifício irreversível ao pretendo direito daquele que requer a tutela e sua concessão gera um sacrifício irreversível ao Réu. Conforme esclarecido por Daniel Amorim, trata-se de uma situação limite, “na qual caberá ao juiz a ponderação do direito mais provável no momento da análise do pedido da tutela antecipada, aplicando-se o princípio da razoabilidade”, valorando comparativamente os riscos, balanceando os dois males para escolher o menor (AMORIM, 2016, p. 445).

Assim, para analisar o pedido de tutela antecipada, o magistrado competente deve verificar a presença dos elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (requisitos positivos) e ponderar acerca de irreversibilidade da medida, de acordo com o caso concreto.

2.3.2 Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública

A expressão Fazenda Pública é utilizada, historicamente, para indicar a presença do ente público em juízo e continua sendo empregada na legislação atual. Quando ao conceito específico de “Fazenda Pública”, pode-se dizer que esta

é a expressão utilizada para designar a presença em juízo de pessoa jurídica de direito público interno, a qual possui prerrogativas processuais distintas.

De acordo com o art. 41¹⁶ do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito público interno: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, autarquias e associações públicas. Ressalte-se que, como exceção, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, apesar de ser empresa pública, foi incluída pela jurisprudência no conceito de Poder Público, sendo-lhe atribuído o regime processual dos entes públicos.

Em relação ao tema do presente trabalho, cumpre ressaltar que antecipada pode ser concedida contra a Fazenda Pública¹⁷, desde que observadas as ressalvas legais¹⁸ referentes à matéria. Isso porque atualmente está ultrapassado o entendimento de que existe uma vedação generalizada de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, restando superados os três principais argumentos contrários ao referido ato, quais sejam: reexame necessário; necessidade de trânsito em julgado para expedição de precatório e vedação ao cabimento de cautelares satisfativas decorrente da previsão do art. 1º¹⁹ da Lei 8.437/1992 (AMORIM, 2016, p. 464).

Isso porque, em síntese, o reexame necessário, de acordo com o previsto no art. 496 do CPC/2015, só exigido em relação a algumas sentenças de mérito proferidas contra a Fazenda Pública e não em relação à decisão interlocutória (meio pelo qual normalmente é concedida a tutela antecipada). Em relação a esse aspecto, Guilherme Barros aponta que não há qualquer incompatibilidade entre o regime de reexame necessário e a tutela de urgência, afinal “o reexame impede

¹⁶ Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

~~IV - as autarquias;~~

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

¹⁷ Fazenda Pública é a expressão utilizada pela legislação para designar a presença em juízo de pessoa jurídica de direito público interno, quais sejam: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias (inclusive as associações públicas) e as demais entidades de caráter público criadas por lei, conforme previsto no art. 41 do Código Civil.

¹⁸ Vedações legais: i) a lei nº 8.437/92 que disciplina a concessão de medidas cautelares contra o Poder Público; (ii) Lei nº 9.494/97 que disciplina a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público; (iii) Lei nº 12.016/2009 que disciplina o mandado de segurança.

¹⁹ Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

a formação da coisa julgada e a eficácia da sentença, mas a lei pode permitir a eficácia do provimento liminar, que não está sujeito à remessa necessária” (BARROS, 2017, p. 106).

Além disso, a questão referente à exigência do trânsito em julgado para o pagamento de precatório ou mesmo para o pagamento de dívidas de pequeno valor “só tem relevância na obrigação de pagar quantia, sendo argumento inaplicável nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa” (AMORIM, 2016, p. 465).

Daniel Amorim enfatiza que, até mesmo nas obrigações de pagar quantia certa, em casos excepcionais, o STJ²⁰ tem admitido a concessão de tutela antecipada, como, por exemplo, no casos referentes ao fornecimento de medicamento não entregue pelo Estado, inclusive mediante o bloqueio de verbas públicas (AMORIM, 2016, p. 465). Do mesmo modo, o STJ²¹ tem dispensado a expedição do precatório para a satisfação de tutela antecipada, na qual tenha sido determinado o custeio de despesas médicas e terapêuticas pelo Poder Público.

No mesmo sentido, Guilherme Barros destaca que o óbice imposto constitucionalmente atinge apenas condenações judiciais ao pagamento de quantia pecuniária. Assim, as demais imposições de obrigações de fazer, ainda que possuam reflexo patrimonial, não ficam obstadas (BARROS, 2017, p. 106).

Por fim, a alegação de que a vedação à concessão de cautelares satisfativas contra a Fazenda Pública criaria uma vedação geral à concessão de tutela antecipada “só pode ser creditada à incapacidade de compreender as diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipada” (AMORIM, 2016, p. 464). Nesse sentido, Daniel Amorim (2016) assevera ainda que, para parcela da doutrina, a vedação prevista no art. 1º, §3º da Lei 8.437/1992 já se encontra presente no CPC/2015, sendo representada pelo §3º do art. 300. No entanto, tal regramento não é óbice a concessão da tutela contra a Fazenda Pública, devendo ser aplicada a regra da proporcionalidade.

3. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E DO PEDIDO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL

Neste capítulo, será abordada a judicialização do Direito à saúde e do pedido de medicamentos no Brasil. Posteriormente, serão expostas as ferramentas de auxílio atualmente disponíveis aos magistrados que analisam as demandas de saúde.

²⁰ STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 935.083/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 2.8.2007, DJ 15.08.2007, p. 268.

²¹ STJ, 1ª Turma, REsp 834.678/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 26.06.2007, DJ 23.08.2007, p. 2016.

3.1 Direito à Saúde

O Direito à saúde é um direito fundamental social assegurado pelo artigo 6^o²², caput, da Constituição Federal. De acordo com a jurisprudência do STF²³, “o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”.

Além disso, o art. 196²⁴ da Constituição dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse sentido, de acordo com o entendimento do STF, “o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço (STF, AI 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, 2ª T, *DJE* de 20-8-2010).

Nesse contexto, diante da dupla vertente dos direitos sociais, o Estado deve se abster de praticar atos que prejudiquem terceiros (natureza negativa) e implementar o direito à saúde através de prestações positivas (natureza positiva).

Ainda de acordo com a previsão constitucional (art. 23, inciso ii²⁵), a saúde é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, ou seja, trata-se de competência legislativa concorrente. Quanto à matéria, Dalmo de Abreu Dallari esclarece que:

As normas gerais sobre saúde, constantes de lei federal, obrigam os legisladores dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, como obrigam também os governadores e prefeitos municipais. Como as leis estaduais e municipais devem ser conformes ao disposto nas normas gerais federais, estas se colocam como intermediárias, no sentido

²² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²³ STF, RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, *DJ* de 24-11-2000.

²⁴ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²⁵ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

de que estão situadas, do ponto de vista da eficácia jurídica, entre as normas constitucionais e as da legislação ordinária dos Estados e Municípios (DALLARI, 2006, p. 61).

Diante da competência concorrente, é pacífico o entendimento²⁶ de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, do Estados e dos Municípios. Nesse sentido, qualquer um desses Entes tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda judicial relacionada às questões de saúde.

3.2 Judicialização da Saúde

A judicialização da saúde é um fenômeno cada vez mais crescente. No Brasil, entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130%, conforme revela a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”. A referida pesquisa, encomendada pelo CNJ e elaborada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), aponta ainda que, no mesmo período, o número total de processos judiciais cresceu em 50% (MELO e HERCULANO, 2019).

Nesse contexto, Paulo Furquim salienta que “vale a pena buscar dados que diferenciam a judicialização benéfica, que é eficaz e contribui com o paciente; e a má judicialização, que é fruto dos interesses de mercado” (CNJ, demandas judiciais, 2019). Além disso, diante da escala alcançada:

a judicialização da saúde torna-se relevante não apenas para o sistema de assistência à saúde, mas para o próprio Judiciário que tem que lidar com centenas de milhares de processos, vários dos quais sobre temas recorrentes e quase sempre contendo pedidos de antecipação de tutela ou liminares (MELO e HERCULANO, 2019).

De fato, a análise das ações judiciais motivadas por questionamentos no segmento da saúde pode “contribuir para a compreensão da judicialização do tema e oferecer elementos que orientem a adoção de políticas judiciais que aprimorem a solução de conflitos na área” (MELO e HERCULANO, 2019).

²⁶ “O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente”. (STF - RG RE: 855178 PE - PERNAMBUCO 0005840-11.2009.4.05.8500, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-050 16-03-2015).

3.3 Judicialização do fornecimento de medicamentos pelo Poder Público

A questão referente à concessão de medicamentos, que se insere dentro do Direito à Saúde, também está sendo cada vez mais judicializada. Isso porque recorrer à Justiça se tornou o caminho escolhido por aqueles que dependem do custeio de tratamentos médicos ou do fornecimento de medicamentos. Entretanto, “as decisões judiciais que obrigam o Estado a fornecer gratuitamente medicamentos comprometem o planejamento orçamentário da área – sentenças dessa natureza consumiram R\$ 1,02 bilhão do Ministério da Saúde apenas em 2017” (TRF2, 2019).

Nesse sentido, de acordo com a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”²⁷, o tema referente ao fornecimento de medicamento é mais recorrente sistema público, conforme se verifica do trecho abaixo:

Na esfera privada, a judicialização afeta direta ou indiretamente as relações contratuais entre cerca de 50 milhões de beneficiários de planos de saúde, operadoras e prestadores de serviços de assistência à saúde. O recorte do levantamento, considerando as expressões regulares no conteúdo das decisões de antecipação de tutela, permite identificar que temas como fornecimento de medicamentos são mais frequentes no sistema público.

Além disso, “das 1.020 notas técnicas fornecidas pelo e-NatJus²⁸ até o último dia 29/1, 40% se referem a pedidos da Justiça Federal. Nesse universo, 663 se referiam a medicamentos, 304, a procedimentos (cirurgias, por exemplo) e 53, a produtos (próteses, fraldas descartáveis, entre outros)” (MONTENEGRO E MELO, 2020).

Esse número se justifica porque, em diversas ocasiões, em razão da responsabilidade solidária, as demandas referentes à saúde são ajuizadas contra o município, o estado e a União, o que define a competência da Justiça Federal para o julgamento da demanda, conforme previsto no art. 109²⁹ da Constituição Federal.

²⁷ Estudo, elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

²⁸ O Nat-Jus Nacional é uma ferramenta que foi agregada ao sistema e-NatJus, que também fica hospedada no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, por meio da qual os magistrados de todo o país poderão contar com o serviço de diversos profissionais de saúde, durante 24 horas, sete dias por semana.

²⁹ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

3.3 A análise da urgência nos pedidos de tutela antecipada

Nas ações relacionadas ao Direito à saúde e, especificamente, à concessão de medicamentos, é comum o pedido de tutela de urgência antecipada em razão da necessidade de proteção célere e imediata do direito fundamental à saúde envolvido.

Entretanto, a análise da alegação de urgência deve ser feita com cautela pelo magistrado competente. Isso porque a simples menção da palavra “saúde” não pode induzir à presunção automática da existência de situação de urgência.

Nesse sentido, Flávio Gomes, critica o fato de que, em muitos casos, a palavra “saúde” tornou-se, indevidamente, sinônimo de urgência. Aduz que, nas demandas de saúde, “a alegação de urgência normalmente fulmina qualquer iniciativa judicial de sopesar a aparência do direito do Autor” (GOMES, 2015, p. 05).

Flavio Gomes (2015) afirma ainda que essa prática é equivocada porque é fundamental que seja feita uma análise criteriosa da prescrição médica e do relatório médico, ainda que em cognição sumária. E, nas situações nas quais não há um risco direto à saúde do demandante, a tutela antecipada não deveria ser concedida. Para a devida análise não seria suficiente o bom senso do magistrado, sendo indispensável a utilização de conceitos e critérios técnicos:

Não basta o uso do bom senso do magistrado, pois, em matéria de saúde, ele é substituído pelo medo de que o paciente morra em razão de sua inação e pelo simples desconhecimento da área da saúde pública.

Para auxiliar no exato delineamento da necessidade das tutelas de urgência, são úteis os conceitos de urgência e emergência dados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), em sua Resolução n. 1451/1995. Urgência implica a “ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata” (art. 1º, parágrafo 1º). Emergência, a seu turno, exige “constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato” (art. 1º, parágrafo 2º). Não é qualquer incômodo que caracteriza a urgência autorizadora da antecipação de tutela. É importante que a demora na concessão do tratamento implique agravo à saúde, com ou sem risco potencial de vida, risco iminente de vida ou sofrimento intenso. (GOMES, 2015, p. 04).

Nesse cenário, é indispensável que sejam utilizados critérios técnicos para

a aferição da verdadeira urgência do tratamento requerido pelo demandado. Assim, em razão da natureza do bem protegido e das demais questões envolvidas, para a análise dos pedidos de medicamentos, em sede de tutela antecipada, devem ser adotados certos parâmetros pelo magistrado competente.

Pois bem, com a finalidade de auxiliar os magistrados nas tomadas de decisões céleres, várias ferramentas foram implementadas pelo Poder Judiciário, conforme será visto no tópico seguinte.

3.4 Ferramentas de auxílio aos magistrados

Com o objetivo de auxiliar os magistrados na tomada de decisões referentes ao Direito à Saúde, diversos instrumentos foram gradativamente adotados pelo Poder Judiciário brasileiro, especialmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dentre os quais podemos destacar: os Comitês Estaduais de Saúde, o NAT-JUS, o Sistema e-NATJus e o NAT-JUS Nacional.

3.4.1 Comitês Estaduais de Saúde

Em 06/04/2014, foram criados os Comitês Estaduais de Saúde, através da Resolução 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a finalidade de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, reforço à efetividade dos processos judiciais e prevenção de novos conflitos (TRF2). Na mesma resolução foi estabelecido que que seriam instituídos Comitês, então chamados Comitês Executivos para consecução de seus fins.

A criação do Comitê Estadual de Saúde em cada Unidade da Federação é hoje obrigação fixada pelo CNJ a todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais (Resolução 238 de 06/09/2016).

O Comitê Estadual tem como uma de suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT JUS), experiência pioneira do Estado do Rio de Janeiro, que foi estendida para os demais Estados inclusive sob a forma de Recomendação do CNJ (Recomendação 31 de 30/03/2010). O

NAT-JUS deve ser constituído por profissionais de saúde para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências.

3.4.2 Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT JUS)

O Núcleo de Assessoria Técnica da Magistratura (NAT), hoje denominado de Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário – NAT JUS, conforme Resolução 238/2016 do CNJ, tem sua origem no crescimento exponencial das demandas por retrovirais para tratamento da AIDS, conforme síntese abaixo extraída do site do Eg. TRF2:

Na década de 90, portadores de HIV reivindicaram judicialmente, individual e coletivamente, medicamentos e tratamento para AIDS, em face do Poder Público. Essas ações intensificaram-se nas décadas seguintes, não só envolvendo portadores de HIV, mas estendendo-se para todo e qualquer cidadão visando garantia e promoção de seus direitos à saúde, consolidando jurisprudências e intervenções do Poder Judiciário na gestão da saúde, seja na assistência à saúde, seja na assistência farmacêutica. A demanda inesperada e de crescimento exponencial teve duas consequências bem peculiares: a primeira caracterizada por um desequilíbrio no orçamento público da saúde. A segunda é que esse aumento exponencial de demandas versando sobre direito sanitário passou a exigir dos magistrados saberes próprios técnicos (da área de medicina) e normativos (sobre a organização do SUS) para boa fundamentação de suas decisões. Visando enfrentar estes dois aspectos da judicialização da saúde, propiciar maior racionalização do uso dos recursos públicos e fornecer aparato técnico aos magistrados, em 2009, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em convênio com a Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil (SESDEC – atualmente Secretaria Estadual de Saúde / SES), criaram o Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NAT), projeto pioneiro em todo o país (TRF2, 2020).

Assim, o NAT iniciou as suas atividades em fevereiro de 2009, ainda como projeto piloto. Posteriormente, por anseio também dos magistrados da Justiça Federal de 1º Grau no Rio de Janeiro, em 16 de novembro de 2011 a Secretaria Estadual de Saúde (SES) celebrou o Acordo de Cooperação Técnica (Processo RJ-ADM-2011/00099) com a Sessão Judiciária do Rio de Janeiro (SJRJ). Posteriormente, conforma já exposto, a criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT JUS) foi estendida para os demais Estados, inclusive sob a forma de Recomendação do CNJ (Recomendação 31 de 30/03/2010).

Atualmente, a assessoria prestada pelo NAT-JUS ocorre por meio da elaboração de pareceres técnico-normativos para análise de pedidos de liminar e tutela provisória nas ações que tenham por objeto o fornecimento, pelo Poder Público, de medicamentos, insumos para saúde, insumos nutricionais, tratamentos médicos, procedimentos médicos não emergenciais (consultas, exames, cirurgias e internação hospitalar), utilizando para isso uma equipe interdisciplinar de farmacêuticos, enfermeiros, nutricionistas, médicos e fisioterapeutas, que buscam oferecer auxílio técnico fundamentado.

3.4.3 Sistema e-NATJus

O Sistema e-NatJus foi criado, por meio da assinatura do Termo de Cooperação n. 21/2016, celebrado pelo Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde, com o objetivo de capacitar os profissionais da área médica que compõe os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NATJUS (criado pela Resolução 238/2016) e a finalidade de:

Proporcionar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais subsídios técnicos para a tomada de decisão com base em evidência científica nas ações relacionadas com a saúde, pública e suplementar, visando, assim, aprimorar o conhecimento técnico dos magistrados para solução das demandas, bem como conferir maior celeridade no julgamento das ações judiciais (CNJ, 2020).

O Sistema e-NatJus é um banco de dados nacional constituído para abrigar pareceres técnico científicos e nota técnicas elaboradas com base em evidências científicas na área de saúde, emitidos pelos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NATJUS) e pelos Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NATS).

Dessa forma, com o sistema e-NatJus, o magistrado pode decidir o pedido de tutela de urgência com base em um parecer técnico e não apenas com base nas alegações do demandante. Nesse sentido, de acordo com o CNJ:

O sistema E-NATJUS está a serviço do magistrado para que a sua decisão não seja tomada apenas diante da narrativa que apresenta o demandante na inicial. Com a plataforma digital, essas decisões poderão ser tomadas com base em informação técnica, ou seja, levando em conta a evidência científica, inclusive com abordagem sobre medicamentos similares já incorporados pela política pública, aptos a atender o autor da ação sem a necessidade de se buscar o

fármaco ainda não incorporado, mas requerido pelo demandante (CNJ, 2020).

A finalidade do sistema é reduzir a possibilidade de decisões judiciais conflitantes, entre os diferentes NAT-JUS, em temas relacionados a medicamentos e tratamentos, e ser capaz de concentrar em um único banco de dados notas técnicas e pareceres técnicos a respeito dos medicamentos e procedimentos, bem como facilitar a obtenção de dados estatísticos pelos agentes (médicos, juízes, advogados e etc.) que atuam e acionam o sistema.

Assim, a adoção do sistema permite a obtenção de relatórios circunstanciados sobre os diversos temas da Judicialização da Saúde e “previne a judicialização da saúde, já que disponibilizará publicamente os pareceres e notas técnicas, evitando a formalização de pedidos cujos tratamentos não são recomendados” (CNJ, 2020).

No entanto, conforme ressaltado pelo CNJ, o desafio do Sistema e-NATJus é ganhar a adesão e a confiança dos magistrados e atender satisfatoriamente as demandas em termos de conteúdo e tempo, constituindo uma ferramenta útil e confiável para sistematizar as Notas Técnicas e Pareceres Técnicos-Científicos (CNJ, sistema e-NATJus, 2020).

De fato, a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”³⁰ aponta que apenas um pequeno número das decisões judiciais citam os órgãos que as qualificariam, como os NATs e o Conitec. Desse modo, durante a apresentação da pesquisa, o professor Paulo Furquim afirmou que “esse resultado reforça a atuação do CNJ na consolidação e organização dos NATs em uma plataforma e fortalecê-los, como tem sido feito com o e-NAT Jus” (CNJ, 2019).

Nesse contexto, pode-se verificar que, apesar da existência de importantes ferramentas de auxílio, ainda é necessário estimular, no Brasil, o uso prático das notas técnicas e dos sistemas disponíveis pelos magistrados brasileiros.

3.4.4 NAT-JUS Nacional

No final do ano de 2018, foi firmado o segundo termo de cooperação entre o CNJ e o Ministério da Saúde, com o objetivo de proporcionar às assessorias

³⁰ Estudo, elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

dos Tribunais de Justiça (TJ) e Tribunais Regionais Federais (TRF), por meio de consultoria à distância, suporte técnico para a avaliação, sob o ponto de vista médico, das demandas judiciais relacionadas com a atenção à saúde com pedido de tutela antecipada sob a alegação de urgência médica – NAT-JUS Nacional.

E, com a publicação (na data de 19/08/2019) do Provimento nº 84, de 14 de agosto de 2019, foi regulamentado o NAT-JUS Nacional, um sistema nacional de apoio aos magistrados. O NAT-JUS Nacional foi desenvolvido – e será mantido – pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por iniciativa do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde (Fórum da Saúde).

O NAT-JUS Nacional foi criado com o objetivo de disponibilizar mais um instrumento de auxílio para os magistrados com competência para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde, inclusive durante o plantão judicial. Além disso, o CNJ destaca que:

O Nat-Jus Nacional é uma ferramenta que foi agregada ao sistema e-NatJus, que também fica hospedada no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, por meio da qual os magistrados de todo o país poderão contar com o serviço de diversos profissionais de saúde, durante 24 horas, sete dias por semana. Os profissionais de saúde avaliarão as demandas de urgência, conceito este que segue protocolos médicos e, com base nas melhores evidências científicas disponíveis, fornecerão o respaldo técnico necessário para atestar se a demanda é de fato urgente (com base nos protocolos médicos, nos termos ditos acima) e qual a base científica a embasar o pedido (CNJ).

Desse modo, conforme informações obtidas do site do CNJ, o NAT-JUS Nacional responde os casos urgentes e busca interligar todos os núcleos estaduais de apoio técnico aos magistrados em demandas médicas:

Todo parecer técnico sobre determinado pedido será armazenado na plataforma digital, batizada NAT-JUS Nacional, e ficará disponível para que outros magistrados possam consultar o documento na análise de casos semelhantes, no futuro. Um serviço semelhante – o e-NatJus – que já existe desde novembro de 2017, ainda não respondia a casos urgentes nem estava funcionando de forma a interligar todos os núcleos estaduais de apoio técnico aos magistrados em demandas médicas (NAT-JUS).

Assim, para decidir o pedido de tutela de urgência antecipada, o magistrado

competente pode solicitar o apoio técnico do NAT-JUS Nacional. Com a utilização do novo sistema, “o principal impacto acontecerá naqueles Estados, Comarcas e Subseções que não estavam contemplados pelos NatJus. Agora o magistrado poderá solicitar parecer técnico ao NatJus Nacional” (SCHULZE, 2019).

O serviço de apoio técnico estará à disposição dos magistrados dos tribunais de Justiça (TJs) e dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) que se cadastrarem na plataforma do CNJ.

Registre-se que, cinco meses depois de instalado, o e-NatJus Nacional emitiu a milésima nota técnica no último dia 29/1 (CNJ, 2020). E na análise realizada após a emissão da milésima nota técnica fornecida pelo e-NatJus Nacional, verificou-se que a utilização do sistema “é grande em determinadas regiões, mas ainda é reduzida em outras”, sendo um desafio estimular o uso pelos magistrados que ainda não utilizam a plataforma (CNJ, plataforma, 2020).

De fato, de acordo com o ranking de Notas Técnicas emitidas pelo NatJus Nacional, atualizado em 07/02/2020, das atuais 1.105 notas, cadastradas de acordo com a UF do magistrado solicitante, os estados da Bahia (386), Paraná (139), Santa Catarina (136) e Minas Gerais (101) concentram a maior parte das solicitações³¹ (quase 70% do total das solicitações). Já o estado de São Paulo tem o registro de 24 solicitações e os estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro de apenas 7 solicitações cada (CNJ, Nat-Jus Nacional, 2020).

Registre-se que a disparidade no número de solicitações ao NatJus Nacional pode ter como justificativa o fato de que os magistrados de determinadas unidades federativas permanecem solicitando as notas técnicas apenas (e diretamente) aos Núcleos de Assessoria Técnica em Ações de Saúde do seu próprio Estado. Isso porque os referido Núcleos podem atender concomitantemente à Justiça Estadual e Federal, a exemplo do Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde do Governo do Estado do Rio de Janeiro, que atende ao NATJUS da Justiça Estadual e da Justiça Federal do Rio de Janeiro).

4. ANÁLISE DAS DEMANDAS JUDICIAIS RELATIVAS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

A discussão sobre o fornecimento de medicamentos, em sede de tutela antecipada contra o Poder Público, apresenta controvérsias e estimula o debate

³¹ De acordo com a UF do magistrado solicitante.

sobre os parâmetros a serem adotados nas decisões judiciais. Por isso, mostra-se necessária uma análise dos principais pontos controvertidos e da jurisprudência atual sobre o tema.

4.1 Requisitos legais para o fornecimento de medicamentos em tutela antecipada

Conforme já exposto, a concessão da tutela de urgência de natureza antecipada depende da verificação da presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), nos termos do art. 300 do CPC/2015.

Nesse contexto, em relação aos pedidos de fornecimento de medicamentos, a probabilidade do direito, depende da análise de toda a documentação juntada aos autos (exames, relatórios médicos, prescrições médicas etc.). E, também, pode ser constatada através de parecer técnico dos núcleos de assistência, emitidos em razão da solicitação do magistrado competente, conforme já mencionado no tópico anterior.

Por sua vez, o *periculum in mora* resta configurado diante da imprescindibilidade do fornecimento do medicamento pretendido para a melhora da saúde e manutenção da vida do paciente/demandante.

4.2 Jurisprudência sobre o pedido de medicamentos em face do Poder Público

Da análise da jurisprudência recente sobre o tema, também podem ser extraídos relevantes conceitos e parâmetros para a decisão referente ao pedido de medicamentos em sede de tutela antecipada. Isso porque, em relação à temática deste trabalho, a jurisprudência já pacificou diversos entendimentos, referentes tanto aos pressupostos processuais necessários para a propositura da demanda (legitimidade e interesse processual) quanto aos requisitos necessários para o fornecimento, em si, dos medicamentos (probabilidade do direito).

4.2.1 Pressupostos processuais

Antes de analisar diretamente o pedido formulado em sede de tutela antecipada, o magistrado deve verificar a presença dos pressupostos processuais. Os pressupostos processuais se referem aos elementos de existência da relação

processual. Ou seja, são todos os elementos de existência, requisitos de validade e condições de eficácia do procedimento.

Desse modo, passa-se à apresentação específica das controvérsias sobre os pressupostos processuais nas demandas referentes à concessão de medicamentos.

O art. 17 do CPC prevê que “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. É necessário ressaltar que “o interesse e a legitimidade são exigidos para qualquer postulação em juízo e não apenas para a propositura da demanda ou apresentação da respectiva defesa” (FREDIE DIDIER JR., 2020, p. 342).

Com relação ao interesse de agir, a jurisprudência pacificou o entendimento de que a ausência de prova do requerimento administrativo de fornecimento do medicamento, por si só, não conduz à falta de interesse processual do postulante, isso porque a Constituição Federal garante o livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). Nesse sentido, é o seguinte julgado do Eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO CÂNCER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO INCLUÍDO NO ROL DE PROCEDIMENTOS QUIMIOTERÁPICOS REGISTRADOS NO SUBSISTEMA APAC-SAI/SUS E NÃO CONSTANTE NO PROTOCOLO DE PADRONIZAÇÃO ADOTADO PELO HGB. UNACON. COISA JULGADA. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. 1. (...) **2. Não há falar em ausência de interesse de agir em razão da inexistência de requerimento administrativo e, por consequência, de resistência por parte dos réus. Isso porque, além de ter havido prévio requerimento direcionado à Central de Atendimento a demandas Judiciais - CADJ, a Constituição Federal garante o livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).** (...) 6. Remessa necessária provida. Prejudicada a apelação do Estado do Rio de Janeiro. (TRF-2 - APELREEX: 00033122920114025101 RJ 0003312-29.2011.4.02.5101, Relator: LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO, Data de Julgamento: 04/09/2015, 7ª TURMA ESPECIALIZADA)

Quanto à legitimidade ativa, no tema repetitivo 766, o STJ firmou o entendimento de que o Ministério Público também é parte legítima para requerer tratamento médico ou a entrega de medicamentos nas demandas propostas contra os entes federativos, em razão da questão envolver direitos individuais indisponíveis, nesses termos:

O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas

contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Tema repetitivo 766, REsp 1681690 / SP, RECURSO ESPECIAL, 2017/0160213-7, Ministro OG FERNANDES (1139), data do julgamento: 25/04/2018).

Por sua vez, em relação à legitimidade passiva, conforme já exposto, é pacífico na jurisprudência o entendimento de que a obrigação da União, dos Estados e dos Municípios, quanto ao dever fundamental de prestação de saúde, é solidária, de maneira que qualquer um dos referidos entes federativos pode figurar no polo passivo de demanda em que se objetiva o fornecimento ou custeio de medicamentos ou tratamento médico. Não há configuração de litisconsórcio necessário, sendo que a propositura da ação contra mais de um dos entes responsáveis pelo SUS forma mero litisconsórcio facultativo.

Deixo consignado que, nos termos da jurisprudência recente, apesar da responsabilidade solidária “nada impede que a obrigação seja direcionada a apenas um dos entes, que terá, ao seu turno, a possibilidade de ressarcimento em face dos demais devedores, nos termos da legislação administrativa aplicável ao caso”³².

Entretanto, há situações excepcionais nas quais a demanda deverá ser proposta em face de determinado ente federativo. É o caso, por exemplo, das ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, que deverão ser necessariamente propostas em face da União, de acordo com a tese fixada pelo STF:

- 1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
- 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
- 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de

³² EMENTA: SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. MULTA DIÁRIA. (...) Portanto, conforme exposto no início da fundamentação, está evidente a legitimidade passiva dos réus, bem como sua solidariedade no caso, de forma que não há como excluir nenhum deles da responsabilidade quanto à aquisição e pagamento do medicamento concedido judicialmente. **É bem verdade que este Tribunal já possui entendimento no sentido de que, em que pese à solidariedade alegada, nada impede que a obrigação seja direcionada a apenas um dos entes, que terá, ao seu turno, a possibilidade de ressarcimento em face dos demais devedores, nos termos da legislação administrativa aplicável ao caso. Trata-se de medida que visa auxiliar o andamento do feito, impedindo tumultos na efetivação da tutela, como, por exemplo, o cumprimento em duplicidade. Entretanto, tal medida é opção do magistrado, que objetiva conferir maior efetividade e agilidade ao comando judicial, sem jamais excluir a responsabilidade oriunda da solidariedade existente entre todos os entes federados.** (TRF4, AG 5036871-62.2018.4.04.0000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator JORGE ANTONIO MAURIQUE, juntado aos autos em 11/10/2018, grifo nosso).

medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União (tese fixada pelo STF no julgamento do RE 657.718/MG, de 22/05/2019).

Cumprе ressaltar que, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça³³, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, o chamamento ao processo da União, com base no art. 130 do CPC/2015, “não é impositivo, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde”.

Por fim, registre-se que apenas a União é a responsável financeira pelo custeio de tratamentos oncológicos, entretanto o fornecimento do medicamento e do serviço médico podem ser exigíveis solidariamente de qualquer dos entes políticos. Nesse sentido, é o julgado abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO. DEMONSTRAÇÃO DA (IM) PRESCINDIBILIDADE. BORTEZOMIBE. MIELOMA MÚLTIPLO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA TUTELA DE URGÊNCIA. 1. Na hipótese em tela, verifica-se a recomendação, pela CONITEC, da entrega da medicação pleiteada, pois há Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas para tratamento do mieloma múltiplo que inclui o medicamento BORTEZOMIBE dentre aqueles que podem ser empregados. Além disso, a prova pericial e documental produzida foi favorável à entrega do medicamento, podendo, portanto, ser judicialmente deferida a sua dispensação. 2. **A União é a responsável financeira pelo custeio de tratamentos oncológicos, nada obstante o fornecimento do medicamento e do serviço médico sejam exigíveis solidariamente de qualquer dos entes políticos. 3. Não obstante, não há qualquer**

³³ STJ - REsp 1203244/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/04/2014, DJe 17/06/2014.

urgência no estabelecimento da responsabilidade pelo ressarcimento das despesas com o tratamento, no atual estágio processual. (...)
(TRF-4 - AG: 50483432620194040000 5048343-26.2019.4.04.0000,
Relator: JULIO GUILHERME BEREZOSKI SCHATTSCHNEIDER, Data de
Julgamento: 18/03/2020, SEXTA TURMA, grifo nosso).

Assim, nota-se que as demandas referentes ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público apresentam controvérsias específicas da matéria quanto à legitimidade e ao interesse de agir. Entretanto, o STF, o STJ e os Tribunais Regionais Federais já pacificaram diversos entendimentos sobre o tema, que devem ser observados pelo magistrado competente no caso concreto.

4.2.2 Requisitos necessários para o fornecimento de medicamentos em tutela antecipada

Há muitas controvérsias em relação ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público em sede de tutela antecipada, em especial sobre a existência da probabilidade do direito, requisito previsto no art. 300 do CPC/2015.

Desse modo, passa-se ao exame dos principais entendimentos já pacificados pela jurisprudência, em especial pelo STF e STJ, acerca da matéria estudada. Ressalte-se que os referidos entendimentos fixam relevantes parâmetros tanto para a concessão de medicamentos em sede tutela antecipada quanto para as decisões finais de mérito.

De início, registre-se que sempre foram recorrentes os debates acerca da obrigatoriedade de fornecimento pelo Poder Público de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Em razão disso, no tema repetitivo 106, o STJ pacificou a controvérsia, estabelecendo os requisitos necessários para a sua concessão:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. (STJ, tese definida no acórdão dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/9/2018).

Da análise do julgado, observa-se que a necessidade do medicamento, deve ser devidamente comprovada através de laudo médico fundamentado e circunstanciado, que deve ser expedido pelo médico que assiste o paciente. Além disso, deve ser comprovada a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS.

Desse modo, na hipótese de fornecimento de medicamento “deve ser apreciado se existe omissão dos órgãos públicos quanto ao mal que acomete o requerente, e, caso existente o protocolo, se o requerente se submeteu ao tratamento previsto e oferecido pelos órgãos públicos”³⁴.

Quanto à questão, é necessário frisar que não há direito incondicionado ao melhor tratamento disponível no mercado, mas tão somente o direito a um tratamento adequado³⁵.

Além disso, no ordenamento jurídico brasileiro, também havia grande discussão acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo e eventual colisão com o princípio da reserva do possível. Isso porque a necessidade de previsão orçamentária é indicada, muitas vezes, como um limite à atuação do Estado para a efetivação de direitos sociais.

O STF entendia que, a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos

³⁴ CONSTITUCIONAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA NO MM. JUÍZO DE PISO - PRESENTES OS REQUISITOS PREVISTO NO ART. 300 DO NCP - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - PROVA DE GRAVIDADE DA DOENÇA E URGÊNCIA DO MEDICAMENTO - OMISSÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS NA SITUAÇÃO ESPECÍFICA DO AGRAVADO (...) **Na hipótese de fornecimento de medicamento deve ser apreciado se existe omissão dos órgãos públicos quanto ao mal que acomete o requerente, e, caso existente o protocolo, se o requerente se submeteu ao tratamento previsto e oferecido pelos órgãos públicos. Precedentes do Eg. STF. V (...) VI - Verifica-se a omissão dos órgãos públicos na hipótese, uma vez que a dosagem do medicamento disponibilizados pelo SUS não prevê a situação descrita em bula, confirmada pelo médico do SUS que assinou o laudo da Autora, e pelo parecer do NAT, que indica que alguns pacientes podem necessitar de um aumento na frequência da dose de manutenção do Adalimumabe 40 mg para uma vez por semana. VII - Agravo de Instrumento não provido. (TRF-2 - AG: 00103690220164020000 RJ 0010369-02.2016.4.02.0000, Relator: SERGIO SCHWAITZER, Data de Julgamento: 09/05/2017, 7ª TURMA ESPECIALIZADA).**

³⁵ AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO. DEMONSTRAÇÃO DA (IM) PRESCINDIBILIDADE. TRAMETINIB. DABRAFENIB. MELANOMA MALIGNO DE PELE. REQUISITOS DA TUTELA DE URGÊNCIA NÃO COMPROVADOS. 1. **Não há direito incondicionado ao melhor tratamento disponível no mercado. Há direito a um tratamento adequado, e, somente nos casos em que se verifique que a alternativa ao prestado no SUS é significativamente melhor, ou que o SUS se nega a qualquer tratamento, é que se pode exigir o custeio do Poder Público.** 2. Hipótese em que, embora possa haver “o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, não há evidência da “probabilidade do direito”, nos termos do artigo 300 do CPC. (TRF-4 - AG: 50425544620194040000, Relator: JULIO GUILHERME BEREZOSKI SCHATTSCHNEIDER, Data de Julgamento: 18/03/2020, SEXTA TURMA, grifo nosso).

custos dos direitos³⁶ não poderia ser invocada para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público (STF, *STA 223 AgR*, rel. min. Celso de Mello, j. 14-4-2008, P, *DJE* de 9-4-2014).

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em 11/03/2020, que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS). A repercussão geral reconhecida com mérito julgado é:

(...) em regra, o Estado não está obrigado a dispensar medicamento não constante de lista do Sistema Único de Saúde (SUS). (...) o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos arts. 1.649 a 1.710 do Código Civil (CC) e assegurado o direito de regresso (*RE 566.471*, rel. min. Marco Aurélio, j. 11-3-2020, P, *Informativo 969*, RG, Tema 6).

Vale ressaltar que as situações excepcionais ainda serão definidas na formulação da tese de repercussão geral (*Tema 6*). A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 566471 e atinge mais de 42 mil processos sobre mesmo tema (STF, 2020).

No caso da concessão de medicamentos em face do Poder Público, também há particularidades no que se refere à concretização da tutela antecipada. Desse modo, medidas específicas podem ser adotadas pelos magistrados, como, por exemplo, a adoção de contracautelas, com a finalidade de garantir o exato cumprimento da decisão judicial. As contracautelas asseguram que o medicamento seja efetivamente utilizado pelo paciente e para o fim a que se destina, evitando a hipótese de fraudes ou abusos.

As contracautelas podem ser aplicadas ainda que de ofício e definem como a medicação deve ser fornecida à parte requerente, assim como a responsabilidade pela aplicação do medicamento³⁷.

³⁶ A teoria dos custos dos direitos tem como base fundamental o entendimento de que todos os direitos, independentemente da classificação adotada, devem ser entendidos como positivos, pois, para que os mesmos possam ser exercidos com eficácia plena, necessitam do apoio financeiro oriundo do erário público.

³⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.

Além disso, para assegurar a efetividade da tutela antecipada, no tema repetitivo 98, o STJ sedimentou a possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) ao ente público, com o objetivo de compeli-lo a fornecer o medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros (REsp 1474665/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017).

Do mesmo modo, a tese fixada no tema repetitivo 84 do STJ (2017) já assegurava que, no caso do fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar as medidas eficazes à efetivação das suas decisões, “podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação” (REsp 1069810/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013).

O entendimento pacificado também está de acordo com o art. 297 do CPC/2015, o qual dispõe que o “juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”.

De fato, diante das particularidades do caso concreto, o Juiz deve adotar as medidas que considere necessárias para o efetivo cumprimento da decisão judicial e para a proteção do direito fundamental em questão. Isso porque em situações excepcionais, o Poder Judiciário “pode determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde” (STF, 2013).

Diante do exposto, verifica-se que os entendimentos já pacificados pelo STF e STJ fixam relevantes parâmetros para a concessão de medicamentos em sede tutela antecipada e desempenham um significativo papel na tomada de decisões pelo magistrado competente.

ONCOLÓGICO. TUTELA DE URGÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. SATISFATIVIDADE DA TUTELA. CONTRACAUTELAS. 1. É devida a prestação de medicamentos quando demonstrada a sua imprescindibilidade, advinda da necessidade e adequação conjugada com a ausência de alternativa terapêutica no SUS. 2. **Indispensável, em primeira linha, nos casos onde se pretende o fornecimento de fármaco oncológico, submissão do paciente a tratamento perante unidades de CACON ou UNACON, uma vez que o atendimento por estas não se resume a entrega do medicamento para a moléstia específica, mas o tratamento integral do paciente.** 3. Havendo elementos nos autos que evidenciem a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano, nos termos do artigo 300 do CPC/2015, deve ser mantida a decisão hostilizada que determinou o fornecimento de medicamento. 4. Não há falar em esgotamento do objeto da ação e irreversibilidade da medida como obstáculos insuperáveis à concessão da antecipação de tutela. Havendo a colisão de interesses, consoante o princípio da proporcionalidade, deve ser privilegiado aquele de maior valor, in casu, o direito fundamental à saúde. 5. **Nos casos de dispensação de medicamento, entendo que a adoção de medidas de contracautela são salutares a fim de garantir o exato cumprimento da decisão judicial e devem ser aplicadas mesmo de ofício** (TRF-4 - AG: 50233626420184040000 5023362-64.2018.4.04.0000, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 20/11/2018, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR).

5 CONCLUSÃO

Com a realização da presente pesquisa, pode-se verificar o regramento legal e as particularidades existentes em relação aos pedidos de fornecimentos de medicamentos formulados em face do Poder Público, em sede de tutela de urgência antecipada.

De início, foi consignado que há dois tipos de tutela jurisdicional: a provisória e a definitiva. A tutela definitiva é proferida mediante cognição exauriente e fundada num juízo de certeza. De modo diverso, a tutela provisória é aquela proferida mediante cognição sumária e baseada num juízo de probabilidade, sendo, posteriormente, substituída por um provimento judicial definitivo (tutela definitiva).

Foi esclarecido que a tutela provisória é um gênero que se divide em duas espécies: tutelas de urgência (cautelar e antecipada) e da evidência. De acordo com o art. 300 do CPC/2015, a tutela provisória de urgência exige a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (requisitos positivos).

Quanto à tutela de urgência de natureza antecipada (parte do objeto do presente estudo), foi consignado que o instituto se refere “a uma técnica processual de proteção direta, integral e imediata do direito material invocado, que se encontra em situação de urgência, por meio de uma decisão não resolutive do mérito” (MUNIZ FILHO, 2019, p.429).

Neste contexto, foi exposto que a tutela provisória de urgência antecipada pode ser concedida contra a Fazenda Pública³⁸, desde que observadas as ressalvas legais³⁹ referentes à questão. Além disso, foi apontado que a necessidade de trânsito em julgado para a expedição de precatório não atinge as imposições judiciais de obrigação de fazer (a exemplo do fornecimento de medicamentos em sede de tutela antecipada) ainda que possuam reflexo patrimonial.

Quanto ao conteúdo específico da pesquisa, foi destacado que o Direito à Saúde é um direito social, fundamental e indisponível garantido pela Constituição

³⁸ Fazenda Pública é a expressão utilizada pela legislação para designar a presença em juízo de pessoa jurídica de direito público interno, quais sejam: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias (inclusive as associações públicas) e as demais entidades de caráter público criadas por lei, conforme previsto no art. 41 do Código Civil.

³⁹ Vedações legais: i) a lei nº 8.437/92 que disciplina a concessão de medidas cautelares contra o Poder Público; (ii) Lei nº 9.494/97 que disciplina a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público; (iii) Lei nº 12.016/2009 que disciplina o mandado de segurança.

de 1988 e que “a judicialização da saúde torna-se relevante não apenas para o sistema de assistência à saúde, mas para o próprio Judiciário que tem que lidar com centenas de milhares de processos, vários dos quais sobre temas recorrentes e quase sempre contendo pedidos de antecipação de tutela ou liminares” (MELO e HERCULANO, 2019).

De fato, nas demandas relacionadas à saúde, é comum o pedido de tutela de urgência com a finalidade de proteção imediata do direito subjetivo da parte demandante. Desse modo, com a finalidade de auxiliar os magistrados na tomada de decisões referentes ao Direito à Saúde, diversos instrumentos foram gradativamente adotados pelo Poder Judiciário brasileiro, especialmente pelo Conselho Nacional de Justiça, entre eles: os Comitês Estaduais de Saúde, o NAT-JUS, o Sistema e-NATJus e o NAT-JUS Nacional.

Nesse ponto, foi ressaltada a importância do sistema e-NATJus. Com o sistema e-NATJus, o magistrado pode decidir o pedido de tutela de urgência com base em um parecer técnico e não apenas com base nas alegações do demandante. A finalidade do sistema é reduzir a possibilidade de decisões judiciais conflitantes em temas relacionados a medicamentos e tratamentos, capaz de concentrar em um único banco de dados notas técnicas e pareceres técnicos a respeito dos medicamentos e procedimentos.

Assim, diante da importância do bem fundamental a ser protegido (direito à saúde) e da presença do ente público no polo passivo da demanda (interesse coletivo), ao decidir os pedidos de fornecimento de medicamentos, em sede de tutela antecipada, o magistrado competente pode se valer dos pareceres técnicos emitidos pelos órgãos e sistemas competentes (o NAT-JUS, o NAT-JUS Nacional e o Sistema e-NATJus) e deve observar os requisitos legais e os parâmetros já fixados pela jurisprudência, em especial, as teses fixadas pelo STF e pelo STJ.

REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. Poder Público em Juízo – 7. ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2017.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20/10/2019.

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20/10/2019.

- _____. Conselho Nacional de Justiça. NAT-JUS Nacional. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude-3/nat-jus-nacional/>>. Acesso em 12/04/2020.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Pedidos urgentes de remédios à Justiça passarão por análise de médicos. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pedidos-urgentes-de-remedios-a-justica-passarao-por-analise-de-medicos/>>. Acesso em 25/05/2020.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Plataforma do CNJ emite 1 mil pareceres médicos a casos urgentes – CNJ – 05/02/2020. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/plataforma-do-cnj-emite-1-mil-pareceres-medicos-casos-urgentes-cnj-52/>>. Acesso em 20/05/2020.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Sistema e-NATJus. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude-3/e-natjus/>>. Acesso em 12/04/2020.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26/10/2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1770780 PB 2018/0254310-1. Segunda Turma. Rel.: Ministro HERMAN BENJAMIN. Data de Publicação: 12/03/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686389547/recurso-especial-resp-1770780-pb-2018-0254310-1?ref=serp>>. Acesso em 04 de março de 2020.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção define requisitos para fornecimento de remédios fora da lista do SUS. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-04-25_12-20_Primeira-Secao-define-requisitos-para-fornecimento-de-remedios-fora-da-lista-do-SUS.aspx>. Acesso em 06 de março de 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Decisão do STF desobriga Estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>>. Acesso em 22 de abril de 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N>>. Acesso em 20 de abril de 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RE 668.722 AgR., Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/08/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em 04 de abril de 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. REsp: 1770780 PB 2018/0254310-1. RE: 705900 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 10/06/2014, Primeira Turma. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25213769/agreg-no-recurso-extraordinario-re-705900-rs-stf?ref=serp>>. Acesso em 04 de abril de 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. STA 223 AgR., Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 14/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo740.htm>>. Acesso em 04 de abril de 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AG: 00103690220164020000 RJ, Relator Sergio Schwaitzer, data de julgamento: 09/05/2017, 7ª Turma Especializada. Disponível em <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505573819/agravo-de-instrumento-ag-103690220164020000-rj-0010369-0220164020000?ref=serp>>. Acesso em 15 de maio. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. APELREEX: 00033122920114025101, Relator Des. Luiz Paulo da Silva Araujo Filho, data de julgamento: 04/09/2015, 7ª Turma Especializada. Disponível em <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/851912523/apelacao-reexame-necessario-apelreex-33122920114025101-rj-0003312-2920114025101?ref=serp>>. Acesso em 20 de maio. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Cômite Estadual de Saúde do Rio: Histórico. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/>>. Acesso em 15 de abril de 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Histórico do NAT. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/natjus/historico/#:~:text=O%20N%C3%BAcleo%20de%20Assessoria%20T%C3%A9cnica,retrovirais%20para%20tratamento%20da%20AIDS>>. Acesso em 20 de maio de 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AG: 50233626420184040000, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 20/11/2018, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR). Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/650922521/agravo-de-instrumento-ag50233626420184040000-5023362-6420184040000?ref=serp>>. Acesso em 22 de maio. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AG: 50483432620194040000, Relator Julio Guilherme Berezoski Schattschneider, data de julgamento: 18/03/2020, 6ª Turma. Disponível em <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/823488805/agravo-de-instrumento-ag-50483432620194040000-5048343-2620194040000/inteiro-teor-823488895?ref=juris-tabs>>. Acesso em 22 de maio. 2020.

COSTA, Adriano Soares da. Estabilização da tutela de urgência. In: DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). Coleção grandes temas do novo CPC, v.6: Tutela Provisória. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações. Disponível em: <http://www.saude.mppr.mp.br/arquivos/File/dengue/dengue_amparo_legal_web.pdf>. Acesso em: 02/04/2020.

GOMES, Flávio Marcelo. Tutelas de Urgência e demandas de saúde. Disponível em: <https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_22.pdf>. Acesso em: 10/04/2020.

LEMOS, Vinícius Silva. A necessidade de separação da tutela provisória antecipada antecedente em duas espécies diferentes. In: DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). Coleção grandes temas do novo CPC, v.6: Tutela Provisória. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2018.

- MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir Camimura. Conselho Nacional de Justiça. CNJ: Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>>. Acesso em 07 de abril de 2020.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pela CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. In: DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). Coleção grandes temas do novo CPC, v.6: Tutela Provisória. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2018.
- MONTENEGRO, Carlos Manuel; MELO, Jeserson. Conselho Nacional de Justiça. Plataforma do CNJ emite 1 mil pareceres médicos a casos urgentes. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/plataforma-do-cnj-emite-1-mil-pareceres-medicos-a-casos-urgentes/>>. Acesso em 08 de abril de 2020.
- MUNIZ FILHO, José Humberto Pereira; GUIMARÃES, Daniel Miaja Simões. Tutela de Urgência Antecipada: um ensaio topográfico sobre sua satisfação. In: DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). Coleção grandes temas do novo CPC, v.6: Tutela Provisória. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2019, p. 429.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- SCHULZE, Jair Clenio. E-Natjus Nacional e a Nova Judicialização da Saúde. Disponível em: < <https://emporiododireito.com.br/leitura/e-natjus-nacional-e-a-nova-judicializacao-da-saude>>. Acesso em: 23/05/2020.

A VERTENTE TEOLÓGICA DO JUSNATURALISMO

Reis Friede¹

Resumo: o debate que envolve o Jurnaturalismo e o Juspositivismo tem inspirado as reflexões de juristas e filósofos. Muito embora se possa afirmar que grande parte das históricas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem inúmeros aspectos que merecem uma dedicação acadêmica. Não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do assunto, o passar dos séculos demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática ora desenvolvida. Deste modo, o presente artigo discorre sobre as características do denominado Jurnaturalismo Teológico (ou Medieval).

Palavras-chave: Direito Natural. Jurnaturalismo Teológico. Juspositivismo.

Abstract: The debate regarding Jurnaturalism and Juspositivism has been inspiring the reflections of jurists and philosophers for a long time. Although it may be affirmed that a great deal of the historical controversies associated to the confrontation between the Positive Law and Natural Law has already been overcome, there are numerous aspects which deserve an academic dedication. Notwithstanding divergent opinions, which struggle for the theoretical weakening of the subject, the passing of the centuries demonstrates precisely the opposite, given that it could not eliminate the esteem of the thinkers for the subject in discussion. Therefore, the current work analyses the characteristics of the so-called Theological (or Medieval) Jurnaturalism.

Keywords: Natural Law. Theological Jurnaturalism. Juspositivism.

¹ Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . E-mail: reisfriede@hotmail.com .

1. UMA INTRODUÇÃO À CLÁSSICA DICOTOMIA

A questão que envolve os denominados *Jusnaturalismo* e *Juspositivismo* (e seus respectivos contrastes teóricos) tem inspirado, ao longo do tempo, as reflexões de juristas e filósofos. Muito embora se possa afirmar, com relativa segurança, que grande parte das históricas e antigas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem, ainda, inúmeros aspectos teóricos que merecem uma dedicação acadêmica por parte de qualquer escrito que se disponha a abordar este assunto.

Assim, não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do tema vertente, o passar dos séculos, desde a Antiguidade Clássica, transitando pela Idade Média e chegando até a quadra atual, demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática que se pretende desenvolver no presente texto, dado historicamente concreto que revela a própria tensão conceitual (e concernentes desdobramentos) que existe entre ambos os fenômenos. FERRAZ JR. (2015, p. 134-135), por exemplo, ao mesmo tempo em que afirma ter havido a *trivialização* dos direitos naturais, reconhece, por outro lado, a sua importância para a Filosofia do Direito:

“Essa autonomia do direito natural em face da moral e sua superioridade diante do direito positivo marcou, propriamente, o início da filosofia do direito como disciplina jurídica autônoma. Isso foi assim até as primeiras décadas do século XIX. Depois, a disciplina sofre um declínio que acompanha o declínio da própria ideia de direito natural. No final daquele século, a disciplina reaparece, ganha força nas primeiras décadas do século XX. A reflexão sobre o direito natural toma novos rumos, e a noção readquire sua importância. Na ciência dogmática do direito, porém, embora a ideia esteja até hoje sempre presente (por exemplo, na fundamentação do direito subjetivo na liberdade), a dicotomia, como instrumento operacional, isto é, como técnica para a descrição e classificação de situações jurídicas normativamente decidíveis, perdeu força. Sua importância mantém-se mais nas discussões sobre a política jurídica, na defesa dos direitos fundamentais do homem, como meio de argumentação contra a ingerência avassaladora do Estado na vida privada ou como freio às diferentes formas de totalitarismo.

Uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Essa promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas postas na Constituição, de algum modo 'positivou-o'. E, depois, a proliferação dos direitos fundamentais, a princípio, conjunto de supremos direitos individuais e, posteriormente, de direitos sociais, políticos, econômicos aos quais se acrescem hoje direitos ecológicos, direitos especiais das crianças, das mulheres etc. provocou, progressivamente, sua trivialização. Uma coisa se torna trivial quando perdemos a capacidade de diferenciá-la e avaliá-la, quando ela se torna tão comum que passamos a conviver com ela sem nos apercebermos disso, gerando, portanto, alta indiferença em face das diferenças (cf. LUHMANN, 1972, v. 2:255).

Essa trivialização dos direitos fundamentais foi precedida pela trivialização do próprio direito natural. Quando todo o direito passou a ser logicamente redutível a direitos naturais, a noção perdeu força comunicacional, sua relevância foi ficando amortecida e gerou até descrédito. Assim, a distinção entre direito natural (direito à vida, à saúde, à liberdade etc.) e direito positivo foi, primeiro, esmaecida pela distinção entre direitos fundamentais constitucionais e demais direitos e, depois, com a trivialização dos constitucionais, a positivação acabou por tomar conta do raciocínio dogmático sobre o direito natural, confundido com um conjunto de normas naturais-rationais (FERRAZ JR., 1990:99).

Não obstante, o tema dos direitos naturais é ainda hoje importante para a filosofia do direito." (FERRAZ JR., 2015, p. 134-135)

De qualquer forma, trata-se, inegavelmente, de um dos grandes debates da Filosofia do Direito, a responsável por refletir "sobre o Direito e seus postulados, com o objetivo de formular o conceito do *jus* e de analisar as instituições jurídicas no plano do *dever-ser*, levando-se em consideração a condição humana, a realidade objetiva e os valores justiça e segurança" (NADER, 2017, p. 5).

"A ideia de Direito Natural representa uma das constantes do pensamento do Ocidente. Alteram-se os sistemas, mudam-se as doutrinas e os regimes políticos, e nem bem se proclama que ele está morto, definitivamente morto, ressurgue das cinzas com renovada vitalidade. Pode-se contestar-lhe a existência como um Direito distinto

do Direito Positivo, mas o que se não pode negar é o papel que a sua ideia, ainda que ilusória, tem exercido e continua exercendo no desenvolvimento da experiência jurídica, atuando ora como força revolucionária, ora como fator de declarado conservantismo, tal a paradoxal pluralidade de seu significado.

Quer sirva ao pessimismo de HOBBS para legitimar a doutrina da monarquia absoluta, ou a ROUSSEAU para conceber uma democracia radical, fundada na doutrina otimista da bondade natural dos homens; ou, então, para inspirar solenes Declarações de Direito dos indivíduos e dos povos, o certo é que o Direito Natural espelha as esperanças e as exigências da espécie humana, jamais conformada com as asperezas da lei positiva, no processo dramático da história.” (REALE, 2002, p. 313)

MASCARO (2015, p. 52), ao afirmar que “os variados caminhos da compreensão do Direito são também perspectivas teóricas que refletem posições políticas práticas do jurista em face da realidade jurídica e social”, demonstra, nitidamente, a atualidade do debate em torno do Jusnaturalismo e do Juspositivismo.

“O juspositivismo é uma perspectiva própria dos que assumem uma posição social e política conservadora. Como a reprodução da sociedade capitalista contemporânea se funda também por meio do próprio direito positivo, considerá-lo o horizonte único da análise jurídica é manter exatamente a mesma estrutura que dá lastro à exploração social do presente. As perspectivas não juspositivistas, e em especial a visão crítica, permitem desmontar o maquinário das estruturas jurídicas e sociais, fazendo com que o jurista assuma uma posição crítica, transformadora, em face dessa realidade. Os pensamentos conservadores têm mais aderência a caminhos juspositivistas. Os pensamentos progressistas e transformadores, tendo por base a realidade efetiva das estruturas sociais, trilham caminhos de compreensão do direito críticos.” (MASCARO, 2015, p. 52)

Como será abordado ao longo da digressão, o assunto ora introduzido apresenta, como um de seus aspectos fundamentais, um embate quanto à relação entre a moral e o Direito (ou vice-versa). Em termos genéricos e meramente introdutórios, a doutrina, ao aludir à clássica dicotomia em exame, afirma que o Direito Natural, em contraposição ao Direito Positivo, tem sido conceituado, contemporaneamente, como um conjunto de princípios de caráter universal, permanente e imutável. HANS KELSEN, por exemplo, um dos mais importantes juspositivistas, assevera que a doutrina do Direito Natural é caracterizada por ser *idealista-dualista*, na exata medida em que assenta, ao lado do Direito Positivo

(direito real, mutável e posto pelo homem), um direito ideal, imutável e natural (o Direito Natural). Desta forma, em tal argumento kelseniano, a natureza (em geral) ou a natureza (em particular) do homem funciona como uma autêntica autoridade normativa (autoridade legiferante), de modo que aquele que observa os preceitos naturais atua de maneira justa, sendo que tais preceitos (isto é, as normas de conduta justa) são imanentes à natureza, e, por conseguinte, imutáveis, em contraste com as normas pertinentes ao Direito Positivo, que procedem da vontade humana e são mutáveis (KELSEN, 1996, p. 53).

Ademais, assevera-se que o Direito Natural, cujo fundamento (conforme a concepção que se adote) seria a *natureza das coisas* (Jusnaturalismo Cosmológico), a *vontade divina* (Jusnaturalismo Teológico) ou a *razão humana* (Jusnaturalismo Racional), seria válido por si mesmo e legitimado por uma ética superior à própria normatividade do Estado, incidindo no espaço social como um todo, independentemente do lugar (*universalidade*), não sendo tal validade, por conseguinte, afetada por qualquer lei; em contraposição, o Direito Positivo (enquanto obra humana) seria produto histórico de uma sociedade, vigendo, portanto, em espaços geográficos determinados (ou determináveis), podendo perder o respectivo sentido de validade por decisão política do próprio Estado.

2. A EQUIVOCIDADE DA LOCUÇÃO DIREITO NATURAL

SGARBI esclarece que, tendo em vista “as variadas elaborações sobre a natureza do Direito Natural”, preferível seria empregar-se o termo *jusnaturalismos* (no plural), ao invés de *jusnaturalismo* (no singular), reconhecendo, em sequência, que os próprios autores, de um modo geral, optam pelo emprego da expressão (singularizada) *Direito Natural*, o que não afasta a ambiguidade que lhe é imamente.

“Como ‘direito’, o ‘direito natural’ possui, pelo menos, duas acepções usuais: (1) a de ser uma ‘teoria’; e (2) a de ‘resultado’ da teoria. Porque o ‘direito’ natural é tanto uma forma de entender o fenômeno jurídico, enfim, uma construção teórica, quanto o resultado da especulação dessa construção, isto é, um conjunto de princípios ético-sociais. Ou seja, está-se afirmando que o sentido primeiro de direito natural é de uma postura ‘epistemológica’, portanto ele não se encontra no mesmo patamar que o direito elaborado pelo legislador (como, aliás, ocorre com a ‘teoria’ do direito ‘positivo’ em relação ao ‘direito positivo ou posto’, produto de atos das autoridades normativas). Por isso ser melhor

reservar a expressão 'doutrina do direito natural' para designar a 'teoria' e a expressão 'direito natural' para o resultado do processo especulativo da 'teoria', mesmo que seja este resultado um conjunto de resultados, isto é, especulações muito diversas e historicamente constatáveis que desempenham o objetivo de serem orientadores da conduta frente ao direito legislado." (SGARBI, 2007, p. 692-693)

Não obstante a advertência semântica acima anotada por SGARBI, os escritos que se propõem a analisar o tema em questão frequentemente utilizam o termo *Jusnaturalismo* e a expressão *Direito Natural* como sinônimos, exatamente como se procederá na presente abordagem.

3. A POLÊMICA TEMÁTICA E AS RESPECTIVAS VERTENTES JUSNATURALISTAS

Como se não bastasse a equivocidade inerente à própria expressão *Direito Natural*, conforme registrado oportunamente por SGARBI, a doutrina aponta, ainda, uma série de concepções que surgiram ao longo do tempo com o fim de justificar a existência de direitos naturais. Neste sentido, WOLKMER (1989, p. 124) assevera que "o jusnaturalismo, que reivindica a existência de uma lei natural, eterna e imutável, distinta do sistema normativo fixado por um poder institucionalizado (Direito Positivo), engloba as mais amplas manifestações do idealismo", concepções que podem ser traduzidas na "crença de um preceito superior advindo da *ordem natural das coisas*, da *vontade divina* ou mesmo da *consciência* e da *razão do homem*", a revelar os próprios fundamentos históricos do Jusnaturalismo. Tal multiplicidade de fundamentos inerentes ao Jusnaturalismo (a *natureza das coisas*, a *vontade divina*, a *razão humana*) reflete a própria polêmica que sempre abarcou o tema em epígrafe.

BITTAR, situando o presente assunto na história do pensamento jusfilosófico, apresenta a seguinte sinopse, desde a Grécia Antiga à Idade Moderna:

"A discussão do tema não é uma inovação nos meandros teóricos do Direito. Pode-se mesmo dizer que a sede dessas discussões já se encontra entre os pensadores gregos, sobretudo a partir dos sofistas e de SÓCRATES (séc. V a.C.), que haviam detectado a origem da discussão na oposição entre *nómos* e *phýsis*, oposição que somente tomou proporções cada vez mais significativas na literatura filosófica após o advento de PLATÃO e ARISTÓTELES (séc. IV a.C.). Por sua vez, os romanos sediavam a discussão na oposição entre *ius gentium* e *ius civile* (séc. II

a.C. a II d.C.), sendo que os medievais (SANTO AGOSTINHO, ABELARDO, SÃO TOMÁS DE AQUINO) somente trouxeram diferenciais religiosos para esses conhecidos conceitos por meio da ideia da existência da *lex divina* (séc. V a XII d.C.) [...]. Com GROTIUS (séc. XVII d.C.), com seus contemporâneos e com a tradição posterior (MAQUIAVEL, JEAN BODIN, HUGO GRÓCIO, THOMAS HOBBS, JEAN-JACQUES ROUSSEAU, JOHN LOCKE, SPINOZA, PUFENDORF), o racionalismo moderno universaliza a razão humana e encontra os fundamentos para a discussão do tema secularizando a noção de direitos fundamentais eternos, naturais e imutáveis, cuja primeira consagração se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Desde esse período, a questão passa a se tornar ingrediente indispensável de toda a busca jusfilosófica, não deixando mais de se encontrar nos manuais de filosofia do direito como página indispensável de reflexão (cf. BOBBIO, 1995, p. 15-23).” (BITTAR, 2001, p. 183-184)

Ainda no âmbito de um preliminar exame histórico sobre o tema, BUGALLO, sinteticamente, observa que o Jusnaturalismo e respectivas sustentações teóricas acompanham “as nuances da cultura ocidental”:

“Surgiu na civilização greco-romana como elemento integrante e resultado de concepções mítico-religiosas, adquiriu consistência com as concepções filosóficas, teve grande repercussão política com SÓCRATES e os sofistas, aperfeiçoou-se no período sistemático, polarizado em PLATÃO e ARISTÓTELES e projetou-se no período heleno-romano, especialmente através do epicurismo e estoicismo. Consolidou-se na Baixa Idade Média, tanto no apogeu da Escolástica, com TOMÁS DE AQUINO, BOAVENTURA e J. DUNS SCOTO (séc. XIII), quanto na decadência (séc. XIV/XV), com GUILHERME DE OCKAM. Mesmo antes do surgimento da Escolástica, merece destaque AGOSTINHO DE HIPONA, não só em razão da teoria do Direito Natural, quanto, sobretudo, da teoria do poder.” (BUGALLO, 2009, p. 3)

De acordo com BITTAR (2001, p. 184), independentemente de sua longevidade histórica, o debate a respeito da “noção de Direito Natural deve reavivar o que há de nuclear em sua definição, ou seja, a ideia de natureza”, aduzindo o autor que a “perda da semântica do termo *natureza*, incorporado que foi no bojo da expressão Direito Natural, provocou a erosão do valor que se agrega e que se carrega no mesmo”. Ao discorrer sobre tal problema de ordem semântica, e resumindo as diversas concepções jusnaturalistas forjadas ao longo dos tempos, BITTAR assinala que “os direitos, conforme o entendimento e a significação da palavra *natureza*, decorreriam ou da própria constituição do *mundo natural* [...], ou da

natureza racional do homem [...], ou da natureza sociopolítica humana [...]”, dando margem ao surgimento de diversos modelos de Jusnaturalismo (2001, p. 185).

3.1. O Jusnaturalismo Medieval (ou Teológico)

A dimensão *teológica* é a marca que caracteriza o Jusnaturalismo na quadra medieval, através da qual se opera a fundamentação divina dos direitos naturais. Em tal momento histórico, “sob o império da *patristica* ou da *escolástica*, a teoria jusnaturalista apresentava conteúdo teológico, pois os fundamentos do Direito Natural eram a inteligência e a vontade divinas, devido ao fato de a sociedade estarem marcadas pela vigência de um credo religioso e pelo predomínio da fé” (DINIZ, 2000, p. 36). Assim, diversamente do que ocorreu no pensamento grego, o Direito Natural, no bojo da Idade Média, passa a encontrar fundamento na *origem divina*, vale dizer, na *vontade de Deus*, vertente que restou conhecida como *Jusnaturalismo Teológico*, explicada por SOARES:

“O jusnaturalismo teológico se consolida enquanto doutrina jusfilosófica na Idade Média, sob a decisiva influência do cristianismo. A doutrina cristã veio introduzir novas dimensões ao problema da justiça. [...] tratando-se de uma concepção religiosa de justiça, deve-se dizer que a justiça humana é identificada como uma justiça transitória e sujeita ao poder temporal. Para o cristianismo, não é nela que reside necessariamente a verdade, mas na lei de Deus, que age de modo absoluto, eterno e imutável.

Com o advento do cristianismo, ocorreu uma verdadeira revolução da subjetividade, prevalecendo a atitude ou a disposição de ser justo sobre a aspiração de ter uma ideia precisa de justiça. Continua esta, porém, a ser vista em um quadro superior de ideias, já agora subordinado a uma visão teológica, a partir do princípio de um Deus criador, do qual emana a harmonia do universo.

Na Idade Média, o jusnaturalismo apresentava um conteúdo teológico, pois os fundamentos do direito natural eram a inteligência e a vontade divina, pela vigência do credo religioso e o predomínio da fé. Os princípios imutáveis e universais do direito natural podiam ser sintetizados na fórmula segundo a qual o bem deve ser feito, daí advindo os deveres dos homens para consigo mesmos, para com os outros homens e para com Deus. As demais normas, construídas pelos legisladores, seriam aplicações destes princípios às contingências

da vida, v.g, do princípio jusnatural de que o homem não deve lesar o próximo, decorreria a norma positivada que veda os atos ilícitos. Segundo o jusnaturalismo teológico, o fundamento dos direitos naturais seria a vontade de Deus: o direito positivo deveria estar em consonância com as exigências perenes e imutáveis da divindade.” (SOARES, 2013, p. 143)

3.1.1. O Jusnaturalismo em Santo Agostinho

Argumentam BITTAR e ALMEIDA (2011, p. 208) que, “tendo em vista a difusão da filosofia e a expansão de seus postulados na história do pensamento”, é possível afirmar que “a maior contribuição para a formação do pensamento medieval não foi romana, mas grega”, sendo lícito concluir, ademais, que foi justamente da “síntese e da conciliação dos postulados religiosos com os postulados gregos que se iniciaram diversas correntes do pensamento no Medievo”.

Com efeito, no que se refere ao Jusnaturalismo Medieval, cabe destacar, de início, a influência advinda de SANTO AGOSTINHO (354-430), Bispo de Hipona, cujo pensamento filosófico, vasto e profundo, influenciou sobremaneira a cultura ocidental, configurando, como dito acima, uma autêntica sinopse entre a filosofia grega (mormente a de PLATÃO) e o Cristianismo, representando, outrossim, “uma síntese positiva entre religião e filosofia”, dado que se constata, principalmente, em duas obras agostinianas (*Confissões* e *A Cidade de Deus*), consoante assevera CASTILHO (2017, p. 63).

Quanto aos temas que permearam as cogitações teóricas de AGOSTINHO, MARCONDES e STRUCHINER aludem que o “problema da natureza humana e do caráter inato da virtude, a origem do Mal, o conceito de felicidade, a liberdade e a possibilidade de agir de forma ética” conformam, em síntese, as principais questões éticas (herdadas da filosofia grega e pensadas a partir dos ensinamentos do Cristianismo) que receberam as reflexões de AGOSTINHO:

“A doutrina cristã fornece as chaves para a solução dessas questões: a origem da virtude na natureza humana criada por Deus, a queda e o pecado original como explicações das falhas humanas, a graça divina como possibilidade de redenção e alcance da felicidade na vida eterna, e o livre-arbítrio ou liberdade individual concedido ao ser humano por Deus, que torna os indivíduos responsáveis por seus atos.

Dentre as questões centrais da ética agostiniana, que marcam as principais doutrinas éticas na tradição cristã até hoje, selecionamos duas. A primeira é o problema da origem do Mal, de grande importância para a época de AGOSTINHO. Se o Deus criador é o Ser Perfeito e possui entre os seus atributos a Suprema Bondade, identificada de certa maneira com a Forma do Bem platônica [...], como é possível a existência do Mal? Teria o Deus sumamente criado o mal? A doutrina maniqueísta, muito forte naquele período, defendia a existência de dois princípios equivalentes, o Bem e o Mal, em luta permanente, com uma tendência de identificação de ambos com Deus e o Demônio, respectivamente. SANTO AGOSTINHO, inspirado em PLATÃO, defende que só o Bem existe, sendo o Mal apenas a ausência, ou privação, do Bem. Deus, o Ser Perfeito, é sumamente Bom, mas os seres criados, inferiores na ordem do Ser, são imperfeitos e finitos, perecíveis. Daí se origina o Mal como falha, imperfeição. Esta é a solução ontológica, e também teológica, para o problema da existência ou da realidade do Mal.

A segunda grande questão está relacionada à primeira e diz respeito à liberdade humana. Se a natureza humana é marcada pelo pecado original, a imperfeição originada na fraqueza de ADÃO, e faz com que o ser humano esteja sujeito à tentação e aja contrariamente à lei moral, então haveria um determinismo que tornaria inevitável o pecado e, por conseguinte, a ação antiética. Paradoxalmente, os indivíduos não seriam, em última análise, responsáveis por seus atos, já que são levados ao pecado pela própria falha de sua natureza humana. Neste sentido, não teriam o domínio de suas ações, pois suas atitudes seriam determinadas por esta falha. O ser humano é, assim, compelido a agir contrariamente à ética. Se sua ação é determinada e ele é compelido, então não tem escolha ou liberdade e, portanto, não estaria verdadeiramente pecando. O livre-arbítrio, ou liberdade individual, é, segundo SANTO AGOSTINHO, a característica do ser humano que o torna responsável por suas escolhas e decisões. Por isso, pode-se agir de forma ética ou não. O pecado, ou o mal moral, resulta assim de uma escolha. A possibilidade de escolher nos é dada por Deus para que cada um seja responsável por seus atos, sejam eles errados ou corretos." (MARCONDES e STRUCHINER, 2007, p. 50-51)

A leitura da obra de SANTO AGOSTINHO permite extrair preciosos elementos para a exegese da relação entre Estado e Igreja, dos fundamentos do Direito Natural e do Direito Positivo e da questão pertinente à legitimidade dos governantes (WOLKMER, 2001).

Retratando tal relação, e discorrendo sobre as particularidades do Direito Natural sob a ótica agostiniana, MORRISON (2012, p. 72-73) afirma que, para AGOSTINHO, o Direito Natural é a “porção intelectual do homem na verdade de Deus, ou na lei eterna de Deus”. Interpretada como a “razão e a vontade do Deus cristão”, a “lei eterna tornou-se a divina razão, a vontade de Deus que controla a observância da ordem natural das coisas”. Assim, a “lei eterna é a razão de Deus no comando da regularidade”, sendo a apreensão intelectual humana dos princípios eternos do chamado Direito Natural. Com efeito, para SANTO AGOSTINHO, as leis criadas pelo Estado (vale dizer, as leis temporais), para serem consideradas justas, “devem estar de acordo com o princípio do Direito Natural, que, por sua vez, deriva do direito eterno”. De fato, AGOSTINHO acreditava que a “realidade da justiça de Deus devia ser encontrada na estrutura da natureza humana em sua relação com Deus”; diante de tal perspectiva, a justiça, portanto, não era uma resultante da opinião pessoal do homem, mas, sim, “alguma coisa inculcada por um certo poder inato”, padrão este que, uma vez adotado, “significava impor pesadas limitações morais ao poder político”.

“De fato, argumentava SANTO AGOSTINHO, se as leis do Estado não estiverem em harmonia com o direito e a justiça naturais, não terão o caráter de verdadeiras leis nem haverá, no caso, um Estado verdadeiro. Uma vez que ele define uma comunidade como um Estado do povo, ‘não haverá povo se este não estiver unido por um consenso do direito; tampouco haverá direito que não esteja fundamentado na justiça. Segue-se daí que, onde não houver justiça, não haverá comunidade’. Desse modo, SANTO AGOSTINHO parece ter encontrado sua resposta para a questão de um conceito crítico e investigativo para investigar a ordem jurídica convencional. A ordem jurídica deve ter uma base, e essa base não pode ser o processo em si; a mera criação do direito através dos órgãos do Estado não pode significar que eles sejam justos. Essa qualidade de justa deve vir de algum outro ato: aqui, está em conformidade com a origem última da verdade, a vontade de Deus.” (MORRISON, 2012, p. 73)

No que concerne particularmente à concepção de justiça, MORRISON (2012, p. 73) relata que, para AGOSTINHO, a “relação fundamental na justiça não é aquela que se dá entre homem e homem, mas, sim, entre o homem e Deus”, de modo que a “justiça coletiva é impossível sem a justiça individual da relação com Deus”, pois “se essa justiça não for encontrada em um homem, tão pouco poderemos encontrar em uma multidão”. Fica evidente, pois, que SANTO AGOSTINHO elevou

a Igreja e a religião a um patamar de superioridade em relação ao próprio Estado, considerado pelo culto pensador de Hipona como um “produto da condição pecaminosa do homem”, razão pela qual deve haver um “órgão de controle”; não obstante, SANTO AGOSTINHO “não admite que o princípio da *força* seja superior ao princípio do *amor*”:

“Para o Santo, a base da sociedade ideal é a fé e o ‘sólido consenso’ que se verificam quando o objeto do amor é o bem universal que, em sua natureza mais excelsa e verdadeira, é o próprio Deus, e onde os homens se amam uns aos outros com absoluta sinceridade em sua confiança em Deus. O fundamento desse amor social é o ‘amor daquele a cujos olhos é impossível ocultar o espírito do amor’. O Estado temporal ainda tem uma função (ainda que sua força não se equipare ao poder criador do amor), pois a ação do Estado pode, ou menos, atenuar alguns males: ‘quando o poder de ferir é tirado dos que praticam o mal, eles se comportarão melhor se forem reprimidos [...] o Estado não terá sido criado em vão’. Contudo, o Estado que usasse sua força coercitiva para fazer cumprir as leis sem justiça seria a manifestação empírica de um Estado imperfeito.” (MORRISON, 2012, p. 73-74)

Para SANTO AGOSTINHO, a *justiça humana* é aquela que se realiza *inter omnes*, tendo como fonte a *lei humana*, responsável por comandar o comportamento do homem em relação aos outros homens e com o que o cerca. Por seu turno, a *justiça divina* é aquela que a tudo governa, e que se baseia na *lei divina* (caracterizada por ser absoluta, imutável, perfeita, infalível e infinitamente boa e justa), que é aquela exercida sem condições temporais para sua execução, não se sujeitando ao relativismo sociocultural que marca as diferenças legislativas entre os povos, civilizações e culturas diversas. Desta feita, se “a lei humana se encontra desenraizada de sua origem, seu destino só pode ser o erro e o mau governo das coisas humanas”; ao contrário, se “a lei humana se aproxima da fonte de inspiração que está a governar o coração humano (lei divina), então as instituições humanas passam a representar um avanço em direção do que é absolutamente verdadeiro, bom, imperecível e eterno”. Tal raciocínio dicotômico a respeito do tema *justiça*, segundo alguns autores, revela nitidamente a influência que o dualismo platônico (*lei eterna – lei temporal; lei divina – lei humana; corpo – alma; terreno – divino; mutável – imutável; perfeito – imperfeito; relativo – absoluto*, etc.) exerceu sobre a filosofia agostiniana (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 214-215).

Desta feita, para AGOSTINHO, a função do Estado seria controlar o povo, impedindo, portanto, que este caísse em tentações e pecados. Na obra *A Cidade de*

Deus, AGOSTINHO vislumbra uma comunidade absolutamente regida de acordo com as leis divinas, vale dizer, livre do pecado. Nota-se, nitidamente, a primazia conferida ao poder espiritual sobre o poder humano, pensamento que, a toda evidência, ensejou conflitos entre Papas e Reis, mormente se considerarmos que, segundo a concepção acima, a Igreja, por ser obra de Deus, teria condições de alcançar a perfeição em matéria de governo.

3.1.2. O Jusnaturalismo em São Tomás de Aquino

No século XIII, cerca de oito séculos depois, o pensamento político de SANTO AGOSTINHO encontra consolidação em SÃO TOMÁS DE AQUINO (1225-1274), cujas obras repercutiram enormemente nos campos da Teologia e da Filosofia. De acordo com as lições de REALE (2002, p. 314), o Direito Natural, consoante o disposto na doutrina de TOMÁS DE AQUINO, “repete, no plano da experiência social, a mesma exigência de *ordem racional* que Deus estabelece no universo, o qual não é um *caos*, mas um *cosmos*”; ainda em tal perspectiva, a *lei positiva* (“estabelecida pela autoridade humana competente”) deve se subordinar à *lei natural* (“que independe do legislador terreno e se impõe a ele como um conjunto de imperativos éticos indeclináveis”), havendo, pois, “duas ordens de leis, uma dotada de validade em si e por si (a do Direito Natural) e outra de validade subordinada e contingente (a do Direito Positivo)”.

Referindo-se a um dos pontos em que SANTO AGOSTINHO e TOMÁS DE AQUINO distanciam-se quanto aos seus postulados teóricos, explica MORRISON que:

“Para SANTO AGOSTINHO, tanto a origem quanto o fim último da existência humana estão em Deus. A natureza humana não é autossuficiente com seus próprios padrões de realização; ao contrário, a humanidade deve combinar os fins do funcionamento natural com os fins sobrenaturais. Inversamente, SÃO TOMÁS argumentava que o corpo não podia ser rejeitado. O corpo fomenta certos tipos de atos, apetites e paixões. Os sentidos possibilitam um nível de conhecimento sobre os objetos sensíveis, e o homem é atraído por alguns objetos percebidos como prazerosos e bons (apetite concupiscente) e repellido por outros que são percebidos como prejudiciais, dolorosos ou maus (apetite irascível). Essa atração e rejeição constituem os rudimentos básicos da capacidade humana de amar, sentir prazer, odiar e temer.” (MORRISON, 2012, p. 77-78)

TOMÁS DE AQUINO, ademais de ser considerado o maior representante da *Escolástica* (importante doutrina da Idade Média), é rememorado como um pensador que, acolhendo e adotando como ponto de partida a ética aristotélica, sistematizou e viabilizou a leitura dos escritos de ARISTÓTELES, razão pela qual frequentemente se afirma que “a influência recebida do aristotelismo dota as lições tomistas de clarividência particular, pois, ainda que os textos do aquinatense se imiscuem no tratamento de temas metafísicos, teológicos, políticos, sociais, tudo é racionalmente concebido, concatenado, logicamente explicado, metodicamente exposto”, sistematização facilmente perceptível na *Summa Theologica* (escrita entre 1266 e 1274), a mais conhecida de suas obras (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 247).

A respeito da proximidade entre as filosofias aristotélica e tomista, WAYNE MORRISON registra que “enquanto ARISTÓTELES havia oferecido uma moral naturalista, na qual os homens podiam alcançar a virtude e a felicidade mediante a satisfação de suas aptidões ou seus fins naturais, SÃO TOMÁS acrescentou o conceito cristão do fim sobrenatural do homem”.

TOMÁS DE AQUINO entendia que “o Ser Supremo, além de Criador, é também o Legislador de todo o Cosmos por ele criado, o qual governa segundo sua lei eterna”, sendo que o Estado e o poder político, na ótica de AQUINO, “decorrem da agência criadora de Deus”, que “criou os homens para viverem em sociedade, pois só a vida em sociedade é uma vida plena ou feliz, digna da condição do homem na escala das criaturas”, razão pela qual “é necessário haver um governo terrestre, que regule a multidão, levando-a a alcançar o bem coletivo” (MACIEL, 2013, p. 17-18). A síntese entre Estado, Igreja, Direito Positivo e Direito Natural em SÃO TOMÁS DE AQUINO é assim retratada por ADEODATO:

“Na síntese de TOMÁS DE AQUINO, o direito divino por essência, a *lex aeterna*, permanece intangível para o mundo. Mas o direito divino por participação, a *lex naturalis*, é a fonte inspiradora do que hoje se chamaria *direito positivo*, e a *lex humana*, por intermédio dos eflúvios que este capta daquele. Só que tal inspiração não é percebida à toa, mas precisa da revelação que só a Santa Madre Igreja pode facultar.” (ADEODATO, 2012, p. 157)

Conforme se observa a partir da citação de ADEODATO, TOMÁS DE AQUINO concebe algumas espécies de lei: **a)** a *lei eterna* (*lex aeterna*), **b)** a *lei natural* (*lex naturalis*) e **c)** a *lei humana* (lei puramente convencional e relativa, e que deve

procurar refletir o conteúdo das leis eterna e natural). Assim, a ordem universal é dada pela *lei eterna*, que não está sujeita às atribuições a que as leis humanas estão. A *lei natural*, por sua vez, representa a participação racional na *lei eterna*. A *lei humana* é produto de convenção, só adquirindo força a partir de sua instituição, devendo representar a concretização da *lei natural*; significa dizer que a *lei humana* (a *lei positiva*) deve retratar aquilo que a *lei natural* prescreve. Por conseguinte, cumpre ao legislador positivizar o que é dado pela natureza. Com efeito, nesta linha de raciocínio, a positivação daquilo que se afigura contrário à lei natural implica em um direito injusto e ilegítimo. De qualquer modo, convém registrar, o “fato de uma lei positiva não estar de acordo com a lei natural não justifica a desobediência ao que foi criado pelo homem; a desobediência só se justifica, para TOMÁS DE AQUINO, quando houver um entrechoque entre a *lei humana* e a *lei eterna*” (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 255-257).

“Assim, pode-se dizer, o *ius positum* é derivado do justo natural. Ou ainda, o justo natural é o parâmetro para atuação do legislador positivo. É absolutamente imprescindível sua existência em função da necessidade de aplicação da justiça *inter homines*. O homem, no convívio social, necessita de regras convencionais positivas para que possa garantir a pacificidade dessa interação no meio social. O direito natural, que pela experiência natural o homem conhece, é insuficiente, necessitando de leis positivas complementares, leis que tornam concreto o que na natureza reside (*lex*; o direito escrito) [...].

O direito positivo, se adequado ao direito natural, é um benefício para a comunidade civil, mas se estiver baseado na perversão da reta razão [...], sendo-lhe uma corruptela, um desvirtuamento, um conjunto de regras de autoridade que servem a um ou a poucos, perderá sua força coativa dada pela natureza [...], preservando somente a que lhe é dada por convenção.” (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 255-258).

TOMÁS DE AQUINO, na *Suma Teológica*, define *justiça* como sendo a “vontade constante e duradoura de dar a cada um o que lhe é devido”, sendo o devido “aquilo que é ordenado para cada um, de acordo com as tendências individuais naturais, tendo por objetivo a perfeição de seus fins”, postulado do qual se extraem, no mínimo, duas conclusões: **a)** o “devido a cada um não é conferido pelo Direito Positivo, mas, sim, pelas tendências naturais da natureza humana”, e **b)** o Direito Positivo que violar o que é naturalmente devido ao homem poderá ser considerado injusto com base no Direito Natural. Observamos, neste particular quanto ao conceito de justiça, uma aproximação entre as filosofias aristotélica e

tomista, posto que, consoante adverte MORRISON (2012, p. 79), parte do impulso para essa teoria do Direito Natural já havia sido desenvolvida por ARISTÓTELES (em *Ética a Nicômaco*), mormente quando o filósofo grego assinala a distinção entre *justiça natural* (*physikon dikaion*, caracterizada por ser imutável) e *justiça convencional* (*nomikon dikaion*, qualificada por ser mutável).

4. CONCLUSÃO

No denominado Jusnaturalismo Medieval, assim como nos demais (Jusnaturalismo Cosmológico e Jusnaturalismo Racional), nota-se que o Direito Natural, “antes de aceitar que o Direito é fruto do arbítrio do legislador”, remete a “origem de todo direito a esquemas prévios” à própria vontade do Estado, cabendo a este, sob tal prisma, um “papel secundário”, na exata medida em que “a função do legislador é servir de instrumento para a manifestação ou das leis do mundo natural, ou da natureza individual humana, ou da natureza sociopolítica humana”, agindo, pois, “muito mais como observador do que criador” (BITTAR, 2001, p. 186).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Direito Natural: Sentido Natural versus Sentido Cultural*, Brasília, ano 38, nº 152, out./dez. 2001.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de Filosofia do Direito*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2011.
- BUGALLO, Alejandro Alvarez. *Teses Básicas do Positivismo e suas Críticas ao Jusnaturalismo*, *Lex Humana*, nº 2, 2009.
- CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do Direito*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.
- KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*, trad. de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

- MACIEL, Marcelo da Costa. *A Contribuição do Pensamento Antigo e Medieval para o Desenvolvimento da Ciência Política. Curso de Ciência Política: Grandes Autores do Pensamento Político Moderno e Contemporâneo*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.
- MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos Básicos de Ética – de Platão a Foucault*, Rio de Janeiro, Zahar, 2007.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito – dos Gregos ao Pós-Modernismo*, trad. de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2012.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, 39ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.
- SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito – Primeiras Lições*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- SOARES, Ricardo M. F. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. *O Pensamento Político Medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino*, *Revista Crítica Jurídica*, nº 19, 2001.

CRIPTOGRAFIA, PROTEÇÃO DE DADOS E O POSICIONAMENTO DO STF NOS CASOS IBGE E WHATSAPP: PERSPECTIVAS PARA A VIGÊNCIA DA LGPD

Sérgio Ricardo Sá¹

*“Mais do que estações para fazer e receber chamadas, ou meros espelhos negros quando inativos dentro dos bolsos e bolsas, os telefones celulares, uma vez ativados em nossas mãos, convertem-se em janelas luminosas para a nossa intimidade.”
(Min. Rosa Weber no julgamento da ADI 5527 pelo Tribunal Pleno do e. STF)*

I. CONTEXTO DA EVOLUÇÃO NO CENÁRIO REGULATÓRIO BRASILEIRO

A sociedade está cada vez mais conectada aos valores contemporâneos. Uma era digital que já aparentou ser uma utopia – ou distopia – distante, já faz parte da rotina e hábitos diários das pessoas, trazendo, ao mesmo tempo, soluções e desafios introduzidos nessa nova realidade.

Com a evolução das tecnologias e das formas com as quais os seres humanos lidam com as mesmas, a interação contínua entre dispositivos inteligentes, sensores e pessoas gera uma quantidade crescente de dados que estão sendo armazenados e processados no nosso cotidiano. Nessa esteira da interatividade

¹ Especialista em Propriedade Intelectual e Bacharel em Direito (ambas as formações) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. E-mail: sergioricardojr20@gmail.com.

em rede, ampliando a comunicação entre indivíduos e máquinas, a chamada Internet das Coisas² (ou Internet of Things – “IoT”, em inglês) desponta como uma das mais impactantes transformações nas estruturas econômicas e sociais da atualidade.

Isso porque diversos produtos integram esse universo da IoT e podem ajudar a resolver problemas reais enfrentados durante o dia a dia da população. Além de eletrodomésticos sensíveis à internet, peças de vestuário, meios de transporte e até brinquedos estão conectados uns aos outros, para atender ao utente e facilitar a vida, de modos inimagináveis há uma década.

De fato, o contexto de hiperconectividade em ambientes virtuais, sob o pretexto de maximizar a comodidade aos consumidores, acaba em verdade majorando os benefícios econômicos às empresas³. Não à toa, esse mercado tem chamado a atenção de investidores do setor privado, tendo em vista o seu potencial de oferecer soluções tanto para a indústria, quanto a antigos desafios da administração pública, em questões envolvendo segurança, mobilidade urbana, saúde e criminalidade, por exemplo.

Com efeito, um estudo do McKinsey Global Institute⁴ estima que o impacto de IoT na economia global será de 4% a 11% do produto interno bruto do planeta em 2025 (portanto, entre 3,9 e 11,1 trilhões de dólares). No caso específico do Brasil, a estimativa gira em torno de 50 a 200 bilhões de dólares de impacto econômico anual em 2025.

Em contrapartida, a progressão exponencial dos níveis de conectividade gera significativos desafios nas esferas da segurança e privacidade dos indivíduos. Afinal, quanto mais objetos conectados, maior o fluxo de informações produzidos por esses dispositivos em relação aos seus utentes.

Nessa perspectiva, a IoT se comunica com o conceito da *universalidade de dados* (“big data”⁵), pois quanto maior a quantidade de dispositivos conectados

² “De maneira geral, pode ser entendido como um ambiente de objetos físicos interconectados com a internet por meio de sensores pequenos e embutidos, criando um ecossistema de computação onipresente (ubíqua), voltado para a facilitação do cotidiano das pessoas, introduzindo soluções funcionais nos processos do dia a dia.” MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018, p. 20.

³ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet*. São Paulo: RT, 2008, p. 83.

⁴ LOHR, Steve. The Age of Big Data, New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/02/12/sunday-review/big-datas-impact-in-the-world.html> . Acesso em 05/06/2020.

⁵ Estudo “The Internet of Things: Mapping the Value Beyond the Hype”. Disponível em <https://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/the-internet-of-things-the-value-of-digitizing-the-physical-world> . Acessado em 04/06/2020.

à internet, maior o volume massivo de dados processados e analisados em alta velocidade, a fim de transformá-los em informações. Afinal, tudo o que os consumidores na internet fazem deixa vestígios digitais⁶. Por sinal, o quantitativo de dados gerados é exponencial e desproporcional em face dos investimentos necessários para sua obtenção⁷.

Ocorre que, os consumidores ainda não conhecem claramente a forma de coleta, compartilhamento e o potencial uso desses dados pessoais – e as vezes íntimos – por terceiros. Ademais, falhas de segurança podem permitir ataques a servidores e dispositivos inteligentes a fim de obter essas informações, em razão do seu alto valor de mercado.

Essa preocupação vem crescendo substancialmente em função dos recentes episódios de vazamentos de dados pessoais, envolvendo consumidores dos prestadores de serviços Facebook, Uber, Delta, Equifax, dentre outras sociedades empresárias. Esses incidentes deixaram expostos milhares de dados cadastrais de consumidores, incluindo nomes, endereços, números de cartões de crédito e até mesmo algumas informações mais sensíveis⁸, como o DNA e as origens étnicas de várias pessoas, no caso da plataforma eletrônica “My Heritage”⁹.

Por essas e outras razões, nota-se cada vez mais a necessidade de se fortalecer o sigilo de informações pessoais, bem como garantir mecanismos que possibilitem à pessoa deter controle¹⁰ sobre seus dados – porquanto expressão direta de sua própria personalidade¹¹. Inclusive, diversos ordenamentos jurídicos estão considerando a proteção de dados pessoais como um dos pilares da dignidade da pessoa humana e para a tutela do direito fundamental à privacidade¹².

⁶ GRASSEGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The data that turned the world upside down*. Motherboard, 2017.

⁷ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*. London: Yale University Press, 2006, p. 85.

⁸ “O segundo grupo (dados sensíveis) seriam aqueles que se referem às convicções filosóficas, morais, sociais, políticas e sindicais, religiosas, questões de origem social e ética, vida sexual, orientação sexual e à saúde, incluindo, mas sem limitação, dados genéticos da pessoa. Os dados sensíveis são, sem dúvida, constitucionalmente protegidos pelo “manto” do direito à privacidade (direito fundamental de qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no país)”. BLUM, Rita Peixoto Ferreira. *O direito à privacidade e à proteção dos dados do consumidor*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 168.

⁹ Estudo “The Internet of Things: Mapping the Value Beyond the Hype”. Disponível em <https://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/the-internet-of-things-the-value-of-digitizing-the-physical-world>. Acessado em 05/06/2020.

¹⁰ Sobre a importância e a diferença entre *titularidade* e *controle*, vide COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p. 3.

¹¹ Direito Privado e Internet / Guilherme Magalhães Martins (coordenador). – São Paulo: Atlas, 2014, p. 62.

¹² DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico* 12/103. Joaçaba: Unoese, 2011, p. 103.

Tal preocupação aumenta ao passo que os dados pessoais se tornam um elemento estratégico e eficiente¹³ em novos modelos de negócios, seja pela facilidade de sua coleta e armazenamento, ou pela sua utilidade para diversos fins comerciais – muitas vezes alheios ao controle e consentimento da pessoa vinculada àquela informação.

Diariamente, algoritmos são alimentados por informações pessoais que indicam como pensamos e quais os nossos desejos, criando perfis de consumo dos usuários, para fins de publicidade direcionada¹⁴ e venda desses dados pessoais para outras empresas¹⁵. Nesse sentido, a proteção da privacidade passa pela proliferação dessas práticas comerciais de “*big data*”, “*targeting*” e “*profiling*” dos usuários, deixando as pessoas presas dentro de uma realidade *on-line* customizada (“*tailored reality*”)¹⁶.

Portanto, uma vez identificados os potenciais desafios dessa nova realidade, é preciso identificar a resposta jurídica para esses problemas na atualidade. Nesse contexto, buscam-se modelos regulatórios para disciplinar a proteção dos dados pessoais, sem impedir que inovações legítimas beneficiem a sociedade¹⁷.

No âmbito nacional, essa questão já vem sendo debatida há praticamente uma década. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não possuía um marco regulatório federal para disciplinar a proteção geral de dados pessoais de uma forma completa e unificada; a regulamentação era esparsa, por leis setoriais, que formavam uma colcha de retalhos, carecendo de uniformidade e segurança jurídica¹⁸.

¹³ LESSIG, Lawrence. *Code And Other Laws Of Cyberspace*. Nova Iorque: Basic Books, 1999, p. 19.

¹⁴ Nas palavras de Rita Peixoto Ferreira Blum: “Os dados dos hábitos de consumo da pessoa, somados ao seu perfil financeiro, idade, e outros elementos que possam influenciar na decisão de compra de novos e melhores produtos, ou contratação de novos serviços são hoje muito importantes para fins de marketing. Por esta razão têm também valor econômico para os fornecedores. Tais dados são úteis a eles seja para estreitar o vínculo que têm com o consumidor, seja para melhor definir o teor da propaganda que será elaborada e apresentada a um consumidor potencial.” (BLUM, Rita Peixoto Ferreira. *O direito à privacidade e à proteção dos dados do consumidor*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 129).

¹⁵ BESERRA, Beatriz Brito & BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Breves Tópicos sobre a Regulação da Vida Cotidiana pelos Algoritmos, Privacidade e Segurança Jurídica*. Curitiba: Anais do XII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, 2019, p. 428.

¹⁶ “Assim, ocorre uma espécie de “hipertrofia de atenção”, pois os sites e blogs mais populares são os mesmos constantes nos primeiros lugares das pesquisas dos sites de busca, quando se procura por informação política e por isso propensos à acumulação de novos leitores.” MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. FGV Editora: Rio de Janeiro, 2018, p. 20.

¹⁷ Notícia disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/mark-zuckerberg-depoe-aosenado-sobre-uso-de-dados-pelo-facebook.ghtml>. Acessado em: 04/06/2020. Ver também: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/europa-punir-facebook-violacoes-leis-privacidade>. Acessado em 04/06/2020.

¹⁸ BIONI, Bruno Ricardo. De 2010 a 2018: a discussão brasileira sobre uma lei geral de proteção de

Até então, a Constituição Federal¹⁹ servia como a única resposta jurídica-legiferada aos problemas que vinham surgindo nos últimos anos, relacionados ao cenário da crescente hiperconectividade. Embora o constituinte originário não pudesse prever, ao final da década de 1980, os riscos que envolvem a proteção de dados atualmente, o artigo 5º, inciso X, da CRFB/88 já previa a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, garantindo o direito de “indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Nesse sentido, o Marco Civil da Internet (Lei Federal 12.965/2014) elencou como princípios do uso da internet no Brasil a “proteção da privacidade” e a “proteção dos dados pessoais, na forma da lei” (art. 3º, I e II).

Em 2016, a publicação do regramento europeu “*General Data Protection Regulation*” (GDPR) serviu como catalisador para que o Brasil editasse uma legislação específica sobre proteção de dados pessoais. Caso contrário, a não adaptação ao GDPR inviabilizaria a troca de dados com a União Europeia. Isso prejudicaria as atividades das empresas brasileiras, enfraquecendo a competitividade e a inovação na economia nacional, se o país não estabelecesse uma agenda regulatória para se adequar às regras globais sobre o assunto.

Nessa realidade digital, onde os dados não têm fronteiras geográficas²⁰, uma Lei Geral de Proteção de dados pessoais era uma pauta urgente no Brasil, a fim de colocá-lo no mesmo patamar de outros países do mundo.

Com a publicação da Lei Federal nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados – “LGPD”), o Brasil saiu do rol minoritário de países para se juntar aos diversos outros que já possuem legislação específica sobre o tema. Em 65 artigos, a LGPD estabelece uma série de restrições para instituições privadas e públicas que armazenem dados de internautas, consumidores, partes em um contrato, usuários de serviços públicos ou alvos de políticas públicas. Assim, a nova legislação almeja promover a necessária proteção aos direitos fundamentais da liberdade e privacidade dos indivíduos.

dados pessoais. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/de-2010-a-2018-a-discussao-brasileira-sobre-uma-lei-geral-de-protecao-de-dados-02072018>. Acessado em: 04/06/2020.

¹⁹ Com efeito, o artigo 5º da Constituição Federal garante a todos os “*brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”, alçando a privacidade ao *status* de direito fundamental, decorrente das garantias constitucionais que se relacionam com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido: DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como direito fundamental. Revista Espaço Jurídico 12/103. Joaçaba: Unoese, 2011, p. 103.

²⁰ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-stabelecimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

Mais do que uma modificação legislativa, o advento da LGPD deve representar uma mudança cultural no âmbito da proteção de dados pessoais no Brasil – a exemplo da experiência europeia – proporcionando instrumentos mais claros e eficazes para os indivíduos zelarem pelas informações que lhe dizem respeito.

II. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF SOBRE O DIREITO À PRIVACIDADE E O SIGILO DE DADOS NOS CASOS IBGE E WHATSAPP

Como visto, cada vez mais uma parte expressiva do ser humano está no ambiente digital. A quantidade de informações pessoais disponibilizadas na internet representa quem nós somos, o reflexo direto da nossa personalidade. Sendo assim, há uma necessidade de se considerar a proteção de dados pessoais como um direito fundamental para a proteção da pessoa humana²¹, dentro de uma ótica da cláusula geral dos valores da personalidade²² – que são situações jurídicas existenciais em constante expansão.

Com efeito, em maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal elevou a proteção de dados pessoais ao *status* de direito fundamental, no julgamento conjunto de cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs)²³. Tais ações buscavam suspender a eficácia da Medida Provisória (MP) 954/2020, que prevê o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia do Covid-19.

Por maioria de votos²⁴, o plenário do STF referendou as medidas cautelares deferidas pela ministra Rosa Weber nessas ADIs para firmar o entendimento de que o compartilhamento previsto na MP viola o direito constitucional à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados.

Segundo a Relatora, a MP “não apresenta mecanismo técnico ou administrativo

²¹ Direito Privado e Internet / Guilherme Magalhães Martins (coordenador). – São Paulo: Atlas, 2014, p. 62.

²² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 135.

²³ As ações foram propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (ADI 6387), pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB (ADI 6388), pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB (ADI 6389), pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (ADI 6390) e pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 6393).

²⁴ No único voto divergente, pelo indeferimento das liminares, o Ministro Marco Aurélio afirmou que cabe aguardar o exame da MP 954/2020 pelo Congresso Nacional, que apreciará a conveniência e a oportunidade da normatização da matéria.

apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na sua transmissão, seja no seu tratamento. Limita-se a delegar a ato do presidente da Fundação IBGE o procedimento para o compartilhamento dos dados, sem oferecer proteção suficiente aos relevantes direitos fundamentais em jogo”.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes também lembrou que o regulamento sanitário da Organização Mundial da Saúde (OMS), incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 10.212/2020, afasta a possibilidade de processamentos de dados desnecessários e incompatíveis com o propósito de avaliação e manejo dos riscos à saúde.

Vale notar que o Marco Civil da Internet também prevê que é direito do usuário ter “informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais” (art. 7º, VIII da LF 12.965/2014).

Além desse caso paradigmático, o STF também iniciou em maio de 2020 outro importante julgamento sobre o sigilo de dados, no âmbito da ADI 5527 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403²⁵. Ambas têm como questão de fundo a possibilidade de decisões judiciais autorizarem o bloqueio de serviços de mensagens pela internet, como o aplicativo WhatsApp.

Segundo a Relatora desta ADI, Ministra Rosa Weber, tal como as liberdades fundamentais de expressão e de comunicação asseguradas pelo texto constitucional (art. 5º, IX, da CF), a proteção da privacidade também é uma característica estrutural indispensável das sociedades democráticas, porquanto limita o poder das autoridades sobre os cidadãos.

Não à toa, a Constituição Federal garante a inviolabilidade dos direitos fundamentais da personalidade, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, conferindo-lhes especial proteção (art. 5º, X, da CF). Cumpre indagar, porém, o escopo e a extensão do direito à privacidade neste caso.

Ao discorrer sobre a virtualização da vida privada na atualidade, a Relatora Rosa Weber destaca que “os aparelhos de telefone móvel guardam muito mais

²⁵ Na ADI 5527, de relatoria da ministra Rosa Weber, o Partido da República questiona a constitucionalidade de dispositivos do Marco Civil da Internet (artigos 10, parágrafo 2º, e 12, incisos III e IV) que têm servido de fundamentação para decisões judiciais que determinam a suspensão dos serviços de troca de mensagens entre usuários da Internet.

Já a ADPF 403, relatada pelo ministro Edson Fachin, foi ajuizada pelo partido Cidadania contra decisão judicial da Vara Criminal de Lagarto/SE, que determinou o bloqueio nacional do WhatsApp diante da recusa da empresa em fornecer, no âmbito de uma investigação criminal, o conteúdo de mensagens trocadas entre usuários.

da vida privada e intimidade de seus proprietários do que as portas e paredes, gavetas e armários da residência de cada um deles, e a inviolabilidade do domicílio não temos dificuldade alguma em reconhecer.”

Ocorre que, segundo agentes estatais da área de segurança pública, o desenvolvimento de tecnologias de proteção da privacidade cada vez mais eficientes tem minado as suas capacidades de prevenir, investigar e reprimir crimes. Em que pese essa preocupação dos órgãos policiais, do outro lado do debate, no entanto, busca-se a manutenção do equilíbrio entre a proteção da privacidade e os limites da atuação do Estado.

Com efeito, o desenvolvimento da criptografia viabilizou transações comerciais e financeiras com segurança na Internet. No WhatsApp, as chamadas e mensagens (fotos, vídeos, documentos e mensagens de voz) são protegidas com criptografia de ponta a ponta – entre o emissor e o receptor – para que ninguém, nem mesmo o próprio provedor de internet, tenha acesso ao conteúdo das conversas²⁶.

Antes de sair do telefone, a mensagem é protegida com um cadeado de criptografia e somente o destinatário tem as chaves da fechadura. Essa criptografia e descryptografia de mensagens ocorrem exclusivamente nos aparelhos celulares do remetente e do destinatário. As chaves mudam a cada conversa, que possui seu próprio código de verificação de segurança para confirmar que ninguém está interceptando as mensagens.

Caso intermediários, que desconheçam o protocolo escolhido, consigam acessar o texto em tráfego, verão somente um amontoado de código ininteligível. Assim, as mensagens cifradas são mais seguras do que processos mais tradicionais, nos quais as operadoras de telefonia – e sujeitos mal-intencionados - têm pleno acesso ao conteúdo original da comunicação.

Como já dizia Tim Cook, CEO da Apple, em discurso sobre privacidade e segurança no ano de 2015, “enfraquecer uma criptografia, ou deixá-la de lado, prejudica as pessoas boas que estão usando-as pelas razões certas”²⁷. A seu ver, nessa trincheira digital, a nossa privacidade está sendo atacada em várias frentes.

Coincidência ou não, esses julgamentos do STF ocorrem justamente no

²⁶ Mais informações disponíveis em <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/end-to-end-encryption>. Acessado em: 04/06/2020.

²⁷ Conferência dos Campeões da Liberdade, organizada pela EPIC em Washington, DC.

momento em que o mundo se torna cada vez mais digital, devido ao contexto da pandemia causada pelo novo corona vírus e as medidas de isolamento social. Mais do que nunca, é preciso fortalecer os mecanismos de proteção à privacidade.

III. TRATAMENTO DE DADOS PELO PODER PÚBLICO

Assim como no setor privado, o Poder Público também deve estar preparado para evitar o vazamento de informações pessoais. Segundo o Centro de Tratamento e Resposta a Incidentes Cibernéticos de Governo (CTIR Gov), até outubro de 2019, ocorreram mais de nove mil incidentes de vazamentos de informações provenientes de órgãos ou entidades públicas.

Na ótica dos segredos de negócio, a Lei de Propriedade Industrial tipifica como crime a divulgação ou utilização sem autorização de informações ou dados confidenciais utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços (art. 195, X e XI da Lei Federal 9.279/96). Afinal, haveria imensurável prejuízo concorrencial caso uma empresa tenha a lista de clientes exposta aos concorrentes.

Com o advento da LGPD, também surgem questionamentos sobre a forma que o Poder Público pretende tratar os dados pessoais dos indivíduos. Enquanto os governos seguem ávidos pelo controle das informações em tráfego na Internet, hackers realizam ataques virtuais para roubar bancos de dados estatais.

Ações judiciais²⁸ já discutem a falta de capacidade técnica de Municípios para receber, tratar e armazenar tais dados, especialmente em vista da inobservância dos procedimentos e regras instituídos pelo Marco Civil e pela LGPD.

Dentre os fundamentos da LGPD figuram o respeito à privacidade, à livre iniciativa, à livre concorrência e à defesa do consumidor e à autodeterminação informativa (art. 2º, I, II, VI). O marco regulatório federal também exige o atendimento de seus princípios gerais, como finalidade lícita, necessidade, adequação, segurança e prevenção (LGPD, art. 6º).

A definição do artigo art. 5º, X também dispõe que o tratamento é considerado como toda operação realizada com dados pessoais. Trata-se, portanto, de um conceito amplo que engloba toda operação realizada com dados pessoais, desde

²⁸ Veja-se, por exemplo, os processos n. 1002511-62.2018.8.26.0053; 1005872-04.2019.8.26.0037; 0802559-78.2018.8.22.0000; dentre outros.

a coleta da informação até o seu descarte. O mero armazenamento “*backup*” também é considerado como um tratamento.

O art. 7º, III²⁹ da LGPD é um tremendo guarda-chuva e deixa um amplo espectro de atuação para a administração pública, ao prever que o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado “para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas”.

Portanto, nota-se porque a LGPD tem tantos impactos nesse espectro de atuação do setor público. Contudo, é preciso que haja uma base legal específica e condizente com a respectiva finalidade³⁰ pretendida em cada caso, a fim de fundamentar o tratamento de dados pessoais.

Ademais, ao realizarem o tratamento de dados pessoais, órgãos e entidades do Poder Público deverão indicar um encarregado, pessoa física ou jurídica, como canal de comunicação entre o controlador, os titulares e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Esse encarregado tem competência para a análise de requerimentos administrativos dos cidadãos que exercerem seus direitos de requisição, oposição e revisão dos dados coletados (arts. 18, §2º e 20 da LGPD).

Embora falte uma regulamentação sobre pontos que precisam ser esclarecidos, é essencial que as normas da LGPD sejam seguidas para que o cidadão tenha certeza de que suas informações estão sendo tratadas com segurança pela administração pública.

IV. PERSPECTIVAS PARA A VIGÊNCIA DA LGPD

As perspectivas para o cenário brasileiro dependem do papel do Poder Judiciário e dos órgãos de defesa do consumidor, bem como da ANPD, para que o cumprimento da nova legislação ocorra da maneira adequada, protegendo a privacidade dos indivíduos.

²⁹ O artigo 7º da LGPD inaugura a seção I do capítulo II, prevendo os requisitos para o tratamento de dados pessoais e as restritas hipóteses nas quais esse tratamento poderá ser realizado. O inciso III desse dispositivo dispõe que a administração pública somente poderá realizar “o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de *políticas públicas* previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei” (grifou-se).

³⁰ Conforme o disposto no §1º do art. 10 da LGPD, “Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados.” Essa redação abre uma larga margem de atuação ao Poder Público.

Enquanto restam lacunas na regulação da proteção de dados no Brasil, o STF pode suprir essa carência ao fixar diretrizes para o equacionamento das controvérsias sobre o tema, sinalizando um avanço na preservação das liberdades individuais na Internet.

Com efeito, a decisão histórica no caso IBGE ressaltou a urgência na entrada em vigor da LGPD com efetividade para evitar compartilhamentos desproporcionais de informações, seja por parte do Poder Público ou pelas empresas privadas. Afinal, esse precedente elevou a proteção de dados pessoais ao *status* de direito fundamental, a partir da ponderação dos valores em questão³¹.

No caso WhatsApp, o ministro Edson Fachin também destacou que a “omissão em institucionalizar um regime efetivo de proteção de dados, poderá, a tempo e modo ser resolvida pela jurisdição brasileira, desde que provocada”³². A seu ver, há obrigação legal e mecanismos sancionatórios próprios para responsabilizar as empresas que violarem os direitos à privacidade dos usuários.

No entanto, segundo Fachin, ainda não foi instituída a ANPD, que teria justamente a competência para aplicar essas sanções previstas no art. 12, III e IV do Marco Civil da Internet, nos termos da LGPD – cuja vigência, por sua vez, também vem sendo postergada.

Como mais de 20 (vinte) dispositivos da LGPD mencionam essa Autoridade Nacional, a Lei não tem condições de, por si só, atingir os seus objetivos, porquanto necessita de uma regulamentação para possibilitar a fiscalização de seu cumprimento e sua devida aplicação pelas instituições³³.

Na Europa, com o GDPR em vigor, várias autoridades foram acionadas para se posicionar sobre a forma pela qual os dados deveriam ser tratados nesse contexto de pandemia.

Embora haja um regramento europeu como modelo, a falta de diretrizes

³¹ Como visto, esse *trade-off* também foi analisado no caso WhatsApp: “A mesma tecnologia que tornaria mais fácil às autoridades de segurança pública acessarem conteúdo armazenado pode – e, existindo, será – utilizada por criminosos para terem acesso a informações privadas de futuras vítimas.” Trecho do voto da Min. Rosa Weber no julgamento da ADI 5527 pelo e. STF

³² Trecho do voto do Min. Edson Fachin no julgamento da ADPF 403 pelo e. STF

³³ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. MAGRANI, Eduardo. VIOLA, Mario. Artigo “5 pontos sobre a importância de uma autoridade nacional de proteção de dados”. Disponível em: <https://medium.com/@ITSriodejaneiro/5-pontos-sobre-a-import%C3%A2ncia-de-uma-autoridade-nacional-de-prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-4cf8137cf59e>. Acessado em 04/06/2020.

nacionais ainda dificulta o processo de adequação às novas normas no Brasil. A ANPD deverá ser autônoma e independente para dispor sobre esses padrões técnicos mínimos, seja como diretriz ou práticas de governança corporativa.

De todo modo, o primeiro passo é a conscientização sobre a necessidade de fomentar esse debate e criar uma cultura de proteção de dados pessoais. Nesse contexto de pandemia, a aceleração digital deve servir como incentivo a essa mudança cultural nas empresas.

O Brasil estava almejando acelerar a sua entrada na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e, para tanto, precisa se afirmar no cenário internacional como um país que prestigia a proteção de dados em favor das *peças físicas*. Internacionalizar essa cultura para se inserir no contexto internacional não é questão de escolha, mas de necessidade.

Portanto, nota-se uma lenta evolução legislativa do tema e sua problemática no Brasil, sob a ótica dos novos desafios a serem enfrentados para a efetiva tutela ao direito fundamental da privacidade, a fim de proporcionar instrumentos mais claros e eficazes para os indivíduos zelarem pelas informações que lhe dizem respeito.

Nesse aspecto, é fundamental o papel do Poder Público, visando criar políticas públicas capazes de proporcionar segurança jurídica à sociedade, bem como proteger, adequadamente, a privacidade dos indivíduos no âmbito nacional. Afinal, em última análise, proteger os dados de outra pessoa é proteger a todos nós além de evitar o perigoso presságio segundo o qual a *privacidade* teria um belo passado, mas nenhum futuro³⁴.

REFERÊNCIAS

ARBI, Abhner Youssif Mota. Direito e tecnologia: relação cada vez mais necessária. Revista Eletrônica JOTA. Publicado em 04/01/2017). Disponível em: <https://goo.gl/gjavsA>;

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. E-stabelecimento. São Paulo: Quartier Latin, 2018;

BENKLER, Yochai. The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom. London: Yale University Press, 2006, p. 85.

³⁴ KEEN, Andrew. #vertigemdigital. *Por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando*. Tradução: Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 66.

- BESERRA, Beatriz Brito & BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Breves Tópicos sobre a Regulação da Vida Cotidiana pelos Algoritmos, Privacidade e Segurança Jurídica. Curitiba: Anais do XII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, 2019, p. 428.
- BIONI, Bruno Ricardo. De 2010 a 2018: a discussão brasileira sobre uma lei geral de proteção de dados pessoais. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/de-2010-a-2018-a-discussao-brasileira-sobre-uma-lei-geral-de-protecao-de-dados-02072018>. Acessado em: 04/06/2020;
- BLUM, Rita Peixoto Ferreira. O direito à privacidade e à proteção dos dados do consumidor. São Paulo: Almedina, 2018;
- BRANCO, Sergio. Memória e esquecimento na internet. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017;
- CAVALCANTI, José Carlos. "The new ABC of ICTs (analytics +big data + cloud computing: a complex trade off between IT and CT costs". Hershey: IG Global, 2016;
- DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como direito fundamental. Revista Espaço Jurídico 12/103. Joaçaba: Unoese, 2011;
- Direito Privado e Internet / Guilherme Magalhães Martins (coordenador). – São Paulo: Atlas, 2014;
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. Livre para escolher. Trad. Ligia Filgueiras. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015;
- GRASSEGGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. The data that turned the world upside down. Motherboard, 2017;
- KEEN, Andrew. #vertigemdigital. Por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Tradução: Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 66;
- LESSIG, Lawrence. Code And Other Laws Of Cyberspace. Nova Iorque: Basic Books, 1999, p. 19.
- LOHR, Steve. The Age of Big Data, New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/02/12/sunday-review/big-datas-impact-in-the-world.html> . Acesso em 04/06/2020.
- MCKINSEY. Estudo "The Internet of Things: Mapping the Value Beyond the Hype". Disponível em <https://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/the-internet-of-things-the-value-of-digitizing-the-physical-world>. Acessado em: 04/06/2020.
- MAGRANI, Eduardo. A internet das coisas. FGV Editora: Rio de Janeiro, 2018;
- MAGRANI, Eduardo. Artigo disponível em: <http://eduardomagrani.com/seis-pontos-para-entender-o-regulamento-geral-de-protecao-de-dados-da-ue/> . Acessado em: 04/06/2020;
- MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014;
- MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet. São Paulo: RT, 2008, p. 83.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 135;

RAGAZZO, CARLOS. Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Renovar: Rio de Janeiro, 2011;

SCHUMPETER, Joseph A. Capitalism, Socialism and Democracy. New York: Harper Perennial Modern Thought, nova edição publicada em 2008;

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. MAGRANI, Eduardo. VIOLA, Mario. Artigo “5 pontos sobre a importância de uma autoridade nacional de proteção de dados”. Disponível em: <https://medium.com/@ITSriodejaneiro/5-pontos-sobre-a-import%C3%A2ncia-de-uma-autoridade-nacional-de-prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-4cf8137cf59e>. Acessado em: 04/06/2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. MAGRANI, Eduardo. Artigo “Proposta para a criação da Autoridade Brasileira de Proteção aos Dados Pessoais. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/12/autoridade-protecao-de-dados.pdf> . Acessado em: 04/06/2020.

AS REGRAS INTERACIONAIS E SISTÊMICAS NOS CONTEXTOS FORENSES: DIÁLOGOS POSSÍVEIS ENTRE O DIREITO E A LINGUÍSTICA ECOSSISTÊMICA

Tadeu Luciano Siqueira Andrade¹

Resumo: O Direito, como um conjunto de normas, exerce uma função importante na vida em sociedade, como já afirmava a o brocado “onde houver sociedade, haverá o direito”. As normas do direito não são coercibilidade, mas na força da linguagem, uma vez que o Direito é, antes de tudo, uma linguagem. Diante dessas proposições, este trabalho analisa as regras que regulamentam as audiências como um conjunto de ritos e procedimentos que se concretizam por intermédio da linguagem e possibilitam a interação entre os sujeitos da relação jurídico-processual. Assim, a audiência é um ato processual e jurídico que se organiza mediante a convergência de regras interacionais e processuais. Como a audiência é um ato *jurislinguístico*, não pode ser descrita apenas do ponto de vista do direito processual, mas também do ponto de vista da linguagem. Por essa razão, faremos um diálogo teórico entre o Direito, a Sociolinguística Interacional e a Linguística Ecosystemica para melhor entender a audiência como uma interação, mesmo havendo conflitos de interesses e os sujeitos se encontrarem em lados opostos.

Palavras-chave: Audiência. Interação. Linguagem. Regras.

¹ Professor da rede pública do estado da Bahia e da Universidade do Estado da Bahia – Campus IV, atuando no Colegiado de Direito, licenciado em Letras, bacharel em Direito, especialista em Português Jurídico, Direito do Consumidor, mestre em Linguística (UFPB), doutorando em Linguística (UNB), com ênfase em Ecolinguística aplicada aos contextos forenses, desenvolve pesquisas na área de morfossintaxe do Português, Linguística Aplicada ao Direito, argumentação jurídica, direitos linguísticos, direitos humanos e direito do consumidor com ênfase na vulnerabilidade linguística nas relações de consumo, autor dos livros: *Sintaxe do Português: Da norma para o uso; Da Oração ao Texto: Uma análise sintática, semântica e pragmática da língua portuguesa; Dúvidas do Português aplicadas ao texto jurídico.*

INTERACTIONAL AND SYSTEMIC RULES IN FORENSIC CONTEXTS: Possible dialogues between Law and Ecosystem Linguistics

Abstract: The law, as a set of norms, plays an important role in life in society, as the brocade “where there is society, there will be the right”. The norms of law are not coercibility, but in the strength of language, since Law is, above all, a language. In view of these propositions, this work analyzes the rules that regulate the audiences as a set of rites and procedures that are materialized through language and enable the interaction between the subjects of the legal-procedural relationship. Thus, the hearing is a procedural and legal act that is organized through the convergence of interactional and procedural rules. As the hearing is a juristic linguistic act, it cannot be described only from the point of view of procedural law, but also from the point of view of language. For this reason, we will conduct a theoretical dialogue between Law, Interactional Sociolinguistics and Ecosystemic Linguistics to better understand the audience as an interaction, even if there are conflicts of interest and the subjects are on opposite sides.

Keywords: Audience. Interaction. Language. Rules.

INTRODUÇÃO

A audiência é uma interação que segue ritos pré-determinados nas normas legais, tanto as oriundas de instâncias superiores, por exemplo, os códigos de processo quanto os regimentos internos de cada tribunal e ainda aquelas convencionadas pelos juizes diretores dos fóruns, visando ao funcionamento e organização dos diversos contextos forenses. Essas normas apresentam uma ampla incidência, pois não tratam apenas dos ritos processuais, mas também das vestimentas, do momento, lugar, modo e do que falar cada integrante da relação jurídico-processual. Para os profissionais do Direito, essas regras fazem parte do seu cotidiano, tendo em vista a sua vivência e convivência nos contextos forenses. Para o cidadão comum, são incompreensíveis, uma vez que, além de não ser coadjuvante no mundo jurídico, desconhece os aspectos semântico-pragmáticos da linguagem jurídica, e as regras são editadas pela autoridade competente, cabendo ao jurisdicionado obedecê-las.

A doutrina jurídica define a audiência como um momento processual em que os sujeitos da demanda praticam atos imprescindíveis ao desfecho da lide. Essa definição nada diz acerca da interação comunicativa da audiência, uma vez que os atos processuais praticados durante qualquer audiência se dá mediante a linguagem como interação. Por isso, o universo jurídico é eminentemente linguístico.

Tendo em vista esses argumentos preliminares, o presente artigo visa a uma análise das regras que regem uma audiência, considerando aspectos jurídicos e linguísticos. O estudo das regras de caráter linguístico será fundamentado nos pressupostos da Linguística Ecológica (LE). Didaticamente, o artigo está dividido em três seções. Na primeira, apresentamos o porquê da pesquisa; na segunda, abordamos a LE, propondo uma interface com o Direito, recorrendo também aos fundamentos da Sociolinguística Interacional (SI) e da Análise da Conversa (AC). Na terceira, analisamos as regras interacionais e sistêmicas aplicadas ao Direito. Em seguida, fazemos nossas considerações, que não são finais, uma vez que a temática aqui tratada encontra-se em estágio embrionário.

1. O PORQUÊ DE ESTUDAR AUDIÊNCIA?

No estágio de Prática Jurídica, como integrante do currículo do curso de Direito, assistindo a audiências no Juizado Especial Cível – Salvador – BA, que, em alguns momentos, o cidadão comum tinha dificuldade em interagir com os profissionais do Direito por não compreender a linguagem e as regras das audiências. Por isso, despertou em mim estudar as audiências não apenas do ponto de vista processual, mas, sobretudo, do ponto de vista comunicativo. O uso da primeira pessoa do singular nessa argumentação se justifica em razão da experiência vivida por mim.

As interações, como uma sequência de atos comunicativos, ocorrem em um determinado espaço, envolvem falantes com papéis sociais distintos e seguem regras que organizam tal evento. Por isso, há interações menos formais, simétricas e mais espontâneas e interações que apresentam regras rígidas e ritualizadas, por exemplo, as audiências no âmbito do Poder Judiciário.

No mundo forense, as audiências compõem-se de um conjunto de atos interativos incompreensíveis para o cidadão que não está inserido nesse mundo. Por isso, enfrenta dificuldades para interagir não apenas com o meio, mas também com todos aqueles que participam do evento. Essa dificuldade de interagir configura uma vulnerabilidade comunicativa influenciada por todo o contexto, sobretudo, pela linguagem. Em algumas circunstâncias, essa vulnerabilidade não é levada em conta, pois, os profissionais do Direito, falando com o cidadão comum, usam uma linguagem excessivamente técnica, permeada de expressões

arcaicas e latinas que dificultam a interação. A dificuldade de o cidadão comum não compreender a linguagem jurídica não se justifica apenas pelo o fato de apresentar arcaísmo ou latinismo, mas também por essa linguagem não fazer parte de seu repertório, uma vez que o cidadão comum é um “participante eventual” de interações nos contextos forenses. O termo participante eventual é uma tradução do termo inglês *oneshotters*, usado por Marc Galanter (*apud*. Fullin, 2013) para se referir às assimetrias nas relações jurídicas. De um lado, há jogadores habituais (*repeat players*), que possuem conhecimentos referentes ao sistema judiciário e dominam a linguagem técnica. De outro, os participantes eventuais que, além de não conhecerem o funcionamento do sistema judiciário, não dominam os aspectos semântico-pragmáticos e discursivos do mundo do Direito (FULLIN, 2013).

François Gény, em 1921, ao empregar pela primeira vez a expressão *linguística jurídica*, afirmou que o jurista deve ter uma formação de filólogo, gramático e linguista e advertiu-o “para os perigos de confundir o problema da linguagem jurídica com uma simples questão de terminologia” (MACEDO, 1986, p. 187). A audiência, além de ser um ato jurídico, é, sobretudo, uma atividade de linguagem. Por isso, nesta pesquisa, fizemos uma interface do Direito com a LE e SI.

2. LINGUÍSTICA ECOSSISTÊMICA: A INTERAÇÃO EM CENA

Entendemos a LF como o estudo das interações que compõem o ecossistema linguístico e ocorrem no seu interior. O que lhe interessa não são os organismos em si mesmos, mas a interação entre os falantes de uma língua, entre esses falantes e o meio onde estão inseridos. Essas interações são a própria língua. O ecossistema linguístico é composto por três elementos interdependentes e harmônicos, formando um todo:

a) **Povo:** é o elemento humano/subjetivo composto por todos os indivíduos que vivem em um determinado espaço físico, unidos por vínculos de dependência direta e mútua do individual e do social onde impera uma solidariedade mediante laços culturais e psíquicos (BONAVIDES, 2009). Nesses laços, está a língua. Sem povo, o território poderia até existir, mas seria inerte, aguardando, portanto, um povo que o ocupasse e constituísse uma linguagem que unificaria a população (COUTO, 2007);

b) Território: é a base geográfica onde os indivíduos convivem conforme os costumes socioculturais e linguísticos. Nas palavras de Sapir (1969), o território é a sede da língua, uma vez que os homens interagem em um determinado espaço. Não precisa ser um espaço fixo, pois há território flutuante, virtual;

c) Língua: Sapir (1969) define a língua como um complexo de símbolos que refletem todo o quadro físico e social em que se acha situado o grupo humano. Segundo ele, dois fatores atuam sobre a língua: i) os fatores físicos, ou seja, os aspectos geográficos, topográficos e hidrográficos; ii) fatores sociais, tais como políticos, éticos, culturais e a forma de organização político-administrativa. Por isso, a língua apresenta um sentido amplo. Não é a expressão do pensamento, nem instrumento de comunicação, a língua é a própria comunicação.

2.1. Regras interacionais

Toda interação pressupõe regras. Não estamos falando nas regras definidas pela doutrina gramatical, e sim das regras convencionadas pelos participantes da interação. Couto (2016) caracteriza-as de regras-regularidades ou regras hábitos. São regras cooperativas introduzidas na interação pelos participantes de forma consensual. Entre as quinze regras interacionais, há as regras sistêmicas, que são responsáveis pela eficácia da interação comunicativa e tratam das questões inerentes ao sistema gramatical.

As **regras interacionais** são responsáveis pela: proximidade e distância entre os interagentes; altura e timbre da voz conforme o contexto interacional; harmonia e cordialidade entre os interagentes; sequência das falas durante a interação; pela abertura e encerramento da interação e outros.

2.2. Tipos de interação:

Considerando o contexto, os participantes, o assunto a ser tratado e o objetivo, as interações são divididas em dois grupos: a interação cotidiana e a interação institucionalizada.

a) Interação cotidiana: são os eventos sociais mais espontâneos, informais, cujas regras são “negociadas” pelos interagentes e adaptadas às circunstâncias,

inclusive a seleção lexical. Os aspectos organizacionais são flexíveis e administrados pelos interagentes, e as obrigações são recíprocas.

b) Interação institucional: são eventos formais e apresentam uma organização pré-determinada, por exemplo, o lugar onde os participantes sentam-se, há momento específico para a fala de cada integrante, respeitando o direito do outro, pois um não pode interferir na fala do outro, há itens lexicais específicos para a situação. A título de exemplo, apresentamos uma audiência em um contexto forense: a alocação do juiz, advogado, promotor e partes do processo são determinadas em normas do sistema jurídico e devem ser seguidas conforme o rito; a troca de turnos é coordenada pelo juiz e obedece a uma sequência definida em instrumentos normativos; a seleção lexical ocorre conforme a doutrina jurídica. Nesse evento, as prerrogativas e obrigações não são as mesmas para todos os interagentes. Há uma hierarquia definida pelos papéis sociais e contexto.

As interações, segundo Goffman (2011) ocorrem de duas formas conforme as regras de comportamento: a) simétrica: cada interagente tem em relação aos outros os mesmos deveres e expectativas que os outros para com ele. b) assimétrica: os interagentes tratam e são obrigados a tratar os demais de forma diferente daquela pela qual trata e é tratado por eles. Por exemplo: o juiz dá orientações aos sujeitos da relação processual, mas um jurisdicionado não poderá dar uma ordem ao magistrado.

A tríade da LE nas relações jurídicas

Nas relações jurídicas, dando ênfase às audiências, os três componentes da LE, estão presentes:

a) Povo: corresponde aos sujeitos da relação jurídica. Por exemplo, na relação jurídico-consumerista, de um lado, há o consumidor; de outro, o fornecedor. A relação na audiência entre consumidor e fornecedor é intermediada pelo juiz;

b) Território: refere-se ao contexto forense onde se dão as relações jurídicas;

c) Língua: é o cerne de todos os atos processuais, pois qualquer ato praticado na audiência, por exemplo, contestar, conciliar, argumentar, ocorre graças à língua.

2.4. A audiência na perspectiva da LE

Para construirmos uma definição do termo audiência aplicado ao Direito, fizemos uma tríade teórica da LE com a SI e AC. A doutrina classifica os sujeitos do processo como parte. Preferimos os termos interagentes ou integrantes, uma vez que o termo *parte* semanticamente corresponde à divisão. Segundo Carnelluti (2001):

A parte é o resultado de uma divisão. O *prius* da parte é um todo que se divide. A noção de parte está, portanto, vinculada à discórdia que, por sua vez, é o pressuposto psicológico do processo; não haveria nem litígios nem delitos se os homens não se dividissem (CARNELLUTI, 2000, p. 42).

Da LE, extraímos para a definição de audiência, a interação comunicativa que envolve: a) **povo**: corresponde aos sujeitos da relação processual; b) **Território**: espaço físico ou virtual onde ocorre a interação; e c) **língua**: como o elemento responsável pela comunicação (COUTO, 2016).

Da SI, usamos os elementos definidos por Goffman (2010): a) um determinismo social; b) cujos atos obedecem a um encaixe; c) apresenta marcas linguísticas específicas; d) há um sujeito que serve como “guardião da ordem situacional”; e) engajamento de faces; f) regras ou propriedades situacionais que direcionam o envolvimento dos sujeitos, sobretudo, um gerenciamento apropriado dos assuntos nela tratados.

Da AC, extraímos os elementos que diferenciam uma interação institucional da cotidiana. A audiência envolve **participantes** em orientações ligadas às identidades institucionais, **limites especiais** sob os quais serão tratadas as contribuições permitidas na interação e está associada a **quadros inferenciais** e **procedimentos particulares** a contexto institucionais específicos. Esses três elementos definidos por Drew e Heritage (1992) orientam para a função social da audiência: o cumprimento de um mandato institucional. No mundo jurídico-processual, esse mandato corresponde à jurisdição (do latim *juris*: direito, *dicere*: dizer), ou seja, dizer o direito. Considerando a estrutura da palavra jurisdição, percebemos que, por si só, encerra a noção de linguagem. Por isso, argumenta David Mellinkoff (1963), a Justiça é uma profissão de palavras.

Com a junção dos pressupostos das três áreas, definimos a audiência como uma interação comunicativa que ocorre em um determinado espaço, envolve

sujeitos definidos por papéis sociais distintos, visando à consecução de um objetivo. Dessa forma, a audiência é um meio para um fim.

3. APLICANDO AS REGRAS INTERACIONAIS À AUDIÊNCIA

Para Moraes (2016), O mundo judiciário é repleto de rituais estritamente elaborados os quais escapam ao cidadão comum, que, além de ser não ser coadjuvante nesse mundo, não domina os mecanismos de funcionamento do sistema jurídico. Diversas vezes, enfrenta obstáculos quando recorre ao Poder Judiciário para pleitear seus direitos. As regras devem existir para garantir o funcionamento das instituições, possibilitando o acesso à justiça como um direito fundamental previsto no inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, não devem, portanto, ser obstáculos nem usadas com um recurso de austeridade.

Dividimos as regras das audiências em dois grandes grupos. No grupo 01, inserimos as regras interacionais propostas por Couto (2016), no 02, as regras prévias de interação. Usamos a expressão *regras prévias* “emprestada” de Garfinkel (1967) e acrescentamos-lhe a locução *de interação*.

3.1. Regras interacionais

Segundo a LE, as regras interacionais são convencionadas e organizam a ecologia da interação comunicativa, são também regras-regularidades, cooperativas (COUTO, 2016). Essas regras visam à preservação de faces, a polidez e a harmonia nas interações. Na audiência, existem regras interacionais que, apesar de não ser convencionadas pelos sujeitos da relação processual, visam à organização, a sequência, o respeito ao outro, o direito de fala e outros aspectos durante a interação.

- a) A audiência segue uma ordem linear: abertura, desenvolvimento e encerramento. Há um rito específico para cada ato interacional. Destacamos a preparação para a abertura e o encerramento a fim de que o evento não seja iniciado nem encerrado abruptamente;
- b) Os sujeitos da relação processual exercem seu direito de defesa, todos têm direito a fala. Isso confirma a regra interacional solicitação/satisfação, correspondendo, no processo, ao par adjacente *informação/reação* como uma interpretação do princípio do contraditório;

c) Quando um interlocutor está falando, o outro direciona o olhar atentamente o olhar, conforme diz o adágio popular “olhar bem para os olhos”. Esse “olhar atento” corresponde também ao ouvir para que o oponente possa construir a refutação do argumento. Para Goffman (2013), essa olho a olho maximiza a oportunidade de os participantes monitorarem a percepções mútuas uns aos outros;

d) Tratando-se da proximidade dos interagentes em relação ao assento, os sujeitos da relação jurídico-processual sentam-se em lugares a eles destinados pelo costume, ficam frente a frente e diante do Juiz. Não tivemos acesso a nenhuma norma que trate do lugar onde os sujeitos do processo devam sentar-se. No entanto, o representante do Ministério Público, em âmbito federal, há uma norma específica que define o lugar onde o *parquet* deve sentar, conforme o art. 18, inciso I, alínea “a” da Lei Complementar nº 75/1993:

Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:
I – Institucionais: a) Sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem.

e) No que se refere ao comportamento, é imprescindível que todos os interagentes mantenham o ar de leveza e seriedade, segundo postula Couto (2016);

f) Em termos de linguagem, mesmo sabendo que o Direito tem suas especificidades semântico-discursivas e pragmáticas, o jurista deve usar uma linguagem mais compreensível ao cidadão comum. Como defende Sousa Santos (1988), a linguagem técnica tem uma função instrumental e uma social, pois serve para unir o grupo que a usa, mas, ao mesmo tempo, exclui quem é estranho ao grupo.

g) A questão da linguagem jurídica pode ser inserida no rol das regras sistêmicas (grupo 01) que são partes das regras interacionais e responsáveis pela eficácia da interação comunicativa. (COUTO, 2016) e ainda nas normas prévias (grupo 02). No grupo 01, as regras sistêmicas estão voltadas para a comunicação, enquanto no grupo 02, referem-se aos aspectos formais da linguagem usada na audiência.

Neste artigo, analisamos as regras sistêmicas nos dois grupos.

3.2. Regras prévias de interação:

Garfinkel (1967) criou o termo inglês *judgmental dopes* (**incapazes decisórios**) com referência às pessoas em condições psicossociais determinadas por regras prévias e independentes de sua conduta. A essas condições, Pádua (2016) incluiu a jurídica. Aplicamos essas regras prévias ao contexto forense, pois elas existem independentemente da vontade dos jurisdicionados, que apenas devem lhes obedecer.

Baseados em Couto (2016), classificamos essas regras em regras-regulamento ou regras-legislação por não dependerem da vontade dos jurisdicionados, tampouco por eles convencionadas. São regras que determinam as formalidades do Direito, encontram-se na legislação e compõem os “pacotes” legislativos, ditadas pela simples conveniência do poder em exercício (LYRA FILHO, 2003), pois, como diz o senso comum, “as leis vão aonde querem os reis²”. Apesar de as leis serem dirigidas ao povo, não são por ele elaboradas, atendem mais aos anseios da classe dominante do que dos dominados.

Algumas regras normativas que observamos durante as audiências:

Regras regimentais: normas que tratam do funcionamento interno dos fóruns, por exemplo, a Resolução nº 12/2007, que trata do Regimento Interno do Sistema dos Juizados Especiais do Estado da Bahia, em obediência às normas oriundas do Tribunal de Justiça do referido estado;

Regras de ordem jurídico-processual: normas que determinam os ritos e procedimentos adotados ao processo. Essas normas geralmente estão definidas nos códigos de processo ou nos microsistemas, tais como a Lei 9099/95, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e, de forma subsidiária, o Código de Processo Civil. Desdobramos as regras de ordem jurídico-processual em **regras de sequência dos atos**, que garantem a sequência da fala dos interagentes, considerando o papel de cada sujeito da relação e as **regras de tomada de turno**, que garantem a todos os integrantes da relação processual falarem no momento certo sem interrupção. Na audiência, cada sujeito atua como integrante de um elenco e participa de um processo que define o lugar social de cada ator (TOMAZI; CUNHA, 2016). Esse lugar social determina o que, onde e quando falar.

² Em 1077, quando Afonso VI mandou que, com a violação às leis, instituisse em Castela o ofício eclesiástico romano. Daí a razão da máxima “as leis vão aonde querem os reis” (RIBEIRO, 1960).

Regras de ordem linguística: na audiência, essas regras, além da organização das sentenças na construção dos argumentos, preocupam-se com alguns aspectos formais da língua, por exemplo: i) **a estrutura do gênero audiência:** início, desenvolvimento e encerramento; ii) **as formas de tratamento:** Bacharela, Dr. Dr, Dra. MM (Meritíssimo) Juiz de Direito; iii) **os termos técnicos:** juntada, contestação, pedido contraposto, preliminar, capacidade postulatória, autos conclusos e outros. O que se refere à linguagem usada nos contextos forenses, Macedo (1986) apresenta uma classificação importante para a linguagem jurídica: i) **linguagem legal:** corresponde aos textos legais e dos costumes com força de lei; ii) **linguagem dos juristas:** resulta da interpretação dos doutrinadores.

Regras de etiquetas (*dress code*): determinam quais as roupas não devem ser usadas pelo jurisdicionado no ambiente forense e pelos juristas. Essa regra não se refere apenas à audiência, mas também a todo o ambiente forense.

3.3. A Linguagem Jurídica

Alguns juristas, no seu exercício profissional, fazem uso de uma linguagem excessivamente técnica que não aproxima o jurisdicionado do Direito, ao contrário, possibilita o distanciamento, haja vista não compreender uma língua que possui uma morfossintaxe complexa, um vocabulário erudito, ambíguo, permeado de formalidades e tecnicismo.

[...] o aspecto específico da linguagem usada nos documentos jurídicos é semelhante ao fenômeno linguístico das linguagens especiais, constituídas em geral de léxicos efetivamente especiais usados nas estruturas gramaticais e sintáticas das variedades linguísticas utilizadas na comunidade. A função central de todas as linguagens especiais é social: elas têm um real valor comunicativo, mas excluem da comunicação as pessoas de comunidades linguísticas externas ao grupo que usa a linguagem especial e, por outro lado, têm a função de reafirmar a identidade dos integrantes do grupo reduzido que tem a linguagem especializada (GNERRE, 1998, p. 23).

O apego exagerado ao tecnicismo da linguagem do Direito, segundo Jobim (2020), expressa uma pompa e uma prepotência na comunicação jurídica, fundamentada na ornamentação linguística do bacharelismo barroco em que o prestígio do bacharel se dava em razão da erudição na comunicação. Dessa forma, o bacharelismo passou a ser reconhecido pelo apego à retórica e pela obscuridade da linguagem (JOBIM, 2020).

Não estamos excluindo a linguagem especializada, mas, devemos evitar os excessos e usá-la apenas quando for necessário, considerando as circunstâncias e os interlocutores, portanto, ao empregarmos um termo técnico que não faça parte do léxico do interlocutor, devemos ter a “sensibilidade linguística” para dizer, em outras palavras, o significado naquele contexto, já que o jurista atua como o “tradutor” da linguagem técnica para o jurisdicionado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A audiência não poder ser analisada apenas do ponto de vista jurídico-processual. É, antes de tudo, um ato de interação comunicativa que envolve diversos aspectos, principalmente os formais. Essa formalidade inicia-se nas estruturas dos prédios dos tribunais e dos fóruns, fundamenta o *dress code*, regulamenta os ritos e os procedimentos e adota para cada situação comunicativa uma linguagem específica.

Tudo o que ocorre no âmbito forense é regido por regras desconhecidas, na sua maioria, pelo jurisdicionado. Essas regras devem ser mais flexíveis, haja vista no “jogo interativo”, principalmente, em uma audiência haver um participante alheio ao universo jurídico. O estar em juízo, para esse participante, já significa um estado de vulnerabilidades, sobretudo, comunicativa.

Não estamos excluindo as regras das audiências, uma vez que se trata de uma interação, e toda interação tem suas regras. Estamos propiciando uma análise dessas regras, inter-relacionando as três áreas: o Direito, por ser uma área eminentemente linguística; a Linguística Ecossistêmica, que, centrada nas interações, leva em conta os participantes, o ambiente e a língua; e a Sociolinguística Interacional que, recorrendo aos pressupostos da Análise da Conversa, busca compreender os atos linguísticos da interação. A partir dessa inter-relação, entendemos as peculiaridades de cada audiência, reconhecendo-a como uma interação institucional e analisamos com mais equidade, as relações jurídico-processuais.

Acreditamos que esta pesquisa, ainda no nascedouro, possibilitará uma reanálise na formação e atuação dos profissionais do Direito para uma melhor compreensão do universo jurídico.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Tribunal de Justiça do Estado da. Resolução 12/2007. Aprova o Regimento Interno dos Juizados Especiais do Estado da Bahia. Publicado no Diário Eletrônico do dia 23 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br>. Acesso em: 20 ago.2020.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 2003
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.
- BRASIL. Lei nº 9.099, DE 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 20. ago.2020.
- BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75. Acesso em: 20. ago.2020;
- BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l.8078.htm. Acesso em: 20. ago.2020.
- CARNELUTTI, Francisco. Como se se faz um processo. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2000.
- COUTO, Hildo Honório do. Linguística Ecológica. In: COUTO, H. H; COUTO, E.K.N.N.; ARAÚJO, G. P.; ALBUQUERQUE, D. B. (Org.). O paradigma ecológico para as ciências da linguagem: ensaios ecolinguísticos clássicos e contemporâneos. Goiânia, CEGRAF/UFG, 2016. p.209-262.
- COUTO, Hildo Honório do. Ecolinguística: estudo das relações entre língua e meio ambiente. Brasília: Thesaurus, 2007.
- DREW, Paul e HERITAGE, John. Analyzing talk at work: an introduction. In: DREW, Paul and HERITAGE, John (Eds.). Talk at work: interaction in institutional settings. New York: Cambridge University, [1978] 1992.
- FULLIN, Carmen Sílvia. Acesso à Justiça: A construção de um problema em mutação. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.) Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva 2013. p. 219-236.
- GARFINKEL, H. What is ethnomethodology? In: GARFINKEL, H. studies in ethnomethodology. Englewood Cliffs Prentice-Hall, 1967a. pp.1-34.
- GNERRE, Maurício, Linguagem, Escrita e Poder. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- GOFFMAN, E. Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face. Petrópolis: Vozes, 2011.

- GOFFMAN, Erving. Comportamentos em Lugares Públicos: Nota sobre a organização social dos ajuntamentos. Petrópolis: Editora Vozes. 2010.
- JOBIM, Nelson O juridiquês como legado barroquista. Disponível em <[http:// www.jota.info](http://www.jota.info)>acesso em: 21 ago.2020.
- LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2003
- MACEDO, Silvio de. Das Dimensões da Ciência Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DAMASCENO-MORAIS, Rubens. A pré-êstase como “preparação do terreno” em deliberações jurídicas. In: PINTO, R.; CABRAL, A. L. T.; RODRIGUES, M. G. S.. Linguagem e Direito: perspectivas teóricas e práticas. São Paulo: Contexto, 2016, p. 51-66.
- MELLINKOFF, David. The language of the law. Boston: Little Brown, 1963.
- PÁDUA, Joao Pedro. Direito como sistema de normas de normas e Direito como sistema de práticas: aportes teóricos e empíricos para a refundação da “ciência do Direito” (em diálogo com a Linguística Aplicada). In: PINTO, R.; CABRAL, A. L. T.; RODRIGUES, M. G. S.. Linguagem e Direito: Perspectivas teóricas e práticas. São Paulo: Contexto, 2016, p. 51-66.
- RIBEIRO, João. Frases feitas: estudo conjectural de locuções, ditados e provérbios. Rio de Janeiro: Livraria F. Alves, 1960.
- SANTOS, Boaventura de Souza. O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.
- SAPIR, Edward. Língua e ambiente: Linguística como ciência. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1969. p. 43-62
- TOMAZI, Micheline Mattedi; CUNHA, Gustavo Ximenes. O papel da polarização discursiva no processo de negociação de faces no processo judicial de violência contra a mulher. In: PINTO, R.; CABRAL, A. L. T.; RODRIGUES, M. G. S. Linguagem e Direito: perspectivas teóricas e práticas. São Paulo: Contexto, 2016, p. 145-164.

REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO E O ART. 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL: REQUISITO DE LEGITIMIDADE ATIVA OU MÉRITO DA CAUSA?

Vinícius de Novais Gertulino¹

Resumo: O presente trabalho tem como escopo demonstrar que a regra veiculada no artigo 166 do Código Tributário Nacional, que impõe condições especiais para a restituição dos denominados tributos indiretos, trata-se de um juízo de mérito, relativo à própria existência (ou não) do direito subjetivo à restituição do indébito. Para tanto, inicialmente, será realizada, ainda que de maneira sumária, uma diferenciação acerca das chamadas condições da ação (com destaque a legitimidade *ad causam*) e a noção de mérito da causa. A seguir, será analisado o conceito de sujeição passiva tributária, bem como a classificação dos tributos em diretos e indiretos, segundo o critério da repercussão econômica. Por fim, a partir da análise dos fundamentos jurídicos do direito subjetivo a restituição do indébito, procuraremos demonstrar que o artigo 166 trata de uma norma de direito material, cuja apreciação pelo juiz, encerrará, obrigatoriamente, uma decisão de mérito, e não de critérios jurídicos para a aferição da legitimidade ativa na ação de repetição do indébito tributário.

Palavras-chaves: Condições da ação – Sujeição passiva – Tributos diretos e indiretos – Indébito tributário – Artigo 166 do Código Tributário Nacional.

Abstract: The purpose of this paper is to demonstrate that the rule in article 166 of the National Tax Code, which imposes special conditions for the refund of the so-called

¹ Mestre em Direito Comercial na USP, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP.

indirect taxes, it refers to a merit judgment, concerning the very existence (or not) of the subjective right to refund the undue tax payment. In order to do so, initially, will be done, even if summarily, a differentiation about the so-called action conditions (with emphasis on the legitimacy *ad causam*) and the notion of merit of the case. Then, will be analyzed the concept of tax passive submission, as well as the classification of direct and indirect taxes, according to the criterion of economic repercussion. Lastly, from the analysis of the bases of the rights to refund the undue tax payment, we will try to demonstrate that the article 166 of the National Tax Code deals with a rule of substantive law, whose assessment by the court, will cause, necessarily, a merit decision, and not of legal criteria for the identification of the active legitimacy to charge a claim for refund of undue payment.

Keywords: Conditions of the action– Passive submission– direct and indirect taxes – refund of undue payment – Article 166 of the National Tax Code.

1. INTRODUÇÃO

A questão da “restituição de tributos” é, dentre tantos outros, um tema bastante tormentoso e polêmico no âmbito do Direito Tributário. Seu estudo envolve questões jurídicas controversas, tanto de âmbito constitucional quanto infraconstitucional, bem como questões fáticas delicadas, razão pela qual sempre foi objeto de profundos estudos doutrinários.

Não temos aqui o objetivo de analisar todas as questões jurídicas controvertidas a respeito do indébito tributário, mas apenas contextualizar a matéria e destacar, ainda que de maneira superficial, aqueles assuntos que, de alguma maneira, possuem pontos de contato com o objeto principal do presente trabalho, qual seja: definir se o art. 166 do Código Tributário Nacional retrata os critérios jurídicos para a aferição da legitimidade ativa na ação de repetição do indébito tributário ou se, na verdade, ele representa um critério de verificação empírico do próprio direito material à restituição do tributo pago indevidamente, ou seja, uma típica norma de direito material.

Na tentativa de responder essa questão, propomo-nos a examinar, no campo doutrinário: a natureza jurídica das denominadas “condições da ação” (com destaque à legitimação *ad causam*), em contraponto à noção de mérito, especialmente quanto aos diferentes planos de cognição de cada um desses institutos e as consequências de seu julgamento; a questão da sujeição passiva tributária, isto é, da previsão

daquele que poderá ser sujeito passivo da relação jurídica tributária; a classificação dos tributos em diretos e indiretos, segundo o critério da repercussão econômica; adentrar, a seguir, naquelas questões que giram em torno dos requisitos para a própria configuração do indébito tributário e do regime jurídico geral ao qual está submetido e, finalmente, oferecer os fundamentos para a adequada interpretação do art. 166 do Código Tributário Nacional.

Todas essas questões de direito material tributário acima referidas serão abordadas, vale novamente a ênfase, até o limite necessário ao estudo do tema, sendo ainda que abordagem acerca da legitimidade ativa na ação de repetição do indébito será analisada tipicamente como um fenômeno de caráter processual, o qual, em que pese se relacionar com o direito material controvertido, com ele não se confunde.

O estudo do art. 166 do CTN, é, facilmente, o alvo das maiores controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quando o assunto é a restituição de valores pagos indevidamente a título de tributo. Justamente por isso, não temos qualquer pretensão de oferecer uma resposta definitiva sobre o tema, mas, tão somente, apresentar uma dentre as várias interpretações possíveis dessa norma sobre restituição do indébito tributário, procurando contribuir para o desenvolvimento de seu estudo.

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO E MÉRITO DA CAUSA

Ação é um termo que possui mais de uma acepção na linguagem jurídica processual. Costuma ser utilizado para se referir ao “direito de ação”, ao “procedimento”, à “demanda” e, enfim, ao “direito afirmado em juízo”². Para o contexto do presente trabalho, nos focaremos, ainda que de forma superficial, apenas na acepção de “ação” como “direito de ação”.

O denominado “direito de ação” é garantido pela Constituição Federal no inciso XXXV do art. 5º³. Entende-se por direito de ação (ou direito constitucional de ação) o poder ou faculdade de alguém provocar a atividade jurisdicional do

² DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, Vol. 1. 16ª ed. Salvador, Editora Jus Podivm, 2014, p. 215.

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Estado, em decorrência de determinada situação concreta. Dentro dessa perspectiva, qualquer lei que procure inibir ou dificultar a provocação do Estado para prestar tutela jurisdicional será considerada incompatível com o sistema constitucional.

O direito de ação, contudo, não deve ser analisado simplesmente como uma garantia ao mero ingresso no judiciário, mas como uma garantia de atuação da ordem jurídica que surge da proteção da regra de direito material a determinada situação da vida⁴.

Daí por que não se deve entender que não possam existir temperamentos legítimos adotados no plano infraconstitucional para criar condições de uma melhor atuação do Estado e uma oferta de efetiva tutela aos titulares de interesses amparados pelo Direito⁵. E é justamente neste contexto que o tema “condições da ação” deve ser compreendido.

É bem verdade que o vigente Código de Processo Civil não utiliza mais a expressão “condições da ação”, como fazia seu antecessor. Entretanto, isso não significa que seja errado preservar a adoção da conhecida expressão idiomática tão difundida e significativa para a cultura e a doutrina do direito processual civil ou mesmo que tal categoria jurídica esteja banida do processo civil brasileiro. Neste tocante, CÂNDIDO RAGEL DINAMARCO relata:

“Com ou sem uma especificação na lei, ao estudioso do processo é imperioso fazer esse enquadramento sistemático, dado que a categoria das condições da ação se insere a fundo no quadro dos pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito e a própria lei continua destinando à legitimidade e ao interesse uma disciplina comum. Essa é uma postura inerente à cultura processualística brasileira desde há muitas décadas, herdada de Chiovenda e cultivada por todos neste país. Suprimir no plano conceitual e científico a categoria das condições da ação significaria prestar meia adesão à orientação seguida pela doutrina alemã, sem adequar a esta toda a disciplina dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito”⁶.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo. 6ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 98.

⁵ “Uma coisa é a lei reduzir a amplitude do ‘direito de ação’, dificultar, embaraçar ou impedir o seu exercício, outra, bem diferente, é tornar a atuação jurisdicional do Estado a mais eficiente possível inclusive com vistas à prestação da tutela jurisdicional, *temperando* adequadamente a incidência de outros princípios constitucionais do processo civil, disciplinando, por isto mesmo, o mesmo direito”. BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1, 7. ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: volume II. – 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p.351-352.

Pelo “novo” Código de Processo Civil, que não faz mais referência à possibilidade jurídica entre as condições da ação, atualmente existem apenas duas condições da ação: o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*.

O interesse de agir está presente quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum. Há dois fatores sistemáticos muito úteis para a avaliação da presença do interesse de agir em um determinado caso concreto: a necessidade da realização do processo e a adequação do provimento jurisdicional postulado. Só existirá “interesse-necessidade quando sem o processo e sem o exercício da jurisdição o sujeito seria incapaz de obter o bem desejado”⁷.

A legitimidade *ad causam* – também denominada de legitimidade para a causa, *legitimatío ad causam* ou legitimidade para agir – relaciona-se à identificação daquele que pode pretender ser o titular do bem da vida deduzido em juízo (relação jurídica de direito material), seja como autor (legitimidade ativa), seja como réu (legitimidade passiva)⁸.

Nessa linha, para que a tutela jurisdicional pretendida possa ser exercida em sua plenitude, os sujeitos indicados no processo devem ser os mesmos que compõe a relação jurídica substancial, visto que, por expressa determinação legal “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” (art. 18 do CPC). Em outras palavras, a noção de legitimidade *ad causam* deve ser retirada do plano material, transformando a titularidade da relação jurídica substancial em uma realidade processual e os participantes de uma determinada relação jurídica material em partes⁹.

Seguindo esse raciocínio, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE leciona:

“A legitimação processual nada mais é do que reflexo da própria legitimação de direito material. Da mesma forma que a validade e

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016, p.117.

⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1, 7. ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339.

⁹ “Essa noção revela os principais aspectos da legitimidade *ad causam*: a) trata-se de uma situação jurídica regulada pela lei (‘situação legitimante’; ‘esquemas abstratos; ‘modelo ideal’, nas expressões normalmente usadas pela doutrina), em que se atribui o poder jurídico de conduzir determinado processo; b) é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu); c) afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida – ‘toda legitimidade baseia-se em regras de direito material’, embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda; trata-se de uma condição ‘transitiva, relacional’, pois ‘acha-se ligada a uma determinada situação e afere-se em face de dadas pessoas’”. DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 229-230.

eficácia de um ato concernente a relação jurídica substancial depende de estar o agente investido de condição legal para praticá-lo, também o ato processual consubstanciado na demanda deve envolver sujeitos que, em tese, encontram-se naquela situação da vida trazida à apreciação do juiz. Se apenas o proprietário pode alienar, somente quem se diz proprietário tem legitimidade para reivindicar. É sempre a situação substancial afirmada que determina a legitimação”.¹⁰

Há casos, excepcionalmente, em que o ordenamento jurídico possibilita que alguém, em nome próprio, pleiteie direito alheio em juízo. Trata-se da “legitimação extraordinária”, comumente tratada como sinônimo de “substituição processual”.

O substituto processual é a pessoa que recebe da lei ou do sistema legitimidade para atuar em juízo no interesse alheio, como parte principal, sem figurar como sujeito da relação jurídica substancial controvertida. É característico à técnica da legitimação extraordinária a eficácia da sentença sobre a esfera de direitos do substituído, mesmo este não tendo figurado formalmente como parte no processo. Substituindo-o nessa condição, o legitimado extraordinário é legalmente autorizado a tomar iniciativas e conduzir o processo eficazmente, sem ser o titular do direito material em conflito.

Isto significa dizer que o substituto processual se torna parte apenas em sentido processual, mas a condição de parte em sentido material (isto é, a titularidade da relação jurídica substancial) continua com o substituído, que é o sujeito em prol do qual é pedida a tutela jurisdicional.

Ainda que o substituto processual seja destinatário de algum benefício *indireto* associado à iniciativa que tomar, uma coisa deve ser deixada clara, a tutela jurisprudencial será sempre pleiteada em prol do substituído, ou seja, da pessoa que figura como sujeito de direito integrante da relação de direito material conflituosa. Tal fato, inclusive, levou o Código de Processo Civil, no parágrafo único do art. 18, a autorizar expressamente a intervenção do substituído no processo na qualidade de assistente litisconsorcial¹¹.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo. 6ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117.

¹¹ CASSIO SCARPINELLA BUENO chega inclusive a defender que o magistrado possui o poder-dever de dar ciência ao substituído para que este, querendo, possa intervir no processo. Sobre a necessidade de comunicação, afirma: “A resposta é positiva porque ela decorre dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Assim, cabe ao magistrado, defrontando-se com hipóteses de substituição processual (ou, mais amplamente, de legitimação extraordinária), dar ciência para o substituído para, querendo, intervir no processo. Trata-se, nesse sentido, de verdadeiro *dever-poder* do magistrado. No contexto dos embargos de terceiro, não é diversa a razão de ser do parágrafo único do art. 675”. BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 96.

A análise das condições da ação, como bem pondera CASSIO SCARPINELLA BUENO¹², deve ser realizada no contexto da chamada “teoria da asserção”¹³. Dentro dessa perspectiva, o Estado-Juiz deverá rejeitar qualquer pedido de atuação jurisdicional e, como consequência lógica, de concessão de tutela jurisdicional que seja manifestamente despropositado; manifestamente infundado; manifestamente descabido. Neste quadro, para a verificação do preenchimento das condições da ação em dado caso concreto, seria necessário e suficiente, a princípio, que elas sejam afirmadas pela parte e que o Estado-Juiz verifique, em cognição sumária¹⁴, seu adequado preenchimento. E, se ao longo do processo não existir qualquer elemento que infirme essa conclusão preliminar do magistrado, o processo deve seguir seu curso em direção à concessão da tutela jurisdicional para quem tem direito.

Sem adentrar na discussão doutrinária se as condições da ação constituem requisitos de existência do direito de ação¹⁵, ou se são requisitos ligados ao atingimento dos escopos da atividade jurisdicional¹⁶, ou até mesmo se são

¹² BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1, 7. ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2013, p. 338.

¹³ Repudiando a teoria da asserção, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO afirma que: “não basta que o demandante descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação. É preciso que elas existam realmente. Uma condição da ação é sempre uma *condição da existência do direito de ação*, e por falta dela o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, quer o autor já descreva uma situação em que ela falte, quer dissimule a situação e só mais tarde os fatos revelem ao juiz a realidade. Seja ao despachar a petição inicial ou no julgamento conforme o estado do processo (arts. 354-357) ou em qualquer outro momento intermediário do procedimento – ou mesmo afinal, no momento de proferir a sentença -, o juiz é proibido de julgar o mérito quando se convence da falta de uma condição da ação”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: volume II. – 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p.368.

¹⁴ KAZUO WATANABE, ao tratar do tema relativo a cognição no processo civil, propôs que o tema fosse analisado em dois planos distintos: “numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: *horizontal* (extensão, amplitude) e *vertical* (profundidade). No *plano horizontal*, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (*trinômio*: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: *binômio*, com exclusão das condições da ação; para Celso Neves: *quadrinômio*, distinguindo pressupostos dos supostos processuais). Neste plano, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (parcial), segundo a extensão permitida. No *plano vertical*, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta).

¹⁵ “Presentes essas *condições* da ação, diz-se que o sujeito tem *direito de ação* – e conseqüentemente só o terão aqueles que se encontrarem amparados por elas. *Carece de ação* quem não esteja amparado por esses requisitos, ainda que *apenas um* deles lhe falte. Não se trata de condições para o *exercício* da ação, mas para sua própria *existência* como direito ao processo – porque seria estranho afirmar que um direito existe mas não pode ser exercido quando lhe faltam um dos requisitos constitutivos (na realidade ele *inexiste*)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: volume II. – 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p.350.

¹⁶ “Na ocasião – e desde então o assunto atinente à teoria da ação nos interessa profundamente – dissemos que não há sentido em se afirmar que, inexistente uma ou algumas das condições da ação, não teria sido exercida a

condições de “eficácia” do direito de ação¹⁷, por não ser o cerne do presente trabalho, nos limitaremos, com fulcro no art. 485, inciso VI do CPC, a dizer que o juiz não resolverá o mérito da causa quando verificar a ausência de legitimidade ou interesse processual, sendo permitido a parte propor novamente a demanda, conforme estabelece o art. 486, § 1º, do CPC¹⁸.

Feitas tais considerações, devemos, agora, ainda que de maneira rudimentar, traçar um paralelo acerca do mérito da causa e as consequências de seu julgamento.

A doutrina, como ocorre em relação a diversos outros assuntos, não é unívoca quanto a delimitação do conceito de mérito¹⁹.

Parte da doutrina processualista entende “mérito” como sendo a pretensão trazida com o pedido de julgamento, isto é, como sinônimo de pedido. Nessa linha, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO relata:

“Com essa conceituação e esse modo de inserir-se no processo civil de resultados, o objeto do processo consiste exclusivamente no pedido formulado pelo demandante. É ali que reside a pretensão

atividade jurisdicional. O que pode ter ocorrido – e nesse ponto a teoria de Liebman é extremamente coerente – é que o cumprimento da função jurisdicional não tenha se aperfeiçoado com toda a sua potencialidade. Isto porque, uma vez inexistente o provimento de mérito, a *definitividade*, que é característica essencial da jurisdição, pode não vir a ser alcançada (e, conforme a letra do Código de Processo Civil, não é alcançada) pela sentença de carência de ação. Ainda sim objetivamos que o fato de a *definitividade*, inerente ao provimento de mérito, não ter sido alcançada não retira a natureza jurisprudencial da atividade exercida pelo órgão judicial no decorrer do processo. Essa atividade pode não ter cumprido *plenamente* sua função, seu objetivo – o que é coisa diversa. Porém, se a proteção jurisdicional (tutela jurisdicional) definitiva acerca do mérito não foi concedida em favor do autor ou do réu, nem por isso se pode dizer que não houve atividade voltada a este fim, é dizer, atividade jurisdicional”. ALVIM, Arruda. A ação e as condições da ação no processo civil contemporâneo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 153.

¹⁷ “A partir desta análise, e numa releitura ‘não ortodoxa’, da teoria das ‘condições da ação’, poder-se-ia afirmar que as ‘condições’ legalmente estabelecidas (legitimidade e interesse) ao direito constitucional de ação dizem, em verdade, com sua eficácia plena, e não propriamente com sua existência. Com efeito, ao tratarmos as condições da ação como condições de eficácia (e não de existência) do direito de ação, suplantamos as objeções à teoria que dizem com a impossibilidade de declaração de inexistência de um direito que já fora, ao menos em parte, exercido pelo jurisdicionado, já que parece-nos certo que a cada ato praticado pela parte, dentro do processo, materializa-se o exercício do direito de ação”. PRIA, Rodrigo Dalla. A legitimidade na ação de repetição de indébito tributário. In CONRADO, Paulo Cesar. Processo tributário analítico, volume III. São Paulo: Noeses, 2016, p.7.

¹⁸ Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. § 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

¹⁹ “O último dado do trinômio é o mérito da causa. Sua exata conceituação depende, antes de mais nada, do uso da terminologia adequada, pois a respeito do tema – como acontece, com grande dano à ciência processual, também em relação a muitos outros assuntos – não se põem de acordo os processualistas”. WATANABE, Kazuo. Cognition no processo civil. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.104.

cujo reconhecimento reside e cuja satisfação o demandante quer. A utilidade do processo reside precisamente nisso, na capacidade de absorver pedidos e dar-lhes afinal a solução prática conveniente segundo o direito. Prover o pedido é dar a tutela jurisdicional ao autor; desprovê-lo, ao réu. Os fundamentos de fato e de direito que o demandante inclui na demanda têm o objetivo de construir o raciocínio lógico-jurídico que, segundo ele, conduz ao direito afirmado – mas nenhuma vantagem prática recebe o autor ou o réu, em sua vida externa ao processo, só pelo acolhimento ou rejeição da causa de pedir ou dos fundamentos da defesa”²⁰

De outro lado, há autores que defendem que o mérito seria composto pela situação substancial deduzida, isto é, pela causa de pedir, e pelo comando jurisdicional pretendido, qual seja, o pedido, sendo ainda que os limites do mérito podem ser fixados por todas as partes do processo. Esse entendimento é defendido, por exemplo, por FREDIE DIDIER JR.:

“O objeto litigioso, neste caso, passa a ser o conjunto das afirmações de existência de um direito feitas pelo autor e pelo réu. Resumidamente, no caso em que o réu exerceu um contradireito, o mérito do processo é a soma de dois binômios, que pode expressar-se da seguinte maneira: afirmação do direito do demandante (pedido + causa de pedir) + afirmação do contradireito pelo demandado (pedido + causa de exceção). (...) Todo procedimento possui um objeto litigioso, que é o tema a ser resolvido pelo ato final, do qual todos os demais atos que o compõem são preparatórios. O objeto litigioso de cada procedimento é definido pelo seu ato inaugural, normalmente uma demanda formulada por uma das partes – com a possibilidade de ampliação em razão da postulação do réu (com a afirmação de direitos, na reconvenção ou pedido contraposto, ou contradireitos, na defesa)”²¹.

Não temos a intenção de chegar a uma conclusão definitiva quanto a abrangência do conceito de “mérito”, ou mesmo de tomar uma posição nessa acalorada discussão doutrinária; desejamos, com essas breves considerações, apenas registrar algumas observações que nos pareceram de relevância para o tema, para que assim pudéssemos adentrar nas reais consequências práticas da ocorrência (ou não) do julgamento de mérito e na formação da coisa julgada, isto é, na existência ou não da possibilidade de repositura da demanda com fundamento no art. 486, § 1º, do CPC.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: volume II. – 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 213-214.

²¹ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, Vol. 1. 16ª ed. Salvador, Editora Jus Podivm, 2014, p.333-334.

Ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a coisa julgada era definida tradicionalmente como a qualidade atribuída aos efeitos da sentença contra a qual não mais era possível a interposição de recurso, tornando-a imutável, podendo ser material, no caso de sentença de mérito proferida em cognição exauriente não mais passível de recurso, ou formal, no caso de sentença terminativa (sem julgamento do mérito), cujos efeitos eram projetados para “dentro” do próprio processo.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, houve uma reformulação no conceito de coisa julgada, passando esta a ser definida pelo art. 502 do CPC/2015 como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Ocorreu, assim, uma atualização do conceito de coisa julgada, em que não é mais possível vincular a sua figura apenas às “sentenças de mérito”, como fazia o art. 467 do CPC/73, devendo, a partir da nova dicção do art. 502 do CPC/2015, levar em consideração as “decisões de mérito”, quer as expressadas como sentença, quer as reveladas como interlocutórias²².

Dentro desta nova perspectiva, podemos definir como coisa julgada material a característica de imutabilidade da decisão de mérito (seja sentença ou decisão interlocutória), analisada dentro e fora do processo, ou seja, com o objetivo de estabilizar as relações de direito material, tornando-a indiscutível no processo em que foi produzida ou em qualquer outro²³. Já a coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão dentro do processo em que foi proferida, de maneira que naquele processo nenhum outro julgamento se fará, não sendo obstado a parte a propositura de uma nova ação.

²² CONRADO, Paulo Cesar. Exceção de pré-executividade em matéria: do sincretismo processual ao dever de cooperação (Art. 6º do CPC/2015), passando pela “nova” definição de coisa julgada. In: ARAUJO, Juliana Furtado Costa; CONRADO, Paulo Cesar (Coords.). O Novo CPC e seu Impacto no Direito Tributário. 2ª edição. São Paulo: Fiscosoft, 2016, p. 136.

²³ “Por outro lado, ao conceituar a coisa julgada, o art. 502 menciona expressamente a possibilidade de que esta venha a se formar a partir de decisões interlocutórias de mérito. Sem prejuízo disso, é assente também a ideia de que o recurso interposto pode ser parcial (art. 1.002), ensejando a formação da coisa julgada sobre os capítulos da sentença não impugnados. Para alguns, ter-se-ia aqui a chamada ‘coisa julgada progressiva’, mas, na verdade, o que se sucede é a formação autônoma de diversas coisas julgadas sobre parcelas independentes do objeto da lide. Essa fragmentação, pois, poderá surgir seja em virtude do julgamento antecipado parcial não recorrido ou com recurso desprovido, seja em razão da não impugnação de parte da sentença”. NETO, Newton Pereira Ramos. A sistemática da coisa julgada no novo CPC e seus reflexos nas demandas tributárias. In: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio. Processo Tributário: Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 16. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 380-381.

Será justamente a partir destas diferenciações (condição da ação/mérito e julgamento com/sem julgamento de mérito) que pretendemos concluir se o juízo sobre a ausência ou presença de prova da assunção do encargo financeiro ou, ainda, da expressa autorização do terceiro que suportou a repercussão econômica do tributo, com base no art. 166 do CTN, é: ou um juízo de mérito, relativo à própria existência (ou não) do direito subjetivo à restituição do indébito em determinado caso concreto, resultando em uma sentença de procedência ou improcedência da ação de repetição do indébito; ou uma norma fixadora de legitimidade ativa, em que, caso não fossem contempladas uma das situações previstas no art. 166, o autor da ação careceria de legitimidade *ad causam*, resultando na prolação de uma sentença sem julgamento do mérito, sendo permitida a parte a propositura de uma nova demanda, ante a inexistência de coisa julgada material.

3. SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA

Ocorrido o fato jurídico tributário, instala-se a relação dele decorrente, denominada relação jurídica tributária. Esta é composta por dois sujeitos, sendo um o sujeito ativo, que é o titular do direito subjetivo público de exigir o cumprimento da prestação pecuniária equivalente ao tributo, e o outro o sujeito passivo, que é aquele portador do dever jurídico de adimplir referida prestação.

Colocaremos em destaque, aqui, a questão da sujeição passiva, isto é, da previsão daquele que poderá ser sujeito passivo da relação jurídica tributária, ou seja, daquela pessoa física ou jurídica de quem se exige o cumprimento da prestação pecuniária ou daquelas prestações concebidas para produzirem o surgimento de deveres jurídicos dos quais determinada pessoa indicada pela norma deve observar para imprimir efeitos práticos para à percepção dos tributos.

A sujeição passiva pode ser tanto estabelecida na própria regra-matriz de incidência tributária (sujeição passiva *stricto sensu*), como também mediante a existência de uma norma de responsabilidade de terceiros que se acopla àquela estrutura originária, instaurando e constituindo outra relação jurídica de direito material tributário (sujeição passiva *lato sensu*)²⁴. Nos focaremos, neste ponto, apenas na ideia de sujeição passiva *stricto sensu*.

²⁴ MASSUD. Rodrigo G. N. Responsabilidade tributária do administrador (CTN, 135, III) circunstâncias materiais e processuais: causas e efeitos nos planos administrativo e judicial (execução fiscal). In: CONRADO, Paulo Cesar (coord.). Processo Tributário Analítico - Volume II. 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2016, p. 216.

Com relação a sujeição passiva *stricto sensu*, ao dispor sobre as feições que o sujeito passivo pode assumir na relação jurídica tributária, o CTN (em seu art. 121, parágrafo único, I e II) prescreve que este pode ser: I - contribuinte; II - responsável.

Será sujeito passivo da obrigação tributária na condição de contribuinte o sujeito de direito que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato jurídico tributário. Ou seja, contribuinte é aquele que pratica, no mundo fenomênico, o evento "juridicizado" previsto na regra instituidora do tributo²⁵.

A figura do contribuinte é, geralmente, identificável à vista da simples descrição da materialidade do fato *in abstracto* descrito em lei que tem a aptidão de fazer nascer a relação jurídica tributária. Desse modo, "auferir renda" conduz à pessoa que auferir renda; "prestar serviços" leva ao prestador de serviços; "importar" bens coloca em evidência a figura do importador, ou seja, "dado o fato, ele é atribuído a alguém, que o tenha 'realizado' ou 'praticado'"²⁶.

Em outras palavras, contribuinte é aquele que protagoniza o fato descrito na hipótese de incidência tributária, vale dizer, o sujeito passivo natural da obrigação tributária, aquele que tirou proveito econômico do fato jurídico.

A figura do responsável, por sua vez, como relata OCTAVIO BULCÃO NASCIMENTO, será instituída com a intenção de aumentar as possibilidades jurídicas do Fisco de receber o valor do crédito tributário do contribuinte. O responsável, dessa forma, estará sempre adimplindo prestação vinculada à dívida do contribuinte, sendo, assim, o regime jurídico da prestação do responsável sempre o do contribuinte. Dentro dessa perspectiva, não há que se falar em capacidade contributiva do responsável, não importando ainda para essa figura a existência (ou não) de vínculo ao fato jurídico tributário²⁷.

Em razão do responsável nunca possuir uma prestação com base em sua capacidade contributiva, não pode o mesmo ter seu patrimônio afetado em decorrência da norma tributária que institui a responsabilidade.

Assim, não sendo o responsável aquele que realiza o fato jurídico que viabiliza

²⁵ ARAUJO, Juliana Furtado Costa; CONRADO, Paulo Cezar; VERGUEIRO, Camila Campos. Responsabilidade tributária. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 27.

²⁶ AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 329.

²⁷ NASCIMENTO, Octavio Bulcão. Sujeição passiva tributária. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 817-818.

o surgimento da obrigação tributária e tendo ele apenas o dever de adimplir a dívida do contribuinte, há limites para que o legislador possa instituir a figura da responsabilidade tributária, sendo estas: a) necessidade de previsão legal do dever de prover o recolhimento do tributo decorrente de fato jurídico realizado por outra pessoa; b) que o regime da prestação do responsável seja sempre o do contribuinte; c) que a carga do tributo não seja suportada pelo responsável com comprometimento de seu patrimônio, sendo a ele garantido o direito de haver ou descontar do contribuinte o valor do tributo que deverá ser pago; d) que exista um vínculo jurídico entre o contribuinte e o responsável que permita a este cumprir sua obrigação de auxiliar do Fisco no recebimento da dívida do contribuinte.

Tais definições acerca da sujeição passiva tributária (em especial a de “contribuinte”) serão de grande relevância para o núcleo deste trabalho, em que abordaremos à restituição de tributos cuja natureza seja aquela prescrita no art. 166 do CTN, isto é, cujo regime jurídico pressupõe o repasse a terceiro, estranho a relação jurídico tributária, do ônus financeiro inerente à exação que foi imposta, juridicamente, ao sujeito passivo da obrigação tributária. Ou seja, naqueles casos em que há uma dissociação entre o sujeito que sofre a incidência do tributo por configurar no polo passivo da obrigação tributária e o sujeito que suporta definitivamente o encargo financeiro do tributo.

4. A CLASSIFICAÇÃO DOS TRIBUTOS EM DIRETOS E INDIRETOS, SEGUNDO O CRITÉRIO DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA

A classificação dos tributos em diretos e indiretos é tradicional na doutrina.

Como bem sintetizou JOSÉ MÖRSCHBÄCHER²⁸, basicamente cinco teorias ou critérios têm sido propostos para a solução de problemas jurídicos envolvendo tratamento diferenciado entre os impostos diretos e indiretos: a) o critério da repercussão econômica dos impostos, segundo o qual seriam diretos aqueles suportados em definitivo pelo contribuinte, obrigado por lei ao seu pagamento, e indiretos os que são, ou podem ser, transferidos por este, através do chamado fenômeno da repercussão econômica, para uma outra pessoa que, por sua vez, os transferirá ou suportará em definitivo; b) o critério administrativo do lançamento, segundo o qual seriam diretos aqueles impostos sujeitos a lançamento e

²⁸ MÖRSCHBÄCHER, José. Repetição do indébito tributário indireto. 3. ed. São Paulo: Dialética, 1998, p.19-20

indiretos, por consequência, os não sujeitos a lançamento; c) critério do fato gerador, em que seriam diretos aqueles impostos cujo fato gerador fosse uma situação constante, durável ou contínuo (como, por exemplo, nas imposições sobre a propriedade ou renda), enquanto indiretos seriam os impostos cujo fato gerador fossem representados por atos ou fatos intermitentes, isolados ou particulares (como, por exemplo, uma compra e venda, um consumo); d) o critério da ficção legal, mediante o qual seriam indiretos somente aqueles impostos que a lei expressamente nomeasse, e direto os demais; e) critério dos campos econômicos impositivos, segundo o qual seriam diretos os impostos que recaem sobre o patrimônio ou renda, e indiretos os que recaem sobre o consumo, gasto ou despesa.

Todas estas classificações possuem um inegável valor didático, especialmente porque propiciam uma melhor compreensão de importantes conceitos de Direito Tributário.

Contudo, para os efeitos aqui perseguidos, e levando-se em conta ser o critério acolhido pela jurisprudência de nossos Tribunais Superiores²⁹ e o mais utilizado entre os doutrinadores na tentativa de se definir a legitimidade ativa para o indébito tributário (inclusive, entre aqueles que a rechaçam³⁰), devemos

²⁹ Nesse sentido já havia se consolidado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes do advento da CF/98, conforme enunciado na Súmula 546 do STF (Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte “de jure” não recuperou do contribuinte “de facto” o “quantum” respectivo). Atualmente, tal posicionamento acerca do critério de adoção da repercussão econômica e a existência das figuras do “contribuinte de direito” e “contribuinte de fato” continua a ser adota pelo STF, conforme se verifica nos julgamentos: RE 599181 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ªT, j. 01/12/2017, DJE 291 de 18/12/2017; AI 688.410 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, 2ªT, j. 15/02/2011, DJE 60 de 30/03/2011; RE 589.715 AgR, rel. min. Ayres Britto, 2ªT, j. 31/08/2010, DJE 204 de 25/10/2010. Esse critério foi, igualmente, adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica pelo julgamento do REsp 903.394, representativo de controvérsia: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DISTRIBUIDORAS DE BEBIDAS. CONTRIBUINTES DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. SUJEIÇÃO PASSIVA APENAS DOS FABRICANTES (CONTRIBUINTES DE DIREITO). RELEVÂNCIA DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA DO TRIBUTO APENAS PARA FINS DE CONDICIONAMENTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO SUBJETIVO DO CONTRIBUINTE DE JURE À RESTITUIÇÃO (ARTIGO 166, DO CTN). LITISPENDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO. 1. O “contribuinte de fato” (in casu, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa ad causam para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo “contribuinte de direito” (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente. (...)4. Em se tratando dos denominados “tributos indiretos” (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166, do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido. (...)

³⁰ Nessa linha, precisas as colocações de ANDRÉA MEDRADO DARZÉ: “Com efeito, o estudo da ‘tributação indireta’ tem se mostrado extremamente paradoxal e circular. Não são poucos os juristas que rejeitam a classificação dos tributos em diretos e indiretos, afirmando-se tratar de dicotomia baseada em

nos fixar, com maiores detalhes, na análise daquele critério que procura distinguir os tributos em diretos ou indiretos conforme ocorra, ou não, em relação aos mesmos, o chamado fenômeno da repercussão econômica.

Como mencionado, esse critério, levando em consideração a existência ou não de repercussão econômica, isto é, quando a carga tributária é ou não transferida a terceira pessoa que não participa da relação jurídica tributária, levou a doutrina a diferenciar duas categorias de “contribuinte”: a) “contribuinte de direito”, como sendo aquela pessoa física ou jurídica que sofre a incidência do tributo por configurar no polo passivo da obrigação tributária; e b) “contribuinte de fato”, como sendo aquele que, embora não integre a relação jurídica tributária na condição de sujeito passivo, suporta definitivamente o ônus do tributo³¹.

Ocorre que os fundamentos desse critério repousam em noções e princípios que, embora relevantes no campo da Economia e da Ciência das Finanças, são absolutamente estranhos ao Direito Tributário³². Isto porque, para o Direito Tributário “contribuinte” é somente aquela pessoa, física ou jurídica, colocada na condição de sujeito passivo da obrigação tributária em razão de existir uma relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato jurídico tributário.

Verificaremos, nos pontos a seguir expostos, se essa dissociação entre contribuinte de direito e contribuinte de fato (classificação está estranha ao direito tributário), tem o condão de influenciar, ou não, na legitimidade ativa para a propositura do pedido de restituição do indébito.

5. OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO SUBJETIVO À RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO

Sempre que determinada prestação pecuniária, recolhida a título de tributo, mesmo devidamente constituída por uma norma individual e concreta (seja mediante o lançamento seja mediante o “autolancamento”), vir a ser tida como indevida, surgiria a figura do indébito tributário. Nessa situação, verificada a

critérios atécnicos e sem sustentação científica. O que é curioso notar, todavia, é que esses mesmo autores usam indiscriminadamente as figuras do contribuinte de fato e de direito para definir a legitimidade ativa para a restituição do indébito tributário, olvidando-se que a presente dualidade é mero desdobramento lógico daquele ‘outra classificação’. DARZÉ, Andréa Medrado. Restituição do indébito tributário: legitimidade ativa nas incidências indiretas. 2014. 426 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 11.

³¹ CHIESA, Clélio. Imunidades e normas gerais de direito tributário. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 936.

³² BOTTALLO, Eduardo Domingos. Repetição do indébito tributário e o art. 166 do código tributário nacional. Disponível em: < www.journals.usp.br/rfdusp/article/download/67441/70051>. Acesso em: 25/02/2019.

ocorrência da figura do pagamento indevido, surgiria para o contribuinte da obrigação tributária o direito subjetivo à restituição do indébito, gerando uma nova relação jurídica, designada de relação de débito do fisco, cuja extinção ficará condicionada à verificação de uma segunda ordem de acontecimentos.

Há um interessante debate doutrinário acerca da natureza jurídica da figura do indébito tributário, isto é, se o tributo pago indevidamente possui ou não natureza jurídica de tributo.

Respeitáveis juristas sustentam que o pagamento indevido não enseja a restituição de um tributo, sendo, inclusive, uma impropriedade do legislador, no art. 165 do CTN, referir-se à restituição de “tributo indevido”. Nesse sentido, LUCIANO AMARO defende que na restituição do indébito, não se cuida de tributo propriamente dito, mas de valores recolhidos, indevidamente, a esse título, em que alguém, falsamente posicionado como sujeito passivo, paga um valor a outrem, falsamente rotulado de sujeito ativo. Assim, “se inexistia obrigação tributária, de igual modo não havia nem sujeito ativo, nem sujeito passivo, nem tributo devido”³³. Na mesma linha, REGINA HELENA COSTA afirma que, em verdade, o pagamento efetuado indevidamente não rende ensejo à restituição de tributo, já que este corresponde a um valor devido ao fisco, motivo pelo qual o “montante recolhido indevidamente a esse título não é tributo, daí o dever de sua devolução pelo Poder Público”³⁴. Igualmente, JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO leciona que a expressão restituição do tributo é equivocada, sob o fundamento que “tributo devido não é restituível; o que se restitui é uma quantia oferecida ao Erário rotulada incorretamente como tributo, mas que não atende aos pressupostos formais e materiais desta exação”³⁵.

Discordamos, todavia, desta orientação. Entendemos que a natureza jurídica do indébito tributário é de tributo. Isto porque, os valores exigidos pelo Estado, no exercício de sua função impositiva e realizadas como cumprimento de uma norma válida, ou pagas espontaneamente pelo contribuinte, na intenção de solver um débito fiscal, tem as características próprias das entidades tributárias, satisfazendo os requisitos do art. 3º do CTN³⁶ para caracterizar-se como tributo.

³³ AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 449.

³⁴ COSTA, Regina Helena. Curso de direito tributário. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 284.

³⁵ MELO, José Eduardo de. Repetição do indébito e compensação. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Repetição do indébito e compensação no direito tributário. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 1999, 232.

³⁶ Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir,

Isto porque, no sistema de referência adotado neste trabalho, partimos de uma premissa normativista de validade da norma, levando em consideração sua relação de pertencibilidade para com o sistema do direito positivo, considerando sua inserção no sistema em decorrência de um órgão/autoridade competente para produzi-la, mediante um procedimento estabelecido para esse fim³⁷. Nessa situação, a validade se confunde com a própria existência da norma, de modo que afirmar que uma norma existe implica reconhecer sua validade, em face de determinado sistema jurídico, de tal sorte que ou a norma existe, está inserida no sistema e é, portanto, válida, ou não existe como norma jurídica³⁸.

Assim, ainda que os valores exigidos a título de tributo não guardarem estrita compatibilidade com o sistema, seja porque a lei que as instituiu desrespeita as normas de superior hierarquia, seja porque a cobrança em si não possui um respaldo legal, ou, ainda, porque o fato eleito pela lei como hipótese tributária não tenha ocorrido, enquanto não vier outra norma que a retire do sistema, certo é que os valores exigidos ou espontaneamente pagos pelo contribuinte são tributo.

A circunstância dos valores pagos a título de “tributo indevido” vierem a ser devolvidas pelo Poder Público não é motivo suficiente para descaracterizá-los como tributo. Seguindo essa corrente de pensamento e defendendo o caráter tributário do indébito tributário, PAULO DE BARROS CARVALHO afirma:

“As quantias exigidas pelo Estado, no exercício de sua função impositiva, ou espontaneamente pagas pelo administrado, na convicção de solver um débito fiscal, têm a fisionomia própria das entidades tributárias, encaixando-se bem na definição do art. 3º do Código Tributário Nacional. A contingência de vierem a ser devolvidas pelo Poder Público não as descaracterizam como tributo e para isso é que existem os sucessivos controles de legalidade que a Administração exerce e dos quais também participa o sujeito passivo, tomando a iniciativa ao supor descabido

que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

³⁷ “O critério da autoridade competente diz respeito ao emissor da mensagem, a pessoa que a produz. Para que um enunciado seja tomado como existente na ordem jurídica, a pessoa que o emitiu deve estar credenciada pelo sistema como apta para nele inserir norma jurídica. Se o emissor não for uma pessoa legitimada pelo sistema para executar a função de emissor, os enunciados por ele produzidos não serão válidos, isto é, não existirão enquanto linguagem jurídica. Já o critério do procedimento próprio diz respeito à forma de produção da mensagem. Para que um enunciado seja tido como existente ele deve ser produzido de acordo com uma forma prescrita pelo direito como própria para a produção de enunciados jurídicos”. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito (o constructivismo lógico-semântico)*. São Paulo: Noeses, 5ª ed., 2016, p. 724.

³⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 100.

o que lhe foi cobrado, ou postulando a devolução daquilo que pagara indebitamente. Não sendo suficiente o procedimento administrativo que para esse fim se instale, terá o interessado acesso ao Poder Judiciário, onde poderá deduzir, com os recursos inerentes ao processo judicial, todos os argumentos e provas que deem substância aos seus direitos”³⁹.

Dessa forma, o “tributo indevido” também é tributo, pois determinada exigência, mesmo ferindo o ordenamento jurídico, terá índole tributária até a respectiva norma incompatível ser retirada do sistema. Em outras palavras, o pagamento realizado com base numa cobrança “indevida” consistirá em pagamento de tributo, justamente porque realizado como cumprimento ao disposto numa norma válida. O montante exigido em desconformidade com a regra-matriz de incidência, ou com os fundamentos de validade desta, é tributo (devido) e, porque revestido de caráter tributário, há de ter regulada sua devolução com base no sistema tributário⁴⁰.

Nos tributos sujeitos ao ato administrativo de lançamento, o pagamento indevido surge imediatamente à realização do pagamento em montante superior ao da dívida real ou quando inexistir dever jurídico de índole tributária. Já nos casos de “autolancamento”, em que pese parte da doutrina defender que a extinção da obrigação tributária ocorre com a homologação expressa ou tácita do pagamento antecipado⁴¹, momento em que surgiria a figura do pagamento indevido, entendemos que o indébito surge com o mero pagamento antecipado.

Isto porque, com a introdução da Lei Complementar 118/2005, o posicionamento acerca da extinção da obrigação tributária ocorrer apenas com a homologação expressa ou tácita do pagamento antecipado ficou prejudicado, pois com o advento do art. 3º da LC 118/2005⁴², deslocou-se o critério para a definição do momento

³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 429-430.

⁴⁰ CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. Extinção da obrigação tributária: compensação e repetição do indébito. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 381.

⁴¹ “Implementado a homologação, tem-se a ‘constituição definitiva do crédito tributário’ veiculado pelo particular e, havendo sido feito o pagamento antecipado do tributo, dá-se também a ‘extinção do crédito’. O que extingue o crédito é a homologação do pagamento antecipado, e não a realização deste. Antes que o crédito seja extinto pela homologação do pagamento antecipado, necessita o mesmo ser constituído em definitivo, e isto somente se verifica quando a Administração aceita, expressa ou tacitamente, o ato de imposição particular. Apenas depois de a Administração Tributária ratificar a atividade referida, constituindo definitivamente o crédito, é que se poderá cogitar da extinção do mesmo, isto se houver sido efetuado o pagamento antecipado”. CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. Extinção da Obrigação Tributária: Compensação e Repetição do Indébito. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 377.

⁴² Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 –

que ocorreria a extinção do crédito, entendendo-se ser o momento do pagamento antecipado, puro e simplesmente, o instante em que ocorrerá a extinção do crédito tributário e o termo de contagem de prazo de decadência.

Logo, ante a disposição do art. 3º da LC 118/2005, entendemos que o pagamento antecipado por si só, por extinguir a obrigação tributária no momento de sua realização, é o pressuposto fático que faz surgir o direito à restituição do indébito nos casos em que o crédito tributário é constituído por ato do particular.

Porém, independentemente de estarmos diante de tributos sujeitos ao ato administrativo de lançamento ou nos casos de “autolancamento”, o instrumento que constitui o direito à devolução do pagamento indevido é a veiculação, seja pela Administração Pública seja pelo Poder Judiciário, de norma individual e concreta que outorgue a qualificação de indevido ao tributo cobrado ao arrepio dos parâmetros legais, ou seja, o instrumento que constitui o direito à devolução do pagamento indevido é uma decisão administrativa ou judicial criadora da norma individual e concreta da repetição do indébito⁴³.

Os fundamentos de validade e os pressupostos fáticos necessários ao surgimento do direito à repetição encontram-se presentes tanto em âmbito constitucional, quanto no âmbito infraconstitucional.

As matrizes constitucionais que fundamentam o direito à repetição estão presentes nos princípios da legalidade tributária, do não confisco e do direito a propriedade.

A relação jurídico-tributária é uma relação de imposição, em que ao sujeito ativo outorga-se o direito, nos exatos limites da lei, de exigir prestação pecuniária do sujeito passivo, sob o arcabouço tributário, sem que este possa participar da decisão superior. Dito de outra forma, o sujeito ativo é o detentor do processo de instituição, através do exercício das competências constitucionalmente atribuídas, restando ao sujeito passivo a atitude de submeter-se à imposição, por ter realizado o ato deflagrador da obrigação tributária⁴⁴.

Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

⁴³ “Convém registrar, nesta oportunidade, que para o pagamento indevido assumir a feição de fato jurídico, deve ser relatado no antecedente de norma individual e concreta, vindo objetivado, no seu conseqüente, o liame que comporta o débito do fisco. Três são as formas pelas quais a constituição do débito do Fisco pode ocorrer: (i) invalidação do lançamento; (ii) decisão administrativa; e (iii) decisão judicial. Ainda, quando houver autorização em lei, o próprio contribuinte pode fazê-lo, ficando a constituição do débito do Erário, nesse caso, sujeita à fiscalização e ulterior homologação pela autoridade administrativa”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 571.

⁴⁴ MARTINS. Ives Gandra da Silva. *Repetição do indébito*. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.).

Entretanto, em que pese o sujeito passivo tenha a obrigação de submeter-se à imposição do sujeito ativo, tal imposição só pode existir se feita nos estritos limites da lei, em observância ao princípio da estrita legalidade tributária⁴⁵. Este cânone, assim, se presta a proteger o contribuinte de toda e qualquer forma de exigência realizada ao arrepio não apenas dos parâmetros expressamente previstos em lei formal, mas também daqueles que decorram de aplicação equivocada da norma tributária. Assim, todo tributo cobrado fora dos ditames fixados em lei será irregular, sendo seu pagamento considerado indevido.

A violação ao princípio do não confisco, veiculado no art. 150, IV da CF⁴⁶, resulta da própria exigência fiscal feita sem autorização ou fora dos limites constitucional ou feita fora dos ditames em que autorizadas ou reguladas por lei, o que acaba por invadir o patrimônio do particular para além dos limites constitucionais. E essa ideia de confiscatoriedade, implícita ao fato do pagamento indevido de tributo e violadora do direito de propriedade, acaba por estabelecer o prejuízo/dano como um dado de fato necessário à verificação do direito subjetivo à restituição.

Levando em consideração a conjunção desses fatores acima mencionados, podemos concluir que todo tributo cobrado ao arrepio dos parâmetros legais acarretará uma imposição irregular, de tal modo que qualquer pagamento efetuado a título de solver um débito fiscal será considerado indevido, pois: será violador à noção de legalidade e do direito fundamental de propriedade (não confisco).

Além de sua índole constitucional, o direito a restituição do indébito tributário possui parâmetros regulados pela legislação infraconstitucionais. E, nesse ponto, é sempre importante destacar que o legislador, ao exercer

Repetição do indébito e compensação no direito tributário. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 1999, 166.

⁴⁵ “À vista de todo o exposto, o princípio da legalidade, no pertinente à instituição ou aumento de tributos, manifesta-se, entre nós, como *princípio da reserva absoluta da lei formal* (...). A reserva absoluta – como explicam Ceretti e Lavagna – não só exige que certas matérias sejam disciplinadas por meio de lei, como também os atos da Administração Pública e do Judiciário nela venham expressamente previstos, consentidos e regulados. Cuida-se, pois, de uma reserva que inibe a ação de fontes diversas da lei e que torna impossível ou ilícito o exercício de qualquer atividade pública (em especial a administrativa) que nela não encontre total respaldo. Entre as matérias *reservadas*, de modo absoluto, merece destaque a tributária. Portanto, o princípio da legalidade, no Direito Tributário, não exige, apenas, que a atuação do Fisco rime com uma lei material (simples preeminência da lei). Mais do que isso, determina que cada ato concreto do Fisco, que importe exigência de um tributo, seja rigorosamente autorizado por uma lei. É o que se convencionou chamar de *reserva absoluta de lei formal* (Alberto Xavier) ou de *estrita legalidade* (Geraldo Ataliba). CARRAZZA. Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 13^a. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 177.

⁴⁶ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

sua competência tributária, encontra um limite na observância das normas e princípios constitucionais, sendo que o respeito devido a elas é absoluto. Nesse sentido, confira-se as lições de ROQUE ANTONIO CARRAZZA:

“Logo, a Constituição limita o exercício da competência tributária, seja de modo direto, mediante preceitos especificamente endereçados à tributação, seja de modo indireto, enquanto disciplina outros direitos, como o de propriedade, o de não sofrer confisco, o de exercer atividades lícitas, o de transitar livremente pelo território nacional, etc. A competência tributária, portanto, já nasce limitada”⁴⁷.

E foi justamente pautado pelas diretrizes e limitações constitucionais que o legislador, no âmbito infraconstitucional, estipulou os critérios de identificação do direito subjetivo a restituição do indébito tributário nos art. 165 e 166 do CTN. O art. 165 do CTN, estabelece que o sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, nos seguintes casos: I) cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; II) erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; e III) reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

ANDRÉA MEDRADO DARZÉ, ao analisar o dispositivo em questão, bem coloca que a expressão “seja qual for a modalidade do seu pagamento” não deve ser entendida em seu sentido estrito, isto é, unicamente como desembolso de valores em espécie. Mas sim que o sistema exige a extinção “indevida” da obrigação tributária, via satisfação do crédito, o que incluiria tanto a figura da compensação, da dação em pagamento em bens, da conversão em renda do depósito, da transação, da consignação em pagamento ou qualquer outra modalidade que venha a ser acrescida ao rol do art.156 do CTN, desde que tal modalidade se enquadre no conceito de forma extintiva da relação jurídica pelo desaparecimento do objeto da prestação e, para os fins específicos da repetição do indébito, configure o prévio ingresso, financeiro ou contábil, de valores indevidos nos cofres públicos:

“Fazendo súmula do que acabamos de expor, podemos afirmar que o direito à devolução do tributo indevido esta condicionada à efetiva

⁴⁷ CARRAZZA. Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 13ª. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 332.

satisfação do crédito tributário pelo administrado, o que, todavia, não se verifica com o pagamento em sentido estrito, mas também com a realização de outros fatos que fulminam a relação jurídica, justamente pelo desaparecimento do objeto da prestação. São eles: a conversão do depósito em renda (item VI); o pagamento antecipado e homologação do lançamento (item VII); e a consignação em pagamento (item VIII), que são, em verdade, meras modalidades do gênero pagamento (item I), bem como a compensação (item II) e a transação (item III), as quais pressupõe o pagamento. (...) Por outro lado, é importante divisar no catálogo do art. 156 do CTN a existência de motivos que, a despeito de ter a virtude de extinguir o liame obrigacional, não podem ser qualificado como pressupostos de fato da repetição tributária, pela simples circunstância de não ter se configurado o prévio ingresso, financeiro ou contábil, de valores indevidos nos cofres públicos. Isso acontece porque existem modalidades de extinção do crédito que não afetam diretamente o objeto da prestação, dissolvendo-se o vínculo por outras razões, tais com o desaparecimento do sujeito passivo (sem que haja bens, herdeiros e sucessores, ou mesmo pela confusão, em que se misturam, na mesma pessoa, as condições de credor e devedor); o transcurso do tempo para verter o evento e a relação dele decorrente em linguagem competente, ou, ainda, o transcurso do prazo para exigir a obrigação legitimamente em juízo, dentre outras⁴⁸.

Partindo dessa premissa, qual seja, a de que o “pagamento” não deve ser entendido em seu sentido estrito, podemos considerar que a invasão ao patrimônio do particular para além dos limites constitucionais, com a consequente violação ao seu direito de propriedade, pode ocorrer: com o desembolso de valores em espécie; com a entrega do bem imóvel em pagamento ao credor com o objetivo de extinguir a obrigação, nos caso de dação em pagamento; com a perda do crédito existente perante a Fazenda, nos casos de compensação; e com a perda da propriedade dos bens, créditos e/ou valores em espécie entregues a Poder Público mediante a celebração de transação que importe na extinção de crédito tributário.

Da leitura do art. 165 do CTN, entendemos restar incontroverso que o titular do direito subjetivo e a parte legítima (legitimidade ativa) para ingressar com a ação de repetição do indébito tributário é o sujeito passivo da relação jurídica tributária extinta pelo pagamento tido por indevido, isto é, o sujeito que realizou

⁴⁸ DARZÉ, Andréa Medrado. Restituição do indébito tributário: legitimidade ativa nas incidências indiretas. 2014. 426 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 58-59

o pagamento para saldar um débito fiscal pleiteado fora dos ditames em que autorizadas ou reguladas por lei. Nessas situações, o prejuízo/dano do sujeito passivo está implícito ao caso, sendo caracterizado pela diminuição indevida de seu patrimônio.

Situação mais complexa é aquela prevista no art. 166 do CTN, que trata do regime dos denominados “tributos indiretos”, isto é, daqueles tributos que são, ou podem ser, transferidos pelo contribuinte, através do chamado fenômeno da repercussão econômica, para uma outra pessoa que, por sua vez, os transferirá ou suportará em definitivo.

É o que veremos a seguir.

6. A LEGITIMIDADE ATIVA NA AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO E O ART. 166 DO CTN.

Dispõe o art. 166 do CTN que a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, somente poderá ser feita àquele que prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la⁴⁹.

Em relação aos critérios apresentados no citado art. 166 acerca da identificação do direito a restituição do indébito tributário e sua compatibilidade com o sistema de princípios constitucional, não há um consenso doutrinário a respeito, existindo uma farta e diferenciada produção doutrinária sobre o tema.

A primeira corrente doutrinária, e a qual colocamos em destaque ao longo deste trabalho, é a que defende que o art. 166 está relacionado àquelas espécies tributárias cujo regime jurídico pressupõe o repasse a terceira pessoa, estranho à relação jurídico tributária, do ônus financeiro inerente à exação que fora atribuída, juridicamente, ao sujeito passivo da obrigação tributária. Ou seja, é o caso dos chamados “tributos indiretos”⁵⁰.

⁴⁹ Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

⁵⁰ “O preceito reporta-se aos chamados ‘tributos indiretos’, que, incidindo embora sobre o contribuinte ‘A’ (dito contribuinte *de direito*), repercutem financeiramente sobre um terceiro (o chamado contribuinte *de fato*), que acaba suportando o ônus do tributo, embutido geralmente no preço de bens e serviços”. AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 454.

E, justamente pela existência dessa dissociação entre o sujeito que efetivamente integra a relação jurídica tributária na condição de sujeito passivo (“contribuinte de direito”) e o sujeito que, na prática, suporta o encargo financeiro do tributo (“contribuinte de fato”), é que o art. 166 exige ou que o sujeito passivo da relação jurídica tributária demonstre não ter transferido o ônus financeiro ao terceiro⁵¹; ou que o terceiro “autorize” o pleito, afastando a presunção de enriquecimento do contribuinte de direito à custa do contribuinte de fato⁵².

Diversamente, há aqueles que defendem a incompatibilidade deste artigo com o sistema de princípios constitucionais, refutando assim sua constitucionalidade. Para tanto, tal parcela da doutrina ataca diretamente a noção de repercussão econômica e a própria classificação dos tributos em diretos e indiretos, sob a alegação de que tal noção é estranha ao direito tributário, e, como tal, não pode servir de alicerce à verificação do direito a restituição do indébito tributário⁵³.

Outra parcela da doutrina, também refutando a classificação dos tributos em diretos e indiretos, entende que o art. 166 do CTN aplica-se aos casos de repercussão jurídica. Dentro desse linha, há autores que entendem que o art. 166 seria aplicável somente nos casos de substituição tributária, onde a repercussão

⁵¹ JOSÉ MÖRSCHBÄCHER, examinando os casos mais correntes que haviam se apresentado na vida prática até aquele momento, arrolou alguns dos meios de prova possíveis para a demonstração de que o ônus financeiro não foi transferido ao terceiro: tabelamento da mercadoria ou produto, o que impossibilitaria ao comerciante ou industrial aumentar seus preços além da margem estabelecida; manutenção em estoque das mercadorias indevidamente tributadas; manutenção dos preços habituais, etc. MÖRSCHBÄCHER, José. *Repetição do indébito tributário indireto*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 64-68.

⁵² “Em caso de ter havido repercussão, a autorização do contribuinte de fato faz às vezes de prova da não repercussão. Trata-se, assim, de uma concessão do Legislador ao sujeito passivo, que equipara a autorização concedida pelo contribuinte de fato à própria prova da assunção do ônus financeiro. Em verdade, a autorização daquele que sofreu o dano decorrente do pagamento indevido (contribuinte de fato) àquele que foi objeto da exigência ilícita (contribuinte de direito), afasta a presunção de enriquecimento (sem causa) do segundo às custas do primeiro”. PRIA, Rodrigo Dalla. *A legitimidade na ação de repetição de indébito tributário*. In CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário analítico*, volume III. São Paulo: Noeses, 2016, p. 44-45.

⁵³ Nessa linha, merece destaque a opinião de IVES GANDRA MARTINS: “De início, o dispositivo alude à figura – inexistente no direito brasileiro – do ‘contribuinte de fato’, isto é, aquele que, teoricamente, suportaria o encargo indefinível, em violenta contradição com o disposto no art. 121 do CTN, que não reconhece, nem hospeda essa espécie de contribuinte. (...) O dispositivo legal cria, em decorrência, ‘o princípio da imoralidade tributária’ em favor do sujeito ativo da relação jurídica tributária. O Estado passa a monopolizar o direito de ser torpe e injurídico, na medida que imponha tributo indevido e se negue a restituí-lo a quem o recolheu, sob a alegação de que, não ele, mas o terceiro, que teoricamente o teria suportado, é que seria o titular do direito de iniciar o procedimento para obter a repetição, não diretamente, mas mediante a outorga de autorização. (...) O art. 166 conflita, pois, com os artigos 5º, inciso I, e 150, inciso I, da CF e com os arts. 97, 121 e 128 do CTN, representando, pela sua inequívoca inadaptação ao cenário jurídico pátrio, dispositivo notoriamente inconstitucional”. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Repetição do indébito*. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Repetição do indébito e compensação no direito tributário*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 1999, p. 168-169.

é autorizada por lei⁵⁴, enquanto outros defendem que a repercussão jurídica abrangeria também as hipóteses de venda de produtos nos quais o tributo não integra o preço⁵⁵.

Não obstante a existência dessas divergências acima apontadas (“contribuinte de direito e contribuinte de fato”; “tributos indiretos”; “repercussão econômica ou jurídica”, etc), característica comum a grande parte dessa produção doutrinária é o fato de tratarem do problema de interpretação da regra sobre o indébito tributário trazida pelo art. 166 CTN sob o enfoque de “legitimidade ativa” para repetir o indébito, ou seja, na identificação daquele que pode pretender ser o titular do bem da vida deduzido em juízo (relação jurídica de direito material) e não, como acreditamos ser a interpretação mais correta, como uma norma de direito material, cuja apreciação pelo juiz, encerrará, obrigatoriamente, uma decisão de mérito.

A tomada de posição sobre a natureza jurídica da regra prevista no art. 166, isto é, se perfaz uma norma fixadora de legitimidade ou uma norma de direito material, mais do que uma mera discussão doutrinária, possui consequências jurídicos-processuais de grande relevância, em especial nos casos de decisão que afasta a pretensão a repetição do indébito tributário, qual seja: à possibilidade

⁵⁴ “Propomos reflexão mais profunda a respeito desse dispositivo legal, novamente a fim de adequar o teor de suas disposições ao sistema constitucional positivo vigente. Para tanto, restringimos as hipóteses de aplicação do art. 166 apenas aos casos de tributos que, nos termos da legislação respectiva, estejam sujeitos ao regime jurídico de substituição tributária, qual seja, quando há previsão legal de atribuição a terceiro, estranho ao fato impositivo, do pagamento da prestação pecuniária, em nome do substituído. (...) Nesses casos, presume a legislação complementar a possibilidade de transferência do respectivo encargo financeiro, mesmo porque tal transferência é pressuposto constitucional da validade da norma de substituição, na medida em que, sabidamente, não será o responsável pelo recolhimento do tributo (o substituto) aquele que sofrerá a efetiva diminuição patrimonial em razão da incidência da norma tributária, mas sim o próprio contribuinte substituído”. GONÇALVES, José Artur Lima; MARQUES, Márcio Severo. O direito à Restituição do indébito tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Repetição do indébito e compensação no direito tributário. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 1999, p. 206-207.

⁵⁵ “Quando o art. 166 do CTN se refere a tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, deve-se entender que tais tributos sejam apenas aqueles que, por sua natureza jurídica e não financeira, possam ser transferidos, tais como o ICMS, o IPI e o ISS, nos casos em que o tributo vem lançado e efetivamente destacado no documento fiscal, quando o contribuinte de direito arrecada do adquirente (contribuinte de fato) e recolhe ao sujeito ativo. Não vindo destacado e lançado o tributo desta maneira, há de se entender que o tributo deve ser visto apenas como um componente do preço, com ocorrência de mera repercussão financeira, ficando, em tal hipótese, o vendedor ou prestador de serviço, autorizado a repetir o indébito, presumindo-se que foi ele quem suportou o encargo. (...) Ressalte-se que o art. 166 do CTN aplica-se ainda aos casos de substituição, em que se tem a nítida distinção jurídica entre o obrigado ao recolhimento do tributo e aquele que efetivamente suporta o seu ônus”. RAMOS, Paulo de Tarso Vieira; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Repetição do indébito tributário e compensação. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Repetição do indébito e compensação no direito tributário. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 1999, p. 148.

ou não de repositura da demanda ante um pronunciamento com ou sem julgamento de mérito.

Isto porque, se admitirmos que a decisão que afasta a pretensão a repetição do indébito tributário com fundamento nas regras veiculadas no art. 166 do CTN perfaz uma decisão acerca da legitimidade ativa processual, e, como consequência, gere uma decisão sem julgamento de mérito, tal qual definida no art. 485, inciso VI, do CPC, será permitido a parte a possibilidade de propositura de uma nova demanda com base no art. 486, § 1º, do CPC; se, ao contrário, admitirmos que a sentença que nega a pretensão do autor com fundamento no art. 166 do CTN enseja em uma verdadeira decisão de mérito, nos moldes do art. 487, inciso I, do CPC, impossibilitaremos, automaticamente, a repositura da demanda repetitória, dada a existência da coisa julgada material.

Será justamente nessa questão que nos dedicaremos.

Vale transcrever, aqui, três posicionamentos doutrinários que tratam da regra prevista no art. 166, do CTN, como uma verdadeira norma fixadora de legitimidade ativa, sendo o primeiro realizado JOSÉ MÖRSCHBÄCHER:

“Tal regra, todavia, sofre temperamento da teoria do prejuízo, inserida no art. 166, antes analisado, restrita às denominadas incidências tributárias indiretas (expressão que abrange, além dos tributos indiretos, mais as excepcionais incidências indiretas de tributos tipicamente diretos). A teor do referido dispositivo, a restituição deve ser feita a ‘quem prove haver assumido referido encargo’, ‘quem’ esse, pronome indefinido, que não se restringe ao sujeito passivo, mas abrange inclusive terceiro, o contribuinte de fato, que, dentro das relações mercantis, prove haver arcado em definitivo, mediante translação ou transferência, com o encargo financeiro do indébito tributário indireto”⁵⁶.

RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA, identificando o art. 166 como uma regra de exceção, leciona:

“Já com o art. 166 não ocorre tal patologia, uma vez que ele se limita a tratar do sujeito titular do direito à restituição. Quer dizer, o art. 166 não nega o direito, pelo contrário o reconhece existente, ocupando-se apenas da respectiva titularidade, ou sujeição processual ativa.

⁵⁶ MÖRSCHBÄCHER, José. Repetição do indébito e compensação. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Repetição do indébito e compensação no direito tributário. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 1999, p. 258.

Realmente, a regra geral consta do art. 165, segundo o qual 'o sujeito passivo tem direito, ..., à restituição'. Como o sujeito passivo é o integrante da relação jurídica tributária, e como tal é obrigado ao pagamento do tributo (art. 121 do CTN), cabe a ele a titularidade ativa natural sobre o direito de restituição, quando o tributo tenha sido indevidamente pago. Já o art. 166 estabelece exceção a essa regra, deslocando a titularidade do direito à restituição para uma pessoa estranha à relação jurídica tributária, quanto aos 'tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro', caso em que a restituição deve ser feita a essa pessoa estranha, que prove ter assumido esse encargo. Ou, então, que seja feita ao próprio sujeito passivo da relação jurídica tributária, quando autorizado pela pessoa que tiver assumido o 'encargo financeiro' do tributo"⁵⁷.

Igualmente, tratando o art. 166 do CTN como uma regra excepcional de legitimidade ativa, ANDRÉA MEDRADO DARZÉ afirma:

"É certo que, como regra, a noção de legitimidade processual está vinculada apenas a natureza e à estrutura da relação jurídica objeto do litígio. Aquele que tem direito próprio violado (ou ameaçado de violação) costuma ser eleito pela lei como parte legítima para pleitear a tutela jurisdicional. Todavia, excepcionalmente, em caráter supletivo a regra geral, a legitimidade processual pode vir definida por lei específica (como ocorre, por exemplo, com a lei que atribui ao Ministério Público a legitimidade para anular casamentos). (...) É bem verdade que o Código Tributário Nacional não precisaria estabelecer regra específica a respeito da legitimidade ativa para a repetição do indébito tributário, o que implicaria a mera aplicação do regime geral (art. 165). Todavia, tendo-a positivado, não pode o intérprete ignorá-la, tampouco manter-se preso ao plano da literalidade de um único dispositivo legal, esquecendo-se do contexto normativo do qual faz parte. De fato, caso não existisse o art. 166 do CTN, a legitimidade ativa para a repetição demandaria apenas a identificação do sujeito passivo tributário, seguindo a regra processual geral. Todavia, essa não foi a escolha do legislador. Neste ponto, cabe mais um parênteses: não se pode confundir o fundamento da ação (violação do princípio da legalidade tributária) com o fundamento da legitimidade de agir (quem pode pedir de volta o que fora indevidamente pago). Aquele é

⁵⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Repetição do indébito, compensação e ação declaratória. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Repetição do indébito e compensação no direito tributário. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 1999, p. 359-360.

sempre necessário, mas suficiente apenas nos casos em que não haja regra específica sobre o tema, o que, definitivamente, não é o caso das situações contempladas pelo art. 166 do CTN⁵⁸.

As três citações doutrinárias transcritas, que sintetizam um pouco daquilo defendido no campo doutrinário, referem-se ao art. 166 do CTN como uma norma fixadora de legitimidade ativa. A única peculiaridade entre elas está no fato que JOSÉ MÖRSCHBÄCHER procura analisar o art. 166 sob a premissa da legitimidade ordinária, enquanto que RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA e ANDRÉA MEDRADO DARZÉ, ao que tudo indica, se referem ao artigo como uma regra de legitimação extraordinária.

Discordamos, entretanto, destas orientações. Entendemos que as regras contidas no CTN, incluindo o art. 166, são típicas normas de direito material, e foram idealizadas como forma de expressão das duas matrizes constitucionais mínimas de verificação, em determinado caso concreto, do direito subjetivo à restituição, quais sejam: a violação ao princípio da legalidade, mediante a cobrança de um tributo ao arripio dos parâmetros legais; e a violação ao princípio do não confisco e do direito de propriedade, em decorrência do prejuízo/dano sofrido pelo particular em virtude da invasão em seu patrimônio para além dos limites constitucionalmente permitidos.

A análise do art. 166 como uma norma de legitimação, seja sob a ótica da legitimidade ordinária seja da extraordinária, não se sustenta. Para corroborar essa conclusão, recuperemos algumas das considerações que fizemos nos itens precedentes deste trabalho.

A condição de legitimado ordinário, seja como autor (legitimidade ativa) ou como réu (legitimidade passiva), está relacionada à identificação daquele que pode pretender ser o titular do bem da vida deduzido em juízo, ou seja, deve envolver sujeitos que, em tese, encontram-se naquela relação jurídica de direito material trazida à apreciação do juiz. Ou, como anteriormente ressaltado, a noção de legitimidade *ad causam* deve ser retirada do plano material, transformando a titularidade da relação jurídica substancial em uma realidade processual e os participantes de uma determinada relação jurídica material em partes.

Em um dado caso concreto, ocorrendo o fato jurídico tributário, irá se instalar a relação dele decorrente, denominada relação jurídica tributária. Tal relação

⁵⁸ DARZÉ, Andréa Medrado. Restituição do indébito tributário: legitimidade ativa nas incidências indiretas. 2014. 426 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 103-104.

é composta de dois sujeitos, sendo o primeiro o sujeito ativo, que é o titular do direito subjetivo público de exigir o cumprimento da prestação pecuniária equivalente ao tributo, e o segundo o sujeito passivo, portador do dever jurídico de adimplir referida prestação.

Como vimos no item 3 desse trabalho, o sujeito passivo dessa relação jurídico tributária é a pessoa física ou jurídica de quem se exige o cumprimento da prestação pecuniária. Esse é, juridicamente, o contribuinte, ou seja, aquele que pratica, no mundo fenomênico, o evento “juridicizado” previsto na regra instituidora do tributo e que deve realizar o pagamento dos tributos eventualmente devidos.

E, ainda que levemos em consideração a existência da denominada “repercussão econômica”, isto é, quando a carga tributária é transferida do sujeito que sofre a incidência do tributo por configurar no polo passivo da obrigação tributária à terceira pessoa que não participa da relação jurídica tributária, tal fato, por si só, não tem o condão de alterar a definição de “contribuinte”, que somente será aquela pessoa, física ou jurídica, colocada na condição de sujeito passivo da obrigação tributária em razão de existir uma relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato jurídico tributário.

Dáí que, ante toda a construção apresentada até aqui, entendemos que apenas um sujeito poderia ser o titular do direito subjetivo à restituição do indébito tributário (legitimado ordinário): o contribuinte (“contribuinte de direito”), isto é, o sujeito passivo da obrigação tributária extinta pelo pagamento indevido.

O art. 166 do CTN também está longe de ser uma regra que trate sobre legitimação extraordinária (“substituição processual”), como parece se referir RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA e ANDRÉA MEDRADO DARZÉ.

O substituto processual, como vimos, é a pessoa que recebe do ordenamento jurídico legitimidade para atuar em juízo no interesse alheio, como parte principal, sem figurar como sujeito da relação jurídico de direito material controvertida, em que o substituto processual se torna parte apenas em sentido processual, mas a condição de parte em sentido material (isto é, a titularidade da relação jurídica substancial) continua com o substituído, que é o sujeito em prol do qual é pedida a tutela jurisdicional.

É o caso do exemplo fornecido por ANDRÉA MEDRADO DARZÉ ao se referir a atribuição conferida por lei ao Ministério Público para anular casamentos. Nesta

situação, a ação de anulação de casamento proposta pelo Ministério Público⁵⁹, caso seja julgada procedente, teria como destinatário material os sujeitos de direito que compõe a relação conjugal, que são os sujeitos em prol do qual foi pedida a tutela jurisdicional.

Para que o regramento previsto no Código Tributário Nacional fosse uma típica norma reguladora de substituição processual, a seguinte situação deveria ocorrer: o “contribuinte de fato” (seja por ser destinatário de algum benefício indireto ou por esperar qualquer utilidade do provimento que pede), autorizado por lei, tomaria a iniciativa de ir a juízo pleitear em nome próprio um direito alheio; o magistrado, verificando que a condição de parte em sentido substancial permanece com o “contribuinte de direito” (substituído), que é o sujeito em prol da qual é pedida a tutela judicial, teria o dever de dar ciência ao substituído para que este, querendo, possa intervir no processo na qualidade de assistente litisconsorcial; e, ao final, caso concedida a pretensão a repetição do indébito tributário, tendo em vista que a decisão terá como destinatário final o sujeito de direito que compõe a relação jurídica de direito material, teríamos que admitir que o valor percebido deverá ser repassado para o “contribuinte de direito”, e não para o “contribuinte de fato”.

Ocorre que o “contribuinte de fato”, como parece se referir RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA e ANDRÉA MEDRADO DARZÉ, ao tomar a iniciativa de pleitear a restituição do indébito tributário, não se insurgirá contra o Estado visando apenas a obtenção de algum benefício indireto e muito menos possuirá a intenção de pleitear a tutela jurisprudencial em prol do “contribuinte de direito” (ou seja, da pessoa que figura como sujeito de direito integrante da relação de direito material conflituosa), mas sim o fará em nome próprio, com o objetivo de obter uma efetiva reparação do suposto dano que sofreu em razão de haver suportado o ônus econômico do tributo pago indevidamente pelo “contribuinte de direito”.

Dentro desse contexto, a defesa do art. 166 do CTN como sendo uma norma fixadora de legitimidade ativa extraordinária não se sustenta conceitualmente, uma vez que o “contribuinte de fato” jamais estará objetivando obter uma tutela

⁵⁹ “Mas é na legitimação extraordinária que ocorrem as hipóteses mais numerosas de concurso de legitimados. Casos importantíssimos são as ações coletivas relativas ao meio ambiente, às relações de consumo e outras, para as quais são legitimados ativos o Ministério Público, certas associações e uma série grande de organismos estatais ou não (LACP, art. 5º - CDC, art. 82, incs. I-IV): qualquer um deles é habilitado a promover a instauração do processo e conduzi-lo por si só, independentemente dos demais. Há também legitimidade concorrente para a instauração do inventário (cônjuge, herdeiro, legatário, Ministério Público, Fazenda Pública etc. – CPC, art. 616, incs. I-IX), para figurar como autor na ação de anulação de casamento (cônjuges, Ministério Público ou qualquer interessado – CC, art. 208), (...)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: volume II. – 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 366

jurisdicional em prol do “contribuinte de direito”, mas sim possuirá a intenção de pleitear um direito próprio, mesmo não tendo participado da relação jurídica de direito material conflituosa.

Daí que, a interpretação que entendemos ser a mais correta acerca das normas legais atinentes ao dever de restituição do indébito tributário veiculadas pelo Código Tributário Nacional, é a de que o art. 166, em conjunto com o art. 165, são normas de direito material que identificam aquelas duas circunstâncias que compõem os critérios constitucionais mínimos de verificação, *in concreto*, do direito subjetivo à restituição, quais sejam: a) a existência do ilícito (decorrente da violação ao princípio a legalidade), consubstanciada na ideia de pagamento indevido, conforme prescrito no art. 165, caput e incisos; e b) a existência do dano (caracterizado pela diminuição indevida ao patrimônio do sujeito passivo da relação jurídica material), consubstanciada na exigência do art. 166 de que, em se tratando de tributos cujo encargo financeiro é transferido a terceiro, o sujeito passivo da relação jurídica tributária (titular material do direito à restituição), prove que suportou o encargo financeiro, ou, tendo-o repassado, haja sido expressamente autorizado por aquele que o suportou.

Precisas, nesse contexto, as considerações elaboradas por RODRIGO DELLA PRIA:

“E é aí que entram os arts. 165 e 166 do CTN, pois são eles os responsáveis pela fixação dos critérios de identificação dos (possíveis) titulares do direito subjetivo ao indébito tributário. Típicas normas de direito material. A questão é relativamente simples. Existem duas regras (de direito material) que regulam o nascimento do direito à restituição: a primeira, atinente aos tributos diretos, em que a repercussão do ônus é suportada, por presunção, do próprio sujeito passivo realizador do pagamento indevido, e que é sinteticamente estruturada nos seguintes termos: dado o fato do pagamento indevido, deve ser direito subjetivo do sujeito passivo à restituição do indébito; a segunda, relativa aos chamados tributos indiretos, cuja natureza pressupõe a transferência do ônus financeiro do tributo e que é estruturada sintaticamente da seguinte forma: dado o fato do pagamento indevido + prova da assunção do ônus (ou da autorização do terceiro que sofreu a repercussão), deve ser o direito subjetivo à restituição do indébito. Daí que não estamos a falar de ‘norma de legitimidade’, mas de regra de direito material fixadora de critérios de verificação de direitos subjetivos substanciais”⁶⁰.

⁶⁰ PRIA, Rodrigo Dalla. A legitimidade na ação de repetição de indébito tributário. In CONRADO, Paulo Cesar. Processo tributário analítico, volume III. São Paulo: Noeses, 2016, p. 61-62.

Daí nossa convicção de que a regra veiculada no art. 166 do CTN, longe de ser uma “norma fixadora de legitimidade” capaz de atribuir a legitimidade ativa ou ao contribuinte de direito, ou ao contribuinte de fato, ou a ambos, dependendo da orientação doutrinária adotada, é, na verdade, uma típica regra de direito material, cujas exigências dizem respeito a verificação do próprio direito material à restituição do “pagamento indevido”, e que dizem respeito exclusivamente àquelas hipóteses nas quais estejam envolvidos “tributos indiretos”.

Com efeito, tanto a prova da assunção do encargo financeiro do tributo, quanto a autorização concedida pelo “contribuinte de fato”, dizem respeito à aspectos objetivos e substantivos da relação de indébito, qual seja, a demonstração do dano sofrido pelo “contribuinte de direito” a ser reparado pela concessão da tutela jurisdicional pleiteada.

Ou seja, as provas requisitadas pelo art. 166 do CTN não dizem respeito a critérios para a identificação do legitimado ativo ao direito a repetição do indébito, mas sim são condições de verificação do próprio direito material conflituoso, as quais devem ser aplicadas exclusivamente às situações que envolvam os denominados “tributos indiretos”. Assim, proposta a ação de repetição do indébito tributário, a prova (seja da assunção do ônus financeiro, seja da autorização concedida pelo “contribuinte de fato”) será um critério necessário à verificação efetiva da existência (ou não) do direito à restituição e determinará a procedência ou improcedência do pedido, mediante a realização de uma cognição exauriente do direito material por parte do Estado-Juiz.

Não negamos que essa prova exigida pelo art. 166 do CTN nem sempre será de fácil produção, sendo certo que, a depender do tipo de prova a ser realizada, ela apenas poderá ser produzida em juízo na fase processual adequada, qual seja, a fase instrutória do processo. Também não pretendemos dizer que na hipótese de não demonstração, pelo “contribuinte de direito”, de que não recuperou o valor do tributo do “contribuinte de fato”, tal situação signifique que estamos prestigiando o enriquecimento sem causa do Estado em detrimento do enriquecimento sem causa do administrado, sob a alegação de que o interesse público deve prevalecer sobre o do particular. Tais argumentos (dificuldade probatória e enriquecimento do fisco x enriquecimento do administrado), em que pesem possuírem certa carga de veracidade, são argumentos de ordem social e, como tais, não podem servir de pretexto para que, sob o viés jurídico-processual⁶¹,

⁶¹ Extremamente válidas, nesse ponto, as considerações feitas por RODRIGO DELLA PRIA: “*Mutatis mutandis*, a crítica feita à Dogmática de Direito Processual pelos autores acima referidos, calcada na falta

neguemos a verdadeira natureza da decisão que afasta tutela repetitória ante a inexistência dos requisitos previstos no art. 166 do CTN, ainda que isso ocasione, na prática, obstáculos maiores aquele sujeito passivo da relação jurídico tributária que objetive a restituição de um valor pago indevidamente a título de tributo.

Dentro desse contexto, queremos dizer que a prova exigida pelo art. 166 do CTN servirá para que o Estado-Juiz reconheça (ou não) a existência da efetiva diminuição indevida ao patrimônio do sujeito passivo da relação jurídica material (isto é, um dos requisitos constitucionais mínimos de verificação do direito subjetivo à restituição) e, por consequente, a existência ou não do direito subjetivo à restituição do tributo pago indevidamente.

De toda a sorte, o que gostaríamos de enfatizar com essa nossa proposta de interpretação das normas referentes ao dever de restituição de tributos exigidos indevidamente, é que a decisão judicial que resultar da verificação das provas exigidas pelo art. 166 do CTN estará manifestando um juízo de mérito, mediante uma cognição exauriente, e implicará, obrigatoriamente, na formação de coisa julgada material, ou seja, tornará a relação jurídica do indébito tributário indiscutível no processo em que foi produzida ou em qualquer outro.

7. CONCLUSÃO

O direito a restituição do indébito tributário tem sua origem na própria Constituição Federal, em decorrência da existência de princípios que imprimem, ainda que de maneira implícita, o dever do Estado em devolver ao administrado tudo aquilo que lhe foi cobrado ao arredo dos ditames legais e que tenha lhe causado uma diminuição indevida de seu patrimônio. Tais diretrizes

de consciência sobre a circunstância de que as peculiaridades do direito material controvertido perfazerem elementos condicionantes da interpretação e alcance das regras processuais, aplica-se, na via contrária, à Dogmática de Direito Tributário, que deixou de atentar, em mais de 50 anos de produção científica sobre ‘legitimidade ativa na repetição do indébito tributário’, para o fato de que o exame, *in concreto*, de um instituto que é eminentemente processual (legitimidade *ad causam*), pressupõe um mínimo de diálogo com a Doutrina de Direito Processual pertinente ao assunto, mesmo que seja para objetá-la. O que nos parece censurável, portanto, é que o debate sobre os critérios de aferição da legitimidade ativa na repetição do indébito tributário (em especial no que tange às chamadas incidências indiretas e aos critérios normativos fixados pelo art. 166 do CTN), perpetrados em ambiente interno pela Dogmática do Direito Tributário, não tragam à baila – para acolher ou para recusar – as discussões e soluções teóricas desenvolvidas e propostas pela Dogmática de Direito Processual, em especial sobre a viabilidade da teoria da asserção (tópico 1.5 do Capítulo I)”. PRIA, Rodrigo Dalla. Legitimidade ativa na ação de repetição do indébito tributário. 2016. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, 114.

constitucionais que fundamentam o direito à repetição estão presentes nos princípios da legalidade tributária, do não confisco e do direito de propriedade.

E, quando o Código Tributário Nacional procura estabelecer disposições específicas e expressas acerca do direito a restituição do indébito tributário, ele não o fez com a intenção de conferir direitos novos aos administrados ou estabelecer quem é aquele que pode ou não ingressar como sujeito ativo na ação de repetição do indébito tributário. Mas, sim, teve como objetivo fixar os limites materiais mínimos de verificação e de observância obrigatória que dão ensejo ao nascimento do direito a restituição.

Assim, interpretando os art. 165 e 166 do CTN conforme a Constituição, podemos identificar aqueles dois elementos que, em virtude da violação aos ditames constitucionais da legalidade e do direito de propriedade, permitirão ao sujeito titular do direito subjetivo exigir do Estado-Juiz a tutela jurisdicional que reconheça (ou não) a existência daquele direito à restituição, quais sejam: o ilícito (decorrente da violação ao princípio da legalidade), e o dano (decorrente da violação ao direito de propriedade e ao princípio do não-confisco).

Dentro dessa interpretação que demos à fenomenologia de positivação do direito à restituição do indébito tributário, bem como ao conteúdo e alcance das regras a ela pertinente, é que concluímos que apenas um sujeito poderia ser o titular do direito subjetivo à restituição, qual seja: o sujeito passivo da relação jurídico tributária extinta pelo pagamento considerado indevido (leia-se aqui pagamento em sentido lato, abrangendo tanto o desembolso de valores em espécie, quanto a compensação, a dação em pagamento e a transação), ou seja, o “contribuinte de direito”, pois ele será o único sujeito com a aptidão de, a um só tempo, estar sujeito à existência do ilícito, decorrente da violação ao princípio da legalidade, e à existência do dano, caracterizado pela diminuição indevida de seu patrimônio.

Assim, o “contribuinte de direito”, independentemente das provas produzidas em juízo, será sempre o legitimado ativo para a propositura de uma eventual ação de repetição do indébito tributário. Contudo, neste caso, a prova a ser realizada – seja do pagamento indevido (art. 165, do CTN), seja da assunção do encargo financeiro ou da autorização daquele que sofreu o prejuízo do pagamento indevido (art. 166, do CTN) - será sempre um dado necessário à verificação da própria existência do direito à repetição e, quando levadas ao Estado-Juiz,

determinarão a procedência ou improcedência do pedido, mediante cognição exauriente do direito material, e implicará, necessariamente, na formação de coisa julgada material.

Por outro lado, e seguindo a mesma linha de raciocínio, qualquer demanda ajuizada pelo “contribuinte de fato”, tendo em vista que ele jamais se encontrará naquela relação jurídica de direito material trazida à apreciação do Judiciário ou mesmo terá a intenção de pleitear em nome próprio direito alheio (legitimação extraordinária), resultará na necessidade do Estado-Juiz rejeitar o pedido de atuação jurisdicional e, como consequência lógica, de concessão de tutela jurisdicional, dada a flagrante ilegitimidade ativa. Neste quadro, verificada a ausência de uma das condições da ação em eventual ação de repetição do indébito (legitimidade *ad causam*), o Estado-Juiz, em cognição sumária, decidirá pela extinção do processo, sem resolução do mérito.

8. BIBLIOGRAFIA

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- ARAÚJO, Juliana Furtado Costa; CONRADO, Paulo Cezar; VERGUEIRO, Camila Campos. *Responsabilidade tributária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- ALVIM, Arruda. *A ação e as condições da ação no processo civil contemporâneo*. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 6ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Repetição do indébito tributário e o art. 166 do código tributário nacional*. Disponível em: < www.journals.usp.br/rfdusp/article/download/67441/70051>. Acesso em: 25/02/2019.
- BRAGHETTA, Daniela de Andrade. *Relação jurídica tributária*. 2016.249 f. Tese (Doutorado Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1, 7*. ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 13ª. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

Repetição do indébito tributário e o Art. 166 do Código Tributário Nacional: requisito de legitimidade ativa ou mérito da causa?

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. *Direito tributário: linguagem e método*. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito (o constructivismo lógico-semântico)*. São Paulo: Noeses, 5ª ed., 2016.
- CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. *Extinção da obrigação tributária: compensação e repetição do indébito*. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CHIESA, Clélio. *Imunidades e normas gerais de direito tributário*. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CONRADO, Paulo Cesar. *Exceção de pré-executividade em matéria: do sincretismo processual ao dever de cooperação (Art. 6º do CPC/2015), passando pela “nova” definição de coisa julgada*. In: ARAUJO, Juliana Furtado Costa; CONRADO, Paulo Cesar (Coords.). *O Novo CPC e seu Impacto no Direito Tributário*. 2ª edição. São Paulo: FiscoSoft, 2016.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DARZÉ, Andréa Medrado. *Restituição do indébito tributário: legitimidade ativa nas incidências indiretas*. 2014. 426 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: volume II. – 7. ed., rev. e atual*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, Vol. 1. 16ª ed. Salvador, Editora Jus Podivm, 2014.
- _____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GONÇALVES, José Artur Lima; MARQUES, Márcio Severo. *O direito à Restituição do indébito tributário*. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Repetição do indébito e compensação no direito tributário*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 1999.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Repetição do indébito*. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Repetição do indébito e compensação no direito tributário*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 1999.
- MASSUD, Rodrigo G. N. *Responsabilidade tributária do administrador (CTN, 135, III) circunstâncias materiais e processuais: causas e efeitos nos planos administrativo e judicial (execução fiscal)*. In: CONRADO, Paulo Cesar (coord.). *Processo Tributário Analítico - Volume II*. 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2016.

- MELO, José Eduardo de. *Repetição do indébito e compensação*. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Repetição do indébito e compensação no direito tributário*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 1999
- MÖRSCHBÄCHER, José. *Repetição do indébito tributário indireto*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 1998.
- _____. *Repetição do indébito e compensação*. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Repetição do indébito e compensação no direito tributário*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 1999
- NASCIMENTO, Octavio Bulcão. *Sujeição passiva tributária*. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NETO, Newton Pereira Ramos. *A sistemática da coisa julgada no novo CPC e seus reflexos nas demandas tributárias*. In: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio. *Processo Tributário: Coleção Repercussões do Novo CPC*, v. 16. Salvador: Juspodivm, 2017.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Repetição do indébito, compensação e ação declaratória*. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Repetição do indébito e compensação no direito tributário*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 1999.
- PRIA, Rodrigo Dalla. *A legitimidade na ação de repetição de indébito tributário*. In: CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário analítico*, volume III. São Paulo: Noeses, 2016.
- _____. *Legitimidade ativa na ação de repetição do indébito tributário*. 2016. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.
- WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Impressão e acabamento:
COPGRA/ARIC
TRF 2ª Região

Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 2282-8304 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465
Fax: 2282-8449 ♦ <http://emarf.trf2.jus.br/site/>

