

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1175

(Ano XV)

(04/11/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1175



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1175 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 433 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Breves apontamentos sobre a aplicação do princípio *in dubio pro societate* em relação à definição do elemento subjetivo do crime no entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça - REsp 1991574

Valdinei Cordeiro Coimbra, 09.

ARTIGOS

A (in)definição do marco temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal

Mariana Arpini Lievore, 12.

Estado constitucional, direito social à mobilidade urbana e Defensoria Pública: atuação judicial e extrajudicial da instituição

Gabriel Garcia Solidade, 25.

A assistência qualificada às vítimas e suas dimensões

Rebecca da Silva Pellegrino Paz, 39.

O crime de lavagem de capitais na modalidade receber e o liame subjetivo entre os profissionais liberais e os clientes. Os honorários “maculados”

Priscila Targino Soares Beltrão, 53.

Tutela dos Direitos Indígenas: O Papel da Defensoria Pública na Busca pelo Mínimo Existencial

Bianca Reitmann Pagliarini, 62.

Justiça Restaurativa: um paradigma inovador na resolução de conflitos

Leticia Vilela Locateli, 70.

Considerações acerca das tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015

Irineu Siqueira Leite, 80.

Direito a indenização por danos na separação e divórcio

Guilherme Pimenta, 91.

A relação entre o processo coletivo e os precedentes qualificados: um estudo sobre a evolução conceitual e a legitimação ativa

Pedro Martins Teixeira, 112.

Poder Disciplinar na obra de Foucault

João Paulo de Moura Rosa, 132.

O Controle de convencionalidade e a teoria do duplo controle de direitos humanos

Irineu Siqueira Leite, 150.

Atividade probatória à luz do processo civil constitucional

Pedro Martins Teixeira, 157.

Conflitos de terras, patriarcalismo e vulnerabilização familiar: A complexa teia de violência no meio rural

Bianca Reitmann Pagliarini, 174.

A prescrição intercorrente no processo trabalhista e a vedação do início da execução de ofício pelo magistrado

Adriana Moreira Primo, 182.

O precedente como criação do Direito e a evolução dos conceitos a partir da análise da ADI 5869 do STF

Heitor Barros da Cruz, 200.

A inteligência artificial no Poder Judiciário: princípios éticos, normas e a resolução 332/2020

Bruno Chemin Borsoi, 215.

A polêmica aplicação da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho

Haroldo Jose Cruz de Souza Junior, 229.

Os tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Irineu Siqueira Leite, 238.

Direitos e garantias fundamentais na era digital: o marco civil da internet e o princípio da proporcionalidade

Manuela Moreira Soares Gerhardt, 247.

A análise do crime de estupro de vulnerável sob a ótica da relativização da aplicação da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça

Mariana Arpini Lievore, 271.

A transação e o parcelamento tributários

Monica Matsuno de Magalhaes, 281.

Esvaziamento da Súmula 435 do STJ: a dissolução irregular em si não é causa para o redirecionamento da execução fiscal

Letícia Ribeiro Pires, 301.

Legislação simbólica e a alopoiese no direito: por uma aproximação de conceitos a partir de Marcelo Neves

Thais de Souza Lima Oliveira, 329.

A duração razoável do processo e a inteligência artificial: uma análise conjunta em prol da celeridade

Bruno Chemin Borsoi, 349.

O contrato de timesharing sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor

Guilherme Augusto Brito Andrade, 365.

A Medida Cautelar de Busca e Apreensão à Luz da Dinâmica Estabelecida pelo Novo Código de Processo Civil

Geraldo Zimar de Sá Júnior, 424.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* EM RELAÇÃO À DEFINIÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME NO ENTENDIMENTO DA QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RESP 1991574

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal. Advogado. Procurador-Geral da CLDF. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)¹.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar a decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação à aplicação do princípio *in dubio pro societate* no que tange à definição do elemento subjetivo do crime. A controvérsia surgiu a partir de um caso pronúncia de um réu sob a acusação de homicídios consumados e tentativa com dolo eventual em acidente de trânsito.

Aplicação do princípio *in dubio pro societate*

O princípio *in dubio pro societate*, também conhecido como "na dúvida, a favor da sociedade", é uma regra interpretativa do Direito Penal que estabelece que, em caso de dúvida razoável sobre a materialidade do crime ou a autoria, deve-se favorecer a sociedade e submeter o réu ao tribunal do júri. Essa regra tem como objetivo garantir a efetividade da justiça e a proteção dos interesses da sociedade.

Ocorre que, tal preceito, segundo o julgado, não deve prevalecer quanto ao **elemento subjetivo** – ou seja, à definição sobre a conduta do réu ter sido dolosa ou culposa. De modo que o juiz togado deve dirimir o dolo e culpa.

¹Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

Ao ratificar a sentença de pronúncia, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) afirmou que, na primeira fase do procedimento júri, eventual dúvida sobre o caráter doloso da conduta não deve favorecer o acusado, devendo prevalecer, nesse caso, a regra *in dubio pro societate*. No entendimento do tribunal, bastam a prova de materialidade e indícios suficientes de autoria – além de uma compreensão preliminar sobre a ocorrência de dolo eventual – para que o processo seja julgado pelo júri popular.

No entanto, o relator no STJ, desembargador convocado João Batista Moreira, discordou desse entendimento. Ele ressaltou que, mesmo que não se conclua pela aplicação do princípio *in dubio pro reo* na fase de pronúncia, é necessário considerar que o interesse maior da sociedade é a realização da justiça. Nesse sentido, o desembargador argumentou que a remessa ao tribunal do júri de uma questão relacionada à configuração, ou não, de dolo eventual, com tantas nuances fáticas e teóricas, não seria a melhor maneira de promover a justiça.

Disse ainda o Eminentíssimo Relator que "Entender que a conduta de embriagar-se implica, em todos os casos, assunção do risco e a aceitação (remota) da possibilidade do cometimento, em seguida, de atos criminosos seria levar a indevido extremo a teoria da *actio libera in causa*. À luz desse pressuposto, deve ser examinado, pois, se mesmo que reconhecida a presença de prova ou indícios de embriaguez, as demais circunstâncias fáticas autorizam concluir que o réu, no momento imediatamente anterior, assumiu o risco de produzir e assentiu no resultado criminoso", declarou.

Elemento subjetivo do crime e embriaguez

O elemento subjetivo do crime refere-se à intenção ou vontade do agente em praticar a conduta criminosa. No caso em análise, a controvérsia reside na definição se a conduta do réu foi dolosa ou culposa. O desembargador João Batista Moreira destacou que a embriaguez, por si só, não leva ao reconhecimento automático do dolo.

De acordo com o artigo 28, inciso II, do Código Penal, a embriaguez não exclui a imputabilidade penal, mas isso não significa que o dispositivo leve, necessariamente, ao reconhecimento do dolo. O desembargador ressaltou que é necessário examinar as demais circunstâncias fáticas do caso para concluir se o réu assumiu o risco de produção e assentiu no resultado do crime.

O relator apontou que algumas informações do processo precisariam ser levadas em conta, como o fato de que chovia na hora da colisão, o local – onde já houve acidentes semelhantes – era uma curva inclinada, a pista era autorizada para 40 km/h e o réu dirigia entre 43 e 48 km/h. Além disso, ele prestou socorro às vítimas e entrou em contato com a polícia, "o que denota, salvo a desarrazoada hipótese de imediato arrependimento, ausência de prévio consentimento com o resultado".

Na opinião de João Batista Moreira, o artigo 419 do Código de Processo Penal leva à conclusão de que não bastam as provas de crime contra a vida e os indícios de sua autoria para que o caso vá ao júri. "Do contrário, todos os crimes contra a vida, evidenciada a respectiva materialidade e autoria, independentemente da forma dolosa, deveriam ser remetidos ao tribunal popular, competindo a este e só a este, pois, a eventual desclassificação para a forma culposa", ponderou.

Para o relator, cabe ao juiz, em relação ao elemento subjetivo, "sopesar as provas e circunstâncias e decidir, fundamentadamente, quanto à hipótese de desclassificação para a forma culposa".

Considerações finais

Diante do exposto, a decisão da Quinta Turma do STJ vem se alinhando com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (**ARE 1.067.392/CE**), **bem como com a recente decisão da Sexta Turma do STJ, na relatoria do Ministro** Rogerio Schietti Cruz que ao julgar o REsp 2.091.647 – DF, afastou a aplicação do in dubio pro societate, exigindo-se para que o réu seja pronunciado ao júri popular, a existência da alta probabilidade de envolvimento do réu no crime (materialidade e autoria)

Portanto, a Quinta Turma foi além, decidiu que o princípio in dubio pro societate não deve prevalecer quanto ao elemento subjetivo do crime, ou seja, à definição sobre a conduta do réu ter sido dolosa ou culposa. A embriaguez, por si só, não leva ao reconhecimento automático do dolo, sendo necessário analisar as demais circunstâncias fáticas do caso.

Cabe ao juiz, em relação ao elemento subjetivo, sopesar as provas e conclusões e decidir, fundamentalmente, quanto às hipóteses de desclassificação para a forma culposa. Dessa forma, busca-se promover a justiça e garantir a correta aplicação do Direito Penal, levando em consideração os interesses da sociedade e a proteção dos direitos individuais do réu.

REFERÊNCIA

REsp 1991574

A (IN)DEFINIÇÃO DO MARCO TEMPORAL DA RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

MARIANA ARPINI LIEVORE:

Graduada em Direito pela UNESC – Centro Universitário do Espírito Santo. Especialista em Direito Constitucional com Ênfase em Direitos Fundamentais pela Faculdade CERS2.

RESUMO : O presente artigo apresenta as divergências observadas na jurisprudência dos Tribunais Superiores referentes à retroatividade da aplicação do acordo de não persecução penal sobre fatos ocorrido antes da vigência da Lei nº 13.964/2019. No ponto de vista de seus objetivos, realizou-se uma pesquisa exploratória mediante o levantamento de bibliografia e decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O estudo conclui que deve ser analisada a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal em todos os processos, sem sentença condenatória transitada em julgado, que estavam tramitando quando entrou em vigor o art. 28-A do Código de Processo Penal, por ser norma de natureza mista, mais benéfica ao autor do fato, atendendo à sua finalidade de evitar o encarceramento, o registro de maus antecedentes ou reincidência, além de otimizar o tempo e os recursos despendidos em um processo penal, atendendo aos princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Retroatividade. Marco temporal. Recebimento denúncia. Trânsito em julgado.

INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal, inicialmente, possuía previsão apenas na Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público e já provocava debates sobre sua aplicação.

O instituto foi criado com a finalidade de apresentar soluções alternativas no processol penal, que proporcionassem celeridade na resolução de fatos considerados menos graves, conseqüentemente, possibilitando que os recursos financeiros e pessoais do Poder Judiciário e do Ministério Público fossem direcionados aos casos mais gravosos. Além disso, visa atender ao postulado da despenalização, evitando que resultem em

2 E-mail: marianarpini@hotmail.com

desfavor do eventual acusado, uma condenação e todos os efeitos que advém disso, figurando como uma alternativa ao cárcere.

A inclusão do referido negócio jurídico extraprocessual no Código de Processo Penal, promovida pela Lei nº 13.964/2019, é considerada uma opção de política criminal e, apesar de sua boa recepção por alguns operadores do direito, ainda sofre críticas, principalmente em relação às lacunas deixadas pelo legislador.

Uma das omissões constatadas e alvo de divergências é sobre a retroatividade do acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor no ordenamento jurídico.

Sobre a polêmica, surgiram algumas correntes, as quais fixaram como marcos processuais para a aplicação do instituto o oferecimento da denúncia, o recebimento da denúncia, a prolação da sentença, o trânsito em julgado ou mesmo após o trânsito em julgado.

A definição do limite da retroatividade do instituto é de grande relevância para o Direito, uma vez que está presente no cotidiano jurídico, especialmente na seara processual penal, motivo pelo qual o tema será analisado sob o aspecto de sua aplicação pela doutrina e jurisprudência, abrangendo as áreas de Direito Processual Penal, Penal e Constitucional.

O presente estudo visa apresentar o posicionamento dos Tribunais Superiores quando a matéria é submetida a sua análise, em especial, no que toca ao momento processual em que o acordo de não persecução penal pode ser formalizado, bem como as consequências práticas advindas da fixação do limite temporal até o recebimento da denúncia ou mesmo após sentença condenatória.

Para tanto, buscou-se uma revisão de bibliografia aprofundada e ampla sobre o assunto, com base em julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, doutrinas que tratam sobre o tema, além de normas constitucionais e legais do ordenamento jurídico brasileiro.

A importância da análise do tema se dá a fim de estabelecer qual seria o marco temporal mais adequado para o oferecimento do acordo de não persecução penal referente a fatos ocorridos antes de sua inserção no Código de Processo Penal com a Lei nº 13.964/2019, a fim de garantir segurança jurídica atrelada à observância da norma penal mais benéfica ao autor do fato.

O texto visa contribuir e enriquecer o debate sobre a retroatividade do acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, que

ultimamente surgiu com maior intensidade entre os operadores jurídicos, especialmente ante as decisões divergentes que têm sido proferidas pelos Tribunais Superiores.

1 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Lei nº 13.964/2019 acrescentou o art. 28-A no Código de Processo Penal, regulamentando o acordo de não persecução penal, nos seguintes termos:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a

infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

A primeira controvérsia exsurge quanto à nomenclatura do instituto, pois, segundo Madeira, Badaró, Cruz (2022), o termo “persecução penal” corresponde à atividade estatal que busca esclarecer a autoria de uma infração, dividindo-se em duas fases, uma realizada pela polícia investigativa e a outra desenvolvida perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, quando da realização do acordo, a persecução penal já terá sido iniciada, considerando que o Ministério Público apenas realizará as tratativas após receber o inquérito policial ou peças de informações, concluindo os autores que:

Daí decorre com clareza que o acordo não se pode denominar como de “não persecução penal”, pois já iniciada. Inclusive, caso efetivado o acordo, a persecução penal será ultimada com êxito, aplicando-se uma sanção penal.

Superado isso, segundo Lima (2020), trata-se de um negócio jurídico de natureza extrajudicial, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso, necessariamente acompanhado de Defensor(a) Público(a) ou advogado(a), que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito e, após homologação do juízo competente, caso cumpra integralmente as condições ajustadas, resultará em extinção da punibilidade.

Insta destacar que o rol de crimes abrangidos pela possibilidade da formalização do acordo de não persecução penal é vasto, incluindo todos os crimes contra a Administração Pública, e outros de maior censura como os de organização criminosa (integrar ou participar) e os de lavagem de dinheiro, de forma que a Justiça Penal negociada pode se tornar a principal alternativa para o sistema, se as regras forem aplicadas observando critérios objetivos, preferencialmente, regulados internamente pelo Ministério Público (PACELLI, FISCHER, 2020).

Outro ponto relevante, conforme Capez (2023), é no sentido de que o acordo de não persecução penal não é direito subjetivo do investigado, não havendo ilegalidade na recusa do oferecimento de proposta do acordo quando, fundamentadamente, o representante do Ministério Público constata que não estão presentes os requisitos subjetivos exigidos pela lei para elaboração do acordo, o que, no caso concreto, não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência, exigidos pela legislação.

Quanto à análise do direito intertemporal do acordo de não persecução penal, a jurisprudência ainda diverge e é essa temática que será objeto de aprofundamento no presente artigo.

2 RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

Instada a se manifestar quanto à retroatividade do acordo de não persecução penal, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal fixou que o instituto pode ser aplicado para fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia:

Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”. (HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11-11-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020)

Em seu voto, o Ministro Relator rememorou o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal (HC nº 74.305) no caso da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), no sentido de que a oferta do benefício poderia ocorrer até que fosse proferida sentença penal condenatória ou absolutória, aduzindo que a mesma *ratio decidendi* deveria ser aplicada ao acordo de não persecução penal, observadas suas particularidades, pois o referido negócio jurídico pré-processual, se esgotaria antes do oferecimento e do recebimento da denúncia, enquanto a suspensão condicional do processo tem como pressuposto o início da ação penal.

Assim, concluiu que deveria ser aplicada a argumentação extraída do HC nº 74.305 (ação do *tempus regit actum* conforme a finalidade da inovação processual), mas não o resultado em termos práticos (de viabilizar a oferta do benefício até que seja proferida a sentença).

Por fim, o Ministro Luís Roberto Barroso ressaltou o desvirtuamento da finalidade do acordo de não persecução penal, caso fosse admitida a oferta do acordo de não persecução penal, inclusive para sentenças transitadas em julgado:

“Uma primazia incauta da retroatividade penal benéfica, que não se justifica por se tratar de lei penal híbrida, ensejaria um colapso no sistema criminal: admitir-se a instauração da discussão sobre a oferta do ANPP inclusive para sentenças transitadas em julgado faria com que praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal, em cumprimento de pena –, fossem encaminhados ao titular da ação penal para que avaliasse a situação do réu/sentenciado. Esse contexto não se justifica se considerado o propósito do ANPP, de impedir o início da ação penal, e da máxima de que não devem ser restauradas etapas da persecução penal já efetivadas em conformidade com as leis processuais vigentes”.

Não foi outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quando instado a se manifestar sobre o tema:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA 5ª TURMA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e este Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. A Lei n. 13.964/2019 (comumente denominada como "Pacote Anticrime"), ao criar o art. 28-A do Código de Processo Penal, estabeleceu a previsão no ordenamento jurídico pátrio do instituto do acordo de não persecução penal (ANPP). 3. O acordo de não persecução penal

(ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. (HC-191.464/STF, 1ª TURMA, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 12/11/2020). No mesmo sentido: (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 13/8/2020 e Petição no AREsp 1.668.089/SP, da Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 29/6/2020). 4. No caso dos autos, a discussão acerca da aplicação do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) só ocorreu em sede de apelação criminal e no momento do recebimento da denúncia não estava em vigência a Lei nº 13.964/2019, o que impede a incidência do instituto. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 607.003/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 27/11/2020.)

O Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca destacou que a formalização do acordo de não persecução penal quando já recebida a denúncia, em data anterior à entrada em vigência da Lei nº 13.964/2019, é incompatível com o propósito do instituto.

Outrossim, em que pese se reconheça o aspecto de “desprocessualização” do acordo de não persecução penal, o que respalda os entendimentos até aqui expostos, ressoa importante analisar também as repercussões e vantagens sob o aspecto material do instituto no que toca aos processos em curso quando da entrada em vigor do art. 28-A do Código de Processo Penal, buscando uma solução consensual (GOMES FILHO, TORON, BADARÓ, 2022).

3 RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL APÓS SENTENÇA CONDENATÓRIA

Por sua vez, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal tem decidido pela aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, mesmo que já tenha sido proferida sentença condenatória:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. SENTENÇA PROLATADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. ORDEM CONCEDIDA. 1. A expressão “lei penal” contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão

punitiva do Estado ou que interferem diretamente no status libertatis do indivíduo. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei 13.964/2019, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque consiste em medida despenalizadora, que atinge a própria pretensão punitiva estatal. Conforme explicita a lei, o cumprimento integral do acordo importa extinção da punibilidade, sem caracterizar maus antecedentes ou reincidência. 3. Essa inovação legislativa, por ser norma penal de caráter mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes do STF. 4. A incidência do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não está condicionada à atuação do legislador ordinário. 5. Ordem concedida para reconhecer a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP e determinar a conversão da ação criminal em diligência, a fim de oportunizar ao Ministério Público a propositura de eventual Acordo de Não Persecução Penal. (HC 220249, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 19-12-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 03-02-2023 PUBLIC 06-02-2023).

A esse respeito, Santos (2022) enfatiza que o caráter de *novatio legis in mellius* atribuído ao acordo de não persecução penal, reflete em sua retroação aos processos em curso por imposição do art. 5º, XL, da Constituição Federal, não lhe sendo oponível o ato jurídico perfeito, devendo incidir sobre as instruções criminais em curso, independentemente de o recebimento da denúncia, fundamentado tanto na retroatividade da Lei nº 13.964/19, quanto, por exemplo, na desclassificação do tipo penal, seja pelo juízo processante ou em sede recursal, para outro que possibilite a formalização do negócio jurídico pré-processual.

Nessa linha, o acordo de não persecução penal, ao evitar a propositura de ação penal, deve retroagir no tempo, assim como a norma penal benéfica, atingindo todos os processos em andamento, ressalvados aqueles em que tenha havido trânsito em julgado.

Outrossim, apesar de reconhecer a tendência da jurisprudência de não acolher a retroatividade do disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal, Nucci (2022) defende que essa limitação, na verdade, deixa de reconhecer a força da norma processual penal de natureza mista.

Portanto, no que toca à aplicação no tempo, é uma norma mais benigna que deverá retroagir, por ser considerada mista, com prevalentes características penais, em razão de o cumprimento extinguir a punibilidade, o que retroage para beneficiar o réu. Dessa forma, pode ser oferecido até o trânsito em julgado, mesmo aos processos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/19 (LOPES JUNIOR, 2021).

No âmbito do Ministério Público Federal também foi firmada orientação nesse sentido no Enunciado nº 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão:

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão". (Enunciado alterado na 187ª Sessão de Coordenação, de 31/08/2020).

No caso submetido a julgamento, a ordem do *Habeas corpus* foi concedida para reconhecer a retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal e determinou-se a conversão da ação criminal em diligência, para, caso preenchidos os requisitos, fosse oportunizado ao Ministério Público o oferecimento de acordo de não persecução penal.

Ampliando o entendimento anterior, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, decidiu que o acordo de não persecução penal pode, inclusive, ser oferecido depois do trânsito em julgado:

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É descabida a alegação de supressão de instância quando o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou de

maneira expressa sobre a questão controvertida do habeas corpus impetrado nesta Corte. 2. A expressão “lei penal” contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no status libertatis do indivíduo. 3. O art. 28-A do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei 13.964/2019, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque consiste em medida despenalizadora, que atinge a própria pretensão punitiva estatal. Conforme explicita a lei, o cumprimento integral do acordo importa extinção da punibilidade, sem caracterizar maus antecedentes ou reincidência. 4. Essa inovação legislativa, por ser norma penal de caráter mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes do STF. 5. A incidência do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não está condicionada à atuação do legislador ordinário. 6. A indevida negativa de aplicação retroativa do art. 28-A do CPP configura hipótese de concessão da ordem de habeas corpus de ofício. 7. Agravo regimental desprovido. (HC 217275 AgR-segundo, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 27-03-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 04-04-2023 PUBLIC 10-04-2023)

Com efeito, segundo o Ministro Relator, o recebimento da denúncia ou mesmo a prolação da sentença não esvaziam a finalidade do acordo de não persecução penal, pois a sua celebração evita prisão cautelar, condenação criminal e seus efeitos como, por exemplo, cumprimento de pena, reincidência e maus antecedentes, além do próprio processo.

No mesmo sentido, de Bem e Martinelli (2020) lecionam que “[...] nem mesmo o trânsito em julgado da sentença condenatória impede a aplicação retroativa de lei posterior favorável (artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal)”.

Assim, no referido caso, apesar de já terem sido proferidos a sentença e o acórdão condenatórios, e mesmo a despeito de haver um título judicial transitado em julgado, o feito ainda estava em curso quando a Lei nº 13.964/2019 entrou em vigor, concluindo pela incidência do efeito retroativo do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Por fim, destaca-se que a matéria foi afetada ao Plenário do Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Gilmar Mendes, no HC nº 185.913/DF, para pacificação do tema, porém o julgamento do referido remédio constitucional ainda não foi concluído.

CONCLUSÃO

O acordo de não persecução penal foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro como mais um instrumento da Justiça Penal negociada. Trata-se, na verdade, de uma das espécies de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, uma vez que o Ministério Público irá abster-se de oferecer a denúncia e, caso cumpridas integralmente as condições estabelecidas no compromisso, haverá a extinção da punibilidade.

Além disso, se apresenta como uma alternativa para que o sistema de justiça criminal atenda aos princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência, uma vez que torna mais célere a prestação jurisdicional e afasta os gravosos efeitos de uma sentença penal condenatória, como a reincidência e a pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, considerando sua natureza de norma benéfica, deve ser aplicada para fatos ocorridos antes do início de sua vigência, ainda que a denúncia já tenha sido recebida ou o processo já se encontre em fase bastante avançada.

Outrossim, é preciso possibilitar a máxima efetividade ao acordo de não persecução penal, combatendo o limite de sua retroatividade até o recebimento da denúncia. Não se discute que a aplicação do instituto em qualquer processo que já tenha transitado em julgado é temerosa, porém, no que toca especificadamente às ações penais em trâmite quando da vigência do art. 28-A do Código de Processo Penal, é medida de justiça, que, caso cumpridos os requisitos, seja revisada a possibilidade de formalização do acordo de não persecução penal.

É certo, que as divergências que ainda subsistem nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça resultam em profunda insegurança jurídica, por isso, é imperioso que a pacificação da matéria ocorra de maneira célere, observando e atendendo às finalidades do acordo de não persecução penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 12 out. 2023.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2023.

_____. Ministério Público Federal. Enunciados da 2CCR. Enunciado 98. Alterado na 187ª Sessão de Coordenação, de 31/08/2020. Disponível em: < <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>>. Acesso em: 12 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 607.003/SC. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Data do julgamento: 24/11/2020. Data da Publicação: DJe de 27/11/2020. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002103399&dt_publicacao=27/11/2020>. Acesso em: 12 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 191464 AgR. Relator: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Data do julgamento: 11/11/2020. Data da Publicação: DJE 26/11/2020. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>>. Acesso em: 12 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 74305. Relator: Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 09/12/1996. Data da Publicação: DJE 05/05/2020. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1648156>>. Acesso em: 14 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 220249. Relator: Ministro Edson Fachin, Segunda Turma. Data do julgamento: 19/12/2022. Data da Publicação: DJE 06/02/2023. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765312573>>. Acesso em: 12 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 217275 AgR-segundo. Relator: Ministro Edson Fachin. Segunda Turma. Data do julgamento: 27/03/2023. Data da publicação: DJE 10/04/2023. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766775443>>. Acesso em: 12 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 185.913. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Tribunal Pleno. Pendente de julgamento. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>>. Acesso em: 14 out. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book, p. 301.

DE BEM, Leonardo; MARTINELLI, João Paulo. O Respeito à Constituição Federal na Aplicação Retroativa do ANPP. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. São Paulo: D'Plácido, 2020. cap. 6, p. 127-139.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal Comentado**. 5. ed. Degustação da obra. Revista dos Tribunais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Ebook

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 274.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 86.

MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. Volume I. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Ebook.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 113-114.

SANTOS, Marcos Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 207-208.

ESTADO CONSTITUCIONAL, DIREITO SOCIAL À MOBILIDADE URBANA E DEFENSORIA PÚBLICA: ATUAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DA INSTITUIÇÃO

GABRIEL GARCIA SOLIDADE: Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Aprovado nos concursos para membro da Defensoria Pública dos Estados do Ceará e da Paraíba (2023) ³

RESUMO: A existência de um Estado Constitucional pressupõe que o Estado esteja qualificado de juridicidade e consubstanciado pela democracia. Estas qualidades devem nortear toda atuação estatal, inclusive na concretização de direitos sociais. O direito ao transporte foi inserido, expressamente, no art. 6º da Constituição Federal pela Emenda nº 90/2015, no entanto, ainda apresenta graves problemas em sua concretização. A Defensoria Pública, enquanto instrumento e expressão do regime democrático, consiste em importante garantia constitucional para o acesso de comunidades vulneráveis ao gozo de tal direito. Diante disso, esta pesquisa apresenta as bases de um Estado Constitucional, contextualizando-as com os dilemas da efetivação do direito à mobilidade urbana. Utiliza, para tanto, uma pesquisa bibliográfica, valendo-se do exame de livros na área de Direito Constitucional e Administrativo.

PALAVRAS CHAVES: Estado Constitucional; Mobilidade Urbana; Transporte; Defensoria Pública; Direitos Sociais.

1. INTRODUÇÃO

O Constitucionalismo buscou justificar um Estado submisso ao direito, sem confusão de poderes, com o fito de mitigar o arbítrio daqueles que exerciam o poder político. Em verdade, o movimento de índole política, social e jurídica buscou a estruturação de um Estado dotado de qualidades imprescindíveis à sua existência. São elas: o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito. (CANOTILHO, 1997, p. 93).

O Estado de Direito, calcado na legalidade, oferece segurança jurídica, tornando previsíveis as consequências das condutas humanas perante o Direito. A lei, por seu turno, impõe restrições tanto ao agir dos indivíduos, quanto aos que estão investidos no exercício de funções públicas.

³ E-mail: gsolidade03@gmail.com.

Por outro lado, o elemento democrático é introduzido no Estado Constitucional não apenas como freio do arbítrio estatal, mas, sobretudo como legitimador de sua existência, uma vez que, no contexto republicano e democrático, o poder político apenas está legitimado a atuar se a ele for deferida a outorga pelo corpo político soberano. (CALMON DE PASSOS, 2013, p. 163).

Com efeito, faz-se imprescindível que as qualidades norteadoras do Estado Constitucional dirijam, por consequência, o exercício de todos os seus poderes e funções. Nesse plano, a Administração Pública, na concretização dos direitos sociais, entre eles o direito à mobilidade urbana, deve-se pautar pela constitucionalidade e pela democracia, de modo a permitir o controle sobre a sua atividade, bem como a possibilidade de participação efetiva dos administrados.

Nessa quadra, a Defensoria Pública, na forma do art. 134, da Constituição Federal de 1988, como expressão e instrumento do regime democrático e responsável pela promoção dos direitos humanos dos necessitados, é importante garantia constitucional do cidadão para concretizar o direito à mobilidade e exercer o controle da atuação do administrador público.

O presente artigo visa ao estudo das bases do Estado Constitucional, entendendo as suas características, contextualizando-o com a (ine)efetividade da atuação o Estado na garantida do direito ao transporte, indicando, ainda, balizas para a atuação da Defensoria Pública.

O estudo revela-se relevante para que o direito à mobilidade se concretize não apenas após longos anos de um processo judicial, mas para que, por meio da atuação da Defensoria Pública, o direito seja viabilizado tanto pela via extrajudicial, pela atuação direta da instituição, quanto pelo exercício direto e participativo pelos cidadãos, sujeitos de direitos.

2. O ESTADO CONSTITUCIONAL

Quando se fala em Estado Constitucional, sem dúvidas, se está muito mais próximo a falar sobre um ponto de partida do que mesmo um ponto de chegada. Isto porque, qualquer que seja o seu conceito ou justificação, atualmente, somente é possível conceber o Estado como sendo um Estado Constitucional. A Constituição, então, deixa de ser encarada como a constituição da República e da comunidade política, para ser enxergada como a norma ou a lei que conforma o próprio Estado⁴. (CANOTILHO, 1997, p. 92).

⁴Canotilho (1997, p. 88) apresenta três razões para que a Constituição, a partir do século XIX, passe a ter como referente o Estado e não a sociedade. A primeira possui caráter histórico e refere-se à evolução semântica do conceito, tratando-se do período em que, nas Constituintes Americana e Francesa se

Tal concepção advém dos frutos gerados pelo constitucionalismo, movimento político, jurídico e social, que buscou o estabelecimento de parâmetros constitucionais para a atuação do Estado. Nessa quadra, segundo Luís Roberto Barroso (2013, p. 33) em um Estado Constitucional, há pelo menos três ordens de limitação do poder.

A primeira ordem é de índole material, haja vista a existência de valores básicos e direitos fundamentais a serem observados, como a dignidade humana, e a liberdade de religião. A segunda, de viés orgânico, afixa a ideia de que as funções de legislar, administrar e julgar não devem pertencer a uma mesma pessoa, antes devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes. Por derradeiro, a terceira possui natureza processual, estabelecendo não apenas o agir estatal de acordo com a lei, mas o respeito ao devido processo legal e as regras que dele derivam.

Para além da ideia de limitação do arbítrio estatal, um novo pensamento eclodiu nos meados do século XX, florescendo o chamado “neoconstitucionalismo”, movimento que compreende Constituição como suprema e que reconhece sua carga axiológica e normativa, que a torna verdadeiro filtro de validade de todo o direito. Nesse momento, propõe-se uma efetiva mudança de paradigma, do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional. (CUNHA JR, 2014, p. 35).

De certo, o Constitucionalismo buscou justificar um Estado submisso ao direito, sem confusão de poderes, a fim de mitigar o arbítrio daqueles que exerciam o poder político. Nas palavras de Gomes Canotilho, o movimento buscou estruturar um Estado com qualidades, qualidades estas que fazem do Estado efetivamente um Estado Constitucional. Segundo leciona o referido autor, existem duas grandes qualidades que identificam um Estado Constitucional: O Estado de Direito e o Estado Democrático. (CANOTILHO, 1997, p. 93).

O Estado de Direito possui diversas acepções. Isto significa que diante de circunstâncias históricas e fatores culturais, a regulação do Estado pelo Direito se fez de diversos modos, todos estes, porém, com o fito de alicerçar a sua juridicidade.

A fórmula *the rule of law*, prevista no sistema britânico, por exemplo, aponta, *a priori*, para a obrigatoriedade de observância de um processo justo e legalmente previsto quando se tratar de julgamento dos cidadãos em que se discuta a liberdade e propriedade. Em segundo lugar, significa a preponderância das leis e costumes do país em face da

começaram a entender que a Constituição “constituía” os “Estados Unidos” ou o “Estado Nação” Francês. A segunda tem natureza político-sociológica relacionando-se com a crescente consolidação do Estado Liberal e separação do Estado-Sociedade. A terceira tem viés filosófico-político, sob a influência da filosofia hegeliana e juspublicista germânica, em que a constituição designa uma ordem do Estado.

discricionariedade do poder real. Em terceiro, ainda, traduz o sentido de igualdade dos indivíduos no acesso aos tribunais das demais entidades públicas. (CANOTILHO, 1997, p. 94).

A ideia americana *always under law*, associa a juridicidade do poder à justificação do governo, não se admitindo, um governo que atue distante das razões públicas, isto é, dissonante do consentimento do povo e insubordinado às leis. Nesse sentido, o governo que se justifica é aquele que obedece aos princípios e regras jurídicas esculpados na Constituição do Estado. (CANOTILHO, 1997, p. 94).

Há também a concepção francesa *L'État Légal*, que se fundamenta na existência de uma ordem jurídica hierárquica, composta pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que possui caráter supra constituição, a Constituição em segundo plano, e posteriormente, as leis. Nesta estrutura, o Estado Constitucional se confunde com o Estado Legal, tendo em vista a doutrina amplamente difundida de que a lei expressa a vontade geral da nação. (CANOTILHO, 1997, p. 96).

Não se deve, porém, compreender o Estado Constitucional apenas como um Estado de Direito, sob o risco de se incorrer num reducionismo imperdoável. Em verdade, o Estado de Direito, inicialmente, cumpre bem as exigências do constitucionalismo, visto que visa à limitação do exercício do poder político pelo império do Direito. Todavia, a mitigação do arbítrio do estatal, na forma propugnada, apesar de se constituir um elemento relevante, é insuficiente para a configuração de um Estado Constitucional. (CANOTILHO, 1997, p. 98-99).

Em verdade, o Estado de Direito, através da legalidade, oferece a garantia da segurança jurídica, finalidade precípua do Estado moderno, que é marcada por proporcionar a previsibilidade das consequências das condutas humanas (certeza do direito). Por outro lado, a legalidade por si só, não oferece garantias contra o próprio legislador, que pode a qualquer momento revogar leis, restringindo ou abolindo direitos. (DIMOULIS, 2011, p. 86).

O elemento democrático, por sua vez, é introduzido no Estado Constitucional, não com a finalidade de frear o poder, mas com o fito de legitimá-lo, de justificar a real origem de sua existência. Isso porque nenhum poder político se legitima se a ele não for deferida à outorga pelo corpo político soberano, uma vez que os que se investem na função política, são, na realidade, verdadeiros mandatários a quem se deferiram poderes, cujo exercício deve se dar nos moldes estabelecidos pelos outorgantes. (CALMON DE PASSOS, 2013, p. 163).

Aqui, destaca-se o princípio da soberania popular, que assegura que “todo poder o emana do povo” garantindo igualdade de participação aos cidadãos na formação da vontade popular. A este respeito, Canotilho leciona que:

[...] o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o Estado de Direito e o Estado Democrático possibilitando a compreensão da moderna fórmula ‘Estado Democrático de Direito’. (CANOTILHO, 1997, p. 99-100).

Sabe-se, porém, que o governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, isto é, a democracia sob viés meramente formal, também não é suficiente, ante a evidente necessidade de se efetivar um governo que seja para todos, apto, então, a propiciar à inclusão das minorias – raciais, éticas, religiosas, culturais – e demais grupos de pequena expressão política, como mulheres e a classe pobre. Nessa quadra, Barroso (2015, p. 66) acrescenta que:

Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade.

Com efeito, para a concretização de um Estado Democrático de Direito faz-se necessária à conjugação de alguns pressupostos, sendo eles, a limitação do poder político em face do indivíduo, a institucionalização de efetivos controles sobre o exercício do poder político, bem como a exigência de limites à atuação do poder econômico, considerando a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana em face dos riscos da sua eminente coisificação pelo capitalismo. (CALMON DE PASSOS, 2013, p. 163).

Ademais, o conteúdo da legalidade, no Estado Democrático de Direito, pautar-se-á pela busca à promoção da igualdade, não apenas pela generalidade normativa, mas pela realização de intervenções que efetivamente alterem a situação da comunidade. De certo, o viés democrático ao Estado de Direito, lhe confere a missão de utilização da lei como instrumento de transformação social. (STRECK, p. 73-74, 2014).

Assim, nota-se que o Estado Constitucional tem como pressuposto o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito, fórmulas que visam à mitigação do arbítrio estatal, assim como a garantia da igualdade e da participação dos cidadãos nos processos

de tomada de decisões públicas. Invariavelmente, estas características devem nortear a atuação estatal em todos os poderes e funções exercidas.

3. O DIREITO SOCIAL À MOBILIDADE URBANA

Os direitos sociais, também denominados direitos de segunda dimensão ou geração, são aqueles que impõem uma prestação positiva do Estado, isto é, não visam simplesmente à limitação do arbítrio estatal, como fazem os direitos civis e políticos, mas, calcados no ideal da igualdade, têm a finalidade de reduzir as desigualdades sociais existentes. (CUNHA, 2014)

O direito à mobilidade urbana se apresenta nesta conjuntura, ao passo que, conforme descreve José Afonso da Silva, não é possível se compreender o aglomerado urbano sem que o Poder Público forneça às devidas condições de circulação. Assim, é dever do Estado o fornecimento de um serviço público de transporte de qualidade, bem como é seu dever engendrar esforços para que as vias públicas estejam em condições razoáveis de circulação. (SILVA, 2010, p. 179).

A mobilidade urbana, em verdade, está diretamente ligada ao direito constitucional de liberdade de locomoção. Representa, assim, o deslocamento de pessoas e bens em uma cidade e não consiste em somente mover-se na cidade, mas deslocar-se com facilidade. Por isso, não há como se pensar um planejamento urbanístico sem levar em consideração o sistema viário, sobretudo o sistema de transportes. (SILVA, 2010, p. 180)

A disponibilização de um transporte público efetivo e de qualidade constitui-se, sobretudo em relação à população de baixa renda, como condição essencial para o exercício dos demais direitos sociais. Isto porque a população se valerá do transporte público para o acesso aos centros de saúde, postos de trabalhos, às escolas e aos locais de lazer.

Apesar da existência de leis infraconstitucionais, como a Lei nº 12.587 de 03 janeiro de 2012, que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana, cujo objetivo é contribuição para o acesso universal à cidade, somente no ano de 2015, através da Emenda Constitucional nº 90, de forma expressa, a Constituição incorporou o transporte ao rol dos direitos sociais previstos no art. 6º, veja-se:

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. (Grifo nosso)

Na proposta de emenda de autoria da Dep. Luiza Erundina (PSB/SP), registrou-se a relevância da inclusão do transporte no rol do art. 6º, considerando que no contexto da

sociedade moderna, tal serviço público se destaca em relação à mobilidade das pessoas ao gozo de bens e serviços.

Ademais, destacou-se ainda que para o cumprimento da função social da cidade,

[...] o transporte, notadamente o público, cumpre função social vital, uma vez que o maior ou menor acesso aos meios de transporte pode tornar-se determinante à própria emancipação social e o bem-estar daqueles segmentos que não possuem meios próprios de locomoção. (ERUNDINA, 2011)

Noutro passo, é salutar o entendimento de que não basta o fornecimento do serviço de transporte, para que possa atender à finalidade da norma constitucional, faz-se necessário que, além de urbano, o transporte público seja humano, isto é, se dê em condições dignas para os seus usuários.

Nesse sentido a Carta Mundial do Direito à Cidade aduz:

As cidades devem garantir a todas as pessoas o direito à mobilidade e circulação na cidade através um sistema de transporte público acessível e a preços razoáveis, segundo um plano de deslocamento urbano e interurbano, através de meios de transportes adequados às diferentes necessidades ambientais e sociais (de gênero, idade, incapacidades).

Apesar dos ditames constitucionais e dispositivos legais, parafraseando Norberto Bobbio (2004, p. 32), uma coisa é declarar os direitos do homem e justificá-los com argumentos convincentes, outra é garantir-lhes uma proteção efetiva, sobretudo no que tange aos direitos sociais.

O que se denota é que, muito embora tenha sido fixado na Constituição Federal, as comunidades vulneráveis continuam a mercê da "boa vontade" dos gestores públicos que, utilizando-se da pernicioso discricionariedade, atuam fornecendo o serviço de maneira inadequada e insuficiente, privando a população do acesso pleno e efetivo aos demais direitos constitucionais.

Como demonstram as pesquisas, as cidades que mais sofrem com inefetividade do direito à mobilidade urbana são Rio de Janeiro, São Paulo e Curitiba. Sobrecarregamento do espaço, limitação do fluxo, aumento do índice de acidentes, pouca oferta de alternativas de mobilidade e poluição do meio ambiente são os principais problemas causados pela gestão ineficiente do Estado.

Tais problemas apontam que, muito embora o Estado brasileiro tenha declarado a fundamentalidade do direito ao transporte, com a Emenda de nº 90/2015, não consegue concretizar o direito, de modo que até mesmo as políticas públicas traçadas não contam com a participação da população diretamente afetada: os trabalhadores, consumidores, estudantes, idosos, pessoas com deficiência, comunidades vulneráveis em geral.

Diante da relevância do direito à mobilidade urbana, os parâmetros para a sua prestação estão traçados na lei nº 8.987/95, notadamente, no §1º do art. 6º. Como serviço público, a sua disponibilidade aos cidadãos deve satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

A não observância deve ser objeto de controle pela sociedade civil em seus diversos modos o que, inclusive, pode ensejar, ainda, o controle jurisdicional da política pública instituída. De certo, seja na via extrajudicial, que deve ser considerada preferencial (art. 4º, II, da LC nº 80/94), seja judicialmente, assume a Defensoria Pública um papel de protagonismo na defesa dos necessitados.

4. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO TRANSPORTE

A Defensoria Pública é uma instituição que ganhou novos contornos a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 80/2014. Erigida ao *status* de instituição permanente, portanto, garantia fundamental de todo o cidadão, a Defensoria ganhou capítulo próprio no texto constitucional, sendo considerada essencial à função jurisdicional do Estado.

Nesse prisma, a instituição, nas palavras da Constituição é instrumento e expressão do regime democrático. Como instrumento, viabiliza o acesso à justiça de pessoas em situação de vulnerabilidade, justiça não apenas compreendida no plano formal, de acesso ao poder judiciário, mas sob o aspecto material, que denota a concretização plena dos direitos das pessoas. Além disso, como expressão, a Defensoria é a voz dos necessitados e deve amplificá-la em toda a sua atuação.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 80/94 ainda concretizou, de maneira expressa, que à Defensoria incumbe, em todos os graus, a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita aos necessitados. Além disso, acrescentou ao Ato de Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT - o art. 98, que passou a estabelecer que número de defensores públicos em cada unidade jurisdicional deve ser proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

Nesse passo, a Constituição determinou à União e aos Estados que, no prazo de oito anos, contasse com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, atendendo

aos critérios de maior exclusão social e adensamento populacional, o que ainda não foi garantido pelos entes políticos.

Além das funções tradicionais da Defensoria Pública, intimamente ligadas à defesa de pessoas em situação de vulnerabilidade econômica, outros papéis foram assumidos pela instituição para a concretização do seu *múnus* constitucional, entre eles a curadoria especial (art. 72, do CPC/15).

Segundo a legislação processual, a curatela especial deve ser exercida pela Defensoria Pública quando o incapaz não tiver representante legal ou quando seus interesses colidirem com os do seu representante, enquanto durar a incapacidade. Além disso, deve ser concedido curador especial ao réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado. Trata-se, portanto, de função não tradicional da instituição e, assim, não depende da análise do requisito socioeconômico.

Atualmente, ganha relevo na defesa das pessoas em situação de vulnerabilidade, uma nova forma interventiva pela Defensoria Pública: a função de *custus vulnerabilis*. Segundo Maurílio Casas Maia (2017, p. 45):

“[...] *custus vulnerabilis*’ representa uma forma interventiva da Defensoria Pública em nome próprio e em prol de seu interesse institucional (constitucional e legal) – atuação essa subjetivamente vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos – representando a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político”.

Em complemento, Cassio Scarpinella Bueno (2018, p. 219) aponta que:

“[...] O ‘fiscal dos vulneráveis’, para empregar a locução no vernáculo, ou, o que parece ser mais correto diante do que corretamente vem sendo compreendido sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública no âmbito do ‘direito processual coletivo’, o ‘fiscal dos direitos vulneráveis’, deve atuar, destarte, sempre que os direitos e/ou interesses dos processos (ainda que individuais) justifiquem a oitiva (e a correlata consideração) do posicionamento institucional da Defensoria Pública, inclusive, mas não apenas, nos processos formadores ou modificadores dos indexadores jurisprudenciais, tão enaltecidos pelo Código de Processo Civil. Trata-se de fator de

legitimação decisória indispensável e que não pode ser negada a qualquer título”.

Essa forma interventiva amplia os direitos dos necessitados, notadamente, porque permite a participação da Defensoria Pública em qualquer processo no qual estejam sendo discutidos interesses de pessoas vulneráveis. Além disso, viabiliza a atuação recursal da instituição, deveras restrita quando atua na função de *amicus curiae*, em razão do que estabelecem os artigos 138, §1º e 3º, do CPC/15.

Acerca da atuação da Defensoria Pública na concretização de direitos sociais, a Lei Complementar nº 80/94, em seu art. 3º-A, estabelece que são objetivos da instituição a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, além da prevalência e efetividade dos direitos humanos.

Enquanto função da instituição, nos termos do art. 4º da LC nº 80/94, ganha relevo a promoção, prioritariamente, da solução extrajudicial dos litígios visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos, a convocação de audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais, a promoção da difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico e a possibilidade de ajuizamento de promover ações civis públicas e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

Assim, sendo o direito à mobilidade urbana um direito constitucional cuja prestação inadequada reflete diretamente sobre a qualidade de vida de pessoas vulneráveis, justificada legal e constitucionalmente, está a atuação da instituição.

Diante dos contornos legais que pautam atuação da Defensoria Pública, é importante delinear importantes ações institucionais no tocante à efetivação do direito social à mobilidade urbana.

De plano, atendendo diretrizes do art. 4º da LC nº 80/94, a Defensoria Pública deve priorizar soluções extrajudiciais, iniciando a tentativa de resolução do conflito a partir de um diálogo com a administração pública. Nesse contexto, pode o Defensor Público oficial às Secretarias responsáveis, requisitar exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições (art. 128, X).

Além disso, na busca pela solução extrajudicial, não se pode olvidar do importante negócio jurídico que é o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC. O instrumento negocial

previsto art. 5º, §6º, da na Lei nº 7.347/1985 permitirá que a irregularidade na oferta do serviço de transporte, por exemplo, seja regularizada por meio de um compromisso firmado pelos interessados de adequação às exigências legais, mediante cominações. O ajuste terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Não obstante, ainda no plano extrajudicial, a Defensoria Pública pode e deve atuar com educação em direitos perante a comunidade. Sendo a Política Nacional de Mobilidade Urbana instituída somente em 2012, pela Lei Federal de nº 12.587/2012, e considerando que o direito à educação é prestado pelo Estado de maneira insuficiente, grande parcela da população não conhece os direitos dos usuários do serviço público de transporte, previstos nos artigos 14 e seguintes da referida lei.

Assim, a instituição, por meio de palestras na comunidade, nas escolas, em associações, como também por meio de cartilhas poderá contribuir no processo de conhecimento, cidadania e participação democrática da população frente aos órgãos públicos necessários.

Noutro rumo, não havendo sucesso nas tentativas extrajudiciais, constatada a inércia da administração pública, o poder judiciário poderá ser provocado para a efetivação do direito social à mobilidade urbana, direito que na contemporaneidade, por impactar gravemente a qualidade de vida da população, deve ser visto como integrante do rol do chamado mínimo existencial.

A respeito do controle jurisdicional de políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema nº 698 fixou o entendimento de que:

“Na hipótese de ausência ou deficiência grave do serviço, a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais não viola o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, CF/88), devendo a atuação judicial, via de regra, indicar as finalidades pretendidas e impor à Administração Pública a apresentação dos meios adequados para alcançá-las” STF. Plenário. RE 684.612/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 01/7/2023 (Repercussão Geral – Tema 698) (Info 1101).

A Corte Constitucional fixou importantes teses a respeito da atuação judicial diante da constatação de falhas na concretização de direitos sociais. Segundo o STF:

“1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou

deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos Poderes.

2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;

3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)".

STF. Plenário. RE 684.612/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 01/7/2023 (Repercussão Geral – Tema 698) (Info 1101).

Vê-se, portanto, ser possível que a Defensoria Pública acione o Poder Judiciário para que o serviço de transporte seja prestado com regularidade, continuidade, com tarifas módicas, segurança, atualidade e eficiência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo demonstrou que, atualmente, o Estado Constitucional se revela como verdadeiro ponto de partida, visto que sua existência e força normativa possuem o condão de conformar o próprio Estado. O movimento político, jurídico e social denominado constitucionalismo destacou-se em diversos países, notadamente, nos Estados Unidos, Inglaterra e França, locais onde se lutou pela consagração de direitos fundamentais, pela repartição de poderes e pela limitação do arbítrio estatal.

O Estado de índole Constitucional é marcado por qualidades que devem nortear toda atuação do ente soberano (CANOTILHO, 1997). A primeira delas é o Estado de Direito. Nesse ponto, destacam-se as fórmulas *the rule of law*, *Always under law* e *L'Etat Légal*, concebidas nos sistemas britânico, americano e francês, que visam à garantia de um processo justo, cujo procedimento seja previamente previsto em lei e a subordinação do Estado aos princípios constitucionais e às leis.

A segunda qualidade é o Estado Democrático de Direito. Tal característica impõe-se não apenas para frear o exercício do poder, mas para legitimá-lo, haja vista a necessidade de se garantir a efetiva participação dos cidadãos na formação da vontade popular. Nesse passo, a democracia se revela muito além de um elemento formal, que estabeleceria meramente o governo da maioria, mas como fator à propiciação da inclusão de minorias

– raciais, étnicas, religiosas, culturais - e grupos de pequena expressão. Na democracia a lei é utilizada como instrumento de transformação social. (STRECK, p. 73-74, 2014).

Diante dessas qualidades que consubstanciam o Estado Constitucional, se torna imperioso que os demais poderes e funções do Estado estejam em harmonia com os seus fundamentos, isto é, que se revistam da juridicidade e da democracia. Assim, a ação estatal concretizadora de direitos fundamentais deve, necessariamente, pautar-se em tais ideais.

Vê-se, porém, que no tocante ao direito à mobilidade urbana, muitas comunidades vulneráveis sofrem diuturnamente com o acesso aos serviços públicos de saúde, educação, como também têm o seu direito à cidade e ao lazer obstados pela ausência do transporte público ou pela sua ineficiência.

Além disso, não há apenas a falta do serviço de transporte, mas uma política de mobilidade frágil, que ainda privilegia os meios de transporte motorizados, que ainda polui desmedidamente o meio ambiente, que não detém uma gestão democrática e, portanto, não garante o acesso universal dos cidadãos que, em regra, estão a mercê de um, serviço ineficiente, em que os ônus e benefícios decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços não são distribuídos de maneira justa.

Diante disso, como instrumento e expressão do regime democrático, a Defensoria Pública, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado pode e deve atuar para que o direito individual e coletivo seja devidamente atendido com a dignidade e eficiência que garantem a Constituição e a Lei nº 12.587/2012.

Para tanto, a instituição poderá se valer de instrumentos importantes como o termo de ajustamento de conduta, o seu poder de requisição, priorizando a efetivação dos direitos na seara extrajudicial, em compasso com as diretrizes estabelecidas na Lei Complementar nº 80/94, mas também poderá provocar, estrategicamente, o Poder Judiciário que, observando as Teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 698, poderá determinar que a Administração Pública atinja as metas e finalidades necessárias ao gozo efetivo do direito à mobilidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

Bobbio, Norberto. **A era dos direitos** - Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. - 7ª reimpressão.

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

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Out. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 14 out. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**: Reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Editora Juspodvim, 2013.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. - Coimbra: Edições Almedina, 1997.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** – 8ª Ed. – Salvador: Juspodvim, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Parâmetros para nortear as decisões judiciais a respeito de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d871c387c0f0eac2c553c7c4d59796f9>>. Acesso em: 31/10/2023.

DA SILVA. José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. - 6ª Ed – Salvador: Malheiros, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**: definição e conceitos básicos, norma jurídica. - 4ª Ed. Rev, ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAIA, Murílio Casas. **Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor**: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes & distinções, ordem & progresso. Revista dos Tribunais. vol. 986. ano 106. págs. 27-61. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017).

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 1**, Teoria Geral do

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** -4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

A ASSISTÊNCIA QUALIFICADA ÀS VÍTIMAS E SUAS DIMENSÕES

REBECCA DA SILVA PELLEGRINO PAZ:

Pós-Graduação em Ciências Criminais e Segurança Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ; Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense⁵.

RESUMO: A partir de um método dialético, com análise bibliográfica, consultiva e jurisprudencial, o presente estudo foca sua atenção na função institucional trazida por diversas leis às Defensorias Públicas na defesa de vítimas em especial condição de vulnerabilidade. Num primeiro momento torna-se necessário entender em quais situações essa função essencial atípica se faz necessária. Outrossim, mostra-se fundamental a diferenciação dessa nova atuação da figura do assistente de acusação. Neste momento não apenas se fundamentará a diferenciação com base na doutrina institucional, mas também no olhar conferido pela jurisprudência nacional e convencional. Por fim, trabalha-se especificamente com as três principais atuações quais sejam a assistência qualificada à mulher, à criança e às pessoas que sofreram crimes de racismo. Em que pese o foco esteja sobre estas, não se olvida que trata-se de espectro protetivo devendo receber leitura ampla à luz da missão emancipatória e dos objetivos pertencentes à Defensoria Pública de forma que já se mostra possível essa atuação em prol daqueles que sofreram violência institucional.

PALAVRAS CHAVES: Assistência Qualificada. Defensoria Pública. Assistente de Acusação. Lei Maria da Penha. Lei Henry do Borel. Lei Racismo. Violência Institucional

INTRODUÇÃO

Violência contra a mulher, contra a criança, crimes de racismo e até mesmo violência institucional são espécies de crimes onde há uma sobrevitimização daquela que fora por muito tempo esquecida pelo direito, a vítima. Diante do giro democrático produzido pela constitucionalização do direito, todos os seus institutos necessitaram ter a existência ressignificado ou até mesmo reavaliada.

Sabe-se que os horrores do nazismo refletiram numa busca por dar às vítimas novamente alguma posição dentro do processo penal. Se não mais o protagonismo (que

⁵ E-mail: pellegrinorebecca@gmail.com

também não de demonstraria aliado à nova matriz democrática), dá-se o lugar um lugar humanizado de respeito na busca de uma justiça constitucionalmente adequada.

Desse modo temos a assistência qualificada como figura que não se confunde com o assistente de acusação. Tais figuras são diferentes não apenas no que tange a necessidade de aval judicial que circunda o assistente de acusação como também sobre em que momento elas podem atuar e qual objetivo de cada uma. Se o assistente de acusação está ali para acusar, o assistente qualificado busca maximizar os direitos da vítima para a obtenção de uma justiça leal com verdade, memória e reparação.

Justiça, verdade, memória e reparação são dimensões da justiça de transição que servem de parâmetro para a análise da correta aplicação da assistência qualificada. Por justiça deve se entender a garantia de uma investigação séria justa e imparcial, especialmente quando temos a cristalização da impossibilidade de revitimização com a lei Mariana Ferrer. Ainda merece destaque a demissão da memória que se relaciona sobremaneira com a vedação a utilização da Tese da legítima defesa da Honra sacramentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, a assistência qualificada da vítima demonstra que o olhar sobre a vítima não se manteve estanque. Pelo contrário, ele acompanhou os anseios democráticos e hoje visa garantir que o direito seja utilizado como garantia a irracionalidade do poder punitivo, mas também como garantia de não violação de direitos de quem já os teve violado.

1- A REDESCOBERTA DA VÍTIMA E AS FASES DE SUA DEFESA.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Direito (e o mundo) passou pelo que convencionou-se chamar redescoberta da vítima. Assim, se num primeiro momento a vítima era protagonista, posteriormente sua existência para o processo fora neutralizada e apenas décadas mais tarde, diante dos horrores vivenciados pelas vítimas de atuações nazistas, demonstrou-se que era necessário que as vítimas também recebessem a tutela do Direito.

Logo, processo penal ser sim uma fora de garantia contra a irracionalidade do poder punitivo ele também não deveria ser via de revitimização, apagamento e inocuidade de categorias cotidianamente vulnerabilizadas.

Maurílio Maia subdivide essa redescoberta da vítima e a operacionalização do Direito para evitar novas violações em 3 fases. A assistência qualificada seria forma de atuação contemporânea que teve por sementes às lutas de movimentos organizados em prol da defesa de mulheres, crianças e vítimas de crimes de racismo em suas mais diversas modalidades.

1ª fase — a fase "paradoxal", na qual não existia uma defesa pública nacionalmente organizada e o membro do Ministério Público (enquanto Estado "Custos Legis" e, por isso também, "Dominus Litis") precisava se equilibrar entre seu interesse institucional (o "interesse ministerial") e a eventual tutela do interesse da vítima. Diante da inexistência de uma Defensoria Pública nacionalizada, o Ministério Público se tornava legitimado à ação civil ex delicto em razão de requerimento da vítima pobre (CPP, artigo 68[2]).

2ª fase — com a determinação constitucional de nacionalização da Defensoria Pública, inicia-se a fase "transitória", do trânsito para a inconstitucionalidade do artigo 68 do CPP, conforme entendimentos do STJ (REsp n. 219.815/SP, DJe 24/11/2008) e STF (RE nº 135.328-7/SP, DJ 1/8/1994). Tal fase é acompanhada do aprofundamento da maior independência do Ministério Público para atuação impessoal em prol da ordem jurídica, remetendo-se cada vez mais à Defensoria Pública a defesa de interesses das pessoas, inclusive das vítimas, interesses esses eventualmente conflitantes com a visão ministerial de "ordem jurídica".

3ª fase — **fase constitucional ou da autonomia integral da vítima, ainda em implementação e em risco de retrocesso. Em tal contexto, normas referentes às denominadas "assistências qualificadas das vítimas" surgem e crescem, tais como: (1) quanto à mulher-vítima de violência de gênero (Lei nº 11.340/2006, artigo 27 e 28); (2) em relação à vítima de racismo, art. 20-D, Lei n. 7.716/1989; (3) quanto à criança-vítima[3], em diálogo das fontes[4] determinado pelo artigo 33 da Lei nº 14.344/2022 — conforme lição de Franklyn Roger [aqui](#) na **ConJur**. (Grifo nosso)**

Nesse diapasão a assistência qualificada à vítima se mostra como ferramenta focada não na condenação do réu a qualquer custo, mas sim numa assistência humanizada, irrestrita e ampla da vítima. Outrossim, é fundamental que ressalte-se que de acordo com uma concepção democrática e garantista de processo penal, a vítima não tem direito a uma sentença condenatória. O que deve ser a ela garantido, especialmente num sistema acusatório pugnado num Estado Democrático de Direito é uma atuação humanizada, a qualquer momento, que resguarde de forma de todas as formas seus direito de obter justiça, verdade, , memória, reparação e não repetição

Como é possível verificar, essa atuação vem recebendo positividade específica em diplomas focados não apenas em remodelar a atuação judicial, mas sobretudo em ressignificar o *status quo brasileiro*. Sua primeira positividade veio na lei Maria da Penha e a última normatização específica ocorreu nas recentes alterações ocorridas na lei de combate ao racismo.

Lei Maria da Penha: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm

Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei.

Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

Lei de Combate ao Racismo: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm

Art. 20-D. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a vítima dos crimes de racismo deverá estar acompanhada de advogado ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Portanto, o redescobrimento da vítima vem se dando de forma constitucionalizada. Numa constituição que tem por fundamento a dignidade da pessoa humano outra não poderia ser a postura frente às vítimas que compõem segmentos vulnerabilizados que uma assistência qualificada. Assistência que em um viés emancipatório e protetivo engrandeça essa vítima não focando seus esforços na obtenção de uma condenação, mas sim garantindo que essa pessoa gozará da verdadeira justiça, que é uma investigação séria, justa e imparcial com vocação transformadora, sem qualquer tipo de revitimização.

2- 3- DIFERENÇA ASSIST QUALIFICADA E ASSIST ACUSAÇÃO

Ainda na toada da evolução do papel da vítima no processo penal brasileiro, entende-se que ela possui dois tipos de participação. O consenso entendia que eram formas dessa participação ocorrer, como testemunha, onde sequer prestava compromisso de dizer a verdade, e como assistente de acusação. Nosso enfoque se dá sobre essa segunda faceta e sobre como hoje ela não se mostra alinhada com o paradigma democrático.

Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.

Art. 269. O assistente será admitido enquanto não passar em julgado a sentença e receberá a causa no estado em que se achar.

Art. 270. O corréu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público.

Art. 271. Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598.

§ 1o O juiz, ouvido o Ministério Público, decidirá acerca da realização das provas propostas pelo assistente.

§ 2o O processo prosseguirá independentemente de nova intimação do assistente, quando este, intimado, deixar de comparecer a qualquer dos atos da instrução ou do julgamento, sem motivo de força maior devidamente comprovado.

Art. 272. O Ministério Público será ouvido previamente sobre a admissão do assistente.

Art. 273. Do despacho que admitir, ou não, o assistente, não caberá recurso, devendo, entretanto, constar dos autos o pedido e a decisão.

Diante de uma análise da jurisprudência internacional bem como da nacional, torna-se evidente que a figura do assistente de acusação não se mostra mais consentânea com o arcabouço convencional e constitucional. Isto se dá porque tais âmbitos normativos buscam não apenas uma proteção eficiente, mas também que as formas que essa proteção ocorra não se dem mediante disparidades.

Sendo assim, numa perspectiva nacional são inúmeras as manifestações de Ministros que salientam essa figura violar o devido processo legal (art. 5o, inciso LIV, da CRFB), a paridade de armas (manifestação da igualdade no âmbito processual e decorrência do devido processo legal) e a ampla defesa (art. 5o, inciso LV, da CRFB). Em verdade o assistente de acusação viola frontalmente a Constituição desequilibrando uma balança já deveras desequilibrada.

“Desde aí se conformam os argumentos em torno da NÃO RECEPÇÃO DA ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO nos casos em que o Ministério Público não ca inerte. Questão esta que se aclara, por exemplo, na conformação da sala de audiência ou no plenário do Tribunal do Júri. Nos casos em que há assistência, violação do direito ao tratamento igualitário e se produz uma discriminação contra a defesa, uma vez que são duas linhas de atuação contra uma. Some-se ainda, o fato de que o Ministério Público ainda tem toda a estrutura policial trabalhando a seu favor. Não só da polícia investigativa em si mesmo, mais ainda das próprias estruturas invés Ga vai e técnicas que possui (peritos, psicólogos, policiais cedidos, os GAECOS — Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado —da vida...). À Defesa, na quase maioria dos casos feita por defensores públicos sem estrutura nenhuma, resta contrapor aos argumentos da acusação de forma muitas vezes ‘fordista’. E que, no caso da assistência de acusação, se vê reforçada com os argumentos de outro profissional do direito. De tudo que foi dito, defende-se a ideia de que a Assistência à Acusação não foi recepcionada pela Constituição de 1988, não pelos argumentos enfrentados pelo STF, mas, especialmente porque, ao prever a atuação junto com o MP, a ordem processual produz uma discriminação inaceitável contra o acusado, ferindo seu direito ao tratamento igualitário”⁴⁴ DA COSTA, Renata Tavares. O papel do assistente da mulher previsto no artigo 27 da Lei Maria da Penha nos crimes de feminicídio no Tribunal do Júri, p. 13-14.

Diferentemente, sem contudo concordar com a existência dessa figura, a Corte Interamericana de Direitos Humanos salienta pela inconveniência dessa figura. Usando a lente da vítima, e não a de proteção ao réu como o entendimento supra, a Corte recomenda que essa figura seja substituída por outra que possa realizar a defesa integral e em qualquer momento sob pena de apear a atuação da vítima. O que produziria proteção deficiente. Esse foi o entendimento na sentença que condenou o Estado Brasileiro no caso Favela Nova Brasília.

329. No que concerne à criação de um mecanismo de participação de vítimas e organizações da sociedade civil em investigações de crimes decorrentes de violência policial, a Corte toma nota de que o Estado dispõe de normas que garantem a participação de um assistente de acusação em ações penais públicas. Sem prejuízo do exposto, não oferece nenhum marco legislativo que garanta a participação das partes na fase de investigação pela polícia ou pelo

Ministério Público. Levando isso em conta e em atenção à sua jurisprudência sobre a participação das vítimas em todas as fases de investigação e do processo penal,³³⁸ a Corte determina que o Estado adote as medidas legislativas, ou de outra natureza, necessárias para permitir que as vítimas de delitos ou seus familiares participem de maneira formal e efetiva da investigação criminal realizada pela polícia ou pelo Ministério Público, sem prejuízo da necessidade de reserva legal ou confidencialidade desses procedimentos. - https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf

Sendo assim, a assistência qualificada não deve ser confundida com a figura do assistente de acusação. Esse entendimento é norte fundamental em sua aplicação já que por ele é que se defende a desnecessidade de autorização judicial para suas manifestações uma vez que a autorização para a atuação advém da lei, assim como a possibilidade de atuação em qualquer fase do processo. Esse foi, inclusive o posicionamento adotado pelo TJRJ quando deu procedência a um Recurso Em Sentido Estrito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro que se manifestava contrariamente a postura do magistrado que entendia ser necessária a sua anuência para a participação da assistência qualificada à mulher. Outrossim o Superior Tribunal de Justiça se manifestou em caso emblemático sobre a possibilidade de acesso por parte de vítimas indiretas (parentes da vítima direta) que com assistente qualificado pugnavam pelo acesso aos documentos já documentados nos autos.

Especificamente falando da assistência qualificada à vítima mulher vale trazer o trecho doutrinário:

É fundamental compreender que a atuação da Defensoria Pública na defesa da mulher, por meio da assistência qualificada, não deve ser confundida com o papel desempenhado pelo Ministério Público ou pelo assistente de acusação. De acordo com alguns doutrinadores, a atuação do advogado ou defensor público no contexto da Lei Maria da Penha deve se concentrar exclusivamente nas necessidades apresentadas pela vítima, ouvindo e respeitando suas manifestações de vontade após a devida orientação sobre as consequências jurídicas e processuais de suas ações. É essencial ter em mente que a assistência jurídica tem como objetivo minimizar os efeitos da vitimização secundária e proteger os direitos da mulher ofendida (BELLOQUE, J. G. Da Assistência Judiciária. In CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico feminista. Lumen Juris, 2011:337-346).

3- DIMENSÕES DA ASSISTENCIA QUALIFICADA

A Constituição cidadã ressalta que a República Federativa brasileira constitui-se em co Estado Democrático de Direito e tem como mira de sua bússola a construção de uma sociedade livre, justa e solidária que promova o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Sabedouro desse contexto constitucional torna-se digno de nota os paradigmas relativos à justiça de transição utilizados pela doutrinas, para compreendermos os objetivos maiores da assistência `vítima.

Traçando um paralelo com a justiça de Transição a doutrinar proporciona interessante sistemática que propõe que a análise de uma bem sucedida assistência à vítima perpasse pelas dimensões da justiça de transição, quais sejam verdade, justiça, memória e reparação com medidas de não repetição

A modalidade da justiça deve ser compreendida não como a busca por uma sentença condenatória a qualquer custo, mas sim como a garantia de uma investigação séria justa e imparcial. Entendimento este reafirmado recentemente quando a Corte Interamericana condenou o Brasil no caso Marcia Barbosa diante da ausência de condução processual com perspectiva de gênero. Não a toa hoje o judiciário brasileiro já consta com o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, instituído pela Resolução 492 do Conselho Nacional de Justiça.

*Caso Márcia Barbosa x Brasil -
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf*

194. No capítulo VIII da presente Sentença, a Corte concluiu que o Estado não atuou com a devida diligencia na investigação relativa aos demais possíveis partícipes no homicídio de Márcia Barbosa de Souza (par. 133 *supra*) e que a investigação e o processo penal tiveram um caráter discriminatório em razão da incidencia de estereótipos de genero, de modo que foi violado o direito de acesso à justiça dos familiares da senhora Barbosa de Souza (par. 150 *supra*).

Adocão de um protocolo estandardizado de investigação de mortes violentas de mulheres em razão de genero 198. No capítulo VIII desta Sentença o Tribunal concluiu que O Brasil não adotou uma perspectiva de genero na investigação e no processo penal iniciados em virtude do homicídio de Márcia Barbosa de Souza (par. 150 *supra*).
199. Por outra parte, a Corte nota que o Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por razões de Genero foi interiorizado e adaptado pelo Estado através

das Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres.²⁹⁵ O documento teve como objetivo standardizar o tratamento dado à investigação, à persecução e ao julgamento, com a devida inclusão da perspectiva de gênero desde a fase inicial. As Diretrizes expressam a necessidade de que as autoridades competentes busquem, ao longo da investigação de um feminicídio, a realização do direito de acesso à justiça, sem a intervenção de estereótipos e outras formas de violência ou discriminação contra as mulheres.

Índice da justiça estadual do Protocolo implementado pelo CNJ-
<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>

Justica Estadual83

- a. Violencia de genero e questões de direito processual .84
 - a.1. Medidas Protetivas de Urgência e Formulário Nacional de Avaliação de Risco84
 - a.2. O valor probatório da palavra da vítima85
 - a.3. A oitiva da vítima hipossuficiente pela idade86
 - a.4. A representação processual da vítima87
 - a.5. Os efeitos da sentença condenatória e o direito da vítima ao ressarcimento87

Ainda nessa dimensão a doutrina, e mais recentemente, a legislação nos rememoram sobre o dever de garantir que no processo não se produza revitimizações. Diante de postura inaceitável dos operadores de Direito no caso onde vítima de suposto estupro fora depreciada e revitalizada o legislador nos brindou com a Lei Mariana Ferrer que veda qualquer tipo de atuação revitimizante. Em verdade, ainda que essa lei não existisse, assim como ainda que a vítima não se enquadre no sujeito passivo dessa lei, é função da assistência qualificada impedir que a dignidade da vítima seja afrontada por aqueles que deveriam garantir sua proteção. Nesse sentido, Soraia Mendes (traz a assistência judiciária como mais um dos serviços postos à disposição da mulher em situação de violência doméstica, não apenas para prevenir como também para conter esses constrangimentos, criando-se uma facilitação do acesso à Justiça, nalizando, com maestria

Art. 3º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 400-A e 474-A:

“Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.”

“Art. 474-A. Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.”

Outro reflexo desse direito à justiça está no fato de que, qualquer manifestação da vítima ser tutelada, seja sua fala por meio de uma escuta qualificada, seja seu silêncio. Sendo a vítima uma parte no processo e não mera testemunha, a ela é sim garantido o direito ao silêncio. Em que pese ainda existam manifestações calcadas no machismo estrutural há de se aplaudir o Enunciado 50 do FONAVID que ressalta que deve ser respeitada a vontade da vítima de não se expressar durante seu depoimento em juízo, após devidamente informada dos seus direitos. (Aprovado no XI FONAVID – São Paulo (SP)).

A dimensão da verdade segue no mesmo espectro da dimensão da justiça já que busca garantir que as verdades não sejam encobertas pelas metodologias androcentricas do sistema de justiça. Exemplo trabalhado na doutrina é a necessidade de se avaliar, ainda que por meio de investigação defensiva, todos os documentos e laudos do caso garantindo que feminicídios não sejam encobertos por falsos suicídios.

Quando se trabalha com a dimensão da memória é recomendável que se impossibilite violações à memória das vítimas. Não se pode admitir que um sistema onde impera a heteronormatividade compulsória, o racismo, o machismo e que a Doutrina da proteção integral é ignorada reforça ainda mais suas engrenagens para violar os direitos dessa parcela populacional mesmo quando elas foram vítimas fatais. Nessa toada deve a assistência estar atenta e alinhada com a jurisprudência pátria de forma que qualquer indício de utilização de legítima defesa da honra seja impugnada e eivada de nulidade conforme entendeu o Suprem Tribunal Federal no julgamento da ADPF 779.

A “legítima defesa da honra” é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988.

3. A “legítima defesa da honra” não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Devem prevalecer a dignidade da pessoa humana, a vedação de todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e o direito à vida, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio.

4. Na hipótese de a defesa lancar mão, direta ou indiretamente, da tese da “legítima defesa da honra” (ou de qualquer argumento que a ela induza), seja na fase pré-processual, na fase processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, caracterizada estará a nulidade da prova, do ato processual ou, caso não obstada pelo presidente do júri, dos debates por ocasião da sessão do júri, facultando-se ao titular da acusação apelar na forma do art. 593, inciso III, alínea **a**, do Código de Processo Penal.

Por fim, temos a dimensão da reparação e as medidas de não repetição. Aqui temos um amálgama entre os deveres estatais e as obrigações do condenado. Obrigações proporcionais às violações e que devem ser garantidas não apenas às vítimas diretas, mas

também às indiretas. Torna-se interessante trazer a baila a Atuação da DPE/RJ como assistente da vítima que refletiu em efetivo bloqueio de bens de autor de feminicídio.

Através do GT Feminicídio, a Defensoria Pública passou a prestar assistência integral às vítimas diretas e indiretas do crime de feminicídio, nos processos que tramitam nas Varas do Júri, da mesma forma que atuava nos processos dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A atuação visa resguardar os direitos das vítimas enquanto sujeito de direitos no processo e, principalmente, assegurar a não revitimização, a não culpabilização pela violência sofrida, o direito à informação e à participação efetiva no processo — explica a coordenadora de Defesa dos Direitos da Mulher, Flavia Nascimento, presidenta do grupo de trabalho. - 5 Sobre a assistência qualificada no âmbito do Tribunal do Júri, ler em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-04/tribunal-juri-lei-maria-penha-assistencia-qualificada-tribunal-juri> 6 Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/27102-DPRJ-consegue-bloquear-bens-de-autor-de-feminicidio-para-indenizacao>

CONCLUSÃO:

Sabendo que a vítima merece ter seus direitos tutelados, uma vez que sua completa neutralização sustentou vergonhas da humanidade como o Nazismo, tornou-se necessário seu redescobrimto. Hoje vivemos naquilo que denomina-se como a terceira etapa do descobrimento já que objetiva-se tutelar essa vítima com autonomia. Emancipação esta que requer apoio institucional para que não se violem mais seus direitos.

Os objetivos constitucionais de que vivamos num Estado democrático de Direito onde viva uma sociedade livre, justa e solidária que promova o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação exige novos institutos e olhares. Assim, entende-se que seja por proteção insuficiente que leva a inconveniência do instituto segundo a Corte interamericana de Direitos Humanos, seja pela violação a paridade de armas que leva a sua não recepção, a assistência à acusação não deve mais ser utilizada em nosso ordenamento, como regra geral.

Isto posto, as legislações mais modernas sobre vítimas que compõem segmentos vulnerabilizados trazem a figura da assistência qualificada. A Doutrina pátria relaciona os objetivos dessa figura com as dimensões da justiça de transição. Logo, uma assistência qualificada que seja humanizada, integral e em todos os momentos deve guiar-se por dimensões de justiça, verdade, memória e reparações com vocações transformadoras.

BIBLIOGRAFIA:

<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/27071-Sala-1-Assistencia-qualificada-as-vitimas>

Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, instituído pela Resolução 492 do Conselho Nacional de Justiça.

<https://canalcienciascriminais.com.br/assistencia-violencia-domestica/>

MENDES, Soraia da Rosa. *Processo penal feminista*. São Paulo: Atlas, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. A violência de gênero e a lei dos mais fracos: a proteção como direito fundamental exclusivo das mulheres na seara penal. In: GAUDÊNCIO, Iresa Karina de Figueiredo (Org.). *A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos*. Brasília: AMAGIS, 2016. p. 63-78.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (edição especial), p. 70-89, jan.-mar. 2012.

https://www.conjur.com.br/2023-mar-28/tribuna-defensoria-defensora-integral-mulher-assistencia-desqualificada-vitima#_ftn8

DELFINO, Rafael Miguel. *Ação Penal Privada Subsidiária da Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Sobre o tema: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Sobre Defensoria Pública e defesa da vítima, veja ainda: (1) ARAÚJO, Sérgio Luís de Holanda Soares. *A vítima de criminalidade e abuso de poder e a missão constitucional da Defensoria Pública*. São Paulo: Livre Expressão, 2015; (2) DANTAS JR., Genival Torres. *A tutela da vítima pela Defensoria Pública na Persecução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COSTA, Renata Tavares. O papel do Assistente da Mulher previsto no artigo 27 da Lei Maria da Penha nos crimes de Femicídio no Tribunal do Júri. In: DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. *Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher*. Rio de Janeiro: Coordenação de Defesa da Mulher/CEJUR, 2017, p. 202.

Sobre o tema: LEWIN, Ana Paula de Oliveira Castro Meirelles; PRATA, Ana Rita Souza. Da atuação da Defensoria Pública para promoção e defesa dos direitos da mulher. Revista digital de Direito Administrativo, São Paulo, vol. 3, n. 3, p. 525-541, 2016.

OCÁRIZ, Grazielle Carra Dias. Femicídio e a assistência às vítimas diretas e indiretas pela Defensoria Pública. In: DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher. Rio de Janeiro: Coordenação de Defesa da Mulher/CEJUR, 2017, p. 242.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf

<https://www.conjur.com.br/2023-out-12/juiz-ordena-vitima-violencia-domestica-receba-assistencia#:~:text=A%20assistência%20qualificada%20à%20v%C3%ADtima,âmbito%20do%20tribunal%20do%20júri.>

https://www.defensoriapublica.pr.def.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2022-10/nota_tecnica_no_04_22_-_assistência_qualificada_vitima_juri.docx.pdf

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14245.htm

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361685556&ext=.pdf>

O CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS NA MODALIDADE RECEBER E O LIAME SUBJETIVO ENTRE OS PROFISSIONAIS LIBERAIS E OS CLIENTES. OS HONORÁRIOS “MACULADOS”

PRISCILA TARGINO SOARES BELTRÃO: Advogada. Formada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Exerceu cargo em comissão de assessoria no Ministério Público da Paraíba por 03 anos e 09 meses⁶

RESUMO: Aborda o crime de lavagem de dinheiro. Sua origem. Convenção de Viena. A introdução tardia no ordenamento jurídico brasileiro. O *nomen iuris* e a discussão conceitual. A conduta dos profissionais liberais no combate ao crime de lavagem de dinheiro. A conduta receber e o núcleo do verbo. Os honorários “maculados”. O pagamento (de origem ilícita) pela contraprestação do serviço efetivamente prestado. Ausência de ilicitude. Prestação simulada e recebimento de valores de origem ilícita. Dolo específico. Configuração do crime. Concurso entre cliente e prestador. A problemática dos advogados e psicólogos. O dever de sigilo.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro; Origem; Convenção de Viena; Ordenamento jurídico brasileiro; Nomen iuris; Conceito Profissionais liberais; Combate à lavagem; Receber; Honorários “maculados”; Dinheiro; Origem ilícita; Contraprestação e serviço; Ilicitude; Simulação e conluio; Dolo específico; Crime configurado; Concurso; Advogados e psicólogos; Dever de sigilo.

ABSTRATC: Approach the crime of money laundering. Your origin. Vienna Convention. Late introduction into the Brazilian legal system. The *nomen iuris* and the conceptual discussion. The conduct of liberal professionals in combating the crime of money laundering. The conduct to receive and the nucleus of the verb. The “maculated” fees. Payment (of illegal origin) for the consideration of the service actually provided. Absence of illegality. Simulated provision and receipt of amounts of illegal origin. Specific intent. Crime setup. Competition between customer and provider. The problematic of lawyers and psychologists. The duty of secrecy.

Keywords: Money laundry; Source; Vienna Convention; Brazilian legal system; Nomen iuris; Concept of liberal professionals; Fight against washing; Receive; “Stained” fees; Money; Illicit origin; Consideration and service; Illicitness; Simulation and collusion; Specific intent; Crime configured; Contest; Lawyers and psychologists; Duty of secrecy.

⁶ E-mail: priscilabeltrao@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Busca-se com o presente artigo, ainda que de forma sintética, tecer algumas considerações sobre a atuação dos profissionais liberais, notadamente aqueles que atuam nos assim chamados setores sensíveis da economia, como agentes privados capazes de colaborar com o Estado no combate à lavagem de capitais.

Não se pretende esgotar o tema, mas sim pontuar alguns elementos caracterizadores da conduta em si, que lancem luz sobre esses atores e busque, dessa forma, tentar moldar de forma crítica e racional eventuais responsabilidades, administrativas e/ou penais.

Em breve apanhado histórico, conquanto seja de conhecimento comezinho da academia, o termo lavagem de capitais, muito provavelmente, advém do uso pela máfia ítalo-americana, nos anos 1930, de máquinas de lavar roupas automáticas para justificar os enormes ganhos advindos das suas atividades criminosas, *v.g.*, jogos de azar, prostituição, extorsão, entre outros, de forma dar aparência de licitude a esse capital ilícito outrora a descoberto.

Majoritariamente, lavagem de dinheiro é a expressão mais utilizada pelos países que tem esse tipo penal em seus ordenamentos jurídicos. Podemos citar os próprios EUA, a Inglaterra, a Alemanha, a Argentina e o Brasil com nações que adotam esse termo, enquanto outras, como Portugal, Espanha e França, apenas para citar alguns exemplos utilizam branqueamento.

É de relevo pontuar que a introdução do crime de lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico pátrio foi tardio, considerando que essa diretriz foi ajustada na Convenção de Viena de 1988, ratificada pelo Brasil em 1991, com o Decreto 154/1991 e apenas em 1998 é introduzida a Lei n.º 9.613 que tipificou o crime de lavagem e criou o COAF.

Uma curiosidade no que toca à introdução do nome desse delito no ordenamento pátrio em 1998, foi a Exposição de Motivos n.º 692 de 18 de dezembro de 1996, feita pelo então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, o qual sugere afastar o termo branqueamento, pois traria uma hipotética conotação racista. Vejamos o item sobre esse posicionamento:

“13. A expressão "lavagem de dinheiro" já está consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (money laundering). Por outro lado, conforme o Ministro da Justiça teve oportunidade de sustentar em reunião com seus colegas de língua portuguesa em Maputo (Moçambique), a denominação "branqueamento", além de

não estar inserida no contexto da linguagem formal ou coloquial em nosso País, sugere a inferência racista do vocábulo, motivando estéreis e inoportunas discussões.”

O Brasil, portanto, se alinhou ao grupo de países que adotam o critério da natureza da ação criminosa (lavar e/ou ocultar dinheiro) como elemento chave para batizar o *nomen iuris* do tipo penal.

Particularmente não concordamos com o termo “dinheiro”, pois ele apenas exprime um modo de pagamento, ou expressão de uma moeda, deixando de englobar outras expressões de riqueza, como ações, direitos, imóveis, bens móveis, entre outros. Por essa razão, comungamos do entendimento de que “capitais”, desenvolve com maior lucidez o conjunto de bens e direitos capazes de serem ilicitamente adquiridos e lavados.

Pois bem, partimos do pressuposto de que a lavagem de capitais é uma cadeia de atos, concatenados ou não, que buscam dar opacidade à natureza, origem, local, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos que tenham origem ilícita, e que contenham um núcleo essencialmente econômico para a sua reinserção na econômica formal com aparência de licitude, porquanto, no fundo, esse *quantum*, enquanto manipulado pelo agente criminoso e seus asseclas, jamais será limpo.

Por hora, cremos não ser necessário, para o que nos interessa, maiores digressões sobre a mudança legislativa no artigo 1º da Lei n.º 9.613/1998, notadamente a redação dada pela Lei n.º 12.683/2012, que trocou o termo crime por infração penal, de forma a englobar tanto condutas criminosas como contravencionais.

Isso serviu, basicamente, para que o *legal enforcement* alcançasse grupos criminosos envolvidos com o jogo do bicho⁷, conduta, que, a princípio sem maiores consequências danosas e com aceitação no meio social, revelou-se matriz de inúmeros crimes graves interrelacionados, a exemplo da própria lavagem e homicídios.

2. O PAPEL DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS NA POLÍTICA DE COMBATE À LAVAGEM DE CAPITAIS

⁷ Art. 58. Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração:

Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, aquele que participa da loteria, visando a obtenção de prêmio, para si ou para terceiro.

No ponto, vemos que o maior dilema da norma penal da Lei n.º 9.613/1998, no que tange aos profissionais liberais (advogados, médicos, dentistas, psicólogos, entres tantos outros), reside na redação do inciso II, do § 1º, do art. 1º, notadamente o verbo “receber”. Vejamos:

Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

§ 1º. Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

(omissis)

II - os adquire, **recebe**, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

Aqui, primeiramente, deve ser avaliada a conduta em si, de acordo com o espírito da lei de lavagem.

Para isso é necessário percorrer, ainda que sucintamente, o art. 298, do CP, porquanto é nele que encontramos a fonte para avaliação do chamado liame subjetivo entre os agentes criminosos. É com o uso do art. 29, do CP, à luz da lavagem de capitais, que se deve avaliar o concurso de pessoas para a realização do crime de lavar dinheiro e/ou ocultá-lo, mas, para isso, é fundamental estar provado um atuar conjunto relevante entre esses personagens de forma que suas ações tenham tamanha relevância e identidade de propósitos que não haja dúvida de que o profissional liberal agiu deliberadamente para lavar o dinheiro de origem ilícita ou escamoteá-lo.

8 Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Essa premissa tem maior envergadura quando se trata de um crime unissubjetivo ou de concurso eventual, *in casu*, a lavagem de capitais, o qual pode ser cometido por uma única pessoa ou, eventualmente, por duas ou mais, sendo imprescindível a culpabilidade do suposto coator.

Nesse sentido, a nossa crítica advém do núcleo do verbo “receber” da lei de lavagem, pois seu elemento subjetivo, ao fim e ao cabo, é a vontade de lavar o capital e reintroduzi-lo na economia formal com aparência de licitude, ação que, a nosso ver, não pode ser atribuída ao profissional liberal, ainda que ele “receba” o pagamento dos seus serviços em espécie, sendo certo que a doutrina majoritária⁹ não admite o dolo eventual.

Isso porque não cabe a ele, a respeitar entendimentos contrários, emitir juízo de valor sobre a origem do *quantum* que lhe é pago em contrapartida aos serviços efetivamente prestados, porquanto trata-se do consumo de serviços, porquanto ausente indícios de anormalidade na situação, deve vigorar o princípio da confiança.

A problemática reside no dolo.

O que não pode é o prestador de serviços, ciente da origem ilícita do valor que irá receber a título de contraprestação do serviço, em verdade, não prestá-lo, simulando, por conseguinte, uma relação comercial fraudulenta com vistas a dar ares de legalidade e, conseqüentemente esquentar o dinheiro.

Isso é visto nos casos em que o “cliente” e o profissional liberal firmam um contrato, emitem recibos e notas fiscais, mas não há qualquer prestação de serviço por parte do último, havendo, por vezes, o retorno do dinheiro, por outros meios, para o “cliente”.

Nesses casos, não há dúvida de que o profissional estará realizando a conduta típica prevista na normal penal em abstrato, no caso, *receber*, com o intuito de ocultar propositalmente valor sabidamente ilícito. Não há, sequer, necessidade de posterior dissimulação ou reinserção, na medida em que a legislação brasileira não exige a chamada “*mecânica trifásica*” da lavagem.

É suficiente para a configuração do delito que apenas um dos atos seja executado, *v.g.*, ocultar, para a configuração do crime. O importante, como bem demonstrado é a vontade deliberada de ajudar o “cliente” a executar uma das fases. A ocultação, via de

⁹ **BADARÓ**, Gustavo Henrique e **BOTTINI**, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. Editora Revista dos Tribunais. 3. ed. São Paulo, 2016. pág. 180.

regra, é mais plausível, o que não afasta, logicamente, a possibilidade de participação na dissimulação e reinserção na economia formal.

Assim, o médico ou dentista que presta seus serviços de forma correta e ética, emitindo a competente nota fiscal de serviços, detalhando nesta, o real pagador e tomador do seu ofício além de recolher os correspondentes tributos, não pode ser responsabilizado por ato de lavagem, mormente ser necessário a intenção transcendental (elemento subjetivo especial) de ocultar o valor ilícito.

A mesma temática é aplicada aos advogados e psicólogos, todavia, para esses profissionais é acrescida uma questão de extrema sensibilidade: o dever de que eles possuem, por lei, em guardar e manter sigilo das informações dos seus clientes (art. 133, da CF c/c o 7º, XIX, da Lei n.º 8.906/1994 e art. 9º, do Código de Ética do Psicólogo).

No ponto, interessante o posicionamento de Noberto Bobbio¹⁰, quando afirma que “*doutrina pura do Direito se limita a afirmar que as leis são válidas independentemente do fato de serem justas ou injustas*”, ou seja, a aplicar referido entendimento em nosso ponto de vista, preserva-se o sistema jurídico como um todo, porquanto o advogado é um ator “*indispensável à administração da justiça*” e a sua responsabilização penal por receber honorários, ainda que de origem duvidosa, desequilibra a balança de poder, notadamente num sistema de justiça em que a “paridade de armas” é um eufemismo para uso das cortes.

Para esses profissionais, notadamente os advogados, os honorários maculados, digamos assim, não podem ser objeto de censura estatal, não cabendo ao causídico, conforme posto nas linhas anteriores emitir juízo de valor preconcebido ao seu cliente, sobretudo quando exerça atividade jurídica típica, consultiva ou litigiosa, *i.e.*, as ações neutras, lícitas do cotidiano do profissional, neste caso, estará o profissional protegido, inclusive pelo comando do art. 7º, II11, da Lei n.º 8.906/1994.

Diferente daquele advogado que, *v.g.*, abre uma *offshore* (ainda que não seja uma conduta típica), orienta e executa um planejamento tributário agressivo, com viés sonegador ou, ainda, realiza gestão patrimonial de terceiros.

Nesses casos, voltamos à regra do art. 29, do CP, desde que o advogado esteja imbrincado com o “cliente”, fato esse decorrente de uma prova fundamentada de um juízo

10 **BOBBIO**, Noberto. Direito e poder. São Paulo: editora UNESP, 2008. pág. 30.

11 Art. 7º São direitos do advogado:

(omissis)

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (Redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008)

de inferência, de modo a apontar uma probabilidade relevante de conduta típica. É típico caso de abuso de direito ou abuso das prerrogativas profissionais. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

“A inviolabilidade prevista no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/1994 não se presta para afastar da persecução penal a prática de delitos pessoais pelos advogados. Trata-se de garantia voltada ao exercício da advocacia e protege o munus constitucional exercido pelo profissional em relação a seus clientes, criminosos ou não, mas que ***não devem servir de blindagem para a prática de crimes pelo próprio advogado, em concurso ou não com seus supostos clientes.***” (APn 940/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/05/2020, DJe 13/05/2020) ***(destacamos)***

Todavia, no tocante à neutralidade da conduta, cabe uma ressalva de que não será ela, sozinha, que definirá, se a conduta do advogado é típica ou não. É necessário, no caso concreto observar se ele agiu dentro do risco permitido, dentro das balizas legais que salvagam de punições estatais, não abusando de suas prerrogativas.

Acresça-se à licitude da conduta, o direito que o cliente possui em escolher livremente o profissional que deposite confiança, pois se trata de múnus assumido com íntima relação de fidúcia.

A título ilustrativo, no julgamento para recebimento de denúncia no Inquérito n.º 4074, o Supremo Tribunal Federal teve a *oportunidade – ainda que superficial, pois se tratava de juízo de recebimento* – de se debruçar sobre essa temática.

O caso, no que tange ao tema em debate, diz respeito à acusação pelo Procurador-Geral da República, do crime de lavagem de capitais envolvendo um Senador da República, um escritório de advocacia e uma construtora. Para o PGR houve a celebração de um contrato de prestação de serviços jurídicos fictício com o objeto de escamotear o recebimento de vantagem indevida, cujo real beneficiário seria o senador, *i.e.*, lavagem de dinheiro na modalidade ocultar.

O contrato mencionado seria ideologicamente falso, servindo apenas para dar aparência de legalidade e conseqüente licitude ao ingresso de recursos naquela banca. Percebe-se que nesse caso, conforme posto nas linhas anteriores, havia um liame subjetivo eficaz para iniciar a ação penal. Haveria, a princípio, elementos capazes de apontar, ainda que de forma indiciária, a vontade do advogado em lavar o dinheiro.

Analisando a denúncia proposta pelo PGR, o Relator, Min. Edson Fachin, entendeu que *“quanto a este fato”, carecia, “portanto, de justa causa as imputações de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro subjacentes a essa narrativa, pela ausência de lastro mínimo probatório quanto ao liame subjetivo.”*

No caso concreto, o Min. Relator compreendeu que as provas apresentadas pelo PGR não eram suficientes para demonstrar os laços de conduta ilícita (para lavar o dinheiro) entre o Senador denunciado e o advogado apontado como executor dos atos de lavagem, porquanto aquele seria o *“suposto destinatário final dos valores citados.”*

Extrai-se, do acórdão retro que o fator de exclusão da conduta criminosa foi a ausência de interligação subjetiva entre o político hipoteticamente beneficiário da vantagem indevida e o advogado, haja vista não ter ficado demonstrado a intenção do profissional liberal de cooperar com o encobrimento do ativo supostamente ilícito, aliado ao fato de que ele estava prestando serviços a uma pessoa totalmente distinta (no caso uma pessoa jurídica), o que reforça ainda mais o ponto de vista aqui exposto.

Diferentemente, em 2006, um caso de um advogado que, a título de prestação de serviços de *“blindagem”* patrimonial, em verdade tinha um sistema de empresas de fechada e as oferecia aos *“clientes”*. Elas possuíam sede e foro no Uruguai, e eram conhecidas como Sociedades Anônimas Uruguaias de Investimento (SAFIs), com vistas a proteger os recursos ilícitos gerados com as atividades criminosas.

Neste caso, especificamente, o advogado, criou, manteve e ofereceu a um de seus clientes, o qual estava envolvido em forte esquema de adulteração de combustíveis, com empresas de fachada, a fim de salvaguardar o dinheiro ilícito captado com aquela atividade delinquencial.

O Superior Tribunal de Justiça, à época, teve a oportunidade de se debruçar sobre um *habeas corpus* impetrado contra o recebimento da denúncia, extraído da leitura do aresto que o profissional já atuava por si só, com a prática da lavagem de capitais, sendo que aderiu, ainda mais, a essa conduta quando se aliou a *“cliente”* com o propósito de ocultar, dissimular e reintroduzir os valores ilícitos na economia formal.

“(...)

1. A extensa inicial acusatória, que conta com 163 laudas, aponta, essencialmente, para a participação de liderança do ora Paciente em complexa organização criminosa, desenvolvida por meio do seu escritório de advocacia, cuja finalidade precípua seria a de promover a chamada *“blindagem patrimonial”* a diversos *“clientes”*, o que se

fazia por meio de empresas fictícias no exterior, abertas em nome de "laranjas", para ocultação, proteção e lavagem de dinheiro.(...)"

(HC 50.933/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 02/10/2006, p. 294)

3. CONCLUSÕES

O debate posto ao longo do artigo, inobstante as posições doutrinárias em sentido contrário, nos levam a compreender que o núcleo do verbo "*receber*", contido no inciso II, do § 1º, do art. 1º, da Lei n.º 9.613/1998, deve ser interpretado, no que toca ao pagamento de serviços prestados por profissionais liberais, em uma acepção restrita, cuja eventual consunção do fato à norma só possa ser caracterizada pela vontade deliberada daquele em lavar o capital mais a intenção transcendental de praticar uma das etapas do ato de lavagem.

Não se quer aqui salvaguardar condutas absolutamente dissonantes do ordenamento jurídico penal, especialmente quando profissionais liberais utilizam suas estruturas, colocando-as deliberadamente à disposição de agentes e/ou organizações criminosas para lavagem de capitais ou mesmo quando próprio profissional é integrante da ORCRIM.

A mesma ideia é aplicada àquele que, tendo ciência da origem ilícita do valor, alia-se ao cliente apenas com o fito de ocultá-lo, a exemplo da emissão de notas fiscais falsas ou serviços não prestados.

Por fim, não podemos deixar de destacar a polêmica vivenciada pelos advogados, após a mudança legislativa promovida pela Lei n.º 12.683/2012, que introduziu uma série de obrigações acessórias a determinados atores (comerciantes, empresas, instituições financeiras, profissionais liberais, etc), notadamente no art. 9º, o qual determina a obrigatoriedade de comunicação aos órgãos de controle estatal acerca de movimentações atípicas de seus clientes.

Até o presente momento não há, de forma clara, uma orientação normativa que obrigue os advogados a essas comunicações, o que os deixa numa espécie de vácuo interpretativo desconfortável. O mesmo se diga quanto ao recebimento de honorários maculados, desde que haja a efetiva contraprestação dos serviços, situação com ampla maioria na doutrina no que diz respeito a sua legalidade.

TUTELA DOS DIREITOS INDÍGENAS: O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA BUSCA PELO MÍNIMO EXISTENCIAL

BIANCA REITMANN PAGLIARINI:

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados-UFGD. Pós-graduada em Direito do Consumidor pela Faculdade Faculminas. Procuradora Municipal do Município de Dourados.12

Resumo: Este texto explora a evolução dos Direitos Fundamentais, através do método dialético, dando enfoque aos direitos dos povos indígenas e o papel da Defensoria Pública na busca pela dignidade e igualdade.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais - povos indígenas - Defensoria Pública - dignidade humana - mínimo existencial.

Abstract: This text explores the evolution of Fundamental Rights through the dialectical method, focusing on the rights of indigenous peoples and the role of the Public Defender's Office in the pursuit of dignity and equality.

Keywords: Fundamental Rights - indigenous peoples - Public Defender's Office - human dignity - minimum subsistence.

Introdução

O presente artigo aborda a evolução dos Direitos Fundamentais ao longo da história, destacando a diferenciação entre direitos de primeira e segunda geração. Os direitos de primeira geração, surgidos nos séculos XVII e XVIII, estão relacionados à liberdade e são de caráter individual e negativo, exigindo a abstenção do Estado. Os de segunda geração, desenvolvidos após a Revolução Industrial e a ascensão das desigualdades sociais, são direitos sociais, econômicos e culturais, de titularidade coletiva e caráter positivo, exigindo a atuação do Estado.

O texto também enfoca a situação dos povos indígenas como um grupo extremamente vulnerável e hipossuficiente, reconhecido pela Constituição Federal de 1988. Destaca a necessidade de ação do Estado para promover a justiça social e melhorar as condições de vida dessas populações.

A partir disso, busca-se entender o papel da Defensoria Pública na garantia dos direitos dos indígenas, enfatizando a importância de atuações extrajudiciais, como a

12 Email: pagliarinibia@gmail.com

educação e conscientização sobre seus direitos, bem como a busca por parcerias com órgãos governamentais para fornecer serviços essenciais.

O conceito de “mínimo existencial” é introduzido, destacando que o Estado deve garantir condições mínimas para a dignidade humana, especialmente em grupos vulneráveis, como os indígenas. A Defensoria Pública desempenha um papel crucial na busca por essas condições mínimas e na promoção da igualdade e justiça para todos, incluindo as minorias

A Evolução dos Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais foram incorporados no ordenamento jurídico conforme as necessidades da época. Devido a esse aspecto eles são diferenciados em direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta geração. Faz-se válido elencarmos as características e os fatos históricos que decorrem os direitos de primeira e segunda geração.

Os de primeira geração decorrem do sec. XVII e XVIII, em uma sociedade completamente individualista, após a ascensão da classe burguesa, onde o sistema econômico capitalista exigia um não fazer do Estado. Esse tipo de direito é ligado ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. Direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário.

Nesse sentido, a explicação de ARAUJO e NUNES JÚNIOR:

Trata-se de direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas liberdades públicas negativas ou direito negativos, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção.(ARAUJO e NUNES JÚNIOR, 2005, p. 115)

O Estado que vigorava era o Estado Liberal de Direito, porém com a revolução industrial, o grande crescimento das desigualdades sociais entre classe burguesa e operaria e principalmente com a dissipação das ideias socialistas, o ordenamento jurídico aos poucos foi agregando direitos fundamentais que visassem uma garantia dos direitos mais básicos aos cidadãos, e nesse sentido nascem os direitos de segunda geração que tratam de assuntos sociais, econômicos e culturais (BIAGI, 2005). Sendo direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado.

No Brasil, os direitos de segunda geração estão, em sua maioria, elencados no art. 6º da Constituição Federal de 1988. Porém tais direitos, por exigirem um fazer do Estado, devem ser garantidos formal e materialmente pelas instituições estatais.

Apesar de possuírem características que os diferenciam dos direitos fundamentais de primeira geração, os direitos fundamentais de segunda geração estão intrinsecamente ligados àqueles. Sobre o tema as palavras de LORENZETTI:

Estes direitos estão relacionados com os anteriores, porquanto constituem a base de sua efetivação. Para sermos livres, necessitamos ter um nível de vida digno e um mínimo de educação; do contrário, não haverá possibilidade de optar, porque se está em estado de necessidade ou porque não se conhecem as opções. (LORENZETTI, 1998, p. 153).

Nesse contexto surge a Defensoria Pública, um órgão para propiciar acesso à justiça aos cidadãos “necessitados”. Prevista no art. 134 da CF/88, a Defensoria Pública garante aos grupos vulneráveis e hipossuficientes um meio de pleitear seus direitos essenciais e básicos.

Indígenas como Grupos Vulneráveis e Hipossuficientes

A segunda geração de direitos fundamentais é fundada na ideia de igualdade, exigindo do poder público que atue em favor do cidadão. É uma necessidade de prestação positiva do Estado que corresponde aos chamados direitos sociais dos cidadãos, direitos de caráter econômico e social, com o objetivo de garantir à sociedade melhores condições de vida.

Os direitos de segunda geração são aqueles que tem como objetivo estabelecer um mínimo de direitos sociais aos grupos minoritários, vulneráveis e hipossuficientes, proporcionando justiça social.

Entende-se por grupos vulneráveis o conjunto de pessoas pertencentes a uma minoria, que por motivação diversa, tem acesso, participação ou oportunidade igualitária dificultada ou vetada, a bens e serviços universais disponíveis para a população. São grupos que sofrem tanto materialmente como socialmente e psicologicamente o efeito da exclusão.

Além disso, atualmente o conceito de vulnerabilidade encontra-se disposto nas Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade, documento de natureza *soft law* e reconhecimento internacional, que assim expõe:

1.- Conceito das pessoas em situação de vulnerabilidade

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, género, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, económicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

(4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o género e a privação de liberdade.

A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e económico. (CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 2008)

Assim, tendo em vista os quesitos supracitados e a própria disposição expressa nas Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade, podemos afirmar que os grupos indígenas são reconhecidamente população vulnerável e hipossuficiente. Além disso, a própria constituição os reconhece como grupo vulnerável e hipossuficiente, de acordo com os artigos 20, XI e 232 da Carta Magna.

Não precisamos ir longe para perceber que existem inúmeros obstáculos ao desenvolvimento da população indígena, seja pela ausência de políticas de promoção, seja por questões ideológicas de setores da sociedade, aliado a problemas de demarcação de terras e reações dos setores mais conservadores da sociedade.

No tocante ao direito à terra dos povos originários, tem-se o histórico da colonização exploratória que expropriou e dizimou milhares de tribos indígenas e atualmente continua causando diversos conflitos violentos. Sobre o tema, CALDART explica:

[...] o que se observa em relação à terra no Brasil é uma complexa realidade que envolve, de um lado, múltiplas formas de acesso coletivo e comunitário, e lutas pelo seu controle democrático, no que diz respeito a terras indígenas, quilombolas, tradicionalmente ocupadas ou ocupadas pelos movimentos sociais em luta pela Reforma Agrária; e, de outro, a reafirmação de formas monopolistas de controle da propriedade da terra no Brasil,

favorecidas por ações das diversas esferas do Estado brasileiro, seja quando nega a titulação de terras indígenas, rejeita o reconhecimento de terras quilombolas e não legitima terras tradicionalmente ocupadas, seja quando não desapropria para fins de Reforma Agrária as terras que descumprem a função social, favorece a grilagem de terras, garante a manutenção de latifúndios improdutivos intocados e preserva o direito de propriedade de quem utiliza mão de obra escrava. (Caldart et al. 2012, p. 444)

Atualmente, a questão da demarcação de terras indígenas é um dos maiores fatores de vulnerabilização. Muitas áreas tradicionalmente ocupadas por essas comunidades são invadidas, exploradas e desmatadas ilegalmente, o que resulta em conflitos recorrentes com fazendeiros e empresas. A lentidão na demarcação e a falta de fiscalização adequada ampliam essa vulnerabilidade.

Outro fator relevante é a falta de acesso a serviços essenciais, como saúde, educação e saneamento. A infraestrutura deficiente, a falta de profissionais capacitados e a distância geográfica dificultam o atendimento a essas necessidades básicas (RAUPP, 2017).

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, tem como objetivo a construção de uma sociedade livre e solidária, bem como promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse sentido, a Constituição reconhece aos povos originários o direito a organização social, os seus costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cabendo a União proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

É nesse contexto de direitos formalmente previstos e materialmente não alcançados que surge o papel da Defensoria Pública. Essa instituição de status constitucional, desempenha um papel crucial na defesa desses grupos, organizada como defensora de seus direitos perante o sistema de justiça e fora dele. Sua atuação extrajudicial e judicial é essencial para garantir o acesso à justiça, combater violações de direitos territoriais, promover políticas públicas inclusivas e combater a discriminação.

A Atuação Extrajudicial da Defensoria Pública na Defesa dos Direitos dos Povos Originários.

Foi assegurado na Constituição Federal de 1988, que a Defensoria Pública será a responsável pela assistência jurídica integral e gratuita aos que provarem insuficiência de

recursos (BRASIL, 2016). Importante ressaltar que assistência jurídica difere de assistência judicial, uma vez que o primeiro termo é gênero do qual o segundo é espécie. Sendo assim, cabe à Defensoria Pública mais do que a atuação judicial em relação aos hipossuficientes, e nesse caso aos indígenas, para a efetivação dos direitos constitucionais e legais.

A doutrina de GRECO assim conceitua a assistência jurídica prestada pela Defensoria:

A assistência jurídica integral é mais ampla do que a assistência judiciária, vez que esta se refere apenas aos meios necessários à defesa dos direitos do assistido em juízo, ao passo que aquela inclui o aconselhamento jurídico extrajudicial, independentemente da existência ou da possibilidade de uma demanda em juízo (GRECO, 2011, pág. 380)

Nesse cenário, o papel extrajudicial e educador do Defensor Público, ao que parece, é o método mais eficaz de resgatar a dignidade da pessoa humana daqueles que sofrem com um histórico de marginalização social e extermínio de seus costumes.

A justiça faz com que o cidadão indígena assuma posição de sujeito de direito aos seus compatriotas. O Defensor Público tem o compromisso da propagação do direito aos cidadãos menos favorecidos, visto que ninguém pode usufruir da garantia de fazer valer seus direitos se não conhece a lei.

Sobre o papel de educador em direito da instituição, é relevante esclarecer que se trata de função institucional legalmente prevista no art. 4º da Lei Complementar 80/94.

Justamente para garantir a inclusão jurídica das parcelas culturalmente marginalizadas pela sociedade, o art. 4º, III da LC nº 80/1994 determina ser função institucional da Defensoria Pública “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”.

Com isso, resta legalmente reconhecida a necessidade de superação da barreira da desinformação e atribuída à Defensoria Pública a função de propagar o conhecimento sobre os direitos humanos, a cidadania e o ordenamento jurídico em geral. (ESTEVES, SILVA, 2014, pg. 296).

A confecção e distribuição de cartilhas com caráter informativo ganha grande valor

na propagação da informação, com fácil linguagem e interpretação. Servirão também como instrumento de conscientização dos povos originários de que suas tradições, crenças, convicções, e principalmente, as terras por eles tradicionalmente ocupadas têm proteção constitucional.

Ainda extrajudicialmente, o(a) Defensor(a) Público(a) deve procurar todos os organismos governamentais competentes, e trazer ao indígena o que cada órgão tem a lhe oferecer, tais como FUNAI, FUNASA e INSS. Para que isso seja possível, os projetos itinerantes que levam tais informações até o interior da aldeia são de suma relevância.

Contudo, a Defensoria não deve aguardar inerte o clamor da população indígena, posto que na maioria das vezes são pessoas caladas pela discriminação e extermínio cultural. O papel dos defensores comporta a realização de audiências públicas para a reunião de órgãos indigenistas governamentais, no intuito de cobrar políticas públicas relacionadas a saúde, educação e tantas outras necessidades básicas de dentro da aldeia.

O Conceito de Mínimo Existencial e sua Relevância na Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas

A Teoria do mínimo existencial entende que o homem tem direito a condições mínimas pelo simples fato de existir, no que se refere a direitos relacionados à dignidade da pessoa humana. Estes, por sua vez, ao mesmo tempo em que não podem ser objeto de intervenção estatal, devem sofrer prestações estatais que sejam positivas, ou seja, o Estado apenas pode participar se for para a melhoria desses direitos.

(...)todas as prestações indispensáveis à promoção, proteção e fruição de uma vida digna (que podem variar de acordo com as circunstâncias) necessariamente compõem o mínimo existencial” (SARLET, 2010, p. 346).

Entende-se que existe um limite mínimo, o qual a dignidade humana (que se enquadra dentro do mínimo de existência) não pode retroceder, já que se isso ocorresse o ser humano seria submetido a situações degradantes de vida, e conseqüentemente reduzido a nada.

Apesar da garantia do mínimo existencial decorrer do mero estado de pessoa, em certos grupos sociais o Estado deve prestar ações positivas como forma de resguardá-los, já que tais grupos são mais vulneráveis, por serem minoria e por terem uma representação política e social pouco influente no contexto nacional. É o caso, por exemplo dos indígenas, deficientes, mulheres em situação de violência doméstica, entre outros (CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 2008).

É crucial estabelecer uma distinção entre o conceito de “mínimo existencial” e o de

“mínimo vital”. O último diz respeito à garantia da sobrevivência física do indivíduo, sendo um desdobramento natural do seu direito à vida, abrangendo necessidades como alimentação, cuidados médicos de emergência e assistência social. No entanto, o mínimo existencial vai além, pois não apenas assegura a base para a existência, mas também estabelece um patamar mínimo de inclusão social, cultural e política, decorrente do modelo de Estado Social, englobando, por exemplo, o direito à educação (SARLET, 2012).

A luta pelo mínimo existência às comunidades indígenas abrange o acesso a serviços essenciais, como saúde e educação, uma área onde a Defensoria Pública desempenha um papel vital. Ao defender os interesses dos indígenas junto às autoridades competentes, ela contribui para a melhoria das condições de vida dessas comunidades.

A demarcação de terras indígenas também está abarcada no conceito de mínimo existencial, dada a relação ancestral e espiritual que os povos originários possuem com a terra. Neste âmbito, a Defensoria Pública pode atuar como amplificadora dos interesses dessas comunidades, buscando celeridade e justiça nesse processo. Além disso, ao fornecer assistência jurídica, educar e conscientizar as comunidades indígenas sobre seus direitos, a Defensoria ajuda a fortalecer sua capacidade de reivindicar o que lhes é de direito.

Conclusão

Em conclusão, a evolução dos direitos fundamentais ao longo da história reflete as mudanças nas necessidades da sociedade. Os direitos de primeira e segunda geração, ligados à liberdade individual e aos direitos sociais, econômicos e culturais, desempenham papéis complementares na busca pela justiça social. No contexto dos povos indígenas, a Defensoria Pública desempenha um papel essencial na defesa desses grupos vulneráveis e hipossuficientes, garantindo o acesso à justiça, promovendo políticas públicas inclusivas e combatendo a discriminação.

A atuação extrajudicial da Defensoria, como educadora de direito, desempenha um papel crucial na conscientização das comunidades indígenas sobre seus direitos, promovendo a inclusão jurídica e a disseminação do conhecimento sobre direitos humanos e cidadania. Além disso, a Defensoria trabalha para resgatar o mínimo existencial dos povos indígenas, garantindo acesso a serviços essenciais, como saúde, educação e demarcação de terras. Isso não apenas garante a sobrevivência física, mas também promove a inclusão social, cultural e política dessas comunidades.

Num momento em que os povos indígenas enfrentam desafios significativos, como a invasão de terras, a discriminação e a falta de acesso aos serviços básicos, a Defensoria Pública desempenha um papel crucial na busca pela justiça e na proteção dos direitos

desses grupos, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, conforme previsto na Constituição Federal de 1988.

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 9.^a edição. 2005

BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2023.

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 14, 2008, Brasília. *Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade*. Brasília, 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil, Volume I*, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAUPP, Ludimila; FÁVARO, Thatiana Regina; CUNHA, Geraldo Marcelo, SANTOS, Ricardo Ventura. *Condições de saneamento e desigualdades de cor/raça no Brasil urbano: uma análise com foco na população indígena com base no Censo Demográfico de 2010*. *Rev Bras Epidemiol*. 2017;20(1):1-15.» <http://dx.doi.org/10.1590/1980-5497201700010001>. Acesso em: 08 ago. 2023.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM PARADIGMA INOVADOR NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

LETICIA VILELA LOCATELI: Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Pós-Graduada em Direito da Diversidade e da Inclusão (Faculdade Legale) e Pós-Graduada em Prática Penal Avançada (Faculdade Focus)¹³.

RESUMO: O presente artigo pretende explorar o impacto da Justiça Restaurativa como um paradigma inovador na resolução de conflitos e na recomposição de vínculos comunitários. São apresentados princípios e objetivos que orientam práticas restaurativas e seu potencial transformador para a reconciliação e a restauração do equilíbrio social. A justiça criminal falha em atingir suas funções declaradas de pacificação social e prevenção especial, ao ser incapaz de restaurar a paz social e prevenir novos delitos, além de potencializar a estigmatização e etiquetamento de membros da sociedade. Portanto, a promoção de métodos alternativos, como a justiça restaurativa, é necessária para incluir as partes, valorizar a vítima e fortalecer laços comunitários, sem substituir a justiça retributiva, mas ampliando as opções e possivelmente reduzindo sua aplicação. A revisão bibliográfica dos temas é metodologia utilizada no desenvolvimento do trabalho. A premissa é que a Justiça Restaurativa oferece um potencial de solução de conflitos inclusivo e transformador tanto para indivíduos envolvidos em conflitos quanto para o sistema de justiça em geral. Este estudo busca contribuir para uma análise mais aprofundada dessa abordagem e suas implicações.

Palavras-chave: justiça restaurativa, métodos alternativos de resolução de conflitos, valorização da vítima, fortalecimento de laços comunitários, dignidade humana.

1. INTRODUÇÃO:

A Justiça Restaurativa emerge como um paradigma inovador e promissor que procura reconstruir vínculos comunitários, promover a reconciliação e, ao mesmo tempo, transformar o sistema de justiça tradicional. Neste contexto, o presente artigo tem como finalidade explorar a Justiça Restaurativa como uma abordagem que, em contraposição ao sistema retributivo, busca não apenas a resposta pontual do delito por uma aplicação de

¹³ E-mail: leticia.locateli@gmail.com

pena, mas a efetiva recomposição de danos e a restauração da dignidade das partes envolvidas.

Entre os objetivos do trabalho está o cotejo entre o paradigma retributivo e o paradigma restaurativo, destacando como o primeiro não é suficiente para cumprir o fim de pacificação social. Destaca-se, ainda, que a Justiça Restaurativa, embora não pretenda substituir o sistema penal, pode expandir as opções de resolução de conflitos e possivelmente diminuir o campo de incidência da Justiça Retributiva.

Pretende-se, portanto, analisar os princípios e objetivos fundamentais da Justiça Restaurativa, destacando seu potencial de transformação no campo da resolução de conflitos.

Outro objetivo do presente trabalho é a contribuição para uma compreensão aprofundada da Justiça Restaurativa e suas implicações, destacando seu potencial transformador e seu papel na reconstrução de laços comunitários. Ao explorar as implicações dessa abordagem, buscamos enriquecer o diálogo em torno das alternativas à justiça retributiva tradicional.

2. DESENVOLVIMENTO:

O sistema punitivo retributivo exercido com exclusividade pelo Estado foi moldado ao longo de um extenso processo histórico, com o objetivo de consolidar as estruturas monárquicas e os Estados Modernos. Nesse processo constrói-se o conceito de infração, conforme a qual o “crime” não implicaria apenas no dano a um terceiro, mas a uma ofensa a figura ao Soberano enquanto representante do Estado¹⁴. Conseqüentemente, o Estado, enquanto ofendido, passa a exigir uma reparação do transgressor¹⁵. O Estado, ao se declarar prejudicado pelo cometimento de um delito, estabelece a imposição de uma sanção ao infrator, com o propósito de restaurar a integridade do ordenamento jurídico.

Em uma concepção mais moderna e garantista, passou-se a compreender que a função do direito penal seria a proteção dos bens jurídicos fundamentais. Assim, a pena aplicada ao condenado estaria justificada pelo cumprimento das seguintes funções: prevenção geral (dissuasão da sociedade), a prevenção especial (reabilitação do infrator), a retribuição (justa punição), a ressocialização (reintegração do infrator à sociedade) e a proteção da ordem jurídica (manutenção da paz e da justiça na sociedade).

A análise crítica permite concluir que o sistema retributivo não conseguiu alcançar os objetivos oficialmente estabelecidos para a pena. Nesse sentido, a criminóloga Vera

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nau editora, 2012, p. 66

¹⁵ *Ibidem*, p. 66.

Regina Pereira de Andrade explica que o direito penal se organiza de forma a atingir funções não declaradas, como a manutenção do sistema economicamente viável; a categorização de sujeitos que possam vir a delinquir; a separação e aniquilação de qualquer poder político que tal classe possa exercer; além da “subumanização”, da faixa populacional etiquetada desde o nascimento como delinquentes em potencial¹⁶.

O sistema retributivo tampouco oferece uma resposta satisfatória às necessidades da vítima e da sociedade diante da perturbação social causada pelo delito. A presença de institutos como a transação penal e a pena substitutiva de prestação pecuniária são insuficientes para este propósito pois sua aplicabilidade é bastante restrita. Ademais, tais institutos visam a composição pontual do patrimônio lesado e excluem a participação da comunidade, o que impede a real pacificação social e contribui para a manutenção do sentimento coletivo de insegurança.

Nesse cenário, à medida que o processo penal retributivo se torna cada vez mais questionável doutrinariamente, surge um impulso para discutir alternativas, como a Justiça Restaurativa.

Importante estabelecer que a justiça restaurativa não se propõe a substituir a justiça penal retributiva, ainda que por um processo gradual. Howard Zehr em seu texto “o que a justiça restaurativa não é” alerta que “*a justiça restaurativa não é uma panaceia nem necessariamente um substituto ao processo penal*”, pois não constitui um modelo de resposta para todas as situações¹⁷. Prossegue o autor explicando que “*algum tipo de sistema jurídico ocidental (idealmente orientado por princípios restaurativos) ainda seria necessário como salvaguarda e defesa dos direitos humanos fundamentais*”¹⁸.

A implementação do paradigma restaurativo é importante para viabilizar a redução do direito penal retributivo, modificando a forma de administrar conflitos, a fim de efetivamente atingir fins como a reparação do dano causado à vítima, a observação das causas do delito, a pacificação social e o tratamento dos danos sofridos pelo próprio ofensor.

Atualmente, apesar do desenvolvimento de debates desde a década de 1970, a doutrina ainda não consolidou um conceito definitivo de Justiça Restaurativa. Raffaella Pallamolla argumenta que a Justiça Restaurativa mantém um caráter conceitual aberto e

¹⁶ Sobre o assunto consultar: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹⁷ ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 22.

¹⁸ *Ibidem*, p. 22.

flexível, que tem evoluído desde seus primeiros estudos e implementações¹⁹. Em concordância, Achutti afirma que essa característica é percebida como vantajosa, pois não restringe a aplicação do conceito de justiça, permitindo sua adaptação a diversas realidades culturais e circunstâncias individuais²⁰. Portanto, na busca por uma delimitação conceitual da Justiça Restaurativa, torna-se necessário examinar suas bases e princípios subjacentes.

O paradigma restaurativo pretende o empoderamento da vítima e da comunidade afetada, conferindo-lhes o papel protagonistas no procedimento, cujo objetivo primordial é a satisfação de suas necessidades. Isso é alcançado por meio do envolvimento ativo da parte lesada. Diferentemente do processo penal convencional, a Justiça Restaurativa concentra-se na identificação e atendimento das necessidades reais da vítima, superando o mero propósito de impor uma pena punitiva que cause sofrimento ao infrator.

Inicialmente, fundamental proceder à ressignificação do conceito de crime sob a perspectiva dos princípios restaurativos. Conforme a explicação de Howard Zehr, no contexto do paradigma restaurativo, o crime passa a ser concebido como uma “chaga na comunidade, um rompimento da teia de relacionamentos. Significa que vínculos foram desfeitos”²¹. O crime não deve ser concebido como uma realidade metafísica relacionada à violação de um tipo penal, mas sim como um comportamento socialmente prejudicial que efetivamente afeta as relações na comunidade. Nessa perspectiva, o processo restaurativo concentra-se na reparação dos danos provocados pelo crime à vítima, à sociedade e ao próprio infrator²².

A Justiça Restaurativa não tem como seu objetivo primordial a simples punição do infrator, mas sim a sua responsabilização. Como enfatizado por Zehr, o modelo adversarial do sistema penal retributivo tende a incentivar o agressor a utilizar argumentos falaciosos e racionalizações em sua defesa, o que resulta em um afastamento da vítima e das consequências prejudiciais de suas ações²³. Nos procedimentos restaurativos, o autor do delito é instado a assumir a responsabilidade por reparar as necessidades decorrente de sua ação ilícita, com o intuito de restabelecer o status quo anterior à ocorrência do crime.

As necessidades das vítimas estão no centro do procedimento restaurativo, pois se compreende que o delito causa a ela danos efetivos. Após a ocorrência do delito, as vítimas

19 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 54.

20 ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64

21 ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 32.

22 *Ibidem*, p. 34.

23 *Ibidem*, p. 27

frequentemente se veem inundadas por sentimentos de impotência, de apreensão, de vulnerabilidade e uma série de emoções, como raiva, culpa, suspeição e depressão²⁴. A experiência traumática do crime resulta em dificuldades para a vítima na reintegração à sociedade, uma vez que esta passa a se sentir insegura e incapaz de autodefesa.

A justiça restaurativa visa empoderar as vítimas, concedendo-lhes a oportunidade de retomar o controle e satisfazer suas necessidades. ZEHR afirma que as vítimas de crimes apresentam quatro necessidades fundamentais: acesso a informações precisas, a oportunidade de relatar o incidente sob sua própria perspectiva, a restauração do senso de poder que foi afetado pelo delito e a restituição de bens materiais²⁵. Como resultado, entende-se que, ao atender às necessidades da vítima e envolvê-la na resolução do conflito, o processo de recuperação da experiência traumática é otimizado.

Também é necessário considerar os sentimentos e necessidades do autor do ato ilícito, já que o crime pode ser interpretado como uma expressão de autoafirmação. Diversos fatores de sociais contribuem para que muitas pessoas experimentem sentimentos de desvalorização, impotência e dificuldade em conceber um futuro distinto do que é modelado pelos membros da comunidade em seu entorno²⁶. De fato, muitos jovens oriundos de comunidades marginalizadas são frequentemente submetidos ao estigma e à exclusão social antes mesmo de cometerem qualquer ato criminoso, o que leva alguns a internalizarem uma identidade de 'criminosos' e a adotarem tal papel como um meio de afirmação dentro do corpo social. Nesse contexto, o ato criminoso pode ser percebido como uma tentativa de reivindicar uma sensação de controle dentro da comunidade²⁷.

A sociedade também sofre danos em decorrência do ato delituoso, o que reforça a necessidade de participação nos processos restaurativos. Seguindo a perspectiva de Zahr, é crucial que a comunidade adquira um senso de responsabilidade e assuma um papel ativo na preservação e no bem-estar de seus membros²⁸.

3.OBJETIVOS E VALORES DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS

24 ZEHR, Howard. *Trocando as Lentas*: um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 21.

25 ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 25-6.

26 ZEHR, Howard. *Trocando as Lentas*: um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 52

27 *Ibidem*, p. 53.

28 ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 29

No cenário atual, a prática da Justiça Restaurativa não se limita a um único método, mas é caracterizada pela orientação dos princípios restaurativos na busca de alcançar uma resolução de conflito que promova a restauração.

Essencial, portanto, identificar os objetivos e princípios da Justiça Restaurativa a fim de discernir quais práticas se alinham essencialmente com esses propósitos e quais delas se afastam das metas restaurativas. De acordo com Zehr, os objetivos fundamentais da Justiça Restaurativa incluem a reparação do dano causado à vítima, a investigação das causas subjacentes ao delito e o tratamento dos danos sofridos pelo próprio infrator.

Conforme mencionado, a vítima exerce papel central no procedimento, assim, é necessário que ela seja ouvida, manifeste suas necessidades e sentimentos. Em contrapartida, o ofensor deve ouvi-la, compreender o mal causado e assumir a responsabilidade de sanar o quanto possível tais necessidades para restaurar o estado anterior ao cometimento do delito. Embora em alguns casos de crimes graves não seja possível apagar os danos causados, como nos casos de homicídio, por exemplo, compreende-se que o empenho do ofensor na reparação contribui para o processo de reestabelecimento da vítima²⁹.

A comunidade desempenha um papel relevante na mitigação dos danos e deve adotar a posição de apoio ao ofensor para facilitar o cumprimento de suas obrigações e à vítima no processo de compreensão e superação.

A abordagem das causas subjacentes ao delito desempenha um papel de relevância primordial no âmbito do procedimento restaurativo, com o propósito de prevenir a ocorrência de reincidências criminosas e de restaurar a sensação de segurança na comunidade. Após a análise dos fatores que contribuíram para a prática do crime, o ofensor e a comunidade e seus familiares devem assumir a responsabilidade pelo tratamento e resolução dos elementos³⁰.

Portanto, para atingir efetivamente o fim restaurativo do procedimento é necessário voltar também a atenção ao ofensor, observando os traumas vivenciados por ele anteriormente. Conforme já mencionado, "*muitos crimes podem surgir como resposta a uma sensação de vitimização e esforço para reverter essa situação*."³¹ Para Zehr, a pena imposta pelo sistema retributivo tende a infligir mais traumas ao ofensor, potencializando seu sentimento de vitimização³², que ao se perceber como marginalizado na comunidade

29 ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 40

30 ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 41

31 ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 42.

32 *Ibidem*, p. 43.

rompe os laços sociais e volta a delinquir. Assim, a comunidade deve avaliar sua responsabilidade nos traumas causados ao transgressor, trabalhar para admiti-lo como membro e ajudá-lo a reparar o dano.

O criminólogo e professor John Braithwaite afirma que os direitos humanos fundamentais devem estabelecer os limites para os processos restaurativos. Para o autor, os objetivos da justiça restaurativa seriam a restauração da dignidade humana, restauração da propriedade perdida, restauração do prejuízo causado à pessoa ou à sua saúde, restauração dos danos causados às relações humanas, restauração da comunidade, restauração do ambiente, restauração emocional, restauração da liberdade, restauração da compaixão e cuidado, restauração da paz, restauração do empoderamento ou autodeterminação e restauração do senso de responsabilidade cidadã³³.

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa se sustenta sobre a compreensão de que os envolvidos no crime fazem parte de uma comunidade e que é possível recompor os laços quebrados. O respeito pelo outro, até mesmo por aquele que aparenta ser inimigo, é um valor fundamental no processo restaurativo³⁴. Afasta-se da concepção contratualista de que o transgressor infringiu as normas sociais e se colocou fora da sociedade, para percebê-lo como um membro da comunidade que causou danos a outrem, mas que, com a devida ajuda, pode corrigir o mal causado e reconstruir os laços com a comunidade.

4. CONCLUSÃO:

A Justiça Restaurativa representa uma abordagem inovadora na resolução de conflitos e na recomposição de laços comunitários. Neste estudo, exploramos seus princípios e objetivos, destacando seu potencial transformador. Demonstramos que, embora não busque substituir a Justiça Retributiva, a Justiça Restaurativa oferece uma perspectiva enriquecedora, que promove reconciliação, superação das chagas do delito e responsabilização.

A Justiça Restaurativa contribui para uma sociedade mais solidária e inclusiva. Através da Justiça Restaurativa, buscamos reconciliar, curar e, ao mesmo tempo, responsabilizar os transgressores, reconhecendo-os como membros da comunidade que devem ser reinseridos adequadamente. O paradigma restaurativo propõe a compreensão de que a justiça é mais completa quando busca não apenas punir, mas também restaurar, curar e reconciliar.

33 BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford: Oxford, Press, 2002. p. 14-5.

34 ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 42

Este estudo oferece perspectivas para futuras pesquisas, demonstrando como a Justiça Restaurativa pode transformar positivamente nosso sistema de justiça e ajudar a construir uma sociedade mais harmoniosa e pacífica. Com essa visão, esperamos que a Justiça Restaurativa encontre seu lugar na resolução de conflitos e na promoção da paz e da harmonia em nossas comunidades e sociedade como um todo.

5.REFERÊNCIAS:

ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de Motivos do Código Penal: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>, acesso em 27 de out. de 2023.

ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

ACHUTTI, Daniel Silva. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça restaurativa no brasil: análise crítica do projeto de lei 7006/06. Anais da Amostra científica do CESDUCA. Disponível em: ANAIS DA MOSTRA CIENTÍFICA DO CESUCA <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/mostrac>. Acesso em 27 out. 2023

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

BRAITHWAITE, John. Restorative Justice and Responsive Regulation. Oxford: Oxford University Press. 2002.

FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2012.

_____. Vigiar e Punir. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

_____. Microfísica do Poder. 25 ed. São Paulo: Graal. 2012.

_____. A Arqueologia do Saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

PAULO, Alexandre Ribas de. Justiça Restaurativa no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. In: Encontro Nacional Conpedi/Unicuriitba, 22. 2013, Curitiba.

_____. Justiça Restaurativa no Âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Coleção Conpedi/Unicuriitba. Vol. 1 - Acesso à Justiça.

_____. A informalidade na resolução de conflitos penais intersubjetivos e no processo penal: um olhar histórico sobre os mecanismos de apropriação das pessoas pelos (estados) soberanos. Florianópolis: domínio público, 2006.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais do Brasil: Evolução histórica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER Otto. Punição e estrutura social. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. n. 12. Belo Horizonte, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

IRINEU SIQUEIRA LEITE. Escrevente Técnico Judiciário no TJSP. Foi Assistente Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). É especialista em Direito Processual Civil e em Direito Público, bem como bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia³⁵.

RESUMO: O presente trabalho trata de estudo sobre as principais considerações acerca das tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015. O objetivo é demonstrar os contornos que assumiram a tutela provisória de urgência no código processualista de 2015, que, de forma inédita, reuniu as tutelas cautelar e antecipatória (satisfativa) no mesmo capítulo do livro, denominado “Das Tutelas de Urgência”. Pretende-se, em suma, traçar um paralelo entre as duas espécies de tutelas de urgência, com vistas a demonstrar os pontos em comum e as peculiaridades de cada uma delas, embora reunidas no mesmo capítulo.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015. Tutela antecipada. Tutela cautelar.

1 - Introdução

É uníssono o entendimento de que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe consigo relevantes inovações, sobretudo na seara das tutelas provisórias, as quais passaram a ser tratadas em um único livro, subdivididas em duas espécies, conforme redação expressa do seu artigo 294: “*A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência*”

Não obstante, criou o legislador mais uma subdivisão, fruto da fragmentação das tutelas de urgência em duas outras subespécies, quais sejam, as tutelas antecipadas e as tutelas cautelares, distinguindo-as, basicamente, pelo objeto almejado. A primeira visa a satisfação do direito objeto da ação; ao passo que a segunda visa acautelamento do direito, de forma a garantir um resultado útil do processo.

Como resultado dessa nova organização, restou extinto o antigo processo cautelar, previsto no Código Civil de 1973, passando as tutelas antecipadas e cautelares a serem abordadas de forma muito semelhante no atual código processual.

Contudo, apesar da compatibilidade de requisitos e das semelhanças entre os procedimentos, restaram preservadas as tutelas antecipadas e cautelar, e suas respectivas

35 E-mail: juniordireito64@gmail.com

particularidades, em especial quanto ao objeto da medida pleiteada e aos efeitos de sua concessão.

Assim, objetiva o presente trabalho, para além de um estudo acerca das principais considerações das tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015, apresentar os elementos distintivos de cada espécie de tutela de urgência, de forma a possibilitar o conhecimento da medida mais adequada para o caso concreto.

Importante destacar, ademais, que não tem o presente artigo a pretensão de esgotar o tema “tutelas provisórias de urgência”, até mesmo por se tratar de tema relativamente denso. O que se propõe é uma análise acerca das principais inovações trazidas pela atual legislação processualística, de forma a possibilitar uma comparação otimizada entre as duas espécies de tutelas provisórias de urgência.

2 – Tutelas provisórias de urgência: aspectos gerais

As tutelas provisórias de urgência são, como o próprio nome sugere, mecanismos que visam a antecipação da tutela pleiteada, diante de uma situação de “urgência” (risco de perecimento do direito), e subdividem-se, basicamente, em duas espécies, antecipada e cautelar. Ambas podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidente.

Sobre a matéria, assim disciplinou o Código de Processo Civil de 2015, em seu 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.”*

Conforme se extrai do referido dispositivo legal, previu o novo diploma processual o necessário preenchimento de dois requisitos essenciais para a concessão de uma tutela de urgência (seja ela antecedente ou cautelar), quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Nesse ponto, não houve grande novidade – ao menos no tocante à tutela antecipada (satisfativa) –, uma vez que de forma análoga já disciplinava o Código Processo Civil de 1973, em seu artigo 273: *“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.”*

Pode-se afirmar, assim, que, apesar de algumas diferenças terminológicas e mudanças no procedimento, foi mantida a essência do instituto no novo diploma processual, ao menos quanto aos seus requisitos essenciais.

Impõe-se à análise dos requisitos essenciais e comuns das tutelas provisórias antecipada e cautelar no Código de Processo Civil de 2015.

O primeiro requisito – qual seja, da probabilidade do direito –, exige, basicamente, que, para a concessão da medida pleiteada, o julgador esteja convencido da probabilidade de o direito existir.

Segundo Fredie Didier Junior, *"a probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito"* (DIDIER JR., 2015, p. 608).

O segundo requisito – talvez o mais importante, uma vez que integra a própria essência da tutela de urgência –, é o de perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Ora, se não houver nenhum risco de dano ou de resultado útil do processo, para que serviria uma tutela de "urgência"? Assim, pode-se dizer que a tutela de urgência se justifica justamente para tais situações. Do contrário, poderia o requerente aguardar até o deslinde do processo para ter apreciada a sua demanda.

A novidade maior – e talvez a mais ousada no novo CPC –, foi a inclusão da tutela cautelar no capítulo das tutelas provisórias de urgência, excluindo, por conseguinte, o processo cautelar autônomo do novo diploma processual.

E, nesse ponto, o novo código processualista mostrou-se bastante assertivo, uma vez que simplificou o procedimento para a concessão de tutelas cautelares, permitindo, consequentemente, uma maior celeridade na tramitação do pedido.

Outra novidade que merece destaque é a possibilidade de concessão das tutelas de urgência, sejam cautelares ou antecipadas, em caráter antecedente ou incidental, conforme previsão do parágrafo único, artigo 294, do novo CPC (o que representa mais um ponto em comum entre as duas espécies de tutelas).

Com isso, possibilitou o legislador o requerimento da tutela de urgência a qualquer tempo e fase processual. Isto é, se requerida antes de deduzido o pedido principal, é cabível a medida em caráter antecedente, conforme procedimentos específicos; de outra forma, se requerida após ou simultaneamente ao pedido principal, é cabível a medida em caráter incidental.

Assim, é possível perceber – seja pelos requisitos em comum, seja pela possibilidade concessão das medidas em caráter antecedente ou incidental – a nítida aproximação entre as duas espécies de tutelas de urgência. Contudo, mantém-se as peculiaridades de cada uma das tutelas de urgência, sobretudo quanto à natureza jurídica e objeto de cada uma delas, conforme será abordado adiante.

3 – Tutela antecipada/satisfativa

3.1 – Considerações iniciais

Instrumento de grande relevância processual, a tutela antecipada assume lugar de protagonismo no novo diploma processual, uma vez que dá sentido a um dos principais referenciais da nova normativa, que é a celeridade processual.

A tutela antecipada nada mais é do que uma resposta à morosidade do sistema jurídico-processual. A fim de assegurar o devido processo legal (garantia constitucional), o processo, em regra, precisa passar por várias etapas, que, por vezes, torna moroso o seu trâmite. Ocorre que, como dizia o ilustre jurista Rui Barbosa, *“justiça tardia é injustiça institucionalizada”*. Daí a necessidade de criação de mecanismos que assegurassem uma pronta resposta do Judiciário em situações que demandavam certa urgência, contexto no qual surgiram as tutelas antecipadas de urgência.

Em que pese se tratar de instrumento já previsto na legislação anterior, é certo que a tutela antecipada assume uma nova roupagem no novo diploma legal, principalmente no tocante à estabilização das decisões proferidas em sede de tutela provisória de urgência antecipada antecedente.

Ademais, conforme citado acima, inovou o Código de Processo Civil de 2015, ao dividir o espaço da tutela antecipada com a tutela cautelar, tornando-as espécies do gênero “tutelas de urgência”. No entanto, apesar de compartilharem os mesmos requisitos essenciais, conforme abordado, a tutela antecipada assume características próprias que a difere substancialmente da tutela cautelar.

Aqui, é oportuno apontar a principal característica da tutela antecipada, que é o seu caráter satisfativo. É o que explica Fredie Didier: *“A tutela provisória satisfativa antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito afirmado. Adianta-se, assim, a satisfação do direito, com a atribuição do bem da vida”* (DIDIER JR., 2015, p. 567).

Conforme bem esclarece Fredie Didier, tem a tutela antecipada o caráter essencialmente satisfativo, antecipando, ainda que precariamente, o direito – bem da vida – postulado no processo. Essa característica é essencial para diferenciar essa espécie de tutela das tutelas cautelares, estas, sim, com cunho apenas acautelador de bem ou direito objeto do litígio, conforme será melhor abordado adiante.

Um outro ponto que merece destaque é a exigência da reversibilidade dos efeitos da decisão de concessão das tutelas antecipadas, conforme prevê §3º do art. 300, do

Código de Processo Civil de 2015, que assim dispõe: *“A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”*

Tal previsão normativa também não é novidade. Já encontrava correspondência no § 2º do artigo 273 do CPC de 1973, que assim estabelecia: *“Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.”*

O objetivo, segundo Humberto Theodoro Junior, é proteger, sobretudo, a segurança jurídica e outros direitos fundamentais das partes:

A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida de urgência, mas preservasse o direito do réu à reversão do provimento, caso ao final seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 799-800):

Assim, é indiscutível o papel de relevância das tutelas antecipadas de urgência no ordenamento jurídico, sobretudo em tempos que se buscam mecanismos de celeridade processual. Contudo, como bem destaca Theodoro Júnior, não se deve admitir a sobreposição desse instrumento aos já consolidados princípios da segurança jurídica, proporcionalidade, contraditório e ampla defesa, sob pena de afronta ao próprio Estado de Direito.

3.2 – Procedimento da tutela antecipada antecedente

Diferentemente da tutela antecipada requerida em caráter incidental – a qualquer tempo, no curso do processo –, a tutela antecipada antecedente é requerida antes mesmo da formulação do pedido principal. Para tanto, criou o legislador um procedimento próprio, conforme artigos 303 e 304 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil de 2015.

Conforme prevê o *caput* do artigo 303 do Código de Processo Civil de 2015, sendo requerida em caráter antecedente, poderá o autor, em sua petição inicial *“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”*.

Essa medida mostra-se plausível para casos de urgência, quando a parte não dispõe de tempo e recursos necessários para a adequada elaboração da petição inicial, contendo todos os fatos e fundamentos que a demanda requer. Assim, é suficiente a mera indicação do pedido principal, a exposição sumária dos fatos e do direito que se busca e, é claro, a

demonstração do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo (requisitos, como visto, essenciais).

Concedida a tutela, dispõe o autor, nos termos do inciso I do § 1º do referido dispositivo legal, do prazo de 15 dias, ou outro que o Juiz indicar, para aditar a petição inicial, complementando sua argumentação e juntando novos documentos que reputar necessários.

Realizado tal procedimento, prosseguirá o processo, com a citação do réu e sua intimação para comparecimento à audiência de conciliação ou mediação, conforme previsto no inciso II do § 1º do artigo 303 do Código de Processo Civil de 2015. Em contraposição, se deixar o réu de proceder o aditamento da inicial, será o processo extinto sem resolução do mérito, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo legal.

Ademias, caso entenda o julgador pela impossibilidade de concessão da tutela requerida, determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena do seu indeferimento e da conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito, conforme redação do § 6º do dispositivo em questão.

Maior novidade reside, porém, na redação do artigo 304 e dos seus parágrafos, do novo Código de Processo Civil, que conferiu estabilidade às tutelas antecipadas antecedentes deferidas e não impugnadas por recurso.

Conforme estabelece o § 6º do artigo 304 do CPC/2015, em que pese a referida decisão não produzir coisa julgada, a estabilidade de seus efeitos perdurará no tempo, só podendo ser revista, invalidada ou modificada por ação própria, proposta perante o mesmo juízo que concedeu a tutela, no prazo de 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo.

Essa estabilidade, marco do novo diploma processual, além de garantir uma maior segurança jurídica à parte requerente da medida, mostra-se como medida eficaz de economia processual, abreviando a solução da controvérsia, conforme esclarece Humberto Theodoro Junior:

A principal justificação para o procedimento detalhado pelos arts. 303 e 304 para a tutela antecipada requerida em caráter antecedente é a preparação para uma possível estabilização da medida provisória, capaz de abreviar a solução da controvérsia, evitando, assim, a continuidade do processo até a composição definitiva de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 844).

Esse mecanismo mostra-se bastante eficaz, uma vez que dispensa a morosa e dispendiosa cognição do regular trâmite processual, resultando em uma maior economia processual e eficiência na solução do caso. Confere, ademais, maior segurança jurídica às partes, que passam a gozar de decisão estável, com “*status*” semelhantes à coisa julgada.

4 – Tutela cautelar

4.1 – Considerações iniciais

Assim como a tutela antecipada, a tutela cautelar não é novidade do Código de Processo Civil de 2015. Muito pelo contrário, já assumia posição de destaque no antigo código processualista, que reservava livro próprio para a sua regulamentação, tratando o referido instrumento processual como verdadeira espécie de ação autônoma, a chamada “Ação Cautelar”.

Ocorre que a nova normativa processual, priorizando a simplificação e praticidade dos procedimentos e, conseqüentemente, a economia processual, optou por extinguir essa modalidade de ação, adotando o modelo sincrético de processo. Nesse novo modelo processual, as tutelas provisórias, sejam elas antecipadas ou cautelares, passam a ser requeridas nos mesmos autos em que se discute o direito propriamente dito.

Desse modo, pode-se afirmar que o novo CPC, ao extinguir o livro “DO PROCESSO CAUTELAR”, não extinguiu as cautelares. Apenas dispensou a instauração de ação própria para o seu requerimento, adotando procedimento semelhante ao das tutelas antecipadas. Daí a razão para a reunião de ambas as espécies de tutela sob o mesmo título “DA TUTELA DE URGÊNCIA”.

Nesse ponto, é importante ressaltar a principal peculiaridade da tutela cautelar, que é justamente sua natureza acautelatória. Ora, se a tutela antecipada visa antecipar o resultado fim do processo, pode-se dizer que a tutela cautelar visa possibilitar que esse fim seja alcançado.

Segundo Fredie Didier, a tutela cautelar “*não visa à satisfação de um direito (ressalvada, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o* (DIDIER JR., 2015, p. 562)”.

De fato, de nada adiantaria todo o desgaste de um processo, se ao final o bem ou direito pretendido já houvesse perecido. Assim, não busca a tutela cautelar antecipar o direito pleiteado, e sim assegurar que o bem ou direito esteja resguardado de quaisquer riscos, até que se tenha, enfim, o tão aguardado resultado do processo.

Mas, na prática, como se efetivaria essa proteção?

No artigo 301 do Código de Processo Civil de 2015, elencou o legislador algumas medidas que poderão ser determinadas pelo julgador, a título de tutela cautelar. São elas: *“arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito”*.

Trata-se, porém, de medidas exemplificadamente tipificadas, uma vez que poderá ser determinada qualquer outra medida apta a resguardar o direito ou o bem postulado na demanda (poder geral de cautela do Juiz).

Assim, a partir das peculiaridades do caso concreto, definirá o julgador qual a medida mais adequada para assegurar o direito postulado – esteja ela prevista ou não no rol do art. 301 do CPC/2015 – para, então, aplicá-la.

4.2 – Procedimento da tutela cautelar antecedente

Nos mesmos moldes da tutela antecipada antecedente, estabeleceu o legislador um procedimento específico para a tutela cautelar requerida em caráter antecedente, conforme artigos 305 ao 310 do novo CPC, a fim de possibilitar a concessão da medida antes mesmo da dedução em Juízo do pedido principal da ação. É o que se passar a analisar adiante.

Conforme disciplina o artigo 305 do Código de Processo Civil de 2015, a petição inicial que visa a concessão da medida cautelar em caráter antecedente deverá indicar: *“a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”*

Nesse ponto, verifica-se a nítida semelhança dos requisitos da petição inicial da tutela cautelar antecedente com os da tutela antecipada antecedente – praticamente idênticos, não fosse uma ter a finalidade satisfativa e a outra acautelatória –, motivo pelo qual, a fim de preservar a efetividade do processo, e já presumindo eventuais equívocos, estabeleceu o legislador, no parágrafo único do artigo em comento, a possibilidade de conversão de uma em outra (princípio da fungibilidade), caso entenda o julgador que o pedido possui natureza diversa do requerido.

Conforme disposições dos artigos 306 e 307 do CPC/2015, recebida a inicial, determinará o julgador a citação do requerido para que, no prazo de 5 (cinco) dias, conteste os pedidos e indique as provas pertinentes. No silêncio, serão reputados como aceitos os fatos narrados pelo requerente como ocorridos, incumbindo ao juiz decidir em idêntico prazo. Porém, havendo contestação, deverá ser observado o procedimento comum.

Concedida a tutela pleiteada, disporá o requerente do prazo de trinta dias para promover a ação principal nos mesmos autos em que fora postulada a medida, conforme disposição do artigo 308 do CPC/2015. Contudo, não há óbice algum a que o pedido principal seja feito simultaneamente ao pedido da tutela, nos termos do § 1º do referido artigo.

Realizado tal procedimento, prosseguirá o processo, com a intimação das partes para comparecimento à audiência de conciliação ou mediação, sendo desnecessária nova citação do réu, conforme aduz o § 3º do artigo 308. Não realizada a autocomposição, abrir-se-á o prazo para contestação, conforme bem esclarece o § 4º do mesmo artigo.

De se ressaltar que, diferentemente da tutela antecipada em caráter antecedente, não previu o legislador a estabilização dos efeitos da decisão na tutela cautelar em caráter antecedente. Muito pelo contrário, disciplinou no art. 309 as causas que acarretam a cessação da eficácia da tutela concedida.

Nesse sentido, assim dispõe o artigo 309, e seus incisos, do novo diploma processual:

Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Portanto, o efeito da ausência de formulação do pedido principal na tutela cautelar antecedente no prazo legal é a cessação da sua eficácia, conforme disposto no inciso I do artigo em comento.

É importante destacar, ainda, o inciso II do referido artigo, que trata de uma excepcional hipótese em benefício da parte desfavorecida, com vistas a garantir sua segurança jurídica, e poderá verificar-se diante da ocorrência de duas premissas, conforme esclarece Daniel Amorim: *“uma perda superveniente de interesse do favorecido pela concessão da tutela cautelar [...] ou uma ausência de urgência para sua efetivação, demonstrada pelo desinteresse em executá-la”* (NEVES, 2018, p. 557).

Cessada a eficácia da tutela cautelar, vedou o novo diploma processual, conforme previsão do parágrafo único do artigo 309, a renovação do pedido, a menos que seja sob um novo fundamento.

Por fim, cabe destacar, conforme disposto no artigo 310 do CPC/2015, que a não concessão da tutela cautelar em nada impede que a parte formule o pedido principal, a

menos que o motivo do indeferimento seja pelo reconhecimento da prescrição (ou decadência), a qual produz decisão de mérito (art. 487, II, do CPC/2015).

5 – Conclusão

Com base no exposto, conclui-se que o Código de Processo de 2015 se mostrou bastante assertivo, ao unificar as espécies “tutela antecipada” e “tutela cautelar” sob o mesmo título “Das Tutelas de Urgência”. Isso porque, conforme abordado neste trabalho, ambas as espécies de tutela em muito se aproximam, seja pelo caráter de urgência, seja pela probabilidade do direito que ambas demandam.

Ademais, observa-se que a nova sistemática adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 permitiu uma maior simplificação e praticidade aos procedimentos, em especial com a extinção do antigo processo cautelar, possibilitando, por conseguinte, uma maior celeridade processual e segurança jurídica às partes.

Outrossim, oportuno destacar que, ao prever a estabilização dos efeitos das decisões concedidas em sede de tutela antecipada antecedente, o novo código processualista em muito contribuiu para a efetivação da justiça e a economia processual, uma vez que, concedida a medida pleiteada, desnecessário se faz o prosseguimento da ação, passando a decisão a gozar de estabilidade semelhante à coisa julgada.

Por fim, e não menos importante, evidencia-se que, apesar das relevantes semelhanças entre os instrumentos da tutela antecipada e da tutela cautelar, restaram preservadas as características essenciais de cada instrumento processual, ficando resguardadas a coerência e a lógica do sistema de tutelas provisórias de urgência disciplinado no Código de Processo Civil de 2015.

Referências

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivIl_03/LEIS/L5869impressao.htm> Acesso em: 23/20/2023.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 23/20/2023.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela – 10 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v.2.

NERY JR., Nelson. **Código de processo civil comentado** - 16. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 58. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIREITO A INDENIZAÇÃO POR DANOS NA SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

GUILHERME PIMENTA: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região³⁶.

Resumo: Este trabalho busca estudar as formas de reparação decorrentes do divórcio e da separação por ato ilícito de um dos cônjuges, bem como a aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil no Direito de Família, mais especificamente nas relações matrimoniais. Assim, em um primeiro momento, serão realizadas análises introdutórias a respeito da Teoria da Responsabilidade Civil e a evolução dos conceitos de família e de casamento. Após, será analisada a relação entre os Direitos da Personalidade e a indenização devida ao ex-cônjuge. Posteriormente, será reservado espaço próprio para análise da aplicabilidade da Teoria da Responsabilidade Civil nas ações de separação e divórcio. Neste ponto, serão expostos os principais argumentos da doutrina no intuito de afastar o pedido de indenização por um dos cônjuges nas ações de divórcio. Assim, haverá possibilidade de análise crítica da matéria extremamente relevante na atualidade.

1 – Introdução – A Responsabilidade Civil e os Danos no Divórcio.

Como se sabe, o ser humano é, por essência, um ser gregário. Somente na vida em sociedade consegue se realizar, expandir seus horizontes e potencializar suas capacidades. Assim, para que viva em grupo, necessita da existência de organizações mínimas, que permitam a coexistência pacífica de todos os membros da comunidade para que, respeitando e sendo respeitados, possam progredir juntos, alcançando benefícios comuns que favorecerão a todos³⁷.

Note-se, entretanto, que não há meios para que se previna, com grau de absoluta eficiência, que todos os membros da comunidade respeitem as normas de convivência estabelecidas. O ser humano é psicologicamente livre e, assim, sua conduta pode ser

36 e-mail: guilhermepimenta1988@gmail.com

37 SANTOS, REGINA BEATRIZ TAVARES PAPA DOS. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*, p. 130. São Paulo: Saraiva editora, 1999.

obediente ou contraveniente às regras constituídas³⁸. Disso, decorre a pretensão de que se restabeleça o equilíbrio social rompido, conferindo-se a vítima o direito de exigir ressarcimento do agente transgressor da norma jurídica.

Surge, então, a teoria da Responsabilidade Civil, que, segundo Caio Mário da Silva possui três requisitos essenciais: a) a conduta antijurídica, quer por comissão quer por omissão; b) o dano, c) o nexo de causalidade entre um e outro³⁹. Para César Fiúza, a antijuridicidade não significa, por si só, ato ilícito, já que a antijuridicidade pode ser pura e simples, como avançar um sinal de trânsito, sem qualquer tipo de consequência. Desta forma, para que o ato seja ilícito para o Direito Civil, é preciso algo mais que a simples conduta antijurídica, é necessária a ocorrência de dano, prejuízo, seja ele material ou moral⁴⁰.

A palavra "responder" tem origem no latim, "*respondere*", que está ligado à idéia de contraprestação ou correspondência. Outrossim, o efeito da responsabilidade civil é o dever de reparação, para que se restabeleça o equilíbrio rompido, restituindo tanto o que a vítima perdeu, quanto aquilo que deixou de ganhar.

Em um primeiro momento, a responsabilidade civil esteve ligada a idéia de dolo do agente. Mais tarde, como forma de sanção ao indivíduo imprudente, imperito ou negligente, a teoria também passa a englobar o conceito de culpa. Atualmente, na jurisprudência de vários países, o que se vê é uma tendência de alargamento da idéia da culpa, para casos em que não se pode encontrá-la em sentido estrito, criando-se a noção de culpa presumida⁴¹. Foi nessa linha de pensamento que nasceu a teoria da responsabilidade objetiva, fundada não na culpa do agente, mas no risco da atividade exercida. Sem querer prolongar por demais o tema, já que não é o objetivo primordial deste trabalho, nas atividades em que o risco é fator essencial já se admite a responsabilidade objetiva pelos danos causados.

A responsabilidade Civil pode ainda ser dividida em contratual e extracontratual, segundo leciona César Fiúza:

38 PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. Instituições do Direito Civil, p. 653, Rio de Janeiro: Forense editora, 2007.

39 PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. Instituições do Direito Civil, p. 653, Rio de Janeiro: Forense editora, 2007.

40 FIÚZA, CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO. Curso de Direito Civil Completo. Belo Horizonte: Delrey Editora, 2003

41 PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. Instituições do Direito Civil, p. 662, Rio de Janeiro: Forense editora, 2007.

"A responsabilidade civil admite duas espécies, a contratual e a extracontratual. A contratual é aquela oriunda dos contratos. A parte contratante que lesa a outra é obrigada a reparar os prejuízos. A extracontratual tem origem nos atos ilícitos, sendo chamada de stricto sensu, para diferenciá-la da responsabilidade civil lato sensu, que engloba a contratual e a extracontratual⁴²."

Depois desta breve explanação, resta saber a aplicabilidade da teoria da Responsabilidade Civil no Direito de Família, mais precisamente na separação e no divórcio. A matéria em estudo é em muito controversa e vem causando profundos debates, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Tais divergências tem em seu seio central os próprios conceitos de família e casamento e os efeitos que este gerariam a seus integrantes.

O livro de Gêneses, constante na bíblia sagrada, assim já preconiza *"Deus quer que vocês entendam o casamento como uma união neste nível. Uma só carne não significa um relacionamento leviano, fútil, capaz de ser quebrado por qualquer incompatibilidade"*. Tal idéia, de homem e mulher vivendo uma só vida, foi adotada no antigo direito inglês e se encontra presente no Direito Brasileiro até os dias de hoje, conforme se verifica no artigo 1.511 do Código Civil que prescreve explicitamente que *"o casamento estabelece comunhão plena de vida"*.

Nos dias atuais, no entanto, a família, compreendida como conjunto de pessoas, não pode ser mais vista como núcleo econômico e de reprodução. O casamento não tem mais como fim a legitimação do sexo, mas deve ser encarado como método de auto-realização dos cônjuges que, na vida a dois, anseiam por companheirismo e afeto. O interesse predominante passa a ser da pessoa, não da entidade familiar, que deve existir em função daquela⁴³.

Neste ponto, para alguns, nasce a questionadora dúvida a respeito do que se deve ser feito quando a deteriorização do casamento se tornar irremediável: proteger a família ou o direito do membro, com base na autonomia da vontade. Nesta seara, destacam-se as palavras do ex-ministro do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Junior:

"São dois os valores constitucionais em confronto. De um lado, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 19, III), que deve ficar protegida de qualquer agressão, idéia que se expande também para o direito privado e tem vigência no direito de família. Neste, a

⁴² FIÚZA, CÉSAR. Curso de Direito Civil, p. 281. Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

⁴³ SOUZA, CAREN BECKER ALVES. A culpa na separação e no Divórcio, p.5. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

necessidade de proteção da dignidade do membro da família, como pessoa, pode entrar em conflito com o interesse da entidade familiar, pois uma norma-objetivo atribui ao Estado o dever de preservar a família, instituição social valiosa, "base da sociedade, que tem especial proteção do Estado" (artigo 227)⁴⁴.

Com a visão contemporânea do instituto do casamento como meio de promoção humana, o direito ao afeto, ao carinho e o respeito tornam-se garantias indiscutíveis aos cônjuges, conquanto a idealização do matrimônio como ato indissolúvel torna-se inaceitável. Ora, o ser humano está sempre em constante evolução e, ao longo da vida, é natural que altere suas metas, preferências e objetivos. Diante disso, é aceitável, e até mesmo previsível, a ruptura do matrimônio, mesmo que não tenha havido falta grave ou culpa de um dos cônjuges.

Assim, seguindo a tendência das legislações européias, o Direito Brasileiro, tanto na Constituição da República quanto no Código Civil, se distância da culpa e introduz, gradualmente, o princípio da ruptura nas ações de separação e divórcio. Ora, na maioria dos casos a apuração da culpa é inviável, inoportuna e inútil aos anseios do casal, pelo que se deve adotar o princípio da ruptura, bastando à demonstração da impossibilidade de vida a dois para a decretação do divórcio⁴⁵. Neste sentido, inclusive, está a Emenda Constitucional nº 66, que possibilitou a decretação do divórcio sem prévia necessidade de separação.

Estes são, sem dúvida, os dois temas mais intrigantes para a análise da aplicabilidade da teoria da Responsabilidade Civil nos casos de separação e divórcio. Afinal, tutelar sobremaneira o direito à autonomia do cônjuge não seria mais uma maneira de o Estado se intrometer na entidade familiar? A idéia de reparação Civil entre ex-cônjuges não vai justamente contra as correntes contemporâneas que optam pela teoria da ruptura nas causas do divórcio?

Este trabalho busca, justamente, o estudo da aplicabilidade da Teoria da Responsabilidade Civil nas ações de separação e divórcio, bem como a análise das outras formas de reparação decorrentes da quebra do vínculo conjugal existentes no Direito Brasileiro.

A princípio, verifica-se que não há qualquer óbice algum para a aplicabilidade dos princípios gerais da responsabilidade civil no Direito de Família, não obstante as dúvidas levantadas (invasão da privacidade familiar e tendência de não apuração de culpa no divórcio). Primeiro, por não ser a Família um ente abstrato superior a seus membros, sendo

44 AGUIAR JUNIOR, RUY ROSADO. Responsabilidade Civil no Direito de Família, n.2, p. 39. São Paulo, 2005.

45 Souza, Caren Becker Alves. A culpa na separação e no Divórcio, p.5. Belo Horizonte: UFMG, 2004

ilógico o pensamento de que para a defesa da entidade familiar, é preciso ofender os direitos de seus componentes. Segundo, porque a reparação civil tem causa distinta da separação ou do divórcio, uma vez que a indenização não é cabida pelo simples rompimento do matrimônio, mas pela prática de ato ilícito⁴⁶. Conforme ensina René Savatier, *"o texto que obriga uma pessoa a fazer ou não fazer alguma coisa tem, normalmente, um caráter absoluto. Ele é oponível por toda a vítima da observância deste texto. Ele é oponível a todo o autor desta violação"*⁴⁷. É desta ideia que se fundamenta esta tese, partindo do princípio que, havendo ação lesiva por um dos cônjuges, praticada contra o outro, por ato ilícito, com conduta antijurídica e dano, surge o direito do ofendido à reparação.

É certo que no Direito Brasileiro, ao contrário dos Códigos Francês e Peruano, não há dispositivo expresso determinando a indenização em caso de dissolução do casamento. Todavia, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil, qualquer ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que violar direito, ou causar prejuízo à outrem, é fato gerador de responsabilidade civil. Assim, já se percebe claramente o enquadramento dos atos ilícitos como fatos geradores da responsabilidade, sendo que qualquer conduta ilícita de um dos cônjuges que causar danos ao companheiro, é, em regra, indenizável⁴⁸.

Por fim, nesta análise introdutória, resta a classificação a respeito dos danos derivados do ato do rompimento matrimonial por ato Ilícito de um dos cônjuges. No direito estrangeiro – argentino, português e francês – é feita a distinção entre os danos acarretados pelo ato ilícito praticado e os prejuízos da ruptura do casamento. Os primeiros derivam da própria causa do divórcio e, por isso, são denominados de "imediatos". Podem ser de natureza moral, consubstanciados, por exemplo, nos abalos psíquicos sofridos pelo cônjuge traído, ou de natureza material, caso do cônjuge agredido que precisa efetuar gastos para realização do tratamento médico adequado⁴⁹. Os segundos, por sua vez, são os "danos mediatos", que possuem ligação indireta com o descumprimento do dever conjugal. Neste caso, o dano é baseado na desigualdade e os prejuízos que a ruptura precoce do matrimônio podem causar para o cônjuge, como por exemplo, o prejuízo pela liquidação da sociedade imposta pela partilha de bens.

46 Souza, Caren Becker Alves. A culpa na separação e no Divórcio, p.5. Belo Horizonte: UFMG, 2004

47 René Savatier, *Traité de La responsabilité civile em droit français*, p. 12, 12 Ed. 12. Paris, 1951

48 Carvalho Neto, Inácio. *Reparação Civil na Separação Litigiosa Culpos* in ; *Direito e Responsabilidade*, p. 69. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2002.

49 Santos, Regina Beatriz Tavares Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*, p. 153. São Paulo: Saraiva editora, 1999

Desta forma, é indubitável que a prática de ato ilícito por um dos cônjuges e a ruptura precoce do matrimônio geram danos de natureza moral e patrimonial. Outrossim, várias são as formas de reparação dos danos causados, tanto no direito estrangeiro quanto no direito pátrio, conforme se verificará na sequência desse estudo.

2. A Reparação Civil na Separação e no Divórcio

2.1 - Direito das Personalidades e Reparação Civil no Divórcio

Apenas no século XVIII que os Direitos da Personalidade começaram a ser construídos da maneira que os conhecemos hoje, sob a denominação “Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão”. Contudo, como conceito complexo que é, sua construção se deu ao longo dos anos, sendo possível encontrar suas raízes em declarações históricas de datas bem mais anteriores, como a Magna Carta, de 1.215 e a Declaração dos homens e do Cidadão, de 1.78950. O grande diferencial, no entanto, é que estas normas antigas relacionavam os direitos da personalidade em relação ao Poder Público. Isto é, eram regras de caráter absoluto que garantiam ao indivíduo o mínimo de segurança contra as arbitrariedades cometidas pelo Estado, um direito de caráter absoluto para fazer frente ao poder absoluto do rei. Os direitos da personalidade tal qual são entendidos hoje, e que deram causa à reviravolta da visão que se tinha das relações sociais, dizem respeito a estes mesmos direitos, mas sobre o ângulo do Direito Privado, nas relações entre os particulares.

A importância destas normas ganha relevo após a Segunda Grande Guerra Mundial, como forma de reação aos horrores realizados pelos estados nazi-fascistas. Nasce, daí, as Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de 1950, que garante os direitos básico do ser humano não só contra o Estado ou autoridade (direitos humanos propriamente ditos), como também oponíveis à outro particular (direitos da personalidade)⁵¹ .

Em uma definição sucinta, os direitos da personalidade são aqueles inerentes a toda e qualquer pessoa, tais como a vida, à dignidade, à busca pela felicidade, etc. São aqueles que permitem a cada ser humano capacidade de existência e de liberdade. São direitos privados, inatos e vitalícios que têm por objeto manifestações interiores à própria pessoa e, por serem inerentes, não podem transmitir-se nem dispor-se de forma inerente e radical⁵².

50 DELGADO, MARIO LUIZ. Direito da Personalidade nas relações de família in Família e Dignidade Humana, Peireira, Rodrigo (coord), p.695. Belo Horizonte, 2006.

51 DE MATTIA, FABIO MARIA. Direitos da Personalidade. Aspectos Gerais. São Paulo: Revista de Informação Legislativa, nº.56,p.247,1977.0

52 DELGADO, MÁRIO LUIZ. Direito da Personalidade nas Relações de Família p.684 in Família e dignidade Humana; Pereira, Rodrigo da Cunha (Cord.) . São Paulo, 2006.

Neste novo paradigma, no qual os direitos da personalidade são elevados à categoria de garantias constitucionais, como no caso brasileiro, nasce a necessidade de resguardá-los contra possível ameaça de terceiros. Assim, a teoria da responsabilidade civil passa a ser aplicada também para tutelar direitos subjetivos como a honra e a imagem, dando ensejo a reparação de danos tanto morais, quanto materiais.

Mais do que isso, na medida em que se passa a enxergar os direitos da personalidade como base fundamental da sociedade atual, sob a ótica de que só é possível a felicidade social conjugada com felicidade individual, a reparação civil passa a ser aplicada, ou ao menos discutida, em situações antigamente impensadas. É o caso da aplicação da Teoria da Responsabilidade no Direito de Família e, mais precisamente, nos casos de separação e divórcio. Se antigamente a família era vista como entidade de caráter superior, de garantia da própria existência da vida social, agora passa a ser entendida como meio de realização do ser humano. Isto é, não há que se falar em preservação da vida familiar com o sacrifício dos direitos da personalidade de um de seus membros, já que, neste caso, a própria família estaria fadada precocemente ao fracasso. Com a virada paradigmática, então, cada vez mais países passam a aceitar e regular a reparação civil nos casos de separação e divórcio, dando ao cônjuge inocente direito à indenização por eventuais danos sofridos.

A França foi o primeiro país a regular expressamente a matéria, fazendo constar em seu Código Civil, no artigo 266 53, possibilidade de ressarcimento de danos causados com a ruptura da vida em comum. Destarte, antes mesmo da introdução do artigo mencionado, já havia ampla jurisprudência no sentido de conceder indenização ao cônjuge lesado consubstanciada na regra geral de Responsabilidade, do art. 1.382 54, do Código Francês⁵⁵. Sobre o tema, comungamos do entendimento de Regina Beatriz Tavares da Silva que, com base em doutrinadores como Alex Weill e François Terré, afirma que os artigos 266 e 1.382 não são excludentes, mas complementares⁵⁶. Isto porque, a regra constante do art. 266 (prestação compensatória) concerne aos prejuízos provocados

53 *“Art. 266: Quando o divórcio é decretado por culpa exclusiva de um dos cônjuges, este pode ser condenado a perdas e danos em reparação do prejuízo material ou moral que a dissolução do casamento causar.”*

54 *“Art. 1.382: Todo homem que cause a outro um prejuízo, obriga aquele a repará-lo.”*

55 Souza, Caren Becker Alves de. A Culpa na separação e no Divórcio, p. 91. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004.

56 SANTOS, REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA PAPA. Reparação Civil na Separação e no Divórcio, p.25. São Paulo: editora Saraiva, 1.999.

indiretamente pela dissolução do casamento e a norma disposta no art. 1.382 diz respeito à causa da ruptura em si.

Neste mesmo sentido caminha o Direito Português, que também possui disposição expressa sobre a reparação civil na separação e no divórcio, no art. 1.792⁵⁷ do seu Código Civil. Tal qual a sistemática do Direito Francês, entende-se que a regra especial só é utilizada em relação aos danos mediatos, isto é, os prejuízos que o divórcio e a separação de corpos poderão trazer a um dos cônjuges. Os danos emergentes dos fatos que originaram o pedido de separação/divórcio continuam encontrando seu fundamento na regra geral de responsabilidade civil, no caso, no art. 483⁵⁸ do Código Civil Português.

O Direito Argentino, por sua vez, não possui regra expressa sobre a reparação civil nos casos de separação e divórcio. A partir da década de 1970, no entanto, a possibilidade de indenização do cônjuge culpado em favor do inocente passou a ser justificada com base na regra legal da Responsabilidade Civil⁵⁹, disposta no art. 1.109 do Código Civil Argentino. A grande discussão que por lá se coloca é quais seriam os danos indenizáveis: se os oriundos do fato causador do divórcio ou se os ocasionados pela ruptura da vida conjugal em si. Corrente crescente e cada vez mais forte, tanto na doutrina como jurisprudência local, é de que somente os danos imediatos, relacionados à conduta do cônjuge culpado, são indenizáveis⁶⁰. Isto porque, os danos ocasionados pelo rompimento da vida conjugal já estariam indenizados com as regras do direito de família, que punem o cônjuge culpado pela separação, impondo-o, por exemplo, obrigação de prestar alimentos e conferindo ao cônjuge inocente direito de permanecer no imóvel que foi domicílio conjugal⁶¹.

Por fim, o Direito Peruano, junto com o francês e o português, completa o rol dos países que contêm disposição normativa expressa quanto a indenizabilidade pela ruptura

57 *“art. 1.792: O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, quem pediu divórcio com o fundamento da alínea “c” do art. 1.781, devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; II – O pedido de indenização deve ser deduzido na própria ação do divórcio*

58 *“Art. 483: Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”*

59 Souza, Caren Becker Alves de. *A Culpa na separação e no Divórcio*, p. 91. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004

60 SANTOS, REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA PAPA. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*, p.54. São Paulo: editora Saraiva, 1.999

61 BORDA, GUILHERMO, p.552. Buenos Aires, 1996.

da via conjugal⁶². O moderno Código Civil Peruano, de 1.984, dispõe em seu art. 351: "*Se os fatos determinantes do divórcio comprometem gravemente o legítimo interesse pessoal do cônjuge inocente, o juiz poderá lhe conceder uma soma em dinheiro como reparação pelo dano moral*".

Conforme se verifica, são poucos os países que possuem disposição expressa em seu sistema normativo sobre a reparação dos danos na separação e no divórcio. Ao longo dos anos, no entanto, o que se percebe em vários sistemas normativos ao redor do globo é a aplicação do princípio da reparação com base na Teoria Geral da Responsabilidade Civil. Isto porque, na realidade contemporânea, o que se vê é a valorização do indivíduo, com a crescente tutela aos direitos da personalidade. Assim, a todo ser humano é reconhecido um direito a um projeto de vida que, se interrompido por outrem por motivo injusto e brutal, não só pode, mas deve ser reparado. Neste campo, o casamento, como um dos principais projetos que se pode realizar durante uma vida, reveste-se de fundamental importância, já que sua ruptura poderá ocasionar sérios transtornos psicológicos, quando não materiais, à vítima.

2.2- O Tema no Direito Pátrio.

A possibilidade de reparação civil nos casos de separação e divórcio nunca angariou grande simpatia da doutrina e jurisprudência brasileiras clássicas. Isto porque, segundo estes, o Código Civil traz remédios específicos para caso de danos por ação de um dos cônjuges e, no tradicional Direito de Família, a disposição de defesa da estabilidade e da estrutura familiar apontam para caminho diverso da responsabilidade⁶³.

A partir da Constituição de 1988, todavia, parece haver crescido o número de defensores do cabimento da responsabilidade civil no âmbito do direito de família. Isto porque, a Constituição Brasileira, espelhada no paradigma do Estado Democrático do Direito, coloca a dignidade humana como fundamento da pátria. O inciso III, do art. 1º, da CF/88 dispõe expressamente que "*a República Federativa do Brasil tem como fundamento a Dignidade Humana*", além desse, outros artigos, como o 3º e o 5º, reafirmam a preocupação do constituinte em se construir um país com respeito aos direitos individuais. Assim, a pessoa passa a ser considerada como razão do direito e seu último fundamento.

⁶² SOUZA, CAREN BECKER ALVES DE. A Culpa na separação e no Divórcio, p. 98. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004

⁶³ MADALENO, ROLF. Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios. Pereira, Rodrigo Cunha – Família e Responsabilidade. Porto Alegre, IBDFAM, 2010.

Neste sentido tem sido o posicionamento de grandes doutrinadores da atualidade. Sem querer adentrar em tópico que será especificadamente tratado mais adianta, citam-se as palavras de Yusser Cahali neste sentido:

“Ora, conforme se viu anteriormente nosso legislador fez-se invisível à admissibilidade de qualquer forma de indenização por perdas e danos, fundada exclusivamente na conduta faltosa de um dos cônjuges como causa de dissolução da sociedade conjuga, exaurindo a sanção, sob este aspecto, no encargo alimentar, eventuais danos materiais e morais, ligadas ao ato posto como causa de separação extrapolariam o âmbito de direito de família, inserindo no âmbito da responsabilidade aquiliana do direito comum”.

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos também é fiel a este entendimento:

“No Direito Brasileiro, diante da legislação vigente projetada, é descabida qualquer interpretação que impeça a aplicação dos princípios e regras sobre responsabilidade civil à dissolução culposa da sociedade conjugal, porque a essência ética do casamento e a defesa da paz familiar, argumentos estes que busca apoiar-se aquela exegese, não tem qualquer valia depois que um dos cônjuges promove contra o outro uma ação de separação judicial.”

Até mesmo o clássico Caio Mário da Silva Pereira afirma categoricamente que *“afora os alimentos, que suprem a perda da assistência direta, poderá ocorrer ainda a indenização por perdas e danos (dano patrimonial e dano moral), em face do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente⁶⁴”.*

Assim, embora ainda presente no Direito Brasileiro, a teoria de imunidade dos entes familiares parece estar perdendo força. Atualmente, é grande o número de defensores da aplicabilidade da teoria da responsabilidade nas relações familiares, como fez, por exemplo, o desembargador José Flávio de Almeida em recente julgado do TJMG, na apelação Cível de nº 2.0000.00.417592-2/000:

INFRAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO - FILHO ADULTERINO - FATO REVELADO APÓS SEPARAÇÃO JUDICIAL DO CASAL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - REPARAÇÃO DEVIDA. O ato ilícito que configura infração grave dos deveres conjugais legitima o ajuizamento de ação

64 PERERIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. Instituições do Direito Civil: Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense editora, p.156.

de reparação de danos morais pelo ofendido, de acordo com a regra geral de definição da responsabilidade civil, independentemente de se apresentar como causa da dissolução do casamento. Inflige dano moral ao ex-marido a mulher que, após a separação judicial do casal, deixa revelar que ele não é o pai da filha adolescente concebida na constância do casamento.

Acompanhando as evoluções doutrinárias e jurisprudenciais brasileiras constata-se, portanto, cada vez mais a aplicação da teoria da Responsabilidade Civil nos casos de separação e divórcio, entendimento que coaduna com os valores modernamente atribuídos aos direitos da personalidade, à autonomia da vontade e o desejo de igualdade entre os cônjuges.

No Estado Democrático de Direito não há espaço para a família centrada em uma estrutura hierarquizada e controlada pelo domínio do marido, chefe e provedor da sociedade conjugal. Tampouco se pode entender a sociedade familiar como entidade superior, protegida pelo divino e que deva, de toda forma, ser tutelada para que se mantenha duradora, mesmo que a consequência disso seja acompanhada a profunda infelicidade dos envolvidos. Ao contrário, a família, e mais precisamente o casamento, deve ser entendido como meio de se alcançar a felicidade, devendo ser desconsiderado qualquer tipo de entendimento que a transforme um fim em si mesmo.

2.3. - Indenização por danos morais e materiais

Nosso ordenamento jurídico não contém nenhum tipo de previsão específica sobre a reparação de danos materiais ou morais decorrentes da separação ou divórcio. Neste sentido, há o projeto de Lei nº 6.960, de 2002, de autoria do deputado Ricardo Fiúza, que visa acrescentar um segundo parágrafo no art. 927, com a seguinte redação: *“Os princípios da responsabilidade civil se aplicam ao direito de família”*.

Se ainda não há previsão legal expressa para a aplicação dos princípios da responsabilidade civil no Direito de Família, por outro lado, não há nenhum tipo de vedação que desautorize a reparação por danos morais ou materiais nos casos familiares, o que, ao menos em tese, não impediria a aplicação da regra geral de responsabilidade, prevista no art. 186 do Código Civil.

Grandes nomes da doutrina clássica defendem a não aplicação da teoria da responsabilidade civil nas relações de família pela peculiaridade que é própria ao Direito

de Família, no qual o elemento pessoal deve sempre se sobrepôr ao elemento patrimonial⁶⁵. Neste sentido, defende Maria Celina Bodim Moraes:

“O problema grave, parece-me (...) é que a compensação do dano moral se faz exclusivamente, em pecúnia, em dinheiro. Então, em havendo o descumprimento de qualquer dos deveres do casamento – dever de assistência moral e material, dever de respeito, dever de coabitação, dever de fidelidade, etc – a solução deve ser a compensação em dinheiro.”⁶⁶”

“O pagamento de uma indenização, nestes casos específicos, agravaria ainda mais a situação de grave conflito, de verdadeira guerra nuclear – perdoem a analogia – que normalmente se vêem nos juízos de separação e de divórcio. As pessoas envolvidas já estão sofrendo mais do que o suficiente e pagando todos os seus pecados. A idéia de se poder tirar dinheiro da situação acende ou faz surgir o que há de pior em nós: a cobiça.”⁶⁷”

Tal argumento, de não aplicação dos danos morais ao direito de família sob risco de monetarização dos sentimentos, parece-nos, na verdade, uma crítica à própria indenização por dano moral. Ora, toda e qualquer reparação por dano moral diz respeito a um sentimento ou estado psíquico da vítima, sendo que eventual discussão a respeito da monetarização de sentimentos é matéria a ser discutida em toda sistemática do Direito Civil, não se restringindo ao Direito de Família.

Neste sentido, a Constituição Federal pacificou a questão sobre a reparabilidade do dano moral, estatuinto em seu art. 5º, inciso V, ser *“assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano moral ou à imagem”*. Assim, não há dúvidas de que os sentimentos e o estado psíquico das pessoas são bens jurídicos a serem protegidos e restabelecidos em caso de agressão. O fato de a reparação estabelecida ser em pecúnia se dá unicamente em razão da insuficiência dos meios humanos, que, em se tratando de bens imateriais, não conseguem restabelecê-los ao estado de origem após uma agressão⁶⁸. Ademais, não há qualquer prerrogativa familiar a permitir que possa um membro da família causar dano doloso ou culposamente a outro,

⁶⁵ VILELA, JOÃO BATISTA. Família e Liberdade

⁶⁶ MORAES, MARIA CELINA BODIN. Danos Morais nas relações de Família in Anais do IV Congresso do Direito de Família p. 412. Pereira, Rodrigo da Cunha (cord.). Belo Horizonte, 2004.

⁶⁷ MORAES, MARIA CELINA BODIN. Danos Morais nas relações de Família 412 in Anais do IV Congresso do Direito de Família. Pereira, Rodrigo da Cunha (cord.). Belo Horizonte, 2004.

⁶⁸ CAHALI, YUSSEF SAID. Do dano Moral. São Paulo, 1999.

mediante conduta ilícita, e se eximir de sua responsabilidade em virtude do vínculo familiar, já que a pessoa não responde em razão do vínculo familiar, mas em razão do dano causado⁶⁹.

Outro argumento para um princípio da imunidade da responsabilidade civil nas relações de família é a possibilidade de ocorrência do “bis in idem”, já que o cônjuge culpado já poderia estar obrigado a prestar alimentos⁷⁰. Neste ponto, reiteramos o entendimento sobre o descabimento de se considerar a natureza exclusivamente indenizatória dos alimentos, já que não se pode conceber uma indenização condicionada à necessidade do credor. Ademais, o alimento devido ao cônjuge inocente ressarce única e simplesmente os danos sofridos com a cessação do dever de assistência.

O argumento de proteção à família como célula máter da sociedade também não pode prosperar, seja pelas garantias aos direitos da personalidade exaustivamente tratadas neste trabalho, seja pelo fato de que, com a dissolução do matrimônio pelo divórcio, já não existe relação conjugal entre ofensor e ofendido.

Diante de tudo isso, resta indiscutível a aplicabilidade dos princípios gerais da responsabilidade civil no Direito de Família e, em especial, nos casos de separação e divórcio.

2.4 - Danos indenizáveis

Uma vez constatada a possibilidade de reparação civil, por perdas e danos, nas relações de família, mais precisamente nos casos de separação e divórcio, deve-se esclarecer quais seriam os danos indenizáveis. Para isso, todavia, é preciso, antes, compreender a natureza jurídica da reparação civil na separação e no divórcio, se contratual ou extracontratual. Sobre o tema, Regina Beatriz Tavares deixa claro seu posicionamento:

“Por ser o casamento um contrato, embora especial de Direito de Família, a responsabilidade pela reparação dos danos oriundos de sua ruptura é do tipo contratual⁷¹.”

Em que pese o posicionamento da renomada estudiosa, acreditamos que a reparação civil advinda da ruptura da vida em comum não pode, em hipótese alguma, ser

69 ROLF, MADALENO. Curso de Direito de Família, p.287.

70 CARVALHO NETO, INÁCIO. Responsabilidade no Direito de Família, p. 312, 2007.

71 SILVA, REGINA BEATRIZ TAVARES. A Emenda Constitucional do Divórcio, p.166. São Paulo, 2010

considerada contratual. Isto porque, face aos direitos inerentes à personalidade, nem toda violação aos direitos conjugais seriam consideradas indenizáveis.

Conforme já explanado no tópico pertinente, os direitos da personalidade são "*direitos privados, inatos e vitalícios que têm por objeto manifestações interiores à própria pessoa e, por serem inerentes, não podem transmitir-se nem **dispor-se** de forma inerente e radical*". Desta maneira, não se pode admitir que o casamento crie algum tipo de dever que interfira nos direitos inerentes à personalidade do cônjuge. Qualquer pensamento neste sentido resultaria, inclusive, em conclusões temerosas como a inexistência de crime de estupro praticado contra o cônjuge, já que só se estaria cobrando obrigação de fazer anteriormente acordada entre as partes.

Sem querer adentrar em discussões que não são objeto do presente trabalho, como, por exemplo, a natureza jurídica do casamento (se de contrato ou se de instituto), deve-se lembrar que o dever de reparação pelos danos causados não nascem com a celebração do casamento. Isto é, aquele que comete injúria grave contra outro, tem o dever de indenizar pelos danos morais causados, independente de ter relações com a vítima ou não. Se por um lado o matrimônio não obsta a aplicação da Teoria Geral da Responsabilidade Civil, como afirmava a corrente clássica, por outro, é situação que não modifica ou cria novo dever de reparar os danos causados mediante conduta ilícita. Neste sentido, leciona Caren Alves Becker de Souza:

"Com efeito, não se pode afirmar uma imunidade total entre cônjuges, podendo se agredir mutuamente, sem respeito aos direitos do consorte, em especial aos direitos da personalidade. No entanto, indenização porventura devida não decorrerá de violação de um dever pessoal de família, mas da infração de um dever absoluto, que surge independente do vínculo familiar⁷²."

Definido o tipo da responsabilidade civil nos casos de separação e divórcio já se esclarece, em muito, quais seriam os danos indenizáveis. Uma vez que a responsabilidade civil dos cônjuges não advém dos "deveres conjugais", não é a sua simples violação que gerará o dever de indenizar, será preciso a comprovação de dano exorbitante a normalidade conjugal.

Algumas atitudes dos cônjuges, embora sejam vedadas pelos "deveres conjugais", são meros exercícios do direito de autodeterminação, expressando apenas a perda do vínculo afetivo. Assim, não cabe indenização em condutas que são simplesmente

⁷² SOUZA, CAREN BECKER ALVES DE. A Culpa na separação e no Divórcio, p. 101. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004

expressões de desamor, de perda do vínculo de afeto. Neste sentido, explica Rolf Madaleno:

“O desamor não se indeniza, os sentimentos e sua evolução são ingovernáveis, da maneira que representaria uma aplicação excessiva dos princípios gerais impor o pagamento de indenização frente a atos que, se bem podem implicar a cessação dos deveres conjugais, na sua essência não podem ser considerados mais do que a expressão da perda do vínculo afetivo; a indenização há de ficar reservada somente para as condutas dos cônjuges que, ademais de representar violação de deveres matrimoniais, implicam autênticos agravos a outro cônjuge, sem se limiar a expressões de mera perda de vínculo de afeto⁷³.”

Neste ponto, é interessante distinguir os conceitos de crise conjugal e de real culpa conjugal. A crise conjugal geralmente acontece por sucessão recíproca de ambos os cônjuges que levam, gradualmente, a perda do afeto e o não exercício dos deveres conjugais como o da vida em comum (inciso I, art. 1.566, CC) ou o de mútua assistência (inciso III, art. 1.566, CC). Desta maneira, só devem ser indenizados danos oriundos de real culpa conjugal, que ocorrem devido atitudes exorbitantes à normalidade da vida a dois como, por exemplo, o adultério, o insulto público, agressões físicas, etc.

Conforme se observa, a análise a respeito da possibilidade de reparação de eventual dano causado deve se realizar através de detalhada análise do caso concreto. O simples descumprimento de dever conjugal não deve servir de subsídio para pedidos de reparação. Um cônjuge que, por exemplo, resolver abandonar o domicílio da família em razão de sucessivas brigas, não deverá ser condenado a indenizar sua ex-companheira, mesmo que isso tenha lhe causado sérios danos, já que apenas exerceu seu direito de autodeterminação, sem qualquer tipo de dolo ou culpa, já que os sentimentos humanos não são de nenhuma maneira controláveis ou previsíveis. Por outro lado, caso um dos companheiros pratique injúria grave ou ato de adultério, estará cometendo, dolosamente, ato ilícito que, gerando dano, ensejará a reparação civil.

Sobre este tema, é precisa a lição de Gischwov Pereira, citado na obra “A Culpa na separação do divórcio” de Caren Becker Alves de Souza:

“Concorda-se em que não possa um cônjuge ou companheiro infligir ao outro, por exemplo, agressões físicas e/ou morais (agressão moral entendida aqui não como mal-estar provocado por determinado

73 ROLF, MADALENO. Curso de Direito de Família, p.288. Rio de Janeiro, 2008.

comportamento não endereçado intencionalmente contra o cônjuge, mas sim como ofensa verbal direta e dolosa) e não estar sujeito, se for o caso, a indenizar por danos morais, assim como qualquer pessoa está sujeita a indenizar a outrem por danos morais decorrentes de tais agressões. O perigo da extensão da indenizabilidade está em deferir-lá, indiscriminadamente, para as hipóteses em que somente entre os cônjuges, ou entre quem – de uma forma mais genérica e abrangente – vivencia relação erótico-afetiva, possa ocorrer determinada atitude que se queira como geradora de dano moral, como sucede nas infrações de deveres do casamento e da união estável. A prosperar este exagero, praticamente toda a ação de separação judicial ensejaria pedido cumulado de perdas e danos morais, em deplorável e pernicioso monetarização das relações afetivas(...). O mesmo problema haveria no divórcio e na união estável, e, certamente, em pouco tempo, a onda avassaladora de duvidoso moralismo atingiria os relacionamentos erótico-afetivos 74 "".

Para prosseguir a análise, convém, mais uma vez, distinguirmos os danos mediatos e imediatos. Como nos ensina Maria Helena Diniz⁷⁵, o dano poderá ser direto ou indireto mediante ao fato gerador. O dano será direto se resultante do fato lesivo, havendo uma relação imediata entre a causa destacada pelo direito e a conduta sofrida pela pessoa. O dano será indireto se consistir na conseqüência da perda mediatamente sofrida pelo lesado, representando uma perda em outros bens que não foram diretamente atingidos pelo fato lesivo.

Conforme já observamos, é indiscutível a reparabilidade dos danos causados diretamente da ação de um cônjuge em relação ao outro, desde que não sejam simples fruto do exercício do direito de personalidade inerente a cada um deles. É pacífico que, nos casos dos danos diretos, há a presença dos requisitos da responsabilidade civil, qual seja, ato ilícito,nexo causal e dano. Desta maneira, são indenizáveis tanto os danos morais, quanto os materiais, desde que devidamente comprovados.

Todavia, o ato ilícito de um dos cônjuges pode gerar também danos mediatos, tanto de ordem material, quanto moral. Regina Beatriz Tavares⁷⁶, cita como exemplo os prejuízos impostos a um dos cônjuges pelos gastos com a troca de imóvel (danos

74 PEREIRA, SÉRGIO GISCHKOW. O dano Moral no Direito de Família: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações Familiares in: Souza, Caren Alves Becker: A Culpa na separação e no divórcio, p. 105. Belo Horizonte 2004.

75 DINIZ, MARIA HELENA. Curso de Direito Civil, v. 7. p. 50 in Santos, Regina Beatriz Papa dos. A reparação civil no divórcio.

76 SILVA, REGINA BEATRIZ TAVARES. A Emenda Constitucional do Divórcio, p.171. São Paulo, 2010.

materiais) e os danos morais que podem advir pelo sofrimento ocasionado pela ruptura do casamento.

Parece-nos, entretanto, que não há motivos para que a reparação do ato ilícito causado por um dos cônjuges alcance também os danos ocasionados pela separação ou divórcio em si. Isto porque, conforme visto acima, para que um dano seja considerado indireto é preciso que, embora não tenha vínculo causal com o ato ilícito praticado, seja conseqüência lógica do dano mediato por ele praticado, sendo certo que não ocorreria se a agressão não fosse praticada. Assim, não mais vigendo o princípio da indissolubilidade do matrimônio, torna-se impossível afirmar que a separação ou divórcio não ocorreria sem a conduta ilícita de um dos cônjuges. Ademais, nos dias atuais, o rompimento, ainda que indesejado, é previsível, ou ao menos, não é ato ilícito⁷⁷.

Neste sentido, Caren Backer Alves de Souza é de absoluta clareza ao analisar os danos morais que podem vir a sofrer um dos cônjuges pelo divórcio ocasionado pela conduta ilícita de um dos cônjuges:

“Não se nega aqui que a separação cause dor, não só aos cônjuges, mas também à prole e à própria sociedade que cerca a família. Porém, esta dor não abre espaço para qualquer prestação pecuniária”⁷⁸.

Nos casos de danos materiais ocasionados pelo divórcio por ato ilícito melhor que qualquer tipo de indenização, seria a introdução no Direito Brasileiro da prestação compensatória, existente no Direito Francês. Até mesmo porque a compensação das disparidades econômicas que a ruptura do casamento pode ocasionar deve acontecer mesmo sem culpa ou ato ilícito de qualquer dos cônjuges, levando-se em conta o esforço realizado para a conservação e criação destes bens.

Desta maneira, mesmo sem adentrar no argiloso terreno da culpabilidade, seria possível evitar injustiças como da mulher que, após um casamento de vários anos, no qual se dedicou exclusivamente ao lar, depara-se com o desfazimento do patrimônio e da condição financeira em razão do divórcio.

Por fim, resta analisar a possibilidade de reparação pela perda de uma chance nos casos de separação e divórcio. A indenização pela perda de uma chance se consubstancia a lesão a uma probabilidade, real, certa e futura. Nestes casos, mesmo não havendo um

77 SOUZA, CAREN BECKER ALVES DE. A Culpa na separação e no Divórcio, p. 101. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004

78 SOUZA, CAREN BECKER ALVES DE. A Culpa na separação e no Divórcio, p. 111. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004

dano certo e determinado, existe um prejuízo para a vítima, decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar um benefício ou evitar um prejuízo. Logo, para que exista a possibilidade de reparação civil das chances perdidas, deve-se enquadrá-las, como se danos fossem⁷⁹.

A jurisprudência brasileira começa a aceitar a aplicabilidade de tal teoria, em recente e pioneira decisão, a Justiça do Trabalho⁸⁰ condenou uma sociedade de advogados a indenizar o cliente por danos morais causados pela frustração pela perda do prazo recursal em ação de reclamação trabalhista, já que a jurisprudência do tribunal superior era amplamente favorável às pretensões do requerente. Desta forma, poder-se-ia imaginar a situação de um cônjuge que, com o divórcio decretado em virtude de ato ilícito do ex-parceiro, perde a chance da construção do núcleo familiar que imaginara ao se casar, destruindo todo o projeto de vida anteriormente traçado.

Em que pese a indiscutível pertinência da indenização pela perda de uma chance, tem-se que, nos casos de separação e divórcio, não há os pressupostos necessários para sua aplicação. Isto porque o casamento é, por sua própria natureza, uma escolha de conseqüências imprevisíveis. É claro que as pessoas se casam visando a felicidade, porém é de comum senso que os fins almejados não necessariamente serão alcançados. O casamento é uma escolha e, como tal, envolve risco, não havendo que falar em “perda de uma chance” de constituir um núcleo familiar duradouro e feliz, já que não há nenhum indício de certeza de que isso aconteceria sem o ato ilícito praticado.

Tais casos tratam-se, na verdade, de dano hipotético que, como eleger o melhor entendimento, não é indenizável. No dano hipotético temos apenas uma suposição, um evento futuro e absolutamente incerto, completamente aleatório e que depende de inúmeros fatores externos para que um dia venha a ocorrer. Diferentemente da chance, portanto, não existe o mínimo grau de certeza em sua ocorrência e, por isso, ele não é indenizável⁸¹.

3. Conclusão

Conforme se viu no presente trabalho, aplica-se o princípio Geral da Responsabilidade Civil nas relações de família, no qual, diante da ação lesiva é assegurado ao ofendido o direito à reparação, com o cumprimento do Direito e o restabelecimento da ordem social anteriormente rompida. As formas de reparação civil especificamente

79 DINIZ, MARIA HELENA. Curso de Direito Civil Brasileiro, V. 2. São Paulo, Saraiva, 2003.

80 TRT 3ª Região; 1ª Turma; RO nº 00258-2006-016-03-00-9

81 BRAGA, DANIEL LONGO. A responsabilidade Civil pela perda de uma chance, 2011.

previstas no Código Civil (pensão alimentícia e reversão) não se confundem e tampouco configuram *bis in idem* se cumuladas com a reparação prevista no art. 186.

A reparação por perdas e danos, no entanto, não pode ser excessivamente admitida em todos os casos, sob risco de sob o pretexto de proteger os direitos da personalidade de um dos cônjuges retirar o outro parceiro. A indenização por ventura devida ao ex-cônjuge é do tipo extracontratual e, por isso, advém da prática do ato ilícito "*latu sensu*" e, *desta forma*, não se pode reconhecer o dever de reparação pela simples quebra de um dever conjugal. A causa de pedir próxima (fundamento) da indenização é totalmente dispare do fundamento do pedido de divórcio, já que aquela se baseia no ato ilícito do ex-companheiro e esta, cada vez mais, diante da aplicação do princípio da ruptura em detrimento do princípio da culpa, baseia-se na simples impossibilidade de vida a dois, limitando-se à demonstração da culpa para fixação da pensão alimentícia, uso do sobrenome, guarda dos filhos e outras questões próprias do Direito de Família.

Pode-se concluir também a impossibilidade de reparação pelos danos causados pelo divórcio em si ou pela perda de uma chance de se construir o núcleo familiar coeso e duradouro que se imaginava do início do matrimônio. Embora seja inegável que a separação seja sempre dolorosa, é preciso reconhecer a liberdade ao outro cônjuge, para constituir um novo projeto de vida. A vida, é sempre feita de escolhas que, como tais, envolvem riscos, e podem dar certo ou não. Deste modo, com o fim do casamento, mesmo que por ato ilícito do ex-parceiro e com todo o sofrimento que advém nestas situações, cabe ao cônjuge inocente realizar novos planos e buscar sua felicidade, sozinha ou na companhia de outro alguém, buscando, caso queira, a indenização pelos danos sofridos em virtude dos atos ilícitos praticados, nunca em razão do divórcio ou da separação em si.

Também restou clara a necessidade de criação de remédios próprios do Direito de Família para ressarcir os danos causados ao cônjuge inocente com a separação e o divórcio. Neste sentido, pode-se importar institutos já existentes no Direito estrangeiro como, por exemplo, a prestação compensatória, e/ou o alargamento de institutos já existentes no Direito pátrio, como a reversão do regime de bens em favor do cônjuge inocente.

Acredita-se que as medidas sugeridas, de maneira nenhuma, contribuirão para a degradação da entidade familiar, como afirmam os mais conservadores. Ao contrário, a aplicação da teoria da responsabilidade civil no Direito de Família e a criação de novas formas de reparação ao cônjuge inocente tendem a fortalecer a sociedade familiar, protegendo o bem que toda família tem de mais importante: seus membros individualmente considerados. Só se protege o coletivo, protegendo o singular, não há outro modo de se buscar a valorização da família, sem, antes, valorizar os membros que a compõem.

Eventual pedido de indenização, por sua vez, deverá ocorrer na Varas de Cíveis, não nas Varas de Família, já que o fundamento da ação de indenização se baseia na Teoria da Responsabilidade Civil, não tema próprio do Direito de Família⁸². Destarte, com a aplicação das medidas sugeridas, é aconselhável a expansão da competência das Varas de Família, mediante a alteração das respectivas Leis de organização judiciária (tal qual a expansão ocorrida na justiça do Trabalho que passou a ser competente para julgar e processar indenização por danos morais e materiais decorrentes da relação de trabalho).

Bibliografia

AGUIAR JUNIOR, RUY ROSADO. IV Jornada de Direito Civil. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2.007.

BRAGA, DANIEL LONGO. A responsabilidade Civil pela perda de uma chance, 2011.

CAHALI, YUSSEF SAID. Dano e indenização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.980.

CAHALI, YUSSEF SAID. Dano Moral. São Paulo: revista dos tribunais, 1.998.

CAHALI, YUSSEF SAID. Dos Alimentos. São Paulo, 1.998.

CAHALI, YUSSEF SAID. Separação e Divórcio, p. 1271. São Paulo, 2.002.

CAMPOS, MÍRIAM DE ABREU MACHADO. Justiça e perspectiva: a proteção do cônjuge divorciado na perspectiva do Direito alemão e a viabilidade de sua aplicação. Belo Horizonte, 2001.

CARVALHO NETO, INÁCIO. Responsabilidade Civil no Direito de Família: com referências ao novo Código Civil. Curitiba: Juruá, 2.002.

DE MATTIA, FABIO MARIA. Direitos da Personalidade. Aspectos Gerais. São Paulo: Revista de Informação Legislativa, nº.56,p.247,1977.

DINIZ, MARIA HELENA. Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 5, p. 310. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIÚZA, CÉSAR. Curso de Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2010.

JORGE, FERNANDO PESSOA. Ensaio sobre a Responsabilidade Civil. Coimbra: Almedina editora, 1995.

⁸² Isto porque segundo LOJ de MG: "art. 60: *Compete a Juiz de Vara de Família processar e julgar as causas relativas ao estado das pessoas e ao Direito de Família, respeitada a competência do Juiz de Vara da Infância e da Juventude.*"

MADALENO, ROLF. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2.008.

MADALENO, ROLF. Divórcio e dano Moral. Porto alegre: revista Brasileira de Direito de Família, 2.000.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. Instituições do Direito Civil, p. 653, Rio de Janeiro: Forense editora, 2007.

PEREIRA, RODRIGO CUNHA – Família e Responsabilidade. Porto Alegre, IBDFAM, 2010.

PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA (Cord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2.004.

PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA. O desamparo da separação, 2001. Disponível em <
<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=19>>.

SANTOS, REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA PAPA DOS. Possibilidade de cumulação dos pedidos de separação judicial e reparação de danos. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito de família n. 7, 2.000.

SANTOS, REGINA BEATRIZ TAVARES PAPA DOS. Reparação Civil na Separação e no Divórcio, p. 130. São Paulo: Saraiva editora, 1999.

SILVA, REGINA BEATRIZ TAVARES DA. A Emenda Constitucional do Divórcio. São Paulo: Saraiva editora, 2.009.

SOUZA, CAREN BECKER ALVES. A culpa na separação e no Divórcio, p.5. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

THEODORO JUNIOR, HUMBERTO. Dano Moral. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

VILELA, JOÃO BATISTA. Liberdade e Família. Belo Horizonte, 1980.

A RELAÇÃO ENTRE O PROCESSO COLETIVO E OS PRECEDENTES QUALIFICADOS: UM ESTUDO SOBRE A EVOLUÇÃO CONCEITUAL E A LEGITIMAÇÃO ATIVA

PEDRO MARTINS TEIXEIRA: Bacharel em Direito, graduado pela Escola Superior Dom Helder Câmara, em 2012. Já atuou como assistente judiciário e, desde 2013, atua como assessor judiciário. Aprovado para o cargo de Defensor Público Substituto no IV Concurso da Defensoria Pública do Tocantins. Interessa-se pelo estudo do Direito Coletivo e Processual Coletivo, Responsabilidade Civil, Criminologia, Execução Penal e Tribunal do Júri.⁸³

RESUMO: O presente artigo consiste em um estudo do direito processual coletivo, com aprofundamento na evolução conceitual da classificação ou categorização dos direitos transindividuais, e a forma como essa matéria se relaciona com os precedentes qualificados. Discorre-se sobre o que se compreende por precedente qualificado e os instrumentos que podem ser utilizados para sua formação. O trabalho destaca a *Teoria dos Litígios Coletivos* de Edilson Vitorelli e como a perspectiva por ela proposta contribui para a identificação dos reais titulares do direito coletivo em disputa em um caso concreto. A partir da apresentação do tormentoso problema da legitimação ativa para a tutela de direitos transindividuais, é feita uma análise de como a sua solução foi (ou vem sendo) construída, como fruto de um produtivo diálogo entre doutrina e jurisprudência, que culminou no surgimento de alguns precedentes qualificados. A abordagem desperta a atenção para a natureza mutualística dessa relação e para o seu enorme potencial. Por fim, é feito um alerta para a ainda tímida utilização dos instrumentos que podem dar ensejo a precedentes qualificados que contribuam para a resolução de problemas históricos do microsistema processual coletivo.

Palavras-chave: Processo coletivo; Direitos transindividuais; Precedente qualificado; Legitimação ativa.

1. Introdução

A formação de precedentes qualificados relaciona-se com o estudo do processo coletivo de uma forma mutualística. Ao mesmo tempo em que as ações coletivas se apresentam como um campo fértil para o surgimento de precedentes qualificados, estes

83 E-mail: pedromteix@gmail.com

vêm se revelando um instrumento com imenso potencial de contribuição para a evolução do tratamento e da compreensão de problemas históricos do processo coletivo.

Este artigo parte de um estudo da evolução do tratamento conceitual dado aos direitos transindividuais, iniciando-se pelo resgate de conceitos básicos do direito coletivo e da classificação tradicional surgida com o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Em seguida, apresenta-se a inovadora *Teoria dos Litígios Coletivos* de Edilson Vitorelli e a problemática em torno da identificação da titularidade dos direitos transindividuais.

A relação entre o direito processual coletivo e o sistema de precedentes qualificados é aprofundada a partir da análise do problema da legitimação ativa para a tutela de direitos coletivos em juízo e o princípio da adequada representação.

O objetivo a ser atingido consiste em despertar a atenção para o enorme potencial dessa relação (ainda pouco explorada) — e para as possibilidades por ela oferecidas.

2. O microsistema de processo coletivo e a classificação dos direitos transindividuais

Antes de se adentrar numa análise específica dessa complexa relação, necessária se faz uma apresentação do microsistema de processo coletivo, alguns de seus conceitos e institutos — sem a menor pretensão de esgotar a matéria.

Tradicionalmente, os direitos transindividuais são classificados em difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Apesar da razoável delimitação conceitual, é sempre difícil, diante de uma situação concreta, identificar em qual dessas categorias se enquadra o direito (ou os direitos) ali envolvidos.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma moldura normativa foi traçada, o que trouxe grande avanço na uniformização dos conceitos, mas pouco contribuiu para a resolução de um problema que ainda permanece: como classificar ou em que categoria enquadrar determinados direitos em uma situação concreta que envolve um litígio coletivo.

A partir das previsões normativas legais do art. 81 do CDC, há razoável homogeneidade quanto à definição (em abstrato) de cada um dos direitos. Conforme ensinamentos extraídos da obra de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti,⁸⁴ são difusos os direitos transindividuais de natureza indivisível, titularizados por um grupo composto por pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, I, do CDC). Reputam-se coletivos *stricto sensu* os direitos supraindividuais, de natureza

84 DIDIER JR.; JR. ZANETI. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, p. 69-71.

indivisível, dos quais seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, parágrafo único, II, do CDC). Por fim, têm-se os direitos individuais homogêneos, uma ficção jurídica criada pelo legislador, inspirado nas *class actions for damages* do direito norte-americano. São conceituados como aqueles decorrentes de origem comum (art. 81, parágrafo único, III, do CDC).

Edilson Vitorelli, em tese de doutorado apresentada em 2015 à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, intitulada *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*, formula uma nova proposta de compreensão e, por conseguinte, de classificação dos direitos transindividuais.

Em verdadeiro giro epistemológico, propõe uma mudança de perspectiva, tendo como premissa a insuficiência conceitual da classificação tradicional (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos).

Para desenvolver o que ficou conhecido como *Teoria dos Litígios Coletivos*, o autor identifica alguns problemas na compreensão tradicional e divisão estanque dos direitos coletivos:

O primeiro deles é a situação em que existe uma relação jurídica base que une titulares de um determinado direito, mas o interesse de cada um deles nasce de um interesse derivado dessa relação e não propriamente de seu conteúdo. Como o direito objeto da relação é indivisível, a situação demandará solução uniforme para todos os titulares, independentemente de quem seja o demandante.⁸⁵

O segundo problema apontado por Vitorelli diz respeito à dificuldade prática em se identificar e condensar os diversos interesses de um grupo heterogêneo, cujos integrantes estão entre si ligados apenas por circunstâncias de fato. Tal problema já havia sido indicado, desde a década de 1980, por José Carlos Barbosa Moreira:

A segunda situação é a que provoca maiores desconfortos. É aquela em que não existe sequer relação jurídica base. Os titulares de um determinado direito se vinculam apenas por circunstâncias de fato “muitas vezes acidentais e mutáveis”, de modo que é impensável “a decomposição do interesse comum a tais pessoas num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades análogas, mas distintas”. Barbosa Moreira reiterará que “o conjunto dos

85 VITORELLI. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*, p. 18.

interessados apresenta contornos fluidos, móveis, esbatidos, a tornar impossível, ou quando menos superlativamente difícil, a individualização exata de todos os componentes”. Em seguida, o autor afirma: “deixaremos de lado a própria questão fundamental nessa perspectiva: se se trata de posições jurídicas verdadeiramente identificáveis como direitos dos membros da coletividade ou de meros interesses reflexamente protegidos”.⁸⁶

Segundo Vitorelli expõe, a partir das considerações feitas por Barbosa Moreira, o advento de uma conceituação legal não contribuiu para a solução de problemas já identificados na década de 1980. A classificação, positivada no CDC, “toma como pressuposto a necessidade de tutela desses direitos e não a definição de sua natureza”. Propõe, assim, uma nova forma de compreensão do direito coletivo (*lato sensu*), a partir da seguinte indagação, que, segundo afirma, teria ficado sem resposta: “o que são e de quem são os interesses ou direitos transindividuais?”.⁸⁷

Em uma complexa construção teórica, que passa pela compreensão da sociedade como estrutura, confronta as concepções coletivistas e individualistas de atribuição dos direitos transindividuais e problematiza o dogma da indivisibilidade dos direitos transindividuais, Edilson Vitorelli formula sua inovadora classificação, segundo a qual o pertencimento a determinada categoria seja definido pela conflituosidade verificada no caso concreto. O autor sustenta que “a afirmação da indivisibilidade dos direitos transindividuais atua para mascarar a deficiência na formulação conceitual de sua titularidade”.⁸⁸

Vitorelli constata que “a realidade desmente que, em todas as situações, todos os indivíduos ou toda a sociedade experimente, na mesma intensidade, e com o mesmo interesse, lesões a direitos transindividuais”.⁸⁹

Assim, os litígios coletivos são por ele classificados em três categorias, a seguir discriminadas.

86 MOREIRA. Os direitos difusos nas grandes concentrações demográficas, p. 18-19.

87 VITORELLI. *O devido processo legal coletivo*: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional, p. 24.

88 VITORELLI. *O devido processo legal coletivo*: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional, p. 61.

89 VITORELLI. *O devido processo legal coletivo*: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional, p. 62.

(I) Litígios transindividuais de difusão global:

A primeira categoria de litígios transindividuais é dada pelas situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa. Um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, em uma perfuração profunda, no meio do oceano, não atinge diretamente qualquer pessoa. Fora o interesse compartilhado por todo ser humano em relação ao ambiente planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão. Nessa situação em que a violação a um direito transindividual não atinge, de modo especial, a qualquer pessoa, sua titularidade deve ser imputada à sociedade entendida como estrutura.⁹⁰

(II) Litígios transindividuais de difusão local:

A segunda categoria de litígios a ser analisada, e que demanda um conceito diferente de titularidade dos direitos transindividuais, é a das lesões que atingem, de modo específico e grave, comunidades, no sentido que essa expressão tem para Ferdinand Tönnies, ou seja, grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno. É o caso das comunidades indígenas, quilombolas e demais grupos tradicionais minoritários, referidos pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Esses grupos constituem, na expressão de Elliott e Turner, "*sticky societies*", sociedades com grande consciência de identidade própria e cuja lealdade do membro para com o grupo é essencial.⁹¹

(III) Litígios transindividuais de difusão irradiada:

A última categoria de direitos transindividuais que se pretende formular é a que se relaciona ao que Rodolfo de Camargo Mancuso denominou mega-conflitos. Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. Isso faz com que suas visões acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio.⁹²

90 VITORELLI. *O devido processo legal coletivo*: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional, p. 78-79.

91 VITORELLI. *O devido processo legal coletivo*: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional, p. 83.

92 VITORELLI. *O devido processo legal coletivo*: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional, p. 88.

Feita a apresentação das noções básicas do processo coletivo, de algumas das discussões que permeiam a temática e das diferentes perspectivas na categorização dos direitos transindividuais, é importante, agora, traçar um panorama sobre o que se compreende por precedente qualificado, para, finalmente, adentrar em um ponto de intercessão entre essas matérias.

3. Os precedentes qualificados

O Código de Processo Civil (CPC), que passou a vigor no dia 18 de março de 2016, inaugurou uma nova fase no direito processual brasileiro, estruturando um sistema de precedentes judiciais, em que se reconhece verdadeira eficácia normativa a determinadas orientações da jurisprudência.

É possível afirmar que essa nova sistemática impõe a reinterpretação do princípio da legalidade, que, atualmente, deve ser visto como o dever de decidir conforme o direito — “como ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes”.⁹³

Segundo a doutrina de Daniel Neves, “precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido”.⁹⁴

Compreende-se como *precedentes qualificados* aqueles originados de procedimentos específicos, nos quais se potencializa a incidência dos princípios do contraditório, publicidade, motivação, cujo resultado será capaz de exprimir o entendimento de determinada corte de justiça a ser aplicado em casos futuros sobre a matéria. Dentre esses procedimentos, destacam-se: a edição de súmulas, os Incidentes de Assunção de Competência (IAC) e de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o julgamento em controle concentrado de constitucionalidade e as orientações do Plenário ou do Órgão Especial em relação aos juízes a eles vinculados.

Conforme trecho extraído da apresentação da publicação *Precedentes Qualificados*, do Supremo Tribunal Federal:

o rito dos precedentes qualificados tem o condão de conferir transparência, previsibilidade e razoável duração aos processos, ao mesmo tempo em que confere mais racionalidade e isonomia ao

⁹³ DIDIER JR.; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil*. teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela; p. 467.

⁹⁴ NEVES. *Manual de direito processual civil*; p. 975.

sistema processual, com a inibição de decisões múltiplas sobre a mesma temática.⁹⁵

O art. 926 do CPC determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Por sua vez, a norma imperativa insculpida no art. 927, IV, do diploma processual impõe aos juízes e ao Tribunal o dever de observância dos “enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”.

Esse tratamento dado pela atual normativa processual ao sistema de precedentes dialoga diretamente e, em alguma medida, dá efetividade à *Teoria do Romance em Cadeia*, de Ronald Dworkin. O pensador, que dispensa apresentações, compara a criação e a interpretação do direito com um romance literário. A atuação do juiz assemelha-se à de um escritor e os precedentes judiciais são como capítulos de uma obra literária, de modo que a lógica deles advinda deve ser respeitada.⁹⁶

4. O problema da legitimação ativa no processo coletivo

Estabelecidos os pressupostos conceituais que norteiam este estudo, passa-se à análise de como a sistemática dos precedentes qualificados vem contribuindo para a evolução do tratamento de um problema histórico do microsistema processual coletivo.

Importante retomar o questionamento de Vitorelli sobre “o que são e de quem são os interesses ou direitos transindividuais”, a partir do qual exsurge a questão espinhosa: o da legitimação ativa para buscar em juízo a efetivação/proteção do direito coletivo afetado em determinada situação.

Após anos de polêmica, divergências e decisões, em certa medida, conflitantes, é possível afirmar que a controvérsia acerca da natureza jurídica da legitimação coletiva, se não acabou, está se aproximando de uma pacificação. A jurisprudência teve um papel importante nesse processo, com destaque, sobretudo, para o surgimento de precedentes qualificados, em virtude dos quais certa uniformidade se desenha no horizonte.

Um dos pontos mais controvertidos que envolvem essa questão diz respeito à legitimidade das associações para o ajuizamento de ação civil pública (ACP) na defesa de

95 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Precedentes qualificados*: bibliografia, legislação e jurisprudência temática, p. 6. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/PrecedentesQualificados.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.

96 DWORKIN. *Uma questão de princípio*, p. 237.

direitos individuais homogêneos. Nessa discussão, uma grande confusão se estabeleceu, originando-se da seguinte dúvida: se nessa hipótese a associação autora estaria atuando na qualidade de representante processual ou de substituta processual. Para além do tecnicismo conceitual, a relevância prática da controvérsia diz respeito à exigência de autorização individual ou assemblear dos associados como requisito para reconhecimento da legitimidade ativa.

O Supremo Tribunal Federal (STF) possui precedente (qualificado) que trata da matéria (Tema 82 de Repercussão Geral – Recurso Extraordinário nº 573.232/SC), pelo qual foi veiculada a seguinte tese:

I – A previsão estatutária genérica não é suficiente para legitimar a atuação, em Juízo, de associações na defesa de direitos dos filiados, sendo indispensável autorização expressa, ainda que deliberada em assembleia, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal; II – As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, limitada a execução aos associados apontados na inicial.⁹⁷

O referido precedente causou verdadeiro tumulto no Poder Judiciário, em decorrência de equívocos na sua compreensão e aplicação.

A situação foi abordada por Fredie Didier e Bruno Zaneti em sua obra *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Conforme relatado pelos autores, o STF, ao julgar uma ação ajuizada pela Associação do Ministério Público de Santa Catarina, decidiu que apenas os associados que, na data da propositura da ação, haviam aderido ao polo ativo mediante expressa autorização assemblear poderiam ser beneficiados pelos efeitos advindos da procedência da demanda. Didier e Zaneti entendem, no entanto, que o referido precedente se aplica apenas à hipótese prevista no art. 5º, XXI, CF / 88. Esclarecem que, nos debates travados entre os Ministros que tomaram parte no julgamento que culminou no precedente em questão, foram proferidos extensos votos por Joaquim Barbosa e Teori Zavascki, nos quais a abordagem da matéria foi ampliada.⁹⁸ Confira-se a seguinte passagem em que a questão é explicada na mencionada obra:

Isto porque, nos debates que se seguiram, com extensos votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Teori Zavascki, entre outros, a questão foi ampliada. No voto do Min.

97 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 573232*. Tribunal Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Relator p/ acórdão Min. Marco Aurélio. DJe 19 set. 2014.

98 DIDIER JR.; JR. ZANETI. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, p. 211.

Teori foram discutidos outros pontos, inclusive sobre a legitimação das associações e a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei 9.494/97. Contudo, como ficou assentado no inteiro teor do acórdão, o Recurso Extraordinário foi parcialmente conhecido e provido unicamente quanto à questão prequestionada. Conforme se lê nas fls. 68, o Min. Teori Zavascki esclarece que reduz seu voto acompanhando o relator. Não se discute a constitucionalidade da exigência prevista no art. 2º-A da Lei 9.494/97. Portanto **esse extenso acórdão do Pleno do STF tem apenas força de precedente quanto à interpretação do texto do art. 5º, XXI, CF / 88**, entendendo os Ministros, por maioria, que é exigível a autorização direta dos beneficiários **para a representação processual**, quando não ocorrer autorização assemblear. Não bastando, portanto, para preencher os pressupostos do texto constitucional, a autorização genérica nos estatutos.

O STJ vem aplicando o precedente de forma muito ampla:

[...]

Infelizmente a tese está sendo seguida em diversas decisões. Com uma consequência prática importante, o STJ tem exigido a necessidade de expressa autorização dos associados para a defesa de seus direitos em juízo, seja individualmente, seja por deliberação assemblear, não bastando, para tanto, a previsão genérica no respectivo estatuto.⁹⁹

Os autores exemplificam a aplicação equivocada da tese firmada pelo STF, citando julgado do STJ, no qual se entendeu:

4.1 Na espécie, a partir da dissolução do ente associativo demandante, a subtrair-lhe não apenas a legitimação, mas a própria capacidade de ser parte em juízo, pode-se concluir com segurança que os então associados não mais são representados pela associação autora, notadamente na subjacente ação judicial. Por sua vez, a nova associação, que pretende assumir a titularidade do polo ativo da subjacente ação civil pública, não detém qualquer autorização para representar os associados do ente associativo demandante. Aliás, da petição de ingresso no presente feito, constata-se que o petitório não se fez acompanhar sequer da autorização de seus próprios associados para, no caso, prosseguir com a presente ação, o que, por si só, demonstra a inviabilidade da pretensão. E, ainda que hipoteticamente houvesse autorização nesse sentido (de prosseguimento no feito), esta, por óbvio, não teria o condão de suprir a ausência de autorização

99 DIDIER JR.; JR. ZANETI. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, p. 211.

dos então associados da demandante, o que conduz à inarredável conclusão de que a associação interveniente não possui legitimidade para prosseguir com a presente ação. 4.2 In casu, o Ministério Público, *ciente da dissolução da associação demandante, não manifestou interesse em prosseguir com a subjacente ação coletiva, o que enseja a extinção do feito, sem julgamento de mérito*.⁵ Recurso Especial provido.¹⁰⁰

Assim, Fredie Didier e Bruno Zaneti fizeram um apelo às Cortes Superiores:

Esperamos que o STF controle o uso indevido do precedente e que o STJ reveja o entendimento adotado até agora. Este entendimento pode prejudicar ainda mais a combatida associatividade brasileira em torno da tutela coletiva de direitos.

Existem outras maneiras de controlar o eventual abuso de demandar: por exemplo, o juiz poderá certificar a ação coletiva no processo de conhecimento, convertendo uma ação coletiva em uma ação de representação (espécie de coletiva *opt in*) quando isto se afigurar mais conveniente à tutela dos direitos e aos interesses do grupo representado.

De todo modo, como defendido neste curso, caso ocorra a extinção da associação, ou seja, reconhecida sua ilegitimidade, o Ministério Público ou outro colegitimado, desde que adequado, poderá assumir o polo ativo.¹⁰¹

Os Ministros parecem ter se atentado para as preocupações da doutrina e, num diálogo construtivo, a solução se estabeleceu. O STJ efetivamente reviu seu entendimento e, em uma espécie de *distinguishing*, diferenciou situações em que se aplica o Tema 82 de Repercussão Geral do STF — quando a associação autora atua como representante processual — daquela em que a associação está, em juízo, em legitimação extraordinária, como substituta processual — hipótese em que não se exige prévia autorização dos associados.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA DAS ASSOCIAÇÕES. ATUAÇÃO COMO REPRESENTANTE E

100 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1405697/MG*. Terceira Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 08 out. 2015.

101 DIDIER JR.; JR. ZANETI. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, p. 210-213.

SUBSTITUTA PROCESSUAL. RE n. 573.232/SC. AÇÃO COLETIVA ORDINÁRIA. REPRESENTAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO ESPECÍFICA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO NOMINAL. TARIFA POR LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE DA COBRANÇA ATÉ 10/12/2007, COM INFORMAÇÃO EXPRESSA. VERIFICAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO.

1. No processo civil, em regra, a parte legítima para a propositura da ação é o titular do direito material, objeto da lide.

Excepcionalmente, o ordenamento jurídico confere legitimidade a sujeito diferente (legitimação extraordinária), que defenderá em nome próprio interesse de outrem, na forma de substituição ou representação processual.

2. Há substituição processual quando alguém é legitimado a pleitear em juízo, em nome próprio, defendendo interesse alheio, de que o seu seja dependente. Não se confunde, pois, a substituição processual com a representação, uma vez que nesta o representante age em nome do representado e na substituição, ainda que defenda interesse alheio, não tem sua conduta vinculada, necessariamente, ao titular do interesse, ele atua no processo com independência.

3. A atuação das associações em processos coletivos pode ser de duas maneiras: na ação coletiva ordinária, como representante processual, com base no art. 5º, XXI, da CF/1988; e na ação civil pública, como substituta processual, nos termos do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública. Como representante, o ente atua em nome e no interesse dos associados, de modo que há necessidade de apresentar autorização prévia para essa atuação, ficando os efeitos da sentença circunscritos aos representados. Na substituição processual, há defesa dos interesses comuns do grupo de substituídos, não havendo, portanto, necessidade de autorização expressa e pontual dos seus membros para a sua atuação em juízo.

4. No caso dos autos, a associação ajuizou ação civil pública para defesa dos consumidores em face da instituição bancária, sendo o objeto de tutela direito individual homogêneo, que decorre de origem comum (art. 81, parágrafo único, III, do CDC), com titular identificável e objeto divisível.

5. O STF, no julgamento do RE n. 573.232/SC, fixou a tese segundo a qual é necessária a apresentação de ata de assembleia específica, com autorização dos associados para o ajuizamento da ação, ou autorização individual para esse fim, sempre que a associação, em prol dos interesses de seus associados, atuar na qualidade de representante processual. Aqui, a atuação das associações se deu na qualidade de representantes, em ação coletiva de rito ordinário.

6. Inaplicável à hipótese a tese firmada pelo STF, pois, como dito, a Suprema Corte tratou, naquele julgamento, exclusivamente das ações coletivas ajuizadas, sob o rito ordinário, por associação quando atua como representante processual dos associados, segundo a regra prevista no art. 5º, XXI, da CF, hipótese em que se faz necessária, para a propositura da ação coletiva, a apresentação de procuração específica dos associados, ou concedida pela Assembleia Geral convocada para esse fim, bem como lista nominal dos associados representados.

7. Na presente demanda, a atuação da entidade autora deu-se, de forma inequívoca, no campo da substituição processual, sendo desnecessária a apresentação nominal do rol de seus filiados para ajuizamento da ação.

8. Nesses termos, tem-se que as associações instituídas na forma do art. 82, IV, do CDC estão legitimadas para propositura de ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, não necessitando para tanto de autorização dos associados. Por se tratar do regime de substituição processual, a autorização para a defesa do interesse coletivo em sentido amplo é estabelecida na definição dos objetivos institucionais, no próprio ato de criação da associação, não sendo necessária nova autorização ou deliberação assemblear.

9. A cobrança da tarifa por quitação (ou liquidação) antecipada de contrato de financiamento é permitida para as antecipações realizadas antes de 10/12/2007, desde que constante informação clara e adequada no instrumento contratual (Res. CMN n. 2.303/96 e n. 3.516/2007), circunstância que deverá ser comprovada na fase de liquidação, particularmente por cada consumidor exequente. Desde 10/12/2007, a cobrança da tarifa é expressamente proibida.

10. Recurso especial parcialmente provido.¹⁰²

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) também se dedicou à matéria, no julgamento de IRDR (Tema 8 do TJMG), em que se discute “se a Associação Nacional de Defesa dos Concursos para Cartórios – Andecc – tem, na forma prevista na Lei nº 7.347/85, legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública na defesa de interesse difuso ou coletivo vinculado à observância dos princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos relativos ao provimento das delegações de serviço notarial e registral”.

No julgamento do IRDR, a 1ª Seção Cível do TJMG evidenciou a mesma diferenciação proposta pelo STJ no aresto acima citado:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. JULGAMENTO DE MÉRITO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI Nº 7.347/85. LEGITIMIDADE ATIVA DA ANDECC - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DOS CONCURSOS PARA CARTÓRIOS - PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA OBJETIVANDO A DEFESA DE INTERESSE DIFUSO E COLETIVO RELATIVO À REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA A CONCESSÃO DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS NOTARIAL E DE REGISTRO. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 5º, XXI, CF E DO RE Nº 573.232, JULGADO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (TEMA Nº 82). DEFESA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. HIPÓTESE DE LEGITIMAÇÃO ESPECIAL E AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO ASSEMBLEAR. TESE FIXADA.

- A ANDECC - Associação Nacional de Defesa dos Concursos para Cartório - tem legitimidade especial e autônoma para ajuizar ação civil pública na defesa do patrimônio público e social consistente na observância dos princípios constitucionais relativos a concurso público para o provimento de vagas nas delegações dos serviços notarial e de registro.

- **Por se tratar de legitimidade específica para a defesa de interesse difuso da coletividade, não é aplicável a regra contida no art. 5º, XXI, CF e tampouco o julgamento feito pela Suprema Corte, sob o regime da repercussão geral, no âmbito do RE nº 573.232 (Tema 82).**

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.325.857/RS*. Segunda Seção, Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJe 1 fev. 2022.

- Sob a ótica da Lei nº 7.347/85, não é necessária autorização assemblear ou específica dos associados para o ajuizamento, pela associação civil, de ação civil pública para a tutela de interesse difuso ou coletivo, porquanto faz-se a defesa judicial de direitos transindividuais.¹⁰³ (Grifo nosso).

Em razão da interposição de recursos especial e extraordinário, a matéria continua suspensa, aguardando pronunciamento dos Tribunais Superiores, em conformidade com a sistemática estabelecida pelo § 1º do art. 987 do CPC, segundo a qual esses recursos são dotados de efeito suspensivo automático.

Reitere-se que a questão está intimamente relacionada com o questionamento de Vitorelli, sobre a quem pertencem os direitos transindividuais que constituem o objeto da ação coletiva. A classificação proposta pelo referido autor permite que essa resposta seja obtida na análise do caso concreto, o que contribui para a solução de outra questão conturbada: os efeitos subjetivos da coisa julgada.

É certo que, quando se trata de direito individual homogêneo, os efeitos da coisa julgada formada no processo são *erga omnes*, “apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”, por previsão expressa do art. 103, III, do CDC. A compreensão é reforçada por precedente qualificado do STJ (Tema Repetitivo 948):

Em Ação Civil Pública proposta por associação, na condição de substituta processual de consumidores, possuem legitimidade para a liquidação e execução da sentença todos os beneficiados pela procedência do pedido, independentemente de serem filiados à associação promovente.¹⁰⁴

No contexto desse debate, não se pode perder de vista um princípio básico, aplicável ao microsistema processual coletivo, que assume especial relevância: o da adequada representação ou do controle judicial da legitimação coletiva. A lógica desse princípio parte do pressuposto de que, não obstante exista na legislação uma predefinição de quem são os legitimados ativos para a busca da tutela coletiva, essa previsão estabelece apenas uma presunção relativa de legitimidade.

103 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *IRDR nº 1.0467.13.000559-9/002*. 1ª Seção Cível, Relator Des Alberto Vilas Boas. DJe 06 jul. 2018.

104 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.438.263/SP*. Segunda Seção, Relator Min. Raul Araújo. DJe 24 maio 2021.

O Poder Judiciário deve exercer um rigoroso controle sobre a legitimidade do autor da ação coletiva, sendo possível afirmar que no ordenamento jurídico pátrio há um duplo controle da legitimidade, tanto legislativo quanto judicial.

A propósito, um exemplo concreto desse controle judicial pode ser extraído do seguinte entendimento, veiculado no Informativo nº 572 da jurisprudência do STJ:

Quando houver sintomas de que a legitimação coletiva vem sendo utilizada de forma indevida ou abusiva, o magistrado poderá, de ofício, afastar a presunção legal de legitimação de associação regularmente constituída para propositura de ação coletiva.¹⁰⁵

Na presente exposição, fomenta-se a ideia de que a *Teoria dos Litígios Coletivos*, de Edilson Vitorelli, a partir da nova categorização dos direitos transindividuais por ela proposta, é essencial para um controle mais efetivo da legitimidade adequada.

Analisando-se o litígio no caso concreto, apurado o grau de conflituosidade da situação, é possível identificar, com maior clareza, as vítimas do evento e todos aqueles que de alguma forma foram atingidos por suas consequências.

Tome-se como exemplo os desastres de grandes proporções ocorridos em Minas Gerais com os rompimentos de barragens minerárias em Mariana e Brumadinho.

Uma análise desses eventos a partir da classificação tradicional, do art. 81 do CDC, implicaria uma enorme dificuldade na identificação e nos enquadramentos dos diversos direitos envolvidos. Seriam direitos difusos, coletivos *stricto sensu*, individuais homogêneos? Ou todos eles em um emaranhado complexo, simultaneamente presentes e com pontos de intercessão?

Sem aprofundar na investigação, *prima facie*, é possível listar: moradores das comunidades diretamente atingidas, cujas casas foram soterradas, parentes faleceram, sofreram danos físicos e psicológicos irreparáveis; trabalhadores das mineradoras que morreram; moradores dos povoados que, apesar de não terem as casas destruídas, tiveram suas vidas e dinâmica cotidiana totalmente alteradas, tendo que conviver com o medo e a insegurança; produtores rurais, cuja atividade profissional sofreu inúmeras consequências, como dificuldade em escoar a produção, queda da produtividade em decorrência de alterações no solo; pescadores que também não conseguem mais prover o próprio sustento, em razão dos danos gravíssimos causados nos rios; donos de pousadas e de

105 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.213.614-RJ*. Quarta Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJe 1 out. 2015. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência*, n. 572, Brasília, 11 nov. 2015, p. 20. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/636/showToc>. Acesso em: 20 jul. 2023.

empreendimentos turísticos; cidades inteiras que tiveram o abastecimento de água comprometido; comunidades indígenas e quilombolas, etc.

Evidentemente, trata-se de litígios coletivos de efeitos irradiados, na classificação de Vitorelli, e, a partir dessa constatação, a conclusão inexorável é de que não há homogeneidade entre os atingidos, sendo que qualquer esforço nessa busca seria inócuo.

Diante desse nível de heterogeneidade de vítimas e do elevado grau de conflitualidade, sob a ótica do princípio do controle judicial da legitimação coletiva, quem, entre aqueles legitimados previamente estabelecidos na legislação, estaria apto a figurar no polo ativo? Não há dúvidas de que certos legitimados, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, são detentores dessa aptidão. Mas e as associações, os entes federados, as autarquias e empresas públicas, fundações? Em que medida seus estatutos ou campos de atividade albergariam uma atuação tão ampla?

Como exemplo concreto da aplicação do princípio do controle judicial da legitimação coletiva, o TJMG declarou a ilegitimidade ativa de uma Organização Não Governamental (ONG) para a propositura de ação civil pública em defesa das vítimas da tragédia de Brumadinho:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS - EXTINÇÃO IMEDIATA - NECESSIDADE - REPARAÇÃO DE DANOS SOCIAIS E DEFESA DIREITOS HUMANOS - REPERCUSSÃO REGIONAL - COMPETÊNCIA - JUÍZO DA CAPITAL - RETOMADA DE JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO ANTERIOR - IMPOSSIBILIDADE - VIA INADEQUADA E PRECLUSÃO - LEGITIMIDADE ATIVA - REQUISITOS DE LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA NO SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO - PERTINÊNCIA TEMÁTICA - REQUISITO AUSENTE - **ILEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO PARA A CAUSA** - ILEGITIMIDADE PASSIVA - CONFIGURAÇÃO - LITISPENDÊNCIA - IDENTIDADE DAS CAUSAS DE PEDIR E DOS PEDIDOS DAS AÇÕES - MESMO RESULTADO PRÁTICO ADVINDO DAS DEMANDAS - EXTINÇÃO DA AÇÃO - IMPOSIÇÃO. (...). Conforme leciona o jurista Fredie Didier Jr., "Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, 'decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso". Na Ação Civil Pública, segundo disposto pelo inciso V do art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85, a associação constituída há pelo menos um ano terá legitimidade para

propositura da demanda caso "inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico". A exigência legal sobre legitimação extraordinária da associação na Ação Civil Pública diz respeito a necessária compatibilidade específica da associação sobre a demanda ajuizada, exigindo-se a pertinência temática, consistente na efetiva adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. Diante da ausência da pertinência temática da associação sobre a demanda proposta, que não se satisfaz pela mera e genérica previsão de atuar em defesa dos direitos humanos, resta patente sua ilegitimidade ativa para a Ação Civil Pública proposta. [...].106

Como se observa, a solução para esse problema antigo da legitimação ativa — e a questão dos efeitos da coisa julgada a ele relacionado — vem sendo gradualmente construída em um processo dialético que tem a doutrina e a jurisprudência como protagonistas. A questão aproxima-se de uma pacificação graças à formação de precedentes vinculantes sobre a matéria, que acabam por impor uma unificação do tratamento nas cortes de justiça, como é próprio desses instrumentos.

5. Considerações finais

O objeto de estudo (processo coletivo) é regulamentado por um microsistema, que se integra, basicamente, pela Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), pela Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/665) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Essa situação (atípica), apesar de implicar dificuldades práticas, em decorrência da constante necessidade de suprir lacunas a partir de conciliações e arranjos entre disposições de diplomas legislativos esparsos, editados em momentos diferentes, é marcada por uma abertura, em termos de hermenêutica, admirável. O diálogo das fontes e a filtragem constitucional implicam um constante processo de construção de soluções jurídicas, protagonizadas pela troca constante entre jurisprudência e pela doutrina.

As peculiaridades desse microsistema processual exigem um esforço constante dos atores que nele operam na busca de soluções criativas, em um processo de interpretação integrativa e teleológica das normas, visando sempre à evolução.

106 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0000.19.079529-4/002*. 18ª Câmara Cível, Relator Des. Baeta Neves. DJe 21 set. 2021.

Verifica-se, assim, um campo fértil para o surgimento de precedentes qualificados — enorme potencialidade, pouco explorada até o momento.

As iniciativas de utilização dos procedimentos aptos a dar ensejo a precedentes qualificados nesse ramo de conhecimento (processo coletivo) ainda são tímidas, sobretudo, no âmbito das cortes estaduais de justiça. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), por exemplo, em consulta aos IRDRs e IACs admitidos, encontra-se apenas o Tema 8 — mencionado ao longo deste texto — tratando sobre direito processual coletivo.

O Incidente de Resolução de Competência, em especial, parece ainda não ter sido ainda descoberto pelos atores judiciais. O referido instrumento apresenta uma grande abertura em termos de legitimidade para sua instauração, incluindo juiz (relator), Ministério Público, Defensoria Pública e partes (art. 947, § 1º, do CPC). Além disso, tem um pressuposto negativo de admissibilidade — ausência de repetição em múltiplos processos — que lhe confere maior possibilidade de utilização.

O IAC, nos termos do *caput* do art. 947 do CPC, pode ser instaurado nos tribunais, diante de demanda que “envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”.

Como não se atentar para o imenso potencial desse instituto, sobretudo, no campo do direito coletivo? As demandas nas quais se busca a tutela de direitos supraindividuais, em especial, quando se trata de litígios transindividuais de difusão local ou irradiada — na classificação de Vitorelli — nos quais, normalmente, se está diante de relevantes questões de direito com grande repercussão social, merecem uma atenção especial, na busca por uma exploração estratégica da sua grande potencialidade.

Longe de se pretender uma crítica, este trabalho procura instigar a utilização dos procedimentos dos quais podem surgir precedentes qualificados no âmbito do processo coletivo. É necessário despertar a atenção dos operadores do direito para a enorme potencialidade da relação mutualística entre esses dois campos de conhecimento, a fim de que o sistema processual seja objeto de constante aprimoramento em direção a soluções mais isonômicas, transparentes e justas.

Não há dúvidas de que essas possibilidades ainda serão exploradas. O que se busca é uma catalisação desse processo, sem, contudo, apressá-lo a ponto de comprometer sua contribuição positiva. As orientações jurisprudenciais vinculantes a se formarem através de precedentes qualificados devem se comprometer com a constitucionalização e democratização do processo. Isso só será alcançado com uma abertura ampla para participação dos reais titulares dos direitos e deve ser viabilizado por meio de audiências

e consultas públicas, *amicus curiae*, *custus vulnerabilis*, dentre outros instrumentos que fomentam a intervenção da sociedade civil. A *Teoria dos Litígios Coletivos* deve ser adotada como base teórica e o princípio da representatividade adequada, como vetor do controle judicial. Do contrário, há o risco de retrocesso, o que não se pode admitir jamais.

6. Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência*, n. 572, Brasília, 11 nov. 2015, p. 20. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/636/showToc>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1405697/MG*. Terceira Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 08 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.325.857/RS*. Segunda Seção, Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJe 1 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.438.263/SP*. Segunda Seção, Relator Min. Raul Araújo. DJe 24 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.213.614-RJ*. Quarta Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJe 1 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Precedentes qualificados*: bibliografia, legislação e jurisprudência temática. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021. p. 6. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/PrecedentesQualificados.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 573232*. Tribunal Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Relator p/ acórdão Min. Marco Aurélio. DJe 19 set. 2014.

DIDIER JR. Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; JR. ZANETI, Hermes. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 10.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Os direitos difusos nas grandes concentrações demográficas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 70, 1993. p. 18-19.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0000.19.079529-4/002*. 18ª Câmara Cível, Relator Des. Baeta Neves. DJe 21 set. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *IRDR nº 1.0467.13.000559-9/002*. 1ª Seção Cível, Relator Des Alberto Vilas Boas. DJe 06 jul. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

PODER DISCIPLINAR NA OBRA DE FOUCAULT

JOÃO PAULO DE MOURA ROSA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Faculdade FAVENI¹⁰⁷.

RESUMO: O presente artigo estabelecerá as diretrizes gerais do poder disciplinar e como este se manifesta na obra de Michel Foucault, tendo por base tanto a obra original, quanto comentadores. A disciplina atua sobre o indivíduo para padronizá-lo e puni-lo, servindo como dupla ferramenta de construção de personalidade e aniquilação de individualidade.

Palavras-chave: Disciplina; Poder; Dispositivo.

ABSTRACT: The present article will establish the guidelines to disciplinary power and how it manifests in the work of Michel Foucault, having as basis his own texts, and other scholars. The discipline acts over the individual to standardize and to punish him, working as both a tool to construct personality and destroy individuality.

Keywords: Discipline; Power; Dispositive.

1 INTRODUÇÃO

O Direito após o movimento positivista passou a se sustentar em si mesmo, buscando extirpar fundamentações exógenas para o fenômeno jurídico, tal movimento foi um passo importante para consolidação deste nas sociedades modernas como um ramo autônomo e independente. Tendo dito isso, é inegável que o Direito bebe de inúmeras fontes e que regular uma sociedade exige um esforço interdisciplinar, para que possamos tolher excessos e edificar uma estrutura jurídica sólida e justa.

Dentre aqueles que ajudam a compreender o fenômeno jurídico e que não são juristas, possui função de destaque Michel Foucault. O pensador francês pós-moderno se dedicou a muitos empreendimentos intelectuais enquanto vivo, sendo um ferrenho crítico do *status quo* e subversor de lógicas inquestionáveis.

O presente artigo tem como intuito servir de pontapé à compreensão do Poder Disciplinar como utilizado na obra de Foucault e permitir que operadores do Direito possam instrumentalizar tal instituto na autocrítica de sua atuação.

107 E-mail: joao_paulo_csp@hotmail.com

2 A NOÇÃO DE PODER

O filósofo francês Michel Foucault não delimitou uma teoria geral do poder, até porque para ele não existe uma essência que o defina, uma característica universal que pode ser tida como nota distintiva de todos os exercícios de poder. Seu propósito nunca foi firmar uma teoria universal, mas sim realizar um estudo fragmentário e fixado no tempo e espaço (MACHADO, 2015, p. 12-13).

Em primeiro lugar, a análise desses mecanismos de poder que iniciamos há alguns anos e a que damos seguimento agora, não é de forma alguma uma teoria geral do que é o poder. Não é uma parte, nem mesmo um início dela. Nessa análise, trata-se simplesmente de saber por onde isso passa, como se passa, entre quem e quem, entre que ponto e que ponto, segundo quais procedimentos e com quais efeitos. Logo, só poderia ser, no máximo, e só pretende ser, no máximo, um início de teoria, não do que é o poder, mas do poder, contanto que se admita que o poder não é, justamente, uma substância, um fluido, algo que decorria disto ou daquilo, mas simplesmente na medida em que se admita que o poder é um conjunto de mecanismos e de procedimentos que têm como papel ou função e tema manter – mesmo que não o consigam – justamente o poder. É um conjunto de procedimentos, e é assim e somente assim que poderia entender que a análise dos mecanismos de poder dá início a algo como uma teoria do poder (FOUCAULT, 2008, p.3-4).

Na obra de Foucault o conceito de poder não possui um caráter meramente repressivo, mas também, e principalmente, produtivo. Isso é importante, pois distancia o seu conceito da visão clássica que associa o poder ao uso da força, a imposição de uma vontade, quando muitas vezes é mais sutil e técnica a forma como o poder se exerce, ao constituir os indivíduos e fabricá-los de maneira que não se sintam violados pelo exercício deste, inclusive levando-os a desejar e defender o exercício desse mesmo poder.

Pois se o poder só tivesse a função de reprimir, se agisse apenas por meio da censura, da exclusão, do impedimento, do recalçamento, à maneira de um grande superego, se apenas se exercesse de um modo negativo, ele seria muito frágil. Se ele é forte, é porque produz efeitos positivos no nível do desejo - como se começa a conhecer – e também no nível do saber. O poder, longe de impedir o saber, o produz (FOUCAULT, 2015, p. 238-239).

Nessa ótica se extingue a noção de exercício de poder como algo nefasto para o indivíduo. Como se todo ato de poder fosse um ato de violência, pelo contrário, o poder produz prazeres, faz nascer individualidades e constitui sujeitos. A própria resistência não escapa ao poder, sendo muitas vezes fabricada por ele, para que possa se exercer de forma melhor.

O poder batalha, mesmo quando parece não haver resistências; exerce-se como se houvesse sempre resistências. E não apenas por previsão, prudência ou precaução, mas porque ele é menos um aparelho de repressão do que um aparelho de produção. A tarefa primeira do poder é positiva: produzir. Só depois, e por consequência, é que será necessário reprimir, mas sempre em vista de efeitos úteis e positivos, o que Foucault chama 'gerir' (EWALD, 2000, p. 43).

O indivíduo nessa concepção não é aquele que resiste ao poder, mas sim aquele que foi produzido por este. A noção de poder não deve ser dissociada do saber, que como visto, se constitui através do exercício deste e permite o aprimoramento da própria aplicação do poder (MACHADO, 2015, p. 25).

Outra característica fundamental do poder é que ele não pertence a ninguém, não é algo que se possui, mas que se exerce. Um interlocutor pode ser alvo do poder em determinada situação, um trabalhador que se submete a disciplina da indústria, e perpetrador deste em outra, que ao chegar a casa põe o filho de castigo por não ter feito o dever de casa.

Isso significa que o poder não tem identidade. Não poderíamos localizar sua figura em instituições, em 'aparelhos', que sujeitariam os cidadãos a um Estado. Ele não é uno, sempre idêntico a si mesmo, mas efeito de uma multiplicidade de correlações de forças imanentes ao campo em que se exercem, e constitutivas desse campo. Por outro lado, ele não é uma estrutura, isto é, sua forma não é a da lei, da regra, mas a do jogo: através de lutas, afrontamentos, tenho transformação, inversão ou reforço da correlação de forças (ESCOBAR, 1985, p. 210).

O poder então pode ser tido como essas duas características primordiais em sua obra. Ele não é algo que se possui, mas que se exerce e nem é algo que apenas reprime, mas que produz indivíduos.

3 O CONCEITO DE DISCIPLINA

Na obra de Michel Foucault pode-se encontrar o termo disciplina utilizado de duas formas distintas, uma na ordem do saber, como uma “forma discursiva de controle da produção de novos discursos” e outra como poder, na figura de um “conjunto de técnicas em virtude das quais os sistemas de poder têm por objetivo e resultado a singularização dos indivíduos” (CASTRO, 2009, p. 110).

No presente artigo pretende-se resgatar o conceito de disciplina concebida como forma de aplicação de poder, que há muito se encontra presente na sociedade, podendo ter sua origem traçada aos inquéritos religiosos, sendo os mosteiros uma evidência disso (FOUCAULT, 2015, p. 179-180).

Por muitos anos tal técnica de poder se encontrou restrita aos conventos, quartéis, oficinas e outras instituições totalitárias. Tendo passado a se tornar parte fulcral da constituição da sociedade com o advento da modernidade. Interessa analisar aqui como se deu essa expansão e os pormenores que levaram os castigos corporais, manifestados na forma do suplício, que eram a forma padrão de exercício do poder de punição estatal, a serem substituídos pela aplicação do cárcere como pena universal e toda relação dessa forma de punir com a disciplina.

Neste viés, a disciplina tem como características principais: o esquadramento dos indivíduos, controlando seus movimentos, os espaços e os tempos, sua função se expande para além da repressão, produzindo comportamentos. Seria essa sua função primordial: disciplinar não é punir, mas sim, adestrar (REVEL, 2005, p. 35-36).

A “invenção” dessa nova anatomia política não deve ser entendida como uma descoberta súbita. Mas como uma multiplicidade de processos muitas vezes mínimos, de origens diferentes, de localizações esparsas, que se recordam, se repetem, ou se imitam, apoiam-se uns sobre os outros, distinguem-se segundo seu campo de aplicação, entram em convergência e esboçam aos poucos a fachada de um método geral. Encontramo-los em funcionamento nos colégios, muito cedo; mais tarde nas escolas primárias; investiram lentamente o espaço hospital; e em algumas dezenas de anos reestruturaram a organização militar. Circularam às vezes muito rápido de um ponto a outro (entre o exército e as escolas técnicas ou os colégios e liceus), às vezes lentamente e de maneira mais discreta (militarização insidiosa das grandes oficinas). A cada vez, ou quase, impuseram-se para responder a exigências de conjuntura: aqui uma inovação industrial, lá a recrudescências de certas doenças epidêmicas, acolá a invenção do fuzil ou as vitórias da Prússia. O que

não impede que se inscrevam, no total, nas transformações gerais e essenciais que necessariamente serão determinadas (FOUCAULT, 2014, p. 136).

Antes da disciplina se tornar o *modus operandi* da punição estatal, e constituir a maioria das instituições públicas da modernidade europeia, existia em seu lugar uma manifestação pública e exagerada da força do Monarca: o suplício. No qual a inflição de dor corporal possuía um aspecto teatral que se encontrava intrinsecamente ligado ao aflitivo. O corpo era o objeto da punição, muitas vezes até mesmo para além de suas limitações biológicas. Segue trecho descritivo de uma dessas execuções públicas, extraído da obra Vigiar e Punir:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzindo a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d'Amsterdam]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas (...) (FOUCAULT, 2014, p. 9).

Uma série de eventos é retratada por Foucault para demonstrar a transição por parte do Estado do espetáculo enquanto manifestação da justiça, para uma punição mais reclusa e íntima. Em primeiro lugar, podemos apontar que, durante as execuções, as pessoas sentiam empatia pelo condenado ao invés de sentirem que a justiça estava sendo feita, pois viam nele a si mesmos, ou seja, alguém que estava sendo dura e injustamente punido pelo soberano, quando se fosse um membro da realeza ou da nobreza, a punição, certamente, seria mais branda. Em conjunto houve um crescente apelo do movimento humanista tendo por objetivo, reduzir a barbaridade e o excesso dos castigos penais, aliado a uma autonomia do poder judiciário face ao soberano.

Um dos grandes expoentes desse pensamento é o Cesare Beccaria, que resume em seu livro 'Dos delitos e das penas', as características centrais dessa reforma humanista da pena, caracterizada ao mesmo tempo por um discurso de justificação do poder de punir do Estado.

Entretanto, os dolorosos gemidos do fraco, sacrificado à ignorância cruel e aos opulentos cobardes; os tormentos atrozes que a barbárie inflige por crimes sem provas, ou por delitos quiméricos; o aspecto abominável dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os infelizes, a incerteza; tantos métodos odiosos, espalhados por toda parte, deveriam ter despertado a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que dirigem as opiniões humana.

(...)

Com efeito, no caso de um delito, há duas partes: o soberano, que afirma que o contrato social foi violado, e o acusado, que nega essa violação. É preciso, pois, que haja entre ambos um terceiro que decida a contestação. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças devem ser sem apelo e que deve simplesmente pronunciar se há um delito ou se não há.

(...)

A pretensa necessidade de purgar a infâmia é ainda um dos absurdos motivos do uso das torturas. Um homem declarado infame pelas leis se torna puro porque confessa o crime enquanto lhe quebram os ossos? Poderá a dor, que é uma sensação, destruir a infâmia, que é uma combinação moral? Será a tortura um cadinho e a infâmia um corpo misto que deponha nele tudo o que tem de impuro? Em verdade, abusos tão ridículos não deveriam ser tolerados no século XVIII (BECCARIA, 2011, p. 24; 28 e 50).

Nesses trechos podem-se observar as três características outrora apontadas como centrais ao discurso humanista: a função primordial do juiz,¹⁰⁸ como aplicador fiel da lei;

¹⁰⁸ Foucault afirma inclusive em entrevista concedida no documentário *Foucault par Lui-Même* que a função do Juiz não será nada mais do que legitimar o exercício do poder de polícia, a figura mística do magistrado garantidor das leis e defensor da população não se transferiria para a realidade, sendo na prática a função do juiz legitimar o exercício do poder estatal estando efetiva, e historicamente, a serviço da polícia. Documentário disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Xkn31sjh4To>>.

o caráter desumano dos suplícios aliado à empatia e à necessidade de reforma do sistema vigente.

Em contrapartida, a essa aparente “evolução”, se dará uma ampliação do campo de atuação do poder punitivo, práticas que antes eram toleradas não mais o serão. Em outras palavras, essa humanização da punição, não possui um caráter idílico, se tratando de fato em um refinamento e desenvolvimento de técnicas mais complexas embasadas em saberes mais científicos, que permitiram que o estado aumentasse seu campo de atuação, ramificando e expandindo sua área de atuação. Como afirma Monod,

As punições perdem em intensidade, mas elas ganham em extensão: vagabundos e roubos de alimentos, contrabandos e deserções, revoltas contra o imposto, etc., deixam de ser toleradas pela burguesia, uma vez que ela se apoderou das alavancas do poder. A preocupação de regularidade dos procedimentos é assim, nos fatos, indissociável de um enquadramento mais elevado do corpo social e de um novo rigor repressivo contra os “pequenos ilegalismos”: a mutação do sistema judiciário forma um todo, que se anunciará no imperativo multiforme da segurança das pessoas e dos bens (MONOD, 1997, p. 64).

Eis onde se pode identificar um caráter paradoxal na revolução humanista, pois ao mesmo tempo em que apregoa um abrandamento nas punições, também defende que essa punição se estenda a pequenos infratores e vagabundos em geral. Se por um lado pode-se atribuir uma diminuição na selvageria, de outro a ampliação das práticas de poder e sua posterior cientificidade, colocam um número muito maior de pessoas dentro do exercício punitivo estatal. Dessa maneira ao tornar a aplicação do poder mais científica, mais detalhada, mais específica, expandiu sobremaneira seu campo de aplicação e diminuiu seu gasto ao Estado (FONSECA, 2003).

É importante notar que o corpo é retirado do público, mas o poder continua a atravessá-lo. A punição continua a perpassar o corpo, havendo apenas a substituição da figura do carrasco, pela dos psiquiatras, psicólogos, guardas, médicos, educadores e etc. um grupo de profissionais que imbuídos de um saber científico modificarão sobremaneira a forma de se punir¹⁰⁹.

109 É o que Jacques Donzelot (1980) chamará de complexo tutelar, essa forma, especialmente nos tribunais infantis, que envolve a pré-delinquência, a assistência social e a psiquiatria infantil, em outras palavras, a crescente expansão dessa nova forma de controle onde os *animateurs* (orientadores, psicólogos, assistentes sociais) substituirão aos poucos a figura do agente punitivo e manterão a disciplina. É o surgimento e aperfeiçoamento da reeducação como forma de punição e de um escrutínio principalmente das crianças, enquanto jovens desajustados ou delinquentes, essa intervenção de caráter científico e educativo não deixa

Pode-se afirmar que o corpo deixa de ser objeto da sanção, para passar a ser o instrumento da sua realização. Punir deixa de ser machucar, passa a ser reeducar, ou melhor, adestrar.

Foi no corpo e em sua materialidade que a punição deixa de ser suplício, e passa a ser disciplina. De acordo com Revel (2005, p. 32), pode-se afirmar que “corresponde a uma verdadeira ‘física do poder’ ou, como a designará mais tarde o filósofo, uma anatomopolítica, uma ortopedia social, isto é, um estudo das estratégias e das práticas por meio das quais o poder modela cada indivíduo desde a escola até a usina”.

As práticas disciplinares, além de normalizarem os indivíduos, ou seja, amoldá-los a específica norma ou padrão, tem por escopo principal adestrar os corpos por meio de movimentos repetitivos, moldando-os e adequando-os ao sistema de produção, onde não há apenas a repressão, mas um sistema de controle que vigia ininterruptamente, transformando (produzindo) o indivíduo em objeto de controle e de saber.

Ao conceber a sociedade disciplinar, Foucault não analisa apenas uma instituição, visto que esta mesma lógica se repete em diversos locais, assim, compreender as práticas disciplinares, requer uma análise geral da sociedade.

A exemplo tem-se que a medicina foi minuciosamente explorada pelo filósofo francês. Ao comparar como era o tratamento dispensado a conter o surto de lepra e o da peste negra Foucault notou distinções fundamentais, que claramente diferenciam uma abordagem disciplinar e científica, de uma lógica estruturada para exclusão e rejeição.

A lepra era tratada de uma forma excludente, aqueles que a contraíam eram separados daqueles que não a possuíam e todo o contato entre pessoas sãs e doentes era mantido ao mínimo.

A exclusão da lepra era uma prática social que comportava primeiro uma divisão rigorosa, um distanciamento, uma regra de não-contato entre um indivíduo (ou um grupo de indivíduos) e outro. Era, de um lado, a rejeição desses indivíduos num mundo exterior, confuso, fora dos muros da cidade, fora dos limites da comunidade. Constituição, por conseguinte, de duas massas estranhas uma à outra. (...) Em suma, eram de fato práticas de exclusão, práticas de rejeição, práticas de ‘marginalização’, como diríamos hoje (FOUCAULT, 2001, p. 54).

de possuir força coercitiva e traços punitivos que devem ser levados em conta, tendo em vista a crescente pulverização dessa forma de controle desde o século XIX até os dias atuais.

De forma diversa, ao tratar da peste havia a aplicação de um saber científico e uma clara presença do poder disciplinar, pois toda a cidade era posta em quarentena e dividida em distritos, bairros, quarteirões e ruas. Em cada uma dessas ruas era posto vigias, em cada quarteirão, inspetores, em cada distrito, um responsável por fiscalizá-los. Através dessa compartimentalização era possível a análise pormenorizada da progressão da doença, através de uma vigília constante e anotação minuciosa de todos os detalhes que envolviam a progressão da doença. Antes de começar o processo todos os indivíduos fiscalizados deviam fornecer seu nome, para que pudessem ser chamados periodicamente a responderem aos inspetores, caso não respondessem a tempo eram tidos como doentes e, portanto, era necessária a intervenção (FOUCAULT, 2001, p. 54-56).

Esse câmbio no tratamento das enfermidades é fulcral para se compreender uma mudança no paradigma de exercício do poder. Enquanto os leprosos eram excluídos, os que padeciam da peste eram administrados, controlados, ou seja, o Estado deixa de eliminar os indesejáveis para controlá-los. A lógica aqui deixa de ser a exclusão e se torna a de inclusão.

Antes de se prosseguir na explicação da disciplina é necessário conceituar um termo fundamental na filosofia de Foucault: o dispositivo, que figurará ao longo de sua obra diversas vezes, sendo uma ferramenta indispensável para compreender seu pensamento, visto que, nas palavras de Agamben (2009, p. 33), "Os dispositivos são precisamente o que na estratégia foucaultiana ocupa o lugar dos Universais". Para tal continue-se com o filósofo que ao explicar o significado que o termo possui na obra de Michel Foucault delimita três pontos importantes

1) É um conjunto heterogêneo, linguístico e não linguístico, que inclui virtualmente qualquer coisa no mesmo título: discursos, instituições, edifícios, leis, medidas de polícia, proposições filosóficas etc. O dispositivo em si mesmo é a rede que se estabelece entre esses elementos. 2) O dispositivo tem sempre uma função estratégica concreta e se inscreve sempre em uma relação de poder. 3) É algo de geral (um *reseau*, uma "rede") porque inclui em si a episteme, que para Foucault é aquilo que em uma certa sociedade permite distinguir o que é aceito como um enunciado científico daquilo que não é científico. (...) parece se referir à disposição de uma série de práticas e de mecanismos (ao mesmo tempo linguísticos e não-linguísticos, jurídicos, técnicos e militares) com o objetivo de fazer frente a uma urgência e de obter um efeito (2009, p. 29-30).

Analisa-se de agora em diante os dispositivos, que são utilizados para dar forma ao poder disciplinar, a saber, em ordem de aparição: distribuição do corpo em um

determinado espaço; controle do desenvolvimento da ação; vigilância perpétua dos indivíduos; registro contínuo.

Um dos dispositivos utilizados é a distribuição do corpo em um determinado espaço, ou seja, cada corpo deve ter seu espaço próprio, delimitado e restrito. Ainda que exista a clausura esta não é a técnica universalizável, pois não é necessário o confinamento para a caracterização deste dispositivo, e sim, uma clara e firme distribuição do corpo em um espaço demarcado, evitando generalizações ou agrupamento em massas, permitindo que este seja vigiado e analisado em sua individualidade. Pode ser observado em salas de aulas, onde cada aluno deve permanecer em sua carteira, em uma determinada posição, de forma que o professor possa a distância identificar cada aluno sem dificuldade. “A disciplina é, antes de tudo, a análise do espaço. É a individualização pelo espaço, a inserção dos corpos em um espaço individualizado, classificatório e combinatório” (FOUCAULT, 2015, p. 180-181).

Além do controle espacial, também se exerce um controle temporal através de um duplo dispositivo: que tanto controla rigorosamente o tempo da atividade, como fraciona as ações em repetições simples e fáceis, que devem ser executadas em curtos períodos de tempo. Há um controle que não se prende ao resultado da ação, mas ao desenvolvimento desta (FOUCAULT, 2015, p. 181).

Em Vigiar e Punir, temos um excelente exemplo quando Foucault retrata exatamente como um soldado deve caminhar. Demonstrando o total e absoluto controle que tentava se exercer sobre os mínimos movimentos, tanto espacial quanto temporalmente.

O comprimento do pequeno passo será de um pé, o do passo comum, do passo dobrado e do passo de estrada de dois pés, medidos ao todo de um calcanhar ao outro; quanto à duração, a do pequeno passo e do passo comum serão de um segundo, durante o qual se farão dois passos dobrados; a duração do passo de estrada será de um pouco mais de um segundo. O passo oblíquo será feito no mesmo espaço de um segundo; terá no máximo 18 polegadas de um calcanhar ao outro... O passo comum será executado mantendo-se a cabeça alta e o corpo direito, conservando-se o equilíbrio sucessivamente sobre uma única perna, e levando a outra à frente, a perna esticada, a ponta do pé um pouco voltada para fora e baixa para aflorar sem afetação o terreno sobre o qual se deve marchar e colocar o pé na terra, de maneira que cada parte se apoie ao mesmo tempo sem bater contra a terra (2014, p. 148).

Também é fundamental o dispositivo da vigilância que tem por premissa incutir no sujeito o sentimento de que é vigiado por alguém superior hierarquicamente, sem que, contudo, possa precisar quem está vigiando-o. A intenção é evitar e coibir comportamentos fora daqueles disciplinados, ou seja, pré-estabelecidos e que, no caso da prisão, quando o preso saia do recinto a “reforma” tenha sido tão profunda que este não consiga se livrar do sentimento de estar sendo constantemente vigiado (FOUCAULT, 2015, p. 182).

Tal princípio da vigília encontrou seu ápice no *panopticum*, invenção de Jeremy Bentham, que permitiria ao guarda através de uma torre observar todos os presos, sem que estes pudessem saber quem os estava vigiando, mas tendo certeza de que alguém os observava. Tal estrutura é descrita pelo próprio Bentham (2000, p. 17) da seguinte forma:

Não importa quão diferentes, ou até mesmo quão opostos, sejam os propósitos: seja o de punir o incorrigível, encerrar o insano, reformar o viciado, confinar o suspeito, empregar o desocupado, manter o desassistido, curar o doente, instruir os que estejam dispostos em qualquer ramo da indústria ou treinar uma raça em ascensão no caminho da educação, em uma palavra, seja ele aplicado aos propósitos das prisões perpétuas na câmara da morte, ou prisões de confinamento antes do julgamento, ou casas penitenciárias, ou casas de correção, ou casas de trabalho, ou manufaturas, ou hospícios, ou hospitais, ou escolas.

O dispositivo disciplinar da vigilância pode ser tido como um dos elementos centrais, sendo fundamental a observação hierárquica, pois atrela o ato de vigiar a produção. Assim incutindo nos indivíduos vigiados tão profundamente o sentimento de vigia que estes passam a reproduzir o próprio processo de fiscalização. Não se trata de substituir o rei por uma outra figura que tudo sabe e tudo vê, mas naturalizar o sentimento de vigia, a tal ponto que todos são potenciais fiscalizadores, inclusive a própria pessoa, que acaba se autofiscalizando.

Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce; enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores (FOUCAULT, 2014, p. 195).

Podem-se discernir dois tipos de olhares dentro da teoria foucaultiana do poder disciplinar: o panóptico e a visibilidade individualizante. O primeiro está diretamente relacionado à arquitetura dos locais, associado a estruturas que permitam a figura do fiscal facilmente identificar o indivíduo a ser vigiado e que, em contrapartida, este não possa identificá-la. A unilateralidade é fulcral para a aplicação deste olhar. A segunda trata de uma análise mais detalhada, prestando atenção aos hábitos, histórias e potencialidades (patológicas e de periculosidade) do indivíduo analisado. É justamente nesse contexto que surge a internalização do olhar disciplinar, pois ao combinar a ciência e a vigilância, há uma fabricação de verdade tão poderosa, que os indivíduos passam a fiscalizar não apenas os demais, mas a si mesmos também (FRASER, 1989, p. 22-23).

A sanção normalizadora atua em todos os dispositivos disciplinares, replicando a lógica do sistema penal em uma microescala própria a cada instituição, definindo comportamentos anormais e estabelecendo sanções com o intuito de regulá-lo.

Na essência de todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal. É beneficiado por uma espécie de privilégio de justiça, com suas leis próprias, seus delitos especificados, suas formas particulares de sanção, suas instâncias de julgamento (FOUCAULT, 2014, p. 175).

Como exemplo pode-se citar a escola que pune o atraso, a ausência, a rudeza, a insolência, a sujeira, a indecência e diversas outras práticas ínfimas, mas que não podem escapar ao exercício do poder disciplinar, que deve ser constante e pleno, açambarcando todas as condutas inclusive, e talvez principalmente, as mais simplórias.

Essa punição normativa não é tanto uma reprimenda pela lei infringida, mas a sua própria repetição, adestrando os anormais através de uma correção pelo arrependimento (DREYFUS; RABINOW, 2010, p. 174). Por óbvio que esse processo não apenas reprime, mas também incentiva e gratifica comportamentos, continuando no exemplo da escola, pode-se citar o aluno que recebe elogios e benefícios, por cumprir as tarefas assinaladas no tempo e modo propostos, esse tipo de postura produz indivíduos, muito mais do que os reprime.

De fato, o que está sendo punido é a não-conformidade, isto o que o exercício de poder disciplinar visa corrigir. Contudo, disciplina não se opera através apenas da punição, mas também através da gratificação, com recompensas e privilégios por bons comportamentos e práticas, aliados a penas e punições por mau comportamento. Um efeito desse sistema de gratificação-punição no processo de treinamento e correção é distribuir, ranquear e graduar

aqueles sujeitos a ele. Em resumo nós notamos que punição em um regime disciplinar tem como seu objeto não expiação ou repressão, mas normalização, conjugado com vigilância (observação hierárquica) emergindo da era clássica como uma das principais formas de exercício do poder (SMART, 2002, p. 81)¹¹⁰.

O exame é a aplicação da hierarquia, combinada com as sanções normalizadoras. Esse dispositivo faz com que os sujeitos sejam sancionados e individualizados através de diversos ritos, que constituem uma forma de saber atrelada à modernidade. Sendo assim ao examinar o corpo, os olhares científicos ajustarão e adequarão o anormal através de tratamentos que o façam retornar ao “normal”.

Dessa forma, pelo exame, a disciplina consegue constituir o indivíduo enquanto objeto documentado, podendo ser descrito e analisado em sua própria individualidade. O registro do exame permite manter a singularidade que aparece em cada individualidade, com seus desvios, seus traços particulares, suas aptidões e capacidades. Tal procedimento permite ao mecanismo disciplinar uma utilização praticamente personalizada de cada indivíduo, em vistas a uma normalização, que não representa a uniformização das individualidades, mas sua adequação a um dispositivo. (...) É nesse sentido que Foucault cita a criança, o doente, o louco, o condenado como objetos de constantes descrições individuais a partir do século XVIII. A objetivação e a sujeição dessas individualidades, consideradas de uma forma totalmente diferente por outras formas de poder, assumem um lugar essencial na economia do poder disciplinar (FONSECA, 2003, p. 62).

Tal dispositivo revela-se de fundamental importância no contexto da história do Direito Penal, pois o famigerado exame criminológico, cuja função é medir a periculosidade

¹¹⁰ Tradução livre de: In effect what is being punished is non-conformity which the exercise of disciplinary power seeks to correct. However, discipline not only operates through punishment but in addition through gratification, with rewards and privileges for good conduct and practices, and punishments and penances for bad behaviour. One effect of this system of gratification—punishment in the process of training and correction is to distribute, to rank and grade those subject to it. By way of a summary we may note that punishment in a regime of disciplinary power has as its object not expiation or repression but normalization, and along with surveillance (hierarchical observation) it emerged from the classical age as one of the foremost instruments of the exercise of power (SMART, 2002, p. 81).

do indivíduo, é um instituto alvo de diversas críticas e ainda serve de base para justificar diversas medidas gravosas ao indivíduo¹¹¹.

Em os Anormais, Foucault ao analisar as práticas psicológicas aliadas ao judiciário, demonstra que os exames criminológicos serviam para imbuir de verdade um discurso sobre a anormalidade do sujeito e permitir ao julgador mudar o foco do julgamento. Não mais se discute o fato criminal, mas sim se a pessoa é ou não criminosa.

De tal modo que, no final das contas, quem vai ser condenado não é o cúmplice efetivo do assassinato em questão: é esse personagem incapaz de se integrar, que gosta da desordem, que comete atos que vão até o crime. E, quando digo que esse personagem é que foi efetivamente condenado, não quero dizer que no lugar de um culpado ter-se-á, graças ao perito, condenado um suspeito (o que é verdade, claro), mas quero dizer mais. O que, em certo sentido, é mais grave é que, no fim das contas, mesmo se o sujeito em questão é culpado, o que o juiz vai poder condenar nele, a partir do exame psiquiátrico, não é mais precisamente o crime ou o delito. O que o juiz vai julgar e o que vai punir o ponto sobre o qual assentará o castigo, são precisamente essas condutas irregulares, que terão sido propostas como a causa, o ponto de origem, o lugar de formação do crime, e que dele não foram mais que o duplo psicológico e moral (FOUCAULT, 2001, p. 22).

Dentro do contexto exposto, surge a chamada sociedade disciplinar, situada na Europa dos séculos XVIII e XIX, composta por uma complexidade de técnicas de poder que visam aperfeiçoar a sua aplicação, tornando-o menos custoso, por meio de sua ramificação, cada vez mais invisível, mas cada vez mais presente no cotidiano da sociedade.

Em outras palavras o poder é levado a atuar em todas as instâncias da vida do indivíduo, enquanto no sistema feudal não havia interferência por parte do soberano no cotidiano, que apenas se preocupava em coletar a parte que lhe cabia da produção, na modernidade e no nascimento da sociedade disciplinar há um incremento significativo da área de interesse do poder, passando a regular todas as práticas e formas do indivíduo, moldando-o e adestrando-o conforme os interesses da sociedade.

¹¹¹ O exame criminológico não é mais obrigatório para a progressão de regime, contudo, o art. 112 da lei de execuções penais ainda se encontra vigente e pode ser acionado pelo magistrado quando este achar conveniente. O determinismo, apesar de cientificamente superado, ainda se encontra dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Com a ascensão da burguesia ao poder houve, como já dito, a positivação jurídica do caráter igualitário e humanista do Direito. Contudo, por detrás disso, como demonstrado, houve um acréscimo no controle estatal e a imposição da disciplina a todos. Mas essa distribuição disciplinar não foi igualitária, houve uma incidência muito maior de controle e repressão à figura do *anormal*.

O próprio sistema “burguês”, instaurado no final do século XVIII e início do XIX, é marcado por origens (e interesses) sociais de legislações. Retomando a questão dos ilegalismos, eles serão codificados e disciplinados com maior severidade por instituições punitivas estatais na medida em que afetem a propriedade e os valores morais do trabalho. Os Estados sancionam o roubo e outras manifestações de delinquência prontamente, bem como outras instituições normalizam o “louco” por ser vagabundo, ao passo que delitos burgueses, como a fraude fiscal ou operações comerciais irregulares, são marcados por um tratamento legal de caráter dilatatório (MORAIS, 2014, p. 66).

Há uma distinção entre os ilegalismos de bens (crimes contra a propriedade privada) e os de direito, aos primeiros reserva-se toda a severidade e estigmatização do sistema penal, enquanto que, ao segundo, aplicam-se medidas especiais, conciliação e etc. Essa distinção flagrante no início do Estado de Direito, em certa medida, perdura até hoje¹¹².

Contudo, apesar dos ilegalismos de bens sofrerem as sanções estatais com uma maior severidade, o objetivo delas não era erradicá-los, mas geri-los. Pois a existência de certos ilegalismos, como a prostituição e o tráfico de drogas, são negócios imensamente lucrativos e diretamente fundamentais para a manutenção de um sistema capitalista, além de que, enquanto existir a criminalidade, será cada vez mais fácil vender a ideia do Direito

¹¹² Até hoje existe uma distinção no tratamento dispensado entre os crimes contra a propriedade e os crimes contra a ordem tributária. Para permanecer em um exemplo nacional, caso haja o pagamento do tributo devido antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, extingue-se a punibilidade do infrator. Em outras palavras, é facultado ao réu de crimes contra a ordem tributária se valer de todo o aparato estatal tentando burlar o interesse da coletividade, pois em tese o tributo é fruto do trabalho da sociedade e deve ser usado para sustentar a mesma, para quando (e se) falhar na sua tentativa de lesar o patrimônio público ser-lhe facultado simplesmente poder pagar o tributo devido e ver a pena que sofreria ser extinta. Enquanto no caso de furto simples ou qualificado, crimes realizados sem o emprego de violência, e envolvendo quantias monetárias infinitamente inferiores a dos sonegadores fiscais, não se é concedido esse benefício, nem por analogia, de acordo com a jurisprudência pacífica dos superiores tribunais. Com a agravante de que, muitas vezes, as denúncias realizadas são por valores tão ínfimos que deveria incidir outro princípio do Direito Penal moderno que é o da bagatela, que, contudo, é muitas vezes ignorado ou, simplesmente descartado, pelo ministério público e pela magistratura.

Penal como panaceia para todos os males, incrementando a polícia e o controle exercido pelo Estado.

Foucault traça um paralelo entre o liberalismo e a disciplina, chegando a afirmar que ambos estariam em uma relação inversamente proporcional. Em outras palavras, quanto mais liberdades e direitos fossem garantidos à burguesia, mais disciplina seria imposta às classes menos favorecidas.

Assim, o poder disciplinar se articula com as formas legais abstratas de uma forma tão refinada que, por mais que elas tenham um modo de operar aparentemente conflitante (pois uma produz corpos dóceis e a outra reprime), essas realidades coexistem sem se anularem, pois atuam em âmbitos diferentes: a teoria jurídica legalista atua em níveis formais, de modo a conferir legitimidade às práticas punitivas “humanistas”, ao passo que o poder disciplinar, ao impor vigilância perpétua, sanções normalizadoras e saberes acerca do corpo, impõe práticas nada humanistas, legitimadas pela soberania igualitária. Assim, as modalidades de exercício de poder se complementam e, ainda que exerçam práticas de poder aparentemente opostas, são capazes de coexistir sem conflitarem (MORAIS, 2014, p. 69).

A norma já existia muito antes da modernidade, entendendo-a como uma média dos comportamentos, como o padrão da sociedade. Contudo é com o advento dos saberes científicos e por efeito do poder disciplinar que a norma passa a ter um valor de verdade. Não ser normal passa a ser visto como algo nefasto, algo a ser combatido e reformado.

4 CONCLUSÃO

É possível concluir, com base no exposto, que o poder Disciplinar na obra de Foucault refere-se a uma nova forma de controlar e dominar corpos. Enquanto, antigamente, o suplício era a punição modelo do Estado como uma forma de expiar os pecados cometidos pelos transgressores, na modernidade houve um refinamento no modo de punição, o qual passa a adestrar e padronizar os “criminosos”.

O poder disciplinar não é necessariamente mais humano que o suplício, mas certamente é mais refinado que este, pois se vende como algo mais científico e benéfico. Ressalte-se que o poder não é algo que possa ser possuído, mas apenas exercido e que perpassa a sociedade em suas diversas relações.

Há na sociedade moderna uma crença quase que absoluta na importância da ressocialização e uma difusão completa da importância da disciplina. Seja na escola, no

trabalho ou até na vida pessoal poucas pessoas questionariam o caráter positivo da disciplina enquanto instrumento para garantir sucesso e uma vida digna.

Compreender que as manifestações de poder nem sempre se dão enquanto um caráter repressivo, mas sim que muitas vezes o controle é exercido por meio da criação de hábitos ou de atitudes positivas, permite compreender melhor o funcionamento das instituições modernas.

O alerta trazido em sua obra de que reformas humanitárias e que, em um primeiro momento, possam parecer um avanço no marco civilizatório, muitas vezes escondem outros objetivos nefastos. A boa intenção do soberano não pode ser presumida e exige uma minudente análise para que se possa descobrir as ramificações de mudanças feitas com o melhor interesse da população.

Por óbvio que, como o próprio Foucault alerta, sua análise é de determinado fenômeno que ocorreu na Europa e que não necessariamente deve ser transposto para outras realidades. A principal ferramenta que Foucault traz é o pensamento crítico e este permite manejar seus conceitos, sem cair em reducionismos, para uma análise profunda das questões sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo?. In: AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Tradução de Vinicius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009. p. 25-54.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Organização e tradução de Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores*. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

DONZELOT, Jacques. *A polícia das famílias*. Tradução de M. T. da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

DREYFUS, Hubert L; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ESCOBAR, Antonius Jack Vargas. Genealogia e política. In: RIBEIRO, Renato Janine (Org.). *Recordar Foucault: os textos do colóquio Foucault*. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 209-218.

EWALD, François. *Foucault: A norma e o direito*. Tradução de António Fernando Cascais. Lisboa: Veja, 2000.

FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. São Paulo: EDUC, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Dits et Écrits I*. Paris: Gallimard, 2001.

_____. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

_____. *Segurança, território e população: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção tópicos).

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FRASER, Nancy. *Unruly practices: power, discourse, and gender in contemporary social theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

MACHADO, Roberto. Introdução: por uma genealogia do poder. In: MACHADO, Roberto (Org.). *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

MONOD, Jean-Claude. *Foucault: La police des conduites*. Paris: Éditions Muchalon, 1997.

MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira. *Direito, norma e biopoder em Michel Foucault*. 2014. 165 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2014.

NASCIMENTO, Anísia. Michel Foucault Por Ele Mesmo – (Michel Foucault Par Lui Mêmes). Youtube, 21 abr. 2012. Documentário disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Xkn31sjh4To>>. Acesso em: mai. 2017.

REVEL, Judith. *Foucault: conceitos essenciais*. Tradução de Carlos Piovezani Filho e Nilton Milanez. São Carlos: Claraluz, 2005.

SMART, Barry. *Michel Foucault: revised edition*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2002.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A TEORIA DO DUPLO CONTROLE DE DIREITOS HUMANOS

IRINEU SIQUEIRA LEITE: Escrevente Técnico Judiciário no TJSP. Foi Assistente Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). É especialista em Direito Processual Civil e em Direito Público, bem como bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia¹¹³.

RESUMO: O presente trabalho trata de estudo acerca do instituto do controle de convencionalidade e da teoria do duplo controle, destacando a importância desses mecanismos na efetivação de direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Tratados internacionais de direitos humanos. Teoria do duplo controle.

Introdução

Os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ocupar posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pós Emenda Constitucional n. 45/2004, que conferiu o “*status*” constitucional a essas convenções, quando aprovadas em dois turnos de 3/5 (três quintos) dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mesmo rito de aprovação das emendas constitucionais.

Criou-se, nesse contexto, novo paradigma de controle de validade das normas internas, que, para além do crivo da Constituição, passaram a demandar, também, a compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos. É daí que surge o controle de convencionalidade e a teoria do duplo controle, mecanismos que buscam superar a dicotomia entre as cortes nacionais e as cortes internacionais na interpretação dos direitos humanos.

O presente trabalho propõe-se a explicar esses mecanismos de controle de validade das normas e a sua especial relevância para a efetivação dos direitos humanos no Brasil. Busca, ainda e por fim, demonstrar a importância, no exercício desses mecanismos de controle, do diálogo entre as cortes internacionais e nacionais para a garantia de um sistema coeso e efetivo de proteção de direitos humanos no âmbito brasileiro.

113 E-mail: juniordireito64@gmail.com

Desenvolvimento

O controle de convencionalidade em muito se assemelha ao controle de constitucionalidade. A diferença reside na norma utilizada como paradigma. É que, enquanto no controle de convencionalidade o parâmetro utilizado é a norma de direito internacional, no controle de constitucionalidade a norma paradigmática é a própria Constituição Federal.

Em outras palavras: o controle de convencionalidade nada mais é do que um juízo de compatibilidade de atos normativos internos com dispositivos previstos em tratados internacionais.

André de Carvalho Ramos¹¹⁴ elenca duas subcategorias do controle de convencionalidade: o controle de convencionalidade de matriz internacional, também chamado de controle de convencionalidade autêntico, e o controle de convencionalidade de matriz nacional. Dispõe o autor que o primeiro é exercido por órgãos internacionais, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e serve para evitar que os Estados sejam simultaneamente fiscais e fiscalizadores da aplicação da normativa internacional. Já o segundo é exercido pelos próprios tribunais e juízes internos, sendo que, no caso do Brasil, ao menos no que diz respeito aos direitos humanos, serve para efetuar o juízo de compatibilidade da normativa interna com os tratados internacionais de direitos humanos, ante o *status superior* destes na ordem jurídica pátria.

Sobre o procedimento, o controle de convencionalidade em muito se assemelha ao controle de constitucionalidade das normas, adotando, no controle de matriz nacional, os mesmos mecanismos de controle utilizados por este, quais sejam, o sistema difuso e o sistema concentrado¹¹⁵.

No sistema difuso, todo juiz tem o poder-dever de aferir a convencionalidade dos atos normativos brasileiros em face dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. É que, sejam eles aprovados pelo rito especial 5º, § 3º, da Constituição Federal ou pelo rito simples (situação dos tratados internacionais incorporados antes da EC. 45/2004), assumem posição hierárquica superior à normativa

Notas

114 RAMOS, Andre de Carvalho. Curso de Direitos Humanos – São Paulo: Saraiva, 2014, disponibilizada por Le Livros, p. 386.

115 ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2ª Ed. rev. atual e ampl. De acordo com a Resolução nº 2013 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 24.

infraconstitucional – “*status*” constituição e supralegal, respectivamente –, devendo esta a eles se conformar.

Já no sistema concentrado, cabe ao Supremo Tribunal Federal a análise da convencionalidade da norma submetida à análise, que conforme esclarece Mazzuoli¹¹⁶, somente será cabível na hipótese de tratados de direitos humanos aprovados pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, os quais possuem o “*status*” de norma constitucional. Assim, não só fará a Suprema Corte um juízo de convencionalidade dos atos normativos, mas também de constitucionalidade, uma vez que um ato normativo que fira um tratado internacional com *status* constitucional ferirá, por consequência lógica, a própria Constituição.

No controle de matriz internacional, esse juízo de conformação dos atos normativos internos com os tratados internacionais de direitos humanos é exercido, conforme já destacado, por órgãos e organismos internacionais de proteção de direitos humanos. E o que o difere substancialmente do controle de matriz nacional é a amplitude do seu objeto de análise. Isso porque poderá ter por objeto a análise de qualquer norma do direito interno, independentemente de sua hierarquia constitucional – o que abrange, inclusive, normas provenientes do poder constituinte originário –, o que não é admissível no controle exercido internamente.

Nesse ponto, pode-se dizer que o controle de convencionalidade de matriz internacional se reveste de um importante atributo, qual seja, o de ilimitação quanto ao objeto de análise, uma vez que poderá, inclusive, declarar a inconveniência de normas constituintes originárias, tornando-o, assim, um autêntico controle de convencionalidade. Esse mesmo “poder” não é dado ao controle de convencionalidade nacional, uma vez que, conforme dispõe Carvalho Ramos¹¹⁷, “os juízes e os tribunais internos não ousam submeter uma norma do Poder Constituinte Originário à análise da compatibilidade com um determinado tratado de direitos humanos”. Portanto, esse juízo, no caso do controle de convencionalidade nacional, é limitado pelo próprio constituinte originário.

É importante destacar que tanto o controle de convencionalidade internacional quanto o controle de convencionalidade nacional são essenciais para assegurar uma perfeita harmonia entre o direito interno e o direito internacional. Mas nem tudo é perfeito. Pode haver divergências, no exercício do juízo de compatibilidade das normas internas com as internacionais, entre as cortes internacionais e os juízos ou cortes nacionais.

116 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade do direito brasileiro*. Revista de informação legislativa, Brasília a. 46 n. 181, p. 129, jan./mar. 2009.

117 RAMOS, Andre de Carvalho. Op. Cit., p. 386.

Mais especificamente, é possível, por exemplo, que um juiz, no exercício do controle de convencionalidade de matriz nacional, divirja do entendimento de uma corte internacional, no exercício do controle de convencionalidade de matriz internacional. E, ocorrendo essa situação, qual entendimento deve prevalecer?

Sobre essa questão, esclarece Carvalho de Ramos:

Em virtude de tais diferenças, na recente sentença contra o Brasil no *Caso Gomes Lund* (caso da “Guerrilha do Araguaia”), na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o juiz ad hoc indicado pelo próprio Brasil, Roberto Caldas, em seu voto concordante em separado, assinalou que “se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos.¹¹⁸

Em outras palavras: entende Carvalho Ramos que como qual está o Supremo Tribunal Federal para a Constituição como guardião desta, estão as cortes internacionais para com os tratados internacionais de direitos humanos como guardião destes. Logo, em caso de divergência entre uma corte nacional e uma internacional, no que tange a normas internacionais de proteção de direitos humanos, a interpretação da última deverá prevalecer.

A retro conclusão é lógica, uma vez que o Brasil não só ratificou tratados internacionais – não podendo, portanto, se escusar do cumprimento de suas disposições – , como também se vinculou às suas respectivas cortes internacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil se vinculou desde 1998¹¹⁹. Essa vinculação garante que os direitos previstos nesses tratados não se tornem inócuos, o que poderia acontecer caso estivessem tão somente à mercê de cortes internas (nacionais). A

¹¹⁸Ibid., p. 387.

¹¹⁹ BRASIL. Decreto Legislativo nº 89, de 1998, “aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional.” Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acessado em 20/10/2023.

última palavra, portanto, em havendo eventual conflito de decisões, deve ser das cortes internacionais no que diz respeito aos tratados internacionais de direitos humanos.

É importante ressaltar, contudo, que, para que haja uma perfeita aplicação do direito internacional, é bom que tais divergências não venham a ocorrer.

Diante da prevalência do entendimento das cortes internacionais sobre as nacionais em matéria de direitos humanos, é necessário que estas não apenas efetuem o juízo de compatibilidade das normas internas com as internacionais, mas que este juízo esteja em consonância com a jurisprudência internacional – o que Carvalho Ramos¹²⁰ chama de “diálogo das Cortes” –, tornando, assim, harmonioso e efetivo o sistema de controle convencional das normas.

Aliás, já dispôs a Corte Interamericana:

124. A Corte está ciente de que os juízes e os tribunais estão sujeitos ao império da lei e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e finalidade, que desde o início carecem de efeito jurídico. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas nacionais aplicáveis aos casos concretos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Esta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação dada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.** (Tradução e grifo nosso)¹²¹

No entanto, para que esse diálogo efetivamente ocorra, é necessário, conforme Ramos, que se cumpra quatro requisitos:

- 1) a menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema; 2) a menção à existência de caso internacional contra

¹²⁰ RAMOS, Andre de Carvalho. Op. Cit., pp. 388.

¹²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, set. de 2006, p. 53. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acessado em 20/10/2023.

o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal; 3) a menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; 4) o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional.¹²²

Cumpridos tais requisitos, não restarão dúvidas de que a interpretação dada pela Corte Internacional foi observada, *in casu*, pela Corte brasileira.

Frise-se, porém, que, caso juízes ou cortes nacionais, no exercício do controle de convencionalidade de matriz nacional, frustrem o diálogo com a jurisprudência de tais cortes, poderá a parte lesada se recorrer a estas, para assim assegurar o pleno exercício dos seus direitos, já que cabe às cortes internacionais a última palavra no que diz respeito a direitos previstos em tratados ou convenções internacionais, conforme destacado acima.

Pode-se dizer, então, que se consagrou no direito brasileiro um duplo controle ou crivo de direitos humanos: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade. O referido controle obriga uma leitura não apenas constitucional das normas internas brasileiras, mas também convencional, sendo que, para que uma norma venha, efetivamente, produzir efeitos no território brasileiro, deverá passar pelo crivo dos dois sistemas normativos de proteção de direitos humanos (interno e internacional).

Sobre a teoria do duplo controle, dispõe Ramos:

Reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional). A partir dessa teoria, deve-se exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana. Com isso, evita-se o antagonismo entre o STF e os órgãos internacionais de direitos humanos, evitando a ruptura e estimulando a convergência em prol dos direitos humanos.¹²³

Desse modo, ainda que uma lei seja declarada constitucional pela Corte Suprema brasileira, poderá ser declarada inconveniente perante uma Corte Internacional, podendo gerar, conseqüentemente, a responsabilização do Estado brasileiro. A norma, portanto,

¹²² RAMOS, Andre de Carvalho. *Op. Cit.*, pp. 389-390.

¹²³ *Ibid.*, p. 393.

somente será válida se for compatível com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos.

Sobre a questão, é o que bem explica Mazzuoli:

A compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante validade no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente [...], mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno.¹²⁴

Assim, para que qualquer ato interno seja considerado válido e apto a produzir efeitos no território brasileiro, deverá abraçar tanto a Constituição quanto os tratados de direitos Humanos, sob pena de invalidade e ineficácia perante a ordem jurídica vigente.

Conclusão

É notório o grande avanço em matéria de proteção de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio. E isso se deve, primordialmente, à implementação de mecanismos de efetivação desses direitos tão elementares, tais como o controle de convencionalidade e a teoria do duplo controle.

Como visto, não basta a internalização de tratados internacionais de direitos humanos pelo Estado brasileiro. É necessário que os direitos previstos nessas convenções sejam respeitados e efetivados, a fim de que não se tornem simples normas programáticas, de caráter meramente ideológico. Daí a necessidade de atuação das cortes nacionais e internacionais, para, através do controle de convencionalidade, fazer valer o comando convencional.

É certo que, por vezes, ocorrem divergências de interpretação entre as cortes nacionais e internacionais, criando um cenário de instabilidade e insegurança jurídica. Mas, conforme abordado neste trabalho, por meio de um “diálogo das Cortes”, é possível a superação desse problema e a garantia de um sistema efetivo e harmônico de proteção de direitos humanos. Essa convergência de entendimento entre as Cortes domésticas e internacionais é o que se espera, a possibilitar a existência de um forte aparato de defesa de direitos humanos no Estado brasileiro.

124 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 115;

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2ª Ed. rev. atual e ampl. De acordo com a Resolução nº 2013 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 24.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 89, de 1998, "aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional." Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acessado em 20/10/2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, set. de 2006, p. 53. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acessado em 20/10/2023.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade do direito brasileiro*. Revista de informação legislativa, Brasília a. 46 n. 181, pp. 115 e 129, jan./mar. 2009.

RAMOS, Andre de Carvalho. Curso de Direitos Humanos – São Paulo: Saraiva, 2014, disponibilizada por Le Livros, pp. 386-390 e 393.

ATIVIDADE PROBATÓRIA À LUZ DO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL

PEDRO MARTINS TEIXEIRA:

Bacharel em Direito, graduado pela Escola Superior Dom Helder Câmara, em 2012. Já atuou como assistente judiciário e, desde 2013, atua como assessor judiciário. Aprovado para o cargo de Defensor Público Substituto no IV Concurso da Defensoria Pública do Tocantins.

125

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a apresentação de uma visão crítica da forma como vem sendo conduzida a fase de instrução do processo civil, sobretudo, no que tange à produção de provas. Partindo-se de uma concepção de processo civil constitucional, pautado nos valores do Estado Democrático de Direito, propõe-se uma revisão do papel do juiz, seu redimensionamento como sujeito do processo, empenhado na missão que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico de contribuir para a construção dialética e coparticipativa de uma solução jurídica justa. A abordagem procura alertar para os riscos do ativismo judicial na fase probatória e para a necessidade de reconsiderar certos entendimentos sobre a destinação da prova no processo e a atuação do juiz em busca da “verdade real”.

Palavras-chave: Processo civil constitucional; Atividade probatória; sujeitos do processo; Ativismo judicial.

1. Introdução

É comum nos depararmos com decisões judiciais (saneadores, sentenças, decisões monocráticas, acórdãos) nas quais o provimento jurisdicional é construído a partir da premissa de que o destinatário da prova é o juiz.

Essa afirmação vem sendo feita ao longo de décadas e cegamente reproduzida em juízos e tribunais de todo o país, o que parece não acompanhar a evolução epistemológica acerca do direito probatório no processo civil.

O neoconstitucionalismo, enquanto corrente teórica que teve como marco jusfilosófico o pós-positivismo, no exercício da pretensão a que se propôs, de estabelecer uma nova teoria geral do direito, trouxe uma grande contribuição à matéria cujo estudo

125 E-mail: pedromteix@gmail.com

aqui se propõe (o direito probatório processual civil) e ao Direito em geral. Trata-se da ideia, que vem sendo aos poucos assimilada, da eficácia normativa e dos efeitos irradiantes das normas constitucionais. Esse propósito a partir dessa compreensão acabou culminando no fenômeno conhecido como a constitucionalização do Direito.

A influência do neoconstitucionalismo, como um movimento teórico, e do contexto histórico vivido quando foi elaborada a CRFB, culminou na inserção de normas de diferentes áreas do Direito e não apenas da matéria constitucional em seu texto. Esse efeito traduz uma das facetas da constitucionalização do direito, que também se caracteriza pela influência do texto constitucional sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro (SARLET, 2012).

Em outras palavras, a constitucionalização do direito atingiu o âmbito processual com a inserção de princípios processuais no texto constitucional e pela influência e reprodução de normas constitucionais no sistema legal infraconstitucional. Percebe-se, assim, uma relação profunda entre a Constituição e o processo. Por um lado, no sentido Constituição-processo, a partir da repercussão que o Direito Processual sofre em seus princípios pela constituição; e, por outro, no sentido processo-Constituição, pela compreensão de que pelo Direito Processual o Estado dá efetividade ao ordenamento jurídico, inclusive às normas constitucionais (DINAMARCO, 2003).

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, visando a atender aos anseios populacionais, em seu art. 1º estabelece a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito. Portanto, todos os institutos estatais do País estariam permeados de valores democráticos (SILVA, 2005), inclusive o próprio Judiciário.

Esse trabalho tem como objetivo a apresentação de uma visão crítica da forma como vem sendo conduzida a fase de instrução do processo civil, sobretudo, no que tange à produção de provas. O propósito é chamar atenção para a possibilidade e, mais que isso, a necessidade de assimilação dos ideais democráticos inscritos na CRFB na perspectiva do direito processual civil, visando, em última análise, elaboração do provimento jurisdicional a partir da cooperação dialógica entre sujeitos do processo.

2. A ideia de um processo civil democrático a partir das garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório

Fredie Didier Jr. ensina que o reconhecimento da força normativa da Constituição ocasionou a mudança de um modelo de Estado fundado na lei (Estado Legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional):

A constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo, fenômeno que pode ser percebido em duas dimensões: (i) incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direito fundamental, sendo o principal exemplo o direito fundamental ao devido processo legal e todos os seus corolários (contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita, etc.); (ii) o exame das normas infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, com intensificação do diálogo entre processualistas e constitucionalistas.¹²⁶

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015, já em seu art. 1º, de forma pedagógica, encampa expressamente essa concepção constitucionalista do Direito:

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

O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder. Trata-se de uma garantia constitucional e direito fundamental de conteúdo complexo, que, ao longo da história, foi incorporando corolários de aplicação (contraditório, ampla defesa, juiz natural, publicidade, duração razoável). Sua construção é obra eternamente em progresso (Didier, 2015).

A evolução do estudo desse metaprincípio, também concebido como cláusula geral, aponta para a necessidade de compreensão da sua dupla dimensão: o devido processo legal formal ou procedimental e o devido processo legal substancial.

Aqui, interessa mais esse segundo aspecto. A análise do devido processo legal sob o prisma dessa dimensão substancial se ramifica em variadas acepções. Em um primeiro momento, tem-se que “a experiência jurídica brasileira assimilou a dimensão substancial do devido processo legal de um modo bem peculiar, considerando-lhe o fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade (postulado, princípio ou regra da proporcionalidade, conforme seja o pensamento a se adotar) e da razoabilidade”.¹²⁷

Essa noção, apesar de contribuir para a compreensão da temática que aqui se pretende explorar, sobretudo, a luz do pensamento de Humberto Ávila, segundo o qual

¹²⁶ DIDIER JR. *Curso de direito processual civil*. introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, p. 47

¹²⁷ DIDIER JR. *Curso de direito processual civil*. introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, p. 68

“são os próprios deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que irão definir, ao lado de outros critérios, o que é um processo adequado ou justo”¹²⁸, não é a que mais interessa no momento.

Para o estudo a que aqui se propõe desenvolver, o que mais importa é a compreensão do devido processo legal, a partir de um dos seus principais corolários, a garantia fundamental do contraditório.

O princípio do contraditório está atrelado à própria noção de processo, inconcebível se não estruturado democraticamente. O contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder (MARINONI, 1999).

É possível afirmar que as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, CRFB/88), vêm passando por uma transformação gradual, se afastando da concepção meramente formal, de observância, das regras infraconstitucionais, para assumir um sentido substancial.

A ampla defesa não mais é atendida com a mera possibilidade de produção probatória pelas partes, exigindo-se cooperação entre os atores processuais, por meio de uma sistemática dialógica, para que se alcance, em tempo razoável, solução justa.

O contraditório não mais se satisfaz com a simples abertura de vista às partes no processo, devendo lhes ser assegurada a efetiva possibilidade de influir na construção da solução jurídica a ser adotada.

O atual CPC, que passou a vigorar a partir de 18 de março de 2016, proporciona relevante contribuição para a assimilação dessa nova concepção de um processo civil constitucional.

Para além da compreensão primária do contraditório, como simples direito de participação ou de ser ouvido (dimensão formal), o contraditório incorpora a ideia de “poder de influência”, ou seja, a efetiva possibilidade conferida à parte de interferir ativamente na decisão que será tomada pelo órgão jurisdicional.

A regra da “não surpresa”, integrada ao ordenamento jurídico pelo atual CPC, em seus artigos 9º e 10º, busca dar efetividade a essa ideia de “poder de influência”.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

128 ÁVILA. *O que é o “devido processo legal”?*, p. 57

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III ;

III - à decisão prevista no art. 701 .

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Essa nova concepção de um direito processual civil constitucional e as ideias a ela inerentes devem ser incorporadas à fase de instrução do processo, sobretudo, na orientação da atividade probatória, que deve ser direcionada à construção democrática de uma solução justa ao conflito.

3. A atividade probatória, o ativismo judicial e os equívocos que comprometem o desenvolvimento democrático da instrução processual

A doutrina oscila ao conceituar prova, entre aqueles que a concebem como os meios ou elemento que contribuem para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato; e os que a conceituam como um conjunto de atividades de verificação e demonstração, que tem como objetivo chegar à verdade relativa às alegações de fato relevantes para o julgamento.

O primeiro conceito contribuiu para a lógica – que aqui se pretende desconstruir – de que o juiz seria o destinatário da prova. A responsabilidade pela fomentação dessa compreensão, no entanto, não deve ser atribuída aos doutrinadores que o criaram, mas sim à interpretação imprecisa de suas lições.

Não se questiona que um dos objetivos da atividade probatória no âmbito de um processo judicial, talvez o principal deles, seja contribuir para a formação do convencimento do magistrado, a quem compete, ao fim e ao cabo, decidir o conflito.

Esse reconhecimento, todavia, não induz à ratificação da premissa de que o juiz é o (único) destinatário da prova.

O direito à postulação probatória constitui manifestação das garantias constitucionais do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório.

Conforme lições de Daniel Amorim Assumpção Neves, extraídas de seu Manual de Direito Processual Civil, “encontra-se na doutrina uma forte tendência na defesa da natureza constitucional do direito à prova, que, embora não esteja expressamente previsto no Texto Maior, seria decorrência da moderna visão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF (‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito’), atualmente analisado à luz do acesso à ordem jurídica justa (...)”. 129

O Código de Processo Civil assegura às partes em um processo judicial o direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos para provar os fatos alegados em juízo. Confira-se:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

A partir da compreensão dessa norma, é possível concluir que o juiz é apenas um dos destinatários da prova, em cujo rol se incluem, ainda, todos aqueles que dela poderão fazer uso.

Antes que sobreviessem as relevantes alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, os estudiosos do tema já propunham uma revisão da lógica relacionada à destinação da prova no processo civil.

Em 2013 foi aprovado o Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, com a seguinte redação:

Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz.¹³⁰

Cirilo Vargas, em seu artigo intitulado *A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões jurisdicionais* apresenta uma crítica essencial à atuação que tradicionalmente vem sendo desempenhada pelo juiz. O Autor apresenta a ideia segundo a qual, com a estruturação do Estado Democrático de Direito não mais se admite a transferência para o Judiciário do papel de garantidor da “justiça

129 NEVES, *Manual de direito processual civil*, p. 494.

130 Enunciado n. 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

universal” e da “vontade da lei”, tarefa que tem justificado a construção unilateral de decisões judiciais. Ainda conforme pensamento elaborado no referido artigo, o desenvolvimento da democracia constitucional conduz à superação do decidir sustentado pela atuação de um “decisor-descobridor” que “escuta a voz de Deus emanante de regras éticas de validade universal”.¹³¹

Vargas, fazendo menção a julgado do Tribunal Constitucional de Portugal, anota que “somente o procedimento dialeticamente organizado (processo) cujos participantes atuam em posição simétrica, é capaz de legitimar o exercício da atividade jurisdicional (posicionando o juiz não como partícipe da relação jurídica, mas como *destinatário e viabilizador do contraditório*)”.¹³²

Muito se discute, atualmente, sobre o ativismo do juiz na fase probatória, mais especificamente quanto à possibilidade de o magistrado tomar a iniciativa determinando as provas que devem ser produzidas no processo. O tema divide opiniões. Como abordado por Ana Isis Teran Silva e Isabela Dias Neves, entre aqueles que compreendem tal postura judicial ativista inconstitucional e os que a reputam essencial na efetivação do Processo Civil Democrático.¹³³

Partindo-se da garantia fundamental ao devido processo legal, constitucionalmente assegurada como um direito fundamental (art. 5º, LIV, CRFB/88), é possível compreender a fase instrutória do processo como aquela em que os sujeitos envolvidos se dedicam à atividade probatória, e sob a supervisão do magistrado buscarão a construção dialógica da solução jurídica a ser adotada em cada caso concreto.

Do ordenamento jurídico é possível extrair diversas regras que se destinam à regulamentação dessa atividade, a maior parte delas se concentra no CPC.

A partir do art. 369 do CPC, no Capítulo XII, “Das Provas”, é possível perceber um sistema coeso, em que o papel dos sujeitos do processo, em especial do magistrado, é bem delimitado. A interpretação sistemática dessas normas nos conduz à conclusão de que a Lei reservou ao juiz uma tarefa bem definida na fase instrutória, cabendo a ele zelar pela atuação das partes em prol da construção de uma solução justa e democrática, orientando-se pelos princípios da efetividade, do devido processo legal e da boa-fé objetiva. Esta última, em especial, a partir dos deveres laterais que lhe são inerentes, de se comportar de acordo com a expectativa legitimamente depositada e de cooperação entre os sujeitos.

131 VARGAS, *A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões jurisdicionais*

132 Ibidem.

133 SILVA; NEVES. *Processo Civil Democrático: ativismo judicial frente às provas*.

A figura do magistrado preserva sua importância nessa fase essencial do processo, a ele cabendo o papel de supervisão e orientação em busca da efetividade. Cabe citar a regra do art. 370 do CPC:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

A normativa processual disciplinou com maior dinamicidade a atividade probatória, permitindo ao magistrado a distribuição do ônus da prova entre as partes, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, levando em conta as reais condições apresentadas por cada uma delas para produzi-las. A obrigação de produzir determinada prova será imputada àquele que estiver em melhores condições de fazê-lo. É o que se convencionou chamar de “carga dinâmica do ônus da prova” e sua base normativa encontra-se positivada no art. 373, § 1º, do Diploma Processual. Confira-se:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Como se observa do § 3º, do dispositivo legal acima transcrito, é possível que o ônus da prova seja definido mediante convenção entre as partes, o que também se insere no âmbito dessa “carga dinâmica da distribuição”.

Essa nova disciplina elástica da carga probatória tem como vetor da sua materialização no ordenamento o instituto da inversão do ônus da prova. Trata-se de uma medida processual que se ramifica em duas espécies: a inversão *ope legis* (predefinida por lei) e *ope iudicis* (que se submetem à avaliação do magistrado).

Como exemplo da primeira, é possível citar a regra do art. 429 do CPC, *in verbis*:

Art. 429. Incumbe o ônus da prova quando:

I - se tratar de falsidade de documento ou de preenchimento abusivo, à parte que a arguir;

II - se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento.

Outros exemplos de inversão do ônus da prova pré-estabelecidos em lei, ou seja, que independem de decisão judicial, são encontrados no Código de Defesa do Consumidor (CDC), quando trata de “fato do produto” e da publicidade, em seus artigos 14, § 3º e 38, respectivamente:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (grifos nossos)

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Por sua vez, como exemplos de hipóteses de inversão *ope iudicis* do ônus da prova podem ser mencionados, o próprio § 1º, do art. 373 do CPC – anteriormente citado – e o art. 6º, VIII, do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Os legais dispositivos acima citados foram estrategicamente coletados do ordenamento jurídico, para ilustrar e reforçar que o sistema processual, especificamente no que tange à organização da fase instrutória do processo, bem definiu o papel do magistrado. Pode-se dizer assim, que ao invés da ultrapassada concepção do juiz como destinatário das provas, a função exercida pelo magistrado melhor se alinha com a posição de “destinatário do contraditório” (VARGAS, 2012).

É de se indagar, assim, porque é que a discussão sobre a atuação do magistrado no direito probatório ocupa tanto espaço entre processualistas e operadores do direito em geral ao longo do tempo, se, claramente, a sistemática não oferece margem ao ativismo judicial.

Importante deixar claro que o que se está a questionar aqui não é aquele ativismo judicial, publicamente defendido pelo Ministro Roberto Barroso, que está mais relacionado à solução jurídica a ser dada a um caso concreto. Essa concepção da qual o Ministro é entusiasta, diz respeito a uma atuação do magistrado mais proativa na busca pela concretização de valores constitucionais e que inclui em seu espectro posturas como: aplicação direta das normas constitucionais, independentemente de manifestação do legislador ordinário; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2014).

Não é desse ativismo judicial que estamos a tratar neste momento, mas sim daquele que se revela no âmbito da atividade probatória, que parte de uma interpretação (equivocada) da norma do art. 370 do CPC, a ponto de o magistrado sentir-se autorizado a suprir a inércia ou a ineficiência probatória das partes ou de alguma delas e atuar proativamente na produção das provas, sob o pretexto de se buscar uma “verdade real”.

5. O mito da “verdade real”

Essa justificativa, comumente apresentada pelos juízes, como motivação da sua intervenção ativa na atividade probatória: “a busca da verdade real”, é problemática em vários aspectos. Primeiramente, é de se questionar se a verdade seria algo efetivamente alcançável. De se indagar, ainda, se a verdade, como percepção subjetiva de um indivíduo, a partir de determinada posição e em certo contexto, poderia ser qualificada como real.

Cesar Candiotto, em artigo intitulado *Verdade e diferença no pensamento de Michel Foucault*, escreveu que “aquilo qualificado de verdadeiro não habita num já-aí; antes é produzido como acontecimento num espaço e num tempo específicos. No espaço, na medida em que não pode ser válido em qualquer lugar; no tempo, porque algo é verdadeiro num tempo propício, num kairós”.¹³⁴

A temática, especificamente no âmbito do direito probatório, foi abordada por Fredie Didier Jr, m seu *Curso de direito processual civil*.

É comum dizer que a verdade absoluta é algo inatingível, que é utópico imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento. Realmente, não se pode dizer, de um fato, que ele é verdadeiro ou falso; a rigor, ou o fato existiu, ou não. O que se pode adjetivar de verdadeiro ou falso é o que se diz sobre esse fato, a proposição que se faz sobre ele. O algo pretérito está no campo do ôntico, do ser: existiu, ou não. A verdade,

¹³⁴ CANDIOTTO, *Verdade e diferença no pensamento de Michel Foucault*, Kriterion, Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. XLVIII, n. 115, p. 204.

por seu turno, está no campo o axiológico, da valoração: as afirmações e que podem ser verdadeiras ou falsas.

(...)

A prova, portanto, dificilmente servirá para reconstruir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo. Com base nessas premissas é que se costuma dizer que o processo não se presta à busca da verdade, sobretudo porque a verdade real é inatingível, que está além da justiça, bem como porque há outros valores que orientam o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar. Calcar a teoria processual sobre a ideia de que se atinge, pelo processo, a verdade material, seria mera utopia. (...) 135

A compreensão da verdade é questão que intriga e causa inquietude na humanidade desde a sua existência no planeta. Estudiosos se dedicam a esse tema desde Sócrates e Platão a Marilena Chaui.

Ciente da complexidade e da profundidade dos debates que permeiam as reflexões sobre a verdade, não parece aceitável que decisões judiciais continuem sendo, de maneira simplista, fundamentadas na busca por uma (inatingível) “verdade real”.

Essa discussão remonta à figura do juiz Hércules, metodologicamente criada por Dworkin, para encontrar as respostas corretas nos casos judiciais. Uma alusão ao Deus grego, para ilustrar o juiz ideal, dono de um conhecimento perfeito para a resolução dos conflitos apontados.

A técnica de Hércules encoraja um juiz a emitir seus próprios juízos sobre os direitos institucionais. Poder-se-ia pensar que o argumento extraído da falibilidade judicial sugere duas alternativas. A primeira argumenta que, por desventura e com frequência, os juízes os juízes tomarão decisões injustas, eles não devem esforçar-se para chegar a decisões justas. A segunda alternativa sustenta que, por serem falíveis, os juízes não devem fazer esforço algum para determinar os direitos institucionais das partes diante deles, mas que somente devem decidir os casos difíceis com base em razões políticas ou, simplesmente, não decidi-los. Mas isso é perverso. A primeira alternativa argumenta que, por desventura e com frequência, os

135 DIDIER JR. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 46.

juízes devem submeter a outros as questões de direito institucional colocadas pelos casos difíceis. 136

A ideia do “juiz Hércules” é aqui invocada, pedagogicamente, para desconstruir a imagem do magistrado como uma ser infalível, situado em um plano superior no processo em relação aos demais sujeitos. O juiz deve atuar na fase de instrução, em posição equidistante, conduzindo e orientando a atividade probatória de maneira imparcial, sem tomar para si o protagonismo que, nesse momento, é das partes diretamente envolvidas no conflito, a quem compete, conforme estabelecido pela sistemática processual, a produção das provas de acordo com a distribuição do respectivo ônus, previamente definida.

No atual estágio de evolução do direito processual, enquanto ramo de conhecimento científico, a invocação da falaciosa “verdade real” não deve mais ser admitida como fundamentação válida. Essa terminologia está impregnada por uma ranço inquisitório, vem servindo à legitimação de condutas antidemocráticas, notadamente, a construção unilateral do provimento jurisdicional. Um dos efeitos evidentes dessa prática é a violação de um dos pilares do devido processo legal: a imparcialidade do magistrado.

Para ilustrar com números a dimensão do problema, a partir de uma busca à jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a utilização dos termos “processo civil”, “prova” e “verdade real”, são encontrados 1.546 acórdãos, em que essas expressões são verificadas na ementa. Em muitos deles é possível identificar premissas como: “é sabido que o juiz é o destinatário das provas, podendo, em busca da verdade real e da elucidação dos fatos, determinar a realização daquelas necessárias à instrução do processo” (Apelação Cível 1.0000.23.099992-2/001 – 09/10/2023); ou “ainda que a prova da existência de pactuação não tenha vindo com a contestação, deve ser levada em consideração, em homenagem aos princípios da busca da verdade real e da proibição do enriquecimento ilícito” (Apelação Cível 1.0000.23.069741-9/001 – 12/09/2023).

A situação se repete em outras Cortes Estaduais. Utilizando-se os mesmos critérios de pesquisa jurisprudencial, são encontrados 10.240 acórdãos no Tribunal de Justiça de São Paulo, em que essas expressões são encontradas no interior teor; e 24 acórdãos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que esses termos são identificados na ementa, cabendo chamar atenção para as seguintes afirmações encontradas em algumas delas:

O julgador deve conduzir o processo em busca da verdade real e em busca da efetividade da justiça. 12. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de ser admissível a

136 DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 203.

iniciativa probatória do juiz, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça (Apelação nº 0112612-29.2018.8.19.0038 - 12/09/2023);

Com efeito, o magistrado é autorizado a determinar a realização de perícia de ofício se entender que a prova é indispensável, com a finalidade de buscar a verdade real e firmar seu convencimento motivado (Agravo de Instrumento nº 0050566-79.2022.8.19.0000 - 31/08/2023).

No Superior Tribunal de Justiça foram entrados 146 acórdãos, cabendo ressaltar que no âmbito desse Corte Superior, verifica-se que a utilização da “verdade real” como fundamento para autorizar uma intervenção do magistrado na atividade probatória é mais cautelosa. Normalmente a justificativa vem acompanhada de uma questão de “relevante valor social”, como, por exemplo, em ações de investigação de paternidade.

Como se observa, a famigerada “busca da verdade real” vem dando ensejo a decisões arbitrárias, servindo para justificar a determinação de produção de provas de ofício, autorizar a mitigação de regras procedimentais, como as que estabelecem um momento adequado para a juntada de documento ao processo, ou, ainda, para fundamentar o indeferimento de provas requeridas pelas partes sem uma motivação concreta. Ou seja, assumiu a feição de um “fundamento coringa”, que pode ser utilizado em qualquer situação, de acordo com a conveniência do magistrado.

Ainda que se observe a necessidade de o juiz adotar uma postura mais proativa em determinados casos concretos, como nas ações de investigação de paternidade, por exemplo, verifica-se que tal postura poderia perfeitamente ser justificada no interesse social da demanda, não havendo nenhuma necessidade em se reportar à “busca da verdade real”.

6.Considerações finais

O aprofundamento dos estudos sobre a matéria leva ao questionamento sobre o que falta para grande parte dos magistrados assumirem a posição que o ordenamento jurídico lhes reservou nessa moderna concepção de um processo civil constitucional.

O ativismo judicial durante a fase probatória deve ser redimensionado. Aquele ativismo a que aludem SILVA e NEVES, no citado artigo de sua autoria (*Processo Civil Democrático: ativismo judicial frente às provas*), adotado pelo magistrado na condição de “destinatário do contraditório” e cuja finalidade é a concretização de preceitos constitucionais, é bem-vindo. A atuação, nessa perspectiva, deve pautar-se na garantia do

contraditório substancial, viabilizando a participação simétrica e paritária das partes, às quais deve-se assegurar os meios necessários para a produção das provas, conforme distribuição do respectivo ônus previamente definida, de modo a conferir legitimidade ao provimento jurisdicional.

Aquele ativismo, lado outro, que parte da premissa equivocada de que o juiz é o (único) destinatário das provas e que, portanto, possui o poder irrestrito de intervir na atividade probatória, inclusive suprindo a atuação que se espera e deve ser exigida das partes, sob o pretexto de se buscar uma (inalcançável) “verdade real” deve ser rechaçado.

A aceitação de que o juiz é mais um sujeito do processo, em uma relação de horizontalidade com os demais atores: partes, advogado, Ministério Público, Defensoria Pública, é essencial para a continuidade do desenvolvimento do processo civil constitucional, alinhado com os valores do estado democrático de direito. Esse processo de reconhecimento, não induz, de forma alguma, à perda da importância do magistrado, mas implica, inevitavelmente, em renúncia ao protagonismo.

É chegada a ora de abandonar o mito da “verdade real”. A atividade probatória horizontalizada, devidamente orientada pelos princípios constitucionais e cooperativamente produzida, com respeito ao contraditório substancial, pode conduzir, no máximo, a uma aproximação da verdade. Os elementos advindos dessa etapa processual, fornecerão ao magistrado a segurança jurídica necessária apenas para decidir pela maior plausibilidade de uma ou outra versão e construir, assim, dialogicamente, uma solução justa.

7. Referências:

ÁVILA, Humberto. *O que é o “devido processo legal”?*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n. 163.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 2/07/2023.

C. CANDIOTTO, *Verdade e diferença no pensamento de Michel Foucault*. Kriterion, Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. XLVIII, n. 115, p. 204

DIDIER JR. Fredie, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: JusPodivm, 2015).

DIDIER JR. Fredie, *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v.2. 10.ed. Salvador: JusPodivm, 2015).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL (IBDP). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Neves, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil – Volume único – 15.ed.* São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 494).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Anna Isis Teran; NEVES, Isabela Dias. *Processo Civil Democrático: ativismo judicial frente às provas*. Revista de informação legislativa: RIL, v. 54, n. 215, p. 97-115, jul./set. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p97. Acesso em: 15/07/2023.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

VARGAS, Cirilo Augusto. *A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões jurisdicionais*. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 5, p. 19-45, 2022. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/459>. Acesso em: 05 mai. 2023.

CONFLITOS DE TERRAS, PATRIARCALISMO E VULNERABILIZAÇÃO FAMILIAR: A COMPLEXA TEIA DE VIOLÊNCIA NO MEIO RURAL

BIANCA REITMANN PAGLIARINI:

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados-UFGD. Pós-graduada em Direito do Consumidor pela Faculdade Faculminas. Procuradora Municipal do Município de Dourados.¹³⁷

Resumo: Este artigo aborda, através do método dialético, a Lei do Talião no Direito Agrário brasileiro, relacionando-a a disputas de terras, violência doméstica e deslocamento forçado, com o objetivo de expor o contexto de violência no campo.

Palavras-chaves: Disputa de terras - Lei de Talião - Violência doméstica - Violência familiar - Deslocamento forçado

Abstract: This article, using a dialectical approach, discusses the Law of Talion in Brazilian Agricultural Law, connecting it to land disputes, domestic violence, and forced displacement, aiming to expose the context of violence in rural areas.

Keywords: Land dispute - Law of Talion - Domestic violence - Family violence - Forced displacement

Introdução

Este artigo aborda a relação entre a Lei do Talião no Direito Agrário brasileiro, conflitos de terras, violência doméstica e deslocamento forçado no meio rural. A Lei do Talião, conhecida pela frase "olho por olho, dente por dente", é uma lei que punia o criminoso exatamente da mesma forma que o crime cometido. Essa lei, que teve origem no Código de Hamurabi, marcou o passado e, muitas vezes, o presente das disputas por terras no meio rural brasileiro.

O texto destaca a importância da Lei do Talião no estudo do Direito Agrário, pois o Código de Hamurabi pode ser considerado o primeiro Código Agrário da Humanidade. No entanto, ao longo dos anos, essa lei se tornou inadequada diante da evolução do Direito, mas ainda é seguida em algumas regiões afastadas dos grandes centros, onde as leis federais não são aplicadas e as tradições e costumes têm valor de lei.

O artigo também aborda o patriarcalismo no Direito Agrário brasileiro, onde o homem representa o Estado perante a ordem familiar e quem não o obedece está sujeito

¹³⁷ Email: pagliarinibia@gmail.com

a punições, muitas vezes físicas. Esse sistema patriarcal é resultado da falta de atuação efetiva do Estado nas áreas rurais remotas, o que dificulta a atuação do Estado e gera um ciclo regido por um patriarcalismo arcaico.

Além disso, pretende-se destacar a presença constante da violência doméstica nesse ambiente patriarcal. A disputa de terras e a violência doméstica são problemas sociais que se sobrepõem e se retroalimentam, contribuindo para a vulnerabilização familiar no meio rural.

Em resumo, o presente artigo tem por objetivo discutir a relação entre a Lei do Talião, conflitos de terras, violência doméstica e deslocamento forçado no meio rural brasileiro. Destacando a importância histórica da Lei do Talião no Direito Agrário, a presença do patriarcalismo e a violência doméstica nesse contexto, e como esses problemas sociais se relacionam e contribuem para a vulnerabilização familiar no campo.

A Lei de Talião e o Patriarcalismo no Direito Agrário Brasileiro: Passado e Presente

Desde o início das civilizações, o que pautava o comportamento das pessoas que viviam em sociedade eram os costumes e as tradições estabelecidas indiretamente conforme o passar do tempo. É do fator tradição e costume que se deriva a chamada Lei de Talião escrita pela primeira vez no Código de Hammurabi e, melhor conhecida pela frase “olho por olho, dente por dente”.

Reger-se pela Lei de Talião significa punir o criminoso exatamente igual ao crime cometido, desconsiderando que num passado ela aplicava-se dependendo da circunstância, da classe da vítima e do autor do crime, é essa lei que marca o passado e, muitas vezes, o presente da disputa por terras que ocorrem no meio rural brasileiro.

Tal lei também é de extrema importância para o estudo do Direito Agrário, inclusive o agrarista Alcir Gursen de Miranda, professor da Universidade de Roraima relata que “o Código de Hammurabi, do povo babilônico pode ser considerado o primeiro Código Agrário da Humanidade” (MARQUES, 2012 p.1), visto que ele tratava de diversos temas de cunho agrário.

Desse modo, pode-se observar que a lei do “olho por olho” vigorou a muito tempo e com o decorrer dos anos se tornou inapropriada mediante a evolução do Direito. Porém, esse tipo de norma está atrelada intrinsecamente às tradições e na ausência de leis abrangentes é ela que acaba por vigorar na forma de um código de honra.

No cenário brasileiro essa é a realidade de muitos locais afastados dos grandes centros onde as leis federais não atingem e as tradições e costumes tomam valor de lei.

Onde não existe uma legislação vinda de fora feita e instaurada por um órgão maior, a normalização a ser seguida respeita a honra e a hierarquia e o órgão maior é o patriarca.

Se o Direito Brasileiro encontra-se gradadamente mais abrangente e presente na maioria das regiões do país, ele nem sempre se deu dessa forma, fazendo-se em diversos momentos da história falho e mal estruturado. O Direito Agrário é um exemplo de um campo do direito que teve maior abrangência e evolução nos últimos anos, mesmo passando por variados vácuos legislativos na história.

O Direito Agrário no Brasil vêm desde o falho sistemas das sesmarias na colonização, passando pelo período extralegal, 1822 à 1850, onde não se legislou sobre os assuntos do campo, abrindo espaço para o período das posses, pela Lei de Terras, chegando a atual Constituição Federal e Estatuto da Terra. Em todos esses momentos a lei agrária não conseguiu abranger o campo brasileiro em sua totalidade e, em áreas mais interiorizadas, nessas localidades, a lei em tempos mais remotos, pouco atingia as comunidades e unidades de família que ali residiam abrindo, dessa forma, espaço para a lei arcaica onde preza-se pela hierarquia, honra ao nome, propriedade como sinônimo de poder e pelo afincamento às tradições e costumes.

Preza-se pelo sistema patriarcal, onde o homem representa o Estado perante a ordem familiar e quem não o obedece fica sujeito às punições, em sua maioria físicas. Tal sistema é criado graças à não atuação do Estado efetivo nas áreas remotas do campo, e esse mesmo sistema acaba dificultando a atuação do Estado que acaba por gerar um ciclo regido por um patriarcalismo arcaico.

O Patriarcalismo Rural e a Sombra da Violência Doméstica

Outro ponto que marca o ambiente onde esse patriarcalismo é dominante é o fato de existir constantemente a violência dentro do próprio âmbito familiar. A disputa de terras e a violência doméstica são dois problemas sociais que se sobrepõem e se retroalimentam, uma vez que ambos têm raízes profundas e impactos significativos na vida das pessoas envolvidas.

O patriarcalismo no âmbito rural desempenhou um papel significativo na perpetuação da violência doméstica ao longo da história. Esta relação complexa se origina em sistemas sociais tradicionais que atribuem poder desigual entre homens e mulheres, muitas vezes em comunidades agrárias onde as normas culturais e as estruturas sociais evoluíram mais lentamente do que em ambientes urbanos.

O patriarcalismo é um sistema que concede poder e autoridade aos homens, muitas vezes em detrimento das mulheres, e isso é frequentemente mais evidente nas comunidades rurais, onde os papéis tradicionais do gênero são frequentemente mais

rígidos.

Nesse contexto, os homens são frequentemente considerados chefes de família, detentores das principais decisões e responsáveis pelo sustento econômico do lar. As mulheres, por outro lado, muitas vezes são relegadas a papéis domésticos e subordinados, sem o mesmo acesso ao poder e à tomada de decisões.

Essa desigualdade de gênero é um terreno fértil para a manifestação da violência doméstica. Quando as mulheres não têm voz nas decisões familiares, são financeiramente dependentes de seus parceiros e enfrentam pressões sociais para se conformarem com os papéis tradicionais do gênero, elas se tornam mais vulneráveis à violência em casa. Os agressores, muitas vezes homens, podem se sentir justificados em usar a violência para manter o controle sobre suas parceiras e filhos, acreditando que estão simplesmente reforçando a posição patriarcal.

Nesse sentido, Saffioti (2015), esclarece a dificuldade de ultrapassar o patriarcalismo que permeia toda a sociedade:

O patriarcado ou ordem patriarcal de gênero é demasiadamente forte, atravessando todas as instituições, como já se afirmou. Isto posto, por que a Justiça não seria sexista? Por que ela deixaria de proteger o status quo, se aos operadores homens do Direito isto seria trabalhar contra seus próprios privilégios? E por que as juízas, promotoras, advogadas, mesárias são machistas? Quase todos o são, homens e mulheres, porque ambas as categorias de sexo respiram, comem, bebem, dormem etc., nesta ordem patriarcal de gênero, exatamente a subordinação devida ao homem. Se todos são socializados para ser machistas, não poderá esta sociedade mudar, caminhando para a democracia plena? Este processo é lento e gradual e consiste na luta feminista. (SAFFIOTI, 2015, p.99-100).

Nota-se que, nas comunidades rurais, o isolamento geográfico pode agravar o problema. Muitas vezes, as vítimas de violência doméstica têm menos acesso a recursos de apoio, como abrigos e serviços de aconselhamento, tornando-as mais difíceis de procurar ajuda e escapar de situações abusivas.

No entanto, é importante destacar que muitas comunidades rurais também estão passando por mudanças sociais e quebra de estereótipos de gênero. Organizações e movimentos estão trabalhando para conscientizar as pessoas sobre os direitos das mulheres e para oferecer apoio às vítimas de violência doméstica, independentemente

do ambiente em que vivem.

Terra, família e conflito

A violência entre famílias é outro tema de relevância quando se discute a disputa por terras. Quando os interesses familiares estão ligados à posse de terras, o esforço pode se transformar em conflitos físicos e emocionais. O desejo de garantir o controle da terra para as gerações futuras ou a luta por heranças pode levar a disputas acaloradas, que, em alguns casos, culminam em violência física e verbal.

Além disso, a falta de regulamentação e a presença limitada do Estado em áreas rurais muitas vezes significam que as famílias ou comunidades envolvidas em disputas de terra recorrem a métodos arcaicos de resolução de conflitos, como o patriarcalismo mencionado anteriormente, onde o poder é concentrado nas mãos de líderes familiares ou comunitários. Essa dinâmica, por vezes, legitima a violência como meio de resolver conflitos e reforça padrões de gênero desiguais.

Para lidar com esses problemas, é essencial que os governos, as organizações não governamentais e a sociedade em geral busquem soluções que promovam a justiça, a igualdade de acesso à terra e a resolução de conflitos. Isso inclui a implementação de políticas de reforma agrária, a criação de mecanismos de resolução de disputas e a promoção da educação e conscientização sobre direitos de propriedade e igualdade de gênero.

Ademais, é fundamental abordar as causas subjacentes à violência familiar e promover a educação e a conscientização sobre relações de saúde e resolução de conflitos não violentos. A superação desses desafios requer um esforço conjunto de todas as partes interessadas, com o objetivo de criar comunidades rurais mais seguras e igualitárias, onde as disputas de terra possam ser resolvidas pacificamente e a violência entre famílias seja minimizada.

Deslocamento Forçado e Vulnerabilização de Famílias: As Consequências da Disputa por Terras

O deslocamento forçado, decorrente da disputa por terras, é uma realidade trágica que afeta inúmeras famílias em todo o mundo. Essa questão é um reflexo das tensões existentes em torno da posse da terra e muitas vezes resulta em situações de grande vulnerabilidade para as famílias afetadas.

As disputas por terras podem ter origens diversas, desde interesses específicos até questões históricas e culturais. Quando diferentes partes reivindicam a mesma terra, a tensão aumenta, e aqueles que vivem nessas áreas muitas vezes se tornam vítimas involuntárias dos conflitos. A mudança forçada é uma das tristes consequências dessas

disputas.

As famílias que estão presas a abandonar suas terras enfrentam uma série de desafios e vulnerabilidades. Em primeiro lugar, a perda de suas propriedades significa a perda de suas fontes de subsistência, o que pode levar a dificuldades econômicas significativas. Muitas vezes, essas famílias dependem da terra para sua alimentação e renda, e o deslocamento as deixa em uma situação de incerteza quanto ao seu futuro.

Além disso, a mudança introduzida frequentemente coloca as famílias em situações de extrema vulnerabilidade social. Eles podem perder seus laços comunitários, sua rede de apoio e até mesmo seu acesso a serviços básicos, como educação e assistência médica. As crianças muitas vezes são mais afetadas, com suas oportunidades de educação comprometidas e sua segurança em risco.

A violência também é uma ameaça constante para as famílias deslocadas, uma vez que elas podem ficar em campos de refugiados superlotados ou em áreas urbanas precárias, onde a falta de segurança é uma preocupação constante. As mulheres e crianças estão particularmente em risco de abuso e exploração.

Sobre o tema, KELLEY reflete sobre a necessidade de entender as consequências pessoais do deslocamento forçado:

Os impactos humanitário e de desenvolvimento do deslocamento forçado são catastróficos. Mas o mesmo pode ser dito do custo humano. Não podemos nunca nos esquecermos de que, por trás de cada número, há uma história de grande sofrimento pessoal — um lembrete cruel da velocidade com que vidas podem ser destruídas e da importância de apoiar as pessoas no momento mais vulnerável de suas vidas.(KELLEY, Ninette, 2021, pg. 7)

Para fazer face a esses desafios, é fundamental que haja políticas e programas eficazes que abordem as necessidades das famílias deslocadas. Isso inclui acesso a abrigo, assistência médica, educação e oportunidades de emprego. Além disso, a resolução de conflitos de terra deve ser tratada de forma justa e transparente, garantindo que os direitos das comunidades sejam respeitados.

A prevenção do deslocamento provocado também é crucial, e isso implica na promoção do diálogo, na mediação e na busca de soluções consolidadas para as disputas de terra. Além disso, é fundamental considerar a importância das comunidades rurais no manejo sustentável da terra e dos recursos naturais, e garantir que suas vozes sejam ouvidas nas decisões relacionadas à terra.

Em resumo, a mudança causada pela corrente da disputa por terras é um problema que resulta em grande vulnerabilidade para as famílias afetadas. Abordar esta questão exige esforços concertados para garantir que as necessidades das famílias deslocadas sejam atendidas e que as disputas de terra sejam resolvidas de maneira justa e pacífica.

Conclusão

A interligação entre a Lei de Talião, o patriarcalismo no Direito Agrário Brasileiro, a disputa por terras e a violência doméstica criam uma teia complexa de desafios nas comunidades rurais. A influência histórica da Lei de Talião moldou as tradições e costumes em torno das disputas de terras, muitas vezes perpetuando um código de honra arcaico, onde a justiça é frequentemente determinada por um patriarca.

Essa dinâmica de poder desigual, onde os homens detêm o controle, contribui para a vulnerabilidade das mulheres e a ocorrência de violência doméstica. A falta de acesso a recursos de apoio em áreas rurais isoladas torna as vítimas ainda mais suscetíveis a abusos.

Ademais, o deslocamento causado resultante de disputas de terras agrava a vulnerabilidade das famílias, causando perda de subsistência, laços comunitários e acesso a serviços básicos. O pessoal também é ameaçado, com mulheres e crianças frequentemente sendo mais afetadas pela insegurança.

Para superar esses desafios, é essencial implementar políticas de reforma agrária justas, criar mecanismos de resolução de conflitos transparentes e promover a educação e conscientização sobre a igualdade de gênero. Além disso, a prevenção da mudança imposta requer o fortalecimento das comunidades rurais e a inclusão de suas vozes nas decisões relacionadas à terra.

Somente por meio de esforços conjuntos, que envolvem governos, organizações e a sociedade, é possível desemaranhar essa teia complexa e criar comunidades rurais mais seguras e igualitárias, onde as disputas de terras sejam resolvidas pacificamente e a violência doméstica seja minimizada. A busca por justiça, igualdade e dignidade deve ser o objetivo a ser perseguido, superando as amarras do passado em direção a um futuro mais promissor para todos.

Referências

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário*. São Paulo, 10º ed. 2012.

SAFFIOTI, H. I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

KELLEY, Ninette. *Pessoas Forçadas a se Deslocar: História, Mudança e Desafios*. [S. l.]: UNHCR-ACNUR Agência da ONU para Refugiados, 2021. 569 p. Disponível em: <https://www.unhcr.org/people-forced-to-flee-book/wp-content/uploads/sites/137/2023/04/UNHCR-ACNUR-Pessoas-Forçadas-a-se-Desloca-PT-Web.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2023.

A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO TRABALHISTA E A VEDAÇÃO DO INÍCIO DA EXECUÇÃO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO

ADRIANA MOREIRA PRIMO:
Graduação Direito pela
Universidade Estadual do
Tocantins-Unitins¹³⁸

RESUMO: Este estudo aborda a prescrição intercorrente no processo do trabalho, considerando a proibição do início da execução de ofício pelo magistrado. Os objetivos específicos incluem a análise da aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil no processo trabalhista, especialmente no contexto da execução; a investigação dos impactos da prescrição intercorrente na execução trabalhista; e a avaliação das questões relacionadas ao procedimento de cumprimento de sentença na Justiça do Trabalho, em conjunto com a vedação da execução de ofício pelo magistrado, correlacionando-as com a prescrição intercorrente prevista no art. 11-A da CLT. Metodologicamente a pesquisa classifica-se como dedutiva, descritiva e bibliográfica. Os resultados indicam que a prescrição intercorrente é aplicável ao direito do trabalho, especificamente no cumprimento de sentença. Nesse contexto, é essencial que o magistrado, mesmo ao declará-la de ofício, intime a parte interessada, em conformidade com o princípio do devido processo legal. Este estudo contribui para a compreensão das complexas interações entre a prescrição intercorrente e as práticas processuais no âmbito do direito do trabalho, promovendo assim uma análise crítica e esclarecedora sobre o tema.

Palavras-chave: Prescrição Intercorrente. Impulso Oficial. Processo do Trabalho.

ABSTRACT: This study examines the intercurrent prescription in labor proceedings, taking into consideration the prohibition of the magistrate's self-initiation of execution. Specific objectives include the analysis of the subsidiary application of the Civil Procedure Code's norms in labor proceedings, particularly in the context of execution; investigation of the impacts of intercurrent prescription on labor execution; and evaluation of issues related to the enforcement of judgments in Labor Court, in conjunction with the prohibition of self-initiated execution by the magistrate, correlating them with the intercurrent prescription outlined in article 11-A of the Labor Code. Methodologically, the research is classified as deductive, descriptive, and bibliographical. The results indicate that intercurrent prescription is applicable in labor law, specifically in judgment enforcement. In this context, it is essential for the magistrate, even when declaring it ex officio, to notify the interested party in accordance with the principle of due process. This study contributes to the

138 E-mail: adriana.primo@tjto.jus.br

understanding of the intricate interplay between intercurrent prescription and procedural practices within labor law, thus promoting a critical and enlightening analysis of the subject.

Keywords: Intercurrent Prescription. Official Impetus. Labor Proceedings.

1 INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista, promulgada pela Lei nº 13.467/2017, introduziu significativas alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), especialmente no âmbito do Direito Processual do Trabalho. Com essa modificação legislativa, foi inserido na CLT o art. 11-A, que versa sobre a aplicação da prescrição intercorrente no processo do trabalho, um instituto que, até então, era abordado apenas na Lei de Execução Fiscal e no Código de Processo Civil.

É importante ressaltar que a Lei de Execução Fiscal foi pioneira, no contexto jurídico nacional, ao regulamentar a prescrição intercorrente, já o fazendo na década de 1980. Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015, estabelecido pela Lei nº 13.105, abordou o tema no âmbito processual civil, reacendendo os debates sobre a aplicação desse instituto ao processo do trabalho.

Mesmo antes da previsão da prescrição intercorrente na CLT e ainda durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, que não tratava do instituto, a doutrina e a jurisprudência já apresentavam divergências quanto à sua aplicabilidade e pertinência ao processo do trabalho. Portanto, mesmo após a inclusão da prescrição intercorrente no processo trabalhista brasileiro, em decorrência da Reforma Trabalhista, as implicações continuam a suscitar debates no campo doutrinário.

Vale ressaltar que a prescrição representa a perda do direito de ação por parte do titular de um direito que não o exerceu dentro de um determinado período de tempo. A prescrição intercorrente, nesse contexto, ocorre durante o processo de execução, ou seja, tem início após a propositura da ação, visando atender aos princípios da razoável duração do processo, da economia processual e da celeridade.

No entanto, no âmbito do Direito do Trabalho, devido à natureza essencial dos créditos trabalhistas, que decorrem da própria natureza dos valores remuneratórios destinados ao trabalhador e têm como objetivo primordial garantir a sua subsistência e a de sua família, surgem discussões sobre o tema, especialmente em virtude da vedação à execução de ofício pelo magistrado.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo refletir sobre a prescrição intercorrente no processo do trabalho à luz da vedação do início da execução,

de ofício, pelo magistrado. E, como objetivos específicos busca-se discorrer sobre a aplicação subsidiária das normas insertas no Código de Processo Civil ao processo trabalhista no que tange a execução; averiguar os efeitos da prescrição intercorrente na execução trabalhista; e, ainda, verificar as questões afetas ao procedimento do cumprimento de sentença na Justiça do Trabalho e a vedação da execução de ofício pelo magistrado, relacionando à prescrição intercorrente a que se refere o art. 11-A da CLT.

Para tanto, adota-se como método de abordagem o dedutivo e, como método de procedimento, o descritivo. No que diz respeito à técnica de pesquisa, o estudo classifica-se como bibliográfico, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

Destarte, e com vistas a alcançar os objetivos retromencionados, divide-se o estudo em três seções, além de introdução e considerações finais. Na primeira seção discorre-se sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo trabalhista, com ênfase na execução. Na segunda seção, por sua vez, trata-se do conceito, origens, fundamentos, dentre outras questões que permitam contextualizar a prescrição intercorrente e seus efeitos na execução trabalhista. Por fim, na terceira seção, dá-se ênfase ao cumprimento da sentença na Justiça do Trabalho, considerando a vedação da execução de ofício e a consequente aplicação da prescrição intercorrente no processo do trabalho.

2 A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO EM RELAÇÃO AO PROCESSO DE EXECUÇÃO TRABALHISTA

No âmbito das demandas trabalhistas, há situações em que determinados procedimentos não são contemplados pela legislação processual trabalhista. Nessas circunstâncias, torna-se necessária a aplicação das normas processuais civis de forma subsidiária. É o que dispõe o art. 769 da CLT, o qual dispõe que “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título” (BRASIL, 1943, s.p.).

Para Martinez (2020), o recurso em comento, porém, está condicionado expressamente a dois requisitos fundamentais: a ausência de dispositivos pertinentes na legislação processual trabalhista e a consonância da norma processual civil com os princípios basilares do processo do trabalho.

De fato, a CLT, no retromencionado dispositivo legal, autoriza, de forma expressa, a aplicação subsidiária das disposições contidas no Código de Processo Civil ao processo do trabalho, inclusive no que diz respeito à execução trabalhista. Tal dispositivo, segundo Martins Filho (2018), tem relevância impar no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que a CLT sempre foi objeto de críticas por ser omissa em questões como a concessão

de tutela antecipada e mesmo o reconhecimento da prescrição intercorrente, isso antes da Reforma Trabalhista.

Também Leone (2018) destaca que uma aplicação subsidiária foi uma forma adotada pelo legislador para não tornar o processo do trabalho impraticável e, assim, resguardar os direitos dos envolvidos. Portanto, sempre houve a preocupação em se invocar, de forma subsidiária, as normas consagradas na legislação processual comum, mormente no Código de Processo Civil, para solucionar questões omissas nos procedimentos trabalhistas, desde que compatíveis com os princípios do Direito do Trabalho.

Portanto, o primeiro requisito é exatamente a ausência de dispositivos na legislação processual trabalhista. Como lembra Schiavi (2017), um dos pressupostos para a aplicação subsidiária do processo civil nas demandas trabalhistas é a inexistência de orientações explícitas na legislação processual trabalhista.

Por conseguinte, quando a CLT ou qualquer outra legislação trabalhista relevante não aborda um procedimento específico, os operadores do Direito são orientados a recorrer ao arcabouço processual civil em busca de orientação (MARTINEZ, 2020). Isso assegura que lacunas nos aspectos procedimentais das demandas trabalhistas sejam adequadamente preenchidas.

Contudo, havendo disposições expressas na legislação processual trabalhista para dirimir as questões, não há que se falar em aplicação subsidiária, pois ausente exatamente a omissão a que se refere o *caput* do art. 769 da CLT.

Dando seguimento, tem-se o segundo critério essencial para a aplicação subsidiária do processo civil nas demandas trabalhistas. Diz respeito à harmonia da norma processual civil com os princípios fundamentais do processo do trabalho. Portanto, ao aplicar as regras processuais civis, é imperativo garantir que estas estejam alinhadas com os princípios básicos de equidade, eficiência e resolução célere que são inerentes às demandas trabalhistas (MARTINEZ, 2020).

Desta feita, inexistindo tal compatibilidade, não há que se falar em aplicação subsidiária, ainda que a CLT seja omissa em relação à determinado procedimento.

Não é demais registrar que antes mesmo da Reforma Trabalhista, e após o advento da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil, revogando o diploma em vigor desde 1973, a composição plena do TST editou a Instrução Normativa nº 39/2016, a fim de explicitar as normas inaplicáveis, por omissão ou incompatibilidade, no âmbito

trabalhista, ante as especificidades deste ramo do Direito, e à luz do art. 796 da CLT, que determina a aplicação subsidiária do “direito processual comum” ao processo do trabalho.

Portanto, a aplicação subsidiária das normas processuais civis nas demandas trabalhistas está condicionada a dois requisitos primordiais: a ausência de dispositivos pertinentes na legislação processual trabalhista e a adesão aos princípios fundamentais do processo do trabalho. Ao cumprir esses critérios, os operadores do direito podem lidar com situações em que determinados procedimentos não são abordados pela legislação trabalhista, preservando assim a integridade e eficácia do processo jurídico no âmbito do direito do trabalho.

Anote-se, ainda, que a Reforma Trabalhista, implementada pela Lei nº 13.467/2017, deu nova redação ao § 1º do art. 8º da CLT, para reforçar a aplicação subsidiária do direito comum ao Direito do Trabalho (BRASIL, 2017).

De acordo com Martinez (2020) o direito comum é reconhecido como uma fonte subsidiária do direito do trabalho. Vale ressaltar que a reforma trabalhista promovida pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, retirou do texto normativo o critério de compatibilidade da solução integrativa proposta.

Apesar dessa mudança, é plausível inferir que a mera constatação da omissão não será suficiente, por si só, para justificar qualquer forma de integração. Permanece como requisito essencial a adoção de uma solução que esteja em consonância com os princípios e a filosofia inerentes ao direito laboral (MARTINEZ, 2020).

Portanto, e após a Reforma Trabalhista, o direito comum surge como uma importante fonte subsidiária no direito do trabalho. Ele compreende o conjunto de normas e princípios que regem as relações jurídicas de forma geral, sendo aplicável em todos os ramos do Direito, incluindo o Direito do Trabalho. Logo, enquanto fonte subsidiária permite que os operadores do Direito recorram aos princípios e normas do direito comum para suprir a lacuna existente, proporcionando assim uma solução justa e equitativa para as partes envolvidas.

Da mesma forma que o disposto no art. 769 da CLT, aplicação do direito comum no direito do trabalho deve ser pautada pela compatibilidade com os princípios e finalidades específicas desse ramo do Direito. Isso significa que as normas e princípios do direito comum devem ser interpretados e aplicados de forma a garantir a proteção dos direitos dos trabalhadores e a promoção de um ambiente laboral saudável (MARTINEZ, 2020).

Por fim, cumpre tão somente destacar que a aplicação subsidiária das normas processuais civis ao processo do trabalho, especialmente no que concerne à execução trabalhista, representa um importante papel para preencher lacunas e assegurar a

efetividade das decisões judiciais. Quando a legislação trabalhista não oferece orientações específicas sobre determinados aspectos da execução, recorre-se às normas do processo civil para nortear o procedimento, de modo a garantir uma meios para a satisfação dos direitos do trabalhador, ao mesmo tempo em que preserva os princípios fundamentais do processo do trabalho. É o que ocorreu, por exemplo, em relação à prescrição intercorrente até o advento da Reforma Trabalhista, já que o instituto somente foi tratado mais recentemente na CLT, como se passa a expor.

3 EFEITOS DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO TRABALHISTA

No âmbito do Direito do Trabalho, assim como em outras áreas da ciência jurídica, a prescrição é um instituto de grande relevância, com implicações significativas que frequentemente geram debates e controvérsias (DELGADO; DELGADO, 2017). Sua aplicação na Justiça do Trabalho levanta preocupações, visto que, em grande parte das situações, o prejudicado pela prescrição é o empregado, parte mais vulnerável na relação entre capital e trabalho. Em outras palavras, o credor é a parte mais fragilizada na relação, muitas vezes em desvantagem econômica, dependendo dos valores trabalhistas para sua própria subsistência e a de sua família.

A prescrição intercorrente tem origens no Direito Tributário, sendo inicialmente regulamentada pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Posteriormente, ganhou relevância no contexto do processo civil, com o atual Código, promulgado em 2015, estabelecendo diretrizes relacionadas à prescrição intercorrente, introduzindo inovações no campo processual civil (MARTINEZ, 2020).

É importante ressaltar que o termo "intercorrente", de origem latina, segundo o dicionário Aurélio, significa "que se mete de permeio; que sobrevém enquanto outra coisa dura" (DICIO, 2019, p. 01). Portanto, a prescrição intercorrente é aquela que ocorre enquanto as partes estão envolvidas no processo de execução, ou seja, é a prescrição que ocorre no meio do processo de execução.

Nesse contexto, as explanações de Martinez (2020, p. 1474) sobre o conceito de prescrição intercorrente no Direito do Trabalho estão em consonância com essa compreensão:

A prescrição intercorrente, como o próprio nome sugere, ocorre durante o curso de um processo já iniciado. O seu início, dentro do processo, é marcado pela prática de um ato que, sem justificativa, resulta na paralisação do processo.

Na mesma linha de ensinamento, Delgado (2022) explica que a prescrição intercorrente ocorre durante o curso do processo. Ao propor a ação, o prazo prescricional é suspenso; no entanto, logo em seguida, ele recomeça a contar a partir do início, podendo se consumir até mesmo antes do encerramento do processo.

Dessa forma, fica evidente que a prescrição intercorrente se configura sempre que, após a citação, o prazo prescricional é reiniciado. Isso representa o recomeço da contagem do tempo de prescrição, que foi interrompida com o início da ação, desde que o processo permaneça inerte, seja por negligência do autor da ação ou por outros motivos. Geralmente, a prescrição intercorrente ocorre quando o processo fica paralisado devido à falta de diligência por parte do credor, que deixou de realizar os atos e diligências que lhe competiam.

É importante salientar que a prescrição intercorrente ganhou destaque no Código de Processo Civil de 2015, que introduziu mudanças significativas nos procedimentos civis e explicitamente incorporou o instituto da prescrição intercorrente. Esta foi tratada como uma das formas de extinção da execução civil, conforme estabelecido pelo art. 924, inciso V, desse diploma legal (LEONE, 2018).

Cabe mencionar que a Lei de Execução Fiscal já previa a prescrição intercorrente. No contexto da execução fiscal, o prazo quinquenal encontra fundamento no art. 174 do Código Tributário Nacional. Esse artigo estabelece, de forma resumida, que a ação de cobrança de crédito tributário prescreve em cinco anos, a contar da sua constituição (BRASIL, 1966). Portanto, se o direito de cobrar o crédito tributário prescreve em cinco anos, não é justificável que uma execução fiscal fique indefinidamente suspensa ou arquivada, mesmo que o devedor não seja localizado ou que não haja bens passíveis de penhora.

No que diz respeito aos fundamentos da prescrição intercorrente, busca-se proporcionar maior segurança aos jurisdicionados. Não é razoável que uma execução permaneça por tempo indeterminado nos tribunais, aguardando a localização do devedor ou de seus bens. Este é o cerne da prescrição intercorrente no Código de Processo Civil, pois o legislador estabelece um limite temporal para que o credor cumpra eficazmente seu encargo e para possibilitar meios de localização do credor ou de seus bens (CÂMARA, 2018). Caso isso não ocorra, o processo não pode permanecer indefinidamente à espera e, portanto, será extinto.

Dessa forma, a prescrição intercorrente atende aos princípios constitucionais da segurança jurídica, do devido processo legal e da duração razoável do processo (CÂMARA, 2018). O primeiro visa preservar a estabilidade das relações, evitando prolongar as disputas e a incerteza jurídica (SCHIAVI, 2017).

Por sua vez, o princípio do devido processo legal assegura que o indivíduo seja processado de acordo com regras preexistentes e devidamente observadas pelo Poder Judiciário, conforme previsto no inciso LIV do art. 5º da Constituição vigente, garantindo a aplicação de normas pré-estabelecidas em lei para que ambas as partes possam pleitear seus direitos em juízo e o réu possa se defender utilizando os instrumentos processuais regulamentados em lei (SCHIAVI, 2017).

O princípio da duração razoável do processo está relacionado à celeridade e é, segundo Schiavi (2017), um direito fundamental das partes. No entanto, cabe ao julgador, na análise do caso concreto e diante da indefinição do conceito de "duração razoável", adotar medidas para garantir que a prestação jurisdicional seja rápida, mas sempre eficaz.

Portanto, no Direito do Trabalho, esse princípio se justifica não apenas pela natureza essencial dos créditos trabalhistas, que são fundamentais para a subsistência do trabalhador e de sua família, mas também pela condição de hipossuficiência do trabalhador e pelos princípios da justiça social (DELGADO, 2022). Assim, quanto mais rápida for a prestação jurisdicional, maior será sua efetividade.

Entretanto, antes da Reforma Trabalhista, que introduziu o art. 11-A na CLT, havia divergência entre o STF e o TST quanto ao reconhecimento da prescrição intercorrente na esfera trabalhista. Conforme Cassar e Borges (2017, p. 135), "essa disparidade de entendimentos levou a jurisprudência a seguir os mais diversos argumentos, ora decidindo pela sua inadmissibilidade, ora pela sua admissibilidade".

Para o STF, e conforme entendimento consolidado na Súmula 327, a prescrição intercorrente era admitida no Direito do Trabalho, inclusive antes da Reforma Trabalhista. É relevante notar que esse enunciado foi aprovado ainda em 1963, considerando os precedentes da Corte ao longo das décadas de 1950 e início de 1960.¹³⁹

De fato, o entendimento do STF, no que tange à prescrição intercorrente, não foi compartilhado pelo TST, o qual emitiu a Súmula nº 114 em 1980, estabelecendo que esse instituto não se aplica na Justiça do Trabalho. Dessa forma, o TST se posicionou de forma divergente em relação ao entendimento consolidado no âmbito do STF, que inclusive culminou na formulação de uma Súmula pela mais alta instância judicial do país. Ao longo

139 Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA TRABALHISTA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXAME DE MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XXXV, LIV E LV, DA CF. OFENSA INDIRETA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. AGRAVO IMPROVIDO. I – A análise da questão atinente à aplicabilidade do instituto da prescrição intercorrente no âmbito trabalhista demanda o exame da legislação infraconstitucional. Incabível, portanto, o extraordinário. Precedentes [...]" (BRASIL, 2011).

da década de 1970, diversos precedentes na Corte Trabalhista fundamentaram a criação dessa súmula, que se opunha ao entendimento do STF. Nos anos subsequentes, o TST reafirmou sua posição quanto à inaplicabilidade da prescrição intercorrente no âmbito do Direito do Trabalho.¹⁴⁰

Com efeito, a Súmula nº 114 do TST, promulgada em 2003, estabelece de forma clara a não aplicação da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho. Dessa maneira, enquanto o STF se mostrava favorável à possibilidade da prescrição intercorrente no âmbito do Direito do Trabalho, o TST mantinha uma posição contrária, excluindo essa modalidade de prescrição dos processos de natureza trabalhista.

No entanto, a Lei nº 13.467/2017 introduziu na CLT o art. 11-A, que estipula que a prescrição intercorrente no processo trabalhista se dá em dois anos. O § 1º ressalta que o prazo começa a correr quando o exequente deixa de cumprir uma determinação judicial durante a execução trabalhista. O § 2º, por sua vez, assegura ao magistrado o poder de declarar de ofício a prescrição intercorrente, em qualquer instância e a qualquer momento (BRASIL, 2017).

Ao analisar o teor desse artigo de lei e considerar a divergência prévia à Reforma Trabalhista, uma vez que a CLT não previa a prescrição intercorrente, Delgado (2022) propõe uma conciliação entre as mudanças introduzidas pela Reforma e o entendimento já presente na jurisprudência. Para o mencionado autor, quando ocorre a omissão reiterada do exequente, resultando no verdadeiro abandono da causa por um período superior a dois anos e não existem informações que permitam o regular andamento do processo, o magistrado deve reconhecer, em qualquer fase e instância, a prescrição intercorrente (DELGADO, 2022).

Segundo Delgado (2022), essa interpretação já era viável mesmo antes da Reforma Trabalhista, uma vez que o art. 884, § 1º da CLT conferia ao juiz a possibilidade de reconhecer a prescrição intercorrente na fase de execução. Tal entendimento agora é expressamente refletido pelo art. 11-A da mesma legislação, o qual também está alinhado com a posição da mais alta Corte.

140 Nesse sentido: “[...] RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE 1. Segundo a iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, prescreve em 5(cinco) anos a execução fiscal de dívida ativa não-tributária, decorrente de multa aplicada por infração à legislação trabalhista, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. 2. Afronta o art. 40, § 4º, da Lei n.º 6.830/1980, o reconhecimento da prescrição intercorrente ali prevista antes do transcurso do prazo de 5(cinco) anos [...]. (BRASIL, 2013)”.

Entretanto, a disposição explícita na CLT não encerrou os debates doutrinários, especialmente porque a Reforma Trabalhista proibiu o início do cumprimento de sentença de ofício pelo magistrado, como será abordado no próximo tópico.

4 DO INÍCIO DO PROCEDIMENTO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA TRABALHISTA E A VEDAÇÃO DA EXECUÇÃO DE OFÍCIO

Como foi previamente mencionado, havia uma divergência na jurisprudência sobre a aplicação da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho antes da Reforma Trabalhista, o que também se refletia na doutrina. Martinez (2020) destaca que a prescrição intercorrente no âmbito trabalhista sempre foi um tema debatido, principalmente devido às divergências na jurisprudência.

Martinez (2020) lembra que, na doutrina, prevalecia a visão de que a prescrição intercorrente não era aplicável, argumentando que era dever do magistrado impulsionar o processo devido ao princípio do impulso oficial. Portanto, se o juiz determinasse a paralisação do processo, não poderia, posteriormente, declarar a prescrição intercorrente.

O princípio do impulso oficial é característico do Direito do Trabalho e significa que, embora a jurisdição não possa ser exercida de ofício, uma vez iniciado o processo, as fases devem ser superadas, exceto nos casos expressamente vedados pela lei (SCHIAVI, 2017).

Entretanto, autores como Delgado (2022) e Cassar (2019) apontam que a Reforma Trabalhista atenuou o princípio do impulso oficial, como evidenciado pela inclusão explícita da prescrição intercorrente, que decorre da inércia da parte e não da atuação de ofício do juiz.

Martinez (2020) também destaca que, caso o juiz identifique a negligência do reclamante, o credor na ação trabalhista, e atribua a ele a responsabilidade pela paralisação do processo, então deve reconhecer a prescrição intercorrente.

Delgado (2022) enfatiza que, em processos de conhecimento, a inércia da parte leva à extinção do processo sem resolução de mérito, o que não prejudica o trabalhador, que pode apresentar uma nova ação. No entanto, na fase de execução, a declaração da prescrição intercorrente é inviável, conforme o entendimento do TST, conforme exposto na Súmula nº 114. Portanto, a prescrição intercorrente não se aplica à liquidação e execução trabalhistas.

Schiavi (2017) ressalta que sempre houve debate na Justiça do Trabalho sobre a compatibilidade da prescrição intercorrente, especialmente devido à natureza alimentar dos créditos trabalhistas. Para ele, "prescrição intercorrente" e "prescrição da execução",

no processo trabalhista, são termos sinônimos, pois levam à extinção do processo devido à inércia do exequente.

Diante desse contexto, parece acertado concordar com a posição do STF e dos autores que defendiam, mesmo antes da Reforma, a aplicação da prescrição intercorrente ao processo do trabalho. Não se observa nenhuma violação de direitos, principalmente porque a extinção do processo sem intimação do exequente não ocorre, por exemplo.

Portanto, a prescrição intercorrente é um instrumento que visa, sobretudo, garantir a pacificação social e evitar que as execuções trabalhistas se prolonguem indefinidamente, com arquivamentos e suspensões injustificadas, especialmente quando o devedor é omissor ao não apresentar bens passíveis de penhora. Cabe ao interessado, ou seja, o exequente, fornecer meios para garantir a duração razoável do processo, a segurança jurídica, a pacificação social, entre outros aspectos. Quando não o faz, justifica-se a declaração da prescrição intercorrente ou prescrição da execução trabalhista.

Atualmente, devido à autorização legal expressa, não há dúvida quanto à aplicabilidade da prescrição intercorrente ao processo do trabalho. No entanto, questões como em que situações o magistrado pode declará-la e quando ocorre a suspensão da prescrição intercorrente são temas debatidos.

Schiavi (2017) argumenta que não faz sentido, nos dias de hoje, que um processo de execução fique indefinidamente suspenso, aguardando que o executado tenha bens para cumprir sua obrigação. Essa medida vai ao encontro da estabilidade que se espera das decisões judiciais.

Assim sendo, a Reforma Trabalhista resolveu qualquer dúvida quanto à compatibilidade da prescrição intercorrente. Delgado e Delgado (2022) acrescentam que o art. 11-A da CLT, que agora prevê a prescrição intercorrente, aplica-se apenas à fase de execução do título executivo, o que é, na visão dos autores, uma limitação à aplicabilidade do instituto.

Ao abordar especificamente a questão processual, Delgado e Delgado (2022) retomam a discussão sobre a incompatibilidade e a necessidade de uma interpretação restritiva nos seguintes termos:

Por exemplo, a indicação de bens do devedor inadimplente para a continuidade da execução judicial (este, em geral, o grande embaraço ao bom desenvolvimento da fase executória processual) não constitui ato estritamente pessoal do exequente, sem cuja atuação o fluxo do processo se toma inviável; ao inverso, trata-se, sim, de ato de interesse do Estado, em decorrência do princípio

constitucional da efetividade da prestação jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, CF), além do princípio constitucional da eficiência, que também atinge a atuação do serviço público judicial (art. 37, caput, CF). Observe-se, a propósito, que esses dois princípios constitucionais estão imantados, em certa medida, pelo texto do art. 765 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse cenário, a ausência de bens do devedor para a execução enseja, na verdade, a expedição de certidão informativa do crédito do exequente e do crédito tributário correlato, em valores específicos, com a data de referência do documento judicial, a fim de que, no futuro, surgindo lastro para a efetivação do comando judicial, este se concretize adequadamente. Ora, durante esse período de inviabilidade executória, ocorrida por manifesta culpa do devedor inadimplente, é evidente que não corre qualquer prescrição.

Assim, na visão de Delgado e Delgado (2017), reforçada pelo autor em obra específica sobre Direito do Trabalho (DELGADO, 2022), a prescrição intercorrente não é compatível com os princípios trabalhistas, apesar de estar prevista no texto da CLT.

Martinez (2020) argumenta que o legislador levou em consideração a compatibilidade da prescrição intercorrente com o processo do trabalho, baseando-se na interpretação doutrinária que prevalecia mesmo antes da Reforma Trabalhista, na aplicação subsidiária da Lei de Execução Fiscal e do Código de Processo Civil, bem como na necessidade de estabelecer medidas de segurança. Para o autor, portanto, o impulso oficial é atenuado quando há inércia da parte na execução trabalhista.

Leite (2021) também defende que, mesmo antes da previsão expressa em lei, a prescrição intercorrente já podia ser decretada no processo do trabalho, em virtude do art. 884, § 1º, da CLT, em consonância com o art. 40, § 4º, da Lei de Execução Fiscal, aplicado subsidiariamente aos processos trabalhistas.

Por fim, é importante destacar que, no âmbito do STF, as decisões posteriores à Reforma Trabalhista que tratam da prescrição intercorrente se limitam a afirmar que eventual violação ocorre à legislação infraconstitucional, não à Constituição Federal. Portanto, o STF não tem analisado o mérito da questão e tem deixado de conhecer os recursos extraordinários, embora reafirme o entendimento sumulado sobre o cabimento.¹⁴¹

141 Nesse sentido: "Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito do Trabalho. Execução. Prescrição intercorrente. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedentes. 1. A matéria relativa à aplicação da prescrição intercorrente na execução trabalhista tem natureza infraconstitucional. A afronta ao texto constitucional, caso ocorresse, seria reflexa ou indireta, o que não enseja a abertura da via

No Tribunal Superior do Trabalho (TST), a maioria dos recursos interpostos, ou seja, os recursos de revista, não tem sido admitida. Isso ocorre porque o TST entende que falta o requisito da transcendência, uma vez que os interesses envolvidos são considerados subjetivos. Portanto, até o momento, o TST não se pronunciou sobre a questão da compatibilidade ou não da prescrição intercorrente após a Reforma Trabalhista.¹⁴²

Entretanto, em alguns casos excepcionais, o órgão reconhece a transcendência dos interesses e aceita o recurso de revista, permitindo-se, dessa forma, que se pronuncie sobre a prescrição intercorrente,¹⁴³ pois tal instituto apresenta fundamentos que sustentam sua

extraordinária. 2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC)." (BRASIL, 2020).

142 Nesse sentido: "AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PROCESSO AJUIZADO ANTES DA REFORMA TRABALHISTA. ART. 2.º DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N.º 41/2018 DO TST. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA DA CAUSA. Verificado que o tema trazido à discussão não ultrapassa os interesses subjetivos do processo, mantém-se o reconhecimento da ausência da transcendência da causa. Registro que a pretensão formulada pela parte quanto à incidência da prescrição intercorrente não viabiliza o reconhecimento da afronta direta e literal do art. 7.º, XXIX, da Constituição Federal, pois, além o de o referido dispositivo não regular especificamente a matéria pertinente à prescrição intercorrente na fase de execução, a questão acerca da aplicação da aludida prescrição em momento anterior à reforma trabalhista demandaria, necessariamente, a interpretação da legislação infraconstitucional, incidindo, portanto, o óbice da Súmula n.º 266 do TST. Agravo conhecido e não provido (BRASIL, 2021)".

143 Nesse sentido: "I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXEQUENTE. LEI Nº 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DECLARADA MESMO JÁ EXISTINDO BENS PENHORADOS PARA GARANTIA DA EXECUÇÃO. 1 - Deve ser reconhecida a transcendência jurídica para exame mais detido da controvérsia devido às peculiaridades do caso concreto. O enfoque exegético da aferição dos indicadores de transcendência em princípio deve ser positivo, especialmente nos casos de alguma complexidade, em que se torna aconselhável o debate mais aprofundado do tema. 2 – [...] Registre-se que a prescrição intercorrente era incompatível com a dinâmica do processo trabalhista anterior à Reforma Trabalhista, o que impossibilitava a punição do exequente por inércia e a perda da pretensão executiva, consoante a expressa dicção da Súmula nº 114 do TST, segundo a qual, para casos anteriores à Lei nº 13.467/2017, "É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente". 4 – [...] após a reforma trabalhista, foi fixada a seguinte diretriz no artigo 2º da Instrução Normativa nº 41 do TST: "Art. 2º. O fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o § 1º do art. 11- A da CLT, desde que feita após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017)". 6 - Conforme se observa o art. 11-A da CLT contém disposição no sentido de que o início da prescrição intercorrente se dá no momento em que o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução. Contudo, é necessário observar a interpretação teleológica do referido dispositivo legal, ou seja, deve-se levar em conta a finalidade pretendida pelo legislador ao instituir a prescrição intercorrente, a qual tem íntima relação com o princípio constitucional da duração razoável do processo, [...] 11 - Se já existiam nos autos bens penhorados (e, registre-se, inicialmente avaliados pelo oficial de Justiça em valor superior ao apurado na conta), não poderia o magistrado declarar prescrição intercorrente, sob o fundamento de que a parte permaneceu inerte sem indicar meios para o prosseguimento da execução, já que os referidos meios já existiam e estavam à disposição do juízo. 12 - Por outro lado, acrescenta-se que o STJ firmou entendimento no sentido de que a constrição patrimonial e a efetiva citação são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente. Julgado do STJ. 13 - Portanto, a má-aplicação da prescrição intercorrente no caso dos autos ofende a coisa julgada

compatibilidade com o processo do trabalho. Em especial, o instituto está em sintonia com o princípio constitucional da duração razoável do processo, ao evitar a prolongação desnecessária das execuções. Ademais, não viola o contraditório, já que o magistrado deve intimar a parte antes de declarar a prescrição intercorrente, garantindo, assim, a paridade de armas.

A duração razoável do processo, como já ressaltado, é um direito fundamental das partes (SCHIAVI, 2017). Por sua vez, o princípio do contraditório garante que ambas as partes tenham igualdade de oportunidades para se manifestar no processo. Portanto, toda manifestação de uma parte requer a resposta da outra, como exemplificado na apresentação de impugnação pelo exequente quando o executado opõe embargos à execução trabalhista.

No entanto, é importante que a declaração da prescrição intercorrente seja pautada pelo discernimento e pela análise minuciosa dos autos. Caso haja bens penhorados ou ausência de patrimônio do devedor para a penhora, o julgador deve assegurar a efetividade do processo, não podendo reconhecer a prescrição, o que, nesse caso, seria excessivamente benéfico para o devedor.

Independentemente do posicionamento do TST, que, segundo Cassar e Borges (2017, p. 135), demanda uma discussão mais aprofundada, a Reforma Trabalhista optou por instituir a prescrição intercorrente. Atualmente, ela se aplica exclusivamente no processo de execução e, mesmo que possa ser declarada de ofício, o magistrado deve intimar a parte exequente para promover o andamento do processo, enfatizando a ocorrência da prescrição intercorrente.

Portanto, conclui-se que a Reforma Trabalhista consolidou, também no âmbito do TST, a aplicação da prescrição intercorrente, o que representa uma decisão acertada do legislador. A regulamentação legal proporciona segurança jurídica às partes e ressalta a importância da omissão no Direito. Assim, não há incompatibilidade entre esse instituto e o processo trabalhista, pois a prescrição intercorrente simplesmente impede que, mesmo diante da inércia do exequente, as execuções trabalhistas se prolonguem. No entanto, para que o magistrado a declare de ofício, considerando que não pode mais iniciar a execução da sentença trabalhista, é essencial intimar a parte para se manifestar, em estrita observância ao princípio do devido processo legal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

(art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), uma vez que impossibilitou o regular cumprimento da sentença exequenda. 14 - Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (BRASIL, 2021b).

O estudo abordou a adequação da prescrição intercorrente ao processo do trabalho, considerando a alteração trazida pela Reforma Trabalhista na regulamentação da prescrição. Até a Lei nº 13.467/2017, não havia disposição específica sobre essa modalidade de prescrição no âmbito trabalhista. Isso gerava divergências na doutrina e jurisprudência, com argumentos a favor e contra sua aplicação na execução trabalhista, além da questão sobre a proibição do início da execução de ofício pelo magistrado.

A prescrição, em termos gerais, envolve a perda do direito violado devido à falta de seu exercício dentro do prazo estipulado por lei. No Direito do Trabalho, existem dois tipos: a bienal (que se aplica a todas as verbas trabalhistas após dois anos do término do vínculo empregatício) e a quinquenal (que permite a cobrança de direitos até cinco anos após o ajuizamento da ação).

A prescrição intercorrente ocorre durante a execução, quando o exequente deixa de dar andamento ao processo, especialmente na busca de patrimônio do devedor para a satisfação do crédito. Essa modalidade de prescrição foi inicialmente prevista na Lei de Execução Fiscal e posteriormente incorporada ao Código de Processo Civil, visando à segurança jurídica, ao devido processo legal e à razoável duração do processo.

No caso da Lei de Execução Fiscal, se o devedor ou bens penhoráveis não são localizados, a execução é suspensa por um ano, período durante o qual a prescrição fica suspensa. Após esse prazo, sem manifestação do exequente, inicia-se a contagem da prescrição intercorrente, que é reconhecida se a execução permanecer parada por cinco anos, levando à extinção do processo.

No âmbito do Código de Processo Civil, o procedimento é semelhante. Não localizado o devedor ou bens penhoráveis, a execução é suspensa por um ano, com a prescrição também suspensa durante esse período. Decorrido o prazo sem manifestação do exequente, inicia-se a contagem da prescrição intercorrente, que será reconhecida se a execução permanecer parada por tempo superior ao da exigibilidade do direito.

Embora a regra de prescrição seja uma novidade na legislação processual, já era aplicada na execução fiscal por interpretação jurisprudencial da Lei de Execuções Fiscais. O legislador, em 2015, incluiu expressamente essa questão na lei.

Entretanto, no Direito do Trabalho, a prescrição intercorrente tem gerado debates ao longo dos anos. A CLT não tratou do assunto, o que levou à discussão na doutrina e jurisprudência. O TST, nesse contexto, consolidou o entendimento de que a prescrição intercorrente não se aplica ao processo do trabalho. No entanto, décadas depois, o STF emitiu súmula reconhecendo a aplicabilidade do instituto, evidenciando a incompatibilidade de entendimentos.

A inserção do art. 11-A na CLT pela Reforma Trabalhista não encerrou os debates. Argumentos a favor da prescrição intercorrente, como a estabilidade nas relações, foram apresentados por autores como Martinez, Cassar, Lima e Schiavi. Para eles, a declaração de ofício desse tipo de prescrição não viola os princípios do processo do trabalho, já que adverte o exequente sobre a necessidade de dar continuidade à execução.

Por outro lado, críticos como Delgado e Delgado argumentam que o impulso oficial e a proteção ao trabalhador no processo trabalhista não permitem a declaração da prescrição intercorrente. Isso se aplica mesmo na fase de execução, onde a inércia levaria à extinção do processo sem resolução de mérito.

Portanto, a controvérsia persiste mesmo após a Reforma Trabalhista. O TST continua mantendo sua posição contrária à aplicabilidade da prescrição intercorrente nesse contexto.

Desta feita, a prescrição intercorrente é compatível com o processo do trabalho, pois incentiva a parte a buscar a satisfação do crédito e evita a prolongação injustificada das execuções, beneficiando a coletividade. No entanto, devido à proibição de início da execução de ofício pelo magistrado, é relevante que o julgador intime a parte interessada antes de declarar essa prescrição, em estrita observância ao princípio do devido processo legal. A prescrição intercorrente busca proporcionar segurança às partes e garantir a tramitação adequada dos processos, impedindo que se prolonguem indefinidamente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%EAo_Compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Lei 10.406, de 1º de janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**: Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de

1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 841.655/BA**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julg. 31 mai. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624191>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1238728 PB - PARAÍBA 0001357-59.2016.5.13.0004**, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, publ. 27 abr. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860711234/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-1238728-pb-paraiba-0001357-5920165130004>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo Interno em Recurso de Revista em Recurso de Revista 2935001920015020068**, Relator Ministro Luiz Jose Dezena Da Silva, Primeira Turma, publ. 23 ago. 2021a. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1268029786/ag-2935001920015020068>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 100393820155030029**, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, Sexta Turma, publ. 10 set. 2021b. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1278719623/recurso-de-revista-rr-100393820155030029>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1034-38.2010.5.18.0000**, 4ª Turma, Relator Ministro Joao Oreste Dalazen, publ. 28 jun. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/dac94e00f23bffa49d091201744f6dfb>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 114**: Prescrição intercorrente: É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente. Data de aprovação do enunciado: Sessão Plenária de 03 nov. 1980. Disponível em:

https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-114. Acesso em: 28 set. 2023.

CÂMARA, Alexandre Ferreira. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. Uma das novidades da reforma trabalhista: o contrato intermitente. **Revista Fórum Trabalhista - RFT**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. página inicial-página final, jan./ mar. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTR, 2022.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**. Brasil: LTR, 2017.

DICIO. Dicionário Online de Português. **Prescrição**. 2019. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/prescricao/>. Acesso em: 28 set. 2023.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

MARTINS FILHOS, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de Direito e Processo do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2017.

O PRECEDENTE COMO CRIAÇÃO DO DIREITO E A EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS A PARTIR DA ANÁLISE DA ADI 5869 DO STF

HEITOR BARROS DA CRUZ:

Mestrando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Pós-graduado em Processo Civil pela PUCSP/COAGEAE. Advogado¹⁴⁴.

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade exige que sejam impostas regras que determinem uma convivência pacífica, daí vê-se a necessidade de sistemas jurídicos que possam contemplar essa necessidade. O sistema jurídico deve possuir mecanismos que criem essas regras e da mesma forma determinem o seu cumprimento, de modo que, não havendo a observância por alguém, possa ser restabelecida a ordem.

Os sistemas ocidentais, em sua grande maioria, adotaram a tripartição dos poderes: legislativo, executivo e judiciário. Cada um exercendo uma fatia do poder estatal, para que haja a convivência harmônica e pacífica e, não sendo obedecido por quem quer que seja, retorne através dos atos estatais.

No Brasil, estamos convivendo com uma importação de mecanismos do sistema da *common law* para o sistema da *civil law*. Quando falamos em importação de mecanismos, utilizamos essa expressão para determinar que não é uma transição de sistema. Nossa percepção é a alteração com a inclusão de novos institutos que buscam o aprimoramento do sistema de forma mais efetiva.

O sistema da *civil law* dá única e exclusiva força aos termos da lei, em que há o império do que é legislado. Já o sistema do *common law*, vê nos costumes demonstrados nas decisões judiciais a criação do direito.

A importação de alguns mecanismos pode ser uma solução interessante para a evolução e criação de um sistema mais forte e com a diminuição dos problemas. Apesar dessa perspectiva positiva, pode-se questionar: será que os novos institutos são eficientes e estão sendo bem utilizados? Talvez seja esse o grande ponto a ser analisado.

144144 E-mail: heitorcruz@yahoo.com.br.

Há uma evolução que se iniciou nos anos 90 e que teve o seu divisor de águas no ano de 2004 com a Emenda Constitucional 45. Isso alterou o sistema, dando maior força às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴⁵.

O Brasil adota em parte o sistema norte americano, cujo Poder de revisão dos atos legais está vinculado ao Judiciário, lá denominado *judicial review* e, na esteira do que dissemos acima, há uma importação de como são tratados os elementos da decisão judicial.

Aqui temos uma utilização de termos alienígenas sem a devida compreensão deles, de modo que causam decisões não compreendidas e, muitas vezes, tem a atuação do Poder Judiciário como ente legislador.

Importante consignar que temos como método e elemento de análise para a compreensão do sistema jurídico o Constructivismo Lógico-Semântico, que tem na linguagem o elemento criador de realidade.

Daí é que mesmo os Tribunais criando o conteúdo da norma jurídica não podem exercer o papel de legislador, pois um não se confunde com o outro. Tal fato será melhor elucidado no desenvolvimento.

Já para o desenvolvimento do trabalho, apresentaremos os conceitos necessários para a compreensão da nossa exposição, de modo a detalhar os elementos que determinam a compreensão do Constructivismo Lógico-Semântico, para após destacar os elementos que determinam a formação e utilização do precedente como material necessário para as decisões judiciais. Por fim, iremos apresentar o desenvolvimento dos conceitos e a sua utilização no Acórdão objeto de análise.

1. O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

O direito como objeto cultural pode ser analisado por meio de vários métodos e filosofias, haja vista que o cientista, como ser dotado de valores, apresenta sua escolha e desenvolve o seu raciocínio em razão da forma que melhor entende. Ainda, utilizando critérios objetivos, sempre terá o elemento volitivo interno e seletor que demandará subjetividade à sua escolha.

Como método de análise do fenômeno jurídico, observamos que o Constructivismo Lógico-Semântico traz elementos às balizas necessárias para a melhora do discurso jurídico, por consequência, o enriquecimento do debate.

¹⁴⁵ Vide a inserção do § 2º do artigo 102 da Constituição Federal.

Em lição conferida por Aurora Tomazini de Carvalho¹⁴⁶, vemos o detalhamento e a precisão acerca da metodologia, que assim assevera:

A expressão “Constructivismo Lógico-Semântico” é empregada em dois sentidos: (i) para se reportar à Escola Epistemológica do Direito da qual sou adepta, fundada nas lições dos professores Paulo de Barros Carvalho e Lourival Vilanova e que vem, a cada dia, ganhando mais e mais seguidores no âmbito jurídico. (ii) e ao método utilizado por esta Escola, que pode ser empregado no conhecimento de qualquer objeto.

A proposta metodológica da Escola do Constructivismo Lógico-Semântico é estudar o direito dentro de uma concepção epistemológica bem demarcada, a Filosofia da Linguagem (uma das vertentes da Filosofia do Conhecimento) e a partir deste referencial, amarrar lógica e semanticamente suas proposições, para a construção de seu objeto (que constitui em umas das infinitas possibilidades de se enxergar o direito).

Por isso, o nome: Constructivismo Lógico-Semântico – “Constructivismo”, porque o sujeito cognoscente não descreve o seu objeto, o constrói mentalmente em nome de uma descrição. E assim o faz, amparado num forte referencial metodológico, que justifica e fundamenta todas as proposições construídas, desde que estas estejam estruturalmente e significativamente a tais referenciais, o que justifica o “Lógico-Semântico” do nome. O cientista constrói o seu objeto (como realidade que sua teoria descreve) a partir da ordenação lógica-semântica de conceitos.

O rigor metodológico e o caminho na busca precisam da criação de sentido da norma jurídica, pois é o que determina a predileção na escolha do método. O que se passa a fazer a partir do desenvolvimento dos conceitos e definições necessárias para o desenvolvimento da análise ao problema posto.

2. CONCEITOS E DEFINIÇÕES

146 CARVALHO, Aurora Tomazini. O Constructivismo Lógico-Semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.), CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Constructivismo Lógico-Semântico*. Vol I. 2.^a ed. São Paulo: Noeses, 2020, p. 14 e 15

Trazer os conceitos e definições colaboram com o avanço na construção e no desenvolvimento do trabalho, notadamente porque envolve temas que estão afetos, tanto ao direito material, quanto ao direito processual.

O primeiro passo é determinar o que é o precedente. O sistema jurídico tem como finalidade a produção de comandos expedidos pelos três órgãos que compõem o Estado. Não sendo o objeto desse trabalho, atentaremos apenas aos comandos emitidos pelo poder judiciário.

O poder judiciário tem como finalidade a pacificação social, notadamente para resolução dos casos que lhe são entregues, ao passo que vigora a regra da inércia da jurisdição¹⁴⁷, do que se extrai do artigo 2.º do Código de Processo Civil.

Chegando ao judiciário, muda-se a questão em que necessariamente serão emitidos comandos que determinarão a solução do caso levado a julgamento, ainda que não se julgue efetivamente o mérito do caso posto.

Então, como sistema racional, há uma busca permanente para que as decisões tenham configuração modelar e sejam, na medida do possível, aplicadas a todos da mesma forma. Com a intenção de melhor racionalizar o sistema e determinar segurança jurídica, ao passo que as decisões serão, dentro do possível, expedidas da mesma forma, aconteceram alterações legislativas nas quais foram adotadas técnicas e, por meio delas, os tribunais de sobreposição, ao julgarem um caso, afetarão os tribunais hierarquicamente inferiores.

É nesse contexto que importante elemento, como o precedente, surge. O precedente é o julgamento expedido por meio dos tribunais de sobreposição e que, em razão da matéria, emitirão decisões e determinarão, a princípio, o modo como os casos supervenientes serão tratados.

De modo inicial, o conceito de precedente está ligado ao julgamento que primeiro analisou o caso e que, em razão de sua análise, determinará o efeito sobre os demais casos que tratam da mesma matéria.

A importância é sobremaneira evidenciada quando, no inciso VI, do parágrafo 1.º do artigo 489 do Código de Processo Civil, determina nulidade da sentença que deixar de utilizar o precedente invocado pela parte.

¹⁴⁷ Art. 2.º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei. Código de Processo Civil.

Além de determinar a nulidade, ou seja, a forma pela qual a sentença deverá ser lançada, verificamos que o precedente é elemento importante no processo de formação das súmulas pelos tribunais, porquanto deverão ser apontados no referido processo de formação. Nele deverá ser levado em conta os fatos relevantes tratados no precedente.

O precedente (a redundância do termo, neste caso, faz-se necessária) precede a criação da jurisprudência e súmulas. Tal fato leva à conclusão de que o precedente é a decisão judicial que inaugura o julgamento acerca de determinada matéria jurídica. A partir dela devem ser analisados os fatos postos a julgamento e os critérios jurídicos determinados para a solução, havendo uma condição hierárquica para que possa ter essa conotação empregada pela lei. Como leciona Luiz Guilherme Marinoni¹⁴⁸:

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e magistrados.

Ainda analisando a questão, para melhor delinear o que seria o precedente, o Ilustre Professor Paranaense, esclarece que: *“Nesta dimensão, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente ao menos por maioria, definitivamente a delinea deixando-a cristalina¹⁴⁹”*.

Importante ponto a destacar é que a decisão judicial como um todo está passando por um processo de evolução, cuja visão do processualista tradicional está sendo superada, não apenas pela ciência, mas pelo legislador.

Antes, o que tínhamos como preponderante na sentença judicial era a parte dispositiva, em que ela fazia coisa julgada e, em razão disso, todas as conclusões eram voltadas para esse ponto. Com a alteração do sistema, ocasionada pelo Código de Processo Civil, que se deu em 2015, a parte dispositiva não deixa de compor elemento central, mas tem, tanto como os outros capítulos da sentença, igual valor.

Esse fato é muito bem observado por MARINONI, quando verificar que o julgamento não fica adstrito ao pedido, mas também às questões elaboradas do processo. A racionalização dessa questão determina maior higidez ao sistema, porquanto o julgamento de questões anteriormente analisadas pode determinar conflitos e decisões

148 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022. p. 153.

149 Idem. p. 155.

contraditórias. Quando realizada a análise da questão, o grande mestre verifica que isso acontece em razão da retirada do ordenamento da ação declaratória incidental, cujo ponto alto de sua análise reside: “*Ora, como o sistema não pode estimular decisões contraditórias sobre situações iguais, especialmente entre as mesmas partes, não é adequado limitar a coisa julgada ao pedido*”¹⁵⁰.

Delineado o que é precedente, necessário que sejam ponderadas mais duas situações: a) os elementos constantes do precedente (*ratio decidendi e obiter dictum*); b) aplicação, manutenção, alteração e superação do precedente.

O elemento central do precedente é a *ratio decidendi* e várias são as propostas de conceituação, dentre as quais tomamos as linhas apresentadas por José Renato Camilotti¹⁵¹ como ponto de partida:

Ratio decidendi, holding ou mesmo *principle of a case* são diferentes expressões para um conceito que é, de fato, indeterminado. Dotado de vaguidade ampla, há inúmeras propostas de conceituação da *ratio decidendi* expostas vastamente pela doutrina jurídica pátria e internacional. Seus usos, em que pesem diferentes em cada uma das propostas, parecem indicar uma mesma intenção, que é a identificação de qual foi a razão fundamental para que a decisão tenha sido tomada no sentido que fora.

Ao dissertar sobre o referido instituto e ao analisar outros autores, Camilotti constrói cinco possíveis sentidos acerca do que é a *ratio decidendi*, assim apresentando sua consideração:

De todas as considerações acima, temos, pelo menos, identificados cinco sentidos para a definição da razão de decidir de uma decisão: (i) norma, no sentido de regra; (ii) norma, no sentido de princípio, (iii) fatos ou circunstâncias materiais; (iv) fundamento, argumentação ou tese jurídica; (v) motivação determinante da decisão¹⁵².

150 Ibidem, p. 157.

151 CAMILOTTI, José Renato. *Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)*. 1ª ed. – São Paulo: Noeses, 2018. p. 100

152 Idem. p.105

Dos sentidos apresentados, temos como aquele que é importante para definir a relação entre o caso julgado e sua utilização para os casos futuros, estar consignado no liame entre os fatos e fundamentos utilizados e possuir potencial de utilização universal.

A norma, como sentido de regra, interessa ao caso que está sendo julgado e que possuirá a natureza de precedente. No sentido de princípio, é o que será utilizado. A norma como motivação da decisão interessa ao caso que está sendo julgado. Já os fatos e circunstâncias materiais e o fundamento, argumentação ou tese jurídica, serão elementos importantes para a utilização nos casos futuros, de modo que serão cotejados e, assim, verificada a utilização do precedente.

Há outro ponto muito discutido na doutrina acerca da *ratio decidendi* que reside se ela está contida na solução necessária ou na solução suficiente para o julgamento. Nesse ponto, como retratado por Luiz Guilherme Marinoni¹⁵³, é pertinente considerar as palavras de Neil MacCormick:

Admite que uma resolução, para configurar *ratio*, precisa ser suficiente para a resolução da questão, mas que a questão jurídica deve exigir uma solução em particular para justificar a decisão do caso.

Em razão disso, temos que a *ratio decidendi* está ligada à decisão exarada com fundamento na tese jurídica e no fato, mas que os argumentos e pontos analisados devem ser suficientes para determinar a solução aplicada e não que sejam apenas necessários. Assim, podemos verificar várias *ratio decidendi*.

O *obiter dictum* é o julgamento realizado na decisão que não se apresenta como suficiente para determinar o acatamento da tese, a solução do caso e a procedência dos argumentos lançados pela parte. É decisão que orbita dentro do julgado e que não possui relevância, nem o potencial de determinar a sua aplicação aos casos futuros.

Para a verificação do que seriam os argumentos *obiter dicta*, interessante é a posição apresentada por CAMILOTTI, que apresenta uma visão pragmática de como elaborarmos a decisão:

A melhora (sic) técnica para a identificação dos argumentos *obiter dictum* é a interpretação residual. Com essa expressão queremos evidenciar que a identificação dos argumentos da razão de decidir deve ser o primeiro intento. O exame dos fatos e teses jurídicas, na constância da dinâmica de subordinação e coordenação das normas, permitirão ao intérprete identificar com grau aceitável de segurança a

153 MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022. p. 164.

razão de decidir da decisão judicial; o *obiter dictum* são os argumentos que restaram periféricos após esse intento¹⁵⁴.

A técnica para que possamos aferir os argumentos *obiter dicta* é pautada na pragmática e poderá demandar, de um para outro intérprete, diferença na colocação do que seriam os argumentos que determinaram a razão de decidir, daqueles outros considerados apenas periféricos.

Melhor é dizer que os argumentos que determinam a razão de decidir o caso posto e julgamento, que sozinhos ou unidos, possam ser motivadores da decisão posta a julgamento e determinam a *ratio decidendi*. Já os demais, que não julgam a questão central do objeto, devem ser considerados periféricos.

Nisso, temos uma valoração que será realizada pelo julgador quando está criando o precedente. Essa valoração deve estar alinhada como os propósitos gerais do referido sistema, tema que nos é muito caro, mas não comporta sua análise aqui.

A aplicação do precedente, em nosso entendimento, está ligada ao ato lógico de inclusão de classes, normalmente verificado no processo de construção da norma jurídica. A doutrina americana possui maior ligação com a utilização dos precedentes e traz alguns conceitos/fenômenos que, se analisados com maior acuidade, mostram-nos que não passam de processos/produto que utilizamos na nossa cultura há muito tempo.

O *distinguishing* é a análise dos fatos e da tese jurídica criada no precedente julgado pela corte de superposição. Ao falar sobre o referido fenômeno, CAMILOTTI ensina que:

O *distinguishing* é mais comumente conhecido e assinalado na doutrina como uma técnica de não aplicação do precedente, por uma distinção das circunstâncias que levaram à decisão, ou seja, uma construção argumentativa de que a *ratio* do precedente não pode ser aplicada ao caso em julgamento, porquanto há elementos que diferem, circunstâncias elementares das razões de decidir que impedem o reconhecimento de similaridade necessária para a aplicação do precedente¹⁵⁵.

154 CAMILOTTI, José Renato. *Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)*. 1ª ed. – São Paulo: Noeses, 2018. p. 110

155 Idem. p.111.

Quanto aos argumentos utilizados, que constituem o precedente e o confronto entre o novo caso, devem ser analisados os argumentos trazidos, os fatos e as normas aplicáveis. A inclusão das classes ou a verificação de sua não pertinencialidade teria diferença frente à subsunção? O processo não seria idêntico? Ou no mínimo parecido?

Ao entendermos que o precedente é uma norma, não podemos diferenciar essa aplicação, em que o *distinguishing* está ligado à análise de subsunção normativa e posterior implicação, o que nos leva a identificar o mesmo procedimento lógico primário.

O processo de aplicação e formação do precedente não é estático. Ao ser superada a tese criada no precedente, estaremos diante de outro fenômeno que, da mesma forma, possui importância, o *overruling*.

O referido termo é utilizado para determinar a alteração de entendimento dado pelo tribunal, seja por qual motivo for. Há na doutrina a diferenciação entre o *overruling* expresso ou tácito, todavia, não vemos razão lógica de ser a partir do método objeto do Constructivismo Lógico-Semântico.

Inexiste a figura da linguagem tácita, se analisarmos o fenômeno com maior precisão. Se o tribunal, ao julgar, diz, o faz de forma expressa, posto que aquilo não é expresso não foi dito, sendo elemento reflexivo, ou seja, pode até não ser tão flagrante sua indicação, mas não foi tácita, no sentido usual da palavra. Para que a figura tácita seja possível, devemos fazer uma alteração de sentido, ao ponto de dizer que tácito é algo expressado, mas não com o vigor que a linguagem usualmente faz.

Ao lado do *overruling* temos o *overriding*, que tem a mesma potencialidade do fenômeno já tratado, apenas alterando quanto à sua extensão, ao passo que o primeiro determina a alteração total do entendimento, e esse apenas uma parte.

Propositamente deixado por último, mas não menos importante, temos a técnica do *stare decisis* definida como a força obrigatória dos precedentes. Nascida na Inglaterra e adotada pelos Estados Unidos, a referida técnica não pode ser confundida com os elementos necessários para a constituição da *common law*.

Como restou bem observado por MARINONI¹⁵⁶ e CAMILOTTI¹⁵⁷, o *stare decisis* está ligado ao respeito dos precedentes e não ao sistema da *common law*, não sendo elemento identificador, muito menos elemento necessário para o referido sistema. O *stare*

156 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

157 CAMILOTTI, José Renato. *Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)*. 1ª ed. – São Paulo: Noeses, 2018.

decisis é visto nos dois grandes sistemas ocidentais. Uma distinção lógica na ponderação dos referidos autores é a verificação de um *stare decisis* horizontal e vertical.

Aqui verificamos a existência dos dois fenômenos. No que se refere ao vertical é facilmente verificado, porquanto determinará a observância dos tribunais de piso hierárquico menor ao que foi decidido no tribunal superior hierárquico. Já a observância das decisões de tribunal de mesma posição, ou seja, juízes no mesmo tribunal, observamos quando existem decisões do pleno que vinculam os órgãos fracionários.

Ao analisar esse elemento importante para o necessário vigor do sistema de precedentes, observamos que o *stare decisis* está ligado intimamente à força para o cumprimento e a higidez de um sistema pautado por segurança jurídica e pela estabilidade das relações com a não alternância de julgamentos de forma demasiada.

Os conceitos brevemente mencionados darão suporte para determinar a análise da decisão lançada pelo Supremo Tribunal Federal e para a evolução de conceitos operados na ADI 5869.

3. A ADI 5869 E A EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS

Delimitar o campo do julgado é necessário para determinar a construção e o recorte que estamos operando no presente caso, de modo que se possa realizar uma análise da evolução do conceito ligado à prestação de serviços.

A requerente na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 5869 buscou afastar a incidência normativa do tipo tributário estabelecido pela alteração inserida no Anexo da Lei Complementar 116/2003, inserida pela Lei Complementar 157/2016, no tocante ao seguinte item "25.05 – **Cessão de uso de espaços em cemitérios para sepultamento**".

A argumentação trazida como elemento de convencimento junto ao STF, que tinha como substrato as decisões anteriormente proferidas pela corte constitucional, foi criada a partir do entendimento de que a referida atividade não estava contida na atividade ligada a uma prestação de fazer, dicotomia sempre utilizada para determinar a obrigação de fazer como elemento norteador do ISS e a de entregar como elemento determinante do ICMS.

Com argumentação contrária, foi apresentado argumento pela Presidência da República que detalhou a prestação não somente como a cessão do espaço, mas também os cuidados realizados com os corpos inumados, o que podemos conferir no argumento trazido no julgamento:

O Presidente da República, por sua vez, defendeu a constitucionalidade do subitem 25.05 da Lista de Serviços, uma vez que o conteúdo do subitem impugnado não se limita à cessão de uso de espaços em cemitérios para sepultamento, mas abarca a prestação de serviço de guarda ou custódia de cadáveres em terreno cedido pela empresa de cemitério. Ademais, ressaltou que a Constituição Federal não conceitua expressamente o termo “serviços”, assim como não impõe, como critério para a incidência do ISS, a predominância ou exclusividade da obrigação de fazer em determinada atividade (eDOC 14).

No voto condutor, lançado pelo Ministro Gilmar Mendes, é apresentada uma digressão das três teorias acerca da diferença e da possibilidade da tributação pelo ISS, que assim foram tratadas:

Pode-se afirmar que são três as linhas principais de pensamento em relação à solução de conflitos entre ISS e ICMS. A primeira se fundamenta na teoria civilista e defende que o ISS apenas poderá incidir sobre obrigações *de fazer*, sendo as obrigações *de dar* reservadas à tributação estadual. A segunda, a da primazia da lista de serviços, tem por fundamento a literalidade da Constituição, a qual atribuiria a competência para dirimir tais conflitos à lei complementar. Por fim, a terceira classificação divide os bens em tangíveis e intangíveis, sendo os primeiros passíveis de tributação pelo ICMS e os segundos pelo ISS.

Apresentadas as linhas principais pelo STF no julgamento realizado na ADI, verificamos que ainda assim não foi essa a razão de decidir utilizado no voto condutor que determinou o julgamento do caso. Outra foi a *ratio decidendi* e, ao que parece, há uma evolução no conceito de prestação de serviços.

Antes de trazer a razão que determinou a solução apresentada na ADI 5869, é importante mencionar a evolução dos conceitos apresentados no referido voto e no deslizamento de sentido realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Começamos com as razões que determinaram o julgamento no Recurso Extraordinário 116.121/SP. Nele a discussão se deu acerca da possibilidade de cobrança do imposto sobre serviços na locação de guindastes. Ao julgar o caso, o STF utilizou da primeira linha de pensamento, apresentada pela corrente civilista, cuja diferenciação se dá entre a obrigação de dar e obrigação de fazer. Nessa linha, o Ministro Gilmar Mendes traz a razão de decidir lançada pelo Ministro Marco Aurélio, redator do acórdão: “**somente a**

prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento”.

Passada essa linha de raciocínio, o STF construiu o entendimento que superou a corrente civilista. Na oportunidade, foi lançado o argumento pelo Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário 651.703/PR, fazendo uso da corrente que diferencia a prestação de serviços da venda. Utiliza a qualidade do que está sendo ofertado, ou seja, analisa se a utilidade é um bem tangível ou intangível, e a sua disponibilização leva em conta essa característica.

Para demonstrar, traz excerto do julgado no Recurso Extraordinário 651.703/PR, que julga a possibilidade da tributação dos planos de saúde, momento no qual evidencia essa diferença, assim tratando do assunto: ***“oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades imateriais, prestados com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador”***. Partindo dessa premissa, a ADI 1945 utilizou a mesma razão de decidir para julgar o caso que envolvia a discussão sobre a tributação dos softwares, e restou decidida pela utilidade ofertada em imaterial, consignada na licença dos produtos.

A outra teoria utilizada, sempre em conjunto com as demais, porquanto além dos referidos elementos a serem observados, é necessário que a prestação de serviços tenha previsão expressa na tabela anexa, o que traz grande segurança ao contribuinte.

No julgamento da ADI 5869, verificamos que a evolução do conceito mistura outros elementos não apresentados anteriormente, e, que há uma mutação do conceito de prestação de serviços, visando ao aperfeiçoamento dos expedientes ligados à tributação.

As razões de decidir que determinaram a aceitação da tributação da cessão de jazigos está assim consignado:

Vale dizer, a previsão de incidência do ISS sobre “cessão de uso de espaços em cemitérios para sepultamento” não pode ser reduzida a uma mera obrigação de dar, no sentido de locação do espaço físico pura e simples, a atrair a *ratio decidendi* da Súmula Vinculante no. 31. Isso porque tal atividade abarca também a custódia e a conservação dos restos mortais, as quais indubitavelmente se enquadram no conceito tradicional de serviços.

Nesse diapasão, conquanto fosse possível defender a inconstitucionalidade de incidência do ISS sobre a cessão de espaço

para inumação, considerada de forma isolada e pura, nos termos da tradicional jurisprudência desta Corte, tal argumentação ignora o fato de que a atividade prevista no subitem “25.05” abarca também o serviço consistente na custódia de restos mortais humanos, o qual não é revestido de imunidade tributária.

Parece-nos que a evolução no conceito de prestação de serviços se deu com a finalidade de abarcar todas as situações ocorridas, porquanto entender dessa forma está determinando uma solução simplesmente arrecadatória que não analisa o fenômeno em si.

A cessão de espaço não é concedida quando há a inumação do corpo, ao contrário, nos cemitérios particulares, temos uma situação totalmente diversa, em que a família ou aquele que busca a “aquisição”¹⁵⁸ de um jazigo, o faz em vida e antes de que tenha ocorrido qualquer evento morte, que determine a guarda.

Não há a correlação apresentada no julgado, porquanto a custódia dos restos mortais não está ligada à cessão do jazigo, havendo outros momentos dispostos no anexo que determinam e se amoldam mais a esse fenômeno. Vislumbramos que está ligada à manutenção e à conservação dos jazigos.

O cuidado e a custódia com os restos mortais não estão ligados à cessão do local, que é ato simplesmente realizado no momento da cessão e que envolve um valor pela concessão do lugar, pura e simplesmente. Para o cuidado do jazigo e dos restos mortais, se é que cuidado efetivo existe, está ligado à taxa de manutenção criada para esse fim.

Realizado o ato de inumação, os cuidados e serviços realizados não se vinculam ao local, e a disponibilização do espaço em nada tem a ver com o cuidado e a manutenção do local, por meio de pessoas. Esses atos que determinam a cautela e o cuidado dos jazigos são feitos em razão da manutenção do local e não da cessão, que se deu em um momento único, ainda que eventualmente possa ser objeto de parcelamento.

O fenômeno relacionado à cessão de uso de jazigo não foi visualizado do modo que ele se dá, foi criada uma presunção de que há uma ligação direta e intrínseca ao ato de cuidar dos restos mortais.

Vemos uma criação de sentido para a prestação de serviços ligada a uma utilidade fornecida em abstrato, porque poderá haver situação em que não existirá a inumação de algum corpo e, ainda assim, terá sido levada em consideração essa condição inexistente.

¹⁵⁸ O termo está inserido entre aspas porque não se trata de aquisição no sentido de transferência de titularidade do espaço, mas sim de adquirir os direitos de utilização por meio de cessão de espaço.

CONCLUSÃO

O sistema jurídico brasileiro adotou a força dos precedentes (*stare decisis*), o que traz grandes avanços para a formação de decisões coerentes, além de segurança jurídica.

Como mencionamos no início, nosso sistema realiza a importação de ferramentas utilizadas pelo *common law*, em que a *stare decisis* possui papel fundamental no nosso sistema, notadamente porque realiza a harmonização e a pacificação social, em razão da formação de decisões com a mesma razão.

Ocorre que os fundamentos utilizados para a criação, superação ou ainda melhor amoldamento de um determinado tema, tem sido objeto de julgamentos que buscam maior efetividade na tributação e não o julgamento realizado de forma enviesada.

O julgamento realizado na ADI 5869 não se pautou nos fenômenos ocorridos na relação que envolve o texto da lei e a criação do sentido utilizado para delimitar a prestação de serviços. Isso nos revela que o conceito normativo foi extrapolado para determinar eficiência na tributação.

A cessão de uso, enquanto fenômeno jurídico, tem elementos constituidores que não foram observados, e a interpretação criada para determinar a tributação e a manutenção por meio da improcedência na ADI não se limitaram a realizar a interpretação do fenômeno em si. Nisso vemos uma ampliação do conceito para determinar algo que não se coaduna com a realidade.

Ceder espaço não é o mesmo que realizar o cuidado e a manutenção dos restos mortais, tanto é que o espaço pode ficar vazio por grande tempo, tanto porque o cessionário no processo de cessão assim o fez por cautela, ou porque eventual resto mortal pode ter sido objeto de exumação, deixando o espaço livre.

Os cuidados e custódia de cadáveres não estão ligados à cessão de uso de jazigos, estando mais ligado a outro elemento do anexo, a manutenção e a conservação de jazigos.

A definição utilizada para determinar a constitucionalidade da cessão de uso de jazigos não se baseou na situação fenomênica e, mais do que isso, ampliou um conceito para a prestação de serviços ligados à eficiência tributária. Resta claro que há uma tendência de ampliar a tributação.

A inserção no anexo da lei de ISS não possui o condão de determinar a tributação e a transfiguração de um fenômeno em outro, o que já foi ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, mas no caso sob comento, observamos que isso não foi considerado. Não se trata nem mesmo de uma ficção, em que a verificação de uma ocorrência determina a

aceitação de determinado resultado. Aqui há um deslizamento de sentido para abarcar a disponibilização de espaço.

Ao analisar os conceitos ligados aos precedentes, notadamente naqueles que determinam a superação dos precedentes, observamos que não há uma superação dos elementos julgados anteriormente, mas sim uma nova figura que determina alargamento nos conceitos e nas razões de decidir anteriormente utilizadas.

As teorias anteriormente utilizadas para delimitar a incidência do ISS não foram superadas, mas houve um alargamento do conceito de prestação de serviços, que determina a possibilidade de uma cessão que, por sua suposta finalidade, determinaria uma prestação de serviço.

Nosso entendimento é de que a cessão de uso não se confunde com uma prestação de serviços, não sendo nem mesmo elemento necessário e vinculativo à inumação e aos cuidados com os cadáveres e restos mortais. Vemos que estes cuidados estão ligados à manutenção do jazigo e não a simples concessão de uso.

Nossas premissas são ligadas ao fenômeno da cessão e suas nuances, cuja maior ligação ao que foi ponderado no voto do Supremo Tribunal Federal está ligada à manutenção do jazigo e não a simples concessão.

Por fim, vemos que a força dos precedentes é mecanismo importante para determinar unidade e coerência ao sistema, mesmo quando o resultado não se verifica da forma esperada. Tudo porque o importante é que fiquem evidenciados os pontos necessários para a determinação de sentido e para o alcance da norma, de modo que o sistema seja beneficiado com decisões no mesmo sentido.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Clarice von Oertezen. *Incidência Jurídica: Teoria e Crítica*. 1ª ed., São Paulo: Noeses, 2011.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 5.ª ed. – São Paulo: Noeses, 2010.

BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento Tributário: Limites Normativos*. 1.ª ed., São Paulo: Noeses, 2016.

CAMILOTTI, José Renato. *Precedentes Judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)*. 1.ª ed., São Paulo: Noeses, 2018.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o Constructivismo Lógico-Semântico*. 4.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros e outros. *Constructivismo Lógico-Semântico Vol. 1*. – 1.^a ed. – São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 6.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2015.

_____. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Teoria da Norma Tributária*. 5.^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*. 2.^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GONÇALVES, Antonio Baptista. *Hermenêutica e a Linguagem: Um estudo sobre sua relação com a Filosofia, o Direito, o neoconstitucionalismo e a defesa da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Noeses, 2016.

HARET, Florence; CARNEIRO, Jerson. *Vilém Flusser e Juristas: Comemoração dos 25 anos do Grupo de Estudo de Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Noeses, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 7.^a ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes de Direito Tributário*. 2.^a ed. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. *Revogação em matéria tributária*. 2.^a ed. São Paulo: Noeses, 2011.

PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *As sanções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2015.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário: de acordo com o código de processo civil de 2015*. 4.^a ed., rev., atual. São Paulo: Noeses, 2016.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 5.^a ed. São Paulo: Noeses, 2015.

ZOMER, Sílvia Regina. *Lançamento Tributário: Análise da norma individual e concreta pela óptica do Constructivismo Lógico-Semântico*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO: PRINCÍPIOS ÉTICOS, NORMAS E A RESOLUÇÃO 332/2020

BRUNO CHEMIN BORSOI:

Advogado. Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Anhanguera. Possui graduação em Direito pela Associação Educacional do Vale da Jurumirim – Faculdade Eduvale de Avaré/SP.¹⁵⁹

Resumo: O presente labor possui como principal objetivo a análise dos preceitos éticos e normativos no âmbito de aplicação da Inteligência Artificial no Poder Judiciário. Buscou-se os padrões de experiência europeus, bem como destacar os benefícios e desafios para o Brasil, especialmente na segurança de dados e auxílio dos operadores do direito em geral, que careciam ao menos de uma regulamentação nacional. A Resolução n.º 332, de 21 de agosto de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, buscou suprir esta lacuna existente no direito pátrio, através de conceitos e definições, tutela de direitos, publicidade e transparência, segurança da informação, e por fim, responsabilidade civil e prestação de contas.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Ética. Segurança. Publicidade. Responsabilidade.

Abstract: The present work has as main objective the analysis of the ethical and normative precepts in the scope of application of Artificial Intelligence in the Judiciary. European experience standards were sought, as well as highlighting the benefits and challenges for Brazil, especially in data security and assistance from legal operators in general, which lacked at least national regulation. Resolution N. 332, of August 21, 2020, of the National Council of Justice, sought to fill this gap in Brazilian law, through concepts and definitions, protection of rights, publicity and transparency, information security, and finally, civil liability and accountability.

Keywords: Artificial intelligence. Ethic. Safety. Publicity. Responsibility.

1 INTRODUÇÃO

A inteligência artificial, atualmente, é um tema cada vez mais discutido nos bancos das universidades e, sobretudo, nos computadores, o que intensificou-se sobremaneira com o atual estado pandêmico enfrentado pelo planeta.

¹⁵⁹ E-mail: brunoborsoi@borsoiadvogados.com.br

Pode ser definida como a capacidade de adquirir e utilizar variáveis do desenvolvimento e da ciência para equacionar problemas, com o escopo de resolução de demandas, com o uso do entendimento e raciocínio para dirimir questões.

No que tange ao Brasil, embora anteriormente tenha havido o desenvolvimento embrionário desta forma não-humana de inteligência, os estudiosos têm se debruçado de maneira mais verticalizada acerca da aplicabilidade da IA no âmbito do Poder Judiciário.

É o que tem ocorrido com o desenvolvimento da inteligência artificial em *softwares* roboticamente configurados que auxiliam os advogados, servidores, magistrados e demais operadores do direito em geral – além da administração da justiça –, e têm como principal característica a celeridade e a padronização de dados e pesquisas.

Contudo, a inteligência artificial e seus tipos de aprendizagem, sistemicamente chamado de *machine learning*, podem, em determinados casos até não previstos pelo homem, deixarem de contribuir para o modo pelo qual foram programadas, e irradiarem efeitos para outras searas não previstas inicialmente. São as chamadas *machine bias*.

Este viés de conduta tipicamente humana desenvolvido pela máquina traz consigo forte carga de preconceito e de estereótipos sociais, haja vista que podem haver limitações na configuração da IA e, além disso, não representar uma parcela demográfica dos locais em que não foi desenvolvida.

A partir desta concepção em análise, o principal intento deste labor repousa na profícua análise dos aspectos éticos e de responsabilização dos desenvolvedores nas hipóteses em que o uso da máquina se distancia dos padrões de conduta considerados normais na sociedade hodierna.

Com a colossal velocidade dos dados computadorizados e a dificuldade de identificação dos executores de um sistema de IA, deve-se observar o respeito aos princípios mais sensíveis e afetos ao ser humano, igualmente positivados no Texto Constitucional, e presentes em regulamentações alienígenas que serão melhormente analisadas, sem se engessar o macro sistema em franca expansão, um dos caracteres da sociedade 4.0, mas que deve, necessariamente, conter princípios éticos e regulatórios, além de rígidas normas de fiscalização.

Eis um dos desafios pelos quais a maciça implantação da inteligência artificial neste século irá enfrentar: a ponderação entre marcos normativos e axiomas de condutas aos usuários, e o seu livre desenvolvimento.

A partir deste ponto, a Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, pode ser considerada o marco normativo inicial para a evolução da Inteligência Artificial no Poder Judiciário. A mesma será objeto de minudente análise, críticas e elogios para seu melhor aperfeiçoamento e efetividade.

2 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E GOVERNANÇA

A governança digital, no âmbito específico de intersecção com a inteligência artificial, é conceituada como o estabelecimento e a implementação de políticas, através de métodos e parâmetros para que ocorra a evolução, bem com o uso e controle dos dados no ambiente digital.

Daí por que deve haver uma análise vertical acerca do sistema regulatório, observando-se o enquadramento daquele determinado tipo específico de IA no Direito, e assim verificar as benesses e obstáculos à sua aplicabilidade prática no cotidiano.

2.1 Princípios éticos e vetores

Nesse prisma, há uma série de critérios que podem ser considerados para que a Inteligência Artificial seja eficaz e se desenvolva de maneira equilibrada, e que podem ser assim enumerados, conforme Carta da Comissão Europeia de Ética na Ciência e Novas Tecnologias¹⁶⁰: a) dignidade da pessoa humana; b) autonomia; c) responsabilidade; d) justiça, igualdade e solidariedade; e) democracia; f) Estado de Direito e prestação de contas; g) proteção de dados e privacidade; e i) sustentabilidade.

Todavia, para a correta obediência dos vetores norteadores alhures expostos, a governança digital perpassa, necessariamente, por preceitos e diretrizes – normativas ou éticas – que surtam os efeitos deles esperados, sob pena de se fulminar seu correto e, em último respiro, da segurança cibernética de uma maneira geral.

Nessa toada, na dinâmica entre a Inteligência Artificial e a ética, se carece de um conceito uníssono acerca da aplicabilidade da segunda na primeira, o que, atualmente, trata-se de um enorme desafio a este campo.

A doutrina do professor Fabiano Hartmann Peixoto¹⁶¹, referência sobre o tema no país, com a fonte no direito estrangeiro, enumera quatro parâmetros que serão necessários para serem a bússola dos aspectos éticos dentro da IA, que podem ser assim reduzidos: i)

¹⁶⁰ European Group on Ethics in Science and New Technologies, *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and "Autonomous" Systems*, 2018, <https://ec.europa.eu/research/ege/pdf/ege_ai_statement_2018.pdf>, p. 16 ss. Acesso em 03/12/2020,

¹⁶¹ PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência Artificial e direito**. Coleção direito, racionalidade e inteligência artificial, v. 1, Ed. Curitiba, 2019, p. 37 e ss.

verificação: análise do sistema no atendimento a pressupostos endógenos e exógenos de segurança; ii) validação: o desenvolvimento dos sistemas que seja apropriado e se coadune com os preceitos éticos gerais; iii) segurança: em uma orientação com o condão de furtar-se do uso com fins divergentes da programação preliminar da máquina, com garantia e intervenção acerca dos defeitos, e a contínua supressão dos equívocos; iv) controle: o prognóstico de estágios em que o labor do humano é imprescindível, máxime em uma vistoria na linha tênue entre autonomia da máquina e o homem.

2.2 Planos de ação e regulamentação: o exemplo europeu

De início, portanto, torna-se imperioso um parâmetro de regulação internacional, se não idêntico, ao menos muito semelhante de um país para o outro, com o fito de se evitar que a transformação digital se torne um cartel de gigantescas empresas tais como, por exemplo, *Facebook*, *Google*, *Apple*, *Microsoft* e *Amazon*, as quais, por si sós, são responsáveis pela quase totalidade do controle e domínio indireto do sistema de IA mundial.

A chancela estatal para uma efetiva normatização é imprescindível, vez que permite o balanço dos direitos e garantias nos dois lados da relação indivíduos *versus* empresas – ainda que sensivelmente desequilibrada – o que já se verifica com maior intensidade na união europeia e países de primeiro mundo.

A Alemanha, nesse sentido, tem precedente jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, a suprema corte daquela nação, oriundo do início da década de oitenta, em que já se alertava acerca da necessária proteção dos direitos personalíssimos de determinação informacional, o que foi posteriormente alargado em uma interpretação moderna para contemplar, inclusive, o segredo e a proteção de dados através dos sistemas de tecnologia de informação.

Assim, como se percebe do exemplo alemão, os Tribunais de cada país, mantida sua soberania, devem se posicionar no sentido de proteção e avanço da IA, sem se descuidar, entretanto, da análise de questões latentes relacionadas aos sistemas de informação, mormente na tutela dos dados e segurança do *ciberespaço*, o que, igualmente, demanda estudos e aprofundamentos da estrutura do Judiciário.

Em seguida, ao ensejo da premente necessidade pela regulamentação normativa, a proteção dos sistemas deve abranger a liquidez contra ataques infundados do próprio Estado (à margem de suas próprias diretrizes), bem como de terceiros – estes considerados os mais potencialmente danosos.

A esse respeito, eis o escólio de Hoffmann-Riem¹⁶²:

Ela se refere principalmente à garantia de uma democracia funcional, ao cumprimento de normas do Estado de Direito, à implementação da proteção fundamentada no Estado Social, à prevenção contra riscos previsíveis ou ainda não previsíveis (neste caso, por exemplo, do ulterior desenvolvimento e emprego da IA), mas também à funcionalidade de instituições importantes (por exemplo, do mercado).

Dessa forma, as ações e esforços individuais devem unir-se à implementação de normas de ordem pública pela mão do Estado Social, e o seu agir deve-se pautar na qualidade da segurança.

A proteção sistêmica, por sua vez, se alimenta do próprio aparato tecnológico à disposição da máquina para garantia de proteção de todos, o que incluiria, *in casu*, o uso de *machine learning*.

O sigilo dos dados, em contrapartida, sob o viés da autoproteção da IA, encontra-se normatizado no ambiente europeu, mais especificamente no artigo 25163, do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, que prescreve, basicamente, a respeito das técnicas e organizacionais adequadas, a fim de que haja a aplicação dos princípios de proteção de dados, dentre aqueles a chamada minimização.

Além disso, deve haver o correto planejamento da ações dos agentes públicos e privados, com estratégias claras para se tornar efetivo o apoio na Inteligência Artificial.

A propósito, urge mencionar que vieses discriminatórios não devem existir, e a seguridade dos dados com o uso de *smart systems* têm o condão de garantir a transparência e macro proteção cibernética para, a partir daí, possibilitar atribuição de responsabilidade e prestação de contas aos executores.

Ademais, convinável trazer à baila que há variadas perspectivas com o escopo de regular um campo tão abstrato e de difícil linguagem para significativa parcela populacional, inclusive os operadores do direito.

Destaca-se que os órgãos estatais, que necessitarão de qualificado corpo técnico, terão que avaliar, de um modo disruptivo, a repercussão da IA em curto, médio e longo

162 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Proteção de dados e inteligência artificial: perspectivas éticas e regulatórias**. RDU, Porto Alegre, v. 16, n.90, p. 11-38, nov.-dez., 2019, p. 21.

163 <https://www.privacy-regulation.eu/pt/25.htm>, acesso em 04/12/2020

prazo. Isso também poderá ocorrer através de premiações e benefícios para as empresas que se adequem aos patamares pré-estabelecidos.

Acrescente-se ainda que algo indissociável é a fiscalização regular na chamada infosfera, com o condão de exalar confiança e nitidez ao sistema, o que também permitirá, em maior escala, a eficácia da atribuição de responsabilidade aos usuários potencialmente danosos, que logram êxito na invasão e uso indevido de dados.

2.3 Óbices e dificuldades para a IA

Inobstante, apesar do horizonte promissor no campo de estruturação dos limites e conceitos éticos da Inteligência Artificial, especialmente dentro do direito, há entraves que acabam por dificultar sobremodo a irradiação dos seus efeitos.

Primeiro, o direito e, por via de consequência, a regulação normativa da IA são incapazes de acompanhar a celeridade e gigantesco avanço da programação cibernética e progresso dos sistemas, de maneira que a solução mais salutar, dentro da linha de raciocínio ora exposta, deve permitir a entrada e ajuste de novos fatos que devem ser contemplados pela lei, sem, todavia, imiscuir-se de uma proteção mais rígida dentro do núcleo duro do sistema: a segurança e a ética.

A seguir, a imposição de marcos e limites em termos de estrutura, principalmente em âmbitos regionais e nacionais é de bom alvitre, com o intuito de se frear, ou ao menos buscar este objetivo, das grandes corporações mundiais que dominam significativa parcela do mercado digital.

Para a possibilidade de se averiguar o responsável civil pela máquina, e assim obrigá-lo ou não à prestação de contas, é fundamental que o sistema, como um corpo uno, seja íntegro e coeso, a fim de possibilitar a correta análise de pontos específicos de maneira clarividente, o que também tem por objetivo o aumento da credibilidade dos sistemas de IA aos usuários em geral e ao Poder Judiciário.

Por fim, a centralização de poder, tal como algures mencionado, dificulta a inserção de normas às grandes empresas, as quais, igualmente, possuem robusto aparato jurídico atento às lacunas legislativas de cada nação ou parte do planeta, o que lhes possibilita o aumento do oligopólio da IA em estrita afinidade com a ausência de fiscalização normativa.

A dificuldade de colocação de princípios dentro do ambiente da Inteligência Artificial repousa, especialmente, na ausência de padronização de métodos, o que se torna ainda mais complexo em um ambiente virtual em que não se vislumbra horizonte definido no que atine à responsabilização dos usuários, bem assim das próprias máquinas.

2.4. *Machine Bias*

Nessa toada, pode-se mencionar que toda a carga de comandos e algoritmos da máquina foi feita pelos seus criadores, ou seja, *machine learning* nada mais é do que um produto das relações humanas, em dado momento, em determinada sociedade, que carrega fortes tendências e padrões daquele certo país ou região, e alberga específica parcela demográfica. Daí podem surgir temas intimamente ligados e afetos ao direito: isonomia e senso de justiça, que o Judiciário tem como missões precípuas.

As chamadas *machine bias*, ou seja, as máquinas que desenvolvem preconceitos e estereótipos sociais por si sós, tratam-se de modalidades de IA em que ocorre o aprendizado não-supervisionado, por meio de algoritmos não expostos e robustos, o que afasta a figura de um humano controlador do robô.

A esse respeito, doutrina Paulo Sá Elias¹⁶⁴:

É o viés tendencioso. A remoção de tal viés tendencioso em algoritmos não é trivial e é um campo de pesquisa em andamento. Os desvios são difíceis de serem descobertos se o algoritmo for muito complexo, (como são utilizados pelo Google), pior ainda se forem secretos.

E essa prática verificada pela máquina somente espelha o projeto pelo qual foi desenvolvida, o que pode ocorrer igualmente com deslizos e falhas éticos, a exemplo de uma configuração de reconhecimento facial e fotos realizada exclusivamente por caucasianos, que deixam de programa-la para rostos asiáticos.

Tais vícios internos e exponencialmente desenvolvidos pelas máquinas através dos algoritmos e redes neurais constituem um significativo entrave à melhor aceitação da IA no Poder Judiciário.

É bem verdade que a sociedade 4.0 que hoje em dia grande parcela encontra-se inserta – especialmente o Brasil – na qual se ventila, dentro desse conceito informacional, a massificação dos dados e o surgimento das relações instantâneas à distância, trouxe consigo a robótica automatizada, algo inarredável e perene, e que tem sido objeto de estudos e louváveis avanços nas mais diversas áreas, assim como na Administração Pública e no Judiciário, inclusive no setor de gestão.

164 ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos e Inteligência artificial exigem atenção do direito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-20/paulo-sa-elias-inteligencia-artificial-requer-atencao-direito>, acesso em 07/12/2020.

3. EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E NORMAS PELA RESOLUÇÃO Nº 332/2020, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Malgrado haja barreiras a serem ultrapassadas, é sabido que a Inteligência Artificial deve servir de apoio e facilitadora às relações humanas, e ter seu entorno um cabedal normativo e extranormativo (ético) vinculante, que não sejam somente diretrizes abstratas e vagas, a fim de que haja o pleno desenvolvimento de modo correto e, definitivamente, se insira no acesso efetivo da população.

A propósito, leciona Hoffmann-Riem¹⁶⁵:

Confiar unicamente em princípios éticos não deve corresponder à responsabilidade estatal de proporcionar garantias. Em face dos riscos associados à digitalização de modo geral e à utilização da IA em particular, o direito estabelecido pelo Estado ou, em todo caso, pelo qual ele é corresponsável e que esteja dotado de possibilidades de sanção deve ser imprescindível. O direito concernente a isso deveria, porém, ser estruturado de tal maneira que reforce, tanto quanto possível, a efetividade de critérios éticos.

Por este seguimento, tanto no direito alienígena quanto no brasileiro, vislumbra-se que, em maior ou menor escala, haja um rol legislativo concreto no que tange a normatizar e estabelecer parâmetros de inserção da Inteligência Artificial nas relações.

Neste ponto, após alguns anos da entrada da IA no Poder Judiciário, e o rápido progresso do sistema, especialmente na automatização e coleta de dados, pesquisa automática de jurisprudência e precedentes, indexação de processos semelhantes para julgamento, reconhecimento facial de usuários, dentre outros exemplos em praticamente todos os tribunais do país, foi editada a recente Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, de autoria de seu atual Presidente e Ministro do Pretório Excelso, Dias Toffoli, a qual será objeto de análise pormenorizada.

De partida, verifica-se, dentre as disposições iniciais do ventilado ato normativo, que o mesmo tem por escopo a "ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário¹⁶⁶".

165 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Proteção de dados e inteligência artificial: perspectivas éticas e regulatórias**. RDU, Porto Alegre, v. 16, n.90, p. 11-38, nov.-dez., 2019, p. 38.

166 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>, acesso em: 01/12/2020, p.1, Preâmbulo.

Outrossim, relevante conjugar, dentre os próprios intentos da resolutiva, que a Inteligência Artificial deve obediência a “critérios éticos de transparência, previsibilidade, possibilidade de auditoria e garantia de imparcialidade e justiça substancial¹⁶⁷”, em preservação dos direitos fundamentais mais sensíveis ao ser humano, presentes, sobretudo, dentre o rol dos artigos iniciais da Constituição Federal de 1.988, bem como a privacidade e controle de uso dos dados pessoais, o que vem ao encontro da Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

É consabido que a Inteligência Artificial, inserta no Poder Judiciário brasileiro, tem como umas das principais missões a prestação célere e equânime de uma justiça considerada extremamente morosa e ineficaz na resolução dos problemas estruturais de um país com dimensões continentais e com níveis extremos de desigualdade.

Nesse sentido, assim dispõe a Resolução em seu artigo 2º, de seguinte redação:

Art. 2º A Inteligência Artificial, no âmbito do Poder Judiciário, visa promover o bem-estar dos jurisdicionados e a prestação equitativa da jurisdição, bem como descobrir métodos e práticas que possibilitem a consecução desses objetivos.

Prossegue-se ainda com disposições iniciais no sentido de definir importantes conceitos atinentes à IA, e que devem ser posteriormente aperfeiçoados no contexto do Judiciário, tais como algoritmo, modelos, sinapses e modalidades de usuários internos e externos.

A seguir, passado o cenário de introito, analisa-se a preocupação concernente à tutela dos direitos fundamentais e controle de dados sensíveis e ao segredo de justiça, estes previstos na LGPD.

A mencionada normativa, por sua vez, alberga a chamada “não discriminação”, que tem o condão de proteger, como baluarte do sistema, os desacertos de julgamento originários nos preconceitos, que visam à supressão dos marginalizados socialmente, bem assim na subsídio para um julgamento justo.

Publicidade e transparência, a seu turno, aliadas à chamada governança e qualidade, indicam, segundo as diretrizes, “os objetivos e resultados pretendidos pelo uso do modelo de Inteligência Artificial¹⁶⁸”, além dos responsáveis pela divulgação dos próprios dados dos usuários externos envolvidos no sistema, sempre sob a batuta e controle de regras de

¹⁶⁷ Ibid, p. 1, terceiro “considerando”.

¹⁶⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>, acesso em: 01/12/2020, p. 5, artigo 8º, inciso II.

gestão e planejamento dos “próprios sistemas computacionais, as Resoluções e as Recomendações do Conselho Nacional de Justiça, a Lei nº 13.709/2018, e o segredo de justiça¹⁶⁹”.

A atenção conferida à segurança dos sistemas e da informação que tramite dentro dos modelos (*dataset*) também é pertinente às fontes seguras, e que sejam, preferivelmente, governamentais, ou seja, que tenham o crivo do Estado. No mais, dentro do núcleo seguro, os dados devem ser “eficazmente protegidos contra os riscos de destruição, modificação, extravio ou acessos e transmissões não autorizados¹⁷⁰”, com “padrões consolidados de segurança da informação”.

A pesquisa, o desenvolvimento e a implantação de serviços de IA constitui um notável acréscimo e de grande relevância normativa, haja vista que buscam, de fato, aliar, em equilíbrio evolutivo, a atual fase da IA no país e as pesquisas que não cessam a despeito de sua transformação contínua.

O artigo 20 aduz que a IA será “orientada pela busca da diversidade em seu mais amplo espectro, incluindo gênero, raça, etnia, cor, orientação sexual, pessoas com deficiência, geração e demais características individuais”, com maior participação representativa possível, em atenção à diversidade.

Aliás, estudos, pesquisas, ensino e treinamentos devem ser avessos a preconceitos, e respeitar a dignidade e liberdade de todos, o que se complementa pela previsão de atividades indenidas de ameaça ou dano ao homem.

No ambiente do direito penal, a IA é vista com ressalvas, precipuamente no que concerne às chamadas “decisões preditivas” – baseada em dados estatísticos e históricos – , o que, todavia é permitido quando se tratar de utilização de melhorias “computacionais destinadas à automação e ao oferecimento de subsídios destinados ao cálculo de penas, prescrição, verificação de reincidência, mapeamentos, classificações e triagem dos autos para fins de gerenciamento de acervo¹⁷¹”.

Em arremate, o capítulo atinente à prestação de contas e responsabilização civil, dois temas tão valiosos e apropriados quando se menciona a IA na órbita de análise do Judiciário, pois sua credibilidade e segurança, além da reputação dos defensores da própria

¹⁶⁹ Ibid, p. 6, artigo 9º.

¹⁷⁰ Ibid, p. 7, artigo 15.

¹⁷¹ Ibid, p. 9, artigo 23, parágrafo 1º.

computação dentro do terceiro poder, necessariamente, perpassam pela punição aos envolvidos.

Nessa perspectiva, o que fora algures abordado a respeito da dificuldade de regulamentação conjunta, tanto normativa quanto ética, carregada de preceitos abstratos – e as vezes de difícil compreensão – tem por fim a plena aplicabilidade da IA, com o “fim de garantir o impacto positivo para os usuários finais e para a sociedade¹⁷²”.

Daí por que a prestação de contas ganha destaque, tanto no controle dos responsáveis e custos da IA, bem assim no esforço mútuo entre os órgãos estatais e o setor privado, em uma abordagem sistematizada acerca do resultados planejados em detrimento aos reais, além de acertos e desacertos, e à divulgação ampla sobre os prós e contras do uso da Inteligência Artificial, o que deve ser feito sempre em consonância com “os princípios e regras” inicialmente positivados, pena de sanção aos envolvidos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Inteligência Artificial no Poder Judiciário trata-se de uma silenciosa e constante revolução, que deve ser pautada sempre pela enorme ajuda que oferecerá ao jurisdicionado e à própria administração da justiça em termos de praticidade e celeridade, sem se imiscuir de seu auxílio diversificado ao juiz, o que se verifica na análise e formação de precedentes aplicáveis ao caso concreto.

Ocorre que, para sua plena aplicabilidade, a IA deve ser minimamente regulamentada, a fim de dar guarida e proteção ao sistema e aumentar a confiança e credibilidade de algo que propiciará grandes transformações na forma de conhecimento, gestão, política, controle e segurança informacional no vasto campo de abrangência do Poder Judiciário, sobretudo em uma democracia tridimensional em que os poderes políticos do legislativo e executivos encontram-se em franco desgaste e choque mútuo.

As dificuldades presentes na assimilação desta forma de inteligência não devem ser escondidas, mas objeto de acentuada carga valorativa e normativa e fruto de melhorias paulatinas, o que deverá ocorrer com a utilização do exemplo europeu acerca da unificação do regime geral de proteção de dados e a guarida constitucional alemã que refere-se aos direitos fundamentais de tecnologia e segurança da informação.

A máquina, em sentido estrito, deve ser utilizada sem quaisquer valores nela inicialmente anexados, a fim de eliminar preconceções e abordagens tendenciosas carregadas de arquétipos dos seres humanos responsáveis por sua criação e programação.

¹⁷² Ibid, p. 10, artigo 25.

A regulação legislativa e envolta por axiomas éticos era necessária e imprescindível para melhor acolher a IA e nominar os conceitos, definir padrões, usuários, tratar acerca da publicidade, transparência e segurança, e por fim, responsabilizar os que a utilizem com finalidades divergentes de seu plano exordial.

Nesse sentido, ainda que através de uma ato administrativo resolutivo – e não por meio de lei federal de iniciativa do legislativo - ou seja, do órgão responsável pelo “controle e atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário”, qual seja, o Conselho Nacional de Justiça, incluído por norma constitucional derivada, oriunda da Emenda nº 45/2.004, a novata Resolução nº 332, de 21 de agosto, com pouco mais de três meses de vigência no presente ordenamento, pode ser considerada um importante marco normativo sobre a Inteligência Artificial no Judiciário tupiniquim.

A partir de um pressuposto de estudo voltado à União Europeia, presente no Regime Geral de Proteção de Dados, observa-se em muito a similitude topográfica dos institutos conexos e pujantes da IA no judiciário, em nítida amostra de que os estudiosos do tema buscaram origem ética e normativa nos principais países do velho continente.

De bom alvitre frisar, dentre as justificativas da ventilada resolução, as quais justificam a sua feitura, que observou-se o “contido na Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seus ambientes¹⁷³”, fruto de uma experiência de sucesso há alguns anos, que inicia seus passos no Brasil.

Portanto, sem se descuidar dos limites éticos e normativos, bem desenhados na Resolução nº 332/2020, a Inteligência Artificial deve ter seu abono para o pleno desenvolvimento nas mais diversas possibilidades de contribuição aos usuários, mormente no espectro do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima F.P.G. **Revolução 4.0 no Poder Judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros.** Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, p. 65-76, jul.-out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>, acesso em: 01/12/2020.

¹⁷³ Ibid, p. 2, décimo “considerando”.

ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos e Inteligência artificial exigem atenção do direito.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-20/paulo-sa-elias-inteligencia-artificial-requer-atencao-direito>, acesso em 07/12/2020.

FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. **Inteligência artificial no direito: uma realidade a ser desbravada.** Revista de direito, governança e novas tecnologias, v. 4, n. 1, p. 01-16, jan-jun., 2018.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Proteção de dados e inteligência artificial: perspectivas éticas e regulatórias.** RDU, Porto Alegre, v. 16, n.90, p. 11-38, nov.-dez., 2019.

MILESKI, Helio Saul. **Inteligência artificial – A nova direção do mundo e sua utilização na imprevisibilidade de acontecimentos das questões sociais – Pandemia – COVID-19.** Fórum Administrativo, FA, Belo Horizonte, ano 20, n. 231, p. 49-55, maio 2020.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência Artificial e direito.** Coleção direito, racionalidade e inteligência artificial, v. 1, Ed. Curitiba, 2019.

PUGLIESE, Márcio; BRANDÃO, André Martins. Uma conjectura sobre as tecnologias de *big data* na prática jurídica. **Revistada Faculdade de Direito da UFMG**, n. 67, p. 453-482, jul.-dez., 2015.

SANTOS, Beatriz Roza Pinheiro dos; CAMILO, Evertto da Silva; MELLO, Mariana Rodrigues Gomes de. *Big Data e Inteligência Artificial: Aspectos Éticos e Legais Mediante Teoria Crítica.* **Complexitas - Rev. Fil. Tem.** Belém, v. 3, n. 1, p. 50-60, jan-jun., 2018

A POLÊMICA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

HAROLDO JOSÉ CRUZ DE SOUZA JUNIOR:
Especialista em direito público pela Universidade
Cândido Mendes¹⁷⁴.

Resumo: Este trabalho pretende analisar em linhas gerais a controvérsia acerca da aplicação da prescrição intercorrente no processo do trabalho, tendo em vista as inúmeras implicações práticas que qualquer entendimento, seja a favor ou contra, podem gerar na *práxis* da Justiça do Trabalho e afetar este fundamental ramo da Justiça brasileira.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Processo do Trabalho. Prescrição intercorrente. Repercussões práticas.

Abstract: This study aims to analyze in general terms the controversy about the application of intercurrent prescription in the labor process, given the innumerable practical implications that any understanding, whether for or against, can generate in the praxis of Labor Justice and affect this fundamental branch of Brazilian Justice.

Key Words: Labor Law. Labor Process. Intercurrent prescription. Practical repercussions.

Introdução

Tradicionalmente, entre os doutrinadores brasileiros estabeleceu-se o critério segundo o qual a prescrição consiste na perda ou extinção do direito de ação¹⁷⁵. Entretanto, a prescrição atinge apenas a eficácia da pretensão e da ação.

A prescrição serve à segurança e à paz pública, sendo um limite temporal à eficácia das pretensões e das ações.

A prescrição é, para Clóvis Beviláqua¹⁷⁶, “uma regra de ordem, de harmonia e de paz, imposta pela necessidade da certeza das relações jurídicas”.

174 E-mail: haroldo.csj@gmail.com

175 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. V.1, p.288.

176 BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 7. Ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944. V.1, n.1, p. 459.

Para Pontes de Miranda¹⁷⁷ prescrição é “a exceção, que alguém tem contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”.

O direito a uma prestação é intimamente relacionado a um dever jurídico. Então, quando o dever jurídico não é cumprido espontaneamente, no tempo, no modo e nas circunstâncias determinadas, surge para o titular do direito a pretensão, que é o poder de exigir do devedor o cumprimento de sua obrigação.

A prescrição não alcança o direito propriamente, o que é atingido pela prescrição é a pretensão e, conseqüentemente, a ação. Dessa forma, os prazos prescricionais não fulminam de morte o direito não o elimina, mas apenas encobrem a eficácia da pretensão, atendendo a conveniência de que não se prolongue por tempo indeterminado a exigibilidade.

A prescrição, portanto, serve ao interesse público, é uma forma de garantir a segurança jurídica das relações e descongestionar os Tribunais, que deixam de enfrentar questões relacionadas a situações muito antigas, e que pelo transcorrer do tempo tem deteriorado o seu acervo probatório.

A partir do momento em que o direito a uma prestação passa a ser exigível, surge conseqüentemente uma pretensão. Deste modo, nas palavras de Pontes de Miranda¹⁷⁸: “A partir da exigibilidade do direito, surge ao seu titular o poder de exigir do obrigado a sua realização, caracterizando a pretensão”.

Contudo, a pretensão não comporta qualquer ação, de modo que ao exercer a pretensão o sujeito não age contra ninguém, apenas exige a realização do direito, limitando-se a aguardar a satisfação por parte do destinatário¹⁷⁹.

A pretensão gera o direito de ação ao credor, quando o devedor ignora o seu dever jurídico de prestar o que deve. O direito de ação consiste na prática de atos materiais voltados contra o sujeito passivo, independentemente do seu comportamento.

No exercício da pretensão, o titular do direito apenas exige seu cumprimento, aguardando o correlato atendimento pelo obrigado. Já na ação, não há qualquer atitude

¹⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 6, §662, n.2, p.100.

¹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 6, §662, n.2, p.101.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.p.27-208.

passiva de espera do cumprimento, desapontando, isto sim, a prática de atos conducentes a realização ou concretização do direito¹⁸⁰.

Esta ação constitui o que a doutrina¹⁸¹ denomina de ação de direito material, consistente em atos concretos praticados pelo titular do direito contra o obrigado para fazer valer, coercitivamente, a regra que lhe é favorável. O exercício dessa ação de direito material, diretamente pelo próprio titular do direito, nos dias atuais é, em regra, vedada pelo ordenamento jurídico dos países ocidentais. Portanto, o credor não pode se valer da autotutela para assegurar o que lhe é devido, sendo-lhe imperativo a provação do Poder Judiciário, que é o poder estatal que detém o monopólio dessa atividade.

Assim, somente o Estado, através do seu Poder Judiciário, pode concretizar a prática de atos materiais voltados à satisfação do direito do credor. Todavia, exige-se que haja uma provação do interessado, ao Poder Judiciário, através de uma ação de direito processual, para que o Estado possa exercer sua jurisdição.

Deste modo, violada a pretensão, surge a ação material. Não exercida a pretensão ou a ação, no prazo previsto em Lei, opera-se a prescrição.

Nos termos do artigo 189, do Código Civil, "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206".

É possível notar que no dispositivo supracitado há incorreções técnicas, justamente porque a menção a pretensão não é correta, tendo em vista que a pretensão não nasce da violação do direito, mas sim da simples possibilidade de se exigir o direito. Por conseguinte, violável não é o direito, mas a pretensão, e da pretensão é que nasce o direito de ação, e da inércia do interessado em provocar o Judiciário para exercer o seu direito de ação, é que surge a prescrição.

Os direitos a uma prestação, que desta surge a pretensão e a conseqüente ação, relacionam-se com os prazos prescricionais que, como prevê o artigo 189, do Código Civil, começam a correr do inadimplemento ou não cumprimento pelo sujeito passivo de sua obrigação.

180 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo/Leonardo Carneiro da Cunha.- 13. ed., totalmente reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 62-63.

181 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo/Leonardo Carneiro da Cunha.- 13. ed., totalmente reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 63.

Quando o sujeito passivo não cumpre a sua prestação, ocorre o inadimplemento ou a lesão a pretensão do credor.

Logo, a prescrição não alcança o direito, mas apenas a pretensão. Já que se a prescrição alcançasse o direito, não seria prescrição e sim decadência.

A prescrição constitui matéria de interesse público, razão pela qual não se admite que os sujeitos modifique seu regime ou alterem os prazos previstos em Lei 182. Isso significa que a prescrição não pode ser negociada, sendo sua criação ou alteração matéria abrangida pela reserva legal.

Consumada a prescrição o direito não pode mais ser exigido. A prescrição encobre a eficácia da pretensão e, por consequência, da ação. A prescrição é um contra direito que encobre a prescrição.

O artigo 202, do Código Civil, dispõe que: “a interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez [...]”. Deste modo, a interrupção da prescrição por uma única oportunidade é a regra geral, aplicável a toda e qualquer espécie de pretensão, independentemente de quem seja a pessoa favorecida pelo prazo prescricional.

O Código Civil de 1916 determinava a interrupção da prescrição, entre outros motivos, pela citação inicial feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente (art. 172, I). O artigo 175, do CC/16 dispunha que sendo nula a citação, extinto o processo sem julgamento do mérito ou vindo este a ser anulado, não se teria por interrompida a prescrição.

Com o advento do Código Civil de 2002, a interrupção da prescrição não é mais efeito da citação válida, passando a resultar do simples despacho “cite-se” proferido pelo juiz ao verificar se presentes os requisitos da petição inicial. Essa norma está expressa no artigo 202, I, do CC/02: “[...] por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual”.

Contudo, não serve como ato interruptivo da prescrição qualquer outro despacho inicial, como por exemplo, determine a emenda da petição inicial (art. 321, NCPC), a correção de irregularidade de representação (art. 76, NCPC) ou a intimação do autor para promover a citação dos litisconsortes necessários (art. 115, parágrafo único, NCPC).

Portanto, o ato apto a interromper a prescrição processual é o ato ordenatório do magistrado para a citação do réu, ato este popularmente conhecido como “cite-se”.

182 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo/Leonardo Carneiro da Cunha.- 13. ed., totalmente reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 65.

O autor, ao comparecer em Juízo, saiu da inércia, não havendo mais razão para manter-se o transcurso do prazo prescricional. Diante dessa situação, o artigo 240, do Código de Processo Civil de 2015 definiu que a interrupção da prescrição decorre do despacho que ordena a citação, mas que a interrupção da prescrição retroage a da data de propositura da demanda, segundo o §1º. O §2º impõe como condição para essa retroação a obrigação do autor adotar as providências necessárias para viabilizar a citação no prazo de 10 (dez) dias.

Por conseguinte, se o autor se quedar inerte e não indicar o endereço do réu ou não requerer a citação de um litisconsorte necessário ou ainda não apresentar cópia da petição inicial para instruir a carta ou o mandado de citação, ou seja, se o autor não tomar as providências cabíveis para promover a citação no prazo de dez dias, a interrupção da prescrição não retroagirá para a data da propositura da demanda.

Entretanto, conforme expresso no artigo 240, §3º, do NCPC, o autor não pode ser prejudicado pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. Essa do legislador é fruto da jurisprudência do STJ, inclusive objeto do Enunciado de Súmula 106 ("Proposta a ação no prazo fixado para seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência").

Ainda que o processo possa vir a ser anulado ou extinto sem resolução de mérito, não há qualquer desfazimento da interrupção promovida pelo "cite-se". Esta é inclusive uma inovação promovida pelo Código Civil de 2002.

Distinção de prescrição para com a decadência:

Como já supramencionado, a pretensão é encoberta com o transcurso do prazo pela prescrição. Contudo, o mesmo não ocorre com a decadência, pois esta trata de direitos protestativos, e com o transcurso do prazo o que é fulminado é o próprio direito em si, e não a pretensão, como na prescrição.

Segundo Amorim Filho¹⁸³, "somente há prescrição se houver lesão, e somente há lesão nos direitos a uma prestação, isto é, nos direitos de crédito nas demandas destinadas a cobrança de um crédito". Portanto, segundo a concepção de Amorim Filho, só haveria prescrição se a demanda fosse condenatória, e no caso dos direitos não sujeitos a uma lesão, como não haveria uma pretensão, não haveria que se falar em prescrição.

¹⁸³ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis. Revista Forense: comemorativa 100 anos. Rio de Janeiro: Forense, 2016. t.5, p. 99-136.

Assim, segundo essa linha de entendimento, os direitos protestativos e aqueles postulados em ações constitutivas, quando sujeitos para serem exercidos, a um prazo fixado em lei ou em contrato, devem ser exercitados nesse prazo, que tem natureza decadencial. E, por fim, para Amorim Filho as ações declaratórias ostentam uma característica da imprescritibilidade.

Apesar dos argumentos convincentes, a linha proposta por Amorim Filho é extremamente criticada por Pontes de Miranda¹⁸⁴, que por sua vez, entende que a diferença entre prescrição e decadência está no plano da eficácia. Afinal, enquanto a pretensão prescrita pode ser encoberta ou já está encoberta, a pretensão preclusa (decadência) deixou de existir. De tal modo, são alcançados pela decadência o direito, a pretensão, a ação e a exceção, ao passo que a prescrição encobre apenas a pretensão e a ação. Assim, segundo a concepção de Pontes de Miranda, uma prestação pode ser tanto objeto da decadência, quanto da prescrição.

O artigo 186, do Código Civil, pela redação dada, aparentemente, adotou a posição capitaneada por Amorim Filho, "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Segundo o Código Civil de 2002, o prazo prescricional pode ser interrompido, suspenso ou renunciado. Diferentemente, a decadência não pode ser objeto de interrupção, suspensão ou renúncia. Entretanto, em alguns casos específicos, o Legislador conferiu à possibilidade de suspensão ou interrupção a decadência, conforme dicção expressa do artigo 207, do Código Civil, e um dos exemplos dessa possibilidade excepcional está no artigo 240, §4º, do NCPC, que entende ser possível a retroação da interrupção da decadência, tal como ocorre com a prescrição.

Os artigos 332, §1º e 487, II, ambos do NCPC, permitem ao Juiz conhecer de ofício a prescrição. Apesar dessa possibilidade, o Juiz deve observar o artigo 487, NCPC, bem como o princípio da não surpresa e intimar previamente as partes. Isso se dá, pois o autor poderá demonstrar a ocorrência de uma das causas interruptivas, impeditivas ou suspensivas da prescrição, o que afastaria a extinção do processo.

O artigo 487, parágrafo único, do NCPC cria uma exceção para a obrigatoriedade de intimação prévia das partes, trata-se da hipótese de improcedência liminar do pedido (art. 332, §1º, NCPC).

184 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 6, §668, n. 2, p. 136.

As partes também têm a possibilidade de, a qualquer tempo, alegar a prescrição, segundo os artigos 432, II e III, do NCPC e o artigo 193, do Código Civil).

Aplicação da prescrição intercorrente no Processo do Trabalho

O TST tem entendimento pacífico em seu Enunciado de Súmula nº114, que diz: “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”.

A prescrição intercorrente é aquela que ocorre no curso da marcha processual, em decorrência da inércia da parte, a quem incumbia a realização de determinado ato processual.

A problemática sobre a aplicação da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho surge com o Enunciado de Súmula 327, do Supremo Tribunal Federal, que diz: “O direito trabalhista admite prescrição intercorrente”.

Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho não admite esse antigo entendimento do STF, e como já supracitado editou enunciado em sentido diametralmente oposto.

O TST fundamenta fundamental seu entendimento no fato de que, no processo do trabalho, há a aplicação do impulso oficial, cabendo ao Juiz do Trabalho dar andamento ao processo e iniciar, de ofício, a fase de execução (art. 878 da CLT). Aliás, o art. 40 da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais) prevê que o juiz suspenderá a execução enquanto não localizados bens do devedor e que durante esse prazo não correrá a prescrição. Diante disso, entende que é inaplicável, na Justiça do Trabalho, a prescrição intercorrente.

Para o TST, a decisão que extingue a execução, com resolução de mérito, em virtude da incidência da prescrição intercorrente, afronta a literalidade do art. 5º, XXXVI, da CF, porquanto impede a produção dos efeitos materiais da coisa julgada, tornando sem efeito concreto o título judicial transitado em julgado.

Parte da doutrina trabalhista¹⁸⁵ entende ser aplicável a prescrição intercorrente no processo trabalhista, quando o ato depender única e exclusivamente do exequente (requerente do ato) na liquidação por artigos, que deve ser iniciada pelo exequente. Nesse caso, se, por negligência do próprio exequente, o processo vir a permanecer em estado de latência durante anos, atrairá a prescrição como medida de paz social. Aliás, o próprio art. 884, § 1º, da CLT trata da possibilidade de a prescrição intercorrente ser alegada em matéria de defesa.

¹⁸⁵ Correia, Henrique; Miessa, Élisson. Súmulas e OJs do TST Comentadas/ Henrique Correia e Élisson Miessa. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1230-1231.

Há, ainda, que se ressaltar que o art. 40, §2º, da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais) admite que “decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrado bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos”, descrevendo no § 3º que sendo encontrados bens, a qualquer tempo, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

É possível, portanto, concluir que após um ano da decretação da suspensão da execução, os autos seriam arquivados, podendo, a qualquer tempo, ser desarquivados e ser retomada a execução. Dessa forma, havia por dedução lógica a imprescritibilidade dos créditos na execução trabalhista. Contudo, a Lei nº 11.051/04 incluiu o §4º no art. 40 da LEF passando a permitir a aplicação da prescrição intercorrente de ofício pelo juiz.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o §4º, do artigo 40, da LEF estabeleceu que o processo poderá ficar suspenso 1 ano e, em seguida, iniciará a prescrição intercorrente. Esta posição inclusive foi objeto do Enunciado da Súmula 341: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

Elisson Miessa e Henrique Correa¹⁸⁶ defendem que o mesmo raciocínio deverá ser aplicado ao processo do trabalho, o que significa que depois de 1 ano da suspensão

iniciará a prescrição intercorrente, sendo certo que o prazo prescricional aplicável deverá observar o mesmo prazo para o ajuizamento da ação (Súmula nº 150 do STF).

O Novo CPC de 2015, atraindo as diretrizes da Lei 6.830/80 e do STJ, declinou que, quando o executado não possuir bens penhoráveis, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de um ano, durante o qual se suspenderá a prescrição (art. 921, § 1º). Decorrido o prazo máximo de um ano, sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos (art. 921, § 2º). Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis (art. 921, §3º). Contudo, após o prazo de 1 ano de suspensão sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente (art. 921, §4º). Nesse caso, o juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de quinze dias, poderá, de ofício, reconhecer esta prescrição e extinguir o processo (art. 921, § 5º).

Considerações finais

Apesar da clara divergência tanto doutrinária, quanto jurisprudência a respeito da possibilidade de prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho é necessário que os

¹⁸⁶ Correia, Henrique; Miessa, Elisson. Súmulas e OJs do TST Comentadas/ Henrique Correia e Elisson Miessa. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1232-1233.

Tribunais Superiores em questão, STF e TST, cheguem a um consenso, para que se evite a insegurança jurídica que ronda este tema.

Apesar dessa divergência ainda ser atual e presente, já possível afirmar que já estão delineados alguns contornos para que se prevaleça a posição do TST, tendo em vista que a jurisprudência do STF é demasiadamente antiga e retrata a época em que o Supremo julgava não apenas as ações relacionadas a proteção da constituição, mas também de aplicação da Lei Federal, que hoje está a cargo do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Dessa forma, pode-se afirmar que, nos dias atuais, o TST detém uma maior expertise para enfrentar o tema e achar a melhor solução para esta situação em especial.

Bibliografia

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis**. Revista Forense: comemorativa 100 anos. Rio de Janeiro: Forense, 2016. t.5.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944. V.1, n.1.

Correia, Henrique; Miessa, Élisson. **Súmulas e OJs do TST Comentadas**/ Henrique Correia e Élisson Miessa. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**/Leonardo Carneiro da Cunha.- 13. ed., totalmente reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual Civil**. v. 1. 17^a ed. Salvador : Jus Podivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. V.1, p.288.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Ed. JusPodivm, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 6, §662, n.2.

OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

IRINEU SIQUEIRA LEITE: Escrevente Técnico Judiciário no TJSP. Foi Assistente Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). É especialista em Direito Processual Civil e em Direito Público, bem como bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

RESUMO: O presente trabalho trata de estudo acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, destacando as principais posições – correntes – apontadas pela doutrina e jurisprudência sobre a matéria.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Direitos Humanos. Natureza jurídica.

Introdução

Há muito os tratados internacionais passaram a incorporar o direito brasileiro. Especialmente em matéria de direitos humanos, vários foram os tratados ratificados – e incorporados – pelo Estado brasileiro, ampliando e enriquecendo o ordenamento jurídico pátrio. O ganho em matéria de proteção de direitos humanos é, sem sombra de dúvidas, incomensurável.

É notório que houve significativa evolução no sistema de proteção de direitos humanos do Brasil. E isso deveu-se à especial posição de especial destaque assumida pelas normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo pós Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que tratou expressamente, dentre outros temas, do processo de internalização dos tratados internacionais de direitos humanos. A referida emenda atribuiu o “*status*” constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados em dois turnos de 3/5 (três quintos) dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Representou, assim, importante marco histórico e normativo na defesa dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro.

Pergunta-se, porém, quer antes ou quer depois da EC n. 45, de 30 de dezembro de 2004, qual seria a real natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos? Poderiam ser considerados normas supraconstitucionais? Ou, independentemente do procedimento formal de aprovação, poderiam ser considerados normas constitucionais? E supralegais? E mais: é possível atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos o “*status*” de mera lei de ordinária?

O presente trabalho propõe-se, modestamente, a responder as indagações acima, apresentando e explicando as principais correntes jurídicas elencadas pela doutrina e jurisprudência sobre a matéria.

Desenvolvimento

Sobre a natureza jurídica dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes elenca as quatro correntes principais:

- a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; c) a tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.¹⁸⁷

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em: 22/10/2023.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969. Promulgação. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm.> Acessado em: 22/10/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343-1. São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, p. 1106, dez. de 2008.

Cf. Celso Duvivier de Albuquerque Mello, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, in Ricardo Lobo Torres (org.), Teoria dos direitos fundamentais, cit., p. 25, citado por MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 538.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no Direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 181, p. 114-137, jan./mar. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 537.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 113, 117-119 e 128.

RAMOS, Andre de Carvalho. Curso de Direitos Humanos – São Paulo: Saraiva, 2014, disponibilizada por Le Livros, pp. 364/365, 372 e 375.

187 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 537-538.

A primeira corrente, defendida pelo ilustre jurista Celso de Albuquerque Mello¹⁸⁸, preconiza que os tratados que versam sobre direitos humanos possuem *status* superior à Carta Magna, não podendo esta, portanto, limitá-los.

Os adeptos dessa corrente entendem pela existência de um “conjunto de direito maior”, que são os Direitos Humanos, haja vista o caráter assecuratório de garantias mínimas de sobrevivência e dignidade à espécie humana inerente a esses direitos. É que, segundo os que defendem essa corrente, tais direitos ultrapassam a esfera de interesse de um determinado Estado. Por resguardarem direitos básicos de todo e qualquer indivíduo, inclusive contra ações do próprio Estado ao qual este esteja vinculado, passam a ser de interesse de toda a nação. E, por isso, devem prevalecer sobre toda e qualquer norma de um determinado país.

O ministro Gilmar Mendes discorda:

É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais.¹⁸⁹

Assim, conforme entendimento do ilustre ministro, ao atribuir o *status* de supra constitucionalidade aos tratados internacionais de direitos humanos, estaria por se desconstruir o princípio da supremacia formal e material da Constituição, uma vez que esta passaria, então, a se curvar aos preceitos convencionais, o que geraria, no mínimo, uma situação arriscada para o próprio sistema jurídico interno.

Segundo o ministro, com esse novo *status*, o direito interno passaria a ser regido pelo direito internacional, mitigando – ou até mesmo afastando – a própria soberania do Estado, já que este nem sequer poderia efetuar o controle constitucional dessas normas internacionais. Abriria portas, por exemplo, à incorporação de normas incompatíveis com a ordem jurídica pátria, sob o pretexto de possuírem conteúdo de “direitos humanos”. E, por isso, essa corrente não goza de muitos adeptos.

¹⁸⁸ Cf. Celso Duvivier de Albuquerque Mello, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, in Ricardo Lobo Torres (org.), Teoria dos direitos fundamentais, cit., p. 25, citado por MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 538.

¹⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 538.

Situação diversa, porém, é a da segunda corrente, que defende o “*status*” constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Esta sim possui importantes adeptos, dentre os quais a ilustre jurista Flávia Piovesan, que assim esclarece:

Ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.¹⁹⁰

Piovesan¹⁹¹ propõe que a própria Constituição, ao prever no § 2º do seu artigo 5º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, confere o *status* Constitucional aos ditos tratados. Isso porque, ao serem incorporados, os tratados passam a funcionar como uma extensão da Constituição, já que, conforme se extrai do referido dispositivo constitucional, esta possui um rol meramente exemplificativo (aberto) de direitos, admitindo outros não elencados, inclusive previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Outrossim, ressalta a autora que tal interpretação advém do próprio conjunto principiológico constitucional da força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais:

Vale dizer, todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma norma constitucional se pode dar interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais.¹⁹²

190 PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113.

191 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 22/10/2023.

192 PIOVESAN, Flavia. *Op. Cit.*, pp. 117-118.

Com base nesse entendimento, verifica-se que de fato os tratados internacionais de direitos humanos possuem “*status*” constitucional, uma vez que a única forma de conferir máxima efetividade e força normativa ao parágrafo 2º do artigo 5º é interpretando-o como um mecanismo que amplia o “bloco de constitucionalidade” inicialmente previsto na constituição, nele considerados incluídos, segundo essa vertente, os direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos em seu sentido mais amplo.

Esse entendimento não enfrenta maiores barreiras, se não fosse o advento da Emenda Constitucional de nº 45/2004 que, ao estabelecer o mesmo rito de aprovação de emenda constitucional para a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos, limitou o “*status*” constitucional destes somente àqueles aprovados pelo referido rito especial.¹⁹³

No entanto, esclarece Piovesan¹⁹⁴ que todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do disposto no § 2º do artigo 5º, conforme já explanado. Assim é que os tratados aprovados conforme o rito determinado pelo § 3º do artigo 5º, além de serem materialmente constitucionais, passam a integrar uma nova classe, que é a de formalmente constitucionais, por serem aprovados conforme um quórum formalmente constitucional, haja vista ser o mesmo rito seguido para aprovação das Emendas à Constituição. Portanto, entende a autora que a inserção de tal dispositivo, por meio da EC de nº 45/2004, apenas possibilitou a existência de direitos formalmente constitucionais, sendo que estes já eram constitucionais antes mesmo de tal emenda.

Quer-se dizer: os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos já eram materialmente constitucionais, por força do § 2º do artigo 5º da Carta Magna, independentemente de qualquer procedimento especial de aprovação.

Sobre tal vertente refuta o ilustre jurista André Carvalho de Ramos¹⁹⁵, que afirma como consequência da aprovação por meio do rito especial, adquirindo assim constitucionalidade material e formal na visão de Piovesan, a impossibilidade de denúncia e consequente imutabilidade de seus dispositivos, uma vez que não poderiam ser denunciados pelo Estado brasileiro. Adota, nesse aspecto, posição similar à do ministro

193 A emenda constitucional nº 45/2004 inovou ao prever o mesmo rito especial de aprovação de emendas à constituição aos tratados internacionais de direitos humanos, assim criando o § 3º do artigo 5º da Constituição, que estabelece: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

194 PIOVESAN, Flavia. *Op. Cit.*, p. 128.

195 RAMOS, Andre de Carvalho. Curso de Direitos Humanos – São Paulo: Saraiva, 2014, disponibilizada por Le Livros, p. 375.

Gilmar Mendes em relação à primeira corrente – da supra constitucionalidade –, notadamente quanto à inviabilidade de vinculação – ao menos de forma absoluta e permanente – do direito interno ao direito internacional.

Fato é, porém, que, na atualidade, o entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência é de que, aprovados conforme o rito especial do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, detêm os tratados internacionais de direitos humanos “*status*” de norma constitucional. É essa a atual orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, frise-se.

A terceira corrente trata do posicionamento que confere aos tratados internacionais o “*status*” de lei ordinária federal. O referido entendimento foi adotado pela Suprema Corte durante longo período de tempo, inclusive em relação aos tratados de direitos humanos.

Sobre a aplicabilidade do retro entendimento aos tratados de direitos humanos, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento, em 1995, do caso da prisão do depositário infiel, conforme esclarece André Ramos:

O caso da prisão civil do depositário infiel é exemplar. Essa prisão foi expressamente proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que, em seu art. 7º, 7, veda a prisão civil com exceção da decorrente de obrigação alimentar. Ainda na década de 90 do século passado, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Convenção Americana de Direitos teria estatuto de lei ordinária federal e, logo, deveria ser subordinada ao texto constitucional brasileiro, que, em seu art. 5º, LXVII, menciona, além da prisão civil decorrente do inadimplemento de obrigação alimentar, a hipótese da prisão civil do depositário infiel.¹⁹⁶

Com base nesse julgado, firmou o Supremo Tribunal Federal o entendimento de que mesmo os tratados internacionais de direitos humanos não escapam à regra do “*status*” de lei ordinária, que já era a tese aplicada aos tratados internacionais comuns desde 1977, quando o Supremo passou a consagrar a ideia de paridade entre tratado internacional e lei ordinária federal e, conseqüente, a aplicação do princípio “*lex posterior derogat priori*”. Tal princípio, aplicável no âmbito normativo de mesma hierarquia, permite a revogação de lei anterior diante de uma nova legislação que lhe seja conflitante (critério cronológico). Assim, com base na referida corrente, qualquer lei ordinária posterior poderia

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 372.

vir a suprimir direitos e obrigações previstos em tratados internacionais pactuados pelo Brasil. 197

Esse posicionamento, porém, enfrentou profundas críticas. Piovesan¹⁹⁸ explica que além de ofender o princípio da boa-fé, haja vista esperar-se que o Estado pactuante cumpra com as obrigações assumidas perante organismos internacionais, afronta veemente a Convenção de Viena, concluída em maio de 1969 e ratificada pelo Brasil, a qual dispõe em seu artigo 27 que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”¹⁹⁹

Mesmo diante da crítica de grande parte da doutrina pátria, o retro posicionamento do Supremo Tribunal Federal perdurou por anos, ainda subsistindo, inclusive, para os tratados internacionais comuns. Contudo, o ingresso no texto constitucional do parágrafo 3º do artigo 5º, resultado da emenda constitucional de nº 45/2004, o qual prevê que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”²⁰⁰, forçou o STF a rever seu posicionamento em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, conforme destacado acima.

A quarta corrente, qual seja, o *status* supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, surge nesse contexto. O dispositivo normativo supra citado pôs fim à discussão dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado e pelo rito especial previsto para as emendas constitucionais, consagrando estes como de natureza também constitucional. No entanto, não cuidou o Parlamento sobre o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados por rito diferente do previsto às emendas, o que inclui todos os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro até a edição da emenda 45/2004, deixando mais uma vez essa árdua tarefa para o Supremo Tribunal Federal.

Nesse ínterim, posicionou-se a Suprema Corte quando do julgamento, novamente, acerca do depositário infiel, no RE 466.343:

197 Ibid., pp. 364-365.

198 PIOVESAN, Flavia. *Op. Cit.*, p. 119.

199 BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969. Promulgação.** <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm.> Acessado em: 22/10/2023.

²⁰⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em: 22/10/2023.

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.²⁰¹

O retro julgado, que culminou no entendimento acerca da ilicitude da prisão civil do depositário infiel, consagrou a superioridade dos tratados de direitos humanos (mesmo aqueles não aprovados pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, inserido pela emenda de nº 45/2004) em face da lei ordinária federal, os quais devem prevalecer mesmo quando em conflito com esta.

Nesse sentido, transcrevo trecho do voto do ministro Gilmar Mendes:

[...] entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.

Tal posicionamento ensejou a consagração de duas espécies de tratados de direitos humanos: os de natureza constitucional e os de natureza supralegal, denominada por André de Carvalho Ramos de “teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos”²⁰². A referida teoria preconiza que os tratados aprovados pelo rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CF/88, têm natureza constitucional; ao passo que os que não forem

201 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343-1. São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, p. 1106, dez. de 2008.

202 RAMOS, André de Carvalho. Op. Cit., p. 376.

aprovados por este rito especial têm natureza supralegal, ou seja, acima da lei ordinária e abaixo da Constituição Federal.

Assim, passou-se a ter uma maior preocupação da compatibilidade entre a normativa interna com os tratados de direitos humanos, sejam eles aprovados pelo rito especial previsto para as emendas à constituição – como é o caso da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, por exemplo –, sejam eles aprovados pelo rito simples, como foi o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de direitos Cíveis e Políticos.

Nesse contexto, surge no direito brasileiro uma nova modalidade de controle de validade das leis, denominada por Valério Mazzuoli²⁰³ de “controle de convencionalidade”. É que, tratando-se de normas com “*status*” superior à legislação infraconstitucional, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro – quer pelo rito especial, quer pelo rito simples –, passaram a servir, tal como a Constituição Federal, de paradigma de controle de validade e/ou eficácia das normas internas.

Conclusão

Durante muito tempo discutiu-se sobre o “*status*” normativo dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Várias foram as correntes doutrinárias formuladas em torno da discussão. Nunca houve, porém, um consenso geral sobre a questão.

A despeito disso, é indiscutível a posição de destaque assumida pelos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que, majoritariamente, não sejam considerados supraconstitucionais, é assente na doutrina e na jurisprudência que, aprovados ou não pelo rito especial do § 3º do art. 5º da Constituição Federal (mesmo procedimento de aprovação das emendas constitucionais), os tratados internacionais de direitos humanos estão hierarquicamente acima das leis, as quais devem, por consequência lógica, a eles obediência.

Como fruto disso, não mais se admite no direito brasileiro uma mera compatibilização das normas domésticas com a Constituição. É preciso, também, que as leis e atos normativos encontrem conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Estado brasileiro, para que, efetivamente, possam produzir efeitos na ordem jurídica. É o que prescreve, em essência, a “teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”, assunto, porém, para outro trabalho.

203 MAZZUOLI, Valério Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no Direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 181, p. 114-137, jan./mar. 2009.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA ERA DIGITAL: O MARCO CIVIL DA INTERNET E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

MANUELA MOREIRA SOARES GERHARDT:

Assistente jurídico de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Graduada em Direito, especialista em Direito Processual Constitucional pela Universidade Federal de Goiás e mestranda em Função Social do Direito pela FADISP²⁰⁴.

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de abordar a relação das violações dos direitos e garantias fundamentais frente o constitucionalismo digital. Ante o advento das transformações tecnológicas, percebe-se uma mudança nos comportamentos sociais e nas condutas humanas, principalmente no tocante às violações de direitos e garantias fundamentais. Nesse cenário, se apresenta enquanto possível hipótese que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado no intuito de modular os efeitos advindos ante o conflito de direitos. Assim, os problemas específicos são: qual o conceito efetivo de constitucionalismo digital? O princípio da proporcionalidade é efetivo para modular os efeitos advindos do confronto entre direitos e obrigações? Em seu aspecto metodológico a presente pesquisa qualitativa vai utilizar a revisão de bibliografia, principalmente a análise de literatura, artigos e notícias de jornais e revistas. Tendo, enquanto possível conclusão, o fato de que o princípio da proporcionalidade é o principal mecanismo jurídico para balizar os conflitos entre direitos e garantias fundamentais frente o advento do constitucionalismo digital.

Palavras-chave: Direito constitucional. Constitucionalismo digital. Direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT: This article aims to address the relationship between violations of fundamental rights and guarantees in the face of digital constitutionalism. In view of the advent of technological transformations, a change in social behavior and human behavior can be seen, especially with regard to violations of fundamental rights and guarantees. In this scenario, it is presented as a possible hypothesis that the principle of proportionality should be applied in order to modulate the effects arising from the conflict between principles. Thus, the specific problems are: what is the effective concept of digital constitutionalism? Is the principle of proportionality effective to modulate the effects arising from the confrontation between rights and obligations? In its methodological aspect, this qualitative

204 E-mail: manu.msoares@hotmail.com

research will use the bibliography review, mainly the analysis of literature, articles and news from newspapers and magazines. Having, as a possible conclusion, the fact that the principle of proportionality is the main legal mechanism to guide conflicts between fundamental rights and guarantees in the face of the advent of digital constitutionalism.

Keywords: Constitutional law. Digital Constitutionalism. Fundamental rights. Principle of proportionality.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Percepções jurídicas acerca do constitucionalismo digital. 2 Os direitos e garantias fundamentais na era digital. 3 O princípio da proporcionalidade enquanto modulador dos direitos e garantias fundamentais. 3.1 A força normativa dos princípios e os postulados próprios do princípio da proporcionalidade. 3.2 O princípio da proporcionalidade enquanto modulador de conflitos: o caso da ação direta de inconstitucionalidade (adi) nº 6.387. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a sociedade contemporânea experimenta um novo momento constitucional, impulsionado pelo impacto disruptivo da tecnologia digital²⁰⁵. Referido impulso teve início na década de 90, quando a internet se popularizou no Brasil, com a abertura da internet comercial em maio de 1995. Ao longo dos anos, mormente com a expansão da telefonia celular com a oferta dos *smartphones*, o acesso à rede mundial tornou-se abrangente e o usuário dispunha de recursos ao alcance do bolso para interagir com a rede mundial de modo contínuo, tendo ao seu dispor formas distintas de buscar conhecimentos e relacionar-se.

Em um estudo publicado pelo Banco Interamericano do Desenvolvimento (BID), o setor da tecnologia teve um aumento de mais de 60% durante o período da pandemia da Covid-19, tal fato resultou em um crescimento não apenas no aumento da compra de produtos e equipamentos eletrônicos, mas também no crescimento por softwares e hardwares²⁰⁶.

Não há dúvidas que esse exponencial crescimento trouxe os seres humanos integralmente para dentro do espaço tecnológico.

É certo que a crescente interconectividade de pessoas no mundo cibernético amplifica as possibilidades de os indivíduos exercerem seus direitos fundamentais, mas,

205 CELESTE, Edoardo. **Constitucionalismo digital:** mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital, *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul. dez. 2021.

206 MACEDO, Bruna. **Setor de tecnologia cresce mais de 60% durante a pandemia, aponta estudo.** CNN Brasil, 2022. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/economia/setor-de-tecnologia-cresce-mais-de-60-durante-a-pandemia-aponta-estudo/>> Acesso em 10 abril 2023.

por outro lado, faz surgir novas fontes de ameaças e violações à tais direitos. O aumento de casos de cyberbullying, de utilização indevida de imagem e de dados pessoais, de difamação e discursos de ódio, são incontestáveis, afetando, de consequência, o equilíbrio no ecossistema constitucional²⁰⁷.

Com o desenvolvimento e a maior rotatividade de pessoas no mundo cibernético, também pôde ser percebido o aumento de casos envolvendo discursos de ódio e violações aos direitos e garantias fundamentais²⁰⁸.

A Central Nacional de Denúncias da ONG Safernet, que recebe denúncias de crimes contra os direitos humanos praticados com o uso da internet, apontou que no primeiro semestre deste ano houve um aumento no relato de episódios de racismo, lgbtfobia, xenofobia, neonazismo, misoginia, apologia a crimes contra a vida e intolerância religiosa em relação ao mesmo período de 2021. Conforme a Safernet, nos seis primeiros meses de 2022, foram 23.947 denúncias, 67,5% a mais em relação ao primeiro semestre do ano passado. O crime mais denunciado, em números absolutos, foi o de misoginia, com 7096 casos. Já as denúncias de crime de intolerância religiosa tiveram um aumento de 654%, passando de 373 no primeiro semestre de 2021 para 2813 em 2022²⁰⁹.

Frente essas premissas iniciais e considerando o advento das transformações tecnológicas, percebe-se uma mudança nos comportamentos sociais e nas condutas humanas para se comunicar e firmar relações, ocasionando desequilíbrio no ecossistema constitucional, como denominado por Edoardo Celeste²¹⁰, de maneira que o constitucionalismo digital é chamado com o fito de traduzir e adaptar valores e princípios constitucionais existentes às peculiaridades da sociedade digital contemporânea.

207 CELESTE, Edoardo. **Constitucionalismo digital**: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital, Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul. dez. 2021.

208 PINHEIRO, Regina. **Crimes de ódio na internet tiveram aumento de quase 70% no primeiro semestre**. Rádio Senado, 2022. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/10/10/crimes-de-odio-na-internet-tiveram-aumento-de-quase-70-no-primeiro-semester>>. Acesso em 16 abril 2023.

209 PINHEIRO, Regina. **Crimes de ódio na internet tiveram aumento de quase 70% no primeiro semestre**. Rádio Senado, 2022. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/10/10/crimes-de-odio-na-internet-tiveram-aumento-de-quase-70-no-primeiro-semester>>. Acesso em 16 abril 2023.

210 CELESTE, Edoardo. **Constitucionalismo digital**: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital, Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul. dez. 2021.

Diante de tais ponderações, formula-se os seguintes problemas específicos: qual o conceito efetivo de constitucionalismo digital? O princípio da proporcionalidade é efetivo para modular os efeitos advindos do confronto entre direitos e princípios constitucionalmente consagrados?

Em seu aspecto metodológico a presente pesquisa qualitativa vai utilizar a revisão de bibliografia, tendo como foco a análise de literatura, artigos e notícias de jornais e revistas, juntamente com o estudo e interpretação de alguns casos práticos. Tendo, enquanto possível conclusão, o fato de que o princípio da proporcionalidade se apresenta enquanto o principal mecanismo jurídico para balizar os conflitos entre direitos e garantias fundamentais na era digital.

1. PERCEPÇÕES JURÍDICAS ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Antes de adentrar ao debate envolvendo as violações e conflitos dos direitos e garantias fundamentais no espaço cibernético, é preciso trazer uma contextualização e compreensão aos conceitos e seu significado, principalmente no tocante ao que a comunidade jurídica tem denominado como constitucionalismo digital.

Mas, afinal, o que seria o constitucionalismo digital? Ele se apresenta como uma nova forma de proteger a sociedade e garantir que os direitos constitucionais não sejam violados no espaço cibernético? Ele é uma continuidade e amplitude do movimento constitucionalista, englobando novos direitos em razão da Era Digital?

Antes de adentrar à questão digital é preciso destrinchar e reavivar o significado do movimento constitucionalista, o qual, segundo a “tradição da teoria política moderna” se apresenta como a “expressão de um movimento político e jurídico que eclode no seio das revoluções liberais do século XVIII”, cujo objetivo principal é repensar a organização política, jurídica, econômica e social das nações²¹¹.

Logo, o movimento constitucionalista vai ser representado mediante a promulgação de um Carta Constitucional, “entendida como um instrumento normativo de instituição e regulação do governo, orientado à limitação do exercício do poder e à proteção dos indivíduos”²¹².

Como consequência desse movimento é que surgem as Constituições, legislação máxima da organização social, com suas regras de organização do Estado, de fragmentação dos poderes, de disposições sobre os freios e contrapesos aos poderes e

211 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. **Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso**. Rev. Direito e Práxis. Rio de Janeiro, Vol. 13, N.4, 2022, p.2653.

212 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. **Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso**. Rev. Direito e Práxis. Rio de Janeiro, Vol. 13, N.4, 2022, p.2653.

trazendo o rol de garantias e direitos fundamentais dos seres humanos, tanto em âmbito individual, quanto em âmbito coletivo²¹³.

No cenário brasileiro, o movimento constitucionalista vai resultar na promulgação de subseqüentes Constituições, cada qual guardando relação direta da conquista e reivindicação por novos direitos com os momentos políticos, econômicos e sociais do Brasil²¹⁴.

Até chegar ao nosso objeto de estudo, a Constituição Federal de 1988, o Brasil teve ao todo seis Leis Maiores, sendo, a Constituição Imperial de 1824, a Constituição Republicana de 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 enquanto reflexo do Golpe Militar.

Pela simples análise da nomenclatura de cada uma das Leis Maiores, é possível que o leitor faça a extração de algumas informações pertinentes, tais como, o sistema de governo existente em cada um dos períodos, as formas de governo e as formas de Estado. Contudo, os movimentos e avanços tecnológicos da Era Digital vão ocorrer durante o domínio legal da Constituição Federal de 1988.

A ordem instaurada pelo advento do movimento constitucionalista vai possibilitar a denominação da concepção do Poder Constituinte Originário, o qual segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior²¹⁵ é aquele que provém do povo e poderá ser alterado ou limitado, sendo dominado enquanto poder originário ou derivado, o qual deve estar atrelado com os anseios, mudanças e valores sociais.

Nesse cenário, quando a sociedade vai se transformando, passando a se tornar digitalizada e interconectada por meio da internet, os seres humanos vão começar a perceber uma nova espacialidade na qual os atos vão ser praticados e executados, contudo, como ponderado por Jane Pereira e Clara Keller²¹⁶, para alguns usuários passaram a entender a internet é uma nova forma de sociabilidade em rede na qual haveria maior

213 HOLTHER, Leo Van. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2010, p.26.

214 HOLTHER, Leo Van. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2010.

215 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Constituinte: assembleia, processo, poder**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

216 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. **Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso**. Rev. Direito e Práxis. Rio de Janeiro, Vol. 13, N.4, 2022

liberdade e agilidade para o desenvolvimento das relações, principalmente das questões econômicas e financeiras.

Para algumas correntes de pensamento, como a corrente teórica do excepcionalismo, defendida por David Post e David Johnson²¹⁷, a internet representa um local propício para a prática de atos e a disseminação de discursos em uma liberdade ilimitada, sem a existência ou a imposição soberana de qualquer poder com capacidade para limitar o modo como as pessoas vão se comportar dentro daquele espaço.

Segundo os autores, as legislações são formuladas e promulgadas com o objetivo de regerem um espaço geográfico específico, estipulando limitações em sua incidência. Uma vez que “as fronteiras físicas não são, é claro, simplesmente criações arbitrárias. Embora possam ser baseadas em acidentes históricos, as fronteiras geográficas para a lei fazem sentido no mundo real”, pois existe uma clara conjugação entre as fronteiras e a aplicação das regras legais²¹⁸.

No trabalho publicado pelos autores, o ciberespaço enquanto um espaço ficcional, não pode ser tocado ou visto, nem incluído no conceito e nas determinações de fronteiras geográficas, uma vez que inexiste uma limitação territorial para a abrangência da internet, logo, ele não estaria ao alcance da incidência do poder da lei. Segundo pontuam:

O ciberespaço mina radicalmente a relação entre fenômenos legalmente significativos (online) e localização física. A ascensão da rede global de computadores está destruindo o vínculo entre a localização geográfica e: (1) o poder dos governos locais de afirmar o controle sobre o comportamento online; (2) os efeitos do comportamento online em indivíduos ou coisas; (3) a legitimidade dos esforços de um soberano local para impor regras aplicáveis a fenômenos globais; e (4) a capacidade do local físico de notificar quais conjuntos de regras se aplicam²¹⁹.

Acerca dessa corrente, Jane Pereira e Clara Keller apontam que os defensores do excepcionalismo viam na internet a maximização da fuga ao controle burocrático e delimitador dos mecanismos legais do Estado, uma vez que inexistia qualquer norma legal estipulando o espaço cibernético enquanto local de aplicação ou de incidência das

217 JOHNSON, David R.; POST, David. **Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace. Stanford Law Review**, v. 48, n. 5, p. 1367-1402, 1996.

218 JOHNSON, David R.; POST, David. **Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace. Stanford Law Review**, v. 48, n. 5, p. 1367-1402, 1996, p.2.

219 JOHNSON, David R.; POST, David. **Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace. Stanford Law Review**, v. 48, n. 5, p. 1367-1402, 1996, p.2.

legislações. Essa brecha no tocante ao princípio da territorialidade e aplicabilidade da norma acabava viabilizando a disseminação dessa corrente de pensamento.

É nesse contexto que vem sendo construído o conceito do constitucionalismo digital que, tendo como norte a difusão das novas tecnologias de informação e comunicação em nossa sociedade, é chamado a ressignificar institutos e valores, identificar e construir novos direitos e princípios constitucionais a serem aplicados à experiência social, política e econômica no mundo digital e a consolidar a proteção dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988²²⁰.

Importa ressaltar que a doutrina não oferece um conceito unitário de constitucionalismo digital. A bem da verdade, tem sido empregado com significados diferentes e, por vezes, colidentes, posicionamento bem apresentado por Edoardo Celeste em sua pesquisa, ao trazer a seguinte conclusão:

O constitucionalismo digital será definido como uma declinação do constitucionalismo moderno e, portanto, como uma ideologia. Em contraste com o que alguns estudiosos argumentam, será esclarecido que o constitucionalismo digital não identifica as respostas normativas aos desafios da tecnologia digital, mas é antes o conjunto de princípios e valores que informam essas respostas. Em contrapartida, será argumentado que estas podem ser consideradas componentes de um processo de constitucionalização do ambiente digital²²¹.

Jane Reis Pereira e Clara Iglesias Keller, trazem compreensão ao que é o constitucionalismo digital, fragmentando-o mediante a análise de três significados e interpretações diversas para o termo. O primeiro deles aponta a existência do constitucionalismo digital como um fenômeno normativo, propondo a formulação de “uma ordem de instrumentos normativos”, englobando questões de ordem pública e privada, além de abordar “direitos políticos, normas e limites de governança sobre o exercício do poder no âmbito da internet”²²².

220 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. **Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso**. Rev. Direito e Práxis. Rio de Janeiro, Vol. 13, N.4, 2022, p.2657.

221 CELESTE, Edoardo. **Constitucionalismo digital**: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital, Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul. dez. 2021.

222 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. **Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso**. Rev. Direito e Práxis. Rio de Janeiro, Vol. 13, N.4, 2022, p.2667.

Quanto ao segundo significado, o uso da expressão “constitucionalismo digital” é utilizado para representar uma luta pela “reconfiguração de proteções constitucionais diante de transformações que se relacionam com processos de digitalização” sociais²²³. Tendo como pressuposto as drásticas mudanças e alterações nas comunicações em razão do avanço das novas tecnologias, há reivindicações no intuito de viabilizar a regulamentação dos discursos, promovendo controlar a liberdade de expressão nas redes sociais²²⁴.

Como pontuado por Jane Pereira e Clara Keller as três formas de se compreender o constitucionalismo digital não devem ser excludentes entre si, mas de forma complementar, além de não serem incompatíveis com a noção clássica de constitucionalismo, pois, segundo as autoras, seu objetivo é o de “reconhecer o acréscimo de um novo tema na agenda do constitucionalismo tradicional”, visando “enfrentar novos desafios e anexar novas agendas e conteúdo”²²⁵.

No âmbito nacional, a Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, é tida como divisor de águas em termos de proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital na medida em que se pauta em cláusulas gerais de dimensão constitucional, como a neutralidade da rede, a proteção da liberdade de expressão (art. 3º, inciso I), da privacidade (art. 3º, inciso II) e da preservação da natureza participativa da rede (art. 3º, inciso VII). Posteriormente, tal legislação foi complementada com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (Lei nº 13.709/2018), em que observa-se a consagração de fundamentos como a autodeterminação informativa, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; (art. 2º, incisos II e VI), os princípios a serem observados nas atividades de tratamento de dados pessoais tais como, o da finalidade (art. 6º, I), da adequação (art. 6º, II) e da necessidade (art. 6º, III).

A legislação é o postulado máximo e a regência capaz de trazer estrutura e funcionamento para um povo e uma sociedade, logo, a vigência de legislações próprias acerca das relações havidas no espaço cibernético visa trazer certeza às pessoas, contudo, a simples existência da legislação se torna insuficiente para efetivar a garantia jurídica, principalmente quando há conflitos entre direitos fundamentais, como, por exemplo, entre a liberdade de expressão e a privacidade, qual deve prevalecer?

223 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. **Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso**. Rev. Direito e Práxis. Rio de Janeiro, Vol. 13, N.4, 2022, p.2670.

224 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. **Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso**. Rev. Direito e Práxis. Rio de Janeiro, Vol. 13, N.4, 2022.

225 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. **Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso**. Rev. Direito e Práxis. Rio de Janeiro, Vol. 13, N.4, 2022, p.2672.

Em razão disso, como será melhor delineado no terceiro item, os princípios constitucionais ganham uma força normativa e preponderante, pois passam a possibilitar a resolução dos conflitos por meio da subsunção, exigindo uma ponderação entre o conflito havido. Logo, os princípios são um mandamento que deve ser utilizado para a análise do caso concreto, pois, a finalidade é que o legislador consiga balizar as condutas praticadas pelas partes e o objetivo da norma, promovendo a aplicação da lei de forma adequada, equitativa e equânime²²⁶.

2.OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA ERA DIGITAL

Antes de adentrar aos conflitos entre direitos dentro do espaço cibernético, se mostra pertinente analisar os principais postulados e determinações legais que vão incidir naquele meio, regulamentando as relações sociais praticadas tendo a internet enquanto local de realização desses atos.

No cenário brasileiro, o estudo visará analisar em específicos a liberdade de expressão e os direitos à intimidade e à vida privada e terá, enquanto primeiro objetivo, abordar o principal dispositivo regulatório: o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Referida legislação ganhou vigência em razão das reivindicações e dos debates promovidos tendo como foco as exigências advindas do constitucionalismo digital, logo, elas têm o intuito de trazer regras e limitações ao modo como as pessoas se comportam dentro da internet.

Feita a abordagem dos dispositivos concernentes ao espaço cibernético a pesquisa vai analisar como a legislação infraconstitucional está relacionada ou em conflito com a Carta Magna de 1988, principalmente, no tocante aos direitos e garantias individuais, não sendo objeto desta pesquisa fazer uma análise dos direitos e garantias no tocante à coletividade.

Optar pela análise primária da legislação denominada enquanto Marco Civil da Internet, possibilita entender qual o objetivo do legislador em trazer vigência para a legislação em debate. Em suas disposições preliminares, referida norma infralegal, aponta que ela tem o objetivo de estabelecer os princípios, as garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil²²⁷.

226 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

227 BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 13 abril 2023.

Ressalte-se que a Lei nº 12.965/2014 terá aplicação apenas para regulamentar as relações realizadas via internet no território brasileiro. Questão que remete à limitação territorial pontuada por David Johnson e David Post²²⁸, ao defenderem que a internet não funciona com as mesmas barreiras geográficas que as demais legislações, logo, perante essas lacunas, com devem agir os órgãos julgadores?

Pois, ao se depararem com um possível caso onde um cidadão brasileiro acaba ingressando em um conflito onde profere discursos de ódio, ou vem a cometer qualquer crime cibernético frente uma pessoa ou em um território estrangeiro, indaga-se sobre qual norma vai ser aplicada?

Nesse caso, uma vez que o Brasil aderiu à Convenção sobre o Crime Cibernético, firmada em Budapeste e promulgada pelo Decreto nº 11.491 de 12 de abril de 2023, entendemos que haverá a aplicação das normas específicas daquele dispositivo. Considerando a data do presente Decreto, verifica-se como as questões atinentes às questões cibernéticas ainda estão em seu nascedouro, sendo necessário debates mais profícuos acerca da temática e das suas repercussões.

Ainda no tocante à Convenção sobre o Crime Cibernético, curioso pontuar que ela busca trazer alguns esclarecimentos acerca dos conceitos, tais como, sistema de computador, dado de computador, provedor de serviço e dados de tráfego; aborda normas próprias de Direito Penal, atos considerados enquanto crimes; traz regra sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica; e estipula questões próprias de Direito Processual, de jurisdição e de cooperação internacional.

Feito esse adendo que se refere ao aspecto territorial, o qual é importante para apontar os limites de incidência da legislação, seguimos para a interpretação do art. 2º do Marco Civil da Internet. Referido artigo determina que qualquer pessoa, em território brasileiro que faça uso da internet, deve fazê-lo em conformidade com as normas e fundamentos dispostos naquela legislação, sendo eles, o "respeito à liberdade de expressão", "aos direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais", "a pluralidade e diversidade", "a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor"²²⁹.

Os fundamentos citados têm uma relação direta e indissociável com a dignidade da pessoa humana, pois determinam que a sua liberdade de expressão, os direitos humanos,

228 JOHNSON, David R.; POST, David. **Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace**. *Stanford Law Review*, v. 48, n. 5, p. 1367-1402, 1996.

229 BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 13 abril 2023.

o desenvolvimento da liberdade, o exercício da cidadania, a defesa do consumidor, a pluralidade e a diversidade devem ser respeitados e protegidos dentro do espaço cibernético.

Por conseguinte, o art. 3º traz em seu inciso I os princípios que vão disciplinar o uso da internet, sendo eles, o da “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal” e, em seu inciso II e III, aponta o princípio da “proteção da privacidade” e da “proteção dos dados pessoais, na forma da lei”²³⁰.

Pertinente ressaltar que a Lei nº 12.965/2014 previu que a proteção dos dados pessoas ocorreria na forma da lei, entretanto, na época, não havia uma legislação específica que tratasse do assunto em questão no âmbito da internet. Referida lacuna veio a ser suprida apenas no ano de 2018 com a vigência da LGPD.

Seguindo com a análise da Lei nº 12.965/2014, o art. 4º elenca quais são os objetivos propostos pela legislação, que visa garantir o acesso igualitário e equitativo da internet, o acesso à informação e ao conhecimento para que todas as pessoas possam participar na vida cultura e pública. Além de pontuar sobre a importância do desenvolvimento da inovação e possibilitar a amplitude de alcance das informações, mediante a melhoria das formas de comunicação e de acessibilidade²³¹.

O art. 5º traz o conceito de alguns termos específicos, tais como, internet, terminal, endereço de protocolo, administrador de sistema autônomo, conexão à internet, registro de conexão, aplicação de internet e registros de acesso. Por conseguinte, o art. 6º vai encerrar as disposições preliminares determinando que a legislação em questão deve ser interpretada com base nos princípios, usos e costumes particulares, estando voltada para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural²³².

O objetivo de trazer as disposições preliminares ao debate guarda sua relação direta com a importância em se perceber como a legislação de regulamentação da internet

230 BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 13 abril 2023.

231 BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 13 abril 2023.

232 BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 13 abril 2023.

guarda algumas questões específicas e pertinentes às relações havidas no espaço cibernético, além de servir de mecanismo de direcionamento ao objeto específico dessa pesquisa que são os direitos e garantias individuais.

Importante dispor que na Constituição Federal de 1988 eles estão expostos como “Direito e Garantias Fundamentais”, pois podem ser aplicados em âmbito individual e coletivo, por sua vez, a Lei nº 12.965/2014 os nomeia enquanto “Direitos e Garantias dos Usuários”. Ao analisar as disposições de cada legislação a primeira questão a ser levantada está na delimitação de aplicação da norma, ou seja, as leis de acesso à internet não vão englobar toda e qualquer pessoa como as normas constitucionais, ao contrário, elas vão ser aplicadas apenas às pessoas que fizerem uso da internet.

Portanto, há uma limitação pessoal de incidência das normas, assim como há uma limitação geográfica. No *caput* do art. 7º, a Lei nº 12.965/2014 determina que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, contudo, referido grau de essencialidade não encontra dispositivo compatível nas normas constitucionais. Ainda assim, ao se considerar a importância do acesso à internet, principalmente com o advento da pandemia mundial do Covid-19, tal direito se apresenta enquanto essencial para que as pessoas possam exercer a sua cidadania de forma plena e sem empecilhos.

Com efeito, o art. 7º, destrincha em seus 13 incisos os direitos assegurados aos usuários da internet. Em sequência, o art. 8º dispõe que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações”, se apresentam como “condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”²³³.

Portanto, percebe-se que a Lei nº 12.965/2014 reflete um direcionamento específico para a proteção e o tratamento do direito à liberdade de expressão, da proteção à intimidade e à vida privada. Direitos que também estão resguardados no âmbito constitucional, incluídos no rol dos direitos e garantias fundamentais e que são aplicados a toda e qualquer pessoa, não apenas aos usuários da internet.

Em âmbito constitucional, referidos direitos se encontram dispostos no art. 5º, em específico, no inciso IX ao determinar que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” e no inciso X dispondo que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem

233 BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 13 abril 2023.

das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”²³⁴.

Portanto, ao considerar que os direitos e garantias fundamentais em análise estão no mesmo patamar de horizontalidade tanto por constarem positivados na norma infralegal (Lei nº 12.965/2014), quando na norma supralegal (Constituição Federal de 1988), questiona-se como deverá se comportar o aplicador da lei quando os direitos e garantias fundamentais previstos aos usuários do espaço cibernético estiverem em conflito? Seria o princípio da proporcionalidade uma das formas próprias de modular as consequências advindas daquele conflito?

3.O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ENQUANTO MODULADOR DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Nesse sentido, tendo como foco os problemas levantados ao final do segundo item, se buscará tratar alguns aspectos gerais acerca do modo como o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se posicionado e quais as repercussões de seus julgados, além de observar esse conflito mediante a incidência do princípio da proporcionalidade, verificando se ele pode ser aplicado para modular as garantias fundamentais ao caso concreto.

É incontestável que os direitos e garantias fundamentais precisam ser protegidos, pois são um direito de todo e qualquer cidadão, ademais, estão insculpidos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual foi estipulado enquanto cláusula pétrea, ou seja, não há de se falar em inaplicabilidade, cabendo ao julgador, analisar cada caso específico e se valer dos mecanismos jurídicos que possibilitam o sopesamento dos direitos conflitantes no caso em litígio (BRASIL, 1988).

Para realizar essa interpretação, faremos a análise e compreensão do princípio da proporcionalidade, pois, para o desenvolvimento desta pesquisa entende que ele é o princípio que mais tem condições de possibilitar uma decisão mais justa e equânime

3.1. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E OS POSTULADOS PRÓPRIOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

É por meio do advento do positivismo jurídico e da promulgação da Constituição Federal de 1988 que os princípios passaram a ganhar novos contornos, refletindo uma nova forma de cultura jurídica, a qual não vai seguir a integralidade normativa, ao contrário, é por meio da análise, compreensão e aplicabilidade dos princípios que se passará a ter uma

234 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 13 abril 2023.

interpretação da finalidade da norma, ou seja, do objetivo de direito que ela busca proteger e garantir²³⁵.

Acerca dessa mudança, Eros Roberto Grau²³⁶ foi bastante pontual em seu posicionamento, pois trouxe a percepção de que as mudanças se delineavam e já se aventavam, de modo que a incidência e primazia dos princípios se apresentaria enquanto uma inovação no cenário positivista, refletindo uma mudança de paradigma.

Os princípios, de forma diversa das normas positivadas não vão ser mensurados em razão da existência ou inexistência de hierarquia entre eles, ou seja, um princípio não tem o condão de revogar a existência de outro, portanto, eles se mantêm existindo e coabitando o mesmo Ordenamento Jurídico. O que há entre os princípios é uma ordem de vigência, pois alguns constam positivados em normas infralegais e outros em normas supralegais e constitucionais, por conseguinte, aqueles devem estar em conformidade com estes, enquanto estes têm primazia e devem ser utilizados para direcionar a interpretação dos outros²³⁷.

Portanto, como ponderado por Ronald Dworkin²³⁸, os princípios não são aplicados ao caso concreto do mesmo modo que as normas positivadas, “à maneira do tudo ou nada”, ou seja, a regra por si só ela será aplicada em determinado caso, pois se relaciona com a matéria em comento ou “não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão”. Por outro lado, os princípios são incapazes de trazer ao aplicador da norma a consequência advinda da sua aplicação ao caso concreto, ou seja, “eles não pretendem estabelecer as condições de aplicação necessária, pois enunciam uma razão que conduz a um argumento e a determinada direção”.

Nesse sentido, se revelam um “mandamento de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas”²³⁹. Logo, eles não vão seguir a regra do “tudo ou nada” quando houver um conflito entre direitos fundamentais, sendo pertinente ao legislador

235 JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinad. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 2 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

236 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

237 JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinad. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 2 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

238 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

239 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p.116.

fazer uso do sopesamento para compreender cada caso concreto e as repercussões que podem gerar²⁴⁰.

Quando os princípios passam a se apresentar como um mandamento que deve ser utilizado para a análise do caso concreto, a finalidade é que o legislador consiga balizar as condutas praticadas pelas partes e o objetivo da norma, promovendo a aplicação da lei de forma adequada, equitativa e equânime²⁴¹.

Por sua vez, a escolha pelo princípio da proporcionalidade está diretamente relacionada com a sua importância enquanto mecanismo de efetivação da justiça, pois ele é um princípio constitucional que está interligado aos direitos fundamentais e à sua capacidade de trazer direcionamento ao ordenamento jurídico²⁴².

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais²⁴³.

Destarte, seguindo na teoria formulada por Robert Alexy para a efetiva aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto é preciso que os atos praticados e as decisões tomadas passem pelo crivo da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. É preciso que a incidência do princípio da proporcionalidade tenha como pressuposto o direcionamento principal de garantir a existência de uma vida digna.

240 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

241 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

242 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

243 SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50, p.24.

Assim, como bem pontuado por Luís Roberto Barroso²⁴⁴, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada e preservada enquanto um elemento ontológico, o qual está diretamente interligado com a natureza do ser humano, sendo comum para toda e qualquer pessoa. Logo, compreende-se que toda e qualquer pessoa deve ter respeitado o seu direito à vida, sua saúde, suas crenças, sua orientação sexual, bem como, todo e qualquer valor interligado com a sua condição essencial de ser humano, podendo agir com liberdade e autonomia.

Nesse sentido, considerando a importância e a necessidade do princípio da proporcionalidade, o qual vai advir em auxílio do julgador, principalmente nos casos de conflitos entre os direitos e garantias fundamentais no espaço cibernético, se mostra pertinente demonstrar, em casos práticos o modo como referido princípio se mostra pertinente e salutar para suprir as lacunas da legislação e modular os efeitos advindos do conflito.

3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ENQUANTO MODULADOR DE CONFLITOS: O CASO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 6.387

No dia 20/04/2020, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ingressou perante o Supremo Tribunal Federal requerendo uma medida cautelar junto à ADI de nº 6.387. Segundo consta, o referido pedido teve como base a violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da honra e da vida privada, além da latente violação ao sigilo de dados e da autodeterminação informativa que deve ser garantida e autorizada pelos usuários, nos termos da LGPD e da Constituição Federal.²⁴⁵

Referida medida que foi interposta pelo Conselho Federal da OAB visava a revogação da Medida Provisória nº 954, de 2020, a qual determinava a obrigatoriedade das empresas de telecomunicações que prestam serviços de telefonia móvel ou fixa em prestarem informações (dados pessoais e sigilosos) de seus clientes para o Instituto

244 BARROSO, Luís Roberto Barroso. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em <https://luisrobertobarroso.com.br/?page_id=37> Acesso em 04 maio 2023.

245 STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.387 DISTRITO FEDERAL.** Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Brasília: STF, 2020. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>> Acesso em 14 abril 2023.

Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sob a finalidade de suporte durante o período de pandemia da Covid-19²⁴⁶ (BRASIL, 2020).

Como bem se percebe, referida medida provisória tinha o claro intuito de violar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, pois determinava o compartilhamento de dados pessoais, indo na contramão da proteção e da garantia da privacidade que toda e qualquer pessoa detém. Portanto, havia uma clara violação ao direito fundamental da proteção dos dados pessoais, o qual deve ter assegurada a sua inviolabilidade, além da garantia constitucional que se relaciona com o sigilo das correspondências e das comunicações. Igualmente, assiste razão o Conselho Federal ao dispor acerca da violação à intimidade, vida privada, à honra e imagem das pessoas, as quais não consentiram ou anuíram para a disponibilidade ou o tratamento daquele dado particular, como determinado pela LGPD.

A ADI da OAB, como disse, é a mais ampla, abarcando o objeto das demais, e nela se afirmam presentes, na MP, os vícios da inconstitucionalidade formal e – pelo não atendimento dos requisitos da relevância e urgência, impostos pelo art. 62 da CF, para a edição de medida provisória -, e da inconstitucionalidade material, ao argumento principal de violação das regras constitucionais da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, do sigilo dos dados e da autodeterminação informativa, albergados nos arts. 1º, inciso III, e 5º, incisos X e XII da nossa Lei Fundamental.²⁴⁷

Enquanto uma reação em cadeia, logo após o protocolo realizado pelo Conselho Federal da OAB, sobreveio a propositura da: ADI 6388, interposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira; ADI 6390, interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL); e a ADI 6393, interposta pelo Partido Comunista do Brasil. Portanto, ao considerar que o julgamento foi feito de forma uniforme para todas elas, nos interessa analisar a íntegra

246 BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954, DE 17 DE ABRIL DE 2020. **Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm> Acesso em 24 maio 2023.

247 STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.387 DISTRITO FEDERAL.** Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Brasília: STF, 2020. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>> Acesso em 14 abril 2023, p.12.

apenas daquele julgado proferido junto à ADI 6.387, pois ela trazia uma análise mais ampla e contemplava o objeto das outras.

Importante ponderar que a ADI 6.387, transitou em julgado em 15/12/2020, logo, o posicionamento dos Ministros se mostra recente e atual. Assim, passemos à análise dos votos proferidos e, em sequência, aos principais pontos da ementa publicada pelo próprio órgão.

O primeiro voto proferido foi o da relatora, a Ministra Rosa Weber, a qual traz a ponderação de ter deferido a suspensão e eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, “com o conseqüente comando ao IBGE para se abster de requerer a disponibilização” de qualquer dado que contivesse “nomes, números de telefone e endereços de todos os seus usuários, pessoas físicas e jurídicas”²⁴⁸. Assim, seus principais argumentos para efetivar o pedido liminar e suspender a medida provisória estavam calcados na proteção ao direito fundamental à autodeterminação informativa, bem como que “a adequada tutela do direito à intimidade, privacidade e proteção de dados pessoais é estruturada pela característica da inviolabilidade”.²⁴⁹

Outro ponto importante levantado pela Ministra diz respeito ao fato da desproporcionalidade entre o suposto objetivo da norma (dar suporte à estatística oficial durante a pandemia da Covid-19) e o mecanismo utilizado para garantir que o objetivo apresentado pudesse ser efetivado (violação da privacidade e recebimento de dados pessoais sem o conhecimento ou anuência dos usuários). Igualmente, ela reforça que os momentos de crise não devem possibilitar ou validar a violação de direitos e garantias tidos enquanto fundamentais, principalmente, quando eles não estão em confronto frente os acontecimentos inesperados.

Por conseguinte, após proferir o seu voto foi dada a palavra de voto ao Ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual o grande cerne da questão estava centralizado na violação dos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, os quais, caso fossem

248 STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.387 DISTRITO FEDERAL**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Brasília: STF, 2020. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629> Acesso em 14 abril 2023, p.12.

249 STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.387 DISTRITO FEDERAL**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Brasília: STF, 2020. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629> Acesso em 14 abril 2023, p.25.

validados de forma indevida poderiam atentar contra a real efetividade dos direitos e garantias fundamentais, os quais são imprescindíveis à preservação do Estado de Direito.

Ao trazer uma análise do aspecto constitucional da proteção e do sigilo de dados, o Ministro ressalta que “pela primeira vez, no inciso XII, nosso sistema constitucional expressamente previu a proteção constitucional ao sigilo de dados”, condição que traz uma importância fulcral para a “interligação entre democracia e Estado de Direito e democracia e limitação do exercício do Poder”, os quais devem respeitar em primazia os direitos e garantias fundamentais, pois eles são “comandos proibitórios expressos dirigidos ao Estado não violar a intimidade, a vida privada e o sigilo de dados”²⁵⁰.

Ainda em análise ao seu voto, o Ministro traz a importância da proteção e garantia da inviolabilidade da vida privada, da intimidade, o que acontece em razão dos seres humanos terem garantia o sigilo dos seus dados pessoais e particulares, os quais apenas podem ser repassados ou transferidos para terceiros desde que com a devida anuência expressa da pessoa que está sendo individualizada. Como bem ressaltado, os princípios em discussão não são ilimitados ou absolutos, todavia, para ter a validade ou efetividade da sua violação é preciso a conformidade do particular ou o conflito deles para com outros princípios, se mostrando proporcional a sua violação, condição inexistente no caso em análise.

Portanto, como bem ressalta o Ministro, “todas as limitações, todas as possíveis limitações, a direitos e garantias individuais precisam seguir os parâmetros constitucionais de excepcionalidade, razoabilidade e proporcionalidade”²⁵¹. Além disso, trouxe o destaque de que nenhum dos 3 (três) Poderes está acima da excepcionalidade, da razoabilidade ou da proporcionalidade, logo, todos eles devem respeitá-los, pois são princípios que compactuam com a proteção, a garantia e os respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Os demais Ministros votaram em conformidade e referendando os fatos e fundamentos ventilados pela Ministra Rosa Weber e pelo Ministro Alexandre de Moraes,

250 STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.387 DISTRITO FEDERAL**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Brasília: STF, 2020. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>> Acesso em 14 abril 2023, p.34.

251 STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.387 DISTRITO FEDERAL**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Brasília: STF, 2020. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>> Acesso em 14 abril 2023, p.37.

razão pela qual não se mostra pertinente abordar cada um dos votos proferidos, pois não houve nenhum fundamento contrário, ou seja, que entendesse como válida e efetiva o modo como a medida provisória trouxe o recolhimento das informações por parte do IBGE.

Portanto, percebe-se o modo como um dos principais argumentos utilizados tanto pelo Conselho Federal da OAB, quanto pelos Ministros do STF esteve calcado no modo como a medida utilizada se mostrava desproporcional, ou seja, ela era uma constante violação ao princípio da proporcionalidade, tanto no seu sentido amplo, quanto no sentido estrito, pois existiam outras formas (sem haver violação direta aos direitos e garantias fundamentais), para que se conseguisse o acesso aos dados, realizando a produção das pesquisas estatísticas por parte do IBGE.

Logo, a existência de mecanismo legais e vigentes se mostra insuficiente para trazer a efetiva garantia e segurança jurídica para os particulares, ou seja, é preciso que os aplicadores da norma façam uso de outros mecanismos, desse modo, no tocante às proteções dos direitos e garantias fundamentais o princípio da proporcionalidade é o principal mecanismo com capacidade para modular os efeitos das decisões, mensurando se a medida aplicada foi proporcional ou desproporcional.

Em deslinde, considerando os fatos abordados, a presente pesquisa entende que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser utilizada em todos os casos onde for identificada a violação a qualquer direito e garantia fundamental, pois é primordial que os tribunais não apenas demonstrem a simples reprovação de uma conduta, mas que executem ações de forma enérgica para evitá-las no mundo digital.

CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento da presente pesquisa, foi possível concluir que a vigência das normas, mesmo dispondo acerca dos direitos e garantias fundamentais podem ser insuficientes e sofrer violações, principalmente mediante a vigência de outros instrumentos normativos, razão pela qual os princípios, e em primazia, o da proporcionalidade, são mecanismos efetivos para viabilizar e garantir que a decisão havida frente o caso concreto será tomada de forma proporcional, considerando todos os possíveis efeitos e suas consequências no mundo material.

No Brasil, a busca pela proteção e garantias aos direitos fundamentais na era digital é percebida pelas reivindicações do constitucionalismo digital, contudo, ele ainda está em seu nascedouro, precisando de debates profícuos, capazes de compreender, delimitar e viabilizar as exigências pontuais de legislações com capacidade de regulamentar os atos praticados no ciberespaço, com a incorporação de normas em âmbito constitucional.

Logo, não há de se falar na promulgação de uma nova Constituição Federal ou em mudanças na sua estrutura, pelo contrário, pela análise dos discursos e reivindicações percebe-se a necessidade da vigência de legislações específicas para regulamentar os atos que são praticados na internet.

Foi possível identificar que em âmbito nacional, há duas legislações regulamentando a temática em estudo, sendo elas, o Marco Civil da Internet é a Lei nº 12.965/2014, a qual foi robustecida com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (Lei nº 13.709/218).

No tocante ao Marco Civil foi possível demonstrar o seu intuito enquanto uma legislação com o objetivo de regulamentar os atos praticados pelos usuários da internet, bem como ao fato de que os usuários da internet devem ter garantido o seu direito à “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, bem como, que eles têm direito à liberdade de expressão²⁵².

Portanto, percebe-se que a Lei nº 12.965/2014 traz um direcionamento específico para a proteção e o tratamento do direito à liberdade de expressão, da proteção à intimidade e à vida privada. Direitos que também estão resguardados no âmbito constitucional, pois incluídos no rol dos direitos e garantias fundamentais que são aplicados a toda e qualquer pessoa, não apenas aos usuários da internet, em específico esses direitos são encontrados no inciso IX e X do art. 5º da CF de 1988.

Visando compreender os possíveis conflitos divulgados por jornais e revistas, tomou-se como estudo de caso a decisão proferida pelo STF durante o julgamento da ADI 6387, sendo determinado que o princípio da proporcionalidade é suficiente e necessário para que os aplicadores da norma possam direcionar o seu posicionamento, sabendo para onde seguir e compreendendo as ponderações específicas acerca da proporcionalidade entre a norma aplicada e o direito fundamental que se busca proteger ou violar.

No caso em análise, estava em confronto: (i) de um lado, a busca pela melhoria na promoção de dados estatísticos para a viabilidade de políticas públicas mais eficazes e contundentes durante o período da pandemia da Covid-19; e, (ii) de outro, o acesso aos dados particulares de pessoas e a violação ao direito de sigilo, da vida privada e da

252 BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 13 abril 2023.

intimidade daqueles que teriam os seus dados individuais liberados para o IBGE sem que precisassem anuir ou aceitar.

Todavia, fazendo uso da aplicação do princípio da proporcionalidade o STF entendeu que a medida utilizada pelo governo para buscar a promoção de novas políticas públicas se mostrava ineficaz, além disso, ela era desproporcional, ou seja, era uma violação a direitos e garantias fundamentais que não poderia ser tolerada, pois, outras medidas mais proporcionais poderiam ser adotadas.

Nesse sentido, a construção da presente pesquisa tornou possível compreender como o ser humano precisa de proteção e garantias em sua vida privada, em suas informações, em suas particularidades, pois, o fato de uma pessoa vir até a internet e expor uma parte de sua vida, não retira dela o direito de ter protegida a privacidade dos outros atos praticados. Não é pelo fato de ela se expor que todos os seus atos precisam ser divulgados e se tornar de conhecimento público.

Por isso, se mostra importante aos Tribunais Superiores um posicionamento contundente que sirva para balizar essas atitudes e agir de forma a evitar a propagação dessas ações na internet, ou seja, a promoção de decisões equivocadas de segurança jurídica, capazes de trazer segurança e harmonia social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em <https://luisrobertobarroso.com.br/?page_id=37> Acesso em 04 maio 2023.

BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 13 abril 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 13 abril 2023.

BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954, DE 17 DE ABRIL DE 2020. **Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de**

Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm> Acesso em 24 maio 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 3ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

JOHNSON, David R.; POST, David. **Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace.** Stanford Law Review, v. 48, n. 5, p. 1367-1402, 1996.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinad. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização.** 2 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Constituinte: assembleia, processo, poder.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional.** 6ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2010.

MACEDO, Bruna. Setor de tecnologia cresce mais de 60% durante a pandemia, aponta estudo. **CNN Brasil**, 2022. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/economia/setor-de-tecnologia-cresce-mais-de-60-durante-a-pandemia-aponta-estudo/>> Acesso em 10 abril 2023.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. **Rev. Direito e Práxis.** Rio de Janeiro, Vol. 13, N.4, 2022, p.2648-2689.

PINHEIRO, Regina. Crimes de ódio na internet tiveram aumento de quase 70% no primeiro semestre. **Rádio Senado, 2022.** Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/10/10/crimes-de-odio-na-internet-tiveram-aumento-de-quase-70-no-primeiro-semester>>. Acesso em 16 abril 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Liberdade de expressão e ideais antidemocráticos veiculados por partidos políticos – tolerância com os intolerantes?** In: *Temas do direito eleitoral no século XXI / André de Carvalho Ramos (coordenador); Alice Kanaan [et al.]. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.*

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.387 DISTRITO FEDERAL**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Brasília: STF, 2020. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>> Acesso em 14 abril 2023.

A ANÁLISE DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL SOB A ÓTICA DA RELATIVIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARIANA ARPINI LIEVORE:

Graduada em Direito pela UNESC – Centro Universitário do Espírito Santo. Especialista em Direito Constitucional com Ênfase em Direitos Fundamentais pela Faculdade CERS²⁵³.

RESUMO: O presente artigo apresenta a inclusão do art. 217-A no Código Penal pela Lei nº 12.015/2009 e sua aplicação nas ações penais, a partir da relativização da aplicação da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça. No ponto de vista de seus objetivos, realizou-se uma pesquisa exploratória mediante o levantamento de bibliografia, em especial a jurisprudência do Tribunal da Cidadania sobre o tema. O estudo conclui que o *distinguishing* realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, afastando a atuação punitiva estatal, ante a desnecessidade de pena, em observância à singularidade do caso concreto que lhe foi submetido atende aos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça. Consentimento da vítima. Atipicidade material. *Distinguishing*

INTRODUÇÃO

O crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, visa tutelar a dignidade sexual das crianças e adolescentes, incorrendo na referida conduta típica o indivíduo que mantiver relação carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos de idade.

A criminalização da referida conduta se justifica na proteção da evolução e do desenvolvimento normal da personalidade do infante, para que, a partir dos 14 anos de idade, possa decidir de forma livre seu comportamento sexual, atendendo ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, previsto no art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

253 E-mail: marianarpini@hotmail.com

O tema é de grande relevância para o Direito, uma vez que está presente no cotidiano jurídico, especialmente na seara penal e pode resultar em uma condenação do autor a uma pena de 08 a 15 anos de reclusão, conforme previsão no preceito secundário do art. 217-A do Código Penal.

A matéria será analisada sob o aspecto da flexibilização da aplicação da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça pela jurisprudência, além da evolução legislativa e interpretativa, abrangendo as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Constitucional.

O presente estudo visa apresentar o atual entendimento do Superior Tribunal sobre o tema, suas razões de decidir, bem como visualizar seus efeitos. Para tanto, buscou-se uma revisão de bibliografia aprofundada e ampla sobre o assunto, com base em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça e doutrinas que tratam sobre o tema, além de normas constitucionais e legais do ordenamento jurídico brasileiro.

A importância da análise do tema se dá a fim de melhor compreender a aplicação da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, a partir de um caso concreto em que houve o *distinguishing*, bem como, defender que o art. 217-A do Código Penal deve ser interpretado de maneira a melhor atender o bem jurídico tutelado.

O texto tem por finalidade contribuir e enriquecer o debate sobre o consentimento da vítima menor de 14 anos na relação sexual, tema que ultimamente tem surgido com maior intensidade entre os operadores jurídicos, especialmente após a Lei nº 12.015/2009, que acrescentou no Código Penal o art. 217-A.

1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A Lei nº 12.015/2009 acrescentou o art. 217-A ao Código Penal, criando o delito chamado de "estupro de vulnerável":

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Antes da referida alteração legislativa, conforme Capez (2016), previa o art. 224 três hipóteses em que se presumia a violência para a configuração dos crimes contra a dignidade sexual. Se a vítima não fosse maior de quatorze anos, fosse alienada ou débil mental, e o agente conhecesse esta circunstância, ou não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Era a chamada violência ficta.

O legislador, portanto, havia elencado circunstâncias em que o(a) ofendido(a) não possuía capacidade para anuir de maneira válida ou resistir. Destaca-se que o referido dispositivo legal foi revogado a partir da promulgação da Lei nº 12.015/2009.

Apesar disso, não houve *abolitio criminis*, ou seja, a prática de estupro ou de ato libidinoso com menor de 14 anos continuou sendo considerada criminosa. Porém, essas condutas passaram a ser punidas nos termos do art. 217-A do Código Penal. Trata-se, portanto, de continuidade normativa típica, a qual resta caracterizada quando uma norma penal é revogada, mas a mesma ação/omissão continua sendo crime no tipo penal revogador.

Antes do advento da Lei nº 12.015/2009, havia a presunção de violência no caso de a vítima ser menor de 14 anos, o que possibilitava a discussão a respeito da validade ou não da anuência ou mesmo da experiência sexual dessa criança ou adolescente.

Contudo, a partir da redação do art. 217-A do Código Penal, não há que se falar mais em presunção de violência, uma vez que a condição de a vítima ser menor de 14 anos passou a ser elemento normativo do referido tipo penal. Assim, eventual concordância da vítima e relações sexuais anteriores, inclusive prostituição, são absolutamente irrelevantes e não afastam a tipicidade e ilicitude da conduta (DELMANTO, 2021).

Conforme Grecco (2019), a determinação da idade da vítima é um critério objetivo para análise da figura típica e decorreu de uma opção político-criminal realizada pelo legislador, declarando por encerrada qualquer interpretação diversa que trouxesse incerteza ou insegurança jurídica.

A fim de que não houvesse mais dúvidas sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento do Tema Repetitivo 918, pacificou a questão editando a Súmula 593, a qual preconiza que o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

O referido entendimento foi incorporado no Código Penal, com o acréscimo do §5º no art. 217-A, pela Lei nº 13.718/2018:

§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Bittencourt (2019) entende que se tratou, sem dúvida, de pacificação da interpretação da vulnerabilidade do menor de 14 anos, caracterizador desse estupro especial, porém, ressaltou que sempre haverá a possibilidade de variantes no caso concreto, as quais demandam um exame casuístico das peculiaridades individuais, para enfrentar adequadamente a existência ou não de lesão ao bem jurídico tutelado e a configuração ou não de conduta criminosa.

2 DISTINGUISHING DA SÚMULA 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A doutrina desenvolveu a tese defensiva referente a “exceção de Romeu e Julieta”, cujo nome é inspirado na peça de William Shakespeare na qual Julieta, com 13 anos de idade, manteve relação sexual com Romeu.

Segundo Biffe (2017), a referida teoria dispõe que não deve ser considerado estupro de vulnerável, na hipótese em que a relação sexual ocorre com uma pessoa com diferença etária de até 05 anos, pois ambas as partes se encontram na mesma etapa de desenvolvimento sexual, de forma que não seria razoável a imputação penal decorrente de uma conduta consentida entre namorados.

Trata-se de uma relativização da prática do delito de estupro de vulnerável, descaracterizando a culpabilidade existente nas relações consentidas, cuja a idade diferencial não seja longínqua, porém, em regra, não é aceita pela jurisprudência.

Em conceito extraído do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, o *distinguishing* “Ocorre quando o Tribunal profere decisão que não aplica a jurisprudência da Corte, porque o caso em julgamento apresenta particularidades que não se amoldam adequadamente à jurisprudência consolidada”.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu o *distinguishing* quanto ao Tema 918/STJ (REsp 1.480.881/PI), que deu origem à Súmula 593 do Tribunal da Cidadania:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DENÚNCIA REJEITADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. RECEBIMENTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VÍTIMA COM 12 ANOS E RÉU COM 19 ANOS AO TEMPO DO FATO. NASCIMENTO DE FILHO DA RELAÇÃO AMOROSA. AQUIESCÊNCIA DOS PAIS DA MENOR. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA ADOLESCENTE. DISTINGUISHING. PUNIBILIDADE CONCRETA. PERSPECTIVA MATERIAL. CONTEÚDO RELATIVO E DIMENSIONAL. GRAU DE AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL DO FATO. 1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação jurisprudencial, então dominante,

de que é absoluta a presunção de violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. 2. A presente questão enseja distinguishing quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, pois, diante dos seus componentes circunstanciais, verifica-se que o réu possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, ao passo que a vítima, adolescente, contava com 12 anos de idade, sendo que, do relacionamento amoroso, resultou no nascimento de um filho, devidamente reconhecido, fato social relevante que deve ser considerado no cenário da acusação. 3. "Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade" (RHC 126.272/MG, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe 15/6/2021). 4. Considerando as particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima de conviver com o recorrente e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado, denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal. 5. "A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente, mas também emocionalmente, desestruturando e entidade familiar constitucionalmente protegida" (REsp n. 1.524.494/RN e AREsp 1.555.030/GO, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021). 6. Recurso especial provido. Restabelecimento da decisão que rejeitou a denúncia. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.165 - MS (2021/0384671-5). Data do julgamento: 16/05/2023. Relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região. Relator para Acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior. 6ª Turma. Data da publicação: DJE 25/05/2023)

A distinção fundamentou-se no fato de que a diferença de idade entre o acusado e a vítima não se mostrou tão distante quanto do acórdão paradigma, também considerou o nascimento de um filho advindo desta união, circunstância superveniente e relevante.

Além disso, verificou-se que a vítima e o denunciado moraram juntos, inclusive com a anuência dos pais da adolescente com o relacionamento amoroso, não sendo identificado comportamento do réu que pudesse colocar em risco a sociedade, ou o bem jurídico protegido, afastando a atuação punitiva estatal, ante a desnecessidade de pena, em observância aos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade.

O Relator, Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região) destacou em seu voto que eventual condenação do denunciado pelo delito de estupro de vulnerável com a causa de aumento prevista no art. 234-A, inciso III, do Código Penal acarretaria uma sanção de, no mínimo, 13 anos e 4 meses de reclusão, no regime fechado, situação que poderia destruir a entidade familiar, deixando em situação de vulnerabilidade a própria vítima e o filho, ante a ausência de suporte material e emocional do genitor, além do etiquetamento como estupro, ensejando uma estigmatização pela sociedade.

Destacou-se ainda que a condenação e o encarceramento seriam mais gravosos aos valores constitucionalmente tutelados da proteção da família e o direito do filho à absoluta prioridade à convivência familiar (arts. 226 e 227 da CRFB).

Nesse viés, Nucci (2018) destaca em sua obra que, em certos casos específicos, deveria ser reconhecida a vulnerabilidade relativa, em especial quando se tratarem de relacionamento duradouros e estáveis, considerando a possibilidade de constituição de família, com filhos, de forma que resultaria em injusta uma condenação por um crime de natureza hedionda (estupro de vulnerável).

Por outro lado, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que deveria seguir a regra geral (Tema Repetitivo 918 e Súmula 593) e manteve a condenação do réu:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO MANTIDA PELA CORTE LOCAL EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PRETENSÃO DE FLEXIBILIZAR A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. DESCABIMENTO. SÚMULA 593/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Como é de conhecimento, nos termos da Súmula n. 593/STJ, o consentimento da vítima menor de 14 anos e o seu namoro com o acusado não afastam a existência do delito de estupro de vulnerável. 2. Nessa linha de inteligência, A jurisprudência deste Tribunal Superior tem sistematicamente rejeitado a tese de que a presunção de violência - termo que nem é mais utilizado na atual redação do CP - no estupro de vulnerável pode ser relativizada à luz do caso concreto (AgRg no REsp n. 1.934.812/TO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma,

julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021). 3. Na hipótese, conforme fundamentadamente apontado pela Corte local, o caso dos autos não se amolda ao distinguishing realizado no julgamento do AgRg no REsp n. 1919722/SP, de minha relatoria - caso de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar - tendo em vista que a relação amorosa não foi consentida pela genitora da vítima, tanto que, ao tomar conhecimento de que sua filha estava se relacionando com o paciente, acionou o Conselho Tutelar e registrou os fatos na Delegacia de Polícia. Além disso, a genitora da menor relatou que sua filha, após se relacionar com o acusado, apresentou comportamento agressivo, além de reprovar de ano na escola, tendo de ser submetida a tratamento psicológico. Somado a isso, conforme foi consignado pelo magistrado de primeiro grau, que se encontra mais próximo dos fatos, a vítima e o acusado tinham a gritante diferença de 36 (trinta e seis) anos. Ademais, apontou que a própria vítima e a sua genitora mencionaram espontaneamente que as relações aconteciam na chácara do acusado, localizada em área rural, esvaindo-se a tese de que não manteve relação sexual com a vítima pois sua casa na cidade era alugada. Assim, mesmo ciente da tenra idade da vítima e do não consentimento de sua responsável legal, o acusado manteve relação sexual com a menor. 4. Portanto, não há falar, no caso concreto, em relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima, motivo pelo qual deve ser mantida a condenação do paciente pela prática do delito de estupro de vulnerável, que, inclusive, transitou em julgado e foi mantida pela Corte local em sede de Revisão Criminal. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HABEAS CORPUS Nº 804741 - MS (2023/0057877-6). Data do julgamento: 14/03/2023. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 5ª Turma. Data da Publicação: DJE 17/03/2023).

Isso porque, o caso concreto envolvia uma relação sexual que não foi consentida pela genitora da vítima, a qual, ao tomar conhecimento de que sua filha estava se relacionando com um homem 36 anos mais velho, acionou o Conselho Tutelar e registrou os fatos na Delegacia de Polícia.

Além disso, relatou que os encontros aconteciam na chácara do acusado, localizada em área rural e a vítima, após se relacionar com o acusado, passou a apresentar

comportamento agressivo, além de reprovar de ano na escola, tendo de ser submetida a tratamento psicológico.

Em seu voto, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca reforçou que o posicionamento acerca da impossibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade não se encontra superado no Superior Tribunal de Justiça, concluindo que no referido caso (AgRg no HC 804.741/MS) são plenamente válidas a Súmula 593 do STJ e a tese do REsp repetitivo 1.480.881/PI (Tema 918) sobre a impossibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima.

O presente tema, portanto, se demonstra como um alerta à comunidade jurídica, a qual deve repudiar a aplicação da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça de forma absoluta, analisando o caso concreto, principalmente em prol de alcançar uma decisão mais justa e despenalizadora.

CONCLUSÃO

A atual redação do art. 217-A do Código Penal, inserido pela Lei nº 12.015/2009, que tipifica o estupro de vulnerável, substituiu o regime anterior de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, que gerava inúmeros debates quanto a sua natureza relativa, que cederia diante da situação apresentada no caso concreto ou absoluta, sem qualquer possibilidade de questionamento.

A alteração legislativa teve por finalidade principal reconhecer que a personalidade, opiniões e conceitos de um infante menor de 14 anos ainda encontram-se em desenvolvimento, de forma que não poderia decidir sobre seus relacionamentos sexuais.

Entretanto, parte da doutrina e alguns Tribunais ainda resistiam à aplicação literal do referido dispositivo legal, sob o fundamento de que estariam sendo violados os princípios da intervenção mínima e da ofensividade, quando, por exemplo, houvesse a anuência da vítima para a prática do ato.

Em razão disso, foi editada a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, reforçando que o consentimento da vítima, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente não afastam a caracterização do ilícito de estupro de vulnerável quando praticada conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos de idade.

Ocorre que a aplicação literal e inflexível do referido precedente acaba por gerar injustiças, isso porque, a incidência da norma penal, em casos de relacionamentos amorosos em que era constituída um família, com a presença de filhos nascidos do suposto estupro de vulnerável não se revelava adequada nem necessária, uma vez que sua

incidência trazia violação muito mais gravosa de direitos do que a conduta que se busca punir.

É certo que a vítima também é sujeito de direitos e, além da proteção especial do Estado, em especial na condição de criança ou adolescente, tem o direito de ser ouvida e ter sua opinião levada em consideração. Caso contrário, o aparato estatal sancionador, estaria violando sua dignidade enquanto pessoa humana e intervindo na família de forma muito mais prejudicial.

Além disso, deve-se considerar os direitos do filho advindo desse relacionamento, de conviver com o amparo e sob a responsabilidade de seus genitores, de forma que a pena privativa de liberdade do suposto estuprador, o deixaria desamparado, sem um ambiente de afeto e segurança moral e material.

Diante do exposto, é preciso reconhecer que toda perseguição penal referente ao crime de estupro de vulnerável submetida ao crivo do Poder Judiciário merece especial cautela e atenção, considerando-se as peculiaridades do caso concreto. A análise deve abranger não apenas a literalidade do ordenamento jurídico, mas também a perspectiva humana dos envolvidos, ouvindo e atendendo seus anseios, buscando sempre alcançar justiça social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2023.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. REsp 1480881/PI. Data de julgamento: 26/08/2015. Relator Rogerio Schietti Cruz. Data da publicação: DJE 10/09/2015. Tema Repetitivo 918. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=918&cod_tema_final=918. Acesso em: 09 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. Súmula 593. Data de julgamento: 25/10/2017. Data da publicação: DJE 06/11/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27593%27.num.&O=JT>. Acesso em: 09 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial Nº 1.977.165 - MS (2021/0384671-5). Data do julgamento: 16/05/2023. Relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região. Relator para Acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior. 6ª Turma. Data da publicação: DJE 25/05/2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103846715&dt_publicacao=25/05/2023. Acesso em: 09 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HABEAS CORPUS Nº 804741 - MS (2023/0057877-6). Data do julgamento: 14/03/2023. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 5ª Turma. Data da Publicação: DJE 17/03/2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300578776&dt_publicacao=17/03/2023. Acesso em: 09 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesouro/pesquisa.asp?pesquisaLivre=DISTINGUISHING>>. Acesso em: 10 out. 2023.

BIFFE JUNIOR, João; LEITÃO JUNIOR, Joaquim. **Concursos públicos terminologias e teorias inusitadas**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 26).

BITENCOURT, C. R. **Código Penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book, p. 3099-3102.

CAPEZ, F.; PRADO, S. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016. E-book, p. 1803.

DELMANTO, C.; DELMA, F. M. D. A.; DELMANTO, R. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book, p. 3354.

GRECO, ROGÉRIO. **Código Penal: comentado**. 13. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2019, p. 889.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 18. Ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1228.

A TRANSAÇÃO E O PARCELAMENTO TRIBUTÁRIOS

MONICA MATSUNO DE MAGALHÃES:

Pós-graduada em Direito Tributário e mestranda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), advogada e economista.

RESUMO: Apesar das semelhanças, o parcelamento e a transação em matéria tributária são institutos distintos. A divergência inicia-se entre os enunciados prescritivos dos artigos 151 e 156 do Código Tributário Nacional, nos quais o legislador arrolou o parcelamento como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e alocou a transação como modalidade extintiva do crédito tributário, respectivamente. Importante ressaltar que o litígio entre os sujeitos ativo e passivo da relação jurídico-tributária é condição imprescindível para entabular a transação, sendo certo que o parcelamento, ainda que corresponda a uma modalidade transacional, tão somente é modalidade de pagamento posterior, a qual independe de conflito entre os sujeitos da obrigação tributária.

Palavras-chave: transação, parcelamento, litígio, conflito.

ABSTRACT: Despite the similarities, installments and transactions in tax matters are different institutions. The divergence begins between the prescriptive statements of articles 151 and 156 of the Código Tributário Nacional, in which the legislator listed the installment payment as a reason for suspending the tax credit's enforceability and allocated the transaction as a modality that extinguishes the tax credit, respectively. It is important to highlight that the dispute between the active and passive subjects of the legal-tax relationship is an essential condition for entering into the transaction, being certain that the payment in parts, even though it corresponds to a transactional modality, is only a modality of payment latter, which is independent of conflict between the subjects of the tax obligation.

Keywords: transaction, installment, litigation, conflict.

Introdução

Notória é a inovação legislativa em sede de transação tributária no cenário pandêmico da Covid-19, ocasião em que os entes tributantes, especialmente no âmbito federal e estadual paulistano, enunciaram normas transacionais com fito arrecadatório em contrapartida às benesses concedidas aos seus respectivos sujeitos passivos inadimplentes.

Verifica-se que os entes públicos optaram por legislar acerca da transação ao invés de inovar no ordenamento novos veículos introdutores de parcelamentos especiais, como o fizeram na ocasião da enunciação da Lei nº. 13.496/17 com a inauguração do Programa Especial de Regularização Tributária - PERT ou o Programa Especial de Parcelamento - PEP do Estado paulista, nos termos do Decreto nº. 64.564/19.

Importante rememorar que o instituto da transação, originalmente posto no Código Civil de 1916, esteve presente no sistema de direito positivo, em matéria tributária, desde a redação do Código Tributário Nacional, quando em 1966 o documento normativo arrolou em seus artigos 156 a transação como modalidade de extinção do crédito tributário, e no 171 a transação como "concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário".

Então por qual razão, após mais de quarenta anos, paralelamente à cultura de introdução de normas postas que inseriram no ordenamento tributário inúmeras e diversas espécimes de parcelamentos tributários, optaram o legislador federal por redigir a Lei nº. 13.988/20 e o legislador paulista a Lei nº. 17.293/20 em meio ao cenário pandêmico?

Para investigar tal questionamento, e partindo da premissa que o Direito é objeto cultural, vertido em linguagem competente, faz-se necessário definir os conceitos de parcelamento e de transação, seja aquele definido na seara de Direito Privado, nos ditames do Código Civil, seja aquele positivado no Código Tributário Nacional com ressalvas e especificidades, para verificar as especificidades de cada instituto, as quais, talvez, levaram os legisladores a finalmente após mais de quarenta anos especificar a transação tributária, vejamos.

1. O conceito civilista de transação

O Código Civil, conjunto de normas introduzidas pela Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, reserva todo seu Capítulo XIX para definir o conceito de transação, cujo texto positivado prescreve que a transação consiste no encontro de dois ou mais atos volitivos de concessão mútua, com o fito de prevenir ou dirimir o litígio entre as partes, conforme artigos 840 a 850 do diploma civil vigente²⁵⁴.

²⁵⁴ Importante mencionar que a transação também fora positivada no revogado Código Civil de 1916, insculpida em seus artigos 1.025 até 1.032, sem revelar alterações significativas quanto ao conceito de transação. Para visualizar o comparativo entre a norma vigente e a revogada, visitar:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf>

(pp. 205-206, acesso em 28/03/2023)

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

Tal Capítulo XIX está inserto no diploma civilista em seu TÍTULO VI - Das Várias Espécies de Contrato, o que implica dizer que por opção do exegeta o instituto da transação foi classificado como elemento intrínseco ao conjunto dos contratos civis, seja decorrente de sua natureza de negócio jurídico, seja decorrente do ato volitivo de transacionar direito litigioso, conforme restará demonstrado.

A definição do conceito de transação emanada por Pontes de Miranda²⁵⁵, sob a égide do Código Civil de 1916, que a enquadrava como forma extintiva de obrigação, a delimitou como sendo um "negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas

Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.

Art. 843. A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos.

Art. 844. A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.

§ 1º Se for concluída entre o credor e o devedor, desobrigará o fiador.

§ 2º Se entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores.

§ 3º Se entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a dívida em relação aos co-devedores.

Art. 845. Dada a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por ele transferida à outra parte, não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos.

Parágrafo único. Se um dos transigentes adquirir, depois da transação, novo direito sobre a coisa renunciada ou transferida, a transação feita não o inibirá de exercê-lo.

Art. 846. A transação concernente a obrigações resultantes de delito não extingue a ação penal pública.

Art. 847. É admissível, na transação, a pena convencional.

Art. 848. Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta.

Parágrafo único. Quando a transação versar sobre diversos direitos contestados, independentes entre si, o fato de não prevalecer em relação a um não prejudicará os demais.

Art. 849. A transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.

Parágrafo único. A transação não se anula por erro de direito a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes.

Art. 850. É nula a transação a respeito do litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação

255 MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XXV – Direito das obrigações/Extinção das obrigações*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 179-180.

acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia.". Sintetiza o ilustre autor que a transação deve objetivar a "eliminação de litígio ou de insegurança".

Pontes de Miranda²⁵⁶ remete ainda à essencialidade do que denomina "pressuposto de reciprocidade" e "bilateralidade do contrato de transação" como requisitos intrínsecos à transação, na medida em que tal instituto tem sua razão de ser oriunda de uma relação jurídica conflituosa bilateral, ou ainda multilateral, na qual as partes pretendem dirimi-la, cada parte adstrita ao seu respectivo sacrifício ou abstenção ao seu próprio direito.

Já em meio a vigência do novo Código Civil de 2002, em relação à natureza jurídica da transação inserida no título das espécies contratuais, Carlos Roberto Gonçalves elucida a dissonância doutrinária sobre o tema ao afirmar que:

"Divergem os autores sobre a natureza jurídica da transação. Entendem uns ter natureza contratual; outros, porém, consideram-na meio de extinção de obrigações, não podendo ser equiparada a um contrato, que tem por fim gerar obrigações. Com essa conotação foi tratada no Código Civil de 1916, nos arts. 1.025 a 1.036, ou seja, como um dos meios extintivos de obrigações, com efeitos meramente declarativos. Na realidade, na sua constituição, aproxima-se do contrato, por resultar de um acordo de vontades sobre determinado objeto; nos seus efeitos, porém, tem a natureza de pagamento indireto." (2011, pp. 575-576)

Em meio a celeuma quanto à natureza jurídica do instituto transacional, para o doutrinador civilista supracitado a definição do conceito de transação seria:

"No sentido técnico-jurídico do termo, contudo, constitui *negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes previnem ou terminam relações jurídicas controvertidas, por meio de concessões mútuas*. Resulta de um acordo de vontades, para evitar os riscos de futura demanda ou para extinguir litígios judiciais já instaurados, em que cada parte abre mão de uma parcela de seus direitos, em troca de tranquilidade." (2011, p. 573)

256 "A reciprocidade no conceder é essencial à transação. Se não há concessão, de um e de outro, não há transação: o que pode haver é reconhecimento, renúncia, desistência, ou outra figura." (p. 194) e "A transação é contrato bilateral (= sinalagmático), oneroso, causal, obrigacional, que se não confunde, de modo nenhum, com os contratos reais e abstratos, mediante os quais se cumpre." (p. 195).

Por fim, Carlos Roberto Gonçalves²⁵⁷ elenca quatro requisitos inerentes à transação, os quais haviam sido previamente apontados por Pontes de Miranda, a saber: a) a existência de relações jurídicas controvertidas; b) a intenção de extinguir as dúvidas; c) o acordo de vontades; e d) concessões recíprocas.

Para Sílvio Venosa²⁵⁸, a transação detém natureza jurídica de modalidade de pagamento e extinção de obrigações, como fora posta no Código Civil de 1916, ainda que permeie na doutrina inúmeros enunciados definidores da transação como contrato, exatamente como o fez o legislador no diploma civil de 2002, ao inserir as normas jurídicas que regulam a transação no TÍTULO VI - Das Várias Espécies de Contrato.

O autor civilista supracitado também arrola os requisitos inerentes à transação, a saber: "(a) um acordo de vontades; que as partes façam (b) concessões mútuas, ou seja, que cedam parte de suas pretensões em troca de receber o restante em caráter seguro e definitivo e que haja com isso (c) extinção de obrigações litigiosas ou duvidosas." (VENOSA, 2014, p. 307).

Maria Helena Diniz, em sua atual doutrina define o conceito de transação como sendo "um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas" (2019, p. 361).

De tal assertiva, a doutrinadora extrai cinco elementos constitutivos inerentes ao instituto da transação, a saber: (i) acordo de vontade entre os interessados; (ii) intendência ou existência de litígio ou de dúvida sobre os direitos das partes, suscetíveis de serem desfeitos; (iii) intenção de pôr termo "*rés dubia*" ou litigiosa; (iv) reciprocidade de concessões e (v) prevenção ou extinção de um litígio ou de uma dúvida (DINIZ, 2019, pp. 362-364).

Maria Helena Diniz²⁵⁹ define ainda que:

"A transação é um instituto jurídico *sui generis*, por consistir numa modalidade especial de negócio jurídico bilateral, que se aproxima do contrato, na sua constituição e do pagamento, nos seus efeitos, por ser causa extintiva de obrigações, possuindo dupla natureza

²⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Vol. 3: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 574.

²⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Volume III – Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 306.

²⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 367.

jurídica: a de negócio jurídico bilateral e a de pagamento indireto. É um negócio jurídico bilateral declaratório, uma vez que, tão somente, reconhece ou declara direito, tornando certa uma situação jurídica controvertida e eliminando a incerteza que atinge um direito e eliminando a incerteza que atinge um direito. A finalidade da transação é transformar em incontestável no futuro o que hoje é litigioso ou incerto.” (DINIZ, 2019, p. 367).

Assim, partindo das premissas insculpidas no Direito Privado nos Códigos Civis de 1916 e 2002, e com fulcro da doutrina acima colacionada, pode-se concluir que a transação é negócio jurídico bilateral, que envolve duas ou mais partes litigantes, seja figurando como partes em demanda judicial, seja no âmbito extrajudicial ou pré-processual, no qual os agentes envolvidos pretendem, cada qual com seu desígnio volitivo, evitar ou suprimir contendas, ambos acordando entre si em abdicar de parte de seus direitos em prol de uma solução comum.

Definido o conceito de transação civilista, em continuidade, vez que o cerne do presente estudo são as transações no âmbito tributário, passemos à definição de transação em matéria tributária.

2. A transação positivada no Código Tributário Nacional

Ainda que o atual Código Civil em seu artigo 841 prescreva que a transação é instrumento jurídico que permite apenas a negociação de direitos patrimoniais de caráter privado²⁶⁰, o Código Tributário Nacional prevê a transação em dois excertos de lei ao arrolá-la como causa extintiva de obrigação tributária em seu artigo 156²⁶¹, bem como define e esmiuça o instituto transacional em seu artigo 171, ao estabelecer que “A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário”.

Assim, nos termos do Código Tributário Nacional, em consonância ao conceito de transação civilista, temos que a transação também é instrumento jurídico que faculta aos interessados extinguir o litígio tributário entre as partes decorrente do rearranjo de seus direitos e deveres mútuos, em consonância ao que dispõe a legislação de Direito Privado.

²⁶⁰ Idêntico enunciado prescritivo fora anteriormente positivado no artigo 1.035 do Código Civil de 1916.

²⁶¹ Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

III - a transação;

Nesse percalço, sintetiza Hugo de Brito Machado que "*Transação é acordo*", idêntico ao texto positivado no Código Civil, o qual prevê o extermínio do litígio mediante concessões mútuas, com as ressalvas inerentes à seara tributária, quais sejam: "(a) depende sempre de previsão legal; (b) não pode ter o objetivo de evitar litígio, só sendo possível depois da instauração deste". (MACHADO, 2016, p. 221)

Também remete ao vocábulo "acordo" o doutrinador José Eduardo Soares de Melo²⁶², quando exemplifica que a transação:

"Trata-se de autêntico acordo entre a Fazenda Pública e os devedores, em que estas partes renunciam ao questionamento de seus eventuais direitos relativos ao tributo. É o caso de a lei dispor que, se o contribuinte recolher o imposto atrasado de uma só vez, ficará dispensado das multas; ou, se o contribuinte desistir de ação judicial impugnando exigibilidade tributária, não serão devidos honorários de sucumbência."

Em afastamento àqueles doutrinadores que atribuem à transação natureza jurídica contratual, como definição restrita ao âmbito civilista, Professor Heleno Taveira Tôres²⁶³ tece forte crítica à imprecisão semântica da utilização do termo "contrato" na seara tributária:

"(...) nenhuma razão assiste àqueles que querem ver no ato decisional do procedimento uma espécie de 'contrato' entre contribuinte e a Administração. Nada mais descabido. O que se verifica é tão-só a ponência no sistema jurídico de uma norma individual e concreta, típico ato administrativo, por meio do qual o contribuinte chega a um entendimento prévio com a Administração, participando do procedimento. Mais não será do que espécie de ato preparatório ou de revisão de lançamento tributário previamente praticado. O modo lógico de alcançar decisão, por aproximação consensual e bilateral, mediante concurso de vontade das partes, com mútuo sacrifício de expectativas, não desnatura o resultado, qualificando-o como espécie de ato negocial."

262 MELO, José Eduardo Soares. *Curso de Direito Tributário*. 10. Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 397.

263 TÔRES, Heleno Taveira. "Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e contribuintes – Simplificação e eficiência administrativa". In: *Revista de Direito Tributário* vol. 86, pp. 40-64. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 57-58.

Do excerto acima transcrito verifica-se que Heleno Tôrres subsume a transação como medida alternativa para resolução de conflitos entre a Administração Pública e seus contribuintes, mas pondera que não se trata de ato negocial, sendo a transação constituída por meio de ato administrativo emanado pela autoridade competente, a qual enuncia norma individual e concreta hábil a verter em linguagem jurídica a solução de contenda tributária.

Paulo de Barros Carvalho²⁶⁴, em recentíssima edição de sua obra “Direito Tributário - Fundamentos jurídicos da incidência”, na qual incluiu a inovação legislativa da transação positivada na Lei nº. 13.988/2020, ao discorrer sobre as possíveis providências extintivas da obrigação tributária, a define como “concessões recíprocas do sujeito ativo e do sujeito passivo, para terminar litígio e, subsequentemente, fazer extinguir a obrigação”.

Já Regina Helena Costa²⁶⁵ conceitua a transação como “expediente alternativo destinado à solução de conflitos fiscais”. A doutrinadora especifica ainda que “Cuida-se de modalidade extintiva da obrigação consubstanciada em concessões mútuas, pressupondo situação incerta, duvidosa”.

Ademais, conforme previamente mencionado, a definição civilista emanada por Maria Helena Diniz de que a transação é negócio jurídico bilateral declaratório, configurando meio de pagamento indireto, coaduna com o entendimento proferido pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, ao referir-se à transação como causa extintiva do crédito tributário nos termos do artigo 156 do Código Tributário Nacional, elucidar que “a extinção da obrigação, quando ocorre a figura transacional, não se dá, propriamente, por força das concessões recíprocas, e sim do pagamento” (Linguagem e método, 2021, pp. 570-571).

Paulo de Barros Carvalho²⁶⁶ complementa seu posicionamento acerca da transação não ser providência extintiva de obrigação tributária ao denominá-la como “processo” preparatório para a quitação do crédito tributário, cuja extinção dar-se-á somente com o pagamento integral da dívida.

Idêntica é a opinião de Heleno Taveira Tôrres²⁶⁷ sobre a extinção do litígio dar-se apenas com o adimplemento integral, e não com a transação entre as partes, uma vez que:

264 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário (recurso eletrônico): fundamentos jurídicos da incidência*. 11. ed. rev. atual. São Paulo Noeses, 2021, pp. 255-256.

265 COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

266 Ibid., *Direito Tributário (recurso eletrônico): fundamentos jurídicos da incidência*, p. 256.

267 Ibid., 1998, p. 58.

“A transação, *per se*, não extingue o crédito; é simples mecanismo de resolução de conflitos que se presta para pôr fim ao litígio, mediante composição das partes. Nos termos do acordo a que cheguem as partes, o processo será decidido. Com base na decisão, a autoridade responsável pelo lançamento emitirá novo ato administrativo, para que o contribuinte efetue o pagamento dentro do vencimento. O pagamento, sim, extinguirá o crédito; não a transação, pura e simplesmente.”

Apesar das similitudes, o conceito de transação oriundo do direito privado sofreu algumas alterações em sua incorporação na seara tributária, pois o enunciado no artigo 171 do códex tributário prevê a extinção de litígio, de sorte que tal conflito há de ser pré-constituído para ser objeto de ulterior transação, não havendo que se falar em transação preventiva de litigiosidade em matéria tributária, como ocorre no âmbito do Direito Civil, vez que imprescindível é o lançamento para a constituição definitiva do crédito tributário.

Em suma, partindo da premissa civilista e de sua definição em matéria tributária, a transação seria o instrumento jurídico hábil, preparatório e indutor da extinção de litígio com o fito de estimular o contribuinte a realizar o pagamento do crédito tributário por um lado, garantindo a arrecadação em prol do erário de outro lado, para a conseqüente consecução da atividade estatal em prol do bem comum, observado o sopesamento entre o princípio da legalidade estrita compulsória em matéria tributária e a indisponibilidade do interesse público, tema que será destrinchado adiante.

Nesse compasso, mister se faz tecer comentários acerca das similitudes e divergências acerca do instrumento da transação tributária e do parcelamento, tal qual a doutrina o fez ao elaborar o estudo comparado entre o parcelamento e a moratória, com o rigor semântico inerente à investigação das definições dos conceitos dos referidos institutos, vejamos.

3. As similitudes e dissonâncias entre a transação, o parcelamento e a moratória

Nos termos de Paulo de Barros Carvalho, moratória “(...) é a dilação do intervalo de tempo estipulado para o implemento de uma prestação, por convenção das partes, que podem fazê-lo tendo em vista uma execução unitária ou parcelada” (Linguagem e método, 2021, p. 540).

Vejamos os ensinamentos de Regina Helena Costa²⁶⁸ acerca da moratória:

“(...) a prorrogação do prazo ou a outorga de novo prazo, se já findo o original, para o cumprimento da obrigação principal. Sempre dependerá de lei para sua concessão, não somente porque a obrigação tributária é *ex lege*, mas também por força do princípio da indisponibilidade do interesse público, já que a moratória implica o recebimento do crédito fiscal posteriormente ao prazo originalmente estabelecido.”.

Ainda sobre a modalidade de extinção de obrigação tributária insculpida no artigo 156, I, do CTN, Paulo de Barros Carvalho²⁶⁹ elenca dois requisitos obrigatórios que devem estar expressos na norma que positivada a moratória, tais quais a espécie tributária e a forma escalonada e cronológica de adimplemento pelo contribuinte devedor:

“(...) os tributos a que se aplica e o prazo de duração da medida, com indicação do número de prestações e seus vencimentos. Sendo em caráter individual, apontará, adicionalmente, as condições necessárias para sua fruição pelo particular e as garantias que o administrado deve oferecer. A quantidade de pagamentos e respectivas datas poderão, se a lei assim o dispuser, ficar a cargo da autoridade administrativa, que os fixará de acordo com as particularidades circunstanciais de cada caso concreto, dentro dos limites legais. Tais disposições formam o conteúdo do art. 153, I, II e III, a, b e c, do CTN.”

Sobre a polêmica doutrinária havida entre a moratória e o parcelamento como formas de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, ambos preconizados no artigo 151 do código tributário, Paulo de Barros Carvalho²⁷⁰ dirimiu que:

“Quanto às hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito, inseriu no inciso VI do artigo 151 do Código Tributário Nacional a figura do "parcelamento", distinguindo-o, em planos literais, da moratória. Distrações desse gênero conduziram o pensamento a reformular nova interpretação do termo, buscando alcançar sua amplitude semântica. De fato, o parcelamento também suspende a

268 COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 254.

269 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Linguagem e Método*. 8. ed. São Paulo Noeses, 2021, pp. 540-541.

270 Ibidem, p. 404.

exigibilidade do crédito tributário, a ele se aplicando as disposições atinentes ao instituto da moratória. Essa característica coloca ambas as figuras tributárias sob um mesmo plano, confirmando, mais uma vez, ser o parcelamento uma espécie do gênero moratória.”

Regina Helena Costa²⁷¹, ao discorrer sobre o parcelamento, remete à similitude e às dissonâncias entre este e a moratória, vejamos:

“A diferença entre moratória e parcelamento é sutil, porquanto este é espécie daquela, relação que exsurge clara do preceito contido no §2º do art. 155-A, que determina a aplicação subsidiária, ao parcelamento, das disposições do Código Tributário Nacional.

Pode-se dizer que os institutos distinguem-se pelo fato de que, enquanto a moratória pode se dar mediante execução unitária ou parcelada – pagamento do débito em uma ou várias parcelas –, o parcelamento, somente desta última forma.”

Na mesma obra, a ilustre doutrinadora²⁷² também tece um paralelo entre a transação e o parcelamento, afirmando que:

“(…) a transação, tal como disciplinada em nosso direito positivo, pode ser celebrada para pôs fim a litígio em curso quer em processo administrativo, quer em processo judicial, sendo inconfundível com o parcelamento: enquanto este é causa de suspensão da exigibilidade, da obrigação tributária principal, a transação propicia sua extinção.” (2007, p. 207)

Relevante pontuar os preceitos inerentes à polissemia do termo “parcelamento” emanados por Fabiana Del Padre Tomé²⁷³, que ensina que o vocábulo indica tanto a norma geral e abstrata, veículo introdutor que insere o enunciado prescritivo autorizador do adimplemento em parcelas, como a norma individual e concreta constituída no ato da adesão ao parcelamento, observadas as condições positivadas pelo exegeta para autorizar o pagamento do tributo de forma parcelada e sucessiva cronologicamente pelo contribuinte.

271 COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 262.

272 COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 207.

273 TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário: de acordo com o código de processo civil de 2015*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2016, p. 136.

Verifica-se que tanto o parcelamento quanto a moratória como formas alternativas de pagamento de tributo que não seja o recolhimento trivial em parcela única na data de vencimento da obrigação não presumem litígio pretérito a ensejar as suas concessões, como foi possível constatar diante da investigação das definições dos conceitos de transação civilista e tributário, tratando-se apenas de maneira diversa de pagamento de tributo, à destempo, posterior ao prazo de vencimento, diluído em montantes menores que o seu valor total, consoante previsão legal autorizadora.

Tanto assim o é que, a título exemplificativo, a Lei nº. 13.496/17, instituidora do Programa Especial de Regularização Tributária (PERT), última modalidade de parcelamento especial positivada no ordenamento em ocasião anterior à enunciação da Lei nº. 13.988/20 que regulamentou o instituto da transação no âmbito federal, não dispõe em nenhum de seus dezesseis artigos acerca da prescindibilidade de litígio prévio hábil à concessão das benesses inerentes a tal parcelamento especial, apenas indicam quais débitos, formas e prazos de pagamento, além de descontos a serem concedidos em favor dos aderentes.

Tampouco prevê a existência de litígio ou conflito prévio a legislação atinente aos parcelamentos ordinário ou simplificado, os quais não concedem quaisquer descontos ou benesses em favor dos contribuintes, vide veículos introdutórios Lei nº 10.522/2002 e Lei nº. 8.212/91, para débitos tributários e previdenciários, respectivamente.

Desta feita, verifica-se que a transação tributária e o parcelamento, além da divergência quanto à sua positivação no Código Tributário Nacional, sendo a primeira enquadrada como espécie de extinção de obrigação tributária e o segundo como meio de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, destoam quanto à existência de prévio conflito entre o Fisco e o contribuinte pretendente, sendo requisito exclusivo e inerente ao instituto transacional.

Nesse compasso, tornam-se indispensáveis a análise e a investigação do cerne da transação tributária, qual seja, a existência prévia de conflito ou litígio o qual pretende-se findar entre as partes transigentes, vejamos.

4. Litígio ou conflito: o pré-requisito da transação tributária

Os vocábulos “litígio” e “conflito” são tão, ou mais, polissêmicos que o termo “parcelamento”, senão vejamos a similitude entre tais palavras, que abarcam, inclusive, sinônimos entre os seus significados, conforme descreve o dicionário Michaelis²⁷⁴ de língua portuguesa:

274 MICHAELIS: Moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 559 e 1.267.

Con.fli.to *sm (lat conflictu)* 1 Embate de pessoas que lutam. 2 Alteração. 3 Barulho, desordem, tumulto. 4 Conjuntura, momento crítico. 5 Pendência. 6 Luta, oposição. 7 Pleito. 8 Dissídio entre nações.

Li.tí.gio *sm (lat litigiu)* 1 Demanda judicial. 2 Questão, alteração, contenda. *L. internacional, Dir.* conflito de interesses, de ordem jurídica ou política, suscitado entre dois ou mais Estados que o resolvem pelos meios diplomáticos ou de coerção.

Partindo da premissa que o conflito, assim como aquele que ocorre em momento anterior à transação tributária, por ser esta meio alternativo à resolução de litígio, também antecede uma demanda processual, de rigor a investigação da definição do conceito de litígio ou conflito, partindo da premissa que ambos os vocábulos são sinônimos entre si, na doutrina processualista, tanto na seara civil quanto na tributária.

Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco²⁷⁵ aludem que o conflito se origina de uma insatisfação pessoal dada a impossibilidade de obtenção de um bem. E sobre a insatisfação no âmago dos sujeitos, dispõem que:

“A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante próprio direito é sempre motivo de angustia e tensão individual e social. Inclusive quando se trata de indefinição quanto ao próprio *jus punitiois* do Estado em determinada situação concretamente considerada: sendo o valor liberdade uma inerência da própria pessoa humana, a que todos almejam e que não pode ser objeto de disposição da parte de ninguém, a pendencia de situações assim é inegável fator de sofrimento e infelicidade, que precisa ser debelado.”

Vicente Greco Filho²⁷⁶, sobre a temática da satisfação, ora positiva, aduz que “Há conflito entre dois interesses quando a situação favorável para a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável para a satisfação de uma necessidade diversa”. Citando Francesco Carnelutti (*Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, v. 7, p. 3), o processualista narra que o doutrinador italiano “(...) vê, na base jurídica, o conflito de

²⁷⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 26.

²⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro – v.1 Teoria geral do processo e auxiliares de justiça*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 12-13.

interesses a exigir a regulamentação das diversas expectativas humanas sobre um mesmo bem”.

Em se tratando de direito processual tributário, Paulo Cesar Conrado²⁷⁷ inicia sua obra afirmando que “Falar de processo é falar de conflito – de conflito que se aparelha na específica sede da relação jurídico-tributária, assim entendida no sentido estrito da locução (i.e., obrigação tributária)”.

O doutrinador esmiuça o termo “conflito” em duas acepções²⁷⁸: a primeira, genérica, do mundo dos fatos, não vertida em linguagem competente; e a segunda, juridicizada, momento em que o conflito receberia a denominação de “litígio”, nos termos de Luiz Alberto Warat. O autor sumariza que na ocasião da confecção da petição inicial por advogado dotado de capacidade postulatória:

“Nesse momento, sobressai, com contornos talvez mais nítidos, a distinção que há entre os dois sentidos que o termo conflito hospeda: (i) o social, por juridicamente não regulado, pode ser apreendido e relatado por qualquer sujeito e sob qualquer forma; (ii) o jurídico, doutra parte, aprisiona-se ao mundo do direito, ganhando o aludido predicado desde que posto em linguagem proveniente de pessoas específicas, mediante recursos igualmente determinados.” (CONRADO, 2012, p. 31)

Acerca do sentido jurídico do termo “conflito”, aduz Rodrigo Dalla Pria²⁷⁹ que:

“(…) a noção de conflito tem *status* constitucional, sendo enunciada pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, por meio da expressão ‘lesão ou ameaça de lesão a direito’, cuja manifestação empírica se dá, necessariamente, no âmbito das normas concretas e individuais, *locus* normativo em que residem os fatos e as correspondentes relações jurídicas cujos polos (ativo e passivo) contrapõem os interesses de dois ou mais sujeitos de direito.”

²⁷⁷ CONRADO, Paulo Cesar. *Processo Tributário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 16.

²⁷⁸ Ibidem, 2012, p. 30.

²⁷⁹ PRIA, Rodrigo Dalla. *Direito Processual tributário*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2021, pp. 43-44.

Ainda sobre o tema, Paulo de Barros Carvalho²⁸⁰ define litígio, em suma, como o conflito de interesses entre os sujeitos transigentes, seja em sede de contenda administrativa ou lide judicial:

“Polarizando a atenção da doutrina brasileira está o problema da amplitude semântica do vocábulo "litígio". Abrangeria ele somente as discussões perante os órgãos do Poder Judiciário ou, em acepção mais larga, aplicar-se-ia também às controvérsias deduzidas em procedimentos administrativos tributários? Estou pela interpretação lata. Ali onde houver conflito de interesses instalado entre Administração e administrado, seja de cunho judicial ou não, caberá falar-se nesse tipo de procedimento terminativo, se como tal for aceito.”

Robson Maia Lins²⁸¹, ao definir a transação, remete ao litígio no âmbito judicial e extrajudicial, a saber: “Portanto, para fins tributários, transação é o instituto mediante o qual, por concessões mútuas, credor e devedor põe fim a um litígio (administrativo ou judicial), extinguindo a relação jurídica tributária.”.

Verifica-se que em sede de transação tributária os conflitos compreendem as obrigações tributárias decorrentes da subsunção do fato à norma, qual seja, a incidência de regras-matrizes de diversos tributos, cujas normas individuais e concretas identificam, em seu consequente, a relação jurídico-tributária conflituosa entre o direito estatal do Sujeito Ativo de exigir tributo e o dever do Sujeito Passivo de adimplir tal prestação pecuniária, cujo inadimplemento pelo contribuinte transator poderá ser objeto de transação tributária nos termos da lei que assim dispuser.

5. Lei nº. 13.988/2020 – Transação tributária federal

Firmada a delimitação dos vocábulos “conflito” e “litígio”, interessante pontuar que o artigo inaugural²⁸² da Lei nº. 13.988/2020 prevê a seguinte conduta dos agentes que compõem a relação jurídico-tributária do consequente da norma individual e concreta que exige o tributo: “(...) realizem transação resolutive de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública”. Do excerto extrai-se que a transação consiste em ato de extinção de

²⁸⁰ CARVALHO, *Fundamentos jurídicos da incidência*, p. 256.

²⁸¹ LINS, Robson Maia. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2019, p. 509.

²⁸² Art. 1º Esta Lei estabelece os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutive de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária.

“litígio”. Mas, especificamente, a qual litígio o legislador federal pretendeu abarcar com o instituto transacional?

Paulo de Barros Carvalho²⁸³ esclarece que:

“O legislador do Código não primou pela rigorosa observância das expressões técnicas, e não vemos por que o entendimento mais largo viria em detrimento do instituto ou da racionalidade do sistema. Essa, aliás, foi a via estabelecida nos termos da Lei 13.988/2020 que admitiu, na esfera federal, o cabimento de transação também para débitos inscritos em dívida ativa e em contencioso administrativo (art. 2º, I e II).”

De fato, o artigo 2º, incisos I e II²⁸⁴ discorre acerca das modalidades de transação tributária, sendo a primeira atinente a proposta individual de transação de créditos tributários federais inscritos na dívida ativa, e a segunda com relação ao contencioso judicial também de alçada da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, além do contencioso administrativo tributário gerido pela Receita Federal do Brasil.

Importante frisar que a transação de débitos objetos de processo administrativo fiscal, ou pendente de recurso perante a segunda instância administrativa foi inserta na Lei nº. 13.988/2020 apenas em 2022, pela Lei nº. 14.375/2022, pois, originariamente, apenas os débitos tributários sob a alçada da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional eram passíveis de negociação.

Em contrapartida, no artigo 16²⁸⁵ já compunha o texto original da norma que institui a transação tributária no âmbito federal, o qual dispõe acerca da transação por

²⁸³ Ibid, Fundamentos jurídicos da incidência, p. 257.

²⁸⁴ Art. 2º Para fins desta Lei, são modalidades de transação as realizadas:

I - por proposta individual ou por adesão, na cobrança de créditos inscritos na dívida ativa da União, de suas autarquias e fundações públicas, ou na cobrança de créditos que seja competência da Procuradoria-Geral da União;

I - por proposta individual ou por adesão, na cobrança de créditos inscritos na dívida ativa da União, de suas autarquias e fundações públicas, na cobrança de créditos que seja da competência da Procuradoria-Geral da União, ou em contencioso administrativo fiscal;

II - por adesão, nos demais casos de contencioso judicial ou administrativo tributário; e

III - por adesão, no contencioso tributário de pequeno valor.

²⁸⁵ Art. 16. O Ministro de Estado da Economia poderá propor aos sujeitos passivos transação resolutive de litígios aduaneiros ou tributários decorrentes de relevante e disseminada controvérsia jurídica, com base em manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia.

adesão no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica. Nesta ocasião, o legislador esmiuçou o conceito de “controvérsia jurídica relevante e disseminada” delimitando-a como sendo aquela “que trate de questões tributárias que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, versando, preferencialmente “sobre controvérsia restrita a segmento econômico ou produtivo, a grupo ou universo de contribuintes ou a responsáveis delimitados”.

Quanto às concessões ofertadas pela Administração Pública para dirimir o litígio entre as partes, o artigo 11 da Lei nº. 13.988/2020 arrola “benefícios”, tais como os descontos, o diferimento e a moratória, substituição ou alienação de garantias, utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa, além de possibilitar o adimplemento dos créditos tributários por meio de precatórios ou de direito creditório decorrente de ação judicial transitada em julgado.

Por fim, em seu artigo 29286, a Lei nº. 13.988/2020, ao dispor acerca de eventual responsabilização dos agentes públicos em casos de obtenção de vantagem indevida, o legislador referiu-se à transação como “processo de composição do conflito, judicial ou extrajudicialmente”, o que corrobora a possibilidade de transacionar débitos tributários objetos de processo administrativo fiscal, bem como aqueles débitos insertos em dívida ativa da União.

Nesse sentido, é possível concluir que a autoridade legiferante federal optou por imprimir ao conceito de litígio a obrigação tributária inserta em dívida ativa, seja aquela decorrente de lançamento por homologação de iniciativa do particular, seja aquela oriunda de lançamento de ofício, além da obrigação tributária que fomenta processo administrativo fiscal, decorrente de ato de Autoridade Administrativa competente, esta ainda não inscrita em dívida ativa.

§ 1º A proposta de transação e a eventual adesão por parte do sujeito passivo não poderão ser invocadas como fundamento jurídico ou prognose de sucesso da tese sustentada por qualquer das partes e serão compreendidas exclusivamente como medida vantajosa diante das concessões recíprocas.

§ 2º A proposta de transação deverá, preferencialmente, versar sobre controvérsia restrita a segmento econômico ou produtivo, a grupo ou universo de contribuintes ou a responsáveis delimitados, vedada, em qualquer hipótese, a alteração de regime jurídico tributário.

§ 3º Considera-se controvérsia jurídica relevante e disseminada a que trate de questões tributárias que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

286 Art. 29. Os agentes públicos que participarem do processo de composição do conflito, judicial ou extrajudicialmente, com o objetivo de celebração de transação nos termos desta Lei somente poderão ser responsabilizados, inclusive perante os órgãos públicos de controle interno e externo, quando agirem com dolo ou fraude para obter vantagem indevida para si ou para outrem.

6. Lei nº. 17.293/2020 – Transação tributária estadual de São Paulo

Diferentemente do legislador federal, no âmbito estadual, o legislador paulista, ao enunciar a Lei nº. 17.293 de 15 de outubro de 2020, restringiu e delegou a competência para transacionar à Procuradoria Geral do Estado, imprimindo ao litígio a qualidade de débito, tributário ou não, previamente inserto em dívida ativa, sendo esta ou não ajuizada ou àquela objeto de execução fiscal²⁸⁷, vedando, expressamente, a transação de débitos não inscritos em dívida ativa, consoante artigo 47.

A norma paulista positivou ainda as “transigências”, denominados “benefícios” pelo legislador federal, possíveis a serem adotadas pela Fazenda estadual na ocasião da transação, postas no artigo 46 da Lei nº. 17.293/20, cabendo à Procuradoria competente tão somente conceder descontos em multas e juros; prazos diversos para adimplemento, tais como a moratória, e a modalidade de pagamento diferida ou em parcelas; e, por fim, a possibilidade de substituir ou alienar garantias e constringências.

Ainda com relação à transação tributária de São Paulo, além da imprescindibilidade da inscrição do crédito tributário em dívida ativa para configuração do litígio, relevante também são as definições de transação e parcelamento esmiuçadas pela Portaria SUBG CTF nº 20, de 4 de dezembro de 2020, que dispõe “sobre transação para redução de litígios”, expedida pelo Subprocurador Geral do Contencioso Tributário-Fiscal, senão vejamos as disposições gerais:

XIX - parcelamento – pagamento do crédito final líquido consolidado, com honorários advocatícios, em parcelas mensais e consecutivas;

(...)

XXV - transação – negócio jurídico pelo qual o Estado, de um lado, e autor ou réu em ação de que o primeiro seja parte, de outro, resolvem definitivamente litígios;

A autoridade competente para enunciar definiu o conceito de parcelamento e o de transação com suas respectivas especificidades, atribuindo ao parcelamento a modalidade de pagamento do crédito tributário, bem como atribuiu à transação a roupagem de

²⁸⁷ Artigo 42 - A transação terá por objeto obrigação tributária ou não tributária de pagar, aplicando-se:

(...)

Parágrafo único - A dívida inscrita não ajuizada poderá ser incluída em transação de dívida ajuizada, a requerimento do devedor.

negócio jurídico para resolução de litígios entre o Estado e o contribuinte, nos termos do dispositivo, o sujeito processual contrário ao Fisco Paulista.

Vejam os que, sem prejuízo da atecnia da autoridade enunciante da Portaria SUBG CTF nº 20, de 4 de dezembro de 2020, uma vez que o item XXV remete apenas a sujeitos em processos judiciais, "autor" e "réu", enquanto a Lei nº. 17.293/20 já havia delimitado que também seriam passíveis de transação os créditos tributários insertos em dívida ativa não ajuizados, o legislador definiu os conceitos de "parcelamento" e "transação" sem qualquer similitude entre ambos, exatamente em consonância às transigências arroladas no artigo 46 da Lei nº. 17.293/20.

Importante destacar que, tanto a Lei nº 13.988/20, como a Lei nº. 17.293/20 trazem, como concessões ofertadas pela Administração Pública, a garantia como "benefício" ou "transigência", na esfera federal e paulista, respectivamente. Em se tratando de parcelamentos, seja ele ordinário ou especial, federal ou estadual, não havia nas legislações anteriores a forçosa obrigação de garantir o crédito tributário em momento prévio ao seu parcelamento, não representando a garantia condição *sine qua non* para a concessão do parcelamento como forma suspensiva da exigibilidade, espécie de moratória com opção de pagamento parcial e diferido, como ocorre com o instituto da transação.

Impõe relevância ainda que o inadimplemento do parcelamento tributário implica em tão somente ao retorno da situação originária do crédito tributário, tais como a retomada do montante relativo às multas, juros e encargos eventualmente desagiados em sede de parcelamento especial.

De outra sorte, em se tratando de transação, dada a premissa da garantia integral do crédito tributário para entabular o acordo perante a Administração Pública, verifica-se que o seu inadimplemento se revela muito mais oneroso que o mero rompimento de um parcelamento, o que demanda ao contribuinte maior racionalidade, responsabilidade e cautela para firmar acordo de transação

Conclusão

Diante de toda a menção doutrinária e análise dos veículos introdutores da transação federal e da transação estadual paulista, há de se estabelecer que o "litígio" ou "conflito" imprescindíveis para possibilitar a aplicação do instituto da transação, delimitada à obrigação tributária inadimplida objeto de contenda processual administrativa ou inscrita em dívida ativa no âmbito federal, e restrita ao crédito tributário inserto em dívida ativa na seara paulista.

Nesse sentido, importante rememorar que o parcelamento, como forma de adimplemento do crédito tributário em mais de uma parcela, não se confunde com o instituto da transação, mas sim consiste em apenas uma de suas possibilidades, ou “transigências” conforme a legislação paulista, ou “benefícios” para a autoridade legiferante federal, para solucionar o litígio tributário.

Mais do que uma mera fonte arrecadatória, como o são os parcelamentos ordinários e os especiais, a transação aprofunda e estreita a relação entre o sujeito ativo e o passivo, seja o contribuinte ou o responsável tributário pelo recolhimento do tributo, uma vez que o instituto da transação, para além da relação jurídico-tributária que instaura a exigência pecuniária em prol do Fisco, almeja resolver o litígio entre os transigentes no eterno conflito entre o credor que tem a competência constitucional, obrigação legal de cobrar, e pretende receber e o devedor que se escusa de adimplir.

Para tanto, o legislador que inseriu a transação no ordenamento, seja no âmbito federal ou estadual, dispôs acerca do instituto posto no artigo 171 do Código Tributário Nacional, com o objetivo imediato de receber o crédito tributário inadimplido, afinal o cenário pandêmico da Covid-19 demandou uma arrecadação excepcional, mas também com o objetivo mediato de satisfazer seu crédito mediante execução da garantia que deu azo à transação e, conseqüentemente, extinguindo o litígio pré-existente entre as partes transigentes.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Paulo de Barros: *Direito Tributário (recurso eletrônico): fundamentos jurídicos da incidência*. 11. ed., rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021.

_____, Paulo de Barros: *Direito Tributário – Linguagem e Método*. 8. ed. São Paulo Noeses, 2021.

CONRADO, Paulo Cesar. *Processo Tributário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Vol. 3: contratos e atos unilaterais. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 37. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro – v.1 Teoria geral do processo e auxiliares de justiça*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

LINS, Robson Maia. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2019.

MELO, José Eduardo Soares. Curso de Direito Tributário. 10. Ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MICHAELIS: Moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XXV – Direito das obrigações/Extinção das obrigações. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PRIA, Rodrigo Dalla. *Direito Processual tributário*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2021.

SENADO. Código Civil – Quadro comparativo 1916/2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf>. Acesso em 28/06/2023.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário: de acordo com o código de processo civil de 2015*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2016.

TÔRRES, Heleno Taveira. "Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e contribuintes – Simplificação e eficiência administrativa". In: Revista de Direito Tributário vol. 86, pp. 40-64. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Volume III – Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESVAZIAMENTO DA SÚMULA 435 DO STJ: A DISSOLUÇÃO IRREGULAR EM SI NÃO É CAUSA PARA O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

LETÍCIA RIBEIRO PIRES: Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Pós-Graduada em Direitos Difusos e Coletivos pelo Curso CEI.²⁸⁸

Resumo: O artigo propõe discutir a responsabilidade tributária no caso de dissolução irregular da sociedade empresária, trazida pela Súmula nº 435 do STJ, de modo que serão apontados diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que darão ensejo ao afastamento da referida Súmula. O Código Tributário Nacional disciplina sobre a responsabilidade tributária que, por sua vez, deverá ser respeitada conforme os dispositivos que tratam do referido tema. Nesse enfoque, será observado que o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente em caso de dissolução irregular da sociedade empresária não encontra suporte no artigo 135, III, do CTN, sendo uma criação fazendária acolhida pelos Tribunais. Dessa forma, será analisado que a responsabilidade tributária trazida pela Súmula nº 435 do STJ não possui embasamento legal no Código Tributário Nacional.

Palavras-chave: responsabilidade tributária; súmula 435 do STJ; dissolução irregular;

Abstract: This present article proposes a discussion about the tax responsibility in the case of irregular dissolution of the company, brought from the STJ 435 precedent, so that plenty of scholarly and courts understandings will be indicated, which may give rise to this precedent. The Brazilian National Tax Code (CTN) regulates the tax responsibility, which must be respected, according to the mechanisms that deal with the previous subject. Therefore, it will be noted that the credits satisfaction in the administrator's personal property, in the case of irregular dissolution, finds no support on the CTN, article 135, III, while it is a creation from the National Treasury. Finally, it will be clearly analyzed that the tax responsibility brought from the STJ 435 precedent, has no legal basis in The Brazilian National Tax Code.

Keywords: tax responsibility, STJ 435 precedent; irregular dissolution.

INTRODUÇÃO

Há nos dias atuais o entendimento de que a dissolução irregular de uma sociedade empresária, sem comunicação oficial aos órgãos competentes, enseja o redirecionamento

²⁸⁸ E-mail: letrpires@gmail.com

da execução fiscal ao sócio-gerente. Caso uma sociedade empresária encerre sua atividade sem quitar seus tributos, o Fisco, conforme a Súmula nº 435 do STJ, pode requerer legitimamente o redirecionamento daquela execução fiscal iniciada contra a pessoa jurídica, para a pessoa física – sócio-gerente.

Esse entendimento é firme no STJ e vem sendo aplicado nos diversos litígios. Todavia há violação da responsabilidade tributária disciplinada no CTN. O legislador no momento da criação do CTN escolheu disciplinar a responsabilidade pessoal da forma que vem disposta no art. 135 desse diploma. Sendo assim, é plausível que, sob o manto do princípio da legalidade, os sócios da sociedade empresária sejam responsabilizados dessa maneira, isentos de criações fazendárias acolhidas pelo Poder Judiciário.

A Súmula nº 435 do STJ inova, criando um ambiente de incerteza jurídica no que se refere à responsabilidade pessoal tributária. O contribuinte – pessoa jurídica – exerce atividade empresarial e, conseqüentemente, deverá pagar tributos. Contudo, somente em caso de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, haverá a responsabilização pessoal, conforme art. 135 do CTN.

Ocorre que não se trata de mero redirecionamento da execução fiscal, mas sim de uma criteriosa análise acerca de quais são os créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes desses atos ilícitos, a fim de que haja a responsabilidade pessoal tributária de maneira coerente, respaldada em requisitos críveis e embasada no Código Tributário Nacional, em respeito aos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

1. DISSOLUÇÃO IRREGULAR: CAUSA DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

A dissolução irregular da sociedade empresária é considerada, hodiernamente, causa de redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. O entendimento majoritário e atual foca na ideia de que é legítima a responsabilização do sócio-gerente com a mera dissolução irregular da sociedade empresária.

Sedimentou-se o entendimento de que a dissolução irregular é causa para o redirecionamento da execução fiscal. Assim dispõe a Portaria PGFN n.º 180, de 25 de fevereiro de 2010, que acrescenta a dissolução irregular como causa infra legal para o redirecionamento, *verbis*:

Art. 2º-A inclusão do responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União somente ocorrerá após a declaração fundamentada da autoridade competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) ou da

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acerca da ocorrência de ao menos uma das quatro situações a seguir:

I - excesso de poderes;

II - infração à lei;

III - infração ao contrato social ou estatuto;

IV - dissolução irregular da pessoa jurídica.

Parágrafo único. Na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica, deverão ser considerados responsáveis solidários: (Redação dada pelo(a) Portaria PGFN nº 713, de 14 de outubro de 2011)

I - os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução irregular; (Incluído(a) pelo(a) Portaria PGFN nº 713, de 14 de outubro de 2011)

II - os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução irregular, bem como os à época do fato gerador, quando comprovado que a saída destes da pessoa jurídica é fraudulenta. (Incluído(a) pelo(a) Portaria PGFN nº 713, de 14 de outubro de 2011)

Esse entendimento é adotado pelo STJ, conforme o seguinte julgado, que por sua vez, cita inúmeros precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. ART. 135, DO CTN. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. SÚMULA N. 435/STJ. 1. O redirecionamento da execução fiscal está calcado na dissolução irregular, hipótese sim de violação à lei, contrato social ou estatutos, prevista no art. 135, do CTN, cuja desconstrução exige produção de provas inviável em sede de exceção de pré-executividade. Precedentes: REsp. n. 1.374.744 - BA, Primeira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 14.08.2013; EREsp 716412 / PR, Primeira Seção. Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12.9.2007; AgRgnos EREsp nº 729.222 / RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, DJ de 10.12.2007, p. 281. 2. Súmula n. 435/STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes,

legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente". 3. Agravo regimental não provido.289

Renato Becho, em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 182, afirma que:

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, no ponto em que gostaríamos de abordar, construiu um comando que talvez possa ser assim reduzido: para que haja a responsabilização tributária, o não pagamento de tributo tem que ter sido resultado da ação excessiva ou infracional por parte do responsável. Em outras palavras: para a Administração Tributária requerer a aplicação do art. 135, o apontado como responsável tributário tem que ter agido com "excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto", o que teria gerado o não pagamento do tributo. (BECHO, 2012, p. 128).

Atualmente, o STJ lastreou o entendimento da dissolução irregular como causa do redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente por meio da Súmula nº 435 do STJ: "presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

Dessa forma, é pacífico no entendimento jurisprudencial de que se deve redirecionar a execução fiscal ao sócio-gerente quando, por parte da sociedade empresária, não houver comunicação aos órgãos competentes – ou melhor, a formalização do encerramento das atividades perante as repartições fiscais com a quitação dos tributos. Veja-se:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA NÃO LOCALIZADA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE. SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. 1. A não-localização da empresa no endereço fornecido como domicílio fiscal gera presunção iuris tantum de dissolução irregular. Possibilidade de responsabilização do sócio-gerente a quem caberá o ônus de provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder. Entendimento sufragado pela Primeira Seção desta Corte

289 AgRg no AREsp: 473883 PE 2014/0028352-3. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/25095290>>. Acesso em: 10 out. 2023.

nos EREsp 716.412/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22.09.08.
2. Embargos de divergência conhecidos em parte e providos.290

TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – REDIRECIONAMENTO – DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE - CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA – PROVA SUFICIENTE PARA AUTORIZAR O REDIRECIONAMENTO. 1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa somente é cabível

quando restar demonstrado que ele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa. 2. Esta Corte, tem o entendimento de que os indícios que atestem ter a empresa encerrado irregularmente suas atividades, como certidão do oficial de justiça, são considerados suficientes para o redirecionamento da execução fiscal. Aplicação do princípio da presunção de legitimidade dos atos do agente público e veracidade do registro empresarial.291

Ademais, atualmente, é firme o posicionamento de que não é necessário que se tenha prova cabal da dissolução irregular, visto que são suficientes indícios de que tenha ocorrido, como a certificação pelo Oficial de Justiça de que a sociedade empresária deixou de funcionar no endereço informado aos órgãos oficiais, o que caracteriza a cessação das atividades e a ausência de bens para penhorar.

Nesse sentido, em termos práticos, o STJ coaduna no entendimento de que, se uma sociedade empresária possui débitos tributários e encerra suas atividades sem a quitação desses tributos com a comunicação aos órgãos competentes, tais atos presumem a dissolução irregular o que, por sua vez, enseja o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente.

2. DISSOLUÇÃO REGULAR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A priori, a sociedade considerada personalizada é aquela que realiza seu registro na Junta Comercial, ou seja, a própria formalidade do ato de registro, segundo a legislação

290 EREsp 852.437/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 03/11/2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?cod_doc_jurisp=881745>. Acesso em: 15 out. 2023.

291 AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 851.564 - RS (2006/0104480-9). Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=726730&tipo=0&nreg=200601044809&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20071017&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 15 out. 2023

civil, é responsável pela constituição da pessoa jurídica. Após o registro, nasce a sociedade empresarial regular (separação patrimonial assegurada).

É sabido que o início regular da atividade empresária se dá com a constituição de uma pessoa jurídica, o que por sua vez, desencadeia inúmeros efeitos. Quando uma pessoa física, a título de exemplo, resolve iniciar uma atividade empresarial, por meio da constituição de uma pessoa jurídica, blinda-se do instituto da autonomia patrimonial.

É justamente em razão da segurança entre a separação do patrimônio da sociedade e do sócio que muitos empresários resolvem encarar o mundo dos negócios. Dessa forma, com sustento na ficção jurídica, qual seja a personalidade jurídica, o empresário garante que o patrimônio responsável por eventuais dívidas contraídas pela sociedade será o patrimônio da própria pessoa jurídica. De acordo com Fábio Ulhoa:

A personalização das sociedades empresariais gera três consequências bastante precisa, a saber:

a) Titularidade negocial — quando a sociedade empresária realiza negócios jurídicos (compra matéria-prima, celebra contrato de trabalho, aceita uma duplicata etc.), embora ela o faça necessariamente pelas mãos de seu representante legal (Pontes de Miranda diria “representante legal”, por não ser a sociedade incapaz), é ela, pessoa jurídica, como sujeito de direito autônomo, personalizado, que assume um dos polos da relação negocial. O eventual sócio que a representou não é parte do negócio jurídico, mas sim a sociedade.

b) Titularidade processual — a pessoa jurídica pode demandar e ser demandada em juízo; tem capacidade para ser parte processual. A ação referente a negócio da sociedade deve ser endereçada contra a pessoa jurídica e não os seus sócios ou seu representante legal. Quem outorga mandato judicial, recebe citação, recorre, é ela como sujeito de direito autônomo.

c) Responsabilidade patrimonial — em consequência, ainda, de sua personalização, a sociedade terá patrimônio próprio, seu, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios. Sujeito de direito personalizado autônomo, a pessoa jurídica responderá com o seu patrimônio pelas obrigações que assumir. Os sócios, em regra, não responderão pelas obrigações da sociedade. Somente em hipóteses excepcionais, que serão

examinadas a seu tempo, poderá ser responsabilizado o sócio pelas obrigações da sociedade. (COELHO, 2011, p. 141).

Com esse raciocínio, é possível enxergar o a proteção que o sócio, nesse caso, adquire no momento em que cria uma pessoa jurídica. De tal modo, “as sociedades empresárias são sempre personalizadas, ou seja, são pessoas distintas dos sócios, titularizam seus próprios direitos e obrigações” (COELHO, 2006, p. 14). Sendo assim, a personalização das sociedades empresárias funciona como estímulo às pessoas que desejam explorar atividades econômicas no mercado.

Com isso, observa-se que há uma garantia criada pelo ordenamento jurídico para que os indivíduos possam explorar atividade empresarial de maneira que tenha o patrimônio pessoal e social separados, cada um respondendo por suas respectivas dívidas.

Diante disso, a sociedade, através de seus representantes, tem aptidão para praticar qualquer ato, exceto os expressamente proibidos, dando seguimento ao seu propósito econômico. No entanto, poderão ocorrer percalços no caminho dessa exploração econômica e a sociedade poderá chegar ao seu fim.

Para que esse fim aconteça de acordo com os ditames legais, é necessário que haja uma dissolução regular, isto é, o cumprimento das exigências estabelecidas para o encerramento das atividades, com a observância dos ritos e formalidade dos arts. 1033 a 1038 e arts. 1102 a 1112 do Código Civil, ou a submissão da sociedade empresária ao processo falimentar previsto na Lei 11.101/2005.

Nas lições de Fábio Ulhoa, a dissolução, em sentido amplo, chamada de dissolução-procedimento, compreende três fases: a dissolução-ato (sentido estrito), a liquidação e a partilha (COELHO, 2011, p. 142). No tocante à dissolução-ato tem-se o instante do desfazimento da constituição societária; no segundo momento, registra-se a fase da liquidação, que será o momento da quitação das dívidas da sociedade, com a realização do ativo e pagamento do passivo da sociedade empresária e, por fim, encerra-se com a partilha, na qual os sócios dividem o patrimônio restante, após o pagamento das dívidas junto aos credores.

Destarte, “a personalidade jurídica da sociedade empresária não se extingue em virtude de um ato ou fato singular, mas somente após a conclusão de todo um processo, judicial ou extrajudicial” (COELHO, 2011, p. 142). Observa-se que a desconstituição de uma sociedade empresária depende da observância de um procedimento para que proceda regularmente. É necessário que se respeite as fases elencadas para que não haja comprometimento na regularidade da dissolução, fato que refletiria na responsabilização do sócio-gerente.

Em raciocínio inverso, observa-se que é considerada irregular a dissolução da sociedade que não cumprir as exigências estabelecidas para o encerramento das atividades, com atenção aos ritos e formalidades. Atente-se que o não cumprimento de qualquer dos requisitos/fases da dissolução regular dá origem à dissolução irregular. Ademais, salienta-se que a dissolução irregular implica ofensa a diversos dispositivos legais, tais como os artigos 50, 1.150 e 1.151 do Código Civil, e o artigo 32 da Lei n.º 8.934, de 18 de novembro de 1994 (dever de atualização de dados cadastrais). Nas palavras de Fábio Ulhoa:

É a figura da dissolução irregular, ou “golpe na praça”, como alguns comerciantes costumam dizer. A sociedade não dissolvida pela forma legal não se considera encerrada, não perdeu sua personalidade jurídica própria. Vige, portanto, plenamente o postulado da autonomia patrimonial, abrindo-se aos credores da sociedade duas alternativas: responsabilizar a pessoa jurídica, que ainda existe, mesmo depois de encerradas irregularmente as atividades; ou responsabilizar os sócios, por ato ilícito (inobservância das normas legais relativas à regular finalização da sociedade). Atente-se, os sócios respondem perante os credores da sociedade, caso não realizem o procedimento dissolutório regular, em desobediência aos preceitos do direito societário; mas nessa hipótese, não estão exatamente respondendo por dívida da sociedade, e sim por ato ilícito que eles próprios praticaram. (COELHO, 2006, p.21).

Com efeito, resta prejudicado o princípio da autonomia patrimonial, uma vez que, não havendo patrimônio social para adimplir a dívida contraída pela pessoa jurídica, o sócio tem tido que responder com seu patrimônio particular. O conflito, nesse caso, instaura-se, haja vista ser o pilar de sustentação da separação patrimonial: a existência de patrimônios distintos entre sócios e sociedade empresária, para que cada patrimônio responda pela dívida que lhe corresponde.

Dessa maneira, a separação patrimonial da sociedade empresária fica comprometida, em virtude da desarrazoada medida tomada pelo Fisco, em responsabilizar o sócio simplesmente pela constatação do passivo da pessoa jurídica ser maior que o ativo. Isto é, parece não se ter mais qualquer limitação à responsabilização dos sócios em relação ao Fisco, bem como a terceiros.

3.REPENSANDO AS SÚMULAS 430 E 435 DO STJ E O ART. 135, III, DO CTN

Primeiramente, far-se-á uma ponderação acerca do entendimento consolidado na Súmula nº 430 do STJ, *verbis*: “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

No entendimento da referida súmula levou-se em consideração que: quando se fala em responsabilização do sócio-gerente, necessita-se que haja a comprovação de que este agiu com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da sociedade empresária. Deveras, o próprio Código Tributário Nacional caminhava nesse rumo, ao assegurar em seu art. 135 ser possível a afetação de patrimônio dos sócios, ou mesmo de administradores.

No passado, o Tribunal da Cidadania estendeu de maneira exagerada o conceito de infração à lei, instituindo a mera falta de recolhimento de tributos devido pela sociedade empresária no rol dos atos a que se refere o art. 135 do CTN, conforme se demonstra:

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO-GERENTE. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS DEVIDOS PELA SOCIEDADE. Os sócios-gerentes são responsáveis pela dívida tributária resultante de atos praticados com infração à lei e quem deixa de recolher tributos devidos pela sociedade comete infração à lei. Recurso improvido.292

O STJ fundava entendimento, nessa época, de que a responsabilidade do sócio-gerente, nos casos de inadimplemento, tinha natureza **objetiva**, ou seja, bastava que a sociedade empresária não quitasse a dívida tributária para que, automaticamente, seus diretores, gerentes ou representantes fossem pessoalmente responsabilizados. Contudo, esse entendimento foi revisto e o STJ firmou o posicionamento de que o mero inadimplemento da sociedade empresária, por si só, não acarreta a responsabilidade do sócio-gerente, vide a decisão que se segue:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO A RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES. 1. [...] 3. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente. 4. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde

292 Recurso Especial nº 203.878/RJ. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>> Acesso em: 14 out. 2023.

sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76). 5. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN. 6. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio. 7. Precedentes desta Corte Superior. 8. Agravo regimental improvido.²⁹³

Hugo de Brito Machado acrescenta que:

Se o não pagamento de tributo fosse infração à lei capaz de ensejar a responsabilidade dos diretores de uma sociedade por quotas, ou de uma sociedade anônima, simplesmente inexistiria qualquer limitação da responsabilidade destes em relação ao Fisco. Aliás, inexistiria essa limitação mesmo em relação a terceiros. (MACHADO, 2014, p. 164).

Ocorre que, caso houvesse essa responsabilização pessoal do sócio-gerente pelo simples inadimplemento dos tributos devidos que, em muitas vezes, diz respeito à atuação habitual da sociedade empresária, inerente ao risco do negócio, à existência ou não da disponibilidade financeira no vencimento, restaria aniquilada a essência da sociedade limitada, qual seja a responsabilidade limitada dos seus sócios perante a sociedade e terceiros.

²⁹³ AgRg no REsp: 327462 MG 2001/0066538-6. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2023.

Fazendo-se, aqui, uma digressão, quando Gilberto Ulhôa Canto deu a sugestão n. 194294 ao Anteprojeto de Código Tributário Nacional, acerca da supressão do inc. VI do art. 246 (à época do Anteprojeto) – que estabelecia a responsabilidade de “diretores, gerentes e administradores de pessoas jurídicas de direito privado, em relação aos tributos devidos por estas” –, fundamentou-se sob o seguinte argumento: “A prevalecer o dispositivo tornaria ilimitada a responsabilidade das pessoas neles referidas, e as inibiria a tal ponto que ninguém aceitaria os encargos previstos”.

Não obstante tenha sido mantido tal inciso no Projeto do CTN e só retirado quando da elaboração do CTN atual, infere-se que também havia o cuidado em não se responsabilizar os diretores, gerentes e administradores de pessoa jurídica de direito privado de maneira avulsa, haja vista correr o risco de ceifar a própria natureza da sociedade limitada: a responsabilidade limitada do sócio.

No entanto, sedimentou-se o entendimento, por parte da Corte Superior, de que a natureza da responsabilidade de terceiro será **subjéctiva**, cabendo ao Fisco comprovar o ato de ilegalidade cometido pelo sócio, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. MATÉRIA ALEGADA EM SEDE DE CONTRARRAZÕES. ACOLHIMENTO DO RECURSO, COM ATRIBUIÇÃO DE EFEITO MODIFICATIVO. 1. [...]. 3. É firme a orientação desta Corte no sentido de que a responsabilidade fiscal somente pode ser atribuída ao sócio-gerente quando for **inequivocamente** comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto ou dissolução irregular da sociedade durante a sua gestão (artigo 135 do CTN), o que não foi demonstrado nos autos. A simples falta de pagamento do tributo associada à inexistência de bens penhoráveis no patrimônio da devedora, por si só, não enseja a responsabilização do sócio, tendo em vista que a responsabilidade prevista no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional não é objetiva. 4. [...]. 5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso especial.²⁹⁵ (grifo meu)

No tratamento do referido tema, Renato Becho utiliza a expressão “adequação da Súmula nº 430 do STJ à legislação tributária e comercial”, afirmando que essa Súmula está em consonância com a legislação comercial, quer em face do art. 130 do Decreto n.

294 Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/511517>>. Acesso em: 10 out. 2023.

295 Embargos de declaração no Recurso Especial nº 1246520/BA. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2023.

3.708/1919 (regula a Sociedade por quotas, de responsabilidade limitada), quer frente ao art. 158 da Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas). Veja-se:

Na realidade, a Súmula n. 430 do STJ pacificou o entendimento jurisprudencial contra diversas interpretações que tentaram incluir o não pagamento de tributos como “atos praticados com violação do contrato ou da lei”, ou como ato irregular de gestão, ou ainda, como causa para a “impossibilidade do cumprimento da obrigação” pela pessoa jurídica. Com ela, o Tribunal adequou a doutrina e a jurisprudência, o direito comercial e o direito tributário, trazendo equilíbrio à matéria ao realizar interpretação/aplicação sistemática do direito, **privilegiando a ordem jurídica acima dos interesses arrecadatários dos fiscos.** (BECHO, Renato, 2014, p. 128) (grifo meu)

Em arremate, nota-se que a Súmula nº 430 do STJ também é harmônica com a jurisprudência colhida do STF:

Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Os bens particulares dos sócios, uma vez integralizado o capital, não respondem por dívida fiscal da sociedade, salvo se o sócio praticou ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário não conhecido.²⁹⁶

Sociedade. Execução Fiscal – Não evidenciados pela Fazenda exequente os requisitos da responsabilidade tributária dos sócios, não é possível fazer que a execução prossiga contra eles, embora não encontrada a sociedade. Recurso extraordinário não conhecido.²⁹⁷

Tributário. A responsabilidade pelo imposto é daquele devedor vinculado pelo fato gerador da respectiva obrigação. Na sociedade por cotas de responsabilidade limitada, o sócio responde até o limite do capital social. Não provando a Fazenda os requisitos da responsabilidade dos sócios, não pode a execução recair sobre os bens destes. Recurso extraordinário não conhecido.²⁹⁸

²⁹⁶ Recurso Extraordinário n. 85241/SP. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>> . Acesso em: 15 out. 2023.

²⁹⁷ Recurso Extraordinário n. 97612/RJ. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>> . Acesso em: 15 out. 2023.

²⁹⁸ Recurso Extraordinário n. 98996/RJ. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>> . Acesso em: 06 out. 2023.

A adequação, mencionada por Renato Becho, da Súmula nº 430 do STJ com a jurisprudência firmada pelo STF, bem como com a legislação comercial, resta comprovada por meio das explanações ora elucidada. Todavia, **não é o que parece ter ocorrido com a Súmula nº 435 do STJ.**

Inicialmente, apresenta-se a regra matriz de responsabilidade tributária da Súmula nº 435 do STJ. A regra-matriz (geral e abstrata) é entendida como resultado das prescrições realizadas pelo legislador na lei institutiva do tributo no seio da qual devem vir previstos: a) hipótese de incidência do tributo (descrição de um evento); b) a quem se deve pagar o tributo (sujeito ativo); c) quem deve pagar o tributo (o sujeito passivo); d) o local e momento em que o fato gerador deve ocorrer para que possa ensejar a constituição do crédito tributário; e) quanto se deve pagar: a alíquota e a base de cálculo. Veja-se:

Critério material: encerrar irregularmente sociedade comercial. Lembramos que existem duas formas de encerramento regular da sociedade comercial: a não litigiosa, em que a pessoa jurídica satisfaz todos os seus credores e providencia a baixa nos vários órgãos públicos envolvidos na abertura da pessoa jurídica; e a litigiosa, que ocorrerá com o processo falimentar, cujo trânsito em julgado de sua sentença colocará um fim à pessoa jurídica. Em ambos os casos não será possível a aplicação da indigitada súmula, por ausência de seu pressuposto fundamental (o encerramento irregular).

Critério espacial: local do encerramento irregular. O encerramento irregular será comprovado, pelo exequente, na execução fiscal, após o curso do processo administrativo específico, respeitado o princípio do devido processo legal.

Critério temporal: momento do encerramento irregular.

Critério pessoal: o sujeito ativo será o mesmo da obrigação tributária; o sujeito passivo será aquele na súmula (sócio-gerente).

Critério quantitativo: o mesmo da obrigação tributária, com todos os acréscimos legais devidos. (BECHO, 2014, p. 193).

Diante disso, surge a problemática no tocante à adequação da Súmula nº 435 do STJ à legislação tributária. A referida Súmula não aplica o núcleo (a parte essencial) do art. 135 do CTN, uma vez que esse dispositivo aponta que haverá responsabilidade pessoal pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

A jurisprudência não tem aplicado corretamente o que fora disposto no CTN. A Súmula nº 435 do STJ pauta na dissolução irregular da sociedade empresária como hipótese de responsabilidade tributária do sócio-gerente, de modo que se uma sociedade empresária está sendo executada por dívidas fiscais, em caso de posterior dissolução irregular dessa sociedade, o Fisco poderá requerer legitimamente o desvio da execução para o sócio-gerente.

O art. 135 do CTN enfatiza a questão de serem créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes, etc. Ou seja, **os créditos que decorrem da prática desses atos** terão como responsáveis as pessoas elencadas no referido dispositivo (inc. III). Isto é, a dissolução irregular não gera obrigação tributária nova (a não ser a TLLF - Taxa de Licença para Localização e Funcionamento).

Hugo de Brito Machado disciplina que: “os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, aos quais se reporta o art. 135, III do CTN, são aqueles atos em virtude dos quais a pessoa jurídica tornou-se insolvente” (MACHADO, 2010, p. 168). Em verdade, é um posicionamento que se aproxima dos moldes atribuídos pela jurisprudência, no entanto permanece ainda a não aplicabilidade do fato gerador constante no art. 135 CTN: “[...] resultantes dos atos praticados...”.

O que se vislumbra é uma criação fazendária aceita pela jurisprudência, de modo que a Súmula nº 435 do STJ não possui fundamento legal nas regras de responsabilidade tributária constantes do Código Tributário Nacional. Alerta-se para o fato de que fere, inclusive, a exclusividade, descrita no art. 146, III da CF/88, de somente haver responsabilidade tributária disciplinada por lei complementar. É fundamento constitucional.

Nesse sentido, prosseguindo com a tese de que não há suporte legal para a mencionada Súmula, deve-se enveredar para uma análise minuciosa do art. 135 do CTN. O art. 135 do CTN deu seus primeiros passos com o art. 247 do Anteprojeto de Código Tributário Nacional, que, aparentemente, correlaciona-se com o art. 135. Veja-se:

Art. 247. As pessoas naturais ou jurídicas são pessoalmente responsáveis, nos termos do disposto no art. 230, pelos créditos correspondentes a obrigações decorrentes de atos regularmente praticados por seus mandatários, funcionários, prepostos ou empregados.

Parágrafo único. Quanto às pessoas jurídicas de direito privado, o disposto neste artigo aplica-se às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados pelos respectivos diretores, gerentes ou

administradores, ainda que com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.²⁹⁹

A referida responsabilidade tributária foi aprovada pela Comissão Especial que elaborou o Projeto de CTN, bem como mantida pelo jurista Rubens Gomes de Sousa, que argumentou da seguinte forma:

O art. 171, oriundo do art. 247 do Anteprojeto, consagra o princípio pacífico em matéria de responsabilidade tributária pelos atos praticados no exercício regular de mandato, cargo ou emprego. Todavia, no § 1º, abre-se exceção à regra, para determinar que as pessoas jurídicas respondem pelas consequências tributárias dos atos praticados por seus diretores, gerentes ou administradores com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Visou-se com isso derrogar expressamente, para efeitos fiscais, a regra do art. 121 da Lei das Sociedades por Ações (decreto-lei nº 2.627 de 1940), que consagra, em tais casos, a responsabilidade pessoal dos diretores para com os terceiros prejudicados: **além de não se poder considerar o fisco como um terceiro no tocante aos efeitos tributários dos atos de direito privado, a exceção é necessária para impedir que, na prática, a pessoa jurídica se pudesse exonerar de responsabilidade por manobras de evasão ou de fraude concertadas, em benefício daquela, pelos seus próprios administradores.** Em consonância com esse fundamento, foi rejeitada a sugestão 773, ficando, outrossim, prejudicada a sugestão 1.002. No § 2º, foi, entretanto, aberta exceção, omissa no Anteprojeto, ao princípio da objetividade das infrações.³⁰⁰ (grifo meu).

Como dito no relatório apresentado por Rubens Gomes de Sousa, o jurista afirma que a opção por continuar responsabilizando as pessoas jurídicas de direito privado pelas obrigações tributárias decorrentes de atos praticados pelos respectivos diretores, gerentes ou administradores, ainda que com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto teve o intuito de derrogar expressamente uma norma da Lei da Sociedade por Ações (que era o Decreto-lei n. 2.627 de 26 de outubro de 1940). A referida Lei da Sociedade por Ações disciplinava da seguinte forma:

299 Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/511517>>. Acesso em: 08 out. 2023.

300 Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/511517>>. Acesso em: 13 out. 2023.

Art. 121. Os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão.

§1º Respondem, porém, civilmente, pelos prejuízos que causarem, quando procederem:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou dos estatutos.

§2º Quando os estatutos criarem qualquer órgão com funções técnicas ou destinado a orientar ou aconselhar os diretores, a responsabilidade civil de seus membros apurar-se-á na conformidade das regras deste capítulo.

Dessa forma, o jurista tentou não cotejar a legislação comercial, trazendo um fim tributário para a proposta do CTN, no entanto não foi o que prevaleceu pelo legislador e hoje o CTN apresenta o art. 135 atribuindo responsabilidade pessoal aos indivíduos elencados em seus incisos, no caso de haver a prática de atos com excesso de poderes, ou infração a lei, contrato social e estatuto, não se vislumbrando mais a possibilidade da pessoa jurídica arcar com o ônus em tais situações – como fora sugerido por Rubens Gomes de Sousa.

Em resumo, afirma Renato Becho: “não localizamos registro que indique quem e quais argumentos levaram o legislador a não acolher a sugestão de derogar, para fins fiscais, uma importante regra da legislação comercial (art. 171 do Projeto de CTN)” (BECHO, 2014, p. 94). O que ocorreu foi que o legislador não acolheu a pretensão do jurista, e de maneira diferente atribuiu a responsabilidade pessoal no art. 135 do CTN.

Alerta-se que até os de dias de hoje, a legislação comercial considera válido esse comando da Lei da Sociedade por Ações, tanto é que prevalece no art. 158 da atual lei que rege a referida sociedade – Lei 6.404/1976. Portanto, conforme explanado, compreende-se que o art. 135 do CTN estabelece uma correlação com art. 158 da Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas). Significa dizer que:

Quando os responsáveis tributários realizaram atos lícitos contra o interesse do contribuinte e que signifiquem descumprimento da legislação que liga um e outro (contribuinte e responsável), esses responderão pessoalmente pelos créditos tributários decorrentes de seus atos. Nos termos como positivado pelo legislador, como o

responsável terá agido contra os interesses do contribuinte, este será excluído da ação de cobrança (responsabilidade pessoal do terceiro). (BECHO, 2014, p. 102)

Ocorre que, embora tenha havido proposta do jurista Gomes de Sousa, o legislador não acolheu e de maneira distinta atribuiu a responsabilidade do art. 135 do CTN. Sendo assim, não justifica o STJ criar uma hipótese responsabilidade tributária – Súmula nº 435 – , que poderia ter sido criada pelo legislador no momento da elaboração do CTN.

A jurisprudência do STJ é pacífica em afirmar que a dissolução irregular da pessoa jurídica legitima o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente. Todavia, a dificuldade reside em conseguir aplicar o núcleo do art. 135 do CTN ao caso mencionado. Conforme o aludido dispositivo, o sócio-gerente seria responsável pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos (praticados por esse sócio-gerente) com excesso de poderes, infração à lei, estatuto ou contrato social.

O crédito tributário que já vem sendo cobrado na ação de execução fiscal deriva do fato gerador praticado pela pessoa jurídica (contribuinte). Dessa maneira, a dissolução irregular é situação posterior ao fato gerador que fora praticado pela pessoa jurídica. Observa-se, portanto, uma criação jurisprudencial desarrazoada, na tentativa de uniformizar repetidos casos de sociedades empresárias que fecham as portas, por não suportar, muitas vezes, o pagamento excessivo de tributos e, por conseguinte, não conseguir dissolver regularmente a sociedade empresária. Sendo assim,

Considerando que não conseguimos localizar na legislação fundamentação para o redirecionamento da execução fiscal para os sócios em caso de dissolução irregular, parece que se está diante da interpretação econômica, que deve ser combatida pelo profissional do direito, como o faz Eros Roberto Grau. **A cobrança de créditos fiscais burlando a correta sistemática jurídica é apenas mais uma mostra da tentativa de suplantar o direito pela economia e pela política**, como demonstra Andrade Martins. (BECHO, 2014, p. 118). (grifo meu)

Em ponderação pertinente, Renato Becho aduz:

Parece que o STJ está aplicando o art. 135 do CTN assim: a dissolução irregular da sociedade é infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto, legitimando a responsabilização do terceiro (sócio-gerente). Este responderá por todos os tributos devidos pela pessoa jurídica e não pagos. Assim, um fato posterior (dissolução irregular)

substitui o contribuinte pelo responsável em relação aos créditos tributários não pagos no passado. (BECHO, 2012, p. 128).

Exemplificando-se. Há três momentos distintos que parecem refletir o disposto na Súmula nº 435 do STJ:

1. Ocorrência de um fato gerador (fato imponível) qualquer (*i.e.*, faturamento a fazer surgir obrigação de recolher PIS/COFINS, em 2005).
2. Dissolução irregular da sociedade (*i.e.*, em 2009) e;
3. Redirecionamento da execução (na ação de cobrança do PIS/COFINS) do contribuinte (a pessoa jurídica) para o responsável, o sócio-gerente (em 2013), quando ficou caracterizado que a pessoa jurídica não tinha condições de solver o devido. (BECHO, 2012, p. 128).

O exemplo supracitado consubstancia-se com o redirecionamento do contribuinte para o responsável, realizadas correntemente nas execuções fiscais e coaduna-se com a jurisprudência ora exposta. No entanto, alerta-se:

Essa interpretação/aplicação parece desconsiderar uma parte importante do que está no art. 135 do CTN: '[...] responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados [...]'. O fato que resultou do PIS/COFINS do exemplo foi a geração de faturamento. O que lemos no indigitado dispositivo legal nos parece ser que, permanecendo no mesmo exemplo, **se o faturamento obtido resultou de atos contrários à lei, ao contrato social ou ao estatuto, o terceiro responderá pessoalmente por eles.** (BECHO, 2012, p. 128.) (grifo meu)

Nessa mesma linha de raciocínio, Leandro Paulsen é enfático ao afirmar que a dissolução irregular da sociedade não gera, previamente, o tributo exigido e, portanto, não enseja a aplicação do art. 135 do Código Tributário Nacional:

A hipótese de dissolução irregular, a rigor, não se enquadra na previsão constante do art. 135 do CTN. **Isso porque não é fato gerador de tributo algum; da dissolução, propriamente, não decorre obrigação tributária nova.** A dissolução irregular é, via de regra, posterior aos fatos geradores que implicaram o surgimento

dos créditos exigidos na execução fiscal. (PAULSEN, Leandro, 2007, p. 918). (grifo meu)

Diante disso, torna-se intrigante o fato das decisões do STJ não seguirem a legislação vigente, de forma que são pressupostos do Tribunal da Cidadania que, nas execuções fiscais, em não sendo localizado o contribuinte, os sócios da pessoa jurídica serão chamados a responder pela dívida tributária. Em sequência, eles responderão com seu patrimônio pessoal.

Indaga-se: A não tipificação da dissolução irregular no art. 135 do CTN não faria com que o STJ, ao aplicar a Súmula nº 435, agisse contrário à lei, violando o princípio da legalidade e da segurança jurídica? Ademais, a Súmula nº 435 do STJ não desvia o comando constitucional ao estabelecer novos casos de responsabilidade tributária? Em brilhante exposição, Renato Becho tenta elucidar e buscar uma possível solução para essa situação:

Nossa dificuldade de tipificar a dissolução irregular no art.135 do CTN advém da impossibilidade de aplicação do núcleo do dispositivo ao caso em comento. Em outras palavras, a dissolução (regular ou irregular) de empresa não gera tributo. Não há como se aplicar a parte do texto legal que se refere à “obrigação tributária decorrente de” para essa hipótese. Por isso, não há como se aplicar a dissolução irregular ao contido nem no art. 134 nem no art. 135 do Código. (BECHO, 2014, p. 116).

Sugere o autor que:

Não localizada a empresa, deve a Administração Tributária buscar conhecer o ocorrido, que poderia ser o fechamento irregular da sociedade, prática de atos dolosos por seus administradores tipificados em lei como crime etc. para essas apurações, o legislador ofereceu às Fazendas Públicas o art. 40da Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/90), e a capitulação das condutas poderá se dar, no CTN, no art. 137. E, nesse caso, haverá inversão do ônus da prova, cabendo ao Estado comprovar os eventos que levarão à responsabilidade do administrador, segundo melhor doutrina processualista. (BECHO, 2014, p. 116).

Infere-se, portanto, que a Administração Tributária deve procurar compreender quais os motivos que provocaram o fechamento irregular da sociedade empresária, de modo que não haja arbitrária e automaticamente a responsabilização do sócio-gerente. Os requisitos que ensejam a dissolução irregular da pessoa jurídica são primordiais para a

comprovação da participação do sócio nesse ilícito, bem como sua consequente responsabilidade. Sendo assim, existem mecanismos legais que podem sustentar esse procedimento a ser adotado pelo Fisco, como fora aclarado na citação supra.

3.1 Reflexos do RE 562.276-PR e do RE 608.426-PR na responsabilidade tributária

Dois julgamentos do STF perpassam pela questão da responsabilidade tributária, de maneira que tocam nos pontos mais divergentes e tormentosos das discussões doutrinárias. O tratamento por Lei Complementar, bem como a peculiaridade que a responsabilidade tributária possui faz com que o assunto deva ser tratado com cautela, vez que a aplicação desarrazoada provoca inúmeros prejuízos à sociedade.

Desse modo, o STF, por meio do controle difuso de constitucionalidade, julgou dois processos que traziam um dos pontos mais delicados da responsabilidade tributária, qual seja o redirecionamento da execução fiscal quando o contribuinte não tem condições de satisfazer o credor. Será nesse ponto que se discutirá os reflexos de ambos os julgamentos: RE 562.276-PR³⁰¹ e 608.426-PR³⁰².

Inicialmente, frisam-se questionamentos que vêm à tona quando se discute o redirecionamento da execução fiscal. E nessa senda, questiona-se:

- 1) Quem pode ser responsabilizado quando contribuinte não paga a dívida fiscal?
- 2) Qual o fundamento legal para essa responsabilização?
- 3) Quais os pressupostos legais para o redirecionamento da execução fiscal do contribuinte para o responsável? (BECHO, 2014, p. 182).

No julgamento do RE 562.276-PR, ficou decidido pela inconstitucionalidade parcial do art. 13 da Lei n. 8.620/1993 que disciplinava:

Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e

³⁰¹ Recurso Extraordinário n. 562276/PR. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2023.

³⁰² Recurso Extraordinário n. 608426/PR. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2023.

subsidiariamente, com seus bens pessoais, quando ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa.

O STF considerou três pontos pertinentes ao declarar essa inconstitucionalidade. O primeiro refere-se à Carta Magna, no tocante à violação das normas gerais em matéria de legislação tributária, que deveria vir disciplinada por meio de Lei Complementar. O segundo ponto diz respeito à outra violação, a do art. 128 do CTN, que limita a responsabilidade tributária à existência de vínculo entre o responsável tributário e o fato gerador.

O último ponto diz respeito à concorrência entre o art. 13 da referida Lei com o art. 135 do CTN. O Supremo Tribunal Federal assegurou que o art. 13 da Lei 8.620/1993 concorria com o art. 135 do CTN, de modo que havia uma inadequação entre a lei ordinária e a lei complementar. Isto é, o art. 135 do CTN ao traçar a responsabilidade pessoal tributária afasta a possibilidade de lei ordinária tratar diferente o referido tema. É o que se retira do julgado 562.276-PR:

2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128. 3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”, **não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma.** A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – **pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente.**³⁰³ (grifo meu)

303 Recurso Extraordinário n. 562276/PR. Disponível em: <[https:// www.stf.jus.br](https://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 out. 2023.

Em outras palavras, há que se obedecer às regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135 do CTN. Veja-se. A Súmula nº 435 do STJ não possui embasamento legal no mencionado artigo, de modo que há uma criação de fato gerador – a dissolução irregular – de tributo, gerando obrigação tributária nova.

Após esse julgamento,

Não deve pairar mais nenhuma dúvida de que toda a composição da sujeição passiva tributária envolve, ainda que indiretamente, a Carta da República. Nos contornos do Sistema Constitucional Tributário estão diversas limitações para o legislador, que não é livre para escolher o sujeito passivo tributário, em nenhuma de suas modalidades (contribuintes, substitutos e responsáveis). Caberá ao legislador estrito respeito e cumprimento do Texto Constitucional, sob pena de ver seu labor invalidado no Supremo Tribunal Federal. (BECHO, 2014, p. 184).

O outro julgamento, o RE 605.426-PR, a se analisar, faz referência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que formam a base do devido processo legal, devendo ser aplicados no procedimento administrativo de responsabilização tributária – a constituição do crédito fiscal. Em decisão significativa, o STF assegurou a importância em se obedecer a um procedimento administrativo de responsabilização tributária, fazendo jus ao devido processo legal, bem como à segurança jurídica. Nesse sentido,

No caso do art. 135 do CTN, sua aplicação, nos termos fixados pelo legislador, exige a realização, pelo apontado como responsável (terceiro) de um negócio jurídico lícito, em nome do contribuinte, mas contra seus interesses (agindo com excesso de poderes ou infração à lei – que rege a conduta do responsável –, contrato social ou estatuto), que faça nascer uma obrigação tributária. Sendo assim, acreditamos que deva o próprio contribuinte informar à Administração Tributária que um negócio jurídico lícito, em seu nome, feriu a legislação que rege a conduta das pessoas relacionadas no art. 135 do CTN. Após, será aberto um procedimento administrativo típico, nos termos da legislação de regência. No seu término deverá ser constituído (ou revisto) o crédito tributário, em nome do responsável tributário (responsabilidade pessoal), se os fatos alegados ficarem provados, ou do contribuinte, acaso se julgue pela inaplicabilidade do art. 135 do CTN. (BECHO, 2014, p. 204)

Nos mesmos moldes, caso comprove, quando da aplicação da Súmula nº 435 do STJ, no andamento da execução fiscal, que houve a dissolução irregular da sociedade empresária, o procurador deve provocar o procedimento administrativo, enquanto a execução fiscal segue suspensa (art. 40 da LEF), nos termos como ocorre com o art. 134 do CTN. Portanto, identificada na execução fiscal a impossibilidade de satisfação da dívida (critério espacial definido), a aplicação dos art. 134, 135 do CTN ou da Súmula nº 435 do STJ vincula-se à definição do critério material de responsabilização, que deverá ser definido em procedimento administrativo específico.

De outro modo esse procedimento será invalidado e, por conseguinte, não será possível se redirecionar a execução fiscal do contribuinte (pessoa jurídica) para o terceiro (responsável).

Não é diferente o posicionamento do professor Sacha Calmon, que a respeito do tema afirma:

Dá-se que a infração a que se refere o art. 135 evidentemente não é objetiva, e sim subjetiva, ou seja, dolosa. Para os casos de descumprimento obrigações fiscais por mera culpa, nos atos em que intervierem e pelas omissões de que forem responsáveis, basta o art. 134, anterior, atribuindo aos terceiros o dever tributário por fato gerador alheio. No art. 135 o dolo é elementar. Nem se olvide que a responsabilidade aqui é pessoal (não há solidariedade); o dolo, a má-fé hão de ser cumpridamente provados. (CALMON, 2004, p. 747).

Da mesma forma que o STJ vem considerando que tais ilícitos, passíveis de serem praticados pelos sócios com poderes de gestão, não se confundem com o simples inadimplemento de tributos por força do risco do negócio, tal interpretação deve ser estendida na situação da sociedade empresária fechar as portas sem comunicação aos órgãos competentes, de modo que o ato de encerrar as atividades empresariais sem dar quitação dos tributos não pode se confundir com ilícitos praticados pelo sócio-gerente com intuito de lesar credores, utilizando-se da pessoa jurídica como escudo para esconder tais atos fraudulentos.

Os créditos tributários decorrentes dos atos ilícitos praticados pelo sócio-gerente serão de responsabilidade do mesmo. Desse modo, caso a pessoa jurídica ou o gerente, no exercício regular da gestão, tenha contraído débitos, a responsabilização recairá sobre a pessoa jurídica, que é intitulada como contribuinte. O não inadimplemento por força chamado "risco do negócio" não enseja o redirecionamento da execução fiscal do contribuinte (pessoa jurídica) para o responsável (o sócio-gerente), por dívidas não adimplidas no passado.

Ademais, como já mencionado, o art. 135 do CTN atribui como pressuposto de fato ou hipótese de incidência da norma de responsabilidade a prática de atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Não se satisfaz, portanto, com o mero surgimento da obrigação tributária para a sociedade empresária em face da ocorrência do fato gerador do tributo. Isso quer dizer que o art. 135, III, do CTN ao estabelecer que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado responderão pessoalmente, necessário será a apuração quanto a esses atos, obviamente numa acepção subjetiva, aferindo o dolo dos referidos sujeitos, na prática do ato.

Outra abordagem trazida por Marco Aurélio Greco, no julgado 562.276-PR é que:

Quando o art. 13 da Lei nº 8.620/93 pretende transformar o exercício da livre iniciativa em algo arriscado para todos (sócio, empregados, fornecedores, bancos etc.), mas isento de risco para a seguridade social (apesar do valor que ela incorpora), está sobrepondo o interesse arrecadatório à própria liberdade de iniciativa. Ademais está criando um preceito irreal, pois vivemos numa sociedade de risco assim entendia nos termos da lição de Ulrick Beck.³⁰⁴

Dessa forma, a sanha arrecadatória do Fisco não pode se sobrepor aos princípios constitucionais, de forma a inviabilizar – dificultar – a atividade empresária. Acrescenta-se que a tributação não serve de instrumento de desestímulo, mas sim de estímulo. Ocorre, por óbvio, que em caso de conduta dolosa a fim de atingir a arrecadação do ente político, mediante artifício ardid do sócio-gerente, existirá a responsabilidade do mesmo, no entanto basta que o Fisco atenda ao seu *onus probandi*, por meio do procedimento administrativo específico, apresentando as provas cabais para tal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como fora exposto, a mera dissolução irregular não enseja nem a aplicabilidade do art. 135 do CTN nem do art. 50 do CC/02. Serão considerados, então, os atos que possivelmente levaram a esse encerramento irregular. Frisa-se que é a partir desse entendimento que serão traçadas as linhas de desfecho. Com efeito, há que se estabelecer um liame entre os requisitos a serem comprovados no tocante à responsabilização do sócio- ao invés da pessoa jurídica- (art. 135 do CTN), e os pressupostos de aplicabilidade na desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC/02), nos termos do art. 133 e seguintes do CPC.

³⁰⁴Recurso Extraordinário n. 562276/PR. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 out. 2023.

Em outros termos, no momento em que se verificar o encerramento irregular da sociedade empresária, será requerido o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e, no deslinde dessa demanda, comprovar-se-á a verdadeira responsabilidade do sócio, nos termos do art. 135 do CTN ou do art. 50 do CC/02, de modo que a partir do início desse incidente, seja garantida a ampla defesa e o contraditório ao sócio e, ao final, chegue à comprovação efetiva da participação omissiva ou comissiva do sócio, com obediência ao devido processo legal.

Dessa forma, verifica-se que não haverá o pronto redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente, aludido pela Súmula nº 435 do STJ, uma vez que será necessário perquirir-se os requisitos que ensejam a responsabilização da pessoa física, em vez da pessoa jurídica. Ou seja, antes de se presumir a dissolução irregular da sociedade empresária, será imprescindível que se averigüe as razões que levaram essa sociedade a dissolver-se irregularmente, de modo a apurar se houve a legítima participação do sócio em atos ilícitos que acarretariam sua responsabilização.

É nesse viés, portanto, que resta esvaziada a aplicabilidade da Súmula nº 435 do STJ diante do novo CPC. Não se poderá mais considerar que, uma execução fiscal ajuizada contra uma sociedade empresária dissolvida irregularmente (pelo não funcionamento em seu domicílio fiscal sem comunicação aos órgãos competentes) seja legitimamente redirecionada ao sócio-gerente, sem antes aferir a responsabilidade pessoal desse sócio nos limites da sua conduta dolosa e dos requisitos que ensejam tal responsabilização.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, vol. 20, n.58, 1993.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECHO, Renato Lopes. **Responsabilidade Tributária de Terceiros – O Art. 135 do CTN**. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 197, 2012, p. 127-137.

_____. **Responsabilidade Tributária de Terceiros: CTN, arts. 134 e 135**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 35ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Tributário**. In: Eduardo de Carvalho Borges (coord.), Impacto Tributário do Novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

PAULSEN, Leandro. **Contribuições: custeio da seguridade social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **Curso de Direito Tributário: completo. 4ª. Ed. rev., atual. e ampliada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz doutrina e da jurisprudência**. 13ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine)**. Revista dos Tribunais n. 410, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 12-24, 1969.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito comercial**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SITES OU MEIOS ELETRÔNICOS

BRASIL. **Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional**. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/511517>>. Acesso em: 01 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp: 1118476 PR 2009/0009818-1. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 25/11/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2014. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRG no REsp nº 47.862/SP. Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 19/06/2000. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp: 473883 PE 2014/0028352-3, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 20/05/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2014. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embargos de declaração no Recurso Especial nº 1246520/BA. Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 17/11/2011. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 203.878/RJ. Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, DJ 21/06/1999. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>> Acesso em: 10 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 436.012/PR. Rel. Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 17.06.2004. Publicado no DJ 27.09.2004. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>> Acesso em: 10 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 787.457/PR. Rel. Ministra Eliana Calmon. 2ª T.. Data da decisão: 14.08.2007. Publicado no DJ 23.08.2007. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 out. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 608.426-PR. Rel. Ministra JOAQUIM BARBOSA. Data da decisão: 04/10/11. DJe: 24/10/11. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 out. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 562.276-PR. Rel. Ministra ELLEN GRACIE. Data da decisão: 03/11/10. DJe: 10/02/2011. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 out. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 85.241/SP. Ministro LEITÃO DE ABREU. Data da decisão: 22/11/1977. DJ: 24/02/1978. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 out. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 97.612/RJ. Ministro SOARES MUNOZ. Data da decisão: 21/09/82. DJ: 08/10/82. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 98996/RJ. Ministro LEITÃO DE ABREU. Data da decisão: 08/02/1983. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp: 327462 MG 2001/0066538-6. Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 04/10/2001. T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 18.02.2002 p. 262. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15166 BA 2002/0094265-7. Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 07/08/2003. T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 08.09.2003. Disponível em : <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2023.

LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E A ALOPOIESE NO DIREITO: POR UMA APROXIMAÇÃO DE CONCEITOS A PARTIR DE MARCELO NEVES

THAÍS DE SOUZA LIMA OLIVEIRA:

mestre em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Advogada³⁰⁵

Resumo: Embora o fenômeno da legislação simbólica seja corrente no Brasil, uma vez que há textos sem qualquer significado jurídico-prescritivo, poucos são os estudos relacionados ao tema, mormente levando em conta a ingerência de outros subsistemas sociais, como a economia e amizade, no sistema jurídico (alopoiese). O presente trabalho, a partir da obra Constitucionalização Simbólica de Marcelo Neves e da Teoria dos Sistemas proposta por Niklas Luhmann, busca estudar a relação entre legislação simbólica e alopoiese do direito. Num primeiro momento, preocupa-se com a fixação do conceito de legislação simbólica, suas tipologias e efeitos. No segundo, é traçada a diferenciação entre autopoiese e alopoiese do direito. No terceiro, o trabalho almeja relacionar o conceito de legislação simbólica com o de alopoiese em direito, apoiando-se no exemplo do já revogado crime de adultério. Por derradeiro, conclui que a legislação simbólica implica na **alopoiese no direito**.

Palavras-chave: Legislação simbólica. Alopoiese. Adultério

SUMÁRIO: 1- Introdução: se e em que medida legislação simbólica implica alopoiese do direito. 2. Por um conceito de legislação simbólica como hipertrofia da função político-ideológica em detrimento da normativo-jurídica somada às ausências de eficácia sociológica e vigência social. 2.1 O adultério como exemplo de legislação simbólica. 3. Autopoiese e alopoiese do direito à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 4. Por uma relação da legislação simbólica com a alopoiese do direito: o crime de adultério como exemplo. 5. Conclusão: as teses do artigo. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO: SE E EM QUE MEDIDA A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA IMPLICA A ALOPOIESE DO DIREITO.

305 Email: thais.sloliveira@gmail.com.

É deveras comum, na sociedade brasileira, a edição de textos legais que se prestam primariamente a atender finalidades políticas e que, assim, relegam a um segundo plano a função normativo-jurídica. São as chamadas legislações simbólicas.

As legislações simbólicas, ao se prestarem a uma função política-ideológica, trazem a lume a discussão da autonomia operacional do direito na concepção da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, ou seja, da dicotomia entre a autopoiese, que é autoreprodução de um sistema por meio de seu código-diferença e a alopoiese, que é perda dessa capacidade.

Os conceitos de legislação simbólica, autopoiese e alopoiese, muito embora pareçam, à primeira vista, de grande utilidade para o estudo do direito brasileiro, não têm encontrado grande difusão no discurso do jurista dogmático. Inclusive, não é suficientemente clara a relação entre legislação simbólica, termo difundido, sobretudo, por Marcelo Neves, com o conceito de alopoiese, tampouco a natureza desta relação eventualmente existente.

Então o problema debatido é, mediatamente, acerca de uma relação. Ensina a lógica que a relação nada mais é do que um predicado poliádico, cujos termos podem ou não se implicar reciprocamente. Segundo Ulrich Klug, se X implica reciprocamente Y, tal proposição complexa é falsa se X é verdadeira, e Y, falsa, ou se X é proposição falsa, enquanto Y uma verdadeira; ou seja: é condição da verdade de tal proposição que tanto X quanto Y sejam verdadeiros.³⁰⁶ Este trabalho preocupa-se, primeiramente, com a possibilidade de relacionar a legislação simbólica com a alopoiese; num segundo momento, importa-se com a natureza da implicação: é recíproca ou não, isto é, onde há legislação simbólica, há alopoiese, e vice-versa, ou tal proposição é equivocada.

Para atender a esta proposta, o trabalho explicita os conceitos para tentar relacioná-los ao final.

No primeiro, interessa a delimitação do fenômeno da legislação simbólica à luz da obra *Constitucionalização Simbólica* de Marcelo Neves, a fim de fixar seu conceito, tipos e efeitos. Neste item, a legislação simbólica é aproximada da Teoria Comunicacional de Jürgen Habermas, cujo desenvolvimento acerca da sinceridade no agir instrumental parece útil para compreender o caráter simbólico das legislações.

Num segundo momento, expõem-se o conceito de autopoiese e o de alopoiese, tendo por referencial teórico a Teoria dos Sistemas proposta por Niklas Luhmann.

³⁰⁶ KLUG, Ulrich. **Lógica jurídica**. Bogotá: Temis, 1990, p. 36.

Por fim, busca avaliar a possibilidade de relacionar o conceito de legislação simbólica com o de alopoiese do direito, bem como determinar a natureza de eventual implicação entre os termos. Em outras palavras, almeja-se responder à seguinte problemática: se em que medida a função simbólica da legislação relaciona-se com a alopoiese do direito. O crime adúltero, revogado do Código Penal pela Lei 11.106/2005, é neste momento utilizado para exemplificar a relação entre os conceitos propostos (legislação simbólica e alopoiese no direito). Para tanto, realiza-se uma pesquisa empírica nas jurisprudências dos tribunais de justiça estaduais, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal disponibilizadas em meio eletrônico pelo “Juris Síntese On Line”, *software* não gratuito muito utilizado para pesquisas de repertórios de decisões de todos os tribunais, superiores ou não, do Brasil, tendo como marco temporal o período de 31/12/1940 a 29/03/2005 assim escolhido por representarem, respectivamente, a data da publicação e da revogação do citado dispositivo legal.

2. POR UM CONCEITO DE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA COMO HIPERTROFIA DA FUNÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA EM DETRIMENTO DA NORMATIVO-JURÍDICA SOMADA ÀS AUSÊNCIAS DE EFICÁCIA SOCIOLÓGICA E VIGÊNCIA SOCIAL

O presente tópico tem como objetivo fixar o sentido da expressão legislação simbólica. Para tanto, inicialmente passa a discorrer sobre a ambiguidade dos termos símbolo, simbólico e simbolismo. Depois, fixa que a legislação simbólica é a discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica dos textos legais, traçando seus elementos caracterizadores.

Antes de adentrar ao conceito de legislação simbólica, faz-se mister delimitar o sentido e o alcance do termo “simbólico” para não incorrer no que Copi³⁰⁷ designou como “falácias da ambiguidade”, ou seja, a utilização de um mesmo termo com significados diferentes.

“Símbolo” e suas derivações “simbólico” e “simbolismo” são palavras ambíguas e vagas. Tal é a dificuldade de se fixar o conceito de “símbolo, simbólico e simbolismo”, que Umberto Eco, contando a história do dicionário filosófico de Lalande, afirma que este, depois de muito pesquisar sobre os mesmos, obtendo a ajuda de inúmeros peritos no assunto, concluiu que “símbolos são muitas coisas e nenhuma. Em síntese, não se sabe o que é”.³⁰⁸

307 COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. 3. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1981, *passim*.

308 ECO, Umberto. **Semiótica e Filosofia da Linguagem**. Trad. Milton Mariarosaria Fabris e José Luis Fiorin. São Paulo: Ática, 1991, p.196.

Nos diversos campos do sistema social podem-se encontrar diferentes significados conferidos aos termos “símbolo”, “simbólico” e “simbolismo”. Por exemplo, na posição semiótica de Pierce³⁰⁹, o símbolo, juntamente com o ícone e o índice, são signos; trata-se de um signo convencional e arbitrário³¹⁰. Num outro sentido, “símbolo” é utilizado como sentido indireto, “figurado”. Afirmo Umberto Eco que “existe uma atividade de atualização da manifestação linear que é sempre cooperação para fazer o texto dizer o que na superfície não diz, mas de algum modo pretende fazer saber ao próprio destinatário.”³¹¹ “Simbólico”, para Eco, é tudo aquilo que permite a interpretação e a realização de um sentido indireto.

No contexto da expressão “legislação simbólica”, o termo “simbólico” é utilizado para indicar o predomínio da função político-valorativa sobre a função jurídico-instrumental, o que significa que o texto legal produzido na atividade legiferante pertence à realidade normativo-jurídica, mas se presta primariamente à finalidade política. O objetivo do texto, na legislação simbólica, inicialmente não é regular condutas humanas ou assegurar expectativas, mas antes atender a um verdadeiro jogo político.³¹² O significante “legislação simbólica” conota, pois, a hipertrofização da função política-simbólica em detrimento da concretização normativa do texto legal.³¹³ O sentido latente se sotopõe ao sentido manifesto. Tem-se texto sem normatividade; textualidade, apenas.

Para facilitar a identificação de um texto legal como simbólico, Marcelo Neves, adotando a classificação proposta pelo alemão Harold Kindermann³¹⁴, afirma que uma legislação simbólica pode ter três objetivos: a) confirmar valores sociais; b) adiar a solução de conflitos sociais através de conflitos dilatatórios; c) demonstrar a capacidade de ação do Estado. Tendo que esta tripartição consubstancia os objetivos da legislação simbólica, sendo, portanto, um importante norte para denotá-la, o presente trabalho expõe-na.

O primeiro objetivo da legislação simbólica destina-se à confirmação dos valores de um grupo em detrimento de outro. A produção do texto passa antes a ser vista como uma

309 PIERCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Trad. José Teixeira Coelho. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 52.

310 PIERCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Trad. José Teixeira Coelho. São Paulo: Perspectiva, 2005, p.73.

311 ECO, Umberto. **Semiótica e Filosofia da Linguagem**. Trad. Milton Maríarosaria Fabris e José Luis Fiorin. São Paulo: Ática, 1991, p. 208

312 “A referência deontico-jurídica de ação e texto à realidade jurídica torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa” (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.31).

313 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.23

314 KINDERMANN, 1989 *apud* NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.33.

forma de reconhecimento da predominância de determinados valores, uma verdadeira vitória legislativa, relegando-se ao segundo plano a eficácia normativa da lei.

O segundo objetivo é dilatar compromissos. Conflitos entre grupos políticos são falsamente solucionados através de ato legislativo aprovado consensualmente pelas partes, o qual, porém, é impossível de ser concretizado naquela realidade jurídica. A transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado é o escopo do diploma normativo, como sói acontecer em tratados de proteção ambiental. Marcelo Neves³¹⁵, citando as investigações de Aubert, afirma que a lei norueguesa sobre empregados domésticos de 1948 serviu como fórmula de compromisso dilatatório, pois, implementada supostamente para melhorar as condições de trabalho dos empregados, a lei continha cláusulas que discretamente impediam a sanção dos empregadores nas hipóteses de violação, as quais atuavam, assim, como mecanismo para garantir a ineficácia da lei.

O terceiro e último objetivo da legislação simbólica é fortificar a confiança dos cidadãos no governo. É a chamada legislação-álibi, expressão máxima da legislação simbólica. Sob a pressão do público, o legislador, muitas vezes, elabora diplomas normativos para atender às expectativas dos cidadãos sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. O Estado, assim, descarrega-se da pressão política e firma-se como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos³¹⁶. Trata-se de uma forma de manipulação que imuniza o sistema político contra alternativas. Ademais, a legislação-álibi apresenta-se também naquelas hipóteses em que é necessária uma reação solucionadora imediata ante uma insatisfação popular com determinados acontecimentos. A legislação apresenta-se como um álibi do legislador perante a população que exigia uma reação imediata do Estado. Conclui-se, assim, que a legislação-álibi tem um duplo sentido: a) afastar as pressões políticas do Estado quanto os cidadãos exigem uma solução imediata para o problema; b) expor o Estado, ao legislar, como uma figura merecedora de confiança e que atende aos anseios sociais.

A legislação simbólica, à medida que envolve elemento psíquico (divisão tricotômica de Harold Kindermann, exposta no item anterior), pode ser relacionada com o conceito de sinceridade dentro do agir instrumental da Teoria Comunicacional de Jürgen Habermas.

³¹⁵NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.41.

³¹⁶NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.39.

Conforme se afirmou, a legislação simbólica possui três desideratos³¹⁷ os quais, por sua vez, não correspondem ao conteúdo normativo, daí falar-se que há um descompasso entre este e a vontade do legislador em editar o texto legal. A teoria comunicacional de Habermas aqui se encaixa a partir da distinção entre agir comunicativo e agir estratégico.

Para Habermas, no agir estratégico as ações são orientadas para a consecução de determinados fins, para o sucesso. Nessa busca pelo êxito diante do adversário, as pretensões de verdade e de veracidade levantadas do ato de fala ficam então suspensas. Os agentes não expõem claramente seus objetivos; os ouvintes tiram suas conclusões a partir do que o falante dá a entender indiretamente.³¹⁸ Nesse contexto, as intenções dos agentes políticos são “ilocucionalmente insinceras”³¹⁹:

Aqui a comunicação linguística é subordinada aos imperativos do agir racional orientado a fins. Interações estratégicas são determinadas pelas decisões de atores orientados ao sucesso, que se observam mutuamente. Eles se encontram sob condições de uma dupla contingência, como antagonistas que, no interesse dos planos de ação de cada um, exercem influencia sobre o outro (normalmente sobre atitudes proposicionais de outro).³²⁰

Diversamente, assim, do agir comunicativo, em que os agentes coordenam seus planos mediante o entendimento mútuo linguístico³²¹, renunciando qualquer intenção enganadora, o agir comunicativo pressupõe a sinceridade dos participantes:

[No agir comunicativo os agentes] só podem coordenar seus planos de maneira de um aceite a seriedade das intenções ou das solicitações do outro (como também a verdade das opiniões aí implicadas). Estão

317 a) confirmação valores sociais; b) adiamento para a solução de conflitos sociais através de conflitos dilatatórios; c) demonstração da capacidade de ação do Estado, os quais não se coadunam com o conteúdo normativo.

318 “Também as pretensões de verdade e veracidade levantadas com atos de fala não-reguladores já não almejam diretamente a motivação racional do ouvinte, mas pretendem que o destinatário tire suas conclusões a partir do que o falante lhe dá a entender diretamente”. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 124.

319 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 119.

320 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 123.

321 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 118

em jogo duas pretensões de validade: a sinceridade do projeto ou da decisão e a verdade da opinião expressa. 322

A legislação simbólica, conforme a teoria da ação comunicativa de Habermas, importa em um agir estratégico, na medida em que a atividade legiferante não tem correspondência com as intenções dos agentes políticos. Sob uma roupagem normativo-jurídica, textos são produzidos ao serviço do meio sistêmico do poder. O sentido manifesto da atividade legiferante e o da linguagem legal (normativo-jurídico) encobrem o seu sentido oculto (político-ideológico).³²³

O discurso dos agentes políticos é ilocucionalmente insincero; não se visa à regulação de condutas e a asseguuração de expectativas humanas, presta-se, primariamente, para a confirmação de valores sociais, como fórmula de compromisso dilatatório ou como meio para reforçar a figura estatal como digna de confiança e preocupada com os anseios sociais. Não se trata, nos ensinamentos de Marcelo Neves³²⁴, de um "agir abertamente estratégico", mas de um "agir ocultamente estratégico", eis que o público é iludido e mesmo manipulado inconscientemente.

A configuração da legislação simbólica não se resume, todavia, à existência de um ou mais dos três objetivos de que fala Harald Kindermann. Isso porque a legislação simbólica não é somente um fenômeno psíquico. Assim sendo, a análise das intenções do legislador constitui um modelo simplista para a para a adjetivação de uma legislação como simbólica. Do fato de uma legislação, nesse sentido, ter como um daqueles propósitos não segue que a mesma se classifique como legislação simbólica. Afinal, para além de um fenômeno psíquico, a legislação simbólica é condicionada estruturalmente, falando-se, assim, em interesses sociais que a possibilitam ³²⁵.

Essas condições estruturais são a falta de eficácia sociológica e a ausência de vigência social.

O termo eficácia é tradicionalmente utilizado em dois sentidos: um técnico-jurídico, o qual se relaciona com a possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou seja, se a norma preencheu as condições intrassistêmicas para produzir os seus efeitos jurídicos específicos; e outro sociológico, sentido este que se refere ao fato de uma norma ter sido observada,

322 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 118-119.

323 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.119

324 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.119

325 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.31.

aplicada. Este último sentido é o utilizado por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito.³²⁶ No espectro da legislação simbólica interessa o sentido sociológico de eficácia.

Por sua vez, a vigência social deve ser analisada a partir do conceito de expectativas normativas.³²⁷

Segundo Luhmann, o sistema social tem por base a incerteza, uma vez que o mundo apresenta ao indivíduo sempre mais possibilidades do que a capacidade sensitiva humana é capaz de apreender.³²⁸ As possibilidades são maiores do que a capacidade para realizá-las (complexidade) e podem ser diferentes das esperadas (contingência). Para controlar estas incertezas, reduzindo-se a complexidade e o risco da contingência, buscam-se estabelecer “padrões comportamentais que permitam aos integrantes de uma coletividade idealizar as expectativas do todo constituído como generalizadas”.³²⁹ As expectativas comportamentais devem ser recíprocas, cada partícipe deve enxergar o que é necessário para a redução da complexidade e assumir o comportamento do outro através desse mesmo valor.³³⁰ É a chamada dupla contingência, na forma como expõe Luhmann:

[...] o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas de tais expectativas.³³¹

As expectativas, segundo Luhmann, podem ser cognitivas ou normativas, cuja diferença específica é o caráter contrafático, isto é o não atendimento a uma expectativa cognitiva tem como consequências a extinção da própria expectativa e a criação de uma nova. Se, por exemplo, a expectativa de que “ao aquecer o metal ele dilatar-se-á” é frustrada, passa-se a ter outra expectativa, qual seja: “ao aquecer o metal ele não se dilatará”. Do outro lado, o rompimento da expectativa normativa de que “não se deve matar alguém” não tem o condão de revogar a expectativa, exatamente pelo fato de ser contrafática. A ausência de vigência social nada mais é do que a extinção de uma

326 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 08.

327 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.52

328 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, *passim*.

329 TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.40.

330 ARNAUD, André-Jean; Lopes JR. Dalmir. (Orgs). Niklas **Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p.10-11.

331 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 109.

expectativa normativa diante do seu desapontamento, ou seja, o fenômeno de uma expectativa contrafática ser faticamente revogada.

Diante de tudo que se expôs neste primeiro capítulo, é de se concluir que: a) a expressão “legislação simbólica” indica o predomínio, ou a hipertrofia, da função político-valorativa sobre a função jurídico-instrumental; b) o conteúdo da legislação simbólica pode ser para confirmar valores sociais, para adiar a solução de conflitos sociais através de conflitos dilatatórios, para demonstrar a capacidade de ação do Estado; c) a configuração de uma legislação como simbólica decorre, além de sua finalidade, da ausência de eficácia (no sentido sociológico) e de vigência social.

2.1 – O adultério como exemplo de legislação simbólica

Por agora, este artigo pretende analisar se o adultério pode ser enquadrado como exemplo de legislação simbólica. Para tanto, faz uma pesquisa histórica (tendo por suporte documental a exposição de motivos do Código Penal), bibliográfica (a partir da leitura sobre “Direito Penal Simbólico”, estatística, livros sobre a história e contexto do crime de adultério, como a Bíblia) e jurisprudencial (realizada através de acesso ao *software* Juris Síntese”, tendo por critério espacial: os Tribunais de Justiça estaduais e o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça; e por critério temporal: o tempo de vigência da lei, isto é, 31/12/1940 a 29/05/2005, e por filtro de busca e termo “adultério”).

O crime de adultério se encontrava previsto no artigo 240 do Código Penal até sua revogação no ano de 2005 pela Lei 11.106/2005. O tipo penal previa que aquele que cometesse adultério deveria sujeitar-se a uma pena de detenção de quinze dias a seis meses.³³²

A exposição de motivos do Código Penal elenca explicitamente duas razões para a criminalização do adultério: a) a necessidade de organização ético-jurídica da vida familiar e b) o exclusivismo da recíproca sexual dos cônjuges:

O projeto mantém a incriminação do adultério, que passa, porém, a figurar entre os crimes contra a família, na subclasse dos crimes

332 Art. 240 - Cometer adultério: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses. § 1º - Incorre na mesma pena o co-réu. § 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato. § 3º - A ação penal não pode ser intentada: I - pelo cônjuge desquitado; II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente. § 4º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges; II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no Art. 317, do Código Civil. (BRASIL, Decreto-lei nº 2848 de 07 de dezembro 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em 23.06.2013).

contra o casamento. Não há razão convincente para que se deixe tal fato à margem da lei penal. É incontestável que o adultério ofende um indeclinável interesse de ordem social, qual seja o que diz com a organização ético-jurídica da vida familiar. O exclusivismo da recíproca posse sexual dos cônjuges é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar. Se deixasse impune o adultério, o projeto teria mesmo contrariado o preceito constitucional que coloca a família "sob a proteção especial do Estado". Uma notável inovação contém o projeto: para que se configure o adultério do marido, não é necessário que este tenha e mantenha concubina, bastando, tal como no adultério da mulher, a simples infidelidade conjugal.³³³

Através de uma pesquisa bibliográfica sobre o assunto, pôde-se perceber que o crime de adultério é uma exteriorização da moral cristã fruto do poder eclesiástico que tanto influenciou os sistemas políticos e jurídicos brasileiros. Explica-se. A primeira Constituição Brasileira de 1824 consagrava no artigo 5º o catolicismo como a religião oficial do império.³³⁴ Tamanha era a interferência religiosa, que os padres representavam mais de 20% (vinte por cento) dos parlamentares nas legislaturas compreendidas entres os anos de 1826 a 1841: na legislatura de 1826, 22,5% (vinte e dois virgula cinco por cento) das cadeiras eram ocupadas por clérigos; em 1830 a 1833, 22% (vinte e dois por cento); em 1834 a 1837, 24% (vinte e quatro por cento); e 16% (dezesesseis por cento) em 1838 a 1841.³³⁵

Nesse sentido, o norte acerca da regulação e valoração da conduta de adulterar era diretamente determinado pelo poder eclesiástico. Em diversos trechos da bíblia seja no Velho ou no Novo Testamento, o adultério é repudiado. Nos dez mandamentos, o sétimo deixa explícito o seguinte preceito: "não cobiçarás a mulher do próximo". No livro de

333 BRASIL. Decreto-lei nº 2848 de 07 de dezembro 1940. Disponível em: <<http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em 23/06/2013.

334 Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.(BRASIL. Constituição Política do Imperio Do Brazil de 25 de março de 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 23/05/2013.

335 SOUZA, Françoise Jean de Oliveira. Religião e política no primeiro reinado e regências: a atuação dos padres-políticos no contexto de formação do Estado Imperial Brasileiro. In Almanack braziliense [online]. 2008, n.8, pp. 127-137. Disponível em: http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180881392008000800010&lng=pt&rm=iso>. ISSN 1808-8139. Acesso em 22 de maio de 2013.

Êxodo, no capítulo 20, versículos 14336 a 17337, o adultério é também rechaçado: “não adulterarás” e “não cobiçarás a mulher de teu próximo”. No capítulo 20338 do livro de Levítico, a prática do adultério é prevista com pena de morte. Os capítulos 5339, 6340 e 7341 de Provérbios também fazem referência ao adultério. Em Deuteronômio, no capítulo cinco, novamente evocam-se os seguintes preceitos “não adulterarás” 342 e “não cobiçarás a mulher do teu próximo”343.

Tal era a força da moral cristã que, mesmo com a laicização do Estado, o crime de adultério foi mantido nas legislações penais seguintes: 1890344, 1932 e 1940, só vindo a

336 "Não adulterarás. (Exôdo 20:14).

337 "Não cobiçarás a casa do teu próximo. Não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem seus servos ou servas, nem seu boi ou jumento, nem coisa alguma que lhe pertença". ((Exôdo 20:17)

338 Também o homem que adulterar com a mulher de outro, havendo adulterado com a mulher do seu próximo, certamente morrerá o adúltero e a adúltera. (Levítico 20:10).

339 1 Meu filho, dê atenção à minha sabedoria, incline os ouvidos para perceber o meu discernimento.2 Assim você manterá o bom senso, e os seus lábios guardarão o conhecimento. 3 Pois os lábios da mulher imoral destilam mel, sua voz é mais suave que o azeite;4 mas no final é amarga como fel, afiada como uma espada de dois gumes.(Provérbios 5:1-3).

340 32. Mas o homem que comete adultério não tem juízo; todo aquele que assim procede a si mesmo se destrói.33 Sofrerá ferimentos e vergonha, e a sua humilhação jamais se apagará. (Provérbios 6:32-33).

341 8. Ele vinha pela rua, próximo à esquina de certa mulher, andando em direção à casa dela. 9 Era crepúsculo, o entardecer do dia, chegavam as sombras da noite, crescia a escuridão.10 A mulher veio então ao seu encontro, vestida como prostituta, cheia de astúcia no coração.11 (Ela é espalhafatosa e provocadora, seus pés nunca param em casa;12 uma hora na rua, outra nas praças, em cada esquina fica à espreita.);13 Ela agarrou o rapaz, beijou-o e lhe disse descaradamente:14 "Tenho em casa a carne dos sacrifícios de comunhão, que hoje fiz para cumprir os meus votos; 15 Por isso saí para encontrá-lo; vim à sua procura e encontrei!16 Estendi sobre o meu leito cobertas de linho fino do Egito;17 Perfumei a minha cama com mirra, aloés e canela; 18 Venha, vamos embriagar-nos de carícias até o amanhecer; gozemos as delícias do amor!19 Pois o meu marido não está em casa; partiu para uma longa viagem. (Provérbios 7: 8-19).

342 Deuteronômio 5:18.

343 Deuteronômio 5:21.

344 Art. 279. A mulher casada que cometer adultério será punida com a pena de prisão celular por um a tres annos. § 1º Em igual pena incorrerá: 1º O marido que tiver concubina teuda e manteuda; 2º A concubina; 3º O co-réo adultero. § 2º A accusação deste crime é licita sómente aos conjuges, que ficarão privados do exercicio desse direito, si por qualquer modo houverem consentido no adulterio. Art. 280. Contra o co-réo adultero não serão admissiveis outras provas sinão o flagrante delicto, e a resultante de documentos escriptos por elle. Art. 281. Acção de adulterio prescreve no fim de tres mezes, contados da data do crime. Paragrapho unico . O perdão de qualquer dos conjuges, ou sua reconciliação, extingue todos os effeitos da accusação e condemnação. (BRASIL, Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/55636995/Codigo-Penal-de-1890-Completo>>. Acesso em 24/06/2013).

ser revogado pela lei 11.205 de 2005. Vê-se, pois, que os fatores religiosos permearam a criminalização do adultério, ainda que de forma subjacente. A “organização ético-moral da vida familiar” e “o exclusivismo da recíproca sexual”, motivações estas que justificaram a inserção do artigo 240 no Código Penal de 1940, são influências da moral cristã, que prega a sacralização do casamento. O texto legal do artigo 240 do Código de Penal transformou-se, no contexto de sua validade, num mecanismo de confirmação dos valores cristãos, ao invés do efetivo regulador de condutas humanas.

Além do artigo em questão ter sido criado com o objetivo de confirmar um valor social, ele revelou-se incapaz de regular condutas (eficácia) e de assegurar expectativas (vigência social). Em pesquisa jurisprudencial dos 241 (duzentos e quarenta e um) resultados encontrados, apenas 09 (nove)³⁴⁵ versavam sobre a imputação do crime de adultério, sendo os restantes processos cíveis e criminais de homicídio cujo adultério era evocado como causa de legítima defesa.

Da pesquisa infere-se, pois, que o crime de adultério praticamente não foi aplicado e respeitado pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica pátria, ou seja, carecia de efetividade, muito embora o adultério seja crime muito mais corriqueiro do que, por exemplo, o homicídio. Nesse cenário, a expectativa normativa foi revogada faticamente. As expectativas de *alter*, assim, deixaram de orientar as expectativas de *ego*.

No âmbito do direito penal, o que aqui se chama de “legislação simbólica” é tratado como “direito penal simbólico”, que nos dizeres de Roxin, contempla dispositivos legais que

que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas.³⁴⁶

Zaffaroni e Nilo Batista afirmam que uma lei penal possui efeito simbólico quando não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, o que acarreta, segundo o autor, em um direito penal de risco simbólico, ou seja,

345 TJRS - APC 583040043, TJRS - ACR 297015240, TJRJ - EI 57736/96 - (Reg. 020798), TJRJ - EI 57.736/96, TACRIMSP - Ap. 318.859, TACRIMSP - RSE 908.287/6, TACRIMSP - Ap. 963.223/2, TACRIMSP - RSE 1.206.339-3, TARS - ACr 297015240.

346 ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal** – 2ª d; tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renova, 2008, p. 47

[...] os riscos não se neutralizam, mas ao induzir pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandando-se a ansiedade ou, mais claramente, mentando-se, dando lugar a um direito penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia.³⁴⁷

O direito penal, pois, além de exemplo de legislação simbólica também se enquadra como “direito penal simbólico”.

3. AUTOPOIESE E ALOPOIESE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Almeja este capítulo a estudar os conceitos de autopoiese e de alopoiese dentro da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, para, no capítulo seguinte, aferir a viabilidade de relacionar o conceito de alopoiese com a legislação simbólica.

Historicamente, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, com base na teoria biológica de Maturana e Varela, incorporou às ciências sociais os conceitos de autopoiese e de alopoiese, os quais se revelam de grande utilidade para a descrição do direito brasileiro, no qual a interferência de outros subsistemas sociais no jurídico é evidente para os juristas praticantes, mas não para a dogmática tradicional.

Etimologicamente, o termo autopoiese deriva do grego *autos* (“por si próprio”) e *poieses* (“criação”) e, na teoria biológica, significa que um sistema é construído por seus próprios componentes. A produção, a transformação e a destruição de seus componentes realizam-se através de suas interações e transformações. Sistema e ambiente seriam independentes, daí falar-se que os sistemas são homeostáticos.

Por um lado, na Teoria dos Sistemas de Luhmann, diversamente da teoria biológica, a produção das relações entre sistema e ambiente é um elemento necessário para a reprodução autopoética. Um sistema mantém seu caráter autopoético na medida em que se refere a si mesmo e ao seu ambiente. As mais diversas determinações do ambiente, no entanto, somente serão inseridas no sistema quando filtradas pelo código-diferença específico de cada uma das espécies dos subsistemas sociais. Para Luhmann, um subsistema social tem como estrutura um código-diferença através do qual elementos externos (extrasistêmicos ou do “ambiente”) são inseridos.³⁴⁸

347E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume- Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3ª edição, 2006. P. 631

348 LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2006. p. 38 e 41.

O direito, como subsistema social, pode ser interpretado como controle do código-diferença "lícito/ilícito". Na teoria de Luhmann pode-se dizer que o direito não passa de "um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto". O direito pode assimilar, de acordo com seu código-diferença, os fatores do ambiente (abertura cognitiva), não sendo diretamente influenciado por eles, porquanto a vigência jurídica de expectativas normativas depende de processos seletivos de filtragem no interior do sistema jurídico.

Nesse sentido, as diversas determinações do ambiente só são inseridas no sistema (abertura) quando este, de acordo com seus próprios critérios e código/diferença, atribui-lhes forma (fechamento). É a chamada autopoiese no direito.³⁴⁹ Assim, "todos os valores que circulam o discurso geral da sociedade são, após a diferenciação de um sistema jurídico, ou juridicamente irrelevante, ou valores próprios do direito"³⁵⁰. O fechamento operacional, o qual garante a autopoiese no direito, dá-se pelo código/diferença "lícito/ilícito: o responsável pela comutação dos fatos externos e a respectiva inserção no sistema."³⁵¹ Se, e somente se, um elemento "passar" por tal filtro, estar-se-á ante um sistema jurídico autopoietico. O poder econômico, político, religioso, por exemplo, para exercerem influência num direito organizado autopoieticamente, deve, sempre, passar por tais filtros, de modo que, se o direito não lhe autoriza a entrada, será mero "ambiente". Segundo Arnaud:

O código jurídico regula todas as comunicações internas, mas tão somente a comunicação interna do sistema jurídico. Não existe nem *input* do direito para o interior do sistema, nem tampouco *output* do direito para o exterior do sistema. Fora do direito não se pode fazer nada com o direito (...). O contato do direito com seu ambiente social deve ser tratado sob um outro sentido – como sendo suas oportunidades políticas, sua utilidade econômica, sua perturbação pelo contato do sistema em movimento, etc., assim, em torno de cada sistema é que se localizam os casos concretos.³⁵²

Por outro lado, a "corrupção" do sistema significa exatamente o oposto disso: os elementos de outro sistema, sem passarem pelo filtro do código-diferença de um determinado subsistema, entram e permanecem neste. Quando as fronteiras entre um

349 ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 187.

350 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.139.

351 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.146.

352 ARNAUD, André-Jean; Lopes JR. Dalmir. (Orgs). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p.60.

subsistema e o ambiente diluem-se, todavia, está-se diante da chamada alopoiese. Do grego *alôs* ("um outro", "diferente") e *poieses* ("produção", "criação"), o termo designa que o sistema se reproduz por critérios do ambiente. O direito alopoiético, nesse contexto, perde sua autonomia operacional. Os agentes do sistema jurídico põem de lado o código-diferença lícito/ilícito e passam a conduzir-se com base em injunções diretas da economia (ter/não-ter), da política (poder/não-poder), da ciência (verdadeiro/falso), da religião (transcendente/imanente).³⁵³ Segundo Marcelo Neves:

Não se trata, portanto, de bloqueios eventuais na reprodução autopoietica do direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio sistema jurídico. O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional³⁵⁴.

Saliente-se que não se desconhece, quando se trata da dualidade autopoiese *versus* alopoiese, que no direito, como todo sistema social, há um condicionamento pelo ambiente. A alopoiese, porém, ocorre quando o sistema jurídico perde sua capacidade de releitura de das determinantes do ambiente pelo seu código/diferença "lícito/ilícito", conduzindo-se primariamente com base nas injunções diretas de outros subsistemas.

Para Marcelo Neves, a modernidade periférica latino-americana é alopoiética, sendo intransponível o modelo luhmanniano da autopoiese a esta realidade jurídica. A miscelânea social³⁵⁵, afirma o autor, implica dificuldades na construção da identidade da esfera de juridicidade, o que resulta na falta de autonomia das respectivas conexões sociais de ação. Nas sociedades latino-americanas, a sobreposição dos códigos econômico e político às questões jurídicas impossibilita a autonomia do sistema jurídico. O direito passa a ser instrumento da política, "seja por meio da mutação casuística das estruturas

³⁵³ NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.86.

³⁵⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.146

³⁵⁵ "Na modernidade periférica, à hipercomplexificação social à superação do 'moralismo' fundamentador, da diferenciação hierárquica, não se seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente no seu *topos* específico. Isto nos põe diante de um complexidade desestruturada e desestruturante. Daí resultam problemas sociais bem mais complicados do que aqueles que caracterizam os países da 'modernidade central'". (NEVES, Marcelo. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina**. Trabalho apresentado do II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 de setembro de 1993, p. 14)

normativas, principalmente durante períodos autoritários, ou através do jogo de interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa”.³⁵⁶

Assim, pode-se concluir que a alopoiese é conceito deveras útil para a dogmática jurídica brasileira, se e na medida em que é clara, para os juristas praticantes, a interferência de outros subsistemas no direito na *terrae brasilis*, mas estranhamente sem grande utilização pelos Cientistas do Direito.

4. POR UMA RELAÇÃO DA LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA COM A ALOPOIESE DO DIREITO: O CRIME DE ADULTÉRIO COMO EXEMPLO.

Fixados os conceitos de legislação simbólica e de autopoiese e alopoiese no direito, verifica-se neste item se e em que medida a legislação simbólica relaciona-se com a alopoiese no direito.

Constituem funções do sistema jurídico tanto a regulação da conduta quanto a asseguaração de expectativas. As legislações chamadas simbólicas não exercem qualquer das duas funções. O objetivo dos agentes públicos, com efeito, não é o conteúdo normativo dos textos e, pois, sua positivação, aqui entendida como o somatório da eficácia com a vigência social. A legislação simbólica está, primária e efetivamente, ao serviço da política, da economia, da moral, etc. Vê-se, destarte, na legislação simbólica a expansão da esfera do político, do econômico, do moral, etc., em detrimento do desenvolvimento autônomo do direito pelo código diferença licito/ilícito.

O texto proclama um modelo jurídico, a partir do qual estaria assegurada a autonomia operacional do direito, ou seja, a autopoiese. Contudo, ao ser ilocucionalmente insincero, tendo por função primária e efetivamente um viés político-ideológico, acaba o texto por resultar no bloqueio da reprodução autônoma do sistema jurídico. O discurso legal passa a constituir-se como uma linguagem destinada a persuadir e a convencer.

O direito, no contexto da legislação simbólica, dessa forma, corrompe-se sistemicamente; fica subordinado aos subsistemas econômico (ter/não-ter), político (poder/não-poder), científico (verdadeiro/falso), religioso (transcendente/imanente), etc. As fronteiras entre o direito e o ambiente não apenas se enfraquecem, elas desaparecem, transfigurando-se em um sistema alopoiético. A instrumentalização sistêmica do direito pelos outros códigos de poder opera-se tanto no nível do processo legislativo quanto no processo de concretização dos textos normativos. A criação e a aplicação do direito torna-se palco onde os interesses particularistas procuram se impor à margem dos

³⁵⁶ Marcelo. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina.** Trabalho apresentado do II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 de setembro de 1993, p. 17.

procedimentos constitucionais, verificando-se uma tendência de privatização do Estado.³⁵⁷

A relevância nessa constatação ultrapassa uma questão teórica e reflete-se pragmaticamente. O problema da legislação simbólica como alopoiese do direito decorre fundamentalmente da perda da força comissivo-diretiva do texto legal, em detrimento do aumento na produção de normas jurídicas. O texto legal perde sua força de regulador de comportamento e de assegurador de expectativas e transforma-se num mecanismo de persuasão e de manipulação a serviço dos subsistemas político, econômico, etc. Como consequência, perde-se a crença no sistema jurídico; os destinatários do texto sentem-se enganados; as leis não “pegam”; os agentes políticos tornam-se cínicos. A raiz desse problema, pode-se dizer, subjaz de uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, elevadas como mecanismo solucionador dos problemas da sociedade, um “fetichismo legal socialmente irresponsável.”³⁵⁸

Portanto, este trabalho sustenta a tese de que a legislação simbólica tem como um de seus efeitos a corrupção sistêmica do direito, ou seja, a alopoiese, na medida em que a resolução dos problemas da sociedade passa, assim, a depender da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Mas não se pode, por outro lado, sustentar que há uma implicação recíproca, na medida em que pode haver alopoiese sem qualquer expressão textual jurídica ou legislação simbólica. Pode-se, por outro lado, ter legislação com normatividade (eficácia e vigência) e com caráter alopoiético. Ademais, a alopoiese não está relacionada somente ao processo de produção legislativa de enunciados jurídicos, já que se configura, por exemplo, na atividade de aplicação do direito, quando determinada decisão é proferida em razão de vínculo de amizade, de forças políticas, econômicas, etc.

Por isso, pode-se defender que a alopoiese é um fenômeno mais amplo que, diversamente da legislação simbólica, não está adstrito à ausência de eficácia e de vigência social do texto posto. Como tudo o que se predica à espécie (legislação simbólica) predica-se ao gênero (alopoiese), o adultério, que é exemplo de legislação simbólica, é, via de consequência, um caso de alopoiese. Onde há legislação simbólica haverá alopoiese, mas nem sempre quando houver alopoiese haverá legislação simbólica.

5.CONCLUSÃO: AS TESES DO ARTIGO

Com base no referencial teórico foram fixados os conceitos de legislação simbólica e de alopoiese, cada qual em um capítulo, os quais foram relacionados em um terceiro, oportunidade em que se sustentou a tese de que há uma relação não recíproca entre os

357 NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 247.

358 NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 254.

termos “legislação simbólica” e “alopoiese”, porquanto a legislação simbólica está contida na alopoiese.

No primeiro capítulo, fixou-se que a legislação simbólica é conotada como a hipertrofia da função político-valorativo em detrimento da função normativo-jurídica, a qual se consubstancia quando ao texto legal faltar eficácia e vigência social, e quando corresponder a fins que não jurídicos. Tais fins são aqueles decorrentes da tipologia tricotômica proposta por Harald Kindermann adotada por Marcelo Neves, ou seja, para a confirmação de valores sociais, como compromisso dilatatório e como álibi para reforçar a figura da instituição-Estado. Em razão de o texto normativo não expressar os reais interesses dos agentes políticos, o agir destes, com base em Habermas, foi qualificado em estratégico, em contraposição ao agir comunicativo tendo em vista a insinceridade do legislador. Por derradeiro, identificou-se o chamado direito penal simbólico como espécie de legislação simbólica, dando-se como exemplo o já revogado crime de adultério.

No segundo capítulo diferenciaram-se os conceitos de autopoiese e alopoiese do direito. Aquele foi definido como a reprodução do sistema jurídico como base no código-diferença “lícito/ilícito”. Por sua vez, a alopoiese quando o sistema jurídico perde sua capacidade de releitura das determinantes do ambiente pelo seu código/diferença “lícito/ilícito”, conduzindo-se primariamente com base nas injunções diretas de outros subsistemas.

Os conceitos fixados foram, no último capítulo, relacionados. Concluiu-se que a legislação simbólica, ao prestar-se a fins outros que não o normativo-jurídico, implica na alopoiese no direito. A alopoiese, todavia, não decorre necessariamente da existência de legislação simbólica por ser-lhe um fenômeno mais amplo.

Por meio desta pesquisa, pôde-se perceber que a divulgação dos conceitos de legislação simbólica e de alopoiese, no meio jurídico brasileiro, mostra-se de grande utilidade vez que, munidos de um instrumental teórico, os aplicadores do direito poderão melhor compreender a sistemática jurídica brasileira: as razões para a edição de tantos textos legais os quais se mostram, com o tempo, carentes de eficácia e vigência, e como elementos extrajurídicos contribuem para a perda da autonomia do subsistema jurídico.

6 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARNAUD, André-Jean; Lopes JR. Dalmir. (Orgs). Niklas **Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

BRASIL. Constituição Política Do Imperio Do Brazil de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em 23/05/2013.

BRASIL, Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/55636995/Codigo-Penal-de-1890-Completo>>. Acesso em 24/06/2013

BRASIL. Decreto-lei nº 2848 de 07 de dezembro 1940. Disponível em: <<http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em 23/06/2013.

COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. 3. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1981 KLUG, Ulrich. **Lógica jurídica**. Bogotá: Temis, 1990, p. 36

DINIZ, Almachio. **Do Divorcio**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro Editor, 1916

ECO, Umberto. **Semiótica e Filosofia da Linguagem**. Trad. Milton Mariarosaria Fabris e José Luis Fiorin. São Paulo: Ática, 1991

HABERMAS, Jurgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLUG, Ulrich. **Lógica jurídica**. Bogotá: Temis, 1990.

LUHMANN, Niklas. **A restituição do décimo segundo carneiro: do sentido de uma análise sociológica do direito**. In ARNAUD, André- Jean. LOPRES JR. Dalmir (org.). Niklas Luhmann: do sistema à sociologia jurídica. Tradução de Dalmir Lopes Jr. Daniele Andrea da Silva Mão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. pp.33-107.

_____. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2.ed. Cidade do México: Universidade Iberoamericana, 2005

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Rio de Janeiro: Vozes, 2009;

_____. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Herder, 2006;

_____. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008

_____. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina**. Trabalho apresentado do II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 de setembro de 1993.

PIERCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Trad. José Teixeira Coelho. São Paulo: Perspectiva, 2005

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal – 2ª d**; tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renova, 2008

SOUZA, Françoise Jean de Oliveira. **Religião e política no primeiro reinado e regências: a atuação dos padres-políticos no contexto de formação do Estado Imperial Brasileiro**. In Almanack braziliense [online]. 2008, n.8, pp. 127-137. Disponível em: http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180881392008000800010&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 1808-8139. Acesso em 22 de maio de 2013.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ZAFFARONI, E. Raúl, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume- Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3ª edição, 2006.

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE CONJUNTA EM PROL DA CELERIDADE

BRUNO CHEMIN BORSOI:

Advogado; Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Anhanguera – Possui graduação em Direito pela Associação Educacional do Vale da Jurumirim – Faculdade Eduvale de Avaré/SP.³⁵⁹

Resumo: O presente labor possui como principal objetivo a análise do princípio processual constitucional da duração razoável do processo e a contribuição da Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário, sob uma ótica fundada especialmente na celeridade. Através da utilização da pesquisa bibliográfica e documental, buscou-se apresentar um conceito e se perquirir acerca da grande importância de tal axioma, incluído no ordenamento jurídico pátrio através de Emenda Constitucional. A partir de então, o foco de estudo direciona-se para a Inteligência Artificial associada ao direito em uma análise dos principais avanços e contribuições no Brasil, e sua regulamentação legal, a fim de que o processo nacional, caracterizado pela morosidade e lentidão, seja mais célere e eficaz, sem se descuidar, no entanto, da proteção aos jurisdicionados e, principalmente, à obediência aos direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Duração Razoável do Processo. Celeridade.

Abstract: The present work has as main objective the analysis of the constitutional procedural principle of the reasonable duration of the process and the contribution of Artificial Intelligence within the scope of the Judiciary, under an optics founded especially on speed. Through the use of bibliographic and documentary research, we tried to present a concept and investigate the great importance of such axiom, included in the national legal system through Constitutional Amendment. From then on, the focus of the study is directed towards Artificial Intelligence associated with the law in an analysis of the main advances and contributions in Brazil, and its legal regulation, so that the national process, characterized by slowness and slowness, is faster and effective, without neglecting, however, the protection of the jurisdicted and, above all, the obedience to fundamental rights and guarantees.

Keywords: Artificial intelligence. Reasonable Duration of the Process. Celerity.

³⁵⁹E-mail: brunoborsoi@borsoiadvogados.com.br

INTRODUÇÃO

A duração razoável do processo, princípio constitucional de tão caro alcance ao direito pátrio contemporâneo, necessitou ser positivado efetivamente no texto constitucional com o intuito de “obrigar” o Judiciário, em toda sua estrutura, inclusive administrativa, a trabalhar para diminuir o tempo de tramitação dos feitos, apontado por muitos como o fulcral entrave para a realização do acesso à justiça.

A presente pesquisa, através de uma análise do aventado princípio, busca pontuar o alcance e amplitude do campo da Inteligência Artificial como meio de atuação transformadora de constante evolução no Judiciário para concretização da celeridade.

De mais a mais, se verificará o quão essencial, atualmente, é o uso consciente da IA no Judiciário, e os ganhos de desempenho e tempo de andamento dos processos no Brasil, através de apoio e incentivo de órgãos de cúpula, sobretudo nos últimos cinco anos.

Do mesmo modo, haverá o estudo de vários exemplos de programas desenvolvidos ao redor do Brasil que utilizam, precipuamente, a Inteligência Artificial e algoritmos para permitir a dedicação humana a serviços que, de fato, devem ter sua participação.

A Inteligência Artificial, o robô, os *softwares* e demais programas afins devem ser vistos sob a visão de auxílio, contribuição e ajuda à própria estrutura do Judiciário, materializando princípios como a duração razoável do processo e celeridade - e nunca como substitutos dos humanos, muito menos dos magistrados e seu poder decisório singular.

As Resoluções, Portarias e demais disposições do Poder Judiciário denotam a importância conferida à IA e seu vasto campo de expansão para contribuir, de modo definitivo, a fim de que o jurisdicionado concretize seu direito fundamental à duração razoável do processo e, em última análise, à celeridade processual e na materialização do acesso à justiça.

Portanto, haverá a indicação do caminho de que a IA na ajuda ao Poder Judiciário trata-se de algo perene, que poderá ser imprescindível a curto prazo, sob a batuta de incentivos legislativos e auxílio recíproco aos usuários dos sistemas e jurisdicionados, sem qualquer ofensa aos demais princípios do macrosistema.

1. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A CELERIDADE

A duração razoável do processo, princípio de enorme valia no ordenamento constitucional, foi introduzido no sistema através por meio da Emenda nº 45, de 30 de dezembro de 2.004, e inseriu o inciso LXXVIII ao artigo 5º do Texto Magno, ao prescrever que *“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 que confirma a perspectiva do legislador em atender aos anseios urgentes do Poder Judiciário, que, naquela época, já clamava por um dinamismo maior no atendimento à celeridade em uma duração compatível com a demanda.

Nessa toada, vale elucidar que este princípio encontrava-se inserto desde antes na Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário desde 1.992, que prevê, em seu artigo 8º, item 1, que *“toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável...”* de modo que, em atenção ao devido processo legal, consubstanciado expressamente nos artigos 4º³⁶⁰ e 139, inciso II³⁶¹, ambos do Código de Processo Civil vigente, verifica-se a enorme relevância a fim de satisfação do direito subjetivo autônomo do postulante em tempo necessário.

A inserção posterior deste princípio, sobretudo no rol de sobre relevância do artigo 5º da Constituição Federal, se justifica pelo principal e crônico problema da justiça brasileira: a excessiva demora na tramitação e julgamento dos processos. É o que se verifica nas várias tentativas do legislador no que tange à inserções e alterações dirigidas ao intento de se buscar um rápido desfecho aos feitos processuais.

Não se olvida de que se trata de um problema estrutural, de ordem macroeconômica e social, e distinto em um país tão desigual e de dimensões continentais, cujo Poder Judiciário - um dos três poderes clássicos da República e tão visado hodiernamente - vez ou outra encontra-se abarrotado de processos e com baixíssimo quadro de servidores e auxiliares da Justiça, inclusive de magistrados, com o fito de cumprimento do axioma ora ventilado neste trabalho, mormente em relação às peculiaridades de cada caso, que demandam prazos diferentes para o seu epílogo.

A seu turno, a Corte Europeia de Direitos do Homem menciona que, observados os detalhes e nuances do caso concreto, em regra, três parâmetros podem ser analisados a fim de se verificar se o processo tem duração razoável: i) a diversidade do assunto; ii) a conduta das partes e de seus advogados, ou da acusação e defesa em processo penal; e iii) o desempenho do Poder Judiciário.

360 Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

361 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

II - velar pela duração razoável do processo;

A partir desse pressuposto, deve-se reconhecer que não há sobreposição ou hierarquia de um indicador em relação ao outro, mas sim deve se verificar, em qualquer situação, o seu conjunto e unidade, em uma perspectiva finalística com o intuito de se alcançar a tramitação do processo em tempo razoável.

A propósito, leciona Rios Gonçalves³⁶²:

Esse princípio é dirigido, em primeiro lugar, ao legislador, que deve cuidar de editar leis que acelerem e não atravanquem o andamento dos processos. Em segundo lugar, ao administrador, que deverá zelar pela manutenção dos órgãos judiciários, aparelhando-os de sorte a dar efetividade à norma constitucional. E, por fim, aos juízes, que, no exercício de suas atividades, devem diligenciar para que o processo caminhe para uma solução rápida. A busca deve ser a da obtenção dos melhores resultados possíveis, com a máxima economia de esforços, despesas e tempo. O princípio se imbrica com o da efetividade do processo: afinal, a duração razoável é necessária para que o processo seja eficiente.

Ocorre que o aumento exponencial da litigiosidade, agravado pela ineficaz estrutura do Poder Judiciário, fez com que corpo legislativo tivesse por obrigação inserir um comando de calibre constitucional, dentro do rol de garantias fundamentais, sob a batuta de conferir salvaguarda e tutelar algo, que em verdade, é um direito inerente a qualquer legitimado que espera uma solução rápida e justa por parte do órgão jurisdicional.

É incontroverso que o princípio da duração razoável do processo não implica, necessariamente, em que toda e qualquer espécie de ação tramite em tempo tão exíguo, a ponto de destitui-la da roupagem dos demais axiomas infraconstitucionais e constitucionais propriamente ditos, tais como, por seu alcance, o devido processo legal.

Destarte, a chamada “celeridade” não se caracterizaria de modo uniforme em toda a jurisdição, mas cada processo tem seu rito específico e suas particularidades, o que demanda análise unitária por parte do magistrado.

Por essa linha, elucida Didier Junior³⁶³:

Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e

362 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral**, v. 1, Ed. Saraiva, 2020, p. 80.

363 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, v. 1, Ed. Juspodivm, 2019, p. 125.

adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional. Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, os direitos à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas

É que a hodierna tendência de judicialização da sociedade contemporânea – ainda que os meios alternativos de resolução de conflitos tenham evoluído – tem como consequência imediata o Judiciário como gargalo único de todas as espécies de lide, ainda que ínfimas e de fácil solução. Os cidadãos esperam e confiam em uma decisão do Estado-juiz, em contrapartida ao Executivo e Legislativo, extremamente desgastados por cotidianos escândalos de corrupção.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PODER JUDICIÁRIO

Nessa linha, após vários anos de percalços e incontáveis processos em tramitação na justiça brasileira, o que é factível através da chamada “Justiça em Números³⁶⁴”, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, órgão de regulação e fiscalização do Poder Judiciário brasileiro, observa-se, principalmente nos últimos cinco anos, a gradual inserção da Inteligência Artificial em seu constante auxílio.

Com o fito de possibilitar a continuidade das decisões judiciais em tempo justo, o que é monopólio estatal, o Poder Judiciário, sedento por mudanças que mantivessem a sua hiperprodução, tem passado por um lento, porém notável processo evolutivo, seja no que tange aos meios de solução de conflito, seja no uso dos variados ramos da Inteligência Artificial.

2.1 Conceitos, definições e benefícios

³⁶⁴ “Principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, anualmente, desde 2004, o Relatório Justiça em Números divulga a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira”. Texto retirado da página <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>, acesso em 22/01/2021.

Por esse quadrante, assim dispõe a recente Resolução 332/2.020365, do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 2º A Inteligência Artificial, no âmbito do Poder Judiciário, visa promover o bem-estar dos jurisdicionados e a prestação equitativa da jurisdição, bem como descobrir métodos e práticas que possibilitem a consecução desses objetivos.

Neste cenário, o parâmetro de entendimento dos princípios constitucionais de um modo geral foi alterado, haja vista que a base do sistema agora também tem a contribuição da IA com relação aos seguintes aspectos: i) acuidade e eficácia do comando judicial; ii) redução do tempo de análise de jurisprudência e doutrina; iii) segurança informacional em armazenamento em nuvem; iv) análise instantânea e coleta de dados; v) ferramentas de indexação; vi) reconhecimento facial; vii) filtro de recategorização de documentos e petições; viii) reconhecimento de litigantes assíduos; e ix) identificação de atos constritivos. Estes e vários outros exemplos mostram que as mudanças proporcionadas pela IA serão permanentes.

A simbiose relacional entre o direito e inteligência artificial é comumente inserida como um dos fatores da chamada “Revolução 4.0”, presente também no Judiciário, expressão cuja alcunha rememora à chamada quarta revolução industrial, em que há preponderância da sociedade da informação, com o surgimento de computadores e ferramentas digitais e massificação dos dados e relações instantâneas.

O ser humano passar a ser o produtor de informações, mormente através do computador e suas tecnologias, o que se verifica, por sua vez, na automação robótica, *big data*, computação em nuvem, simulação virtual e realidade aumentada. A base de dados armazenadas na máquina é eficaz na realização daquilo para que fora inicialmente programada.

A inteligência artificial, de modo simples e objetivo, pode ser definida como a capacidade de um computador e/ou robô, devidamente programado através de algoritmos, passe a realizar funções de aprendizagem, raciocínio e compreensão antes restritas somente aos seres humanos.

A vagueza do conceito e de uma definição estanque na doutrina internacional, assim, colaboraram para que a Inteligência Artificial pudesse se desenvolver de maneira plena, livre de amarras e irrestrita à determinada área do conhecimento, e fosse explorada por diversos campos de atuação.

365 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>, acesso em: 26.01.2.021, p.1, Preâmbulo

Trata-se, pois, de uma modalidade inteligente, que aprende através de sua própria experiência (*machine learning*³⁶⁶), e passa a se desenvolver conforme os seus algoritmos pré-concebidos.

O professor Fabiano Hartmann Peixoto, especialista sobre o tema no Brasil, aduz que “Um algoritmo pode ser definido, de modo simplificado, como um conjunto de regras que define precisamente uma sequência de operações, para várias finalidades, tais como modelos de previsão, classificação, especializações³⁶⁷”.

As características intelectuais humanas seriam inseridas em um robô, a fim de que o mesmo aprenda, identifique e reproduza o padrão, mormente em atividades meramente repetitivas, e que demandem elevado grau de concentração e resgate de memória.

A esse respeito, eis o escólio de Fabiano Hartmann e Roberta Zumblick³⁶⁸:

A IA permite, a partir da tecnologia, em considerável medida, alterar a relação entre pessoas, potencializando suas capacidades criativas e habilidades. Tem, assim, uma função disruptiva e está diretamente associada à produtividade de ações e conhecimentos. A IA associa-se à engenhosidade humana, contribuindo com velocidade e precisão, especialmente em tarefas que demandariam muito tempo, repetição de esforços e fidelidade de parâmetros.

A Inteligência Artificial, assim, tem sido paulatinamente aprimorada com o intento de contribuição ao Poder Judiciário, uma vez que a experiência no direito alienígena tem se revelado igualmente ou mais satisfatória, sobretudo nos continentes europeu e norte-americano, sem se imiscuir da responsabilidade, ética e transparência.

2.2 Exemplos e aplicabilidade da IA

Nessa esteira, a contribuição da IA para o direito em geral perpassa por uma tendência de reinvenção de uma área tão engessada e apegada ao formalismo, inclusive na linguagem técnica e restrita aos seus operadores.

366 A *machine learning* é uma subárea da IA que tem por escopo a permissão para que os computadores aprendam por conta própria, a partir de algoritmos de identificação de padrões em determinados dados que lhes são ofertados.

367. PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito**, v. 1, Ed. Alteridade, 2019, p. 71.

368 Ibid, p. 21

Verifica-se, pois, que estão havendo profundas mudanças no que concerne às estratégias ora utilizadas, seja em âmbito privado, manifestada através dos escritórios e grandes corporações de advogados, seja para a administração da justiça e controle pelo Estado, cujos alicerces clássicos de se fazer e pensar o direito como processo tradicional foram impactados.

E a IA relaciona-se diretamente à redução de gastos, ao próprio dispêndio no tempo na análise de feitos repetitivos e/ou tarefas que poderiam ser realizadas diretamente por robôs, reservando aos seres humanos espaço para o aprofundamento em casos realmente importantes e que devem ser realizados pelo homem, tal como se encaixa, inclusive, a função precípua do magistrado: julgar.

O marco inicial do ingresso, ainda que tímido, da inteligência artificial no Poder Judiciário, pode ser considerado o processo eletrônico, atualmente inserido em todos os tribunais do país. Por seu intermédio, buscou-se atender à celeridade e duração razoável do processo, pois o mesmo tem uma média de tramitação cinco vezes mais rápida ao feito convencional, de papel.

E as benesses trazidas pela IA não se resumem ao processo digital, que pode ser considerado um embrião desse revolucionário arcabouço permanente, mas possuem vários campos de atuação, assim exemplificados: reclassificação e direcionamento de processos; enquadramento automático em temas de repercussão geral; meios alternativos de composição digital; extensa base de dados e compilado de jurisprudência pertinente ao caso concreto; bloqueios judiciais e comandos de restrição; indicação do próximo movimento processual compatível à espécie processual, dentre tantos outros sistemas e robôs apoiados em IA que estão em pleno desenvolvimento no Brasil.

A Inteligência Artificial contribui para a advocacia de modo disruptivo e totalmente ágil. A acurácia assertiva é sobremaneira maior, e verifica-se um abismo colossal no tempo de análise e revisão de “cases” jurídicos, bem assim do compilado de jurisprudência e probabilidade de sucumbência nas demandas, o que indica extrema agilidade e análise detalhada de planejamento jurídico³⁶⁹, a fim de que o advogado se dedique exclusivamente a tarefas intrincadas, que não podem ser trabalhadas pela IA.

369 Um experimento realizado por pesquisadores de renomadas universidades norte-americanas confrontou um programa de inteligência artificial chamado “Law Geex” e vinte advogados, os quais tinham por objetivo identificar problemas em cinco tipos de acordo, de maneira precisa e no menor tempo possível. O nível de acerto do robô foi de 94%, em detrimento de 85% dos advogados; enquanto a média de tempo para equacionar os problemas foi de 26 segundos à máquina, e 92 minutos para os vinte advogados. PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito**, v. 1, Ed. Alteridade, 2019, p. 110 e ss

Noutra linha, no que concerne à Administração da Justiça, a IA verifica-se presente “para definir uma série de medidas estratégicas tanto para a execução da própria atividade fim quanto (mais fortemente) para decisões estratégicas do ponto de vista da gestão e fluxo de trâmite³⁷⁰”.

Ademais, a administração da justiça alberga tudo o que não se encontra inserto em uma decisão estritamente judicial, ou seja, o que é necessário para o magistrado proferir uma decisão de modo imparcial e eficaz, em tempo razoável.

Nesse ponto, trata-se da atuação da IA no influxo de informações e afazeres, tal como lecionam Hartmann e Zumblick³⁷¹:

frequentemente, as tarefas passam por necessidade de tratamento, leitura e compreensão de dados, classificação e comparação com parâmetros pré-existentes ou indicação de novo possível padrão (...) as atividades, habitualmente, passam por um (reconhecimento ótico ou outra forma sensorial) dos dados, uma estruturação desses dados (uma forma de armazenamento, organização), uma otimização de marcação de informações relevantes para alguma forma de classificação e decisão do caminho para seguimento no fluxo ou, eventualmente, alteração do fluxo.

Destarte, vislumbra-se o domínio paulatino das variadas técnicas de IA na ajuda da Administração da Justiça, pois um trâmite processual diferenciado, como resultado final ao cidadão, deve ser visto sob a ótica da melhor eficiência e gestão de recursos públicos.

Na contribuição ao magistrado, a Inteligência Artificial possui papel fundamental, especialmente no subsídio de apoio à decisão judicial. Desta forma, deve-se analisar a IA com relevante destaque nas funções acessórias ao julgamento realizado pelo juiz perante o caso posto, e o robô não irá ocupar o papel exclusivo e indelegável da figura humana do julgador.

2.3 O (pseudo)receio da substituição dos humanos por robôs

A propósito, vale mencionar que um dos principais entraves para a franca expansão da IA no país, aliada à falta de incentivo político, também é o receio – presente nas mais

³⁷⁰ Ibid, p. 120

³⁷¹ Ibid, p. 121

variadas profissões – de que haverá a substituição do homem pela máquina, o que, conseqüentemente, iria acarretar nefastas conseqüências aos empregos.

No entanto, esta concepção parte de uma premissa equivocada. Nesse sentido, aduz Sussekind³⁷²:

a tecnologia não destrói profissões inteiras de uma vez. Advogados, contadores ou médicos não vão chegar no trabalho e encontrar um robo sentado na cadeira deles. O que ela faz é mudar as tarefas e atividades que as pessoas realizam. E, em médio prazo, não achamos que haverá desemprego em massa, e sim redistribuição. É uma história na qual as tarefas e atividades que precisam ser realizadas para resolver os problemas que tradicionalmente só um médico, um advogado ou um contador resolveria serão bem diferentes e provavelmente serão feitas por pessoas diferentes.

Desse modo, vislumbra-se, em regra, que a falta de conhecimento acerca do potencial benéfico da Inteligência Artificial na relação de mutualismo com as mais diversas profissões leva ao erro capital de que os algoritmos configurados na máquina teriam o condão de ser moeda de troca com os humanos.

Todavia, a palavra que melhormente traduz o enorme reforço da IA no que concerne às profissões em geral é a seguinte: auxílio. As políticas públicas devem se pautar nas benesses trazidas pelos algoritmos a todas as carreiras, haja vista se tratar de um instrumento permanentemente modificador e duradouro, que ocupa posição de destaque neste século de exponenciais avanços tecnológicos.

Felizmente, tal como mencionado alhures, a cúpula administrativa do Judiciário, sobretudo, através do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, alicerçada pela experiência bem sucedida no direito estrangeiro, iniciou a transição e franco desenvolvimento da IA na justiça brasileira, o que, em última análise, repercute no tempo de tramitação do processo, que se torna mais célere e com duração razoável e compatível à complexidade da causa.

3. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: rumos legislativos e *softwares* em contribuição para a duração razoável do processo

372 SUSSEKIND, Daniel. A tecnologia não destrói profissões inteiras, o que ela faz é mudar tarefas. 2018. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/a-tecnologia-naodestroi-profissoes-inteiras-o-que-ela-faz-e-mudar-tarefas/>, acesso em 28.01.2021.

Em âmbito federal, o Pretório Excelso, a partir do ano de 2.017, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), desenvolveu uma plataforma de alcunha “Victor”³⁷³, que utiliza a chamada *machine learning*, ou aprendizado de máquina e, por intermédio de um *software*, tem o condão de identificar determinados e específicos padrões de ação, e partir daí, separar os processos semelhantes para julgamento com o mesmo desfecho - o que ocorre pela repercussão geral -, bem como através da conversão de imagens em texto, localização de documentos e separação de peças processuais.

No que tange à celeridade, que impacta na duração razoável do processo, Dias Toffoli, então presidente do Supremo Tribunal Federal, assim ponderou, em entrevista³⁷⁴:

O trabalho que custaria ao servidor de um tribunal entre 40 minutos e uma hora para fazer, o software faz em cinco segundos. Nossa ideia é replicar junto aos Tribunais Regionais Federais (TRFs), aos Tribunais de Justiça, aos Tribunais Regionais do Trabalho, enfim, trata-se de uma ferramenta para toda a magistratura.

Deste modo, tem-se que a inserção da IA através do “Victor” tem o condão de gerar uma melhora significativamente absurda no tempo dispendido para análise processual, assim como todos os demais exemplos espalhados pelo país, seja em âmbito federal, regional, ou estadual.

Com o escopo de regulamentação e incentivo do uso da IA no Poder Judiciário, o CNJ, por meio da Portaria nº 25, de 19 de fevereiro de 2.019, criou o “Laboratório de Inovação para o Processo Judicial em meio Eletrônico – Inova PJe”³⁷⁵, a fim de dar guarida à livre expansão da IA, e justificando-se na duração razoável do processo e na celeridade processual, obrigações do soberano da jurisdição.

373 Em homenagem ao Ministro Victor Nunes Leal, que integrou a Suprema Corte na década de sessenta, e foi o responsável pela criação dos sistema de súmulas, a fim de facilitar o julgamento dos recursos.

374 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial*. Trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>, acesso em 28.01.2021

375

Art. 1º Fica instituído o Laboratório de Inovação para o Processo Judicial em meio Eletrônico – Inova PJe, que funcionará em contexto eminentemente digital e terá como principal objetivo pesquisar, produzir e atuar na incorporação de inovações tecnológicas na plataforma PJe, responsável pela gestão do processo judicial em meios eletrônicos do Poder Judiciário, e o Centro de Inteligência Artificial aplicada ao PJe, com os objetivos de pesquisa, de desenvolvimento e de produção dos modelos de inteligência artificial para utilização na plataforma PJe. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/portaria/portaria_25_19022019_25022019103736.pdf, acesso em 29.01.2021

E os arquétipos, seja em fase experimental ou em plena aplicação, encontram-se presentes na grande maioria dos tribunais de cada Estado. No TJDFT, três sistemas autônomos tem otimizado e muito o tempo de prestação jurisdicional.

O projeto “Horus” foi implantado nas Varas de Execução Fiscal e apresentou, de maneira rápida e eficaz, resultados concernentes aos processos digitalizados, além de integra-los de maneira automática e simultânea ao PJe, e permitiu a classificação de documentos para distribuição de 274 mil processos.

Por sua vez, o “Amon” é utilizado no contexto do reconhecimento facial e segurança institucional do próprio tribunal, pois tem a capacidade, através de imagens e vídeos, de identificar pessoas, e auxilia ainda na apresentação de presos que encontram-se em regime aberto.

A triade do tribunal se completa com o “Toth”. O *software* é programado para a análise automática e robotizada das petições iniciais distribuídas, e indica a classe e o assunto processual mais adequado a serem cadastrados durante a sua autuação, ou seja, desacula o serviço de vários servidores, que podem contribuir noutras esferas de uma vara judicial³⁷⁶.

Além disso, há um sistema precursor da IA no judiciário tupiniquim. O “Sinapses”³⁷⁷, de desenvolvimento pioneiro no Tribunal de Justiça de Rondônia, tem o condão de conferir muito mais agilidade ao movimento dos processos, através do que se denomina de predição. O sistema, que tem como base o próprio cérebro humano, utiliza-se de sofisticadas redes neurais e tem como função precípua identificar e padronizar casos semelhantes, pois pesquisa no seu próprio banco de dados os feitos similares que já foram objeto de decisão jurisdicional. A ferramenta tem fácil ajuste a variados tipos de processo e rotinas cartorárias.

Os estímulos e incentivos ofertados pelo Conselho Nacional de Justiça ao progresso da Inteligência Artificial no Judiciário careciam de uma efetiva regulamentação com o intuito de promover segurança ao desenvolvimento dos sistemas.

Neste sentido, após alguns anos da entrada da IA no Poder Judiciário, e o rápido progresso do sistema, especialmente na automatização e coleta de dados, pesquisa automática de jurisprudência e precedentes, indexação de processos semelhantes para

³⁷⁶ Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/inteligencia-artificial#:~:text=A%20IA%20%C3%A9%20um%20ramo,ou%20seja%2C%20de%20ser%20inteligente>, acesso em 29.01.2021

³⁷⁷ Disponível em: <https://tjro.jus.br/noticias/item/13357-primeiro-lugar-sinapses-sistema-criado-pelo-tjro-e-vencedor-do-premio-inovacao-judiciario-exponencial>, acesso em 29.01.2021.

juízo, reconhecimento facial de usuários, dentre outros exemplos em praticamente todos os tribunais do país, foi editada a Resolução nº 332378, de 21 de agosto de 2020, do Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, por este mesmo campo, a posterior Resolução nº 335379 teve por missão, principalmente, buscar padronizar o compartilhamento de programas, *softwares* e demais requisitos imprescindíveis à ascensão da IA através da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br, com o fito de atender aos indicadores e metas delineados no artigo treze do ventilado diploma, dentre estes a “agilidade na tramitação dos processos judiciais e administrativos”, bem como a “duração razoável do processo”.

Desta forma, pode-se constatar que não faltam modelos para a franca expansão da Inteligência Artificial no Brasil. O Conselho Nacional de Justiça, em um intenso trabalho conjunto com o Supremo Tribunal Federal, tem possibilitado ao menos o seu livre desenvolvimento no que concerne a experimentos variados de programas e modelos.

Assim, resta claro que as disposições normativas encontram-se em louvável movimento em direção ao crescimento da IA no país, em reforço ao Judiciário local, e quiçá, através dos robôs se encontrará o desfecho para a morosidade processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como principal proposta a análise positiva dos rumos da Inteligência Artificial e as inúmeras contribuições da mesma para o Poder Judiciário brasileiro, principalmente no ganho da velocidade de tramitação e o rápido implemento de tarefas acessórias.

Permeou-se de maneira pontual e direcionada o princípio da duração razoável do processo, e sua positivação no rol do artigo 5º, que ocorreu por intermédio de Emenda Constitucional, bem como se trabalhou, inicialmente, acerca da dificuldade em concretizá-lo, uma vez a lentidão e morosidade parecem ser características inerentes ao Poder Judiciário.

378 “Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências”. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>, acesso em 29.01.2021.

379 “Institui política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico. Integra os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br. Mantém o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça”. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original193745202009305f74de891a3ae.pdf>, acesso em 29.01.2021.

Entretanto, com o escopo de desconstrução desta teoria arraigada de maneira intrínseca, buscou-se uma análise vertical da Inteligência Artificial direcionada ao Judiciário.

Seu conceito, definição e variados benefícios foram elucidados e necessários para o avanço em direção ao tratamento dos programas em sua fulcral tarefa: contribuição e ajuda permanentes aos servidores da justiça e ao magistrado, o qual detém a soberania do julgamento, tarefa puramente intelectual e humana.

Além disso, destacou-se a presença da IA em relação aos advogados, à administração da justiça, aos ofícios judiciais e se tentou desconstruir o essencial equívoco de que a IA irá substituir os homens.

Posteriormente, foram trazidos à baila alguns modelos de robôs e *softwares* em aplicação e desenvolvimento ao redor do país, tais como "Horus", "Amon", "Toth", e "Sinapses", haja vista o estímulo por parte do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que conferem maior segurança jurídica e campo de expansão aos tribunais por meio de resoluções e portarias.

Em arremate, foi possível verificar, indene de dúvidas, que as benesses da Inteligência Artificial ao Poder Judiciário nacional são caracterizam uma ruptura à burocracia excessiva, processos intermináveis e jurisdicionados desprotegidos. Através da IA, vislumbra-se um promissor horizonte, onde poderá ser possível se concretizar a duração razoável do processo e a celeridade, com o intuito de aperfeiçoar o acesso à justiça e os demais direitos e princípios fundamentais, e pôr fim à lentidão e à morosidade.

REFERÊNCIAS

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima F.P.G. **Revolução 4.0 no Poder Judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros.** Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, p. 65-76, jul.-out. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1.988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22/01/2.021.

_____. Código de Processo Civil de 2.015. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 22/01/2.021.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em 27/01/2.021.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 335, de 29 de setembro de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em 26/01/2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, v. 1, Ed. Juspodivm, 2019.

ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos e Inteligência artificial exigem atenção do direito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-20/paulo-sa-elias-inteligencia-artificial-requer-atencao-direito>.

FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. **Inteligência artificial no direito: uma realidade a ser desbravada**. Revista de direito, governança e novas tecnologias, v. 4, n. 1, p. 01-16, jan-jun., 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral**, v. 1, Ed. Saraiva, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Inteligência artificial: uma realidade no Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/inteligencia-artificial#:~:text=A%20IA%20%C3%A9%20um%20ramo,ou%20seja%2C%20de%20ser%20inteligente>, acesso em 28.01.2021

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. **Primeiro lugar: Sinapses, sistema criado pelo TJRO, é vencedor do Prêmio Inovação Judiciário Exponencial**. Disponível em: <https://tjro.jus.br/noticias/item/13357-primeiro-lugar-sinapses-sistema-criado-pelo-tjro-e-vencedor-do-premio-inovacao-judiciario-exponencial>, acesso em 29.01.2021

MILESKI, Helio Saul. **Inteligência artificial – A nova direção do mundo e sua utilização na imprevisibilidade de acontecimentos das questões sociais – Pandemia – COVID-19**. Fórum Administrativo, FA, Belo Horizonte, ano 20, n. 231, p. 49-55, maio 2020.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência Artificial e direito**. Coleção direito, racionalidade e inteligência artificial, v. 1, Ed. Curitiba, 2019.

PIETRO, Josilene Hernandes Ortolani Di; MACHADO, Edinilson Donizete; ALVES, Fernando de Brito. **Inteligência Artificial e Direito: Estabelecendo diálogos no universo jurisdicional tecnológico**. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 18, n. 01, p. 15 - 32, dez. 2019.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios Processuais Constitucionais**. Ed. Juspodivm, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inteligência artificial. Trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>, acesso em 26.01.2021

SUSSEKIND, Daniel. **A tecnologia não destrói profissões inteiras, o que ela faz é mudar tarefas.** 2018. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/a-tecnologia-naodestroi-profissoes-inteiras-o-que-ela-faz-e-mudar-tarefas/>, acesso em 28.01.2021.

O CONTRATO DE TIMESHARING SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

GUILHERME AUGUSTO BRITO ANDRADE:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados, UFGD, em 2015. Pós-graduado em Direito do Consumidor pela Faculdade Damásio de Jesus, 2018. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN, 2021. Atualmente é analista judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.³⁸⁰

BRUNO ANTONY DANTAS DE VEIGA CABRAL

(orientador)

RESUMO: Esta monografia tem como objetivo apresentar um estudo de revisão bibliográfica sobre o contrato de *timesharing*, sob a ótica do direito do consumidor, destacando os argumentos dos doutrinadores sobre esta relação jurídica de aproveitamento econômico, através do direito comparado, mostrando suas características, classificações e o como ele se enquadra dentro do rol dos direitos reais sobre coisas alheias. Superada a introdução ao instituto, faz-se uma análise do direito de propriedade, fundamentado pelo código civil, cuja necessidade e justificativa esta embasada na teoria do diálogo das fontes. Por fim, o leitor é levado ao conhecimento do direito do consumidor brasileiro, desde sua criação, determinada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com seus principais fundamentos, dentre eles sua vulnerabilidade, a teoria da qualidade, as falhas na prestação do produto e serviço, situações as quais os consumidores se deparam ao adquirir esta modalidade de negócio jurídico, ainda não amparado por texto normativo. Motivo pelo qual, se faz necessária a intervenção da academia, para sua introdução nos tribunais, em auxílio aos muitos consumidores prejudicados, nos diversos cantos deste país.

Palavras-chave: *Timesharing*. Multipropriedade. Direito do Consumidor. Propriedade. Diálogo das Fontes. Vulnerabilidade.

ABSTRACT: This monograph aims to present a bibliographic review study on the timeshare contract, from the point of view of consumer law, highlighting the arguments of the jurists about this legal relationship of economic exploitation, through comparative law, showing

³⁸⁰ E-mail: guilhermeandrade_787@hotmail.com

their characteristics, classifications and the as it falls within the role of “Direitos Reais Sobre Coisa Alheia”, as known in Brazilian civil law. Having overcome the introduction to the institute, an analysis of the property right is made, based on the civil code, whose necessity and justification is based on the theory of the dialogue of the sources. Finally, the reader is brought to the attention of the Brazilian consumer right, since its creation, determined by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, with its main foundations, among them its vulnerability, quality theory, product and service, situations that consumers face when acquiring this modality of legal business, not yet covered by normative text. This is why the intervention of the academy is necessary, for its introduction in the courts, in aid of the many impaired consumers, in the different corners of this country.

Keywords: Timesharing. Multipropriety. Consumer Law. Property. Dialogue of the Sources. Vulnerability.

1. INTRODUÇÃO

O legislador não tem condições de acompanhar o avanço da sociedade civil, que, de acordo com suas necessidades, elabora novas modalidades de negócios jurídicos. Neste mesmo diapasão, o *timesharing* aparece como um avanço da sociedade civil.

Nascido na Europa, numa época em que o setor imobiliário passava por grave crise financeira, veio como a atraente opção de uma “segunda casa”, e atraente modalidade de investimento da indústria turístico-hoteleira.

Embora não tenha regulamentação legal, a sociedade o realiza no seu dia a dia, cabendo à academia e a doutrina a elucidação deste instituto até mesmo para solução de prováveis problemas decorrente destes.

Através de um estudo de revisão bibliográfica dos autores Gustavo Tepedino, Dário da Silva Oliveira Júnior, Victor Emanuel Christofari, Carlos Roberto Gonçalves, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio de Salvo Venosa e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, objetiva-se responder porque o enquadramento do *timesharing* como nova modalidade de direito real sobre coisa alheia é importante e quais benefícios podem advir da resposta a essa questão.

O primeiro capítulo não só conceitua o instituto, mas também destaca suas modalidades e como se deu seu desenvolvimento em outros países do globo. O segundo capítulo faz um estudo sobre os direitos reais, a propriedade, como foco nos direitos reais sobre coisas alheias. O terceiro capítulo, como conclusão, encaixa os temas abordados nos dois primeiros capítulos mostrando que o *timesharing* trata-se de um direito real sobre coisa alheia, e, aborda um entendimento jurisprudencial que o trata como condomínio edilício, demonstrando que por mais que existam semelhanças entre os institutos, não se

trata de condomínio.

2. TIMESHARING

A partir do momento que o ser humano descobriu que necessita de seus semelhantes para se desenvolver, vem criando novas modalidades de relacionar-se, com a finalidade de sempre proporcionar este desenvolvimento.

Tais modalidades muitas vezes se apresentam na seara pessoal, ou, coletiva, porém, ocorrendo tanto em uma como em outra, sempre acabam recaindo no direito, em especial, ao direito privado, responsável pela regulação das relações humanas entre particulares.

Nem sempre o direito é capaz de regular toda esta evolução através de sua legislação taxativa, até mesmo porque, o ser humano é inconstante e seus atos são totalmente imprevisíveis, sendo impossível a normatização de todos.

Nesse diapasão, o *timesharing* é a exemplificação de uma das facetas desta evolução, que no direito brasileiro, ainda carece de normatização.

Futuramente, será visto que na época de seu desembarque no Brasil não foi um instrumento que caiu no gosto popular, até mesmo porque as condições econômicas não permitiam que a maioria dos brasileiros fizessem investimentos cujo resultado não fosse totalmente visível e não recebesse respaldo jurídico.

Contudo, com a recuperação da economia vivenciada pelo país após 2002, muitos brasileiros puderam sair do país, por acaso ou coincidência, foram apresentados ao instituto e viram de frente como se dá seu funcionamento, e em seu retorno ao seu cotidiano, passaram a também buscá-lo por aqui.

Podemos, então, reconhecer que a melhora da economia não só viabilizou que os brasileiros obtivessem uma folga em seu patrimônio, utilizando um capital até então sem destinação específica em novas formas de investimento, como também a possibilidade de conhecer o *timesharing* pessoalmente, verificando sua viabilidade e segurança, fomentando não só a procura, mas também sua implementação em solo nacional.

Embora, conforme dito anteriormente, todas as ações humanas não são passíveis de legislação, mas, quando se trata de bens imóveis, o legislador deve dar tratamento especial, buscando regulamentar as inovações trazidas à realidade brasileira, adequando ao nosso ordenamento jurídico, evitando consequências trágicas aos negócios jurídicos.

Timesharing ou multipropriedade imobiliária correlaciona-se com a idade de

tempo compartilhado, propiciando o gozo da propriedade, de forma compartilhada, como entende Gustavo Tepedino:

“como a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua,”³⁸¹

Nascido na Europa ocidental, cujos primeiros relatos trazem a França como precursora do instituto em 1920, rapidamente se expandindo para Itália, Espanha, Portugal e mais tarde nos Estados Unidos, apresenta quatro modalidades: societária, imobiliária, hoteleira e como direito real sobre coisa alheia, todas estas, relacionadas à idéia de várias pessoas compartilhando o mesmo bem, ao mesmo tempo.

2.2 MODALIDADES

2.2.1 Societário

Esta modalidade apresenta como atores uma pessoa jurídica e seus sócios, na qual as partes celebram um contrato cujo teor permite aos sócios a utilização de um bem móvel ou imóvel de propriedade da pessoa jurídica por um certo espaço de tempo, de forma cíclica, ou seja, renovando-se o direito todo o ano, por prazo indeterminado.

A natureza desta relação é pessoal e mobiliária e seu objeto deriva do capital acionário ou quotas sociais investido pelo sócio, e o tempo permitido para o uso do bem varia de um mês até um ano. Particularmente, esta modalidade na França determina que a duração do prazo para esta modalidade de *timesharing* é de 99 (noventa e nove) anos.

2.2.2 Imobiliário

Talvez a modalidade mais importante, mais frequente, que se correlaciona aos direitos reais, necessitando atenção maior do ordenamento jurídico, até mesmo pela segurança que a legislação dá aos negócios jurídicos que envolvem direitos reais.

Nesta variante, vários proprietários dividem o proveito econômico de um bem imóvel ou móvel, durante período predeterminado, que pode ser semanas anuais ou meses, de forma cambiante, sendo todos os proprietários devidamente discriminados, até mesmo pelo caráter perpétuo do instituto e para que seja realmente cumprida o caráter exclusivo, característico do instituto.

³⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1.

O direito de uso, aplicado aos bens imóveis, é estabelecido de tal forma que o proprietário possa gozá-lo de forma exclusiva, ou seja, sem concorrência dos demais. Porém, quando relacionado aos bens móveis, correlaciona-se mais à forma do compartilhamento do bem por vários proprietários do que ao seu objeto.

2.2.3 Hoteleira

A modalidade hoteleira até poderia ser uma subdivisão das duas primeiras já explanadas, societária e imobiliária, na qual um empreendimento hoteleiro utiliza-se de toda sua estrutura física no atendimento de seus clientes usuais e daqueles que fizeram adesão ao *timesharing*, através de contrato de compra e venda, tendo estes, direito ao uso das dependências do hotel, em data prefixada, de forma exclusiva e gratuita.

Acaba se tornando uma das modalidades mais complexas do instituto uma vez que não envolve a subdivisão dos direitos reais do direito civil brasileiro, mas também os âmbitos administrativo, consumidor, trabalhista, tributário, empresarial e urbanístico.

Defende-se que este modelo só se torna viável face à seriedade e o compromisso que estes empreendimentos hoteleiros têm com sua administração e gestão, pois, aliado ao fato de que já estarem acostumados ao gerenciamento de transações complexas, o vínculo agregado pelos multiproprietários, ou seja, aqueles adquirentes de títulos, contratos de *timesharing*, à instituição acaba se tornado apenas mais uma de suas responsabilidades, sendo um chamariz aos investidores que estão sempre em busca de investimentos que repassam segurança e seriedade.

Em contrapartida, o empreendimento tem a possibilidade de aumentar sua rentabilidade, haja vista que os apartamentos que não utilizados pelos respectivos hóspedes podem ser utilizados pelos multiproprietários, atingindo sua capacidade máxima de operação, otimizando receitas e despesas.

Por conseguinte, também acaba se tornando atrativo aos investidores na medida que com o advento da globalização os hotéis passaram a ter sede em diversos países do globo, assim, muitos empreendimentos possibilitam que ao fazer adesão ao *timesharing* o multiproprietário possa escolher utilizar seu período de gozo em um hotel, pertencente ao mesmo grupo empresarial, em outro país do globo, ampliando, também, as possibilidades de destinos em suas férias.

2.2.4 Como direito real sobre coisa alheia

A quarta e última modalidade não diferente em sua totalidade da terceira, acima mencionada, segundo Gustavo Tepedino caracteriza-se pelo, "direito de utilização de um

imóvel por turnos de uma semana, recorrentes a cada ano, em caráter perpétuo ou por tempo determinado, sendo o empresário do imóvel e gestor do empreendimento.”³⁸²

Esta modalidade é tão bem sucedida quanto a anterior que versa sobre o mercado hoteleiro, mas, especificadamente, seu objeto versa em imóveis simples; como um apartamento na praia, uma casa de campo, para lazer ou gozo das férias, e, seu sucesso é vinculado justamente à possibilidade dada àqueles que não tem condições de adquirir um imóvel para tais fins sozinhos, seja pelo custo da aquisição ou da manutenção.

2.3 O TIMESHARING PELO MUNDO A FORA

Neste ponto daremos início aos exemplos de *timesharing* adotados por diversos países do globo.

2.3.1 O Modelo italiano

A Itália vivenciou com o passar dos anos desde a criação do instituto as modalidades acionária (no âmbito do direito societário), imobiliária e hoteleira, cada uma destas surgida como uma forma de amadurecimento das formas anteriores.

O início foi dado com a modalidade societária, na qual um grupo de pessoas constituíam uma sociedade anônima, que emitia ações ordinárias e preferenciais, com finalidade do aproveitamento de um bem pretendido.

No que se refere às ações de caráter ordinário ou preferencial, estas permitem aos seus adquirentes somente o direito de uso do referido bem e aquelas concedem não só direito de uso em turnos pré-definidos, mas também, a participação na gestão social do mesmo. Em suma, o multiproprietário não passa de um sócio acionário detentor de um direito obrigacional da sociedade.

Como se vê, a forma societária não cria vínculos de natureza real e sim societário, podendo induzir a erro o adquirente, ao interpretar que se trata da aquisição de uma propriedade.

Haja vista tratar-se de uma sociedade, os interesses individuais são pormenorizados em detrimento do ganho da sociedade, neste sentido diz Gustavo Tepedino:

O multiproprietário acionista sujeita-se, fundamentalmente, aos destinos da sociedade. O seu direito, em última análise, torna-se vulnerável à eventual alteração da destinação do complexo

³⁸² TEPEDINO, 1993, p. 4

imobiliário ou das regras originárias, por força da decisão administrativa, contra a qual só restaria aos acionistas multiproprietários o direito de recesso. Observou-se, ainda, em doutrina, a possibilidade de dissolução social, a qualquer momento, por decisão da assembleia, ou anteriormente ao período previsto originalmente para o funcionamento da sociedade, quando o contrato estipula prazo determinado.³⁸³

Por conseguinte, ainda como malefícios, a sociedade, por descontrole, pode acabar vendendo mais quotas acionários do que sua capacidade, causando prejuízo no planejamento do uso nos períodos de tempo disponíveis do bem do multiproprietário.

A decretação da falência da pessoa jurídica, e conseqüentemente, prejuízo ao acionista, ou até mesmo o uso do bem pelo sócio em caráter indiscriminado, como se único proprietário fosse, levaram à soma de motivos que levaram à descrença desta modalidade.

Por outro lado, a doutrina italiana contesta a constituição de pessoa jurídica sem fim lucrativo, cuja finalidade seja a administração e o gozo do patrimônio social, não caracterizando esta como direito obrigacional, como visto acima, e sim uma modalidade de condomínio ordinário, nos moldes do artigo 2.248 do então Código Civil Italiano.³⁸⁴

Seja pelos problemas acima arguidos, ou, ainda por descrença, restou inviabilizada a continuidade desta modalidade, sendo gradativamente substituída pela imobiliária.

De forma intermediária, após o insucesso da forma societária, o ordenamento italiano criou a modalidade imobiliária, cuja forma também estabelece o uso comum de um bem por vários multiproprietários em lapsos temporais pré-determinados, recorrentes todo ano, por tempo indeterminado, contudo, de duas diferentes formas: a aquisição de uma compropriedade de todo complexo imobiliário, ou, a constituição de um condomínio especial.

Na primeira, conforme dito acima, há a aquisição de uma compropriedade representada por todo um complexo imobiliário, mas as regras de conduta, bem como os turnos de cada multiproprietário são realizados através da assinatura de um pacto de utilização da coisa comum.

A segunda formaliza-se através da constituição de um condomínio especial, cada

³⁸³ TEPEDINO, 1993, p. 12.

³⁸⁴ CAPARELLI, Piercalo; SILVESTRO, Paolo Multiproprietà. In: *Dizionario del diritto privato*; diritto civile. Coord. Natalino Irti. Milano: Giuffrè, 1980, v. 1, p. 578.

unidade habitacional é dividida em compropriedade ordinária, todos os comproprietários são donos das unidades comuns, delimitando-se o período de uso das unidades comuns a cada condômino, dividindo-se as áreas comuns em tantos ciclos anuais forem os seus titulares.

Chega-se à conclusão que ambas modalidades de *timesharing* imobiliário italiano baseiam-se na assinatura de uma espécie de 'pacto' que assegura o respeito não só às normas administrativas, mas também delimita os turnos e certifique seu cumprimento.

O problema da falta de segurança jurídica existente na modalidade societária, previamente explanada, foi resolvida nesta; pois ao aderir a um *timesharing* imobiliário, o adquirente passou a ter o direito de transferi-lo de forma *inter vivos* ou *mortis causa*, atraindo mais investidores para comprá-lo, e, por conseguinte, cada adquirente passou a ter certeza do período de seu direito exclusivo ao gozo do bem.

Por fim, a última variante italiana, a hoteleira, se estabelece através da junção das formas imobiliária e societária, dependendo da situação. Em linhas gerais, uma pessoa adquire o direito de utilizar as dependências do empreendimento hoteleiro, em período pré determinado, que se repete todo ano, por tempo indeterminado.

O aproveitamento do bem pode dar-se pela aquisição do direito de uma quota-ideal do mesmo ou de uma ação correspondente ao direito de fruição do mesmo.

Em linhas gerais, não há diferenciações do contexto do *timesharing* hoteleiro italiano e a modalidade padrão explanada no início deste capítulo, os adquirentes vão ter o direito de aproveitar dos recursos do hotel, e, este, ao mesmo tempo, otimizará suas despesas, proporcionando uma lotação próxima da máxima, inclusive nos períodos de baixa temporada.

Por fim, o direito do multiproprietário não é absoluto, pois ele tem um prazo para notificar o hotel acerca de sua intenção de utilizar ou não um apartamento no seu período estabelecido, não tendo interesse ou não respondendo, o direito decai, sendo tal apartamento repassado ou a outro multiproprietário ou a algum hóspede ordinário, sendo mais uma forma encontrada pelos empresários italianos para maximizar seus ganhos.

2.3.2 O Modelo francês

O *timesharing* francês afastou-se significativamente das modalidades imobiliárias, que se aproximam dos direitos reais, dando lugar e preferência à modalidade societária, embasada nos direitos pessoais.

Conforme exposto na introdução da presente monografia, o *timesharing* surgiu na França em meados de 1920, como forma de constituição de sociedades para construção

de condomínios edifícios, sem alguma legislação que fundamentasse este negócio jurídico, submetendo-se ao ordenamento jurídico já existente.

Neste diapasão, existiam duas modalidades jurídicas de construção de tais condomínios, o Método de Paris e o Método de Grénoble.

No método de Grénoble a compropriedade originava-se de uma construção coletiva, na qual partilhavam-se a compra do terreno, repartiam as respectivas frações entre os condôminos, procedendo-se à construção da acessão física ao terreno, ou seja, a obra propriamente dita. Tal método condizia às formas do condomínio ordinário do Código Civil Francês vigente à época.

Já no método de Paris constituía-se uma sociedade cuja finalidade era, também, a construção do edifício, mas, findado esta, transferia-se o bem imóvel do capital social da sociedade para co-titularidade dos condôminos.

Até mesmo pela simplicidade, o método de Grénoble favorecia pequenas construções, principalmente, porque na época vigia a necessidade de unanimidade para as deliberações administrativas do mesmo, ficando totalmente inviável a gestão de um empreendimento de grande porte, não atendendo os anseios comerciais.

O método de Paris favorecia grandes empreendimentos, diante da facilidade de crédito que poderiam obter através das portas que lhe eram abertas pela constituição da sociedade. Contudo, no decorrer dos anos, verificou-se que tal sociedade indispunha de fins lucrativos e não visava a partilha dos resultados sociais, sendo unicamente, uma sociedade destinada ao gozo do imóvel pelos seus membros.

A falta de normatização para regulamentar as relações entre os condôminos, levou o legislador francês a editar a Lei de 28 de junho de 1938, destinada a regulamentar o status da co-propriedade dos imóveis divididos por apartamentos, lei esta que possibilitou o desenvolvimento posterior do regime da multipropriedade, a partir de 1967, criando as chamadas sociedades de atribuição, destinadas à construção dos condomínios edifícios, "mediante aporte financeiro dos sócios e à atribuição dos respectivos títulos de propriedade das unidades habitacionais, em sistema de condomínio, ao final da obra, como no método parisiense."³⁸⁵

Por conseguinte, ainda na tentativa de melhorar o instituto, foi editada a Lei n. 86-18, de 16 de janeiro de 1986, cujo teor versava exclusivamente sobre os contratos de *timesharing*, e, a Lei n. 71-579, de 16 de julho de 1971, relativa às diversas possibilidades

³⁸⁵ TEPEDINO, 1993, p. 24.

de construção.

Nas palavras de Gustavo Tepedino os objetivos com a Lei de 1938 eram os seguintes:

O legislador, para viabilizar tal método de construção, pretendeu dirimir os inconvenientes antes apontados, abrindo duas exceções ao regime societário ordinário. Declarou, de uma parte, a validade das sociedades constituídas exclusivamente para a construção e utilização dos bens sociais pelos sócios, ainda que sem qualquer escopo de repartição de lucros.³⁸⁶ De outra parte, admitiu, nesta espécie societária, a compulsoriedade dos aportes suplementares que se fizessem necessários para a construção. De modo que, sob pena de exclusão por inadimplemento, ficavam os sócios obrigados aos "appels de fond supplémentaires, nécessités par la réalisation effective de l'objet social, [ou seja, às chamadas de capital suplementar, necessários à realização efetiva do objeto social], (artigo 2º da Lei de 28 de junho de 1938), não obstante já houvessem conferido integralmente os aportes correspondentes à sua participação social, fixados no contrato social do estatuto.³⁸⁷

Dessa maneira, o legislador francês destinou a possibilitar a construção de tais imóveis, oportunizando a extinção da sociedade logo após o término das obras e a venda das unidades, correspondentes às frações idéias do terreno.

Saindo da seara da construção do empreendimento e partindo para o respectivo gozo rotativo do bem, a fim de garantir o chamado *droit d'usage et de séjour successif et périodique*, da tradução livre de, direito de uso e estadia sucessiva e periódica, representado pela estabilidade entre o multiproprietário e o imóvel; constituía-se, então, uma sociedade de atribuição, de duração de 99 (noventa e nove) anos, cujo objetivo era justamente o aproveitamento econômico das unidades autônomas pelos sócios, de acordo com a rotatividade anual previamente estabelecida.

A constituição de uma sociedade para garantia dos direitos de cada multiproprietário demonstra o caráter pessoal do instituto francês, sujeito ao regulamento

386 Aduz o artigo 1º da Lei de 1938: "são validamente constituídos, sob diferentes formas reconhecidas pela lei, mesmo que não tenham elas por fim partilhar lucros, as sociedades que têm por objeto quer a construção ou a aquisição de imóveis tendo em vista a sua divisão por frações destinadas a ser atribuídas aos associados em propriedade ou em gozo, quer a gestão e a manutenção desses imóveis assim divididos" (Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses, trad. Souza Diniz, Rio de Janeiro, Record Ed., 1962).

387 TEPEDINO, 1993, p. 25.

dos bens móveis, característica esta que distancia da modalidade imobiliária adotada pela maioria dos países, embasada no direito real da propriedade.

Mas, então, por que não teria vingado a modalidade imobiliária no ordenamento francês? Talvez a rigidez do Código Civil Francês de 1939 tenha sido a maior culpada.

Embora na atual conjuntura, o ordenamento francês seja outro, há de se convir que a concretização de qualquer instituto requer tempo, e, já na época de sua instauração, a hipótese imobiliária não foi formulada. Pode ser adicionado a este motivo o fato do ordenamento civil francês ser taxativo no que se refere aos direitos reais, "bem como a inadequação da disciplina do condomínio, levando-se ainda em conta a necessidade de se agregar, ao gerenciamento do imóvel em *timesharing*, a complexa estrutura de serviços, ausente no condomínio de edifícios."³⁸⁸

2.3.3 O Modelo espanhol

Na Espanha o instituto carece de disciplina legislativa específica ou de um direcionamento doutrinário pacificado.

Majoritariamente apresenta a modalidade imobiliária, através da co-titularidade do domínio, assim como na Itália. Após a construção da edificação cria-se um condomínio edilício, formado por unidades individuais, cada uma delas atribuída a um grupo de multiproprietários, cuja definição do período de gozo de cada um deles é realizado mediante pacto de divisão por turnos de utilização da respectiva unidade.

Na medida em que presenciaram o fracasso da modalidade societária francesa, este modelo garante a situação jurídica do multiproprietário, na medida em que há o registro do título aquisitivo, bem como, a possibilidade de transmissão direito *inter vivos* e *causa mortis*.

Haja vista à falta de regulamentação legislativa, doutrina e jurisprudência têm atribuído natureza condominial, não só ao instituto, bem como, à situação jurídica do multiproprietário.

2.3.4 O Modelo português

Em Portugal as primeiras experiências do instituto são datadas na segunda metade da década de 70. Contudo, nesta época, não obteve muito sucesso face à desconfiança diante da falta de garantias quanto à durabilidade e liquidez do investimento.

³⁸⁸ Ibid., 1993, p. 28.

Com o passar dos anos, os portugueses passaram a aplicar suas poupanças, na construção de imóveis urbanos, até mesmo nos clandestinos, atraídos por um título imobiliário pensado àqueles que indisponham de capital suficiente para a aquisição de imóveis, disciplinado pelo Decreto-Lei n. 355/81, de 31 de dezembro de 1981.

A partir deste Decreto-Lei nasceu o direito real de habitação periódica, nome com o qual o *timesharing* ficou conhecido em Portugal. Tratado como direito real sobre coisa alheia, o qual ao investidor é transferido uma situação real sem necessidade de lhe deferir o domínio, por uma fração de tempo correspondente a uma semana por ano, em caráter limitado ou perpétuo.

2.3.5 O Modelo inglês

Acerca deste modelo a doutrina nos apresenta poucos relatos. No entanto, através do *Timesharing Act 1992*, legislação sobre o instituto, o considera como um direito de uso de natureza contratual.

No mesmo sentido, em 1997, o *Consumer Protection – The Timesharing Regulations*, mantém a mesma consideração, direito de uso de natureza contratual.

2.3.6 O Modelo austríaco

A Lei n. 32 de 1997 regulamenta o *timesharing* na Áustria até a presente data. Seu artigo 2º o considera um direito de uso a tempo parcial, como direito real concedido ou obrigatório para gozo, de forma cíclica e limitada, ou seja, um direito de uso de bens imóveis, a tempo parcial.

2.3.7 O Modelo americano

Diferentemente dos demais países, quando a doutrina estuda o *timesharing* nos Estados Unidos da América, chegam a conclusão que o legislador americano despreocupou-se em definir sua natureza jurídica, mas sim, estabelecer um forte sistema que proteja seus adquirentes e usuários.

3. ASPECTOS GERAIS DA PROPRIEDADE

Embora o objetivo do presente estudo seja a análise do instituto sob a ótica do direito do consumidor, a análise do instituto perante a legislação civil é indissociável à integral satisfação de direitos consumeristas, e, como será visto futuramente, pela teoria do diálogo das fontes, normas jurídicas não se excluem, mas se complementam, na tutela integral da satisfação do direito do consumidor prejudicado.

A propriedade, perante o Código Civil é estudada sob a ótica dos direitos reais.

Neste sentido, segundo Caio Mário da Silva Pereira, a raiz histórica do nosso instituto de propriedade, inclusive seu caráter individual, adveio do Direito Romano.³⁸⁹ Nesse cenário inicial, tratava-se de um direito exclusivo aos cidadãos romanos, cujo objeto também era delimitado ao solo romano.

Com o passar dos anos, fatos históricos como a invasão dos bárbaros Germanos, a instituição da monarquia absoluta, a Revolução Francesa e até a contemporaneidade vem moldando seus aspectos gerais, chegando a uma conjuntura, a qual, hoje não se obtém estabilidade, pois, regimes jurídicos e políticos os modificam de acordo com seus interesses gerais, sob a argumentação do primado da ordem pública sobre o princípio da autonomia da vontade.

Em síntese, hoje, a propriedade individual não detém o mesmo conteúdo de sua origem, principalmente, porque, tais mudanças são conseqüências da evolução da humanidade, ou seja, algo totalmente natural. Mas, mesmo assim, reconhece ao *dominus* o poder sobre a coisa, e, este reúne os mesmos atributos originários - *ius utendi, fruendi et abutendi*, ou seja, direito de usar, gozar e dispor da coisa.

Na atualidade, não só o domínio, mas seus atributos originários sofrem intervenções legais tendentes a evitar abusos e 'que o exercício do exercício de propriedade se transforme em instrumento de dominação,'³⁹⁰ crescendo os processos expropriatórios, sujeitando a coisa ao interesse público, não particular.

Tal interesse social na sociedade brasileira é fruto da função social da propriedade, trazida ao ordenamento jurídico nacional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que a inseriu entre os princípios gerais da atividade econômica, no mesmo patamar da propriedade privada, em seu artigo 170, *in verbis*.

[...] artigo 170, CF.: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...];

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

389 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014a, p. 68.

390 Ibid., 2014, p. 70

[...]

Por fim, analisando, como era o instituto da propriedade e sua atual situação, percebe-se uma total inversão de valores, totalmente distanciada dos conceitos clássicos e externalizada, no âmbito jurídico nacional, pela Constituição Federal.

Acerca da definição de propriedade, novamente, Caio Mário da Silva Pereira, refletindo sobre as obras de Pugliatti, Natoli, Planiol, Ripert e Boulanger, chega a conclusão que propriedade não se define, se sente.³⁹¹ Desde o maior dos intelectuais até o mais simples dos seres humanos, inclusive crianças, tem em suas entranhas o sentimento de “seu e meu”, defendendo, a perda de sua posse, mesmo desconhecendo a relação jurídica dela proveniente.

Nosso legislador não conseguiu definir o que seria propriedade, bastou, apenas, no teor do artigo 1.228, argüir que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

O teor do artigo supracitado nada mais representa do que os atributos da propriedade, explanados no anteriormente, e, neste sentido, **quando os quatro atributos estão reunidos em uma mesma pessoa, têm-se a propriedade plena, plena in re potestas. Na medida em que um destes atributos ou faculdades são transferidos a outrem, têm se a constituição de um direitos real.** Mas, é necessário salientar, que tal transferência, dentro dos direitos reais é exceção, pois o direito de propriedade é uno, sendo sua conjuntura natural a plenitude e a exclusividade, no teor do artigo 1.231 do Código Civil.

3.2. DOS DIREITOS REAIS

Conceituar direito real de forma concreta e concisa não é tarefa fácil, o próprio legislador, como se verá detalhadamente adiante, ao formular o teor do artigo 1.225 do Código Civil, voltado justamente à matéria em questão, bastou-se ao citar qual é sua composição, mas não uma definição facilmente interpretativa.

Dentre os doutrinadores da área, àquele que chegou mais próximo da conceituação do instituto foi Cunha Gonçalves, cujo estudo aduz que direito real “é a relação jurídica que permite e atribui a uma pessoa singular ou coletiva, ora o gozo completo de certa coisa, corpórea ou incorpórea, incluindo a faculdade de alienar, consumir ou destruir (domínio), ora o gozo limitado de uma coisa, que é propriedade conjunta e indivisa daquela e de outras pessoas (copropriedade) ou que é propriedade de

391 PEREIRA, 2014a, p. 74.

outrem (propriedade imperfeita), com exclusão de todas as demais pessoas, as quais têm o dever correlativo de abstenção de perturbar, violar ou lesar, ou do respeito dos mesmos direitos.”³⁹²

Por conseguinte, conforme citado acima, o artigo 1.225 traz o conceito legal de direito real, como se vê abaixo:

artigo 1.225, CC.: São direitos reais:

I – a propriedade;

II – a superfície;

III – as servidões;

IV – o usufruto;

V – o uso;

VI – a habitação;

VII – o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII – o penhor;

IX – a hipoteca;

X – a anticrese;

XI – a concessão especial de uso especial para fins de moradia;

XII – a concessão de direito real de uso, e

XIII – laje.

Para o ordenamento jurídico nacional, o artigo supra é taxativo, qualquer limitação ao direito de propriedade que não esteja em seu conteúdo é tratado como natureza obrigacional, pois, é vedada a constituição de direito real sem previsão legal.

Então, a falta de ordenamento jurídico caracteriza a natureza obrigacional da limitação ao direito de propriedade constituído *inter partes*, haja vista o entendimento do legislador é de que os direitos pessoais não são delimitados legalmente, bastando-se que

³⁹² GONÇALVES, Luis da Cunha. *Da propriedade e da posse*. Lisboa: Edições Ática, 1952, p. 53.

as partes sejam capazes, seu objeto lícito, possível e determinável e forma não vedada em lei, conforme artigo 104 do Código Civil.

Dando continuidade, Lafayette Rodrigues Pereira entende que “o domínio é suscetível de se dividir em tantos direitos elementares quantas são as formas por que se manifesta a atividade do homem sobre as coisas corpóreas. E cada um dos direitos elementares do domínio constitui em si um *direito real*. tais são o direito de usufruto, o de uso, o de servidão. Os direitos reais, desmembrados do domínio e transferidos a terceiros, denominam-se direitos reais na coisa alheia (*jura in re aliena*).”³⁹³

No que se refere à sua aquisição, o direito civil brasileiro não dispõe de uma forma unitária para todos os bens, havendo uma modalidade para os bens móveis e outra para imóveis, sendo a variante destes, um pouco mais complexa, comparada a daqueles, pois, conforme visto anteriormente, o ser humano desde os primórdios deu elevada atenção e proteção à propriedade imobiliária, e, tal postura legislativa garante uma maior segurança a estes negócios jurídicos.

De acordo com o artigo 1.227 do Código Civil, os imóveis constituídos, ou transmitidos por atos inter vivos, só adquirem eficácia de direito real após o devido registro do respectivo título no Cartório de Registro de Imóveis, salvo casos extraordinários, expressos em lei, e, conforme aduz o artigo 1.226 do mesmo *codex*, a própria tradição/transmissão é válida como constituição de aquisição de direito real.

3.3. DOS ATRIBUTOS DOMINIAIS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

3.3.1 Direito de usar – ius utendi.

Consiste na faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação na sua substância, ou seja, o proprietário pode servir-se pessoalmente de seu bem, ou, cedê-la a um terceiro. Caso não deseje utilizá-lo, também tem a faculdade de deixá-lo inerte, pois, usar não é apenas servir das qualidades da coisa, mas também, deixá-la apta para uso. Entretanto, ao optar por deixá-lo inerte, desrespeita a função social da propriedade, podendo sofrer as sanções previstas para reverter este quadro.

Deve-se ressaltar que por mais direito que o dono possa ter sobre a coisa, quando fala-se em direitos de propriedade, seu uso não pode sobressair aos direitos previstos em lei especial, fauna, flora, belezas naturais, equilíbrio ecológico, patrimônio histórico e artístico, bem como, dirigido no propósito de ser nocivo a outrem, conforme o artigo 1.228, parágrafos 1º e 2º do Código Civil.

393 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003, t. 1, p. 28.

Vejam os entendimentos de Caio Mário da Silva Pereira sobre os parágrafos do dispositivo supracitado:

Nesta submissão sobreleva o conceito de função social, mais determinável pelo aspecto negativo, de sorte que o dominus não faça de seu direito um instrumento de opressão, nem leve o seu exercício a extrair benefícios exagerados, em contraste com a carência circunstante. Destoa, da noção encrustada no parágrafo, que o proprietário use egoisticamente seu direito em detrimento da coletividade, extraíndo da coisa proveito que importe em sacrifício do maior número.³⁹⁴

Seu posicionamento pode ser comparado com o pensamento do legislador brasileiro, influenciado pelos direitos advindos da Constituição Federal de 1988, os quais, por mais esforços que existam para que a propriedade particular seja protegida e mantida, ocorrendo um exercício arbitrário do direito de uso, o Estado lhe tolhe em benefício dos direitos da coletividade, priorizando a harmonia comum.

3.3.1 Direito de gozar – ius fruendi.

Embora gramaticalmente uso e gozo possam ser sinônimos, quando se fala em direitos reais, ambos não possuem o mesmo significado.

Dentro dos direitos reais o gozo correlaciona-se com o aproveitamento dos frutos advindos da propriedade, sejam naturais, *quidquid nasci et renasci solet*, ou, civis.

3.3.2 Direito de dispor - ius abutendi.

Nas palavras de Hedemamm, quem dispõe da coisa mais se revela dono do que aquele que usa ou frui.³⁹⁵ Neste sentido, o direito de dispor é o poder de alienar a coisa a qualquer título – doação, venda, troca; quer dizer ainda consumir a coisa, transformá-la, alterá-la; significa ainda destruí-la, desde que não suceda de comportamento antissocial, nos mesmos moldes do explanado sobre as limitações do uso da coisa, decorrentes dos parágrafos 1º e 2º do artigo 1.228 do Código Civil.

Caio Mário da Silva Pereira traz uma única exceção ao direito de dispor daqueles que dispõem da propriedade plena, ou seja, com os 4 (quatro) atributos, a propriedade

³⁹⁴ PEREIRA, 2014a, p. 78.

³⁹⁵ HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Versión española y notas de Jose Luis Diez Pastor, Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 140.

resolúvel, ou seja, aquela que resulta de cláusula posta em título aquisitivo, pois, resolvido o domínio, os direitos reais constituídos durante sua vigência também são resolvidos.

Nos termos do artigo 1.359 do Código Civil, “resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar o poder de quem a possuía ou detinha”, em termos mais simples, desfeito o domínio, todos os direitos reais constituídos em sua vigência, assim, também o serão.

3.3.3 Reaver a coisa – rei vindicatio.

Direito de ação proveniente do Direito Romano, cujas diretrizes iniciais não permitiam àquele desprovido do direito a possibilidade de perseguir seu objeto em juízo.

Contemporaneamente, na realidade brasileira, mais uma vez através dos princípios provenientes da Constituição Federal de 1988, de forma mais precisa, em seu artigo 5º, inciso XXXV, todo direito é provido de ação que o assegura.

Neste sentido, haja visto que aos brasileiros é garantido o direito de propriedade, conforme visto acima, em nada serviria tal direito, caso não lhe fossem dados, também, a garantia de recorrer em juízo de alguém que injustamente possuísse suas coisas ou as detivessem sem justo título.

Pela vindicatio o proprietário vai buscar a coisa nas mãos alheias, vai retomá-la do possuidor, vai recuperá-la do detentor. Não de qualquer possuidor ou detentor, porém, daquele que a conserva sem causa jurídica, ou a possui injustamente.³⁹⁶

Embora possa parecer repetitivo e maçante, não há como desvincular os direitos de propriedade do novo ordenamento constitucional, principalmente porque o vigente Código Civil foi modificado, não só para regulamentar os atos da sociedade brasileira, já em descompasso com a legislação antiga, mas também para enquadrá-los na nova ordem constitucional.

Ainda que não haja muita correlação com objeto do presente estudo, não há como se estudar a *rei vindicatio*, sem ao menos citar, mesmo que de forma sucinta, a nova limitação a este atributo, advinda do artigo 1.228, § 4º e 5º do Código Civil, *in verbis*.

396 PEREIRA, 2014a, p. 79, grifo do autor.

Artigo 1.228, CC.: *O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*

§4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante;

§5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para registro do imóvel em nome dos possuidores.

Tal privação ao direito de reaver a posse da coisa gerou um *frisson* na doutrina e jurisprudência, na tentativa de se formalizar a natureza jurídica de tal inovação legislativa.

Neste mesmo diapasão, existem 4 posicionamentos: uma nova constituição de modalidade de desapropriação de direito privado; uma espécie de usucapião onerosa; modalidade de aquisição *sui generis* por interesse social, e, por fim, uma privação do direito do proprietário de reaver a posse da coisa, uma vez preenchidos os requisitos normativos previstos.

Posicionamentos a parte, por mais nobre que tenha sido a intenção do Poder Legislativo, os parágrafos em análise padecem de definição, pois, não demonstra referências para que se arbitre o tamanho a ser considerado apto para tornar-se objeto desta perda de direito de reaver, bem como, quem pagará tal indenização, já que Município, Estado e União não podem arcar com tal *quantum* por não fazerem parte de nenhum dos pólos desta lide, não podendo sofrer os efeitos desta possível sentença condenatória.

3.4 CLASSIFICAÇÃO

Do rol de classificações doutrinárias dos direitos reais, a mais pertinente, ao presente trabalho é aquela que os dividem entre direitos reais sobre coisa alheia e direitos reais sobre a própria coisa, que, de acordo com Sílvio Venosa, tal divisão obedece à possibilidade de desdobramento da titularidade do direito real, tornado limitado o direito

de propriedade.³⁹⁷

Direito real sobre coisa alheia trata-se de uma classificação inexistente no vigente Código Civil, haja vista que no Código Civil de 1916 o Título III do Livro II contemplava os direitos reais sobre coisas alheias, cuja abordagem trazia os direitos de gozo e fruição (Capítulos II a VII) e, por conseguinte, os direitos reais de garantia (Capítulo VIII).

No novo Código Civil tal classificação é inexistente, cabendo apenas à parte doutrinária do estudo do direito civil. No entanto, sua ausência não pormenoriza sua aplicação no direito, ficando a classificação legal atida apenas aos Direitos Reais de Gozo ou Fruição, Direitos Reais Limitados de Garantia e Direito Real de Aquisição.

No capítulo anterior, foi dito que quando todos os 4 (quatro) atributos da propriedade, (usar, gozar, dispor e reaver), estavam reunidos na mesma pessoa tinha-se a plenitude do direito de propriedade e quando algum deles era transferido a outrem formava-se um direito real sobre coisa alheia, ou, *jura in re aliena*.

São direitos reais sobre coisa alheia o usufruto, uso, habitação, as antigas enfiteuses (haja vista que o artigo 2.038 do Código Civil de 2002 proíbe a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, permitindo que as antigas existam até sua extinção), servidões, hipoteca, penhor e anticrese; os quais são divididos ainda, em direitos reais de gozo e de garantia.

A primeira categoria, de gozo ou fruição, são compostos aqueles que conferem ao usuário a possibilidade de uso e atividade efetiva sobre a coisa, ou seja, uso, habitação, enfiteuses e servidões. Na segunda e última, de garantia e de aquisição, o titular extrai modalidade de segurança para o cumprimento de obrigação.³⁹⁸ Neste diapasão, trata-se de uma garantia acessória à obrigação principal, adquirida pelo proprietário, cujo teor confere uma segurança ao cumprimento de tal negócio jurídico, ou seja, em caso de descumprimento, a constituição deste direito real garante o cumprimento da convenção, sendo compostas, pelo penhor, hipoteca e anticrese.

Por fim, quando os 4 (quatro) atributos da propriedade estão reunidos na mesma pessoa tem-se o direito real sobre coisa própria, representado pela própria propriedade.

3.5 NATUREZA JURÍDICA

Passado o estudo específico dos direitos reais, mesmo que o rol quanto aos direitos reais seja taxativo, defende-se a necessidade de que o *Timesharing* também seja enquadrado juridicamente, através de lei ordinária, como direito real sobre coisa alheia,

³⁹⁷ VENOSA, Sílvio de Sávio. *Direito Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Direito Civil; 5), p. 24.

³⁹⁸ VENOSA, 2012, p. 24.

principalmente como forma de trazer maior segurança jurídica aos consumidores, participantes de negócios jurídicos desta natureza.

Salienta-se, primeiramente, que diante de todas as modalidades apresentadas no primeiro capítulo, o presente trabalho não se aterá à modalidade societária, pois, além de não ter obtido muito sucesso nos países os quais a aplicaram, não ter se encontrado registros desta modalidade sendo utilizada em solo nacional, e, por fim, por tratar-se de direito pessoal e não real.

As outras modalidades, imobiliária, hoteleira e como direito real sobre coisa alheia, embora exista a ausência de previsão legal, analisando suas características essenciais, pode se concluir que poderia ser enquadrado como um direito real.

Do mesmo modo que o *timesharing*, também, ainda sem previsão legal, poderia ser compreendido como um direito real sobre coisa alheia, pois, os direitos reais sobre coisas alheias se constituem quando o proprietário desmembra o domínio de sua propriedade e o transfere a um terceiro, neste sentido, de acordo com todas as modalidades apresentadas no primeiro capítulo, com exceção da societária, ocorre a transferência do domínio da propriedade a um terceiro, independentemente da forma a qual tal transferência é realizada.

O exercício dos direitos relativos ao domínio (uso, gozo, fruição e disposição) fica restringido ao fator tempo, já determinado, e somente a ele, fora do tempo estabelecido, os mesmos direitos serão aproveitados por outrem.

Quando chega o período de direito do multiproprietário, este se 'coloca' na posição de 'proprietário', recebendo os atributos da propriedade, inclusive o domínio, podendo decidir se usa sua unidade autônoma, as áreas comuns, de acordo com as regras já pré-estabelecidas.

Optando por não utilizar o imóvel no seu período tem a faculdade de locá-lo a terceiro, sem precisar da vênua dos demais multiproprietários, pois o domínio do bem neste período é seu, pode também vender seu direito no imóvel para terceiro, relativos à sua unidade e partes comuns, restringido ao seu lapso temporal, mesmo que exista cláusula contratual em sentido contrário, pois como será verificado no capítulo seguinte, o direito do consumidor não está vinculado ao *pacta sunt servanda*, de modo que o consumidor não pode ser submetido a obrigações de natureza iníqua, abusiva ou desrespeito a boa-fé.

Não existem impedimentos para que também o direito de multipropriedade seja doado, legado ou transmitido através de *alienação causa mortis*, desde que realizado de

acordo com a legislação vigente sobre tais temas, e, neste último, nos mesmo moldes os quais o *de cuius* detinha em vida.

Em resumo, nas palavras de Dário da Silva Oliviera Jr e Victor Emanuel Christofari, “não se pode olvidar que cada multiproprietário é detentor de direitos sobre a sua ‘coisa’, ou seja, uma unidade (parte autônoma e parte comunitária) aliada a um tempo, e esse é seu *patrimônio* no complexo turístico. Assim, qualquer que seja o ônus, ou encargo, não pode ultrapassar essa quota, restrição indispensável ao respeito dos direitos dos demais condôminos.”³⁹⁹

Neste sentido, tal limitação é característica dos direitos reais sobre coisas alheias, pois a natureza do domínio não é modificada, o titular da propriedade fica privado de alguns dos poderes inerentes à propriedade, havendo dois titulares sobre a mesma coisa, em graus jurídicos diversos, o multiproprietário na vigência de seu direito sobre o bem e o próprio proprietário, antes, durante e depois do lapso temporal pertinente ao multiproprietário, consignando sua restrição durante o uso deste.

3.6 LIMITES AOS PODERES DE USAR, GOZAR E DISPOR DO MULTIPROPRIETÁRIO

Particularmente, por mais que o multiproprietário também possua os poderes de uso, gozo e disposição da propriedade, pela singularidade do instituto, tais autorizações alteram a concepção clássica/básica de domínio, ocorrendo, então a restrição deste, principalmente porque a principal destinação do instituto é turístico-residencial-empresarial.

Neste sentido, ao adquiri-lo o multiproprietário, não tem o condão de alterar a destinação do imóvel, devendo todos adquirentes se sujeitar a mesma norma, fato atípico às aquisições de direito de propriedade, principalmente, porque conforme dito acima sua finalidade é turístico-residencial-empresarial subordinada obrigatoriamente à uma atividade lucrativa que será também utilizado por outros multiproprietários ou clientes. Assim o titular não pode escolher outra modalidade de fruição que não seja a convencionalizada no contrato e desvie o imóvel das suas finalidades.

Por conseguinte, por mais que em tese o proprietário possa destruir seu imóvel, desde que nos moldes permissivos da legislação e não desrespeitando a função social da propriedade, o multiproprietário indis põe do *ius destruendi*, seja nas partes privativas ou comuns do empreendimento.

O multiproprietário também está impedido de realizar qualquer alteração no mesmo, inclusive benfeitorias, devendo cuidar da unidade imobiliária, desde a estrutura,

³⁹⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, Dário da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. *Multipropriedade (Timesharing): aspectos cíveis e tributários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 34.

conforme dito, até o mobiliário, pois a cada início de estadia o mesmo deve preencher uma ficha acerca deste inventário. Se ao final da mesma for encontrada qualquer irregularidade, ele pode ser obrigado a arcar com os custos de manutenção/reparo dos bens móveis, ou, até mesmo ser submetido à retenção de suas bagagens para satisfação dos mesmos, de acordo com as normas civis.

Embora o uso da unidade imobiliária seja livre, o multiproprietário não pode abrigar mais ocupantes que a unidade privativa possa dispor, seja convidados ou membros da família, sob a mesma justificativa de preservação do bem. Neste mesmo sentido, o titular também deve sair das dependências do imóvel em data e horário previamente estabelecidos, sob pena de pesadas multas cominatórias, por hora de atraso, perdas e danos, e, dependendo da gravidade até mesmo a caracterização de esbulho possessório.

O titular também não tem o direito de interferir na gestão do imóvel, que fica sob exclusividade do proprietário, seja pessoa física ou jurídica, até mesmo porque trata-se de um empreendimento cuja gestão demanda uma expertise especializada para não garantir sua perpetuidade e satisfazer não só os multiproprietários, mas também hóspedes ordinários e seus próprios funcionários. Tais limitações, no entendimento de Dário da Silva Oliviera Jr e Victor Emanuel Christofari, provocam, por outro lado, a delegação de imenso poder ao administrador e, de outro, a submissão do titular a uma disciplina condominial rígida, inexistente e sequer imaginável nas maneiras tradicionais de aproveitamento do domínio por seu único titular.⁴⁰⁰

Por fim, com relação ao poder de disposição do bem, os limites impostos ao titular vão de acordo com a convenção do empreendimento. Via de regra, ele tem total autonomia para alienar seu direito, seja a título oneroso ou gratuito, bem como cedê-lo para uso e fruição através de contrato, conforme visto no capítulo anterior. Por outro lado, a limitação imposta tem o condão de manter o controle entre os usuários e a administração, pois, a regra entre as convenções exigem a comunicação aos gestores dos atos de transferência. Ou, em casos mais extremos, mas que simbolicamente, também demonstra privações ao direito de dispor, a proibição de realizar cópias das chaves do apartamento.

3.7 TIMESHARING: DIREITO REAL SOBRE COISA ALHEIA OU COISA PRÓPRIA?

Durante o desenvolvimento do presente trabalho, na fase de estudo propriamente dita, foi verificada a identificação do *timesharing* como um condomínio, fato este que causa estranheza, haja vista, doutrinariamente dizendo, ser tratado como um direito real sobre

400 OLIVEIRA JÚNIOR; CHRISTOFARI, 2000. p. 37.

coisa própria, ou seja, *jus in re própria*.

Neste sentido, a primeira razão pela qual o timesharing deve ser dissociado do condomínio é o fato de que a relação condominial não pode ser tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, fato este que retira direitos e garantias aos consumidores, que via de regra, só tomam conhecimento deste instituto através de oferta, publicidade, geralmente em período de férias, quando se hospedam em empreendimentos acostumados com esta modalidade de negócio jurídico, ocasião de relativa hipossuficiência, por tratar de momento de lazer, em que relativiza-se conhecimentos anteriormente adquiridos, em benefício à descontração, relaxamento.

Em continuidade, o condomínio é um direito real originário, que manifesta a reunião dos atributos de uso, gozo, disposição e reivindicação, por outro lado, os direitos reais sobre coisa alheia só manifestam quando ocorre o desdobramento destes atributos do direito de propriedade, as faculdades contidas no domínio, cuja existência jamais será exclusiva.

Como então poderia o *timesharing* ser um direito real sobre coisa própria? A fim de elucidar este tema vejamos alguns entendimentos jurisprudenciais:

EMENTA. CIVIL COBRANÇA DE DESPESAS CONDOMINIAIS MULTIPROPRIEDADE TIMESHARING IMOBILIÁRIO A RESPONSABILIDADE DE CADA COPROPRIETÁRIO EM RELAÇÃO ÀS DESPESAS DA UNIDADE É PROPORCIONAL À SUA FRAÇÃO - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. O prazo prescricional para cobrança de despesas condominiais, segundo entendimento firmado no e. Superior Tribunal de Justiça, é regulado pelo art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil.

2. Como forma de garantir a permanência do vínculo jurídico tal como idealizado, a solução inexorável é a de responsabilizar pessoalmente cada coproprietário tão somente pela quota proporcional das despesas condominiais, sendo certo que, na hipótese de inadimplemento, apenas sua fração ideal responderá pelo cumprimento da obrigação, pelo menos até que sobrevenha a extinção amigável ou judicial do condomínio, para aqueles que defendem a possibilidade.

3. Recurso conhecido para decretar a prescrição parcial da pretensão e, no mais, prover parcialmente o recurso do condomínio. **TJSP APL 37897920108260576 SP 0003789-79.2010.8.26.0576. Relator:**

Des. Artur Marques. Julgamento:30/07/2012. Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 31/07/2012.

EMENTA: AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TIME SHARING). ATRASO NA CONCLUSÃO DA OBRA. GOZO DO PERÍODO DE FRUIÇÃO A QUE FARIAM JUS OS AUTORES EM OUTROS IMÓVEIS. CONCORDÂNCIA QUANTO AO PROCEDIMENTO ADOTADO. PROVEITO ECONÔMICO COM O AJUSTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO MATERIAL. ENLEIO PRESERVADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O sistema **time sharing** ou multipropriedade imobiliária é uma espécie condominial relativa aos locais de prazer, pela qual há um aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento), repartido, como ensina Gustavo Tepedino, em unidades fixas de tempo, assegurando a cada co-titular o seu uso exclusivo e perpétuo durante certo período anual (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 4º volume. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 212).

2. Atrasada a conclusão do empreendimento múltiplo, com violação de cláusula específica, assistia aos autores o direito à resolução, ou então, perseguir o cumprimento do enleio, nos termos do art. 1.092 do Código Civil de 1916 (art. 475 do CC/2002). Exercida a fruição de férias em outros imóveis da rede, equivalente à segunda opção, sem indicativo de prejuízo até que o resort ficou pronto, e sem demonstração de impossibilidade do uso ulterior, observa-se proveito econômico bastante à rejeição do pedido de ruptura negocial lançado de forma tardia.

3. Recurso desprovido. **TJSC. Apelação Cível: AC 638305 SC 2010.063830-5. Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgamento: 01/02/2011. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil.**

EMENTA. DESPESAS DE CONDOMÍNIO - AÇÃO DE COBRANÇA - EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL - AFASTAMENTO MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA OU TIMESHARING - INSTITUTO QUE GUARDA SEMELHANÇAS COM O CONDOMÍNIO EDILÍCIO -

POSSIBILIDADE DE REGÊNCIA PELA LEI N. 4.591/64 - PRECEDENTES DESTA CORTE -SIMPLES LIMITAÇÃO TEMPORAL AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE USO DO IMÓVEL, SEM COMPROMETER O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE - ESTIPULAÇÃO EM CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO DEVIDAMENTE REGISTRADA - EXPRESSÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE DOS COMNDÔMINOS - MEIO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A COBRANÇA - DESPESAS COMUNS COM NATUREZA ANÁLOGA ÀS DESPESAS DO CONDOMÍNIO EM EDIFICAÇÕES - AÇÃO PROCEDENTE -INCIDÊNCIA DE ENCARGOS MORATÓRIOS AMPARADOS EM CONVENÇÃO CONDOMINIAL. Recurso provido. TJSP APL 992060663404 SP. Relator: DES. Edgard Rosa. Julgamento: 25/08/2010. Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 08/09/2010.

Pelo fato do *timesharing* não ser um instituto muito difundido no país, não há legislação nacional, nem extensas doutrinas brasileiras sobre o tema, e, as existentes antecedem o Código Civil de 2002. Neste sentido, sua natureza jurídica e alcance são de difícil delimitação.

As jurisprudências acima ratificam o entendimento de classificação do *timesharing* como uma relação condominial, representante dos direitos reais sobre coisa próprias. Passemos ao estudo do condomínio, os fundamentos da sua forma clássica e como sua teoria se constrói.

Primeiramente, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira, a ideia mestra do condomínio "está no exercício conjunto das faculdades inerentes ao domínio pela pluralidade de sujeitos, por tal arte que cada um deles tenha um poder jurídico sobre a coisa inteira, em projeção de sua quota ideal, sem excluir idêntico poder nos consócios ou coproprietários."⁴⁰¹

Por conseguinte, condomínio é transitório, seja em sua natureza em oposição à exclusividade da propriedade, seja porque desde os primórdios tem sido objeto de diversos litígios, os quais os legisladores, inclusive os brasileiros, tentam reprimir e cercear, instituindo no caso brasileiro, o artigo 1.320 do Código Civil o qual permite sua desconstituição por qualquer condômino, a qualquer tempo, ainda que o estado de comunhão tenha se dado através de doador ou testador, conforme os parágrafos 1º e 2º do mesmo dispositivo legal.

401 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014b, p. 52.

Por fim, a forma clássica de condômino também não pode dar a posse, o uso ou o gozo da propriedade a terceiros sem anuência dos demais condôminos, de acordo com o artigo 1.314 do Código Civil, nem alienar sua quota-parte a não condôminos, sem permitir o direito de preferência para adquiri-la aos outros coproprietários, vide artigo 1.322 do mesmo *codex*.

Agora no que se refere à propriedade horizontal, sua matriz diverge dos princípios tradicionais. De início, os direitos dos condôminos da forma edilícia, fracionada em apartamentos residenciais ou comerciais não se resumem a coisa toda, apenas sua quota ideal, além dos espaços comuns e aqueles necessários à consolidação da comunhão como fiação, encanamento e a própria construção, por exemplo. Contudo, seus poderes são mais importâncias naqueles relacionados aos exercidos exclusivamente sobre a sua fração da coisa, excluindo os demais condôminos.

Neste caso, diferentemente da forma tradicional o qual há a intenção de evitar a perpetuidade do condomínio, a comunhão permanente e perpétua é estimulada, cuja finalidade é a manutenção de sua estrutura jurídica, pois, "não será possível a conservação útil do complexo jurídico nem concebível a fruição da parte exclusiva de cada condômino sem a permanência do estado de comunhão. Em consequência, esta é a obrigatoriedade duradoura, em contraposição à comunhão clássica, que a lei quer transitória."⁴⁰²

Além do uso da coisa por si ou por outrem, o condômino também pode dar posse, uso ou gozo da propriedade a estranhos sem anuência dos demais, mas, tal direito pode sofrer restrição caso a convenção livre dos titulares assim decida. Por conseguinte, no que se refere ao terreno e as partes comuns não se pode destacar do direito exclusivo sobre a propriedade, muito menos o proprietário ser impedido de alienar sua unidade autônoma, sem a anuência dos demais.

Acerca de sua natureza jurídica, haja vista que juridicamente, o condomínio edilício também se trata de inovação jurídica, diversas correntes foram formalizadas, pelos diversos doutrinadores de peso do Direito, seja nacional ou internacional, desde aquelas que tentou aproximá-lo do teor proveniente do direito romano até outras que o trataram como figura nova de pessoa jurídica, por exemplo. No entanto, suas características próprias não podem ser ofuscadas pela antiga concepção de propriedade.

Trata-se de um conceito dominial novo, teoria embasada tanto por Caio Mario da Silva Pereira, quanto Orlando Gomes,⁴⁰³ cujos reflexos são objetos de uma combinação

402 PEREIRA, 2014b, p. 53.

403 Segundo Orlando Gomes em sua obra *Direitos Reais*, o condomínio edilício não é propriedade individual nem condomínio, mas as duas coisas ao mesmo tempo.

entre os conceitos de domínio singular e plural, ou, como preferir, domínio exclusivo e comum.

Neste sentido, caso não tratasse o condomínio edilício como novo conceito dominial, todos os direitos subjetivos presentes na propriedade exclusiva perderiam sua estabilidade caso não fosse exercido junto a existência do condomínio, pois o funcionamento do domínio tornar-se-ia inviável se não houvesse a propriedade coletiva ou a propriedade conjunta de todos sobre as áreas de acesso. Se não houvesse também a copropriedade do terreno, quanto à unidade autônoma, não seria possível a realização de sua construção.

Da mesma forma que o condomínio sobre subsolo, solo e áreas comuns, perderiam todo sentido caso também não houvesse a propriedade individual, representada por sua unidade autônoma.

Neste sentido, conclui novamente Caio Mario, “a propriedade horizontal e, portanto, um direito, que se configura com suas linhas estruturais definidas, próprias, características, peculiares, na aglutinação do domínio e do condomínio; da propriedade individual e da propriedade comum, formando um todo indissolúvel, inseparável e unitário. Os direitos do comunheiro sobre a sua unidade autônoma e sobre as partes comuns consideram-se então indivisíveis, não podendo ser cedidos separadamente [N.A.: Código Civil, art. 1.339, §1º].⁴⁰⁴

E continua, quando diz que:

somente esta simbiose orgânica dos dois conceitos, na criação de um direito complexo, é que oferece justificativa precisa aos direitos e aos deveres dos condôminos. Não é apenas uma propriedade mista, em que o domínio exclusivo vive ao lado do condomínio. Não é uma justaposição de direitos e de conceitos. É uma fusão de direitos e uma criação de conceito distinto. Não é, por outro lado, uma relação de dependência, em que um direito tem caráter principal e outro direito o tem acessório. [...] Há uma fusão de direitos, pela qual o mesmo sujeito é simultaneamente titular de uma propriedade e de uma copropriedade. Relação subjetiva uma, relação objetiva dicotômica.⁴⁰⁵

Por fim, conforme demonstrado, não há como se auferir prioridade e valoratividade na relação entre condomínio e propriedade horizontal, pois há dependência

404 PEREIRA, 2014b, p. 64.

405 Ibid., p. 65.

do solo em relação à construção, e vice-versa. Bem como não se pode dizer qual é a coisa principal e qual a acessória, não só porque a quota individual acompanha a unidade autônoma, mas também, porque o terreno figura entre as coisas inalienáveis, do domínio de todos os proprietários do prédio.

Analisado os aspectos jurídicos do condomínio clássico, bem como de sua forma edilícia, entendo que por mais semelhanças que possam existir, o *timesharing* não se trata de um condomínio, ou um direito real sobre coisa própria, como a doutrina entende como a classificação coerente ao condomínio.

Primeiramente, a diferença básica encontrada se apresenta na questão da propriedade e seus atributos. Quando se analisa o *timesharing* se verifica que o multiproprietário jamais será o dono do empreendimento e não terá a reunião dos atributos de uso, gozo, disposição e reivindicação reunidos na sua pessoa, enquanto no condomínio, o proprietário detém todos os atributos de sua unidade autônoma reunidos em si.

Os atributos da propriedade de uso, gozo e disposição do empreendedor são desmembrados de si e repassados ao multiproprietário, que passa a ter tais direitos somente à sua unidade autônoma, ou seja, o apartamento que utilizar e as devidas unidades comuns.

Por mais que no ato da aquisição do *timesharing* o comprador, hora multiproprietário detenha um direito cuja duração é posterior à sua morte (haja vista que pode ser transferido *mortis causa*) ou até sua transmissão *inter partis*, ele só se consuma em seu período aquisitivo, ou seja, no período contratualmente determinado, o qual o apartamento pertencente ao empreendimento terá o uso cedido ao multiproprietário. Fora deste período todos os atributos são reunidos novamente no proprietário, e, ou serão repassados a outro multiproprietário, caso seja o seu período, ou, permanecerão com aquele, caso o apartamento seja utilizado por um hóspede ordinário.

Os poderes inerentes à propriedade não são temporários no condomínio, enquanto o condômino for o titular do respectivo bem, bem como, seu exercício não sofrerá limitações, a não ser aquelas dispostas no ato constitutivo do condomínio, inclusive no que se refere ao alcance de seu domínio às áreas comuns do edifício.

Conforme visto anteriormente, o multiproprietário não tem autonomia para administrar o *timesharing*, sendo tal ato exclusivo do proprietário e os gestores por este nomeados. No entanto, no condomínio edilício, por mais que haja a figura do síndico, e, contemporaneamente, empresas prestadoras deste tipo de serviço, a administração fica sob encargo dos moradores, representados pela assembleia geral.

A responsabilidade civil entre os institutos também é diferente, pois, o proprietário empreendedor é o único responsável por qualquer ato ilícito cometido contra outrem, inclusive os trabalhistas perante os funcionários responsáveis pela manutenção do bem. O multiproprietário, neste caso, só fica responsável pelo pagamento das taxas relativas ao seu uso, para preservação do mesmo, mas, não só o condomínio, mas também os condôminos, individualmente, podem ser responsáveis por seus atos ilícitos.

Por fim, conforme demonstrado acima são várias as diferenças entre os institutos, sendo a mais importante delas àquela relacionada à propriedade e seus atributos. Todavia a caracterização do *timesharing* como um condomínio edilício, por mais que errônea, pode ser explicado através da origem das obrigações atinentes tanto ao multiproprietário quanto do condômino. Além de ambos pagarem taxas pelo uso ou conservação do bem e possuírem áreas comuns compartilhadas, ambos devem seguir uma cartilha de obrigações similares no que se refere ao uso de tais unidades. No entanto, geralmente o multiproprietário adere às condições propostas pelo empreendedor-proprietário, sem possibilidade de questionamento, até mesmo porque sua investidura dá-se através de contrato de adesão cujas cláusulas já delimitam seus direitos e deveres. Mas, quanto ao condômino, seus direitos e deveres são estabelecidos na assembleia de constituição do condomínio edilício, cujo alcance destes são objeto de questionamento entre todos os condôminos.

4. O Timesharing Sob a Ótica do Direito do Consumidor

Preliminarmente, antes de aprofundar-se no estudo da matéria do direito do consumidor face ao contrato de *timesharing*, há de se ter como premissa que o Direito do consumidor deverá ser promovido pelo Estado, na forma da lei, conforme garantia presente no Artigo 5º, XXXII da Constituição Federal, e, que a ordem econômica nacional tem por fim assegurar a todos existência digna, observando princípios, dentre eles, o da defesa do consumidor, conforme artigo 170, V, da Carta Magna.

Interessante frisar, antes do aprofundamento da temática consumerista, que a própria criação de seu instrumento normativo demonstra a vulnerabilidade trazida pelo legislador à questão, pois se está diante de um código de defesa e não simplesmente um *códex* relativo à normatização de negócios jurídicos entre empresas e consumidores, mas sim que sua base principiológica é a proteção do consumidor.

A importância da criação de normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, foi manifestada pelo Poder Constituinte, ao formular o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, obrigando a criação do Código de Defesa do Consumidor, cabendo a nós, operadores do direito ou não, defendê-las com todo rigor, diante da magnitude do tema exposto por nossa Constituição Federal.

Neste sentido, os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor afirmam que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final e fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Não obstante, serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista, conforme disposto no artigo 3º do mesmo dispositivo legal.

Deste modo, não restam dúvidas que aquele adquirente/contraente de um *timesharing* na modalidade hoteleira consubstancia-se na condição de consumidor, e, o contratado como prestador de serviços, configurando uma relação de consumo, independentemente do olhar doutrinário que recai sobre o instituto.

Em continuidade, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, seu artigo 6º afirma que é direito básico do consumidor a informação adequada sobre os diferentes produtos e serviços, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, dentre todas, aquelas pertinentes aos tributos e preço, modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua modificação por situações supervenientes que a tornem excessivamente onerosas.

Pelos motivos acima expressos torna-se necessária a análise jurídica desta modalidade contratual perante a esfera do direito do consumidor, pois a realidade brasileira ainda está vinculada ao desrespeito, violação e judicialização das relações de consumo, de modo que empresas não só desrespeitam a legislação a qual estão vinculadas, mas também se desinteressam em promover a satisfação dos vícios e defeitos de forma extrajudicial.

4.2 O Direito do Consumidor e o Diálogo das Fontes

Num primeiro momento, pode-se questionar, a necessidade de iniciar o estudo de um instituto sob a ótica do Código Civil, analisando-se, sobre tudo sua adequação a um direito real, não embasada em texto normativo, bem como, sua diferenciação com condomínio, condomínio edilício e direito de natureza pessoal e real, já que o objetivo do presente trabalho é justamente a explanação e elucidação de direitos do consumidor, que à primeira vista em nada se assemelha com o texto normativo civil.

Entretanto, a ideia de que as leis devem ser aplicadas de forma isolada umas das

outras é afastada pela teoria do diálogo das fontes, teoria esta totalmente harmonizada com a mensagem do Código de Defesa do Consumidor.

Idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg e trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a Teoria das Fontes surgiu para fomentar a ideia de que o Direito deve ser interpretado como um todo de forma sistemática e coordenada, ou seja, uma norma jurídica não excluiria a aplicação da outra, como acontece com a adoção dos critérios clássicos para solução dos conflitos de normas (antinomias jurídicas), idealizados por Norberto Bobbio.

Pela teoria, as normas não se excluíam, mas se complementarizavam. Nas palavras do professor Flávio Tartuce, “a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierarquia, especialidade e cronologia). Realmente, esse será o seu papel no futuro⁴⁰⁶”.

Neste sentido, através desta teoria, dentre todo o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se aplicar qualquer uma delas, que seja mais benéfica ao consumidor, mostrando-se totalmente permissivo o diálogo entre os dizeres do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.

Haja vista o Código de Defesa do Consumidor em seu capítulo sobre a proteção contratual do consumidor não mencionar e muito menos se aprofundar na proteção do consumidor em contratos de natureza semelhante ao aqui estudado, faz-se *mister* o intercâmbio de informações e normas jurídicas do instrumento normativo civil, vez que consumidores não deixarão de realizar contratos de *timesharing*, bem como defeitos e vícios nas relações de consumo não deixarão de ocorrer somente pela inexistência de texto normativo específico sobre o tema, e, o Poder Judiciário, uma vez provocado, tem o dever de promover a satisfação do direito prejudicado, independentemente da existência ou inexistência de lei sobre o tema, conforme entendimento extraído do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Ratifica-se, também, que a nova sistemática do direito brasileiro, não prevê mais a aplicação do *pact sunt servanda* sobre toda e qualquer circunstância, mas sim, a busca da equivalência e equilíbrio do direito e obrigações dos participantes do negócio jurídico.

No entanto, a hermenêutica do CDC não deve ser realizada de forma isolada, mas sim, em sua ideia geral, de modo que os dizeres do artigo 51, que manifestam sobre as nulidades de pleno direito, pois representam cláusulas abusivas, veda as obrigações que

406 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 2. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 66.

coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor, e, restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual.

Assim, de acordo com Silvio Venosa, “a prestação de serviços pode ser conceituada como o contrato sinalagmático pelo qual uma das partes, denominada prestador, obriga-se a prestar serviços à outra, denominada dono do serviço, mediante remuneração. [...] Trata-se de contrato bilateral, pois gera direitos e obrigações para ambas as partes e como decorrência é oneroso; consensual, por se aperfeiçoar com simples acordo de vontades, e comutativo, porque impõe vantagens e obrigações recíprocas que se presumem equivalentes, conhecidas pelas partes. Quanto ao objeto, conforme artigo 594 (antigo 1.216) absorve toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial⁴⁰⁷”. De modo que, o *timesharing* em sua modalidade hoteleira é formalizado através de um contrato de fornecimento de produtos e serviços, e, para melhor satisfação do direito do consumidor adquirente, é mediante sua constituição em direito real sobre coisa alheia, através de escritura pública, com seu devido registro, concedendo publicidade e segurança jurídica ao consumidor, mesmo não se tratando da aquisição de um bem imóvel, pois, se esta diante da transferência dos atributos da propriedade pelo titular ao multiproprietário, mesmo que por período determinado de tempo, configurando a realização de um direito real sobre coisa alheia.

4.3 Da Aparência e do Risco

Parafraseando Arruda Alvim, a vulnerabilidade é o traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos⁴⁰⁸, entendimento este representado pelo artigo 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor.

Antes de adentrar ao estudo dos vícios do produto e do serviço os quais os consumidores podem se deparar ao tornarem-se multiproprietários, é necessário ter como premissa que em defesa desta vulnerabilidade, lhe foram criados mecanismos, a fim de reduzir esta vulnerabilidade, inclusive econômica, face à dificuldade na produção de provas para defesa de seus direitos, dentre eles, a teoria da aparência e a teoria do risco.

Dentro do universo consumerista, não são poucas as vezes as quais uma pessoa aparenta ser detentora de um direito ou dever, agindo por sua própria responsabilidade,

407 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: contratos em espécie. V. 3. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 187 a 188).

408 ALVIM, ARRUDA. Código do Consumidor Comentado. 2ª ed. Revista dos Tribunais. 1995. p. 45.

quando não é, e não representa o verdadeiro titular, sendo que esta situação não hipotética é elucidada pela teoria da aparência, cuja configuração jurídica se dá quando “exista uma situação de fato que se apresente como situação de direito⁴⁰⁹”.

Tal teoria faz-se muito necessária quando grandes corporações administram tais empreendimentos turísticos, inclusive mediante *holdings* de modo que o consumidor acaba contratando o fornecedor prestador de serviço, de acordo com as referências obtidas, ou até mesmo o prestígio público da marca empresarial envolvida, sendo que, na prática, diante de uma falha ou vício na prestação do produto/serviço acaba encontrando os mais diversos entraves, mais precisamente as infundadas alegações de ausência de obrigação ou responsabilidade civil, decorrente da administração do *timesharing* decorrer de outra empresa pertencente ao mesmo grupo, ou não, a qual o consumidor sequer conhece sua procedência.

Neste mesmo diapasão, porém não menos importante, a teoria do risco se fixa no fato de que, se alguém se põe em funcionamento qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência ou a um erro de conduta. Ou seja, aquele que lucra com uma atividade, deve responsabilizar-se pelos riscos inerentes à mesma.

Por estas teorias, o consumidor está tutelado a reivindicar seus direitos à pessoa jurídica cuja aparência lhe revela ser a responsável pelos problemas vivenciados, ou aquela cujo proveito econômico ocorreu diretamente ou indiretamente aos valores pagos pelo produto e serviço e serviço adquiridos, sendo totalmente infundada qualquer alegação de ausência de responsabilidade fundamentada em administração de grupo diversa àquela mencionada em contrato.

4.4 Oferta e Publicidade

Na contemporaneidade, raríssima é a relação de consumo que se inicia sem uma oferta ou um encarte publicitário, seja mediante através de mídias sociais, jornais, rádio, televisão ou até mesmo, vendedores bem treinados, que partem do tudo ou nada para atrair consumidores em férias em *resorts* para adquirir títulos de *timesharing* em troca de altíssimas comissões.

Dentro das relações de consumo o *timesharing* tornou-se um diferencial nos lucros de grandes incorporações, aumentando a ocupação de apartamentos vagos em períodos de baixa temporada, vez que a maioria dos períodos aquisitivos somente são disponibilizados nesta época do ano, permitindo que não tenham perda de rendimento

⁴⁰⁹ RAO, Vicente. Ato Jurídico: São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 247.

durante a alta temporada.

Ainda, no que se refere ao início do negócio jurídico, o *timesharing* não diverge da maioria dos contratos de consumo, iniciando-se através de um contrato de adesão, cujo teor dos direitos e obrigações não são objeto de discussão ou questionamentos. Se o consumidor desejar adquirir um título, *a priori*, administrativamente, deverá submeter-se ao contrato padrão, cujo teor nem sempre está em consonância com o diploma consumerista.

Em qualquer ramo do direito brasileiro, seja ele público ou privado, ele será norteado pela boa-fé, e, no direito do consumidor tal premissa não é diferente, tratando-se da estrutura basilar de toda relação de consumo perfeita, isenta de vícios, defeitos e em perfeita consonância com direitos e garantias legalmente instituídos.

Sobre a boa-fé, Maria Helena Diniz afirma que ela é alusiva a um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade e na probidade (integridade de caráter), proibindo o comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes, no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias, inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente⁴¹⁰.

Tais obrigações acessórias são denominadas deveres anexos ao contrato e podem ser sintetizadas nas condutas de probidade, boa-fé, colaboração, informação e cuidado, e não estão unicamente restritas ao momento contratual, vinculando seu momento anterior, sua execução, nos casos de obrigações/prestações continuadas e sua conclusão.

Dentro deste regramento de obrigações anexas se incluem os institutos da oferta e publicidade trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 30 e 36. Por oferta entende-se o ato de oferecer, doar algo e está relacionada à disponibilidade de algo ou coisa, enquanto publicidade significa divulgar, tornar público.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece ser direito do consumidor informação adequada e proteção contra propaganda enganosa. Note-se:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III – A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características,

410 DINIZ. Maria Helena. Código Civil Anotado. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 218.

composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Artigo 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Portanto, como se pode notar é direito do consumidor ser garantido no tocante à oferta do produto, com informações corretas, sendo vedada a publicidade enganosa e abusiva.

O artigo 30, do CDC menciona que toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Analisando ambos dispositivos, conclui-se que toda a informação advinda da publicidade tem efeito de vinculação sob a oferta por ela proposta, mas, para que se tenha efeito legal, a oferta deve criar uma expectativa de cunho objetivo a respeito do produto ou serviço, e, a quebra desta, que enseja ao consumidor uma das opções presentes no teor do artigo 35 do CDC.

Compreende-se, assim que, em linhas gerais o nosso sistema não exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial, ou seja, capacidade de indução ao erro. É irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente.

Cláudia Lima Marques, no que tange à publicidade, assevera que:

"A publicidade é um meio lícito de promover, de estimular o consumo de bens e serviços, mas deve pautar-se pelos princípios básicos que guiam as relações entre fornecedores e consumidores, especialmente o da boa-fé. As relações de consumo, mesmo em suas fases pré-contratual ou como preferem alguns, extracontratual, devem guiar-se pela lealdade e pelo respeito entre fornecedor e consumidor." (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, 4. ed., p. 675).

Desta forma, o consumidor, multiproprietário em potencial muitas vezes se

submetem a ofertas cuja realidade não se comprova, caracterizando uma falha na prestação do serviço, ferindo o dever de qualidade o qual esperava com a aquisição deste produto/serviço.

De frente desta situação em potencial, determina o art. 48 do CDC que As declarações de vontade, constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos as relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos. De modo que, o consumidor lesado tem três opções, a exigência do cumprimento forçado a oferta e o aceite de outra prestação de serviço semelhante, seja pelos moldes administrativos, dentre eles, auxiliados pelo PROCON, ou a resolução do contrato, na via judicial.

Sobre a resolução do contrato, seja na esfera civil ou consumerista tal via de solução de litígios não é a regra, pois o atualmente entendimento jurisprudencial é sempre de tentar salvar o negócio jurídico, dentro do legalmente possível ao invés de resolvê-lo.

Em *prima facie* o descumprimento da oferta poderia ser semelhante ao enquadramento legal dos defeitos, falhas e vícios dos produtos e serviço, tutelados pelos artigos 12 a 25 do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, latente a falha na prestação do serviço, estes dispositivos de lei em nenhum momento asseguram ao consumidor a resolução do contrato, apenas a substituição/reexecução do produto ou serviço, a restituição dos valores pagos ou eventualmente o abatimento proporcional do preço.

Diverso é o entendimento do legislador sobre a oferta e publicidade, demonstrando a gravidade da lesão, pois nos termos do artigo 35, CDC, o consumidor lesado pela oferta está apto a requerer a resolução do contrato, com direito à restituição de qualquer quantia paga, corrigida monetariamente, sem mencionar o direito à indenização por danos materiais, fundamentando na comprovação das perdas e danos.

Necessário se faz mencionar o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quanto à oferta nas relações de consumo na jurisprudência abaixo mencionada:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO. COMPRA DE PRODUTO OFERTADO COMO REMÉDIO PARA EMAGRECIMENTO. INEFICÁCIA. PROMESSA DE EFEITOS NÃO EVIDENCIADOS. INDUÇÃO DO CONSUMIDOR A ERRO. ENGANOSIDADE. QUEBRA DA BOA-FÉ CONTRATUAL. ARTIGOS 4º, INCISO III, DO CDC E 422, DO CC. ABUSO DE DIREITO. CARÁTER VINCULATIVO DA PROPOSTA. ARTIGOS 30 E 37, DO CDC.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PRODUTO COM PUBLICIDADE SUSPensa PELA ANVISA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 38 DO CDC. DANO MORAL CARACTERIZADO. CONSTRANGIMENTO, FRUSTRAÇÃO, ANGÚSTIA E INDUÇÃO A ERRO APROVEITANDO-SE DA FRAGILIDADE E DA BOA-FÉ DE CONSUMIDORA HIPOSSUFICIENTE. FIXAÇÃO DO QUANTUM EM ATENÇÃO AOS CRITÉRIOS REGULADORES DA MATÉRIA, SOB O BALISAMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO DO VALOR DA VERBA REPARATÓRIA. PRECEDENTES DO STJ E DESTES TRIBUNAL. 1 A publicidade enganosa autoriza a rescisão do contrato quando impossível sua execução na forma divulgada (artigos 30, 35, inciso III e 37, todos do CDC), previsto o direito às perdas e danos face aos efeitos vinculantes da oferta. 2. A publicidade, como espécie de oferta, é tratada de modo especial no Código de Defesa do Consumidor dada sua evidente importância no mercado de consumo, definindo-se nas modalidades enganosa e abusiva, igualmente suscetíveis de consequências bastante severas quer no âmbito civil como no administrativo e penal. 3. Tudo que se diga a respeito de um determinado produto ou serviço deverá corresponder, exatamente, à expectativa despertada no público consumidor, com as consequências elencadas na seção II do capítulo V, das práticas comerciais. 4. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé, conduzindo-se sob critérios de honestidade, transparência e eticidade (artigo 4º, inciso III, do CDC e 422 do CC). 5. Constitui publicidade enganosa (artigo 37, § 1º, do CDC), o anúncio de empresa que oferta produto para emagrecer, desconsiderando proibição da ANVISA (suspensão), fazendo promessas de perda de 22 kg em um mês cujo resultado proclamado não foi obtido após cumprimento das orientações previstas. 6. O artigo 30 do CDC consagra o princípio da boa-fé que deve vigorar nas relações de consumo desde a fase pré-contratual, visando tal norma coibir os abusos praticados por intermédio do chamado marketing, obrigando o fornecedor a cumprir o prometido em sua propaganda. 7. A responsabilidade do fornecedor é objetiva pelos danos que causar ao consumidor, independente da existência ou não de culpa, na forma do artigo 18 do CDC, bastando para tanto a existência de nexo de causalidade entre o evidente vício do produto, e o dano causado. 8. O quantum fixado a título de dano moral deve apreciar o fato concreto, estando em conformidade com as circunstâncias específicas do evento, atentar para a situação

patrimonial das partes (condição econômico-financeira), para a gravidade da repercussão da ofensa, atendido o caráter compensatório, pedagógico e punitivo da condenação, sem gerar enriquecimento sem causa (artigo 884 do CC), levando-se em conta, ainda, a medição da extensão do dano de que trata o artigo 944 do Código Civil, específica em cada caso, sempre em sintonia com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em quantia que seja capaz de gerar efetiva alteração de conduta. 9. Com esses fundamentos, o montante de R\$ 40.680,00 (quarenta mil e seiscentos e oitenta reais) fixado na sentença deve ser reduzido para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação pelo dano moral pelo produto ineficiente, considerando que não há nos autos notícias de que tenha a autora tenha sofrido danos em sua saúde, senão a frustração psicológica, considerada a angústia, o constrangimento, o vexame, bem como a fragilização da pessoa humana com evidente indução ao erro para satisfação dos padrões de beleza proclamados e prometidos. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (TJ-RJ - APL: 00064784220078190206 RJ 0006478-42.2007.8.19.0206, Relator: DES. LUCIANO SILVA BARRETO, Data de Julgamento: 30/01/2014, VIGÉSIMA SEXTA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 21/02/2014 16:35).

Haja vista que nas relações jurídicas consumeristas, os contratantes devam pautar-se em certo padrão ético de confiança e lealdade, em atenção ao princípio da boa-fé, a conduta do consumidor deve sempre estar atento ao desrespeito a todos estes princípios, principalmente suas prerrogativas quanto ao descumprimento da oferta e publicidade.

4.5.1 Da Inversão *Ope Legis* do Ônus da Prova

Presente a relação de consumo, insta salientar que o Código de Defesa do Consumidor prevê duas distintas regras de julgamento/instrução no que se refere ao ônus probatório, a inversão *ope judicis*, decorrente do crivo judicial, ao identificar o preenchimento dos requisitos do artigo 6º, VIII, ou seja, verossimilhança das alegações e sua comprovada hipossuficiência, e, a inversão *ope legis*, decorrente da imposição legal, quando o direito discutido versa em fato do produto ou serviço ou publicidade (art. 12, § 3º, II; art. 14, § 3º, I e art. 38).

No campo legal, a inversão do ônus da prova, na esfera consumerista, é direito presente em seu artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor

afirma que é direito básico do consumidor, dentre outros, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Assim, denota-se que a inversão do ônus da prova, dentro da esfera consumerista, quando *ope judicis*, está fundamentada na plausibilidade da verdade ou da fraqueza econômica, aspecto fático ou mesmo técnico do consumidor.

Ainda sobre a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, sua vulnerabilidade é sempre presumida, independentemente de quem seja o consumidor e qual situação fática vivenciada, todos os consumidores são vulneráveis, conforme extraído do artigo 4º, I, CDC. Entretanto, no que se refere à hipossuficiência, que enseja a inversão *ope judicis* do ônus da prova, a mesma depende de prova, e, não é obrigatória.

Cláudia Lima Marques entende que vulnerabilidade significa uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção⁴¹¹.

Em continuidade, embora alguns doutrinadores digam que existem quatro modalidades distintas de vulnerabilidade, entende-se que a adequação correta dá-se no campo da hipossuficiência, haja vista esta depender de prova a objetivar a inversão *ope judicis* do ônus da prova. São elas: técnica, jurídica, fática/socioeconômica e informacional.

A técnica, afirma que o consumidor é frágil nos conhecimentos técnicos do produto ou serviço adquirido; a jurídica alega a fragilidade nos conhecimentos jurídicos e científicos; fática representa um aspecto frágil no aspecto econômico e situações peculiares ao caso concreto, e, a informacional, mais recente, mais recente, cujo teor manifesta uma fragilidade vinculada às informações veiculadas do produto ou serviço, conforme esclarecimentos prestados por Fabrício Bolzan⁴¹².

Exceção à regra, a inversão *ope legis*, obrigatória, decorrente do texto normativo, só está presente em 2 (duas) situações em nosso ordenamento jurídico, nos casos da responsabilidade pelo fato do produto e serviço, inerente a acidentes de consumo e falha do dever de segurança, nos termos do artigo 12 e 14, CDC, e, publicidade, nos

411 MARQUES. Cláudia Lima; BENJAMIN. Antônio Herman V.; BESSA. Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 87.

412 BALZAN, Fabrício. Direito do Consumidor esquematizado. 2ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

termos do artigo 38 do mesmo *códex*.

Neste sentido, em matéria de publicidade não se aplica a regra da inversão do ônus da prova disposta no artigo 6º do CDC, cuja inversão fica a critério do magistrado, mediante apresentação da verossimilhança das alegações e hipossuficiência e vulnerabilidade.

Outrossim, em qualquer disputa na qual se ponha em dúvida ou se alegue enganiosidade ou abusividade do anúncio, caberá ao anunciante o ônus de provar o inverso, sob pena de dar validade ao outro argumento, pois, a responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é de responsabilidade do fornecedor respectivo, conforme teor do artigo 38º do CDC.

De acordo com tal posicionamento, entende a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 363939 MG 2001/0117474-5, vejamos:

EMENTA. Recurso especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor. - O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado. - Constatado pelo eg. Tribunal a quo que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada. - Diante da declaração de falência da concessionária, a responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora. (STJ - REsp: 363939 MG 2001/0117474-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/06/2002, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.07.2002 p. 338 RMP vol. 19 p. 452 RSTJ vol. 159 p. 373).

Portanto, sempre que um consumidor, multiproprietário deparar-se com o descumprimento da oferta realizada, bem como do encarte publicitário fornecido, o fornecedor, após veicular seu anúncio, não pode arrependê-lo ou mesmo revogar a oferta realizada, pois, tal conduta representa um desrespeito ao princípio da irretratabilidade da oferta publicitária.

4.5.2 Aspectos Processuais da Inversão do Ônus da Prova

Brevemente afirmando, por força do teor do Recurso Especial 422.778/SP, julgado em 19 de julho de 2007, durante muito tempo a jurisprudência defendeu que a inversão do ônus da prova era regra de julgamento, razão pela qual o momento de sua aplicação era em sentença, sem que fosse oportunizado às partes desvencilhar-se do ônus lhe embutido, com provas, durante a instrução processual.

Evidente a insegurança jurídica que tal posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça causava aos jurisdicionados, principalmente, no aspecto subjetivo (comportamento), que a inversão do ônus da prova, como regra de julgamento causava às partes, com a interposição de novos recursos cuja matéria questionava a legitimidade do manifesto cerceamento de defesa da parte prejudicada, houve a evolução do pensamento jurisprudencial, por força do julgamento do Recurso Especial 802.832, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano, publicado no Diário De Justiça em 21 de setembro de 2011, cujo recorte segue abaixo:

“Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). (...) VI. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de prova.”

O julgamento do REsp 802.832 elevou a distribuição do ônus da prova ao patamar de Regra de Procedimento, como já entendiam os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, em 2007, quando participaram do julgamento do REsp 422.778/SP, citado anteriormente, defendendo que o “a inversão do ônus da prova deveria ocorrer no momento da dilação probatória⁴¹³”.

Desta forma, tratando-se de relação de consumo, o multiproprietário prejudicado, que decidir ir a juízo, na defesa de seus interesses, deve sempre se atentar, no que se refere à inversão do ônus probatório, ao despacho saneador.

Se o juízo omite-se na fixação dos pontos controvertidos, não manifestando-se expressamente quanto à eventual inversão *ope judicis* ou omitindo-se quanto à especificação concreta da inversão *ope legis*, nos casos previstos em lei, o consumidor

⁴¹³ <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8907737/recurso-especial-resp-422778-sp-2002-0032388-0/inteiro-teor-14034135>

estará diante de flagrante caso de *error in procedendo* e *error in iudicando* do juízo, cujas consequências é o cerceamento do seu direito de defesa do consumidor, possibilitando o julgamento catastrófico do direito requerido, seja pela impossibilidade da produção da prova que lhe era necessária, uma vez compreendido que não seria hipossuficiente no caso em contrato, seja pelo desrespeito ao seu direito à inversão *ope legis*, obrigando-lhe a produzir prova cujo texto normativo não lhe imputa responsabilidade.

Todas estas questões devem ser discutidas no juízo de primeiro e segundo grau, através dos recursos cabíveis, antes do encerramento da instrução probatória, a fim de que se evite eventual argumentação de preclusão do direito, ou, que se leve todas estas questões ao Tribunal de Justiça, em sede de preliminar de recurso de apelação, que poderá acarretar a declaração da nulidade da sentença, objetivando o retorno dos autos à instrução, caso não seja possível aplicar a teoria da causa madura, atrasando ainda mais o reconhecimento judicial do direito requerido.

4.6 Das Nulidades Contratuais

Configurada a relação de consumo, com o preenchimento dos requisitos presentes nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, conforme arguido anteriormente, o artigo 6º, inciso III, do mesmo dispositivo de lei afirma que é direito básico do consumidor a informação adequada sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta, dentre todas, aquelas pertinentes aos tributos e preço.

Não obstante, identificada a lesão ao consumidor, em descumprimento a ideia geral deste texto normativo, em qualquer hipótese de suas garantias, dentre elas eventual vício/defeito no produto ou serviço, inerente à qualidade ou segurança, descumprimento da oferta, publicidade, ausência de informação adequada, ou, até mesmo, a submissão do consumidor as nulidades contratuais presentes no Código de Defesa do Consumidor, conforme passa-se a iniciar seu estudo no presente trabalho; antes de qualquer coisa, o lesado, então consumidor deve ter ciência que a lei processual civil lhe garante o direito à declaração da existência ou da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica, nos termos do artigo 19, I do Código de Processo Civil.

Cláudia Lima Marques afirma em sua obra Manual de Direito do Consumidor, escrito em coautoria com o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antonio Herman Benjamin, citando o voto da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial

REsp 1144840/SP414, que:

“Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada . Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa , gratuita e útil , vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor”.

Por conseguinte, o inciso IV do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor institui a transparência e a boa-fé no fornecimento dos produtos e serviços, que, em raciocínio conjugado com o artigo 4º, caput, CDC, expandem a exigência da boa-fé aos agentes contratuais tanto nos aspectos pré-contratuais, como formação e **execução dos contratos de consumo**.

Quando analisada a execução do contrato de consumo, mais precisamente, fornecimento de produtos e serviços de *timesharing*, sua apresentação, também, deve assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, origem e outros dados, nos termos dos artigos 31, 37, cujo teor informa sobre as praticas abusivas das relações de consumo, e, o 51, relativo ao rol **exemplificativo** das nulidades contratuais, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Nestes termos aduz o artigo 51, CDC:

414 BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de direito do consumidor / Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 74/75.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infringam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Quando o consumidor está diante de uma nulidade contratual, a mesma sempre lhe é apresentada através de um contrato de adesão, de modo que, mesmo ciente dos seus direitos assegurados por lei, o fornecedor/prestador de produtos ou serviços não modificará os termos do negócio jurídico a ser firmado, ante a manifestação de vontade do consumidor, de modo que, vulnerável e hipossuficiente, o consumidor só poderá concretizar tal avença, caso sucumbente aos interesses do fornecedor, representados pelo contrato de adesão.

Não obstante, dentro de uma relação de consumo, cujos efeitos do *pacta sunt servanda* são afastados, a satisfação do direito do consumidor lesado só ocorre com a

interferência judicial no referido negócio jurídico, restabelecendo a ordem emanada pelo texto normativo consumerista.

Nesta seara, importante frisar que a interferência judicial no presente caso ocorre de modo diverso da ideia trazida pela relação civil, em que, via de regra, a invalidade do negócio jurídico implica em sua integral anulabilidade, salvo exceções devidamente expressas no Código Civil.

Dentro do direito do consumidor, até mesmo por sua importância ao fomento da economia nacional, conforme ideia extraída de seu artigo 4º, a nulidade contratual não invalida todo contrato, apenas é afastada, judicialmente, para que o fornecimento/prestação do produto ou serviço siga até seu encargo, condição ou termo, prevalecendo a matriz primitiva dos interesses, de cada um dos participantes, com o resultado do negócio jurídico firmado, conforme se extrai da ideia do artigo 51, §2º, CDC, acima citado.

Ainda, sobre o direito à informação e as nulidades contratuais, o mesmo, conforme anteriormente afirmado, deriva do princípio da boa-fé, princípio geral de direito que permeia não apenas as relações de consumo, mas todo o ordenamento jurídico, mormente depois da promulgação da Carta de Outubro bem como do vigente Diploma Civil, este último no ano de 2002.

Sobre o tema leciona, com o brilhantismo que lhe é peculiar, ALEXANDRE DAVID MALFATTI:

“Interessa destacar que o dever de informação do fornecedor rompe o tradicional dever de informar-se (“caveat emptor”) atribuído ao consumidor. Agora, é o fornecedor que tem a obrigação de acautelar-se ao colocar seu produto ou serviço no mercado de consumo⁴¹⁵.”

Desse modo, é um dever do fornecedor informar, de maneira clara e ostensiva, as qualidades do produto ou serviço oferecidos no mercado de consumo, esclarecendo de tal forma suas características que seja possível ao consumidor ponderar acerca das vantagens e desvantagens do produto ou serviço e, diante de tais informações, escolher entre contratar ou não.

Conforme bem destaca o renomado Sérgio Cavalieri Filho, “só há autonomia de

415 MALFATTI. Alexandre David. O direito de informação no código de defesa do consumidor. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003, p. 247

vontade quando o consumidor é bem informado e pode manifestar a sua decisão de maneira refletida⁴¹⁶”.

Ainda sobre as nulidades contratuais, a jurisprudência entende que elas também são representadas por cláusulas limitativas de direito as quais impossibilitem o exercício do negócio jurídico firmado, na finalidade pela qual houve sua pactuação, ou seja, quando o consumidor se submete a uma prestação do serviço ou aquisição do produto, tal submissão vem acompanhada por uma expectativa, de modo que, a aquisição é acompanhada da adequação e expectativa.

O que torna difícil a identificação pelo consumidor de qualquer nulidade contratual é o fator de que ela somente se apresente no momento da execução do contrato de consumo, pois, a mesma se consuma por contrato de adesão, cuja redação nem sempre cumpre os requisitos presentes no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 54, e, até o seu início tudo que dele decorre, tratam-se de meras expectativas.

No caso do *timesharing* o que se identifica em pesquisa em jurisprudência nacional, são nulidades versadas na superveniência do vício do dever de informação, representadas por cláusulas limitativas do acesso à determinadas regiões das dependências do empreendimento hoteleiro, dificuldade no agendamento do período aquisitivo de gozo, seja pela impossibilidade em períodos de alta temporada ou pela disponibilização de apartamentos que somente não foram objeto de reserva por clientes regulares (não adquirentes de títulos de timesharing), ou, até mesmo, em casos mais graves, responsabilidade civil decorrente de débitos trabalhistas adquiridos pelo próprio administrador da rede hoteleira.

Diante desta situação, inexistente alternativa ao consumidor, qual seja o requerimento judicial da declaração de sua nulidade, afastando a ele seus efeitos, ou, caso detenha conhecimento jurídico mais aprofundado, procurar o Ministério Público Estadual, entidades coletivas de defesa do consumidor, ou, a Defensoria Pública Estadual – desde que preencha os requisitos de hipossuficiência econômica ou financeira – a fim de possibilitar o ajuizamento de demandas coletivas de consumo, dentre elas a ação civil pública.

Consigna-se, por fim, que caso o consumidor tenha eventual prévio conhecimento de seus direitos quanto à sociedade do consumo, a declaração da nulidade contratual pode ocorrer anteriormente à contratação do serviço, em ação cumulada com obrigação de fazer para que ao mesmo tempo que o juiz faça o devido reconhecimento da respectiva nulidade, haja a condenação do prestador de serviço à realização do negócio jurídico com

416 CAVALIERI FILHO. Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 88.

o consumidor, sem as referidas cláusulas limitativas de seu direito, enquanto consumidor.

4.7 Do Defeito Negócio Jurídico

A validade de todo negócio jurídico advém da declaração de vontade, de forma que seja feita de forma livre e espontânea. Quando a declaração de vontade não é manifestada de forma livre e espontaneamente, diz-se que ocorre algum defeito em sua formação ou declaração, prejudicando o próprio declarante, terceiro ou até mesmo a ordem pública.

Ainda como alternativa aos consumidores, à obtenção jurídica da garantia de seus direitos, uma vez desrespeitados em eventual contrato de *timesharing* viciado, com base na teoria do diálogo das fontes, anteriormente citada, o Código Civil garante que encontrada alguma das hipóteses, as quais a declaração de vontade se mostre viciada, o negócio jurídico pode tornar-se anulável juridicamente, nos dizeres de seu artigo 171, vejamos:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, os vícios presentes no rol acima citado, tratam-se de vício de consentimento, porque provocam uma manifestação de vontade não correspondente com o íntimo e verdadeiro querer do agente. Criam uma divergência, um conflito entre a vontade manifestada e a real intenção de quem a exteriorizou⁴¹⁷. Da mesma forma que os chamados defeitos do negócio jurídico, são, pois, as imperfeições que nele podem surgir, decorrentes de anomalias na formação da vontade ou na sua declaração⁴¹⁸.

Dentre todas as hipóteses de defeito do negócio jurídico, a adesão do consumidor a eventual contrato de *timesharing* em que sua execução lhe demonstra a existência de nulidades contratuais, alheias à própria natureza da aquisição feita, é dotada de vício de erro, pois induz em uma falsa representação da realidade, de um modo muito tênue, sem que consiga definir se houve a ideia falsa da realidade, configurando o erro, ou, se houve

417 GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 397.

418 AMARAL. Francisco. Direito Civil: introdução. P. 479-480.

o completo desconhecimento da realidade, configurando a ignorância.

Salienta-se que, para efeitos do Código Civil, os efeitos do erro e da ignorância são equiparados.

Perante a doutrina, para que o erro seja passível de anulação do negócio jurídico o mesmo deve ser substancial, escusável e real, de forma, que o erro substancial é o que recai sobre circunstâncias e aspectos relevantes do negócio, de forma que, caso tivesse pleno conhecimento da realidade, o negócio não seria realizado.

Aduz o artigo 139 do Código Civil:

O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Quando o erro substancial recai sobre a natureza do negócio jurídico, o agente pretende agir de uma forma, contudo, pratica outro, cujo resultado é divergente do desejado.

Sobre esta espécie de erro, Pontes de Miranda afirma que a divergência quanto à espécie de negócio, no que cada um manifestou. Há discrepância entre o significado objetivo do ato e o significado que lhe atribuiu, subjetivamente, o manifestante: o consenso sobre o conteúdo do negócio é somente aparente, porque se funda em erro⁴¹⁹.

No entanto, as nulidades apresentadas pela jurisprudência brasileira nos contratos de *timesharing* também são defeituosas, decorrente de erro substancial, no que se refere à natureza do negócio, pois em nenhum momento tais prestadores de serviço fazem uso de seus deveres anexos de boa-fé, cuidado, respeito, informação, agir conforme confiança, lealdade, probidade, colaboração e cooperação, para orientar a todos os seus consumidores dos riscos que permeiam o investimento realizado, e, o modo real de seu gozo, e, como consequência à esta anuência, estariam negando vigência a direitos e garantias previstas em dispositivos normativos presentes no direito brasileiro, em seu

419 DE MIRANDA. Pontes. Tratado de Direito Privado: parte geral, t. 4, p. 287.

benefício, dentre eles, o Código de Defesa do Consumidor.

Vê-se claramente, que o animus dos consumidores, sempre versa no sentido de adquirir um título, que lhe forneça a possibilidade de reduzir os custos de seu período de férias, garantido a fidelização com determinado grupo hoteleiro, que lhe melhor se enquadre às suas expectativas e experiências, e, não o contrário, como encontrar dificuldades para fazer o agendamento das datas das diárias lhe disponibilizadas ou tornar-se responsáveis por encargos legais da administração do empreendimento.

Resta hialino que os consumidores jamais compreendem ou sejam orientados quanto à forma de execução dos contratos que realizam, desta finalidade estudada, e, nessa conjuntura, mostra-se que seus efeitos lhes trazem prejuízos de ordem financeira e psicológica, que deve ser devidamente resguardada pelo Poder Judiciário.

4.8 Dos Danos Morais

O dano moral dentro do direito do consumidor tem nascedouro diverso daquele exposto no código civil que divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual.

A responsabilidade civil no CDC foi baseada na teoria da qualidade, a qual o prestador/fornecedor de serviço tem o dever de qualidade e segurança dos produtos e serviços que são colocados no mercado de consumo, fazendo com que os mesmos atinjam a finalidade e a segurança a qual o consumidor espera ao adquiri-lo.

Outrossim, a responsabilidade civil no CDC é dividida entre a responsabilidade do fato e do vício do produto ou serviço, respondendo o fornecedor/prestador de serviço, independentemente de culpa, por seus produtos colocados no mercado, pois, é um risco inerente à sua atividade, e, por conseguinte, havendo o dever de indenizar, os custos deste dever são pulverizados pelo mercado de consumo, embutidos no preço de seus produtos, adquiridos pela sociedade, em geral.

Neste sentido, afirma os artigos 14 e 20, CDC, responsáveis à legislação do defeito e vício no serviço:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as

circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Importante mencionar os entendimentos de Rizzato Nunes sobre defeito e vício:

“São consideradas vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os serviços (ou produtos) impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária; [...] O defeito, por sua vez, conforme já dissemos, pressupõe vício. Há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício. O vício é uma característica inerente, intrínseca do serviço (ou produto) em si. O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa intrínseca ao serviço (ou ao produto), que cause um dano maior que simplesmente o mal funcionamento, o não funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago – já que o serviço (ou produto) não cumpriu o fim ao qual se destinava, etc. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/ou moral do consumidor⁴²⁰”.

420 NUNES. Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 358.

Embora não expressamente manifestado o direito aos danos morais, decorrentes à falha na prestação do serviço, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Herman Benjamin, afirma em sua obra, Manual de Direito do Consumidor que “a indenização, embora expressamente referida apenas no inciso II, é sempre devida, em face do direito básico do consumidor de “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais” (art. 6º, VI), na mesma linha da interpretação do §1º do artigo 18. A doutrina é pacífica neste sentido⁴²¹”.

Com os ensinamentos do nobre jurista, chega-se à conclusão que, mesmo sob a menção de algumas hipóteses ensejadoras do dever de indenizar, no Código de Defesa do Consumidor, este rol é meramente exemplificativo, pois, a ideia geral deste código, representada pelo seu artigo 4º, I, é que o consumidor é hipossuficiente e vulnerável na relação de consumo.

O dano moral na esfera consumerista está presente na lesão na esfera biopsicofísica do consumidor, pois, a ideia geral do Código de Defesa do Consumidor não é cerceadora.

Havendo qualquer falha na prestação de serviço, falha esta, que não precisa ser exatamente as elencadas na seção III do Capítulo IV do CDC, mas sim, um ato sofrido na prestação de serviço pela qual o consumidor não esperava, cujo dano reflete em sua esfera biopsicofísica, já caracteriza o dano moral.

Frisa-se que, quando o consumidor se deparava com uma falha na prestação do serviço, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, este buscava a satisfação de seu direito nas legislações contratuais, em especial na teoria do inadimplemento contratual.

Novamente, segundo Herman Benjamin, o vício no serviço passa a ter noção objetiva, “considerando-se os parâmetros legais: as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, a inadequação para os fins que razoavelmente se esperam dos serviços, normas regulamentares de prestabilidade. Ou seja, não é mais unicamente no contrato e nas suas cláusulas que se deve verificar se houve uma adequada e eficaz prestação do serviço. A noção do serviço inadequado é objetivada, até porque depender do teor do contrato é colocar tudo nas mãos e no controle do fornecedor, o qual, invariavelmente, utiliza-se de contratos de adesão e redige as cláusulas considerando

421 BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de direito do consumidor / Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 205.

unicamente os próprios interesses econômicos⁴²²”.

A indenização por danos morais, pela falha na prestação do serviço tem duplo efeito, ou seja, atenuador do mal sofrido pelos consumidores e pedagógico punindo a prestadora de serviço, para que seja mais prudente, agindo com diligência no trato com seus clientes, pois, o contrato de prestação de serviço deve ser analisado, conjuntamente, com a situação em concreto enfrentada pelo consumidor (oferta, publicidade, fins que razoavelmente se esperam do serviço, normas regulamentares de prestabilidade).

Ferido o interesse individual dos consumidores, tem-se, via de regra, a reação do lesado, que se valendo do instrumento posto à sua disposição, ou seja, a tutela jurisdicional, busca a solução para o dano sofrido, pleiteando judicialmente as providências cabíveis, com fulcro nos dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil.

Em princípio devemos conceituar Dano Moral tendo como base alguma das mais respeitadas doutrinas.

MARIA HELENA DINIZ, com a precisão que lhe é peculiar, assim se tem manifestado sobre a existência dos danos morais:

“Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte seu sofrimento⁴²³”.

A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sintagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar, a sua imputabilidade etc.

Estabelece o artigo 6º, incisos VI e VII da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, que:

422 BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de direito do consumidor / Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 206.

423 DINIZ, Maria Helena. in “Responsabilidade Civil”, Ed. Saraiva, 9a ed., págs. 584/585

Art. 6. São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

E da mesma forma também estabelece o artigo 5º, inciso X da Magna Carta, in verbis:

ART. 5º.

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação;

Diante disso, tem-se adotado o ponto de vista da razoabilidade humana para se aferir a existência ou não de uma efetiva lesão moral, partindo-se do critério objetivo do homem-médio, ou seja, perguntando-se se na situação uma pessoa normal padeceria de um considerável sofrimento, donde, então, se extrairia uma presunção do acometimento do dano.

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, adota o entendimento de que em relação ao dano moral, em si mesmo, puro, não há que se falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento, etc.. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano *in re ipsa*.

Com relação à quantificação da indenização por dano moral, insta salientar que no Direito Brasileiro predomina o critério do arbitramento pelo juiz, pelo qual este se vale de um juízo discricionário para estabelecer o valor indenizatório.

Todavia, essa margem de discricionariedade e subjetividade do juiz é limitada, na medida em que há de se considerar elementos, como, por exemplo, as condições das pessoas em litígio, em especial as econômicas e sociais, as consequências do evento danoso, sua durabilidade, etc., atendendo, dessa forma, aos objetivos da reparação civil de

proporcionar compensação pelo dano experimentado pela vítima.

Esse contexto, haverá de ser considerado ainda que o valor arbitrado deve punir o ofensor, desmotivando-o para a prática de atos de idêntica natureza e, finalmente, que o valor fixado não seja causa de enriquecimento da vítima, ultrapassando os objetivos da própria reparação que não está voltada para tal propósito.

Mesmo que juízes e Tribunais tenham resistência em reconhecer a incidência de lesão à esfera biopsicofísica do consumidor, pelo descumprimento ao dever de qualidade e segurança, ligada à inadequação do produto ou serviço adquirido, sob infundada alegação de situação de mero dissabor, é papel do operador do direito promover a evolução da jurisprudência, ratificando que o mero dissabor têm seu valor, seja qual for a relação de consumo vivenciada pelo multiproprietário, devendo as barreiras da resistência serem quebradas, para integral tutela do direito do consumidor em juízo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância com o que foi exposto percebe-se a necessidade de um acompanhamento efetivo do Poder Legislativo face às mudanças comportamentais da sociedade. O ser humano é complexo em sua essência, e, talvez só tenha sido capaz de chegar onde está na escala evolutiva, face sua capacidade de gerenciamento de crises. Neste sentido enquadra-se o surgimento do *timesharing* como instituto jurídico hábil a ajudar o mercado imobiliário europeu a se salvar da crise financeira que atravessava. Sua criação não só resolveu o problema pelo o qual foi criado, mas também sua proposta se desenvolveu e cruzou o globo terrestre fazendo novos adeptos.

Dentre todas suas modalidades, a como direito real sobre coisa alheia obteve mais sucesso não só aos empresários que buscaram nela alternativas de angariar melhor rentabilidade a seus empreendimentos, mas também àqueles que adquiriram seus direitos de multipropriedade, devido à sua simplicidade e comodidade.

Contudo, progresso nem sempre traz apenas benefícios, e, no mesmo passo surgem diversos problemas ocasionados pelo seu desenvolvimento natural, os quais não eram imaginados no ato de sua criação, cuja solução é sempre buscada perante o Poder Judiciário, por isso a necessidade de se formular estudos concretos sobre os alcances deste instituto para que se possa elucidar quem detém o melhor direito, na esfera jurídica, e, trazer mais segurança, novamente, a empreendedores e consumidores. Estes precisam de confiança para fazerem seus investimento e aqueles garantias de que não terão sua propriedade lesada indevidamente.

Por conseguinte, quando se diz que quando os atributos de usar, gozar, dispor e reaver estão dispostos na mesma pessoa temos a consolidação de um direito real sobre a

coisa própria, situação na qual se enquadra o dono do empreendimento hoteleiro. Contudo, quando seu domínio sobre o bem é desmembrado e repassado ao multiproprietário, para exercê-lo, de forma compartilhada, sobre um apartamento, em período pré-determinado, temos não só a constituição do *timesharing*, mas também de um direito real sobre coisa alheia.

Por fim, o direito do consumidor brasileiro tem muito à evoluir, pois ainda se consolidada no desrespeito às normas jurídicas, e, a excessiva judicialização das tutelas de consumo, que nem sempre conseguem satisfazer seus direitos, embora a jurisdição lhe seja prestada.

Profissionais do direito ainda saem dos bancos de graduação desconhecedores do direito do consumidor, de modo que, a forma simplificada a qual o CDC foi instituído da a falsa impressão que sua aplicação é de fácil interpretação. Do outro lado, juízes, mesmo sob provocação diária sobre desrespeito ao direito do consumidor ainda são temerosos em sua aplicação de forma a coibir empresas ao seu desrespeito, principalmente, aplicando condenações a indenizações por dano moral, sob sua justificativa pedagógica, por entender tratar-se apenas de mero dissabor, a qual o prejudicado, consumidor, deve se sujeitar.

O direito do consumidor tem uma peculiaridade a qual nenhum outro ramo do direito possui – enquanto seres humanos – somos consumidores do nascer ao morrer, do acordar ao dormir, diariamente expostos à sociedade de consumo, enquanto que, em outros ramos, possa-se afirmar que talvez viva-se uma vida inteira sem à lesão a um direito administrativo, trabalhista, entre outros.

Por esta razão, nada mais justo e necessário que a academia e o próprio operador do direito estimule o poder judiciário, com a devida aplicação do texto normativo consumerista, não somente, seu capítulo quanto à responsabilidade civil, mas também permeando e conjugando tudo aquilo o que o legislador nos concedeu de bom, dentre eles as garantias quanto à oferta, publicidade, informação, as nulidades, as cláusulas abusivas, muitas vezes esquecidas, para que seja promovida uma evolução da jurisprudência, para que um dia consigamos alcançar uma sociedade harmoniosa, pela garantia de seus direitos, sejam eles quais forem.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, ARRUDA. Código do Consumidor Comentado. 2ª ed. Revista dos Tribunais. 1995.

BALZAN, Fabrício. Direito do Consumidor esquematizado. 2ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

CAVALIERI FILHO. Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 88.

CAPARRELLI, Piercalo; SILVESTRO, Paolo Multiproprietà. In: *Dizionario Del diritto privato; diritto civile*. Coord. Natalino Irti. Milano: Giuffrè, 1980. v. 1.

CAVALIERI FILHO. Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ. Maria Helena. Código Civil Anotado. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Luis da Cunha. *Da propriedade e da posse*. Lisboa: Edições Ática, 1952.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Version espanola y notas de Jose Luis Diez Pastor, Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MALFATTI. Alexandre David. O direito de informação no código de defesa do consumidor. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

MARQUES. Cláudia Lima; BENJAMIN. Antônio Herman V.; BESSA. Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 87.

NUNES. Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 358.

OLIVEIRA JÚNIOR, Dário da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. *Multipropriedade (Timesharing): aspectos cíveis e tributários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014b.

_____. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003. t. 1.

RAO, Vicente. Ato Jurídico: São Paulo. Revista dos Tribunais

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 2. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VENOSA, Sílvio de Sávio. *Direito Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Direito Civil; 5).

_____. *Direito Civil: contratos em espécie*. V. 3. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 187 a 188).

A MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO À LUZ DA DINÂMICA ESTABELECIDADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

GERALDO ZIMAR DE SÁ JÚNIOR:

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN (2013); Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário na atualidade pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-Minas (2016); Servidor Público Federal, 424

Resumo: o novo Código de Processo Civil, publicizado por meio da Lei n. 13.105/2015, promoveu mudanças significativas no âmbito das tutelas de urgência, tanto de natureza antecipada quanto de natureza cautelar. Quanto à última, inclusive, extinguiu o processo cautelar de natureza autônoma, estabelecendo parâmetros e pressupostos para deferimento da medida no curso do procedimento, seja de forma incidental ou mesmo antecedente, privilegiando, com isso, o sincretismo processual e a duração razoável do processo estabelecida na Constituição Federal de 1988. O presente estudo tenciona avaliar as modificações legislativas realizadas e a correlação delas com a efetividade do processo enquanto instrumento de pacificação social.

Palavras-chave: Cautelar de busca e apreensão. Procedimento. Efetividade processual. Modificações promovidas pelo Novo Código de Processo Civil.

Abstract: The new Code of Civil Procedure, published through Law No. 13.105/2015, promoted significant changes in the scope of urgent reliefs, both of an anticipatory and precautionary nature. As for the latter, it even extinguished the precautionary proceeding of an autonomous nature, establishing parameters and assumptions for granting the measure in the course of the proceeding, whether incidentally or even antecedently, thus privileging procedural syncretism and the reasonable duration of the proceeding established in the Federal Constitution of 1988. The present study intends to evaluate the legislative changes made and their correlation with the effectiveness of the process as an instrument of social pacification.

424 E-mail: geraldjrsa.adv@gmail.com.

Keywords: Precautionary search and seizure. Procedure. Procedural effectiveness. Changes promoted by the New Code of Civil Procedure.

Sumário: Introdução. 1. Medida cautelar: noções gerais. 2. Da busca e apreensão cautelar: conceito, natureza jurídica e cabimento. 2.1. contexto jurídico e cabimento da medida. 3. Dos pressupostos viabilizadores. 4. do procedimento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Outrora previstas no bojo do livro III do Código de Processo Civil de 1973, as medidas cautelares passaram por intensa modificação na sistemática inaugurada pelo Novo Código de Processo Civil, deflagrado pela Lei n. 13.105/2015, figurando, atualmente, como um meio de tutela de urgência a ser deferida de modo antecedente ou incidental.

Tais medidas, independentemente do procedimento observado, ganham relevo de destaque na seara processualística pátria seja pelo caráter acautelatório dos direitos substanciais discutidos em sede de pedido principal, seja pela função de conceder ao processo, onde se discute o direito substancial, a possibilidade de se exaurir em um resultado útil, desempenhando, assim, papel de destaque na percepção da efetividade do processo, por conceder à parte requerente a possibilidade de um provimento jurisdicional de caráter instrumental.

Dentre a gama de medidas acautelatórias em espécie existentes na ordem jurídica, a busca e apreensão se perfaz como cautelar de apreensão por natureza, que em conjunto com o arresto e o sequestro, fomenta o resguardo da efetividade do pedido principal através da constrição judicial de bens ou pessoas (neste último caso, especificamente a cautelar de busca e apreensão).

É nesse contexto jurídico-científico que o presente estudo visa expor o conhecimento através da análise pormenorizada da medida cautelar de busca e apreensão, passando pela sua natureza jurídica, conceituação, cabimento, pressupostos viabilizadores e desaguando na análise procedimental correlata, tudo como forma de se estabelecer um elo entre a teoria e a prática, inclusive traçando as distinções necessárias em face da constante confusão de tal medida com outros institutos jurídicos que possuem a mesma denominação, mas que financiam finalidades diversas.

O presente estudo desenvolveu-se com auxílio de pesquisa bibliográfica e da análise da jurisprudência mais atualizada a respeito da temática discutida.

1 MEDIDA CAUTELAR: NOÇÕES GERAIS

Antes de adentrar propriamente na análise da busca e apreensão, imperioso se faz proceder à análise da função desempenhada pelas medidas cautelares em geral no ordenamento jurídico pátrio.

Denomina-se medida cautelar o provimento jurisdicional que possui por finalidade maior assegurar a efetividade de um provimento jurisdicional futuro, ou seja, sua atuação encontra substrato em assegurar a viabilidade de um direito diverso. A medida cautelar, portanto, pode ser definida, com esteio na melhor doutrina de Humberto Theodoro Júnior⁴²⁵, como sendo:

“A providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para o direito ou interesse de um litigante, mediante a conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal. Isto é, durante todo o tempo necessário para a definição do direito no processo de conhecimento ou para a realização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor no processo de execução.”

A dicção da definição extraída das precisas palavras do insigne jurista mineiro denota que a cautelar deverá sempre partir da premissa de não se tratar de um fim em si mesmo, mas como um meio à disposição de um fim, destinando-se apenas a assegurar, que, no futuro, quando sobrevier o momento exato para satisfação do direito, existam condições e pressupostos necessários para instrumentalizá-lo.

Finalizando essa análise generalista do pleito de natureza cautelar, aponte-se que este, em que pese se encontrar situado em posicionamento oposto ao processo cognitivo e executivo (posto que esses possuem por finalidade primeira satisfazer o objeto da demanda, o direito substancial requerido pelo autor, e o pedido cautelar, em contrapartida, visa assegurar o resguardo da tutela jurisdicional satisfativa, não se propondo a fomentar a operacionalização do direito substancial reclamado pelas partes), possui requisitos e pressupostos bem estabelecidos pela lei e pela doutrina.

425 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito Processual Civil, Vol. II, ob. Cit., PP. 362/363.

Vale destacar, por fim, que a dinâmica das cautelares sofreu sensível mudança no ordenamento jurídico com a emergência do Novo Código de Processo Civil, que, primando pela efetividade do processo, enquanto instrumento de pacificação social, extinguiu o processo cautelar autônomo e inaugurou uma nova sistemática de formulação de pedido de cunho assecuratório, qual seja, o pedido de tutela de urgência cautelar, seja de forma incidente ao processo ou mesmo de forma antecedente, antes da formulação de um pedido principal.

Tais mudanças, privilegiando um caráter sincrético do processo, permitiram a simplificação do procedimento, agora condensado e voltado à plena satisfação do objeto pretendido pela parte, à luz da duração razoável do processo fixada no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

2 DA BUSCA E APREENSÃO CAUTELAR: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CABIMENTO

Embora não mais regulamentada expressamente pelo Código de Processo Civil, a busca e apreensão segue com referência na lei instrumental, ainda tendo por escopo maior a salvaguarda do objeto de um pleito principal, estando, portanto, a ele diretamente vinculada.

Em que pese o esgotamento simplório que as referências legais podem denotar, a expressão busca e apreensão, no direito brasileiro, é dotada de polissemia, ganhando uma infinidade de referências práticas, mas de espécies jurídicas bastante distintas, tornando tormentosa a verificação prática da sua ocorrência.

Para uma melhor compreensão operacional, interessante que se trace uma diagnose diferencial entre as três principais naturezas jurídicas do instituto da busca e apreensão.

Em um primeiro lugar, pode-se falar em busca e apreensão como uma medida satisfativa autônoma por natureza, ou seja, medida que se exaure por si mesma, sem ter por substrato definidor a salvaguarda de objeto de demanda posterior. Como exemplo prático, pode-se fazer referência à “Ação de Busca e Apreensão” de bens alienados fiduciariamente, prevista no Decreto-Lei n. 911/69, que tem como finalidade primeira procura e constrição judicial de bens alienados fiduciariamente, diante de uma das causas que autorizam tal medida extremada frente ao alienado fiduciário.

Ainda em sede de análise das diversas naturezas jurídicas que comportam a expressão “busca e apreensão”, pode-se falar no instituto com nítido caráter executivo, com previsão no art. 806, §2º, do Código de Processo Civil, onde, na execução para entrega de coisa, furtando-se o executado do seu dever legal, o Juiz determinará que, do mandado de citação, conste ordem para imissão na posse ou busca e apreensão, conforme se tratar de bem imóvel ou móvel, cujo cumprimento se dará de imediato, se o executado não satisfizer a obrigação no prazo que lhe foi designado.

Por fim, no que tange a verificação das diversas nuances da natureza jurídica do termo “busca e apreensão”, cabe assinalar que a outra forma jurídica para esta expressão seria a medida enquanto cautelar; a distinção, aqui, reside no fato de que a busca e apreensão enquanto medida cautelar específica tenciona resguardar a efetividade de um pedido principal, não tendo finalidade exauriente em si mesma, isto é, o seu resultado útil assegura a operacionalização de um direito substancial que será discutido. Neste ínterim, chega-se à conclusão de que, em que pese a diversidade de naturezas jurídicas para uma mesma expressão, a busca e apreensão cautelar, objeto da presente análise, possui traços distintivos bem peculiares em sua própria formação, natureza e finalidade, de modo que não se confunde com institutos similares, visto que se presta a financiar a finalidade preconizada pelo objeto de toda e qualquer medida cautelar, qual seja, de dar suporte existencial a um pedido principal, que depende do sucesso da cautelar para que se assegure o seu resultado prático.

2.1 CONTEXTO JURÍDICO E CABIMENTO DA MEDIDA

Como visto, a medida cautelar de busca e apreensão possui como traço distintivo dos demais institutos que possuem a mesma definição, dentre outros, a finalidade a que se destina o provimento cautelar. Com efeito, a finalidade de assegurar o resultado útil de outro provimento jurisdicional acaba por conferir à busca e apreensão o condão de cautelar por essência e natureza.

Superada essa análise preliminar, deve-se buscar compreender de que forma o instituto ora em análise se desenvolve, e em que hipóteses terá viabilizado o seu cabimento.

De início, frise-se que “busca e apreensão” deve ser tomado, em sua acepção jurídica, como um todo indivisível, ou seja, não há que se falar em busca ou apreensão cautelar, mas sim da busca e apreensão como medida acautelatória, vale dizer, em que pese a medida seja única, será formada por dois atos distintos e indissociáveis, a busca (como ato ou efeito de procurar com a finalidade de encontrar alguma coisa) e a apreensão

(apreender, apropriar-se juridicamente). Infere-se, portanto, que a medida cautelar é perfectibilizada em um todo uniforme e indivisível, de nada adiantando, em termos práticos, se falar em busca, procura, sem que haja a consequente apreensão judicial.

Ainda no que concerne as formas e hipóteses em que há a viabilidade do cabimento da medida cautelar ora em estudo, ressalte-se que ela se referenda em uma medida cautelar de apreensão residual, posto que o seu cabimento é condicionado à subsidiariedade, de forma que somente será viável a promoção da busca e apreensão cautelar quando não se puder falar - ou a situação vivenciada não se amoldar - nas hipóteses de arresto e/ou sequestro, medidas de apreensão por natureza. Neste ponto, chega-se a uma importante constatação prática: a busca e apreensão cautelar guarda contornos de intensa similitude com o arresto e o sequestro, sendo, inclusive, medida residual a estas, de modo que as formas de as diferenciar se tornam ainda mais necessárias e imprescindíveis à consecução de um estudo sistemático e completo.

Pondere-se, inicialmente, a título de diferenciação prática das cautelares de apreensão, que a busca e apreensão se destina, em regra, a bens móveis e a pessoas incapazes, nesse sentido diferindo diametralmente do arresto e do sequestro, que por sua vez não se destinam a salvaguardar, como objeto de uma ação principal, pessoas. Ou seja, a cautelar específica para o resguardo de pessoa incapaz, com o fito de proporcionar a satisfação de um direito substancial, discutido em outro provimento jurisdicional, seria a busca e apreensão. Por outro lado, no que tange aos bens, ainda que somente móveis, a linha de discernimento é tênue ao passo que todas as cautelares de apreensão podem, sem maiores adversidades, destinar-se a salvaguardar bens móveis. Em tal compasso, deve-se aplicar inteiramente a disposição da subsidiariedade da busca e apreensão, ou seja, esta somente será cabível e viável quando o arresto ou sequestro, por motivos quaisquer, se mostrarem insuscetíveis na prática, ou se mostrarem já exauridos naquele procedimento.

3 DOS PRESSUPOSTOS VIABILIZADORES

A medida cautelar de busca e apreensão, assim como as demais cautelares previstas no ordenamento jurídico, condiciona a sua viabilidade ante a coexistência de dois fatores primordiais que, uma vez verificados de plano no caso concreto, tornam o deferimento da medida uma consequência prática do seu requerimento.

De início, apresenta-se o *fumus boni juris*, ou a fumaça do bom direito, percebido através de um juízo de mera probabilidade, onde a parte deve evidenciar – acima da dúvida

razoável – o direito substancial que lhe assiste e que quer ver resguardado. Desnecessário proceder a toda uma cognição exauriente, uma vez que esta será desenvolvida em plenitude quando da instrução do pedido principal. Ou seja, para efeitos da concessão da medida cautelar, que, frise-se, possui como objetivo marcante e delineado assegurar a efetividade de um provimento jurisdicional principal, a mera logicidade e coerência dos argumentos da parte requerente autorizam a concessão da medida. Desta forma, pode-se concluir que, para a concessão da medida cautelar de busca e apreensão, não existe a necessidade de demonstração cabal da existência do direito, bastando, para tanto, o mero convencimento do magistrado da probabilidade da existência do fundamento jurídico invocado.

Já quanto ao *periculum in mora*, ou o perigo da demora, pode-se sintetizar o termo, já autoexplicativo, partindo da perspectiva da visualização de um dano em potencial, um risco que corre o pedido principal de não se revelar útil ao interesse da parte requerente em face da demora da prestação jurisdicional, o que acaba por desnaturar o direito substancial perseguido pela parte.

O perigo de dano deve restar demonstrado não só em potencialidade; a parte que busca o provimento cautelar deve deixar assente que a demora na prestação jurisdicional poderá fragilizar o direito requerido ainda no curso do pedido principal, ou seja, antes da solução definitiva de mérito, evidenciando, desta forma, a imprescindibilidade da medida cautelar como forma de preservar este direito. A análise, ainda que procedida de maneira sintética, dos pressupostos/requisitos que ensejam a viabilidade da medida cautelar denotam, com evidência, que a ausência de qualquer destes requisitos supracitados culminará no conseqüente indeferimento do pleito formulado pela parte.

4 DO PROCEDIMENTO

Dadas as modificações empreendidas pelo Código de Processo Civil de 2015, o pleito cautelar de urgência não mais é veiculado por meio de uma ação autônoma, mas, sim, em um pedido de tutela formulado no próprio bojo dos autos principais, de forma incidente, ou mesmo de maneira antecedente, isto é, antes da apresentação do pedido de tutela final, como bem expõem os artigos 300 e seguintes, do sobredito *Codex*.

O pedido, se formulado de forma incidente, deverá apresentar a coexistência dos pressupostos necessários ao deferimento da medida; já se formulado em caráter antecedente, deverá ser veiculado em petição inicial na qual se indicará “a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano

ou o risco ao resultado útil do processo”, como bem destaca o art. 305 do Código de Processo Civil.

Caso não esteja convencido acerca da presença dos requisitos exigidos para deferimento da medida liminar, poderá o juiz determinar a realização de audiência d

No contexto do pedido cautelar antecedente, o réu deverá ser citado para contestá-lo no prazo de cinco dias; deferida e efetivada a cautela, o pedido principal deverá ser apresentado em até trinta dias. Por outro lado, o indeferimento do pedido antecedente não impede ou obstaculiza a formulação do pedido principal.

O mandado de busca e apreensão deverá ser cumprido por dois oficiais de justiça, os quais poderão requisitar o uso da força policial e providenciar o arrombamento de portas externas e de divisões internas, caso não sejam atendidos – desde que obtenha autorização judicial para tanto - . Se o requerido impedir a execução da medida, ocorrerá o cumprimento forçado da ordem judicial, seguido de lavratura de mandado.

É importante que os oficiais de justiça observem a preservação do quanto exposto no inciso XI do art. 5º da CF/88, que trata da inviolabilidade domiciliar, conforme ALEXANDRE DE MORAES [2004, p. 81]:

O preceito constitucional consagra a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental enraizado mundialmente, a partir das tradições inglesas, conforme verificamos no discurso de LordChatham no Parlamento britânico: O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.

O cumprimento do mandado será sempre acompanhado por testemunhas, mesmo que não seja necessário o arrombamento. É providência primordial para que sejam registrados todos os atos processuais e para posterior relato ao magistrado. A ausência das testemunhas poderá redundar em causa nulidade absoluta da busca e apreensão.

Realizada a diligência de busca e apreensão é dever dos oficiais de justiça que tiveram dado cumprimento ao mandado lavrar auto circunstanciado, que deverá ser

assinado pelos próprios oficiais de justiça e pelas duas testemunhas que tiveram acompanhado o ato.

Por fim, vale fixar, dentro dos parâmetros estabelecidos pela nova ordem processual, que o pedido cautelar apresentado em caráter antecedente não tem o condão de estabilização, tal qual ocorre com o pedido de tutela de urgência antecipada antecedente. O pleito cautelar, por outro lado, perderá a eficácia caso não seja deduzida a pretensão principal; não seja efetivada a cautela deferida ou seja julgado improcedente o pedido principal, tudo na forma do art. 309 do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

Visando simplificar a prestação jurisdicional e privilegiar a constitucionalmente consagrada duração razoável do processo, o legislador promoveu mudanças significativas no âmbito das cautelares no Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, extinguiu a formulação de um processo cautelar autônomo, passando a considerar a intenção assecuratória como um pedido de tutela de urgência a ser formulado nos próprios autos principais, seja de forma incidental, no curso do processo, ou de forma antecedente, isto é, antes mesmo da apresentação de um pedido principal.

Tais modificações, no entanto, apesar de sensíveis, não extinguiram o rol de medidas cautelares outrora expressamente previstas na legislação. Atualmente, as cautelares serão deferidas sobretudo com base no poder geral de cautela conferida ao Estado-Juiz, que adotará todas as providências necessárias para o resguardo do direito eventualmente a ser discutido.

Com base em tais inferências, pode-se concluir que segue inteiramente válida a formulação de pedido de busca e apreensão a ser formulado como forma de salvaguardar o objeto de uma pretensão principal, mas desde que observados e respeitados os critérios, requisitos e pressupostos estabelecidos na legislação, mormente a coexistência da probabilidade do direito ventilado e do eventual perigo na demora da análise de mérito.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, Vol.I II.**- 15 .ed.- Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2003.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios, coordenação: Pedro Lenza. **Direito Processual Civil Esquematizado**. -2.ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. -3.ed.- rev. ampl. São Paulo: Malheiros.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1.- 51.ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2010.