

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 808

(Ano IX)

(01/07/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF)** -  
*Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico.  
Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de  
Granda/Espanha.*

**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.*

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço:  
SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*.  
Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



30/06/2017 Leonardo Sarmento

» [Delações Premiadas: Publicidade ou Sigilo? Homologação: Poderes e limites do Pleno do STF](#)

### ARTIGOS

30/06/2017 Ruth Helena Silva Vasconcelos Pereira

» [O sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015.](#)

30/06/2017 Pedro Paulo de Melo Reis Neto

» [A obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação no novo Código de Processo Civil](#)

30/06/2017 Lorena Araújo de Oliveira

» [A recorribilidade das decisões nos juzados de violência doméstica e familiar contra a mulher](#)

30/06/2017 Victor Teixeira de Freitas

» [Parâmetros para aferição da natureza técnica do cargo público à luz do entendimento jurisprudencial](#)

30/06/2017 Pablo Freire Romão

» [O regime jurídico do agravo de instrumento no novo Código de Processo Civil: avanços e retrocessos](#)

30/06/2017 Taiz Marrão Batista da Costa

» [O modelo de regras e princípios em contraposição à teoria da discricionariedade forte](#)

30/06/2017 Paulo Eduardo Bicalho Carvalho

» [Prisão preventiva: breve apanhado sobre pressupostos e hipóteses de cabimento](#)

29/06/2017 Ruth Helena Silva Vasconcelos Pereira

» [A decisão saneadora e os limites da sentença \(judicial\)](#)

29/06/2017 Pedro Paulo de Melo Reis Neto

» [A subsistência da exceção de pré-executividade como defesa do executado na ação de execução por título executivo extrajudicial](#)

29/06/2017 Aloyzio Alves da Costa Neto

» [Aplicação do artigo 2º-b da Lei n.º 9.494/97 e artigos 14, § 3º, c/c 7º, § 2º, da Lei 12.016/09 nas tutelas de urgência e execuções provisórias em face da Fazenda Pública](#)

29/06/2017 Pablo Freire Romão

» [A \(i\)lícitude dos negócios processuais probatórios à luz do novo Código de Processo Civil](#)

29/06/2017 José David Pinheiro Silvério

» [Aspectos tradicionais e modernos do devido processo legal](#)

29/06/2017 Nilson Luiz de Lima Junior

» [Aplicabilidade do 1º do art. 373 do NCPC ao Processo do Trabalho](#)

29/06/2017 Henrique Paiva Santos

» [Limitações dos princípios que norteiam a atuação do agente administrativo em relação ao auto de infração de trânsito.](#)

29/06/2017 Cristovão Oliveira Bonifácio

» [A medida cautelar da fiança nos crimes inafiançáveis](#)

29/06/2017 Victor Teixeira de Freitas

» [Os efeitos da decisão proferida em sede do mandado de injunção à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal e da Lei 13.300/2016](#)

29/06/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Do Descabimento da Prisão Civil do Inventariante pelo inadimplemento da verba alimentar por parte do Espólio: Algumas Considerações Jurisprudenciais](#)

28/06/2017 Ruth Helena Silva Vasconcelos Pereira

» [A crise na democracia representativa brasileira](#)

28/06/2017 Davi Valdetaro Gomes Cavalieri

» [A sucumbência recursal no novo Código de Processo Civil](#)

28/06/2017 Lorena Araújo de Oliveira

» [A ótica do Poder Judiciário no controle de políticas públicas sob o prisma da proporcionalidade e razoabilidade](#)

28/06/2017 José David Pinheiro Silvério

» [Considerações sobre o direito probatório](#)

28/06/2017 Karina Medeiros de Abreu

» [Da possibilidade de sociedade limitada emitir debênture e a consequente alavancagem da economia brasileira como reflexo](#)

28/06/2017 Bárbara Alice Fort dos Santos

» [A relação entre Direito e Moral sob a ótica Kelseniana e Realiana](#)

28/06/2017 João Paulo Monteiro de Lima

» [Os prazos no Novo Código de Processo Civil](#)

28/06/2017 Pedro Henrique da Fonseca Barros

» [As medidas cautelares e o poder geral de cautela e sua aplicação no âmbito dos crimes tributários da Lei 8.137/90](#)

28/06/2017 Paulo Eduardo Bicalho Carvalho

» [Aspectos relevantes sobre o tipo doloso](#)

28/06/2017 Filipe Reis Caldas

» [O abuso da imunidade tributária](#)

28/06/2017 Jose Francisco Britto Fraga

» [Modos de combate às omissões inconstitucionais](#)

27/06/2017 Eduardo Guimarães Borges

» [Emenda Constitucional 96: uma frustrada tentativa de reversão jurisprudencial](#)

27/06/2017 Mateus Benato Pontalti

» [Da \(in\)constitucionalidade do artigo 8º da Lei 13.202/2015](#)

27/06/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Famílias Homoafetivas, Adoção e Superação de Estigmas: Reflexões à luz do Recurso](#)

[Especial nº. 1.525.714-PR](#)

27/06/2017 Beatriz Marcela Della Mura Moreira

» [Assédio Moral no ambiente de trabalho](#)

27/06/2017 Jose Francisco Britto Fraga

» [As principais classificações da aplicabilidade das normas constitucionais pela doutrina brasileira](#)

27/06/2017 Marcos Vinicius Marinho da Silva

» [Leniência do Judiciário ao apreciar atos de improbidade administrativa](#)

27/06/2017 Vitor Hugo Medeiros Galvão

» [Aplicação da Lei 9.099/95 nos crimes militares](#)

26/06/2017 Vitor Hugo Medeiros Galvão

» [O ISS na importação de serviços](#)

26/06/2017 Amanda Expósito Tenório de Araújo

» [A Gestão da Prova na Reforma do Código de Processo Penal](#)

26/06/2017 Luiza Zacouteguy Bueno

» [A responsabilidade subsidiária da União no âmbito da terceirização](#)

26/06/2017 Aníbal de Castro Passos Ramos

» [O panorama do ICMS Ecológico no Piauí - Uma análise da Lei Estadual nº 5.813/2008.](#)

26/06/2017 Jose Francisco Britto Fraga

» [As omissões inconstitucionais](#)

26/06/2017 Aline Antelo Machado de Oliveira

» [O fenômeno da litispendência internacional](#)

26/06/2017 Clóvis dos Santos Andrade

» [Desvendando a Súmula Vinculante N° 20](#)

## **DELEÇÕES PREMIADAS: PUBLICIDADE OU SIGILO? HOMOLOGAÇÃO: PODERES E LIMITES DO PLENO DO STF**

**LEONARDO SARMENTO:** Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

### **INTRODUÇÃO**

Em nosso ordenamento jurídico a delação premiada pode ser definida como um acordo que traz em seu bojo a oferta de benefícios concedidos pelo Estado para aquele que confessar e prestar informações proveitosas ao esclarecimento de um fato delituoso e da identidade de seus agentes, além de contribuir no desiderato de reaver o produto do crime. Como benefícios os delatores poderão receber: redução de um a dois terços do tempo da pena; cumprimento da pena em regime semiaberto, no lugar do regime fechado; a depender do caso, extinção da pena; e mesmo perdão judicial.

### **PUBLICIDADE OU SIGILO ÀS DELAÇÕES?**

Como constitucionalista não é de hoje que nos incomodam ilustres juristas, em geral juristas de partido, criticando com veemência os “vazamentos” de delações premiadas antes de recebidas as denúncias. É nestes termos que resolvemos em breve escrito propor nosso feixe de luz a questão.

Os atos processuais devem ser públicos. Trata-se de direito fundamental que visa permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça. Desta feita, há uma íntima relação entre o princípio da publicidade e da motivação das decisões judiciais, na medida em que a publicidade torna efetiva a participação no controle das decisões judiciais; trata-se de verdadeiro instrumento de eficácia da garantia da motivação das decisões judiciais. A publicidade dada aos atos judiciais tem a capacidade de garantir aos cidadãos a correta aplicação da justiça visando tornar transparentes os atos processuais praticados pelos autores processuais durante a persecução civil ou penal.

O princípio da publicidade existe para vedar o obstáculo ao conhecimento. Todos têm o direito de acesso aos atos do processo, exatamente como meio de se ofertar transparência à atividade jurisdicional e evitar o tráfico de influências que impeça a desejada aproximação da verdade dos fatos nos lindes do princípio da verdade real

Em primeiro temos a prevalência indissociável de um Estado Democrático de Direito, de um Estado Constitucional do mandamus da publicidade geral dos atos processuais reveladores de interesse público, salvo situações excepcionais quando a publicidade trazer desproporcional prejuízo às investigações ou ao processo. O caso concreto também nos revelará se o dano a intimidade será tão absoluto que atingirá de maneira furiosa o princípio da dignidade da pessoa humana, o que poderá de fato restringir o interesse público pela mais ampla informação naquele instante, tudo pautado em competente processo de sopesamento.

A Constituição de 1988 nos diz em seu art. 5º:

XIV - e assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Além da Constituição, a Lei das Colaborações também tratou do dever de publicidade da colaboração::

Art. 7o O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

Os autos do pedido de homologação do acordo de colaboração premiada terão seu acesso restrito ao Juiz, ao membro do Ministério Público e ao Delegado de Polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. O



parágrafo 2º do artigo em comento tem por fito assegurar a ampla defesa, resguardando tão apenas as diligências ainda não exauridas que o conhecimento possa promover restrições à mais ampla apuração em curso dos fatos.

O art. 7º da Lei 12860/2003 ainda nos informa sobre sigilo em importante passagem que nos interessa, desta feita:

§ 3o O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5o.

O parágrafo 3º supra quer-nos dizer em exatos termos o que nos diz a Constituição, que no processo prevalece a publicidade dos atos. Por isso menciona o ato que se dá início a processo criminal, que é exatamente o recebimento da denúncia quando ele obrigatoriamente deixará de ser sigiloso (caso esteja sobre sigilo) e ganha obrigatoriamente publicidade. A lei 12850/2013 parte do pressuposto que neste momento a necessidade de que as colaborações premiadas ganhem publicidade prevalece diante de qualquer das excepcionalidades referidas na Constituição, pois feita a denúncia prevalecerá o interesse público pela informação, pela transparência, pela prestação de contas que o Estado deve implementar quando em relação de afetação com a coisa pública.

Conforme fizemos notar há uma tutela explícita ao direito de publicidade na fase processual, tanto nos termos da Constituição como nos termos da Lei da Colaboração Premiada, mas e no tocante a fase pré-processual?

Até o recebimento da denúncia a Lei das Delações em momento algum se pronuncia como pretendem alguns interessados pela prevalência do sigilo em detrimento da publicidade. Neste momento caberá em especial ao Ministério Público e ao juiz do feito sopesar se o sigilo será uma medida que protegerá as investigações, e que este íterim não se traduz o momento adequado para a dação de publicidade, que se fará necessariamente só mesmo com a denúncia recebida. Observará se a colaboração se denota ainda com poucos elementos de convicção e a sua publicidade poderia afetar a intimidade, a dignidade de outrem ou mesmo levar à erro cognitivo a opinião pública. Enfim, nesta fase pré-processual possui a nosso sentir o Ministério Público e o juiz competente um maior grau de discricionariedade para atuarem a partir das peculiaridades do caso

concreto, preferencialmente em conjunto com a Polícia Federal caso tenha participado dos eventos informadores, pois estamos diante de uma lacuna legislativa, onde os atores persecutórios e o juiz em sua imparcialidade deverão procurar a maior razoabilidade responsável possível.

Assim, em um processo de ponderação poder-se-á decidir pela prevalência da publicidade ao sigilo, pelo conhecimento dos fatos delatados que se operam desde já importantes para opinião pública pela robustez dos termos apresentados, quando, por exemplo, apresentam-se em conformidade com a linha que já se investigou até o momento, e mesmo com o surgimento de fatos novos estão em sintonia fina, em corroboração com outros elementos promovendo efetivo grau de verossimilhança aos termos da colaboração.

Concluímos, que a publicidade das colaborações é vinculante a partir do recebimento do recebimento da denúncia e que o sigilo não é em nada vinculante na fase anterior ao recebimento da denúncia, quando se deve optar pela responsabilidade do direito fundamental de informar a sociedade sempre que haja a convicção suficiente dos atores competentes da verossimilhança das colaborações tomadas, pelo singelo fato de estarmos tratando de res pública.

## O PLENÁRIO E A HOMOLOGAÇÃO: LIMITES?

O Plenário discutiu outra questão importante no tocante ao grau de estabilização da homologação da colaboração premiada realizada pelo relator, se plenário poderia e até que ponto poderia rever os termos da homologação.

Ao plenário, após homologação do relator da colaboração caberá, se assim for chamado a pronunciar-se, analisar a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordado, quando poderá restar anulado se comprovado algum vício de vontade, a título de exemplo. Inobstante, quando não cumprido os termos do acordo por parte do delator poderá ser revisto conforme qualquer negócio jurídico. Procurou o Supremo dar maior relevância a segurança jurídica com o fito de não se esvaziar a intenção maior da lei das delações que é a obtenção das informações não ordinárias e a recuperação de valores porventura desviados em troca de benefícios aos delatores (incentivo).

Nos causa certo desconforto entrementes, a impossibilidade do plenário rever em maior amplitude (além dos termos legais) as homologações que se demonstrarem abusivas. A homologação no sentido de premiar o criminoso delator que muitas das vezes se denota como um dos chefes da quadrilha deveria ser visto cum granis salis por seus termos e não se mostrar meritoriamente insindicável. Retirar do Plenário a possibilidade de se podar excessos crassos revendo o acordo homologado cremos ser pernicioso e irrazoável para o direito que se busca justiça. Dar excessivos poderes ao MP e ao relator (juízo monocrático) sob a justificativa de oferecer a maior segurança jurídica possível ao acordo realizado em benefício de um criminoso confesso, retirando o controle meritório do negócio jurídico acordado da alçada do Plenário do Supremo Tribunal Federal entendemos um equívoco. Assim, os termos do acordo do Senhor JBS, que fomentou economicamente maior parcela do mar de lama apurado pela Lava-Jato e hoje goza de liberdade plena para passear pelo mundo e ostentar suas riquezas com sua família a partir de um perdão judicial em regime de profundo descalabro jurídico de injustiça, de impunidade. O acordo nos revelou indelével falta de proporcionalidade a partir do benefício acordado de perdão.

Queremos firmar sermos um dos maiores entusiastas do instituto da colaboração premiada. Não existisse referido instituto com viés fortalecido, os crimes de colarinho branco que a todos estarrecem jamais teriam vindo à tona e a sociedade permaneceria na escuridão da ignorância. Discutimos assim capítulos espinhosos do instituto, pois não podemos admitir a tergiversação do mesmo, quando seu fulcro maior é em estritos termos propiciar a descoberta das verdades que os meios ordinários de investigações não nos trariam, para que em corroboração com outros meios de provas nos aproximarmos da verdade real. Aferiríamos a tergiversação do instituto se percebêssemos sua utilização para reduzir ou mesmo perdoar criminosos como finalidade precípua, que se não matam diretamente pessoas, matam diretamente a política e conseqüentemente a democracia por apodrecimento. Nestes termos que entendemos que o Plenário do STF apequenou-se em seu mister ao zelar minimamente pela legalidade e abdicar da postulados como os da proporcionalidade, da justiça e da equidade.

## O SISTEMA DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

**RUTH HELENA SILVA VASCONCELOS PEREIRA:** Advogada, especialista em direito empresarial;

**RESUMO:** A novidade jurídica do sistema de precedentes no sistema processual civil brasileiro trouxe bastante repercussão. As decisões judiciais que contrariarem súmulas, jurisprudências ou precedentes indicados pela parte, sem que, de forma justificada e claramente demonstrada, apresente a distinção no caso concreto ou a superação dos citados entendimentos se tornam passíveis de anulação, o que de certa maneira elevam os precedentes a um novo paradigma para futuras decisões, aproximando, assim o *Common Law* da moderna sistemática processual no Brasil e lhe conferindo maior estabilidade, coerência e integridade à aplicação do Direito. Nesse sentido, a uniformização dos entendimentos jurisprudenciais é imprescindível para que se evitem antagonismos de entendimentos e se procure garantir maior estabilidade jurídica das decisões dos órgãos que compõem a estrutura técnico-administrativa dos tribunais. O conjunto dos fundamentos jurídicos sobre os quais se sustenta uma decisão judicial é o que justificativa e alicerça a correta aplicação do direito, que transcenderá a abstração legislativa e interferirá diretamente na dinâmica social incidente.

**Palavras-chave:** Precedentes judiciais. *Ratio decidendi*. *Distinção e superação da tese jurídica*.

**Sumário:** Referencial teórico. 1. Noções fundamentais de precedentes. 1.1. *Common law* e *Civil law*. 2. Uniformização da jurisprudência e eficácia vinculante. 3. A *ratio decidendi* e a fundamentação. 4. Distinção (*distinguishing*) e superação da tese jurídica (*overruling*). Considerações Finais. Referencial bibliográfico.

---

### Introdução

Tratar acerca da novidade jurídica do sistema de precedentes no sistema processual civil brasileiro é ter como ideia inicial, segundo Fernandes (2016)<sup>[1]</sup>,

aquela de que deixa a lei de ser o único paradigma jurídico para o juiz ao proferir atos decisórios no processo.

A reforma do Código de Processo Civil introduziu no inciso VI do §1º do art. 489[2] redação que prevê não serem consideradas as decisões judiciais que contrariarem súmulas, jurisprudências ou precedentes indicados pela parte, sem que, de forma justificada e claramente demonstrada, apresente a distinção no caso concreto ou a superação dos citados entendimentos.

Para abordar o tema, portanto, analisar-se-ão as noções fundamentais de precedentes, confrontando alguns dos principais aspectos dos sistemas do common law e do civil law, bem como as ideias de uniformização de jurisprudência, de eficácia vinculante e de outros conceitos relacionados ao novel instituto no direito brasileiro.

### **Referencial teórico (Desenvolvimento)**

#### **1. Noções fundamentais de precedentes**

Inicialmente, antes de serem apresentados conceitos acerca do que se deve entender por precedentes jurídicos ou judiciais, convém tecer breve distinção entre o sentido destes com o sentido da expressão jurisprudência.

Segundo conceitos apresentados por ACS[3], o termo “jurisprudência” condiz com “o conjunto das decisões, aplicações e interpretações das leis”, podendo ser entendido como: “a decisão isolada de um tribunal que não tem mais recursos”; “um conjunto de decisões reiteradas dos tribunais”; ou, “súmulas de jurisprudência, que são as orientações resultantes de um conjunto de decisões proferidas com mesmo entendimento sobre determinada matéria”.

Por sua vez, ainda segundo tais ensinamentos, “precedente é a decisão judicial tomada em um caso concreto, que pode servir como exemplo para outros julgamentos similares”.

Pondera-se, ainda, se tais decisões isoladas poderiam se revestir de um viés afeito ao que se tem por jurisprudência.

Na língua portuguesa, a palavra precedente pode assumir duplo caráter. Como adjetivo, significa “anterior” ou “o que acontece

previamente”. Como substantivo, significa “ação, circunstância ou deliberação utilizada como parâmetro para futuras decisões”.<sup>[4]</sup>

O sentido jurídico do termo não se afasta muito dos sentidos léxicos mencionados.

Precedentes ou precedentes judiciais são, pois, para o Direito, resoluções em questões judiciais já decididas anteriormente por um dado tribunal em um caso concreto e que novamente há demanda em juízo lide de caráter assemelhado. Ou seja, fala-se em precedente quando se pretende discutir algo cuja causa de pedir já fora previamente decidida em outra ação.<sup>[5]</sup>

Nesse sentido, colacionam-se os artigos 520 e 521 do NCPC, além do dispositivo do art. 489 referido na introdução deste trabalho, que tratam acerca desse novo caráter assumido no processo civil brasileiro e que criam um sistema voltado para maior estabilidade das decisões. *In verbis*:

#### *DO PRECEDENTE JUDICIAL*

*Art. 520 Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável.*

*Parágrafo único. Na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante.*

*Art.521 Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:*

*I – os juízes e os tribunais seguirão a súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;*

*II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e*

*dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;*

*III – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e os tribunais seguirão os precedentes:*

*a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional;*

*b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional;*

*IV – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem;*

*V – os juízes e os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça seguirão, em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem.*

*§1º Na hipótese de alteração da sua jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de seu precedente, os tribunais podem modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.*

*§2º A mudança de entendimento sedimentado, que tenha ou não sido sumulado, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.*

*§3º Nas hipóteses dos incisos II a V do caput deste artigo, a mudança de entendimento sedimentado poderá realizar-se incidentalmente, no processo de julgamento de recurso ou de causa de*

*competência originária do tribunal, observado, sempre, o disposto no §1º deste artigo.*

*§4º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.*

*§5º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo:*

*I – os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo;*

*II – os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador.*

*§6º O precedente ou a jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo pode não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.*

*§7º Os tribunais deverão dar publicidade aos seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os preferencialmente por meio da rede mundial de computadores.*

*Art. 522 Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos:*

*I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas;*

*II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.*

Mas tais dispositivos não estão sós a tratar do tema. Vejamos os artigos 926 e 927 e que expressamente apontam para o objetivo



de coerência e integridade do novo sistema de precedentes judiciais:

*Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*

*Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:*

*I as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade?*

*II os enunciados de súmula vinculante?*

*III os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos?*  
*IV os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional?*

*V a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.*

*§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.*

*§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.*

*§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.*

*§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e*

*específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.*

O atual sistema de precedentes no Direito Processual Brasileira aproxima o *Common Law* do *Civil Law*, os dois grandes sistemas judiciais no direito moderno e se propõe a conferir maior estabilidade, coerência e integridade à aplicação do Direito no Brasil.

### **1.1. Common law e Civil law**

Existem dois sistemas jurídicos consagrados, que estabelecem os principais paradigmas do Direito moderno no mundo ocidental: o *common law* e o *civil law*.

Apesar da previsão do uso dos costumes na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, a regra é a sujeição deste ao sistema *Civil Law*, conforme melhor será esclarecido adiante.

Ocorre que, primitivamente, superada a fase primal das relações humanas em que a lei do mais forte imperava, os usos e costumes comuns surgem como principal regulador em determinadas sociedades. E, basicamente, é assim que entende pelo demoninado sistema do *common law*, que foi se sofisticando à medida em que a sociedade também passa a evoluir.

O *common law* como entendido hodiernamente desenvolveu-se originalmente no sistema inquisitorial da Inglaterra, nos séculos XII e XIII. A base desse sistema é constituída no “conjunto das decisões judiciais que se baseavam na tradição, no costume e no **precedente**”[6]. Ainda a esse respeito, “assemelham-se às que existiram historicamente em sociedades nas quais o precedente e o costume desempenharam, por vezes, um papel substantivo no processo legal, inclusive o direito germânico e o direito islâmico”[7].

O *civil law*, por sua vez, segundo Castro e Gonçalves[8], é caracterizado pelo fato do sistema jurídico aplicável se fundar primordialmente nas leis escritas, objetivamente claras e completas, normatizando regras gerais para hipóteses abstratas que dever-se-ão subsumir aos fatos sociais e assim limitar a interpretação do julgador.

Na *civil law*, o primado é da lei. Portanto, vê-se que nesse sistema os atos legislativos possuem maior relevância que as decisões dos tribunais e que os raciocínios baseados em casos.

Somente se a lei for omissa, caberia ao Estado-juiz decidir conforme analogias, costumes e princípios gerais de direito, devendo atender na aplicação daquela ao espírito que a instituiu, não sendo possível qualquer que seja a descumprir se alegando o desconhecimento de seu teor.<sup>[9]</sup>

Observe-se, então, que o atual sistema de precedentes trazidos pelo Novo Código de Processo Civil, de 2015, traz uma nova roupagem ao sistema jurídico brasileiro, possibilitando uma feição judicial mais próxima do sistema do *common law*.

## **2. Uniformização da jurisprudência e eficácia vinculante**

Tratar de uniformização da jurisprudência, conforme apresenta Guimarães<sup>[10]</sup> em citação a Wambier, Almeida e Talamini, possui a concepção doutrinária de um expediente que visa evitar conflitos de interpretações de entendimentos e teses jurisprudenciais nos tribunais.

No mesmo sentido ao trazer o pensamento de Arruda Alvim e Araken de Assis de que divergências dentro de um mesmo tribunal, sejam decorrentes de turmas, sejam decorrentes de câmaras, a despeito de circunstâncias históricas equivalentes, representa grande risco à certeza jurídica.

É, pois, a uniformização dos entendimentos jurisprudenciais sistemática imprescindível para que se evitem antagonismos de entendimentos e se procure garantir maior estabilidade jurídica das decisões dos órgãos que compõem a estrutura técnico-administrativa de dado tribunal, melhor delineando, com isso, os meandros e os sentidos de aplicação da lei ao caso concreto.

Importante esclarecer o caráter preventivo citado por Guimarães. Não é expediente recursal e não se presta a uso para reformar decisões jurisdicionais, a teor de decisão no AG 961322/STJ. Nesse íterim<sup>[11]</sup>:

*O incidente de uniformização de jurisprudência é um instituto estabelecido pelo CPC e tem o objetivo de prevenir a adoção ou a continuação de uma tese*

*jurídica diversa da acolhida por outro órgão julgador do próprio tribunal. No entanto, a uniformização de jurisprudência não é recurso. De acordo com o CPC, esse instituto deve ser arguido antes de concluído o julgamento.*

*Ao julgar o incidente de uniformização de jurisprudência, o relator, desembargador convocado Honildo de Mello Castro não deu razão às alegações da Interbank. Segundo ele, o STJ tem concluído que "o incidente de uniformização de jurisprudência é de iniciativa dos órgãos do tribunal e não da parte". Além disso, o relator destacou precedentes do tribunal no sentido de que o CPC não vincula o colegiado perante o qual foi levantado o incidente de uniformização.*

*Ao negar o pedido da Interbank, Honildo de Mello Castro também considerou que o julgamento tinha pendente apenas um voto-vista, "portanto e, em tese, já consumado o seu resultado, ausentes, assim, a natureza de caráter preventivo do incidente, a conveniência e a oportunidade quanto à sua interposição". Ele corroborou o entendimento de que o incidente de uniformização de jurisprudência é de iniciativa dos órgãos do tribunal, não da parte. A 4ª turma acompanhou o voto do relator.*

Por fim, vê-se que o instituto de uniformização da jurisprudência tem por finalidade o de zelar por uma jurisprudência homogênea com vistas e combater que decisões divergentes sejam emanadas para situações fáticas semelhantes e dentro de um mesmo contexto.

Nesse esteio, há falar em vinculação, força vinculante ou eficácia vinculante das decisões nos tribunais que, por força dos precedentes implica em um fenômeno que supera a simples ideia da persuasão jurisprudencial e da orientação jurisprudencial consolidada.

A eficácia vinculante a que se refere é aquela em que aproxima o sistema do *civil law* ao sistema do *common law* e vai além daquele

efeito *erga omnes* decorrente do controle concentrado de constitucionalidade. Além daquele efeito vinculante das decisões liminares, pronunciamentos de acolhimento ou improcedência de pedido de ADI, ADC, ADPF e na súmula vinculante.

Tal eficácia vinculante por força constitucional permanece inalterada e ao se falar em eficácia vinculante decorrente da reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, se está a falar na disciplina necessária à manutenção da estabilidade, integridade e coerência decorrente da uniformização de jurisprudência, ampliando as hipóteses em que é atribuída, o que abrange decisões na seara dos procedimentos de recursos especiais, de recursos extraordinários repetitivos, de incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunções de competências. (TALAMINI, 2016)[12]

### **3. A *ratio decidendi*, a fundamentação, a distinção (*distinguishing*) e a superação da tese jurídica (*overruling*)**

Trata-se por *ratio decidendi* o conjunto dos fundamentos jurídicos sobre os quais se sustentam uma decisão judicial. Assim ensina Didier[13]. Defende que é a fundamentação que dá à sentença a perspectiva de norma jurídica individualizada legitimada em razão do princípio da motivação.

Desta feita, vislumbra-se a ideia de que é pela fundamentação pautada nas questões incidentais que o juízo de cognição poderá ser exercido. Ou seja, algumas questões debatidas no processo nunca estarão aptas a fazer coisa julgada e assim ficarem sujeitas à imutabilidade inerente às decisões que pela própria natureza compõem o verdadeiro objeto do juízo. Estas são questões que devem ser decididas. Aquelas, somente conhecidas.

Ou seja, a criação de norma preceitual depende precisamente da definição exata e fundamentada da norma para o caso concreto. Assim, nem se confunde com a mera abstração de preceitos circunscritos à hipotetização geral na qual a norma é formulada, nem com o momento pelo qual a norma individualizada é executada, vez que para se alcançar esse passo se faz imperativo já haver identificado o viés de incidência pelo qual o normativo concreto se formara.

E sobre a *ratio decidendi* em face das questões afeitas à necessidade de motivação judicial devida no atual sistema de precedentes judiciais, Camatta[14] conclui:

*a ratio decidendi toma relevância no Novo Código de Processo Civil, especialmente pelo fato de se impor a devida fundamentação em qualquer decisão prolatada pelos juízes. Crê-se que a tomada dessa posição é salutar ao próprio exercício do Direito, uma vez que se evitará decisões sem que tenha os argumentos necessários para realmente decidir. Noutra ponta, permitirá ampliar o debate entre as partes, configurando uma forma de evoluir conceitos do Direito, além de submeter, sempre através dos argumentos, novas realidades de situações já julgadas.*

Desta feita, ainda conforme entendimento de Didier[15], “a motivação tem conteúdo substancial”. Deduz-se, com isso, que não se trata a motivação de exigência baseada em mera alegoria legal com vistas a trazer solenidade às decisões judiciais. Ela tem justificativa em si e alicerça a escorreita aplicação do direito que transcenderá a abstração legislativa e interferirá diretamente na dinâmica social incidente.

E a ausência de motivação não se presta à fundamentação. A ausência dos reais porquês da decisão proferida torna-a inócua de aplicação e de perpetuação ou imutabilidade diante da realidade do convencimento do magistrado. Assim, contraria o próprio sentido do existir da Jurisdição. É a motivação e por consequência a fundamentação, a *ratio decidendi*, na visão do ilustre constitucionalista italiano Taruffo[16], elemento estrutural necessário dos provimentos jurisdicionais; o pressuposto da *giurisdizionalità*.

Portanto, entende-se que uma decisão “judicial” sem motivação é uma “não decisão”. Ela não estaria apta a integrar o conteúdo suficientemente mínimo para que se constituísse legitimamente o exercício funcional da jurisdição.

Em face do atual destaque dos precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil brasileiro, que os insere no universo de

fontes de aplicação do Direito, segundo afirma Leite<sup>[17]</sup>, deve-se a análise das teses jurídicas na moderna sistemática processual abordar pontos que dizem respeito à distinção e à superação da jurisprudência na aplicação ao caso concreto.

É importante lembrar que a “teoria do precedente”, por assim dizer, tem, como visto, origem no sistema do *common law*, e objetiva trazer ao novo processo civil maior isonomia, coerência e segurança jurídica na aplicação do Direito no Brasil.

Contudo, não se pode olvidar que a aplicação pura e simples ou a reprodução indiscriminada de precedentes tornariam inócua a própria evolução do direito em si que deve se submeter ao devido aperfeiçoamento. É, pois, nas lições de Reale<sup>[18]</sup>, o Direito a implicação normativa dos fatos segundo os valores aplicáveis pela sociedade em cada momento da vida. O Direito deve enfrentar aspectos fáticos, axiológicos e normativos de modo determinar a ação humana baseada em significações constantemente mutáveis e adequáveis a cada época ou período histórico.

Diante dessa acepção, há falar nos institutos da distinção (*distinguishing*) e da superação (*overruling*) da tese jurídica aplicável no sistema de precedentes judiciais. Sobre o assunto, seguem orientações de Mansur<sup>[19]</sup>.

Entenda-se por distinção da tese jurídica a característica atribuída à jurisprudência que, no caso concreto, não permite a omissão do julgador em avaliar peculiaridades e excepcioná-las da tese já fixada nos precedentes de fato. Isto é, a jurisprudência determinante não só permite como exige do magistrado a restrição de sua aplicação ou completo afastamento dela diante do caso concreto que, pelas características que lhe são inerentes, requer análise e fundamentação particular.

Por superação da tese jurídica, no mesmo caminho, deve-se entender a atenção dada pelo magistrado à aplicação dos precedentes em face de mudanças na concepção geral acerca do direito, dos valores sociais, dos meios e mecanismos tecnológicos, dos efeitos obtidos com a aplicação da norma, além dos erros passíveis de aplicação e de correção nas análises vindouras.

Assim, com fulcro na parte final do inciso VI do §1º do art. 489 do NCP, a contrário senso, tais institutos surgem, no entender de Barreiros[20] como direitos subjetivos das partes de que o julgador avalie no caso concreto a necessidade de afastamento de precedentes com base da distinção ou superação de entendimentos.

Por fim, de forma resumida, ainda segundo Leite[21], a aplicação de ambos os institutos, em que pese a real intenção de valorização de precedentes processuais por razões justificáveis na celeridade e economia processuais, segurança jurídica e isonomia da relação processual, reduzindo possibilidades, até, de favorecimentos pessoais nas decisões judiciais, garante a promoção do aprimoramento do sistema jurídico-processual e da aplicação do direito de forma substancial em face da necessidade de uniformidade pautada em casos já avaliados anteriormente nos juízos dos tribunais.

### **Considerações Finais**

O atual sistema de precedentes judiciais do Novo Código de Processo Civil vai ao encontro da necessidade cada vez mais premente de se buscar meios e soluções viáveis a certos problemas identificados em face da função jurisdicional, principalmente no que diz respeito a uma aplicação mais célere e mais isenta das normas nos casos concretos.

A aproximação do sistema do *civil law* com o sistema do *common law* caminha no sentido da evolução do sistema judicial brasileiro e tende a proporcionar vantagens na busca de soluções das controvérsias e, assim, servir ao exercício de uma jurisdicionalidade equilibrada e efetiva.

Deixam os precedentes de ter característica meramente argumentativa e passam a exercer um caráter normativo vinculante às causas demandadas, dando maior estabilidade às questões inerentes ao novo sistema processual no Brasil.

### **Referencial bibliográfico**

ACS. **Jurisprudência x precedente**. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.



BRASIL. Congresso Nacional. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, alterada pela Lei nº 12.376, de 2010.

CAMATTA, Roberto Mielke. **Ratio decidendi e o novo Código de Processo Civil**.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades**.

DIDIER JR, Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**.

FERNANDES, Francis Ted. **O sistema de precedentes do novo CPC, o dever de integridade e coerência e o livre convencimento do juiz**. 2016.

GUIMARÃES, Janine. **Uniformização da jurisprudência no sistema brasileiro - uniformização da jurisprudência no sistema recursal**.

LEITE, Rodrigo de Queiroz. **A superação e a distinção dos precedentes judiciais no Direito Processual Brasileiro**.

MACEDO, Lucas Buriel de. **Afinal, o que é um precedente**. 2015.

MANSUR, Sâmea Luz. **A teoria dos precedentes e os institutos do “overruling” e do “distinguishing”**.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15**. 2016.

NOTAS:

[1] FERNANDES, Francis Ted. O sistema de precedentes do novo CPC, o dever de integridade e coerência e o livre convencimento do juiz. 2016. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248774,81042-O+sistema+de+precedentes+do+novo+CPC+o+dever+de+integridade+e>, acessado em 12/05/2017, às 12h39min.

[2] Art. 489. (...). § 1º. *Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI. deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente*

*invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*

**[3]** ACS. *Jurisprudência x precedente.* 2015. Disponível em <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/jurisprudencia-x-precedente>, acessado em 12/05/2017, às 16h15min.

**[4]** Dicionário on-line de *português.* Disponível em <https://www.dicio.com.br/precedente/>, acessado em 12/05/2017, às 16h31min.

**[5]** MACEDO, Lucas Buriel de. *Afinal, o que é um precedente.* 2015. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/05/15/afinal-o-que-e-um-precedente-2/>, acessado em 12/05/2017, às 16h43min.

**[6]** Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Common\\_law](https://pt.wikipedia.org/wiki/Common_law), acessado em 16/05/2017, às 16h44.

**[7]** *Idem.*

**[8]** CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. *A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades.* Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=11647&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura), acessado em 16/05/2017, às 16h47.

**[9]** BRASIL. Congresso Nacional. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, alterada pela Lei nº 12.376, de 2010.*

**[10]** GUIMARÃES, Janine. *Uniformização da jurisprudência no sistema brasileiro - uniformização da jurisprudência no sistema recursal.* Disponível em <https://janinecalmon.jusbrasil.com.br/artigos/114970739/uniformizacao-da-jurisprudencia-no-sistema-brasileiro>, acessado em 18/05/2017, às 14h49.

**[11]** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI107722,51045-STJ+admite+analise+do+recurso+mesmo+sem+a+procuracao+do+advoga+do+que>, acessado em 18/05/2017, às 15h14.

**[12]** TALAMINI, Eduardo. *O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15.* 2016. Disponível em [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-)

O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15, acessado em 18/0/2017, às 15h46.

[13] DIDIER JR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. Disponível

em [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwips4np9M\\_UAhVEg5AKHTKDC9AQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.frediedidier.com.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2012%2F02%2Fsobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf&usq=AFQjCNHv6o7Sx-1pW7DKAQu3gA88CsXlvQ&sig2=TknZk6XqvK0aqn6LHHaarg&cad=rja](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwips4np9M_UAhVEg5AKHTKDC9AQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.frediedidier.com.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2012%2F02%2Fsobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf&usq=AFQjCNHv6o7Sx-1pW7DKAQu3gA88CsXlvQ&sig2=TknZk6XqvK0aqn6LHHaarg&cad=rja), acessado em 21/06/2017, às 18h50.

[14] CAMATTA, Roberto Mielke. Ratio decidendi e o novo Código de Processo Civil. Disponível em [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15878](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15878), acessado em 21/06/2017, às 19h05.

[15] DIDIER, Fredie. *Op cit.*

[16] TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, *apud DIDIER, Fredie. Op et al cit.*

[17] LEITE, Rodrigo de Queiroz. A superação e a distinção dos precedentes judiciais no Direito Processual Brasileiro. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-superacao-e-a-distincao-dos-precedentes-judiciais-no-direito-processual-brasileiro,57880.html>, acessado em 22/06/2017, às 11h26.

[18] REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[19] MANSUR, Sâmea Luz. A teoria dos precedentes e os institutos do “overruling” e do “distinguishing”. Disponível em <https://samealuz.jusbrasil.com.br/artigos/383859816/a-teoria-dos-precedentes-e-os-institutos-do-overrunling-e-do-dist-inguishing>, acessado em 22/06/2017, às 11h58.

[20] BARREIROS, Lorena, *apud* MANSUR, Sâmea Luz. A teoria dos precedentes e os institutos do “overruling” e do “distinguishing”. Disponível em <https://samealuz.jusbrasil.com.br/artigos/383859816/a-teoria-dos-precedentes-e-os-institutos-do-overrunling-e-do-distinguishing>, acessado em 22/06/2017, às 12h20.

[21] LEITE, Rodrigo de Queiróz. *Op. cit.*

## A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**PEDRO PAULO DE MELO REIS NETO:**  
Bacharel em direito pelo Centro de Ensino Superior do Amapá - CEAP. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

**Resumo:** O presente trabalho abordou o tema da obrigatoriedade de comparecimento à audiência de conciliação ou mediação, prevista no art. 334, CPC, na hipótese de apenas uma das partes manifestar seu desinteresse na realização da mesma. Para tanto, discorreu-se sobre o princípio do autorregramento da vontade no processo, os conceitos de conciliação e mediação e a opinião doutrinária acerca do tema.

**Palavras-Chave:** Audiência de conciliação ou mediação. Obrigatoriedade. Soluções consensuais de conflito. Princípio do autorregramento da vontade.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O Estímulo Às Formas Consensuais de Solução de Conflitos. 3. Audiência de Conciliação ou Mediação e sua Obrigatoriedade. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

---

### 1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil-CPC, Lei nº 13.105/2015, adotou, como um de seus princípios estruturantes, o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, corolário do princípio constitucional da liberdade, e cujo conteúdo consiste no direito das partes de regularem, por si próprias, com observância às restrições legais, seus interesses no âmbito de uma demanda judicial.

A esse respeito, Didier (2016, p. 133) leciona que:

No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente seus interesses (...) O Direito Processual Civil, embora ramo do Direito Público, ou talvez exatamente por isso, também é regido

por esse princípio. Pode-se chamá-lo de *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*.

Vários instrumentos foram previstos no Código com o fito de viabilizar o exercício de tal direito, tais como a possibilidade de as partes estabelecerem a calendarização dos atos processuais (art. 191[1]), ou celebrarem negócios jurídicos processuais atípicos (art. 190[2]), aptos a alterarem o procedimento do processo, desde que válidos.

Dentre tais instrumentos criados pelo novo CPC, merece estudo a audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334[3] do Código, que deverá ocorrer após a citação do réu e antes da apresentação de sua defesa, mormente no que tange a sua obrigatoriedade na hipótese de uma das partes manifestar sua opção na não realização de tal ato processual, ainda que a outra assim o deseje.

## **2. O ESTÍMULO ÀS FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

O novo CPC enaltece as formas consensuais de solução de conflito: conciliação e mediação. Com efeito, dispõem os §§ 2º e 3º do art. 3º do código, respectivamente, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Pelos dispositivos legais transcritos, observa-se que o novo CPC impõe ao Estado um dever jurídico: primar pela solução consensual dos conflitos. Tão relevante é autocomposição no processo civil atual, que Didier (2016)[4] defende a existência de um princípio do estímulo da solução por autocomposição.

Tanto a conciliação quanto a mediação são técnicas de solução de conflitos nas quais as partes solucionam o litígio sem a intervenção judicial, porém com a intervenção de um terceiro, auxiliar da justiça, que, tratando-se de conciliador, poderá sugerir às partes soluções para o litígio, enquanto que, tratando-se de mediador, auxiliará as partes para compreenderem e encontrarem uma solução para o litígio.

Nesse sentido, o magistério de Donizetti (2016, p. 372):

Como se vê, o mediador atua como um facilitador do diálogo entre as partes, a fim de que elas mesmas possam encontrar a melhor solução para o problema. O conciliador, por outro lado, orienta e aponta soluções na tentativa de agilizar a prestação jurisdicional, mas sem adentrar nas questões intersubjetivas que desencadearam o conflito.

A atuação dos conciliadores e mediadores está disciplinada entre os arts. 165 a 175 do novo CPC, sendo certo que o critério para se eleger a técnica adequada de solução consensual é o vínculo anterior entre as partes, conforme disciplinado pelos §§ 2º e 3º do art. 165<sup>[5]</sup>: havendo vínculo anterior entre as partes, optar-se-á pela mediação; não havendo, pela conciliação.

Dessa forma, conceitua-se a conciliação como a técnica de solução consensual de conflitos, por meio da qual litigantes que não possuem vínculo anterior, submetem o litígio a terceiro (conciliador), o qual pode sugerir sugestões para solucionar o litígio. Por outro lado, a mediação é a técnica de solução consensual de conflitos por meio da qual um terceiro (mediador), restabelece o diálogo entre as partes em conflito, que já possuem vínculo anterior, para que estas, seguindo a autonomia da vontade, busquem, por si sós, a solução para o litígio, buscando benefícios recíprocos.

Cumprido esclarecer, ainda, que a disciplina do novo CPC trata da conciliação e mediação quando já ajuizada uma demanda no Poder Judiciário, sendo certo que as partes podem optar por realizar extrajudicialmente tais técnicas de solução de conflitos, em câmaras privadas de conciliação e mediação.

Pois bem, expostos os conceitos de conciliação e mediação, resta analisar o momento processual adequado eleito pelo código para a tentativa da solução consensual, sem olvidar que a tentativa solução consensual pode ocorrer a qualquer momento, enquanto não extinto o processo.

### **3. A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO E SUA OBRIGATORIEDADE**

Determina o art. 334 do CPC que estando presentes os requisitos da petição inicial e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, deve o juiz designar audiência de conciliação ou de mediação, cuja antecedência mínima é de trinta dias, e para a qual o réu deve ser citado com, ao menos, vinte dias de antecedência, sendo certo que o termo inicial do prazo para contestação, quando houver a designação de tal audiência, será: a) a data da audiência ou da última sessão de conciliação ou mediação, quando uma das partes não comparecer ou a solução consensual for infrutífera, ou, ainda; b) a data em que o réu, anuindo à vontade do autor, peticionar requerendo o cancelamento da audiência, tudo nos termos do art. 335[6].

Observa-se, dessa forma, uma mudança sensível no regramento atual quanto ao anterior: neste o réu era citado (ato pelo qual a parte demandada é convocada para integrar a relação processual) e intimado para contestar o pedido[7], enquanto naquele o réu é citado e intimado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação. Enfim, a contestação só será apresentada caso a conciliação ou mediação seja infrutífera, ou a audiência não ocorra por vontade das partes.

O código excepciona a designação da audiência de conciliação ou mediação em apenas duas hipóteses: a) quando não se admitir autocomposição; b) quando ambas as partes manifestarem, expressamente, o desinteresse na composição consensual. Ou seja, na primeira hipótese o réu, no mesmo ato, será citado e intimado para oferecer contestação, como ocorria no regime anterior, e na segunda o prazo para contestação iniciará com o protocolo, pelo réu, do pedido de cancelamento, quando o autor tiver manifestado seu desinteresse.

A opção do autor pela realização ou não da audiência de conciliação ou mediação deve se dar na petição inicial[8], enquanto o réu dispõe do prazo de dez dias anteriores à audiência para peticionar requerendo o cancelamento da audiência, nos termos do art. 334, §5º, do CPC.

Observa-se, dessa forma, que o código, não sendo o caso de demanda que verse sobre direitos que não admitem autocomposição, apenas admite a não realização da audiência de conciliação ou mediação caso ambas as partes, expressamente, manifestem o desinteresse na solução consensual. Ou seja, não basta que apenas o autor informe que não deseja a solução consensual: à sua

vontade deve anuir o réu, pois, caso contrário, a audiência deverá ser realizada, sendo dever das partes o comparecimento a mesma, inclusive sob pena de ato atentatório à dignidade da justiça, sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa (art. 334, §8º).

A respeito do tema, leciona Didier (2016, p. 632):

O legislador preferiu não impor a audiência no caso em que ambas as partes manifestam expressamente o seu desinteresse. A solução parece ser boa: elimina a possibilidade de a audiência não se realizar porque apenas uma parte não a deseja, mas ao mesmo tempo respeita a vontade das partes no sentido de não querer a autocomposição, o que está em conformidade com o princípio do autorregramento da vontade e com o princípio da cooperação.

Repise-se: a audiência de conciliação ou mediação, nos moldes traçados pelo novo CPC, apenas não irá ser realizada, não versando o processo sobre direitos que não admitem autocomposição, na hipótese de desinteresse expressamente manifestado tanto pelo autor quanto pelo réu. Não basta a vontade de apenas um deles para o cancelamento/não-designação da audiência. E nesse ponto residem as críticas.

Com efeito, melhor seria se o código, em atendimento ao direito individual da razoável duração do processo, permitisse que a vontade de apenas de uma das partes fosse suficiente para a não-realização da audiência em estudo. A praxe forense demonstra que as partes em litígio, a despeito do esforço legislativo para estimular a solução consensual, dificilmente alterarão sua vontade em dirimir o conflito pela via consensual caso, desde o início do processo, esta vontade não exista. A bem da verdade, tal exigência apenas prolongará por mais tempo o processo, exporá as partes à possibilidade de sanção processual e ensejará o deslocamento físico das partes ao local da audiência e alocação de recursos para um ato que, muito provavelmente, será fadado ao insucesso. Tudo isso enquanto outro caso com chances reais de êxito acabará, fatalmente, tendo que aguardar mais tempo que o necessário.



Some-se, ainda, o fato de que os tribunais muito provavelmente não disporão de aparato humano e material para que tais audiências ocorram no prazo mínimo e utópico de trinta dias de antecedência. Ou seja - e aqui se analisa a questão sob a ótica do autor que manifeste sua opção pela não designação da audiência -, ter-se-á que aguardar meses para, só então, confirmar-se seu desejo desde o início do processo: não conciliar nem mediar. E isso porque embora o comparecimento à audiência seja um dever da parte, a solução consensual não o é. Trata-se de mera faculdade.

A corroborar com o exposto, confira-se o magistério de Neves (2017, p.649):

A exigência de que o desinteresse na realização da audiência seja manifestado de forma expressa por ambas as partes é uma triste demonstração do fanatismo que tem tomado conta do âmbito doutrinário e legislativo a respeito da solução consensual do conflito. Como diz o ditado popular, “quando um não quer, dois não fazem”, de modo que a manifestação de uma das partes já deveria ser suficiente para que a audiência não ocorresse. (...)

O Novo Código de Processo Civil não obriga às partes a fazerem a mediação ou a conciliação, mas apenas obriga a parte que não pretende, ao menos inicialmente, resolver o conflito dessa forma a comparecer à audiência. A obrigatoriedade de presença, até mesmo sob pena de sanção pecuniária, é bem diferente da obrigatoriedade de se resolver o conflito pela via consensual. Trata-se, insisto, de infeliz opção legislativa, mas que deve ser respeitada.

Dessa forma, observa-se que, embora o comparecimento à audiência de tentativa de conciliação ou mediação designada contra a vontade de uma das partes seja obrigatório, a conciliação ou a mediação em si é completamente facultativa. Por tal motivo, acredita-se que a parte que não desejar, desde o início, a via consensual, dificilmente mudará de opinião quando da realização da audiência.

Por outro lado, deve-se frisar que ainda que ambas as partes requeiram, inicialmente, que a audiência não seja realizada ou que, ainda que realizada, a

solução consensual não seja obtida, nada impede que no decorrer do processo, caso as partes mudem de ideia, seja realizada a solução consensual, que, no mais, deve ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, além de tratar-se de dever processual do juiz<sup>[9]</sup>.

Resta, portanto, evidente que a tentativa de solução consensual não está sujeita a preclusão, razão pela qual a não realização da audiência de conciliação ou mediação no início do processo, em virtude da discordância de apenas uma das partes, não impede posterior tentativa de autocomposição. Assim, não haveria prejuízo pela não realização da audiência em virtude da vontade de apenas uma das partes, pois o direito à solução consensual permaneceria íntegro.

Por fim, cabe trazer à baila a posição de Bueno (2016, p. 305) sobre o tema:

Não me impressiona, a este respeito, a referência feita pelo inciso I do §4º do art. 334 que, na sua literalidade, rende ensejo ao entendimento de que a audiência não se realizará somente se “*ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual*”. Basta que uma não queira para frustrar o ato. Não faz sentido, ao menos quando o objetivo que se persegue é autocomposição, que a vontade de uma parte obrigue a outra a comparecer à audiência (ainda mais sob pena de multa). O primeiro passo para o atingimento da autocomposição deve ser das próprias partes e que seus procuradores a orientem nesse sentido (...). Não há, contudo, como querer *impor* a realização da audiência de conciliação ou de mediação *contra* a vontade de uma das partes (...).

Percebe-se, então, que para o referido jurista a opção pela não realização da audiência manifestada por apenas uma das partes é suficiente para que a esta não aconteça. Mostra-se sedutor tal entendimento, sobretudo porque vai ao encontro com tudo que foi exposto até o presente momento, no sentido de que é ilógico obrigar quem não deseja a tentar obter solução consensual.

No entanto, não se pode deixar de lado que a lei é imperativa e é muito clara nesse ponto: o desinteresse há de ser recíproco e expresso. Embora não tenha sido a melhor opção, foi esta a opção política do legislador, e não se pode fechar os olhos para tanto.

#### 4. CONCLUSÃO

Por todo exposto, conclui-se que pela conformação dada pelo legislador ao tema, a designação e comparecimento à audiência de conciliação e mediação, quando o processo versar sobre direitos que admitam a autocomposição, são obrigatórios, e que a única forma de afastar tal obrigatoriedade é o requerimento expresso de ambas as partes pela não realização da audiência, não sendo suficiente o desinteresse manifestado por apenas uma das partes, embora se mostre contraditório a imposição a uma parte, que já manifestou expressamente seu desinteresse pela solução consensual, da obrigação de comparecer a audiência com tal finalidade, apenas porque a outra parte o quer.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acessado em 05.06.2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2016. v. I

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume Único**. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

NOTAS:

[1] Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

[2] Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

[3] Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

[4] DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2016. v. I, p.272

[5] Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

[6] Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;

III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

§ 1º No caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 334, § 6º, o termo inicial previsto no inciso II será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso II, havendo litisconsórcio passivo e o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para resposta correrá da data de intimação da decisão que homologar a desistência.

[7] No procedimento comum ordinário, uma vez que no procedimento sumário o réu era citado e intimado para comparecer em audiência de conciliação.

[8] Art. 319. A petição inicial indicará: (...)

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

[9] Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

## **A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES NOS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER**

**LORENA ARAÚJO DE OLIVEIRA:**  
Procuradora Federal (AGU), Especialista  
em Advocacia Pública e Direito Público.

**DAVI VALDETARO GOMES CAVALIERI**  
(coautor): Procurador Federal da Advocacia-  
Geral da União em Brasília/DF, Especialista em  
Direito Público

**Resumo:** O presente trabalho realiza a análise o cabimento de recursos no âmbito dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Dentro desse contexto, o estudo tem por objetivo demonstrar que a natureza jurídica da medida protetiva de urgência requerida é condição *sine qua non* para o correto cabimento de eventual recurso. Foram utilizados os textos legais atinentes ao tema, citações doutrinárias e posicionamentos jurisprudenciais, a fim de que o estudo possa dar sua contribuição com o fito de enriquecer os debates sobre os temas inaugurados pela majestosa Lei Maria da Penha (Lei Federal n.º 11.340/2006)..

**Abstract:** The present work analyzes the allocation of resources within the scope of domestic and family violence courts against women. In this context, the purpose of the study is to demonstrate that the legal nature of the urgency protective measure required is a *sine qua non* for the correct accommodation of any appeal. Legal texts related to the topic, doctrinal quotations and jurisprudential positions were used, so that the study could contribute with the purpose of enriching the debates on the themes inaugurated by the majestic Maria da Penha Law (Federal Law No. 11.340 / 2006).

**Palavras-chave:** Medidas protetivas. Natureza jurídica. Recursos. Cabimento. Lei Maria da Penha.

**Sumário:** Introdução. 1. Natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. 2. Recorribilidade das decisões nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha representa um marco de atuação do Poder Legislativo, uma vez que, ao criar mecanismos eficazes para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, tornou-se uma das leis mais efetivas dentro do vasto ordenamento jurídico brasileiro. Como se diz no antigo jargão, é uma lei que “pegou”.

Efetividade esta fundamental, tendo em vista que a referida lei tem o condão de combater um dos mais graves problemas que assola a sociedade brasileira: a impunidade do machismo por parte daqueles que sempre acharam que poderiam exercer um direito correicional em relação a quem não fazia o que eles mandassem, não se comportassem como eles esperavam, ou seja, as mais variadas formas de violência contra a mulher – e, por que não dizer, contra os filhos e filhas, muitas vezes usados como instrumentos de agressão à mulher.

Desde a promulgação da chamada Lei Maria da Penha, pouco se debateu acerca da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência por ela disponibilizadas. Tendo em vista o caráter pedagógico da lei, viu-se a necessidade, através do presente trabalho, de difundir o entendimento jurídico acerca do cabimento do recurso em eventual indeferimento do pedido de medida protetiva requerida.

### **1 NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA**

A Lei Maria da Penha dedica um rol extenso de medidas protetivas que visa dar efetividade ao direito da mulher de viver sem sofrer violência em qualquer dos ambientes de seu cotidiano, seja no lar, no trabalho<sup>[1]</sup> ou no lazer.

Trataremos, no presente trabalho, das medidas protetivas consideradas urgentes, as quais, em virtude da gravidade da situação, podem ser concedidas de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou da ofendida.

Um fator que demonstra ser a Lei Maria da Penha a de maior efetividade em nosso país atualmente é a possibilidade de a vítima postular medidas protetivas



de urgência perante a autoridade policial, que adotará, de imediato, as providências legais cabíveis[2].

Esta previsão denota o caráter democrático, célere e desburocratizado de acesso à proteção estatal dispensada à vítima, uma vez que esta não necessita de advogado ou defensor público para pleitear a medida protetiva de urgência, bastando formular seu pedido diretamente à autoridade policial, que dará o devido encaminhamento ao juiz no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (LMP, art. 12, III).

Desde a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, debates vêm sendo travados acerca de qual seria natureza jurídica das medidas protetivas de urgência nela previstas.

De um lado, autores afirmam que tais medidas são de natureza penal, pressupondo um processo criminal; de outra banda, doutrinadores entendem que as medidas possuem caráter civil, servindo para resguardar um processo cível.

Por sua vez, o renomado jurista Fausto Rodrigues de Lima (DIAS, p.141) afirma que a discussão é equivocada e desnecessária, pois as medidas protetivas não são instrumentos para assegurar processos. O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência em situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas.

Depreende-se da leitura atenta da Lei Maria da Penha que, de fato, as medidas protetivas não são acessórias de um processo principal, e nem a ele se vinculam, razão pela qual podemos classificar as medidas protetivas de urgência em medidas cautelares inominadas, uma vez que resguardam direitos fundamentais à mulher, à criança e ao adolescente no âmbito das relações familiares e funcionais.

Embora as medidas protetivas não sejam acessórias ou instrumentos para assegurar um processo principal, consoante esposado acima, analisando o rol contido da Lei Maria da Penha, é de se perceber uma aproximação de determinadas medidas com a esfera criminal, enquanto de outras com a seara civil. A título de exemplo, observa-se um nítido caráter civil na medida de restrição

ou suspensão de visitas do agressor aos dependentes menores (art. 22, IV, da LMP), enquanto clara a feição penal na medida de proibição do agressor de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas (art. 22, III, “a”).

Feita a análise da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, passa-se ao estudo dos recursos das decisões que versam sobre a aplicação de tais medidas no âmbito dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher.

## **2 A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES NOS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER**

Inicialmente, convém mencionar que a Lei Maria da Penha trouxe importante novidade ao retirar a violência doméstica do âmbito dos juizados especiais criminais, dispondo expressamente sobre a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ainda que não tenhamos tais juizados devidamente instalados em todo o território nacional, deve-se reconhecer o avanço contido na previsão legislativa, uma vez que tais órgãos contam com equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde, tudo para dar o mais amplo atendimento às demandas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Feita esta breve digressão a respeito dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, necessário analisar a questão prática atinente às decisões proferidas no âmbito dos referidos juizados e a sua recorribilidade.

Diante de um indeferimento de pedido de aplicação de medida protetiva de urgência, de que forma a postulante, vítima de violência, poderia se insurgir contra tal decisão?

Inicialmente, deve-se asseverar que as decisões proferidas nos mencionados juizados são plenamente recorríveis, em prestígio ao duplo grau de jurisdição que confere à vítima a possibilidade de análise de seu pedido por outra instância julgadora.

As decisões que versam sobre a aplicação das medidas protetivas de urgência possuem nítido caráter interlocutório, sujeita a recurso, conforme dito acima. A identificação do recurso cabível, se agravo de instrumento ou recurso em sentido estrito, dependerá da espécie de medida protetiva requerida, especificamente no que diz respeito à aproximação com a seara civil ou criminal.

Importante se faz ressaltar que, embora tenham recebido a nomenclatura de “juizados”, o rito previsto na Lei Maria da Penha para os feitos em trâmite nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher não se confunde com o procedimento previsto nos juizados especiais cíveis e criminais. Dessa forma, não se há falar em recurso dirigido a turma recursal nos âmbito dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo inaplicáveis as disposições da Lei 9.099/95 para os referidos feitos.

Com efeito, o cabimento do recurso contra as decisões que versam sobre as medidas protetivas de urgência está intrinsecamente ligado à esfera de aproximação penal ou civil das próprias medidas.

Caso a medida protetiva seja de feição cível, a matéria deve ser analisada na seara cível, sendo cabível o recurso de agravo de instrumento a ser processado e julgado por Turma Cível do Tribunal de Justiça competente, afastando-se a competência da Turma Criminal.

Nesse sentido a jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE NATUREZA CÍVEL. RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. **1 As medidas protetivas de natureza cível e o processo criminal são absolutamente independentes e desafiam deslinde específico, sendo que o indeferimento daquelas desafia recurso próprio na esfera cível, mais especificamente o de agravo de instrumento, tornando-se inadmissível o manejo de apelação**

criminal. Afasta-se a competência da Turma Criminal em favor da Turma Cível. 2 Remessa dos autos a uma das Turmas Cíveis, competente para conhecer da matéria questionada[3].

VIOLENCIA DOMÉSTICA - AMEAÇA - INDEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS - NATUREZA CÍVEL - INCOMPETÊNCIA DA TURMA CRIMINAL. I. As cautelas relacionadas no art. 22, incisos II e III, alíneas "a" e "b" da Lei 11.340/06 possuem natureza cível. O recurso interposto pelo indeferimento das medidas refoge à competência da Turma Criminal. II. Recurso não conhecido. Determinada a remessa a uma das Turmas Cíveis[4].

RECLAMAÇÃO. VARA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE NATUREZA CÍVEL. RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO.

1 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE NATUREZA CÍVEL E O PROCESSO CRIMINAL SÃO ABSOLUTAMENTE INDEPENDENTES E DESAFIAM DESLINDE ESPECÍFICO, SENDO QUE O **INDEFERIMENTO DAQUELAS DESAFIA RECURSO PRÓPRIO NA ESFERA CÍVEL, MAIS ESPECIFICAMENTE O DE AGRAVO DE INSTRUMENTO**, TORNANDO-SE INADMISSÍVEL O MANEJO DA RECLAMAÇÃO[5].

De outra banda, caso a medida protetiva possua feição penal, a decisão que versa sobre sua aplicação desafia a interposição do recurso em sentido estrito.

É necessário frisar, contudo, que, a despeito da falta de previsão legal acerca do recurso cabível, o que certamente tem causado enorme dificuldade para as partes, bem como à míngua de deliberação do Superior Tribunal de Justiça ou do

Supremo Tribunal Federal, divergem as cortes acerca do recurso cabível e da turma competente para apreciá-lo.

Por tal razão, entende-se como extremamente salutar a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos em face das controvérsias pertinentes ao tema.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei Maria da Penha está consolidada nos dias atuais como a lei de maior eficácia em nosso país, sendo símbolo do empoderamento feminino que garante a defesa dos direitos da mulher, como a preservação de sua integridade física, moral, sexual, psicológica, e a igualdade de gênero.

Graças ao advento da referida lei, milhares de mulheres não permanecem mais caladas diante de agressões recebidas em seu ambiente familiar, de trabalho ou lazer, estando cada vez mais encorajadas a denunciar os diversos tipos de violência que infelizmente sofrem.

Merece destaque, ainda, o espírito da Lei Maria da Penha e o seu caráter pedagógico, contribuindo de forma indelével no combate da impunidade e verdadeiramente educando muitos homens que, diante de uma lei de tamanha efetividade, despertam uma consciência social e passam finalmente a tratar as mulheres de modo digno, com o respeito que merecem.

Com a edição de uma lei de tamanha magnitude, o Estado cumpriu com um de seus objetivos, que é o de garantir que todos vivam de forma livre, digna e igualitária, sem sobreposição de um gênero em relação a outro.

Nas belas e singelas palavras de Simone de Beauvoir: “Que nada nos limite. Que nada nos defina. Que nada nos sujeite. Que a liberdade seja a nossa própria substância”.

## **REFERÊNCIAS**

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica: Lei Maria da Penha, comentada artigo por artigo. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. A lei Maria da Penha na Justiça, 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidente de competência originária de tribunal. 13 ed. Salvador. Editora Jus Podvim, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil comentado. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

#### NOTAS:

[1] Vale ressaltar a possibilidade de assegurar à vítima servidora pública acesso prioritário à remoção nos casos de violência sofrida no local de trabalho,

[2] Arts. 10 a 12 da LMP.

[3] Processo nº 20070810005359APR, Relator GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 12/06/2008, DJ 09/07/2008 p. 95.

[4] Processo nº 20090210046414APR, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 05/07/2010, DJ 29/07/2010 p. 265.

[5] Processo nº 20070020134033 DF , Relator: GEORGE LOPES LEITE, Data de Julgamento: 07/02/2008, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: DJU 25/03/2008 Pág. : 71.

## PARÂMETROS PARA AFERIÇÃO DA NATUREZA TÉCNICA DO CARGO PÚBLICO À LUZ DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

**VICTOR TEIXEIRA DE FREITAS:**  
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado.

**Resumo:** O presente trabalho tem o desiderato de fazer uma exposição geral acerca do que se entende como cargo público de natureza técnica, abordando as principais controvérsias acerca do tema, as quais possuem grande relevância hodierna, ante a possibilidade constitucional da acumulação de cargo, emprego ou função pública de natureza técnica com outro cargo de magistério.

**Palavras-chave:** Cargo Público. Natureza Técnica. Acumulação.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Critérios para a verificação da natureza técnica do cargo público. 2.1 O conceito de cargo científico. 2.2 A definição do conceito de cargo técnico à luz do entendimento jurisprudencial e doutrinário. 3. Conclusão. Referências.

---

### 1. INTRODUÇÃO

Como é cediço, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) veda, em seu artigo 37, inciso XVI[1], a acumulação remunerada de cargos públicos. Tal proibição é estendida pelo artigo 37, inciso XVII, da CRFB/88, sendo também aplicável a empregos e funções públicas, abrangendo não só a Administração Pública direta, mas também as autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho[2], o desiderato do constituinte foi evitar a perda da eficiência administrativa possivelmente resultante do acúmulo de funções públicas por um só agente.

Contudo, o próprio texto constitucional previu, em seu artigo 37, inciso XVI, três exceções à mencionada regra, sendo possível a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas em três situações[3], quais sejam: a) exercício de um cargo de professor com outro de natureza técnica ou científica; b)

exercício de dois cargos de professor; c) exercício de dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas. Nesses três cenários, faz-se necessária a existência da compatibilidade de horários.

Em verdade, de acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro[4], a CRFB/88 previu outras hipóteses de acumulação de cargos, como a possibilidade de o juiz[5] ou membro do Ministério Público[6] também exercer atividade de magistério.

Dentre as várias possibilidades apresentadas pelo texto constitucional para acumulação de cargos, empregos ou funções públicas, a mais controvertida é, sem dúvidas, a relativa ao exercício de um cargo de natureza técnica ou científica com outro de magistério. É que a CRFB/88 não trouxe qualquer subsídio para a definição da natureza técnica ou científica do cargo público, emprego ou função pública.

Sendo assim, mostra-se necessária a consolidação de critérios objetivos, por meio dos quais seja possível diferenciar, com precisão, um cargo público de natureza técnico ou científica de outro que não possui uma dessas características. Sem dúvidas, tal tarefa contribuirá sobremaneira para a diminuição das inúmeras decisões contraditórias por parte dos tribunais pátrios, as quais são, infelizmente, ainda tão frequentes.

## **2. CRITÉRIOS PARA A VERIFICAÇÃO DA NATUREZA TÉCNICA DE UM CARGO PÚBLICO**

### **2.1 O conceito de cargo científico**

De início, deve-se destacar que, para parcela da doutrina, cargo público de natureza técnica, objeto do presente estudo, não se confunde com cargo público de natureza científica.

Diferenciando essas duas espécies de cargos, José dos Santos Carvalho Filho[7], ensina que os “cargos científicos dependem de conhecimentos específicos sobre determinado ramo científico”. Marçal Justen Filho[8], de maneira análoga, aduz que “a atividade científica consiste naquela de produção, desenvolvimento e transmissão de conhecimento científico”.



Fernanda Marinela<sup>[9]</sup>, entretanto, sem fazer nenhuma distinção entre os dois conceitos, define cargo técnico ou científico como sendo “aquele que requer conhecimento técnico específico na área de atuação do profissional, com habilitação específica de grau universitário ou profissionalizante de segundo grau”.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, na análise do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança número 7.550/PB<sup>[10]</sup>, chegou à conclusão de que cargo científico é “o conjunto de atribuições cuja execução tem por finalidade a investigação coordenada e sistematizada de fatos, predominantemente de especulação, visando a ampliar o conhecimento humano”.

Dessa feita, analisando as definições acima fornecidas, pode-se afirmar que cargo de natureza científica é aquele cujo exercício envolve a execução de atividades relacionadas a alguma forma de conhecimento científico. Essa modalidade de cargo não se confunde com o chamado “cargo técnico”, vide a conceituação abaixo estudada.

## **2.2 A definição do conceito de cargo técnico à luz do entendimento jurisprudencial e doutrinário**

Como exposto acima, não há, para a maioria da doutrina administrativista, uma definição precisa e objetiva sobre o que é considerado cargo de natureza técnica. Isso contribui para a proliferação de decisões díspares entre tribunais pátrios, em menoscabo ao princípio da segurança jurídica, conforme será exemplificado a seguir.

O Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, analisando o Mandado de Segurança número 0000.13.000970-7<sup>[11]</sup>, decidiu que não é possível a acumulação do cargo de agente de polícia civil com outro cargo de professor, tendo em vista que o primeiro não pode ser considerado de natureza técnica ou científica. Segundo o Desembargador Mauro Campello, que atuou como relator na referida oportunidade:

Com efeito, vê-se que o art. 37, inciso XVI, 'b' da Constituição Federal ao estabelecer, dentre outras hipóteses taxativas, a possibilidade da acumulação do cargo de professor com outro de natureza técnica ou científica, não definiu o que seria exatamente cargo técnico ou

científico, sendo certo que a interpretação ainda não é de todo pacífica nos tribunais. Todavia, o atual entendimento jurisprudencial predominante, tanto das Cortes Superiores, quanto dos tribunais pátrios, inclusive nesta Corte de Justiça, vai de encontro ao pretendido pelo impetrante neste mandamus, no sentido de ser vedada a acumulação do cargo de professor com o de agente de polícia, tendo em vista que este último não é dotado de natureza técnica, porquanto o cargo de agente de polícia, que é de nível médio, não demanda habilitação especializada em uma área do saber conferida por instituição credenciada para tanto pelo Ministério da Educação e Cultura.

Interessante ressaltar que o referido Desembargador defendeu que a mera conclusão do curso de formação na academia da polícia civil não é suficiente para a caracterização da natureza técnica do cargo de agente de polícia civil, veja-se:

Nesse sentido, sabe-se que a atividade de agente policial não exige conhecimentos técnicos específicos ou habilitação legal para seu exercício, e tal lacuna não pode ser suprida com a simples conclusão de curso de formação na academia de polícia, ou pela inclusão da expressão "cargo técnico" pelo estatuto da polícia civil, até porque a academia de polícia não é reconhecida como instituição de ensino técnico-científico pelo Ministério da Educação e Cultura, órgão competente para tanto, e, tampouco, o Estatuto da Polícia Civil do Estado de Roraima pode se sobrepor à Constituição Federal.

De maneira diferente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, ao julgar a Apelação Cível número 62719[12], decidiu ser possível a acumulação de um cargo de agente da polícia civil com outro cargo de professor, sendo o primeiro considerado de natureza técnica. De acordo com o Desembargador Jarbas Bezerra,

Conforme se encontra assentado na legislação estadual e na jurisprudência nacional, o cargo público somente

possui natureza técnica quando o servidor nele investido obtém, através de curso oficial, o discernimento técnico necessário para desenvolver a atividade laboral, excluídas as funções burocráticas, sendo despciendo, para tanto, o nível de escolaridade e a nomenclatura do cargo. (...) Voltando-se ao caso dos autos, percebe-se que o recorrido, na condição de agente da polícia civil, atende plenamente à primeira exigência legal, qual seja, a possibilidade de cumular um cargo de professor com outro de conhecimento técnico, haja vista que o curso ministrado pela Academia de Polícia Civil possibilita aos alunos que integram o Curso de Formação de Agentes conhecimentos específicos e essenciais para o desempenho da atividade policial.

Apesar da mencionada divergência, importa destacar que já há algumas balizas traçadas pela própria Administração Pública (principalmente a federal), pela doutrina e por alguns tribunais pátrios sobre o assunto.

Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>[13]</sup>, cargos técnicos “são os que indicam a aquisição de conhecimentos técnicos e práticos necessários ao exercício das respectivas funções”. Marçal Justen Filho<sup>[14]</sup>, por sua vez, defende que atividade técnica é “aquela orientada a produzir a modificação concreta da realidade circundante, por meio da aplicação do conhecimento especializado”.

Conforme aduz a Orientação Consultiva 16/97-DENOR/SRH/MARE, da lavra da Consultoria-Geral da República, cargos, empregos e funções públicas que exigem apenas o nível médio (intermediário) para o ingresso do servidor também podem ser considerados de natureza técnica, desde que suas atribuições não envolvam somente atividades de “natureza burocrática, repetitiva e de pouca ou nenhuma complexidade”, mas também atividades concernentes ao conhecimento específico de uma área do saber.

Assim, mostra-se plenamente possível a atribuição da natureza técnica a cargo, emprego ou função pública para cujo exercício o agente tenha de possuir formação em determinado conhecimento específico, ainda que sem o diploma de nível superior.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal[15], analisando o Agravo Regimentado no Agravo de Instrumento número 407.529-8/SP, concluiu pela natureza técnica do cargo de auxiliar de enfermagem, que exige do agente o domínio do conhecimento relativo a uma área do saber específica, veja-se:

A acumulação de cargos técnicos não é tema que permita ao intérprete do Direito a formulação de soluções genéricas, aplicáveis a todas ou quase todas, as questões judiciais que lhe são submetidas. Ao contrário, exige minuciosa indagação em cada caso. Se há casos (cf. v.g. RT 686/110) em que é fácil identificar a falta de incidência da norma permissiva, aqui não se dá o mesmo. O Auxiliar de Enfermagem é um dos profissionais a que se atribui legalmente o exercício da atividade de Enfermagem (Lei nº 7.498/86, art. 2º, § único), respeitada, por óbvio, a limitação imposta por sua habilitação. Dele se exige de formação profissional específica (art. 8º)... Não se cuida, como é fácil de se ver, de atividade inserida na habilitação comum do aluno de 2º grau. Exige formação específica, voltada ao exercício de uma profissão. No exercício de suas funções, o Auxiliar de Enfermagem põe em prática métodos organizados, que se apóiam em conhecimentos específicos correspondentes, como se diz na lição pré-citada de Pontes de Miranda. (STF, Rel. Min. Nelson Jobim, Ag. Reg. AI nº 407.529- 8/SP, 2ª T., DJ de 19.12.2002, p. 114).

O Superior Tribunal de Justiça[16] vem adotando idêntica posição, consignando que cargo de natureza técnica é aquele cujo exercício envolve o conhecimento específico na área de atuação do profissional, com habilitação específica de grau universitário ou profissionalizante de segundo grau.

Fixada essa premissa, cumpre também ressaltar que a mera indicação da natureza técnica na nomenclatura de determinado cargo público não é suficiente, por si só, para determinar se este possui ou não natureza técnica.

O Superior Tribunal de Justiça[17], examinando o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança número 42392, concluiu pela impossibilidade da acumulação das duas aposentadorias recebidas pelo impetrante, uma proveniente

do exercício do cargo de professor e outra oriunda do exercício do cargo de técnico em políticas culturais, tendo em vista que as atividades desempenhadas pelo ocupante do cargo de técnico em políticas culturais não dizem respeito a qualquer formação profissional específica.

Os últimos entendimentos acima expostos merecem os devidos elogios, porquanto privilegiam a aferição, no caso concreto, da complexidade das atividades efetivamente desempenhadas pelo agente público, a despeito de qualquer tipo de requisito formal para seu exercício e da nomenclatura do cargo público.

Tais critérios devem ser utilizados de forma a colmatar a imprecisão conceitual que gira em torno do termo “cargo técnico”.

### **3. CONCLUSÃO**

Pelo exposto, conclui-se que a verificação da natureza técnica do cargo público, do emprego ou da função pública não deve ficar limitada a uma análise meramente formal dos requisitos necessários para o seu provimento. De igual forma, a mera nomenclatura do cargo não pode ser utilizada para a definição de sua natureza técnica ou não.

Em verdade, deve-se investigar, no caso concreto, quais são as atividades desenvolvidas pelo agente público, de maneira a avaliar a necessidade do domínio de uma determinada área do saber para o exercício do cargo. Para tanto, é curial que o Tribunal analise detidamente a lei que criou e que prevê as atribuições do cargo, emprego ou função pública.

Uma vez demonstrada a natureza técnica do cargo, emprego ou da função pública, mostra-se plenamente possível a acumulação com outro de professor, sendo necessária apenas a demonstração da compatibilidade de horários.

### **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: . Acesso em: 12 nov. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

#### NOTAS:

[1] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

[3] De forma análoga, o parágrafo dez do mencionado artigo também possibilita a acumulação de duas aposentadorias diferentes para cargos acumuláveis na atividade.

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 10.

[5] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: (...) Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério.

[6] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Art. 128. O Ministério Público abrange: (...) § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: (...) II - as

seguintes vedações: (...) d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.

[7] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

[8] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, *online*.

[9] MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 730.

[10] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº7.550. Recorrente: Maria Edvania dos Santos Guedes. Recorrido: Estado da Paraíba. Relator: Ministro Marco Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 02 de março de 1998. Diário da Justiça Eletrônico.

[11] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Mandado de Segurança nº 7.550 0000.13.000970-7. Impetrante: André Soares dos Santos. Impetrados: Secretaria de Estado da Gestão Estratégica e Administração e Corregedor-Geral da Polícia Civil. Relator: Desembargador Mauro Campello. Boa Vista, RR, 23 de agosto de 2013. Diário da Justiça Eletrônico.

[12] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Apelação Cível nº 62719. Apelante: Estado do Rio Grande do Norte. Apelado: Sânderes Cruz da Costa. Relator: Desembargador Jarbas Bezerra.

[13] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

[14] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, *online*.

[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 407.529-8. Agravante: Estado de São Paulo. Agravado: Edson Joaquim de Araújo. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2002. Diário da Justiça Eletrônico.

[16] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1.569.547. Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Recorrido: Amon Evangelista dos Anjos Paiva. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico.

[17] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 42392. Recorrente: Ezimar Rodrigues Carneiro. Recorrido: Estado do Acre. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 19 de março de 2015. Diário da Justiça Eletrônico.



## O REGIME JURÍDICO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: AVANÇOS E RETROCESSOS

**PABLO FREIRE ROMÃO:** Professor convidado dos cursos de pós-graduação da Escola da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) e da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Civil. Procurador do Estado do Maranhão (posse dia 03/07/17).

**RESUMO:** A pesquisa objetiva analisar crítica e pontualmente o regime jurídico do agravo de instrumento instituído pelo novo Código de Processo Civil, apontando avanços e retrocessos. Inicialmente, analisam-se questões relacionadas à regularidade formal. No capítulo subsequente, são estudadas as modificações, supressões e inovações procedimentais. Em seguida, debruça-se sobre os pedidos de antecipação de tutela recursal e efeito suspensivo. Por fim, o último tópico destina-se ao estudo das decisões interlocutórias não agraváveis.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Agravo de instrumento. Novo Código de Processo Civil. Modelo cooperativo de processo. Interlocutória não agravável.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. – 2. Regularidade formal e documentos obrigatórios: perspectivas à luz do modelo cooperativo de processo. – 3. Procedimento nos tribunais: inovações, alterações e supressões. – 4. Efeito suspensivo e antecipação da tutela recursal no agravo de instrumento. – 5. Extinção do agravo retido e apelação das decisões interlocutórias não agraváveis. – 6. Conclusão. – 7. Referências.

---

### 1. INTRODUÇÃO

A recorribilidade das interlocutórias é problema tormentoso, sujeito a intensas variações legislativas, que objetiva(ram) precipuamente um procedimento mais célere, voltado à razoável duração. O agravo de instrumento assumiu importância singular no direito processual brasileiro, sobretudo em virtude da tutela de urgência, por meio da qual se espera que a solução jurídica seja dada pelo juiz, no limiar de uma ação judicial, através de decisão

interlocutória. Com o advento da nova legislação processual, o estudo do tema merece contínua revisitação. O debate está aberto.

O novo Código de Processo Civil modificou substancialmente o regime jurídico do agravo de instrumento, especialmente com a (1) criação de um rol taxativo de cabimento, (2) extinção do agravo retido e, conseqüentemente, (3) possibilidade de interposição de recurso apelação (ou contrarrazões de apelação) em face de decisão interlocutória não agravável. Além disso, houve mudanças significativas relacionadas à regularidade formal do agravo de instrumento, agora bem mais alinhado com a ideia de modelo cooperativo de processo.

O presente trabalho possui o objetivo de analisar crítica e pontualmente o regime jurídico do agravo de instrumento instituído pelo novo CPC, apontando avanços e retrocessos. Inicialmente, analisam-se questões relacionadas à regularidade formal. No capítulo subsequente, são estudadas as modificações, supressões e inovações procedimentais. Em seguida, debruça-se sobre os pedidos de antecipação de tutela recursal e o efeito suspensivo. Por fim, o último tópico destina-se ao estudo das decisões interlocutórias não agraváveis.

## **2 REGULARIDADE FORMAL E DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS: PERSPECTIVAS À LUZ DO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO**

Consoante o disposto no artigo 1.016, *caput*, do NCPC, o agravo de instrumento deverá ser interposto diretamente ao tribunal competente, por meio de petição com os seguintes requisitos: (1) os nomes das partes; (2) a exposição do fato e do direito; (3) as razões do pedido de reforma (*error in iudicando*) ou de invalidação da decisão (*error in procedendo*) e o pedido; (4) o nome e o endereço completo dos advogados constantes no processo.

Com relação à indicação das partes, exige a lei apenas que se apontem seus nomes, e não suas qualificações (as quais, por certo, já constam dos autos principais). Cuidando-se de recurso de terceiro, deverá este informar sua qualificação completa. Em relação aos causídicos, a jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, coadunada com a instrumentalidade das formas, considera “prescindível a indicação do nome e endereço completos do advogado, quando for possível a obtenção dessas informações por outros documentos, o que se verifica no presente caso”<sup>[1]</sup>.

Em relação às peças obrigatórias à formação do instrumento, o artigo 524, do CPC/73, exige cópias: (1) da decisão agravada; (2) certidão da respectiva intimação; (3) procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. Cuidam-se de documentos indispensáveis à necessária operacionalização e compreensão, pelo tribunal, da controvérsia jurídica aviltada na origem.

No entanto, a jurisprudência pátria, analisando a *ratio essendida* necessidade de colação dos referidos documentos, relativizou a determinação legal, de modo a aceitar peças diferentes que atinjam as finalidades almejadas pela legislação processual. Em determinadas situações, relativiza-se, inclusive, a própria juntada do documento, tendo em vista a sua inexistência nos autos originários.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de tese fixada em recurso representativo de controvérsia (artigo 543-C, do CPC), sedimentou: “a ausência da cópia da certidão de intimação da decisão agravada não é óbice ao conhecimento do agravo de instrumento quando, por outros meios inequívocos, for possível aferir a tempestividade do recurso, em atendimento ao princípio da instrumentalidade das formas”<sup>[2]</sup>.

Outro exemplo é a desnecessidade de juntada da procuração da parte agravada quando ela ainda não integrou a relação processual na origem, por evidente impossibilidade material, como, *v.g.*, na hipótese em que o agravo se insurge contra o indeferimento de tutela antecipada requerida *inaudita altera parte*. Além disso, o membro do Ministério Público e o procurador judicial da Fazenda Pública prescindem de procuração, pois o poder de representação decorre da lei, e não de contrato ou de avença pactuada com a parte que representam<sup>[3]</sup>.

Tendo em vista a impossibilidade material de juntada de alguns dos documentos obrigatórios, que sequer existem nos autos do processo em primeiro grau, o artigo 1.017, II, do NCPC, exige do advogado do agravante a “declaração de inexistência de qualquer dos documentos referidos no inciso I, feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal”. No entanto, a ausência de um dos documentos e/ou da declaração, considerando a paradigma cooperativo inaugurado pela nova legislação, não deve ensejar a imediata inadmissibilidade do recurso, devendo-se aplicar o 1.017, § 3º, do NCPC.

A nova legislação, observando o caminho trilhado pela doutrina e jurisprudência, aperfeiçoa o tratamento conferido aos documentos obrigatórios. O artigo 1.071, do NCPC, exige que o agravo seja interposto com cópias: (1) da petição inicial; (2) contestação; (3) petição que ensejou a decisão agravada; (4) certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade; (5) procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

Percebe-se que o rol dos documentos obrigatórios foi ampliado pelo NCPC, o que certamente contribuirá para a qualidade do provimento jurisdicional, porquanto facilita sobremaneira a apreciação da controvérsia, notadamente em razão da necessidade de juntada da petição inicial, contestação e petição que ensejou a decisão agravada; prática, inclusive, já adotada por muitos advogados. Permanece o recorrente com a possibilidade de juntar, facultativamente, peças que entender úteis à apreciação das razões recursais (artigo 1.017, III, do CPC).

No sistema processual vigente, a ausência de alguma das peças obrigatórias, enseja, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>[4]</sup>, o não conhecimento do recurso, em razão do não atendimento à regularidade formal, pressuposto extrínseco de admissibilidade recursal. Demais disso, referida Corte, em razão de preclusão consumativa, não admite a abertura de prazo para correção do vício<sup>[5]</sup>. Portanto, faltando documento obrigatório, o tribunal não pode converter o julgamento em diligência para determinar o complemento.

Em relação às peças facultativas, porém essenciais ou necessárias à compreensão da controvérsia (v.g. contrato objeto de revisão), a jurisprudência do STJ, embora inicialmente tenha entendido pela impossibilidade de juntada posterior<sup>[6]</sup>, evoluiu para, sob o regime do artigo 543-C, do CPC/73<sup>[7]</sup>, consolidar tese no sentido de que o relator, entendendo ausentes peças necessárias para a compreensão da controvérsia, deverá indicar quais são elas, para que o recorrente complemente o instrumento.<sup>[8]</sup>

A nova legislação processual, com arrimo no princípio da cooperação (artigo 6º, do NCPC<sup>[9]</sup>) e do contraditório dinâmico (artigo 10, do NCPC<sup>[10]</sup>), bem como na primazia do julgamento de mérito (artigo 4º, do NCPC<sup>[11]</sup>), dispõe, no artigo 1.017, § 3º, do NCPC, que na falta da cópia de qualquer peça (obrigatória ou essencial à compreensão da controvérsia) ou no caso de algum outro vício que

comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator conceder o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível (artigo 932, parágrafo único, do NCPC). Se, eventualmente, o recorrente não atender a intimação, ocorrerá a inadmissibilidade do recurso por deficiência na sua formação.

Em relação ao preparo, dispõe o artigo 1.017, § 1º: “acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela publicada pelos tribunais”. Aplica-se ao agravo de instrumento todas as disposições gerais acerca do preparo, inclusive quanto aos casos de preparo insuficiente (artigo 1.007, § 2º: “A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias”) ou ausente (artigo 1.007, §4º: “O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção”).

Fredie Didier Jr.<sup>[12]</sup> reconhece o modelo cooperativo como o mais adequado para uma democracia, pois, além de assegurar o direito das partes de influenciar na construção do provimento judicial, revela a efetiva participação de todos os sujeitos processuais, inexorável ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o novo CPC implementa um sistema cooperativo pautado nos direitos fundamentais dos cidadãos e no qual todos os sujeitos processuais assumem responsabilidades e possibilidades de interlocução ativa. Por meio de uma comunidade de trabalho policêntrica e coparticipativa, conduz-se à realização do princípio político da participação, ínsito à ideia de democracia, atribuindo legitimidade à atividade judicante.<sup>[13]</sup>

Classicamente, o formalismo processual reveste-se de poder ordenador e organizador, limitando o arbítrio judicial, ao passo que promove a igualdade entre as partes, confere maior eficiência ao processo e assegura a segurança jurídica, com vistas a promover a justiça do provimento judicial. No fundo, na essência de todas as relações entre processo e o direito material está um específico problema da justiça, só sendo justo aquele que transcorreu conforme seus princípios fundamentais

e resulta em consonância com os ditames do sistema, nos planos constitucional e infraconstitucional.[14]

Acerca da necessidade do desapego à formalidade excessiva, José Roberto Bedaque[15] leciona ser preciso abandonar a ideia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei. O formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo. Não se pode olvidar que o Estado está comprometido com a correta solução das controvérsias, não com a forma do processo; esta constitui fator de garantia do resultado e de segurança para as partes, não podendo ser objeto de culto.

Daí porque, segundo José Roberto Bedaque[16], embora a forma do ato processual seja fator de garantia para as próprias partes, o apego exagerado a ela também constitui óbice à consecução dos objetivos do processo. O sistema da liberdade das formas, se bem compreendido e aplicado, é o mais adequado à natureza instrumental do método estatal de solução de controvérsias. Liberdade não significa insegurança para as partes, nem arbítrio do juiz. Representa, simplesmente, inexistência de rigidez e previsão legal de padrões flexíveis, segundo as especificidades da situação, sem que isso implique violação às garantias do devido processo constitucional.

Com o advento do formalismo-valorativo (ou neoprocessualismo), o processo passou a ser formado por valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança – base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação[17]. Nessa nova perspectiva, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira leciona: “técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso”. [18]

A nova legislação revela um novo formalismo, adequado às diretrizes do processo democrático, evitando que as formas processuais sejam edificadas e compreendidas em desconformidade com os preceitos

conteudísticos do modelo constitucional de processo. Daí o surgimento das regras interpretativas da primazia do julgamento do mérito[19] e do máximo aproveitamento processual, previstas no artigo 4º, do NCPC, que fundam um formalismo democrático instituidor de nova perspectiva processual, abandonando a antiquada premissa ritual, consubstanciada em compreensões exegéticas e sem conexão com o formalismo valorativo[20].

Inaugura-se, no sistema processual brasileiro, o formalismo constitucional democrático, consubstanciado no princípio da sanabilidade dos atos processuais defeituosos.[21] Com base nessa premissa, tem-se que o novo CPC, atento à evolução doutrinária, abandona a “forma pela forma”, possibilitando ao agravante, por meio dos deveres de prevenção[22] e auxílio[23], a correção de eventuais vícios ou incorreções na construção do instrumento, de modo a conhecer a pretensão recursal. Sobre o tema, destaca o enunciado nº 82, do FPPC: “É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais”.

Tendo em vista esse novo paradigma, reputa-se retrogrado o entendimento lançado por Teresa Arruda Alvim Wambier *et al*[24], nos seus comentários ao novo CPC, porquanto sustentam: “faltante qualquer destes documentos [obrigatórios], o recurso não será conhecido. Ausente, todavia, peça que não consta do elenco do inciso I do art. 1.017, mas que seja *necessária* à compreensão da controvérsia, o recurso igualmente não será conhecido”. Portanto, segundo os autores, “não é possível a conversão do agravo de instrumento em diligência. Interposto o recurso, não mais se admitirá a juntada e peças ou razões, mesmo que esteja, ainda, dentro do prazo”. O entendimento dos processualistas, como visto, não se sustenta no atual modelo cooperativo.

Com o advento do processo eletrônico e do novo CPC, a regra de apresentação das peças possui duas possibilidades. Sendo o processo em primeiro grau físico, segue o regime do CPC/1973, mostrando-se necessário, portanto, acostar cópias dos documentos obrigatórios. Noutra senda, caso o processo do qual emanou a decisão recorrida possua autos eletrônicos, dispensam-se, nos termos do artigo 1.017, § 5º, do NCPC, as

peças obrigatórias e a declaração da ausência a inexistência de alguma delas, facultando ao recorrente anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia[25].

Em relação ao preparo, o não pagamento gera deserção. Contudo, nos termos do artigo 1.007, § 4º, do NCPC, o recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção. Nem sempre o preparo é devido, sendo excepcionado nas hipóteses do artigo 1.007, § 1º, do NCPC: “São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal”.

O novo regramento do agravo de instrumento, portanto, incorporou o modelo cooperativo, instituidor de um novo paradigma processual, capaz de superar os arquétipos tradicionais de organização do processo: dispositivo e inquisitivo. A regularidade formal do agravo de instrumento traz para si os ditames do formalismo-valorativo, representando, portanto, um avanço da técnica processual, sobretudo por considerar a busca pela justiça em detrimento de verdades irrealis, incapazes de ensejar a adequada resolução dos litígios.

### **3 PROCEDIMENTO NOS TRIBUNAIS: INOVAÇÕES, ALTERAÇÕES E SUPRESSÕES.**

O agravo poder ser interposto no protocolo do tribunal competente para julgá-lo (artigo 1.017, § 2º, I, do NCPC); protocolo realizado na própria comarca, seção ou subseção judiciárias (artigo 1.017, § 2º, II, do NCPC); postagem, sob registro, com aviso de recebimento (artigo 1.017, § 2º, III, do NCPC); transmissão de dados tipo fac-símile, nos termos da Lei nº 9.800/1999[26] (artigo 1.017, § 2º, IV, do NCPC); outra forma prevista em lei (artigo 1.017, § 2º, V, do NCPC). Na hipótese do artigo 1.017, § 2º, IV, do NCPC, isto é, se o recurso for interposto por sistema de transmissão de dados tipo fac-símile ou similar, as peças devem ser juntadas no momento de protocolo da petição original (artigo 1.017, § 4º, do NCPC).



O prazo do recurso é de quinze dias úteis (artigo 1.003, § 5º, do NCPC). Após a interposição do agravo de instrumento, sendo o processo de primeiro grau físico, deve o recorrente, no prazo de 3 (três) dias úteis, informar tal acontecimento ao juízo *a quo*, por meio de petição acompanhada de cópia da petição do recurso, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso. No entanto, caso os autos principais sejam eletrônicos, torna-se desnecessária tal diligência, tendo em vista a interpretação *a contrario sensu* do § 3º, do artigo 1.018[27], do NCPC, e a existência do termo “poderá” no *caput* do referido dispositivo.

A comunicação da interposição do agravo de instrumento tem o objetivo de possibilitar o exercício do juízo de retratação pelo magistrado de primeiro grau. Trata-se de hipótese do efeito regressivo dos recursos. Havendo retratação do juízo *a quo*, o recurso fica prejudicado, em razão da ausência superveniente de interesse recursal (perda do objeto), porquanto a decisão recorrida, cujas razões objetivam invalidar ou reformar, deixou de existir. Nesse sentido, destaca o artigo 1.018, § 1º, do NCPC: “Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento”. Caso a interlocutória possua mais de um capítulo, e o juiz só se tenha retratado a um deles, o agravo será julgado na parte não reformada.

Sobre retratação, Antonio Notariano Jr. e Gilberto Gomes Bruschi[28] destacam que se o juiz comunicar o tribunal que reformou inteiramente a decisão (*rectius*, se retratou), o relator considerará prejudicado o agravo, sendo que, ocorrendo a retratação do juiz, a nova decisão, até por questão de lógica, será irrevogável, não dando espaço a uma terceira decisão por parte do juiz que havia proferido a decisão agravada e acabou por retratar-se. Discorda-se do entendimento dos autores.

Primeiro, porque Direito não é uma questão de lógica, havendo infinitas variáveis. Segundo, em virtude de inexistir qualquer determinação legal no sentido de vedar ao magistrado a possibilidade de revogar suas decisões interlocutórias. Terceiro, mesmo na hipótese das tutelas provisórias, o novo CPC admite a possibilidade de revogação (artigo 298, do NCPC), não havendo limitação quantitativa. Embora a “retratação da retratação” prejudique a segurança jurídica, inexistente qualquer determinação legal dispondo sobre a preclusão *pro judicato* nesse sentido. Além disso, a terceira decisão, ainda que idêntica à

primeira (revogada), poderá ser alvo de agravo de instrumento pela parte prejudicada.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>[29]</sup> sustentam que, havendo retratação, esse pronunciamento se caracteriza como *nova decisão*. Segundo os autores, se tratar-se de sentença, a decisão de retratação será impugnável por apelação (artigo 1.009, do NCPC); se tratar-se de decisão interlocutória agravável (artigo 1.015, do NCPC), poderá o agravado tornar-se agravante, comunicando ao tribunal a sua vontade de opor-se à nova decisão. Nessa hipótese, para referidos processualistas, o agravo não seria julgado prejudicado (artigo 1.018, § 1º, do NCPC) e, em nome da econômica processual, deverá prosseguir no próprio instrumento que já se encontra no tribunal, com a inversão dos polos recursais: o agravado torna-se agravante e vice-versa.

O pensamento dos autores é vanguardista e merecedor de desdobramentos. Possibilitar que, nos casos de retratação do julgador de primeiro grau, o agravado se torne agravante, quando a decisão revogadora seja interlocutória e se encaixe em alguma das hipóteses do artigo 1.015, do NCPC, é medida que prestigia a economia processual e o aproveitamento dos atos processuais. Referida dinâmica, todavia, exige: (1) requerimento expresso do novo agravante, com formulação de pedido e, sendo o processo físico, a juntada de peças essenciais e obrigatórias; (2) pagamento do preparo.

De acordo com Alexandre Freitas Câmara<sup>[30]</sup>, referida comunicação viabiliza o exercício, pelo agravado, do direito de defesa (que não teria nenhum prejuízo no caso de autos eletrônicos, já que todas as peças estariam disponíveis para o agravado), facilitando-se seu acesso à petição de interposição e aos demais dados necessários para a elaboração da contraminuta. Trata-se de manifestação do princípio da cooperação (artigo 6º, do NCPC), exigindo um processo participativo, e, por consequência, compatível com o Estado Democrático de Direito.

A ausência de comunicação ao juiz de primeiro grau, desde que se trate de processo físico, acarreta o não conhecimento do recurso, nos termos do artigo 1.018, § 3º, do NCPC. Na esteira do artigo 526, do CPC/1973, o novo Código de Processo Civil mantém a indispensabilidade de a não observância da referida comunicação dever ser arguida e comprovada (v.g. certidão da secretaria) pelo

agravado, quando da apresentação da resposta ao recurso. Pela leitura do novo CPC, tem-se duas conclusões: 1) o prazo para o recorrido trazer tais informações ao tribunal é preclusivo<sup>[31]</sup>; 2) não pode o magistrado conhecer da matéria de ofício, ainda que avisado pelo magistrado de primeiro grau quando da apresentação das informações.

Em relação a esse último ponto, o Superior Tribunal de Justiça, após controvérsias sobre o tema, firmou tese sob o regime do artigo 543-C, do CPC/1973: “para que o relator adote as providências do parágrafo único do art. 526 do CPC, qual seja, não conhecer do recurso, resta imprescindível que o agravado se manifeste acerca do descumprimento do comando disposto em seu caput, porquanto a matéria não é cognoscível de ofício”. Criou-se, portanto, uma matéria de juízo de admissibilidade de recurso que não é de ordem pública, mas de ordem privada, já que necessita de provocação (e prova) da parte a quem aproveita (agravado), para que seja apreciada pelo juiz. Trata-se de uma exceção ao sistema da legislação processual.<sup>[32]</sup>

Recebido o recurso, o relator possui várias possibilidades, de acordo com cada caso. Primeiro, poderá, exercendo juízo de prelibação, não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida (artigo 932, III, do NCPC). Segundo, tendo em vista os deveres dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (artigo 926, do NCPC) poderá, após conhecer do recurso, negar-lhe provimento, monocraticamente, quando as razões recursais forem contrárias a: 1) súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal; e/ou 2) acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; e/ou 3) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Da decisão monocrática, cabe agravo interno (artigo 1.021, do NCPC).

Não sendo caso de rejeição liminar, com (artigo 932, III, do NCPC) ou sem (artigo 932, IV, do NCPC) apreciação do mérito recursal, deverá o relator observar o procedimento para o julgamento pelo órgão colegiado, analisando, no prazo de cinco dias, a presença dos requisitos para a atribuição de efeito suspensivo ao recurso ou deferimento de antecipação de tutela da pretensão recursal, total ou parcialmente, comunicando o juiz de sua decisão. No agravo de instrumento, não é possível o julgamento monocrático liminar de provimento, previsto no artigo

932, V, do NCPC, admissível somente depois de facultada a apresentação de contrarrazões, em razão dos princípios do contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.148.296, submetido ao regime do artigo 543-C, sedimentou tese no sentido de que “a intimação da parte agravada para resposta é procedimento natural de preservação do princípio do contraditório, nos termos do art. 527, V, do CPC. A dispensa do referido ato processual ocorre tão-somente quando o relator nega seguimento ao agravo (art. 527, I), uma vez que essa decisão beneficia o agravado, razão pela qual conclui-se que a intimação para a apresentação de contrarrazões é condição de validade da decisão que causa prejuízo ao recorrente”. [33]

Em seguida, o relator determinará a intimação do agravado para responder ao recurso, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou pelo Diário da Justiça ou por carta com aviso de recebimento dirigida ao seu advogado, para que responda no prazo de 15 (quinze) dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso. Haverá oitiva do Ministério Público nas hipóteses do artigo 178, do NCPC[34], e nos demais casos previstos em lei, no prazo de 15 (quinze) dias úteis. Não existe mais previsão para o pedido de informações ao juiz monocrático, o que, todavia, não impossibilita o relator de requisitar tal diligência.

Após o cumprimento dessas providências, poderá o relator decidir monocraticamente o recurso (artigo 932, III a V), inclusive para lhe dar provimento, nos casos de a decisão recorrida contrariar: 1) súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal; e/ou 2) acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; e/ou 3) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Não sendo hipótese de decisão unipessoal, deverá o relator despachar pedindo para julgamento colegiado. Após referido ato, o recurso será incluído em pauta, na forma prevista nos artigos 934 e 935, do NCPC. O julgamento deve observar órgão jurisdicional composto por três desembargadores (artigo 941, § 2º, do NCPC).

Concernente ao julgamento do recurso, destaca-se o artigo 528, do CPC/1973, que, em prazo não superior a 30 (trinta) dias da intimação do agravado,

o relator pedirá dia para julgamento, independentemente da apresentação ou não da contraminuta do agravo de instrumento. Referida disposição legal não se coaduna com a realidade, porquanto, além de ser impossível agendar pauta de julgamento do agravo de instrumento em apenas 30 (trinta) dias, a soma dos prazos para resposta e manifestação do Ministério Público, para as hipóteses em que este deve intervir, ambos de 10 (dez) dias, tornam inócua a previsão em análise.

A nova legislação processual comete o mesmo equívoco. Tendo em vista o disposto no artigo 219, do NCPC: “Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”, o artigo 1.020 estabelece que o relator solicitará dia para julgamento do agravo de instrumento em prazo não superior a 1 (um) mês da intimação do agravado, não mais em 30 (trinta) dias. Trata-se, como se sabe, de prazo impróprio, porquanto destinado ao órgão jurisdicional.

Em verdade, a previsão do novo CPC é ainda mais inviável se comparada com a legislação de 1973, pois o prazo para apresentação de contraminuta é de 15 (quinze) dias úteis, isto é, no mínimo 19 (dezenove) dias corridos, prazo esse dilatado nas hipóteses de intervenção do Ministério Público, que terá o mesmo período para se manifestar. Não se deve desconsiderar, ainda, a demora natural para analisar a questão de fundo recursal, bem como o tempo destinado aos trâmites cartorários de intimação e certificação.

Por último, cabe destacar que o novo CPC passou a admitir a sustentação oral do recurso de agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência, nos termos do artigo 937, VIII, do Código de Processo Civil<sup>[35]</sup>. Não sendo caso de sustentação oral, o julgamento colegiado poderá ser realizado em sessão eletrônica (artigo 945, do NCPC). No sistema de 1973, a vedação era total, não sendo permitida sustentação oral em qualquer hipótese. Trata-se de inovação importante, sobretudo em virtude da incorporação, pelo novo CPC, da noção de contraditório como garantia de influência e não surpresa.

Além disso, tendo em vista a sensibilidade das tutelas provisórias, cuja análise equivocada pode ensejar prejuízos irreparáveis ao processo e/ou às partes, revela-se adequada referida previsão, notadamente em virtude do caráter

satisfativo de muitas dessas medidas; estas, por se tratarem de antecipação do provimento definitivo, prolongam-se no tempo, tutelando o direito da parte autora durante todo o trâmite processual, que, na experiência brasileira, revela-se demasiadamente vagaroso.

#### **4 EFEITO SUSPENSIVO E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Segundo o artigo 527, III, do Código de Processo Civil de 1973, o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”. Em relação à tutela antecipada recursal (efeito suspensivo ativo), deve-se observar a presença dos requisitos previstos nos incisos do artigo 273, do CPC/1973[36]. No tocante ao efeito suspensivo, o artigo 558, do CPC/1973[37], após elencar hipóteses exemplificativas, requer dois requisitos: (1) lesão grave e de difícil reparação e (2) relevância fundamentação recursal.

Além disso, segundo o artigo 527, parágrafo único, do CPC/1973, a decisão liminar, proferida nos autos do agravo de instrumento, somente é passível de reforma no momento do julgamento do recurso, salvo se o próprio relator a considerar. Desse modo, referida decisão é irrecorrível. Contudo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[38], admite-se, contra aludido ato judicial, a impetração de mandado de segurança, nos termos da interpretação do artigo 5º, II, da Lei nº 12.016/2009. Tal previsão é modificada pelo novo CPC, que, com fulcro no artigo 1.021, admite a interposição de agravo interno contra referida decisão, a ser julgado pelo respectivo órgão colegiado.

Efeito suspensivo é a aptidão de alguns recursos de evitar a imediata eficácia do provimento jurisdicional impugnado. O agravo não tem, em regra, efeito suspensivo, o que se revela compreensível, porquanto seria verdadeiro entrave ao tramite do procedimento de primeiro grau. O novo CPC mantém a sistemática atual, podendo o relator suspender liminarmente a decisão recorrida, atribuindo efeito suspensivo até o julgamento do mérito recursal (artigo 1.019, I, do NCPC). Não pode o relator conferir, de ofício, efeito suspensivo ao agravo, sendo necessário o requerimento do recorrente (artigo 1.012, § 3º, do NCPC). Deferido o efeito suspensivo, total ou parcialmente, deve o tribunal comunicar o juiz da causa.

Os requisitos para a concessão de efeito suspensivo são aqueles previstos no artigo 1.012, § 4º, do CPC, analogicamente aplicável à hipótese. Assim, de acordo com a nova sistemática, exige-se, para a concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento: (1) demonstração da probabilidade do provimento do recurso, semelhante à tutela de evidência; ou (2) presença concomitante de relevante fundamentação recursal e risco de dano grave ou de difícil reparação. Trata-se, portanto, de efeito suspensivo *ope judicis*. Em relação ao CPC/1973, excluiu-se o desnecessário rol exemplificativo previsto no artigo 558, do CPC/1973.

No tocante à antecipação da tutela recursal, hipótese em que se pleiteia liminarmente ao relator a providência indeferida pela decisão recorrida, pode o relator deferi-la total ou parcialmente (artigos 294, 300, 311 e 1.019, I, do NCPC). Deve ser pleiteada pelo agravante, sendo vedada a atuação de ofício do relator (artigo 294, do NCPC). No entanto, revela-se possível ao relator consultar o recorrente sobre seu interesse na obtenção da tutela, com fulcro no princípio da cooperação (artigo 6º, do NCPC). Deferida a antecipação de tutela recursal, necessita o relator comunicar o juiz de primeiro grau. Os requisitos para concessão da antecipação da tutela variam conforme o contexto litigioso em que se insere a lide.

Nesse sentido, destacam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero<sup>[39]</sup> que se o recorrente pretende, por exemplo, a obtenção de tutela inibitória antecipada, tem o ônus de apontar a relevância do fundamento de seu pedido e o justificado receio de ineficácia do provimento final (artigo 497, parágrafo único, do NCPC). Como a tutela é contra o ilícito, nenhuma consideração deve o recorrente fazer a respeito de dano, dolo ou culpa. Se o recorrente pretende, por outra, tutela ressarcitória antecipada, então tem o ônus de apontar a probabilidade de duas alegações e o perigo de dano (artigo 300, do NCPC). A tutela aí é contra o dano e, como tal, suscita a apreciação do dano e do regime de responsabilidade a que se submete a parte contrária.

## **5 EXTINÇÃO DO AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO AGRAVÁVEIS**

O recurso de agravo retido, regra no sistema processual de 1973 (artigo 522), foi extinto pela nova legislação processual. Referida eliminação foi criticada por

Antônio Cláudio da Costa Machado<sup>[40]</sup>, aduzindo violação ao contraditório, porquanto retira-se a possibilidade de as partes provocarem a retratação do julgador. Noutra senda, salienta Misael Montenegro Filho<sup>[41]</sup>: “a supressão do agravo retido e a limitação das hipóteses do agravo de instrumento são dignas de aplausos. Há tempos que o agravo retido não apresenta qualquer utilidade no processo, só servindo para aumentar a quantidade de páginas que integram os autos”.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>[42]</sup>, a extinção do agravo retido, e, por consequência, do regime de preclusões no primeiro grau de jurisdição, beneficia a parte, não significando restrição de qualquer espécie ao direito de recorrer: no regime que consta do projeto, e que foi mantido pelo texto aprovado, essas questões continuarão a ser decididas quando do julgamento da apelação. Segundo a autora, “ficou, na verdade, mais confortável a situação da parte, que não precisa recorrer. E tem hoje, como terá à luz do eventual novo Código, que esperar até o momento do julgamento da apelação para ver essas questões decididas pelo tribunal”.

Cássio Scarpinella Bueno<sup>[43]</sup> também enxerga vantagens na extinção do agravo retido: “felizmente, o Senado, na última etapa do processo legislativo, recursou a proposta [da Câmara dos Deputados, que institua um espécie de protesto antipreclusivo das interlocutórias não agraváveis] que, bem entendida, tornava a extinção do agravo retido mais nominal do que substancial, formalizando, desnecessariamente, o processo e comprometendo, até mesmo, um dos pontos altos do anunciado, desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto”.

Sobre o tema, a Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo CPC vaticinou: “desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, alterando-se o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação”.<sup>[44]</sup>



O agravo retido é um recurso estratégico, possuindo efeito devolutivo diferido, porquanto evita que sobre a decisão interlocutória proferida incida a preclusão; contudo, a devolução da matéria apenas ocorrerá com sua reiteração, em razões preliminares, no recurso de apelação ou nas contrarrazões. Portanto, no sistema de 1973, a reiteração é ato simples de externar a intenção de ver o recurso, já interposto e com as razões de reforma devidamente apresentadas, apreciado pelo órgão colegiado, preliminarmente ao julgamento da apelação.<sup>[45]</sup> A nova legislação modificou referida sistemática.

O Código de Processo Civil de 2015 extinguiu o agravo retido e instituiu um rol de decisões interlocutórias sujeitas à interposição do agravo de instrumento. Assim, apenas são agraváveis as decisões previstas expressamente em lei, nos termos do artigo 1.015, do NCPC. O artigo 1.009, § 1º e § 2º, do NCPC, prescreve que as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões, dependendo se a parte recorrente foi vencida ou vencedora em primeiro grau.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha<sup>[46]</sup> atentam para o verbo “suscitar”, que, em verdade, significa “impugnar”. A distinção é relevante. No regime do CPC/1973, o conhecimento do agravo retido exige dois atos: (1) a interposição de recurso pelo prejudicado, por escrito ou oralmente, a depender do caso; (2) a ratificação do agravo retido quando da interposição do recurso de apelação ou da apresentação das contrarrazões. Com o novo CPC, a parte apenas recorre das interlocutórias não agraváveis, seja em sede de apelação ou contrarrazões. A apelação não é mais recurso apenas da sentença, abrangendo também decisões interlocutórias não previstas no rol do artigo 1.015, do NCPC. Igualmente, as contrarrazões se tornaram um recurso da parte vencedora contra as interlocutórias não agraváveis.

As contrarrazões, portanto, passam a deter duas funções: 1) responder aos termos das razões de apelação; 2) impugnar decisões interlocutórias não agraváveis. Sua natureza de recurso é evidenciada pelo próprio texto legislativo, que exige a intimação do apelante para se manifestar sobre a impugnação realizada em sede de contrarrazões (artigo 1.009, § 2º, NCPC). Além disso, a não apresentação das contrarrazões possuirá um efeito preclusivo inédito, porquanto

a não “suscitação”, na referida peça, das questões não agraváveis decididas no processo enseja a impossibilidade de sua ulterior rediscussão.

Nesse sentido, Ricardo Licastro Torres de Mello<sup>[47]</sup> destaca que as contrarrazões passaram a ter natureza jurídica híbrida, vale dizer, (i) tanto consistem em peça de resistência às razões de apelação, (ii) quanto podem consistir em peça recursal relativamente a decisões interlocutórias que o apelado resolva impugnar em sua resposta ao recurso. Portanto, as contrarrazões podem veicular uma defesa (relativa à apelação da outra parte) e um eventual ataque (interlocutórias não agraváveis). Por conta disso, referido autor sustenta que eventual desistência ou não conhecimento do recurso de apelação não prejudicará, necessariamente, as contrarrazões que veiculam uma impugnação à decisão interlocutória, pois estas ainda poderão ter utilidade e relevância, devendo, portanto, serem julgadas.

Para Ricardo Licastro Torres de Mello<sup>[48]</sup>, se nas contrarrazões houver o apelado suscitado impugnação relativamente a alguma decisão interlocutória, e se for pertinente sua apreciação pelo tribunal, pois ainda não foi extinto o interesse recursal do apelado a respeito, as contrarrazões que contenham impugnação de decisão interlocutória, mesmo que a apelação não mais exista, deverão ser apreciadas pelo tribunal. Nesse caso, as contrarrazões-recurso do apelado/agravante não guardariam dependência com o recurso principal, em sistemática distinta do recurso adesivo, por exemplo.

Em sentido contrário, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha<sup>[49]</sup> lecionam que o recurso do vencedor, manifestado nas contrarrazões, é subordinado, seguindo o destino da apelação do vencido, ou seja, caso o vencido desista da apelação interposta ou essa não seja admissível, a apelação do vencedor perderia o sentido, pois o fato de ter sido o vencedor eliminaria o interesse recursal, que somente subsistiria se a apelação do vencido fosse julgada. Segundo os autores, o sistema passa a ter duas espécies de recurso subordinado (gênero): recurso adesivo e apelação subordinada pelo vencedor (espécies). Os processualistas vão além e afirmam que a apelação do vencedor (materializada nas contrarrazões) é condicionada, apenas sendo examinada se a apelação do vencido for acolhida, pois o vencedor somente perderá essa qualidade nessa situação.

Discorda-se de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. Na linha de Ricardo Licastro Torres de Mello, imagine-se a seguinte hipótese: a sentença é de parcial procedência do pedido, sendo autor e réu sucumbentes em parte; no curso do processo, em decisão interlocutória, foi afastada a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pelo réu; apenas o autor apela da sentença, o réu apresenta contrarrazões e nesta suscita a impugnação à decisão interlocutória que rejeitou sua preliminar de ilegitimidade ativa.

Nessas condições, ainda que por alguma razão o apelante desista de seu recurso, ou este seja inadmitido, é evidente que remanesce o interesse recursal do apelado relativamente à impugnação que veiculou em suas contrarrazões acerca da rejeição da preliminar de ilegitimidade ativa, pois este capítulo de suas contrarrazões perfaz impugnação de decisão interlocutória que lhe pode gerar, se acolhida, situação jurídica melhor, mais vantajosa, consistente em decisão que não o condene e que decida pela carência de ação.

Pode, é claro, acontecer de o recurso (= contrarrazões de apelação), nos casos de não conhecimento da apelação, não ser conhecido por falta de interesse, mas tal análise deve ser realizada casuisticamente, isto é, depende do caso concreto, sendo equivocada a fixação de dogmática geral que imponha características gerais e abstratas a referida modalidade de impugnação recursal, porquanto podem existir situações, como no exemplo acima, em que o interesse recursal sobrevive, sobretudo em virtude da possibilidade de melhorar a situação jurídica daquele que recorre.

Com esse mesmo entendimento, Teresa Arruda Alvim Wambier *et al*[50]: “não devem ser vistas, estas contrarrazões, como um recurso, cuja existência e cujo procedimento seja ‘dependente’ da apelação do vencedor. Se assim devesse ser, o legislador teria de ter-se manifestado expressamente, e, ainda assim, parece-nos que, neste caso, haveria indevida (inconstitucional) supressão de recurso contra interlocutória não agravável de instrumento. Isto por ofensa ao princípio da isonomia, já que o recurso existe para o apelante e o apelado ficaria sem recurso. A dependência existe só na medida em que for resposta, mas não na medida em que for recurso”.

Frise-se que referida sistemática refere-se à fase de conhecimento, não sendo aplicável às fases de liquidação e cumprimento de sentença, nem ao

processo de execução de título extrajudicial. Nesses casos, toda e qualquer decisão interlocutória é passível de agravo de instrumento. Também cabe agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória proferida em processo de inventário. Tais ressalvas são extraídas do conteúdo do artigo 1.015, parágrafo único, do NCPC.

Com relação à fase de conhecimento, as decisões interlocutórias agraváveis (rol do artigo 1.015, do NCPC) são sujeitas à preclusão, caso não se interponha agravo de instrumento. As decisões interlocutórias não agraváveis, por sua vez, não precluem de imediato. Não é adequado afirmar que elas não precluem. Em verdade, serão atacadas em sede de apelação ou contrarrazões de apelação, sob pena de preclusão. Há uma prolongação da preclusão para o momento da apelação, isto é, confere-se elasticidade ao instituto.

Nesse sentido, destaca Zulmar Duarte<sup>[51]</sup>: “o sistema de preclusão passa a se realizar de duas maneiras: *imediatamente*, para aqueles temas não provocados; *elasticamente*, para os que tenham sido devidamente apresentados”. Há, portanto, preclusão elástica em relação às decisões interlocutórias não agraváveis, que somente precluirão caso não impugnadas em sede de apelação ou contrarrazões de apelação. Assim, apenas a omissão na fase recursal acerca dessas matérias põe fim aos seus desdobramentos argumentativos. Enquanto o processo tramitar no primeiro grau, a “questão fica, por hipótese, em estado letárgico até o não agir futuro da parte, ou seja, pela não reedição do ponto em segundo grau de jurisdição”<sup>[52]</sup>.

Portanto, a preclusão elástica ocorrerá quando não for realizada a impugnação das interlocutórias não agraváveis em sede de apelação ou contrarrazões de apelação. O termo “elástica”, atribuído por Zulmar Duarte<sup>[53]</sup>, deve-se ao fato de ela ter início quando da prolação da decisão interlocutória, desdobrando-se até o segundo grau, momento em que pode se consumir caso a parte não a impugne, sendo omissa. Via de consequência, desloca-se o centro de gravidade do processo, que deixa de se constituir na sentença, passando para a fase de apelação, oportunidade onde, virtualmente, todas as questões decididas poderão ser reapreciadas.

A recorribilidade das interlocutórias não agraváveis não está imune à preclusão lógica<sup>[54]</sup>, pois a prática de ato processual incompatível ou

contraditório deve ser analisada pelo tribunal quando da análise daquela matéria devolvida. A questão decidida no decorrer do procedimento pode ter sido expressamente acatada pela parte, que, por exemplo, concordou com a não realização de perícia. Além disso, pronunciamentos judiciais que deferem pedidos de determinado litigante, mas cujas consequências a prejudicam de maneira finalística, também não podem ser alvo de impugnação. Trata-se da aplicação do *venire contra factum proprium*, consistente na “incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior”.<sup>[55]</sup>

Na atual sistemática, as razões do agravo retido são apresentadas quando da interposição do recurso, de modo que a análise do ato decisório recorrido considera o cenário processual existente até aquele momento, e, conseqüentemente, a possibilidade de cognição desempenhada pelo órgão jurisdicional. A reiteração, quando da apelação, é indicativo do interesse da apreciação do recurso. De acordo com o novo CPC, contudo, não existirá “limitação das razões por segmentação temporal – quer-se dizer limitada ao momento anterior à decisão interlocutória proferida -, ao contrário, o recorrente poderá utilizar todo o conjunto processual, do início ao fim, até mesmo a fundamentação exposta na sentença proferida”.<sup>[56]</sup>

A modificação tem capacidade de repercutir negativamente no sistema recursal. Em verdade, a ausência de preclusão das interlocutórias não agraváveis tem o condão de tornar a atividade jurisdicional de segundo grau exaustiva, tendo em vista a possibilidade de se devolver ao tribunal, na forma de razões em preliminar de recurso de apelação, uma grande quantidade de matérias já apreciadas pelo juízo *a quo*, e que, em tese, não seriam objeto de agravo retido no CPC/1973. Com a nova legislação, os recursos de apelação tenderão a demandar excessivo tempo de apreciação para o enfrentamento das questões preliminares.

A possibilidade de submissão de maçante quantidade de discussões ao tribunal, sobretudo pelo litigante que objetiva protelar o julgamento da demanda, tornará a atividade do órgão *ad quem* sacrificante, notadamente em razão da repetição de argumentos inoportunos, propiciada pelos hábeis recursos de informática. É possível que existam diversas decisões interlocutórias não agraváveis a serem impugnadas pelo vencido na apelação (ou vencedor nas

contrarrazões), de modo que o mérito recursal contenha tantas pretensões devolutivas quantas sejam as decisões proferidas no processo.

Além disso, assim como as sentenças, as interlocutórias podem possuir, cada uma, diversos capítulos, sendo possível que o tribunal tenha que apreciar mais pretensões recursais do que o número de decisões impugnadas. Haverá, portanto, uma cumulação de pedidos recursais. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha<sup>[57]</sup> destacam que essa cumulação de pedidos é imprópria: acolhido o pedido formulado contra a decisão interlocutória não agravável, a sentença e vários atos que lhe precederam serão desfeitos, tornando inócuo o pedido recursal formulado contra ela.

Abre-se caminho para o surgimento de imbróglios. Como fica, por exemplo, a situação em que o vencido interpõe apelação apenas em face de interlocutória não agravável referente à questão preliminar e prejudicial, deixando de impugnar a sentença? Ter-se-á execução provisória? O efeito suspensivo da apelação em face da interlocutória suspende a execução da sentença? A sentença não transitará em julgado? Ao que parece, a sentença deverá ficar sob condição suspensiva<sup>[58]</sup> até o julgamento do recurso, algo similar à atual sistemática da sobrevida do agravo de instrumento diante da prolação da sentença não recorrida, quando a matéria impugnada por aquele envolver, por exemplo, questão processual (*v.g.* competência, condições da ação etc.).

Os recursos de apelação tornar-se-ão ainda mais robustos, exigido desmesurado tempo de apreciação das matérias preliminares, que tenderão a ser arguidas com o objetivo de procrastinar a solução da lide, especialmente em razão de o recurso de apelação possuir, em regra, efeito suspensivo (artigo 1.019, do NCPC). Assim, a mudança, na forma prevista, enrijecerá a pauta dos tribunais, ao contrário do sistema de 1973, em que o agravo retido possui pouca incidência.

Referida ruptura no regime jurídico recursal é de duvidosa utilidade para se alcançar as finalidades pretendidas pela nova legislação processual. Em verdade, o sistema propicia idas e vindas processuais, em prejuízo à duração razoável do processo, pois o modelo casuístico do agravo de instrumento (artigo 1.015, do NCPC) não abarca todas as situações que evitariam futura anulação da sentença. Explica-se: foram abertas as portas para manobras processuais conhecidas como

“nulidade de algibeira ou de bolso”, na qual a parte se mantém silente para alegar vício no futuro, quando lhe aprouver.

Tal prática é, inclusive, rechaçada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Essa estratégia de permanecer silente, reservando a nulidade para ser alegada em um momento posterior, já foi rechaçada por esta Turma, tendo recebido a denominação de nulidade de algibeira”<sup>[59]</sup>. Em outro precedente, afirmou-se: “A jurisprudência do STJ, atenta à efetividade e à razoabilidade, tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias, vedando, assim, a utilização da chamada nulidade de algibeira ou de bolso”.<sup>[60]</sup>

Essa abertura para a má-fé e chicanas não é compatível com o modelo cooperativo e participativo de processo inaugurado pela nova legislação, que, dentre seus efeitos, induz a responsabilidade de todos os sujeitos processuais pelas suas escolhas. Isso porque, com a nova sistemática, a omissão da parte em se contrapor a uma decisão interlocutória que a prejudique, no momento próprio, será passível de ser corrigida tempos depois da prolação do provimento judicial, quando da interposição do recurso de apelação (ou nas contrarrazões), chancelando, portanto, atecnias ou, até mesmo, má-fé.

Um último ponto merece atenção. Segundo o artigo 278, do NCPC, “A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”. O dispositivo não se mostra compatível com o regime das interlocutórias não agraváveis. Seriam as decisões interlocutórias nulas uma exceção ao artigo 1.009, § 1º, do NCPC? Parece que sim. Nessa hipótese específica, precisará a parte fazer um “protesto antipreclusivo” como condição de admissibilidade da apelação contra interlocutória não agravável. Portanto, há, nos casos de decisões interlocutórias eivadas de nulidade, um pressuposto para a abertura da via recursal, devendo a parte noticiar sua inconformidade na primeira vez que couber falar nos autos, diante do juiz de primeiro grau, sendo desnecessária, nesse momento, a apresentação de razões recursais.

## 6 CONCLUSÃO

Pelas considerações acima deduzidas, percebe-se que o regime jurídico do recurso de agravo de instrumento sofreu grandes alterações com o advento da Lei

nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil). Neste trabalho foram analisadas diversas peculiaridades envolvidas no processamento do referido recurso, desde a sua regularidade formal até às hipóteses de cabimento. À guisa de considerações finais, o manejo do novo agravo de instrumento sofreu avanços concernentes ao modelo cooperativo de processo; contudo, ao instituir o regime das interlocutórias não agraváveis, o sistema retrocedeu imensamente, causando diversos problemas que deverão ser resolvidos pela doutrina e jurisprudência.

## 7 REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: . Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.800**, de 26 de maio de 1999. Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Disponível em: . Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: . Acesso em: 26 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no AgRg no AREsp 276.389/PA**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 16/05/2013. Data da publicação: 22/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 1409357 SC 2013/0220640-2**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 14/05/2014. Órgão Julgador: Segunda Seção. Data de Publicação: 22/05/2014.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no AgRg no REsp 1065571/MA**. Relator: Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de julgamento: 16/12/2008. Data de publicação: 04/02/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no AgRg no AREsp 334.762/RJ**. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Órgão julgador: Quarta Turma. Data do julgamento: 04/2015 Data da publicação: 05/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão AgRg no AREsp 532.245/SP**. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellize. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do julgamento: 16/12/2014. Data da publicação: 19/12/2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp nº 402.866/SP**. Relator: José Delgado. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 26/03/2002. Data da publicação: 22/04/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 1.102.467/RJ**. Relator: Massami Uyeda. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do julgamento: 02/05/2012. Data da publicação: 29/08/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 1511976/MG**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do julgamento: 28/04/2015. Data da publicação: 12/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no EDcl no AgRg no REsp 1474381/SP**. Relator: Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 14/04/2015. Data da publicação: 20/04/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 1148296/SP**. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do julgamento: 01/09/2010. Data da publicação: 28/09/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no RMS 36.982/PB**. Relator: Ministro Raul Araújo. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do julgamento: 05/12/2013. Data de publicação: 17/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp: 1372802 RJ 2012/0054084-8**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de

Julgamento: 11/03/2014. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da de Publicação: DJe 17/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no AgRg na PET no AREsp 204.145/SP**. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data de julgamento: 23/06/2015. Data da publicação: DJe 29/06/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no RMS 28082 AgR**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 05/11/2013. Data da publicação: 29/11/2013.

BRASIL. **Acórdão no RMS 32017 AgR**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 24/09/2013. Data da publicação: 14/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no RMS 45.283/SP**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do julgamento: 25/08/2015. Data da publicação: 28/08/2015.

BRASIL. **Acórdão no AgRg no MS 21.786/SP**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do julgamento: 01/07/2015. Data da publicação: 06/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no RMS 46.741/MA**. Relator: Raul Araújo. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do julgamento: 04/08/2015. Data de publicação: 25/08/2015

BRASIL. **Acórdão no AgRg no REsp 1260079/SP**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 24/04/2012. Data da publicação: 07/05/2012.

BRASIL **Acórdão no REsp 1111234/PR**. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Primeira Seção. Data do julgamento: 23/09/2009. Data da publicação: 08/10/2009.

BRASIL. **Acórdão no REsp 1324298/SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento: 12/06/2012. Data da publicação. 18/06/2012.

BRASIL. **Acórdão no REsp 1116620/BA**. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Seção. Data do julgamento: 09/08/2010. Data da publicação: 25/08/2010

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 1078175/RO**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do julgamento: 16/04/2013. Data da publicação 26/04/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 197.661/PR**. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do julgamento: 12/06/2008. Data da publicação: 01/12/2008.

BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO. Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Projetos do Novo Código de Processo Civil comparados e anotados**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Saraiva: São Paulo, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. **Manual do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Querem a ditadura do judiciário**. Revista Veja. Ed. 2245. Ano 44. São Paulo: Editora Abril, novembro/2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **Princípio da primazia do julgamento de mérito**. Disponível em: < <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br>>. Acesso em: 10. Jun. 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 01.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 3.

DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. **Revista de Processo**, ano 40, v. 241, p. 236, mar. 2015.

DIDIER JR., Fredie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 242, abr. 2015, p. 276.

DUARTE, Zulmar. **Elasticidade na preclusão e o centro de gravidade do processo**. Disponível em: . Acesso em: 19 ago. 2015.

ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 5, 2015, Vitória-ES. **Carta de Vitória**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

MELLO, Ricardo Licastro Torres de. Da apelação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Projeto do novo código de processo civil**: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC: com comentários às modificações substanciais. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo constitucional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRO, Flávio Quinad. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOTARIANO JR., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Agravo contra as decisões de primeiro grau**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

OLIVEIRA. Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de Processo Civil**. 5. edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e rendimento do processo: problemas de hoje e soluções para o amanhã. **Revista de Informação Legislativa (Senado Federal)**, Brasília, ano 48, n.190, p. 251-262, abr./jun. 2011.

YARSHELL, Flávio Luiz. Das provas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

#### NOTAS:

[1] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no AgRg no AREsp 276.389/PA**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 16/05/2013. Data da publicação: 22/05/2013.

[2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 1409357 SC 2013/0220640-2**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 14/05/2014. Órgão Julgador: Segunda Seção. Data de Publicação: 22/05/2014.

[3] Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no AgRg no REsp 1065571/MA**. Relator: Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de julgamento: 16/12/2008. Data de publicação: 04/02/2009.

[4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no AgRg no AREsp 334.762/RJ**. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Órgão julgador: Quarta Turma. Data do julgamento: 04/2015 Data da publicação: 05/05/2015.

[5] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão AgRg no AREsp 532.245/SP**. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellize. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do julgamento: 16/12/2014. Data da publicação: 19/12/2014

[6] Nesse sentido, Súmula nº 288, do Supremo Tribunal Federal: “Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia”. No âmbito do STJ, tem-se o seguinte precedente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp nº 402.866/SP**. Relator: José Delgado. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 26/03/2002. Data da publicação: 22/04/2002.

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 1.102.467/RJ**. Relator: Massami Uyeda. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do julgamento: 02/05/2012. Data da publicação: 29/08/2012.

[8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 1511976/MG**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do julgamento: 28/04/2015. Data da publicação: 12/05/2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no EDcl no AgRg no REsp 1474381/SP**. Relator: Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 14/04/2015. Data da publicação: 20/04/2015.

[9] “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

[10] “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”.

[11] “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

[12] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 01. p. 81.

[13] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo constitucional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 197 e 229.

[14] OLIVEIRA. Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245.

[15] BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109-110 e 435-437.

[16] BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109-110 e 435-437.

[17] OLIVEIRA. Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245.

[18] OLIVEIRA. Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

[19] Nesse sentido, Leonardo Carneiro da Cunha: “o art. 4º do novo CPC estabelece que as partes têm direito de obter em prazo razoável “a solução integral do mérito”. Além do princípio da duração razoável, pode-se construir do texto normativo também o princípio da primazia do julgamento do mérito, valendo dizer que as regras processuais que regem o processo civil brasileiro devem balizar-se pela preferência, pela precedência, pela prioridade, pelo primado da análise ou do julgamento do mérito. O juiz deve, sempre que possível, superar os vícios, estimulando, viabilizando e permitindo sua correção ou sanção, a fim de que possa efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito posto pelas partes. O princípio da primazia do exame do mérito abrange a instrumentalidade das formas, estimulando a correção ou sanção de vícios, bem como o aproveitamento dos atos processuais, com a colaboração mútua das

partes e do juiz para que se viabilize a apreciação do mérito”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **Princípio da primazia do julgamento de mérito**. Disponível em: < <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br>>. Acesso em: 10. Jun. 2015).

[20] NUNES, Dierle; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRO, Flávio Quinad. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 92.

[21] Enunciado nº 278, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos”.

[22] Sobre o dever de prevenção, destaca Fredie Didier Jr. (2010, p. 230), “tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado dever de prevenção. O dever de prevenção está concretizado no dever de convite ao aperfeiçoamento pelas partes dos seus articulados”. (DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010).

[23] Acerca do dever de auxílio, leciona Fredie Didier Jr. (2010, p. 230), “o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais. Cabe ao juiz providenciar, sempre que possível, a remoção do obstáculo”. DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010).

[24] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.313. Nesse mesmo sentido, com entendimento que não se coaduna com o paradigma da nova legislação, destacam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery: “A única oportunidade para a juntada de peças é o momento da interposição do agravo. Não pode o agravante interpor o recurso num dia e juntar as peças em outro, pois já terá havido preclusão consumativa. Faltando um dos requisitos de ordem formal, o agravo não poderá ser conhecido, por falta do pressuposto recursal de regularidade formal”. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 1.045.

[25] Sobre o tema, destacam Antônio Notariano Jr. e Gilberto Bomes Bruchi<sup>[25]</sup>: “quando o processo de primeiro grau e o agravo forem eletrônicos, a sistemática adotada fica bastante simplificada, eis que de acordo com o § 5º o que antes era ônus da parte, passa a ser uma



ferramenta do sistema operacional do tribunal que viabilizará ao desembargador a consulta do processo em primeiro grau de jurisdição, ou seja, não há que se falar em anexo ao agravo as peças transladadas do processo”. NOTARIANO JR., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Agravo contra as decisões de primeiro grau**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015, p.116.

[26] “Art. 1º É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita”.

[27] Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso.

§ 1º Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento. § 2º Não sendo eletrônicos os autos, o agravante tomará a providência prevista no caput, no prazo de 3 (três) dias a contar da interposição do agravo de instrumento. § 3º O descumprimento da exigência de que trata o § 2º, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo de instrumento.

[28] NOTARIANO JR., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Agravo contra as decisões de primeiro grau**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 117.

[29] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 1.045.

[30] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 526.

[31] Nesse sentido: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.034. Em sentido contrário, Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 2.313) sustenta: “deve-se frisar ter o agravado até o momento do julgamento do recurso de agravo para comprovar que não teria sido juntada aos autos em 1º grau de jurisdição a cópia da petição do agravo e a lista dos documentos juntados”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.313.

[32] NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 324.

[33] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 1148296/SP**. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do julgamento: 01/09/2010. Data da publicação: 28/09/2010.

[34] “Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”.

[35] Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.021: [...]VIII - no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência;

[36] Art. 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; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

[37] Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

[38] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no RMS 36.982/PB**. Relator: Ministro Raul Araújo. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do julgamento: 05/12/2013. Data de publicação: 17/02/2014.

[39] Nesse sentido: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.034

[40] COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Querem a ditadura do judiciário**. Revista Veja. Ed. 2245. Ano 44. São Paulo: Editora Abril, novembro/2011.

[41] MONTENEGRO FILHO, Misael. **Projeto do novo código de processo civil**: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC: com comentários às modificações substanciais. São Paulo: Atlas, 2011, p. 411.

[42] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e rendimento do processo: problemas de hoje e soluções para o amanhã. **Revista de Informação Legislativa (Senado Federal)**, Brasília, ano 48, n.190, p. 251-262, abr./jun. 2011.

[43] BUENO. Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 646.

[44] BRASIL. **Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: . Acesso em: 26 ago. 2015.

[45] NOTARIANO JR., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Agravo contra as decisões de primeiro grau**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 120.

[46] DIDIER JR., Fredier; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. **Revista de Processo**, ano 40, v. 241, p. 236, mar. 2015.

[47] MELLO, Ricardo Licastro Torres de. Da apelação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 2.043.

[48] MELLO, Ricardo Licastro Torres de. Da apelação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 2.043.

[49] DIDIER JR., Fredier; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. **Revista de Processo**, ano 40, v. 241, p. 236, mar. 2015.

[50] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.545.

[51] DUARTE, Zulmar. **Elasticidade na preclusão e o centro de gravidade do processo**. Disponível em: . Acesso em: 19 ago. 2015.

[52] DUARTE, Zulmar. **Elasticidade na preclusão e o centro de gravidade do processo**. Disponível em: . Acesso em: 19 ago. 2015.

[53] DUARTE, Zulmar. **Elasticidade na preclusão e o centro de gravidade do processo**. Disponível em: . Acesso em: 19 ago. 2015.

[54] Sobre o tema, Fredie Didier Jr: “É o que ocorre, por exemplo, quando a parte aceita expressa ou tacitamente a decisão, o que é incompatível com o exercício da faculdade de impugná-la (recorrer). Também há preclusão lógica do direito de produzir a prova do fato confessado (ao confessar, a parte perde o direito de produzir prova do fato confessado). A preclusão não é efeito do comportamento contraditório (ilícito); a preclusão incide sobre o comportamento contraditório, impedindo que ele produza qualquer efeito. A prática de um ato processual implica a impossibilidade de praticar um outro com ele logicamente incompatível. A preclusão lógica, então, é consequência da prática do primeiro ato, e não do ato contraditório”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1, p. 360.

[55] SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de Processo Civil**. 5. edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 209

[56] NOTARIANO JR., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Agravo contra as decisões de primeiro grau**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 121.

[57] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. **Revista de Processo**, ano 40, v. 241, p. 234, mar. 2015.

[58] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. **Revista de Processo**, ano 40, v. 241, p. 236, mar. 2015.

[59] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp: 1372802 RJ 2012/0054084-8**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Julgamento: 11/03/2014. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da de Publicação: DJe 17/03/2014.

[60] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no AgRg na PET no AREsp 204.145/SP**. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data de julgamento: 23/06/2015. Data da publicação: DJe 29/06/2015.

## O MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS EM CONTRAPOSIÇÃO À TEORIA DA DISCRICIONARIEDADE FORTE

**TAIZ MARRÃO BATISTA DA COSTA:** Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Master of Laws (LL.M.) pela Georgetown University Law Center. Advogada da União na Procuradoria-Geral da União, Advocacia-Geral da União.

**RESUMO:** Neste artigo, são analisadas as primeiras críticas de Ronald Dworkin a Hebert L.A. Hart. Em "Levando os Direitos a Sério", obra em que se encontram as bases teóricas de seu trabalho, Dworkin rejeita o positivismo de Hart e elabora um modelo de regras e princípios, que contrapõe a um modelo só de regras. Este artigo explora o clássico debate por meio do qual Dworkin descortinou as deficiências na abordagem da teoria do direito de então, defendendo a noção fundamental, hoje amplamente aceita, de princípios como integrantes do direito. Apesar de histórico, este debate entre o modelo de princípios e a teoria da discricionariedade forte remanesce atual em um momento em que o papel interpretativo das Cortes segue enfrentando obstáculos quando da análise dos chamados casos difíceis.

**Palavras-chave:** Teoria do Direito - Teoria Moral - Positivismo - Regra de Reconhecimento - Modelo de Regras - Discricionariedade Forte - Modelo de Regras e Princípios

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O Modelo de Regras I; 2.1. As Críticas ao Positivismo; 2.2. Sobre Regras e Princípios; 2.3. A Posição dos Princípios em Relação ao Direito e a Doutrina do Poder Discricionário em Sentido Forte; 2.4. Defesa da Primeira Abordagem dos Princípios; 3. Conclusões Finais; 4. Referências Bibliográficas.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O Modelo de Regras I; 2.1. As Críticas ao Positivismo; 2.2. Sobre Regras e Princípios; 2.3. A Posição dos Princípios em Relação ao "Direito" e a Doutrina do Poder Discricionário em Sentido Forte; 2.4. Defesa da Primeira Abordagem dos Princípios; 3. Conclusões Finais; 4. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução

O presente trabalho visa analisar as primeiras críticas de Ronald Dworkin a Herbert L.A. Hart, que compreendem a rejeição de Dworkin ao que identifica como o positivismo de Hart e seu modelo de regras.

Em *Levando os direitos a sério*, obra na qual se encontram as bases teóricas do trabalho de Dworkin[1], o autor se propõe elaborar uma teoria liberal do direito, sendo, não obstante, extremamente crítico à teoria de Hebert L.A. Hart, considerada liberal, a qual ele mesmo se refere como teoria dominante do direito, como a versão contemporânea mais influente do positivismo jurídico.

Identificando aquilo que aponta como uma falha na teoria de Hart, qual seja, a rejeição da idéia de que os indivíduos podem ter direitos[2] contra o Estado anteriores aos direitos criados através de legislação explícita[3], crítica esta até então não apontada na teoria dominante, o autor vai defender a noção de princípios como integrantes, juntamente com as regras, do direito.

No segundo capítulo da obra *Levando os Direitos a Sério*, defende um modelo de regras e princípios em oposição a um modelo só de regras, típico do positivismo predominante no contexto jurídico anglo-saxão, na década de 60. Este modelo é por ele denominado *Modelo de Regras I* e será o objeto de análise deste trabalho.

Com o intuito de chegar a uma teoria, em sua concepção, melhor que a de Hart, por dar conta da atividade dos juízes quando não há para o caso uma regra de direito clara disponível, ou seja, quando o que está em questão é um caso difícil, Dworkin previamente elabora seu modelo de regras e princípios[4] como forma de afastar a teoria da discricionariedade forte[5] defendida, segundo ele, pelo positivismo de então, para que, posteriormente, possa defender as idéias de uma solução correta para cada caso, ainda em *Levando os Direitos a Sério* e de melhor interpretação ou resposta fundada à luz da integridade, em um segundo momento[6], no seu livro *O Império do Direito*. [7]

Com a introdução da categoria dos princípios, em clara crítica ao modelo só de regras, serão os pressupostos positivistas da separação entre direito e moral e da necessidade de se identificar de alguma forma as normas pertencentes ao conjunto normativo[8], e daí a idéia de regra de reconhecimento[9] proposta por Hart, postos

em cheque, e o que empreende de fato Dworkin, no Modelo de Regras I, é, justamente, uma tentativa de superação destes pressupostos e de invalidação da teoria de Hart, por sua insuficiência explicativa.

Dworkin visa, pois, demonstrar a insatisfação da regra de reconhecimento como critério de identidade do direito e, assim, pretende aproximar o direito da moral através dos princípios. Dworkin defende que a teoria de Hart ignora a importância dos princípios como fontes do direito<sup>[10]</sup> e, em superação, nesta primeira fase, apresenta o seu modelo, o “modelo das regras e dos princípios”.

No primeiro capítulo de *Levando os Direitos a Sério*, intitulado Teoria do Direito (*Jurisprudence*), Dworkin já introduz o que será objeto de suas preocupações no capítulo seguinte, por deixar claro que as questões que habitam o núcleo da teoria do direito são as relacionadas com princípios morais<sup>[11]</sup> e que para ser bem sucedida, a teoria do direito deve trazer à luz os problemas relativos a princípios morais e enfrentá-los como problemas de teoria moral<sup>[12]</sup>, e não como problemas relativos à técnica jurídica<sup>[13]</sup>. São, pois, questões de ordem ética ou conceitual, questões sobre a equidade de uma lei ou falta de clareza de um conceito, por exemplo.

Desta forma, ao proceder à explicação e à crítica da abordagem dominante até então no campo da teoria do direito tanto na Inglaterra<sup>[14]</sup> quanto nos Estados Unidos<sup>[15]</sup>, a qual identifica como abordagem profissional<sup>[16]</sup>, Dworkin defende uma aproximação da teoria do direito e da teoria moral ao apontar que a ênfase na doutrina, nos fatos e na estratégia distorceu os problemas de teoria do direito por eliminar as questões relacionadas com princípios morais, que formam o seu núcleo.

“Assim, as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do direito deve trazer à luz esses problemas e enfrentá-los como problemas de teoria moral.”<sup>[17]</sup>

Estas deficiências na abordagem da teoria do direito de até então explicam, para Dworkin, o porquê de o problema central e foco de discussão entre os sociólogos e os instrumentalistas ser a questão de responder à indagação de se o

juiz sempre segue regras, ainda que nos casos difíceis ou controversos, ou se, por vezes, ele cria novas regras e as aplica retroativamente. A razão de tal discussão estaria no simples fato de os juristas não compreenderem com clareza o significado real de seguir regras.[18]

## 2. O modelo de regras I

*“Whatever else the Hart-Dworkin debate is about, it is at least about the validity of Hart’s version of legal positivism.”*[19]

No Modelo de Regras I, o diálogo com a versão de positivismo jurídico de Hart é o ponto chave. O debate entre Hart e Dworkin tem início justamente com o modelo ora em análise, o Modelo de Regras I, que atribui a Hart quatro doutrinas: o direito consiste de regras; as regras jurídicas são identificadas através de uma regra de reconhecimento, um teste de pedigree e não de conteúdo; na ausência de regras jurídicas claras aplicáveis ao caso concreto, os juízes possuem poder discricionário e, nestes casos de discricionariedade, nenhuma das partes tem um direito pré-existente.[20]

Todas estas doutrinas atribuídas ao positivismo jurídico de Hart serão rechaçadas ao longo do capítulo segundo de *Levando os Direitos a Sério*, para que, ao fim, a versão de Hart possa ser apontada como insuficiente e, assim, o modelo de “regras e princípios” proposto por Dworkin prevaleça.

### 2.1. As críticas ao positivismo

Dworkin aponta três teses como sendo os compromissos essenciais do positivismo, ou seus preceitos chave[21]:

- A. “O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas.”[22]
- B. “O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regras dessas (...), então esse caso não



pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regras já existente.” [23]

- C. “Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (...) Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria.”[24]

Cada uma dessas teses pode ser identificada com as classificações que Scott J. Shapiro elaborou em seu trabalho sobre o debate de Hart e Dworkin. Segundo o autor, podemos classificar estas teses, respectivamente, como: the Pedigree Thesis; the Discretion Thesis; The Obligation Thesis.

Podemos definir a *Pedigree Thesis* como aquela cujo núcleo reside em duas proposições: a compreensão do direito de uma comunidade como sendo o conjunto de suas regras e a compreensão de que, em qualquer sistema legal, existe uma regra suprema que distingue o que é direito do que não o é. Esta tese é, portanto, uma tese de identificação daquilo que conta como direito em uma dada comunidade. É um critério de fonte social.

A regra suprema refere-se tão somente a fatos sociais, particularmente, se a regra tem o apropriado pedigree social ou não. O critério diz respeito, pois, apenas ao modo pelo qual a regra foi adotada ou formulada, não aduzindo a qualquer aspecto material, pelo que a regra de reconhecimento não refere-se ao conteúdo da norma, ficando a moralidade de fora da avaliação estritamente legal.

Podemos perceber, como o fez Scott J. Shapiro que a tese do pedigree social claramente visa englobar a doutrina de Hart acerca da regra de reconhecimento. Neste sentido, “Dworkin clearly intends the Pedigree Thesis to capture Hart’s doctrine of the rule of recognition”. [25]

A *Discretion Thesis*, que pode ser traduzida como tese da discricionariedade, afirma que o direito consiste tão somente em regras jurídicas e que, portanto, se um caso não se encontra previsto completamente por uma regra jurídica existente, ao julgador resta exercitar seu poder discricionário, criando uma nova regra.

Por fim, a *Obligation Thesis*, como terceira tese positivista atribuída por Dworkin a Hart, é, segundo Scott J. Shapiro, a contrapartida da tese da discricionariedade no que tange à obrigação jurídica. De acordo com tal teoria, somente regras jurídicas podem dar origem a obrigações jurídicas. E, portanto, na ausência de regras jurídicas claras aplicáveis ao caso concreto, o juiz ao agir discricionariamente cria novas regras e, com isto, novas obrigações, antes inexistentes, aplicando-as retroativamente.

Tais teses configuram apenas o esqueleto do positivismo jurídico, tal como o concebe Dworkin. Este esqueleto é, precisamente, o que é tomado, no Modelo de Regras I, como objeto de crítica central e, a partir destas críticas, emergirá a resposta de Dworkin para as insuficiências do modelo criticado.

## 2.2. Sobre regras e princípios

Um distinção fundamental nesta primeira fase da obra de Dworkin é aquela entre regras e princípios[26].

“Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H.L.A Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.”[27]

A primeira observação importante pode ser inferida da citação acima e consiste em que se deixe claro que os princípios são padrões que não funcionam como regras. Nesta parte da análise, estes padrões serão diferenciados das regras,

enquanto padrões com distinta lógica de funcionamento, e serão localizados como sendo parte do ordenamento jurídico e, portanto, tão obrigatórios quanto as regras e não, conforme afirmavam os positivistas, padrões extra-jurídicos não cogentes.

Por meio de dois exemplos, o caso *Riggs contra Palmer*<sup>[28]</sup> e o caso *Henningsen contra Bloomfield Motos, Inc*<sup>[29]</sup>, a distinção entre regras e princípios é traçada. Concluindo que os padrões utilizados pelos julgadores em ambos os casos não foram do tipo regras jurídicas, mas princípios jurídicos, Dworkin aponta que a diferença entre ambos os padrões é de natureza lógica, pois de distinta natureza é a orientação que cada um oferece ao julgador.

As regras seriam padrões aplicados à maneira tudo-ou-nada, estando quaisquer exceções previstas pelo próprio enunciado da norma, quando correto, ou seja, completo. Já os princípios, por não visarem estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária, enunciariam “uma razão que conduz o argumento em certa direção”<sup>[30]</sup>.

Outra característica dos princípios é sua dimensão de peso ou importância, que, segundo Dworkin, estaria ausente nas regras<sup>[31]</sup>. Esta dimensão significa que os princípios não são razões conclusivas para as decisões, mas apenas funcionam como suporte justificativo a vários cursos de ação, e que, portanto, podem colidir uns com os outros sem se excluírem do ordenamento jurídico, prevalecendo no caso concreto ora um, ora outro, por conta de seu maior peso ou maior importância relativa.

Um princípio pode, pois, não prevalecer em um dado caso e ainda assim permanecer parte do sistema jurídico, por conta desta dimensão. Desta forma, no intercruzamento de princípios, o julgador deve levar em conta a força relativa de cada um<sup>[32]</sup>, ou seja, a dimensão de peso ou importância de cada um dos princípios, em um primeiro momento, aplicáveis.

Além da distinção entre princípios e regras, a localização dos princípios, se dentro ou fora do “direito”, é de extrema relevância nesta análise inicial de Dworkin, e desempenha papel fundamental na crítica ao poder discricionário forte que Dworkin atribui à concepção positivista, por ser este advindo, principalmente, do entendimento do “direito” como um conjunto ou sistema de regras.

### 2.3. A Posição dos Princípios em Relação ao “Direito”. A Doutrina do Poder Discricionário em Sentido Forte

Ao tratar do conceito de direito, Dworkin aponta que uma análise do conceito de obrigação jurídica precisa levar em conta o papel fundamental dos princípios na formulação das decisões jurídicas específicas. [33] A partir desta constatação, duas abordagens acerca do tratamento dos princípios em relação ao ordenamento se apresentam possíveis:

A. Os princípios podem ser tratados da mesma forma que as regras jurídicas, pelo que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e o “direito” nos Estados Unidos inclui tanto princípios como regras;

B. Pode ser negada a obrigatoriedade de lei aos princípios e o juiz, em casos difíceis, indo além das regras, vai além do próprio “direito”, utilizando-se de princípios extraleais os quais tem liberdade para aplicar.[34]

A escolha entre tais orientações implica em uma escolha entre dois conceitos de um princípio jurídico e entre dois conceitos de uma regra jurídica. [35] A primeira alternativa enxerga os princípios como padrões obrigatórios para os julgadores e a segunda, ao contrário, os vê como padrões habitualmente adotados pelos juízes quando estes se encontram em situações nas quais são compelidos a ir além dos padrões obrigatórios, as regras jurídicas. A primeira alternativa implica em que os juízes, ao se utilizarem de princípios como razão para a decisão, estejam atuando dentro e conforme o direito, aplicando direitos e obrigações jurídicas preexistentes, enquanto a segunda, resvala, inevitavelmente, para a discricionariedade do julgador, que cria direitos e obrigações novas, outrora inexistentes e os aplica retroativamente.[36]

Esta segunda abordagem acerca dos princípios, que os aloca fora do “direito”, e as conseqüências que advém de suas constatações, nos remete ao que atestou Scott J. Shapiro acerca da teoria de Dworkin em sua crítica ao positivismo: de acordo com o que denominou *Discretion Thesis* (segunda das três teses atribuídas por Dworkin ao que chamou o esqueleto do positivismo), o direito consiste tão somente em regras jurídicas, sendo inexistente tal categoria de princípios jurídicos, bem como, segundo a terceira tese imputada aos positivistas, a *Obligation Thesis*, as obrigações jurídicas nascem exclusivamente das regras jurídicas, pelo que, onde

inexistem regras jurídicas aplicáveis, inexistem obrigações jurídicas e os julgadores devem olhar para além do direito para darem uma solução ao caso concreto. [37]

Desta maneira, pode-se perceber, à primeira vista, que há uma conexão entre a segunda tese positivista, que afirma a doutrina do poder discricionário do juiz, e a segunda abordagem dos princípios apresentada, a de que os princípios não representam padrões obrigatórios e que, portanto, encontram-se fora do direito. Para confirmar esta hipótese, o conceito de poder discricionário é examinado minuciosamente, para que Dworkin possa explicar a popularidade da doutrina do poder discricionário e rechaçar a sua versão forte. [38]

Segundo Dworkin, o conceito de poder discricionário (*judicial discretion*) apenas está à vontade no contexto no qual alguém encontra-se encarregado de decidir conforme padrões pré-estabelecidos por uma autoridade[39]. Através da metáfora de um espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário pode ser compreendido enquanto espaço vazio “circundado por uma faixa de restrições”. Este é, pois, um poder relativo, porque o poder será discricionário de acordo com certos padrões previamente postos.[40]

São relevantes para a análise três sentidos de poder discricionário:

A. Poder discricionário em sentido fraco, que compreende os padrões não são auto-aplicáveis, que exigem, por tal fato, que o funcionário encarregado de decidir exerça uma capacidade de julgar[41];

B. Poder discricionário em um segundo sentido fraco, que significa que algum funcionário tem a última palavra em uma dada questão, sendo, conseqüentemente, a sua decisão, em última instância, imune a revisões ou cancelamentos;

C. Poder discricionário em sentido forte, que ocorre quando, em certos assuntos, o funcionário não está limitado pelos padrões da autoridade.[42]

No que tange aos sentidos fracos de poder discricionário, Dworkin não os rechaça por serem inerentes à atividade de julgar. Contudo, no que diz respeito ao terceiro sentido apontado, o forte, Dworkin nega que os juízes precisem exercitá-lo. Os juízes não necessitariam recorrer ao poder discricionário em sentido forte porque não teriam que olhar para além do direito e aplicar padrões extra-jurídicos a

fim de solucionar os casos aos quais nenhuma regra clara fosse aplicável, uma vez que se reconhecesse a existência dos princípios jurídicos e sua posição interna ao ordenamento jurídico.[43]

Dado que a doutrina positivista do poder discricionário do juiz argumenta que, na ausência de uma regra a reger o caso, o julgador deve decidir exercendo seu poder discricionário, criando regra nova e a aplicando retroativamente, o sentido de poder discricionário usado por tal doutrina é, neste caso, o sentido forte. Para esta doutrina, em seu uso forte do poder discricionário, os princípios são concebidos de acordo com a segunda abordagem, para a qual são padrões extra-jurídicos não obrigatórios. Assim, Dworkin aponta que quando os positivistas entendem a doutrina do poder discricionário em seu sentido forte, esta doutrina apresenta-se, na verdade, como uma reformulação da segunda abordagem acerca dos princípios.[44]

#### **2.4. Defesa da primeira abordagem dos princípios**

A fim de defender a primeira abordagem acerca dos princípios e a rejeição ao modelo positivista de Hart e, principalmente, à doutrina do poder discricionário em sentido forte, Dworkin apresenta três argumentos que um positivista pode utilizar justamente para sustentar a doutrina do poder discricionário em sentido forte e a segunda abordagem acerca dos princípios, para demonstrar a insuficiência destes. Os argumentos positivistas seriam:

- A. Os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios;
- B. Os princípios, ainda que se os repute obrigatórios, não podem prescrever um resultado particular;
- C. A autoridade e o peso dos princípios são intrinsecamente controversos.

Para Dworkin, a primeira afirmação é um erro, pois não há nada no caráter lógico de um princípio que o torne incapaz de obrigar uma autoridade jurídica. Segundo o autor, dizer que em um caso difícil o tribunal está obrigado apenas “moralmente” ou “institucionalmente”, deixa em aberto a questão de porque esse tipo de obrigação é diferente da obrigação imposta pelas regras e porque isso autorizaria concluir que princípios e políticas não são parte do direito, mas padrões extrajurídicos “tipicamente utilizados pelos tribunais”.

Quanto ao segundo possível argumento positivista, Dworkin admite que somente regras ditam resultados e que os princípios inclinam a decisão em uma direção, não conclusivamente, e que, portanto, a diferença entre ambos é apenas uma questão de lógica de funcionamento diversa, conforme, inclusive, já apontado quando da diferenciação levada a cabo no início deste trabalho.

Quanto ao terceiro argumento, ressalta que, apesar de não se poder demonstrar a autoridade ou peso dos princípios pelo recurso a um critério de fonte social, mas tão somente recorrendo-se a um amálgama de práticas e de outros princípios, nem por isso os juízes possuem poder discricionário em sentido forte. O juiz, neste sentido, teria obrigação de alcançar uma compreensão acerca do que o direito exige e guiar-se por esta compreensão.<sup>[45]</sup>

Por fim, contra todos os argumentos positivistas propostos, Dworkin apresenta um argumento forte em favor da primeira abordagem acerca dos princípios:

“A não ser que pelo menos alguns princípios sejam reconhecidos como obrigatórios pelos juízes e considerados, no seu conjunto, como necessários para chegar a certas decisões, nenhuma regra ou muito poucas regras poderão ser então consideradas como obrigatórias para eles. Na maior parte das jurisdições americanas, e atualmente também na Inglaterra, não é infreqüente a rejeição de regras estabelecidas (...) Se os tribunais tivessem o poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito nos termos do modelo positivista. Portanto, o positivista deve argumentar que existem padrões, obrigatórios para os juízes, que estabelecem quando um juiz pode e quando ele não pode revogar ou mudar uma regra estabelecida. Quando, então, um juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor? Os princípios aparecem na resposta de duas maneiras distintas. Na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira o princípio justifica a modificação (...) Porém não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrario, nenhuma regra estaria a salvo (...) Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma (...) Na segunda maneira de considerar o problema, um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõe à doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte,

princípios. Esses padrões incluem a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo”, um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo. Eles incluem também a doutrina do precedente, outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que derivam da consistência. As doutrinas da supremacia do Poder Legislativo e do precedente inclinam em favor do *status quo*, cada uma delas na sua própria esfera, mas não o impõe. Os juízes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e as políticas que constituem essas doutrinas – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória.”[46]

Dworkin explica a grande adesão à teoria dos positivistas a respeito do poder discricionário judicial pela tendência natural dos juristas de associarem leis e regras e de pensarem o direito como um conjunto ou sistema de regras e no fato da educação jurídica consistir no ensino e no exame das regras estabelecidas que formam a parte mais relevante do direito.[47] Por isso, segundo o autor, quando os juristas tratam os princípios e as políticas, eles os vêem como regras *manquêes*, como se fossem padrões tentando ser regras.[48]

### 3. Conclusões Finais

Após explorar a segunda interpretação apresentada para os princípios jurídicos e sua ligação com a doutrina positivista do poder discricionário, Dworkin retoma a discussão em torno da regra de reconhecimento para falsear aquilo que Scott J. Shapiro chamou de *Pedigree Thesis* e afirmar que tanto a doutrina do poder discricionário (*Discretion Thesis*) quanto a da regra de reconhecimento[49] (*Pedigree Thesis*) deveriam ser abandonadas em face da adoção da primeira interpretação apresentada para os princípios.

Dworkin nega a possibilidade de haver uma regra única que funcione como teste de pedigree para os princípios baseada em seu apoio institucional (regras promulgadas por instituições jurídicas particulares), porque mesmo que os princípios encontrem apoio em atos oficiais de instituições jurídicas, eles não têm uma conexão tão simples ou direta com tais atos a ponto de se poder enquadrar tal conexão em termos de critérios de uma regra de reconhecimento. Logo, restaria afastada a possibilidade de se adaptar a teoria da regra de reconhecimento de Hart para que esta pudesse englobar também os princípios jurídicos.[50]



Acrescente-se que, para Hart, a regra suprema poderia designar como direito também regras estabelecidas pelos costumes[51]. Isto, para Dworkin, representaria em si uma exceção à primeira tese positivista, qual seja, a noção de que o direito é um conjunto de regras identificáveis por um critério de fontes sociais, pelo que o direito e a moral apresentam-se como radicalmente separados. Se a regra de reconhecimento apenas afirma que quaisquer outras regras aceitas pela sociedade como juridicamente obrigatórias são juridicamente obrigatórias, então ela não forneceria um verdadeiro teste de identificação pelo pedigree social.

A partir desta constatação, para Dworkin, a regra suprema, nesses casos, tornar-se-ia uma não-regra de reconhecimento e o tratamento dado ao costume por Hart poderia ser representado como uma confissão de que existem pelo menos algumas regras de direito que não são obrigatórias pelo fato de terem sua validade estabelecida de acordo com os padrões de uma regra suprema, mas porque são aceitas como obrigatórias pela comunidade. Como consequência, não se poderia mais afirmar que apenas a regra de reconhecimento seria obrigatória em razão de sua aceitação e que todas as outras seriam válidas nos termos daquela.[52]

Através deste percurso, Dworkin concluiu pela impossibilidade de se adaptar a versão do positivismo de Hart com a modificação de sua regra de reconhecimento para incluir princípios, ou seja, pela impossibilidade de um teste de pedigree que conectasse princípios a atos institucionais específicos ou ao costume. Com isto, Dworkin sugeriu o abandono integral da *Pedigree Thesis*[53] e a adoção do seu “modelo de regras e princípios”. [54]

#### 4. Referências Bibliográficas

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 19ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002. 371p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. 348 p.

LEITER, Brian. *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*. Disponível em: [HTTP://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=312781](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=312781) . Acesso em 25 de maio de 2010.

SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. 238p.

SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide For the Perplexed*. Disponível em: [HTTP://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=968657](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=968657). Acesso em 25 de maio de 2010.

NOTAS:

[1] “Sucessor e ex-aluno de Hebert Hart na Universidade de Oxford, Ronald Dworkin é atualmente um dos principais representantes da teoria jurídica anglo-saxônica. Crítico, sobretudo das idéias de Hart e de Bentham, Dworkin tem sido tão admirado quanto rejeitado. É comum ler-se referências a seu respeito como “pensador original”, “crítico do positivismo”, “jusnaturalista” e “enaltecedor do sistema americano”, além de outras adjetivações. Com ampla ressonância internacional, o livro *Levando os Direitos a Sério* (1977) funda as bases Teóricas que serão desenvolvidas e retocadas em obras posteriores de Dworkin, dentre as quais destaca-se fortemente *O império do Direito* (1986). SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 147.

[2] Dworkin explica que a natureza dos direitos anteriores ao direito positivo que defende não corresponde àquela defendida pelas antigas teorias do direito natural, por não possuir um caráter metafísico, neste sentido, *in verbis*: “Much of the ruling theory’s opposition to natural rights is the consequence of an Idea Bentham promoted: that natural rights can have no place in a respectably empirical metaphysics. Liberals are suspicious of ontological luxury. They believe that it a cardinal weakness in various forms of collectivism that these rely on ghostly entities like collective wills or national spirits, and they are therefore hostile to any theory of natural rights that seems to rely on equally suspicious entities. But the idea of individual rights that these essays defend does not presuppose any ghostly forms; that Idea is, in fact, of no different metaphysical character from the main ideas of the ruling theory itself. It is, in fact, parasitic on the dominant Idea of utilitarianism, which is the Idea of a collective goal of the community as a whole. Individual rights are political trumps held by individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not sufficient justification for imposing some loss or injury upon them. That characterization of a right is, of course, formal in the sense that it does not indicate what rights people have or

guarantee, indeed, that they have any. But it does not suppose that rights have some special metaphysical character, and the theory defended in these essays therefore departs from older theories of rights that do rely on that supposition.”DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 19<sup>a</sup> ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. xi.

[3] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.XIII. “Os segmentos construtivos enfatizam uma idéia que também faz parte da tradição liberal, mas que está ausente tanto do positivismo jurídico, como do utilitarismo. Trata-se da velha idéia dos direitos humanos individuais. Bentham referia-se a essa idéia como o “contra-senso em pernas de pau”. Ibid. p. VIII. Em inglês: “nonsense on stilts”.

[4] “Na primeira fase de Dworkin, seu ponto forte é a compreensão de o positivismo jurídico se equivocar ao pensar o direito como fatos objetivos, ou seja, como elementos passíveis de identificação por um critério de pedigree. Porque pensar dessa forma é excluir um dos elementos capitais para a compreensão dos direitos, os princípios (...) Neste sentido, toda sua construção gravita entorno da idéia distintiva entre princípios e regras (...) Afirma Dworkin que, dada a cegueira das teorias antecessoras de não verem os princípios, a eles passa sem ser notado o papel de os princípios oferecerem uma resposta certa aos casos difíceis. Assim, os positivistas chegam à conclusão equivocada de haver caráter discricionário forte nos casos difíceis, demais de atividade criativa e decisão retroativa.” SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 192-193.

[5] Assim, a versão do positivismo oferecida por Hart é mais complexa do que a de Austin e o seu teste para verificar a validade das regras de direito é mais sofisticado. Em um aspecto, porém, os dois modelos são muito similares. Hart, como Austin, reconhece que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (ele se refere a elas como tendo “uma textura aberta”) e, ainda como Austin, explica os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação. (Tentarei mostrar, mais adiante, por que aquele que pensa sobre o direito como um conjunto especial de regras é quase inevitavelmente levado a explicar casos difíceis em termos de um exercício de poder discricionário por parte de alguém)”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35.

[6] “Na segunda fase de Dworkin, fase em que aproveita e desenvolve esforços empreendidos em inúmeros artigos convertidos em livros, traz a teoria da integridade como veio explicativo não autônomo de uma teoria com melhor acabamento. Sua afirmação é a de constituir o direito uma prática social interpretativa estabelecida em ambiente cujo foco principal é o de justificar o uso da força.” Ibid. p. 193.

[7] “Conforme diz o próprio Dworkin, a proposta que assume é a de “defender uma teoria melhor”, em termos explicativos, do que as construções precedentes vêm oferecendo como resposta à situação da atividade dos juízes quando a ação judicial não pode ser submetida a uma regra de direito clara (“casos difíceis”). Sua tese é a de que, “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa”, pois também nos “casos difíceis”, o juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes sem inventar novos direitos aos quais aplica retroativamente. Dessa forma, desaprova qualquer corrente que questiona a possibilidade de se alcançar uma solução correta para cada caso.” SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 147-148.

[8] “O modelo de Hart, como foi analisado em lugar apropriado, é herdeiro de uma tradição que pode ser reconduzida à Jeremy Bentham e cujo desenvolvimento encontrou em Austin seguidor de expressão. Entretanto, não decorre de sua posição algum tipo de assimilação sem contestações ou reparos, como se pôde observar na construção teórica do direito a partir de um modelo calcado na leitura de normas primárias e secundárias. De todo modo, os aspectos da separação entre direito e moral (apesar do “direito natural mínimo”) e a necessidade de se identificar de alguma forma as normas pertencentes ao conjunto normativo (em que pese ajustes, sobretudo na noção de “soberano” como técnica para se dizer o que é e do que não é direito) se mantiveram no trabalho de Hart. De fato, exatamente esses dois pontos serão atacados por Dworkin. E o ataque encontra na idéia de regra de reconhecimento o alvo, pois, demonstrada a insatisfação da regra de reconhecimento como critério de identidade do Direito, Dworkin pontua a aproximação do direito e da moral através dos princípios.” SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 149. “Contudo, como será visto, essa abordagem de Dworkin sofrerá um amadurecimento com a publicação do livro *O Império do Direito*. Neste, o direito deixa de ser um conjunto de normas para ser fortemente marcado pela prática social de decisões judiciais mantidas na órbita de valores norteados pela idéia de “integridade”. Ibid. p. 149.

[9] Vale recordar que a regra de reconhecimento (*rule of recognition*) é parte das regras secundárias que, segundo Hart, formam juntamente com as regras primárias (regras de obrigação, de tipo básico) o lugar central do direito (o direito como união de regras primárias e secundárias). As regras secundárias se dividem em regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento, cada uma delas trazida por Hart como remédio aos três defeitos que o autor diagnostica no que chama a estrutura social simples das regras primárias (incerteza, caráter estático e ineficácia da pressão social difusa). Sobre a regra de reconhecimento especificamente: “A forma mais simples de remédio para a *incerteza* do regime das regras primárias é a introdução daquilo a que chamaremos uma “regra de reconhecimento”. Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência em uma dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ela

exerce.(...) Ao conferir uma marca dotada de autoridade, introduz, embora numa forma embrionária, a idéia de sistema jurídico: porque as regras não são agora apenas um conjunto discreto e desconexo, mas estão, de um modo simples, unificadas. Acresce que, na simples operação de identificação de uma dada regra como possuindo o aspecto exigido de se tratar de um elemento da lista de regras dotada de autoridade, temos o germe da idéia de validade jurídica.” HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 104-105.

[10] “Dworkin assinala que o positivismo jurídico tradicional simplifica o direito descrevendo-o como um conjunto de regras que são válidas ou inválidas com respeito a um critério de pertencimento ou *pedigree* formal a partir do qual essa validade ou invalidade é mensurada. Pontua, assim, que o direito não opera dessa maneira, pois existem referencias diferentes das regras, tais como os princípios e as políticas que escapam a essa medida.” SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 151.

[11] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 8.

[12] *Ibid.* p. 12.

[13] “Os juristas, quando argumentam em favor de uma causa, aconselham seus clientes ou redigem projetos de lei para atender objetivos sociais específicos, vêem-se diante de problemas técnicos, no sentido de que há um acordo geral entre os membros de sua profissão quanto ao tipo de argumento ou prova que é relevante. Às vezes, porém, os juristas lidam com problemas que não são técnicos nesse sentido e sobre os quais não há consenso geral quanto ao modo de proceder. Um exemplo é o problema ético que se apresenta quando um jurista se pergunta não se uma lei particular tem eficácia, mas se é equânime. Um outro exemplo são as perplexidades conceituais que surgem quando os juristas tentam descrever a lei por meio de conceitos que não são claros. Um jurista pode querer dizer, por exemplo, que a lei das responsabilidades civis considera os homens responsáveis tão-somente por danos causados por suas infrações legais (*faults*). Outro advogado pode contestar essa afirmação, e a controvérsia entre eles pode ser um desacordo não sobre fato ou doutrina, mas a respeito do que significa transgressão legal. Ou dois juristas podem discordar se em 1954, na questão da segregação, a Corte Suprema estava seguindo princípios já estabelecidos ou criando nova lei; e a controvérsia entre eles pode redundar na discussão sobre o que são princípios e o que significa aplicá-los. Não há clareza quanto ao modo de resolver controvérsias conceituais como essas; elas certamente extrapolam as técnicas costumeiras dos juristas na prática do direito.” *Ibid.* p. 2.

[14] Na Inglaterra, os juristas procuravam enfrentar a dificuldade das questões que não são passíveis de serem examinadas através de técnicas

jurídicas comuns selecionando os aspectos que o podiam ser e ignorando o resto, deixando, pois, intocadas as questões de princípios. Dworkin afirma que foi o uso moral do conceito que a abordagem doutrinária da teoria do direito inglesa ignorou. Ibid. p. 6. “Os manuais ingleses enfrentaram esses conceitos não através da elucidação de seu significado na linguagem ordinária, mas utilizando métodos doutrinários convencionais para demonstrar seu significado especificamente jurídico, tal como revelado na jurisprudência e nas leis escritas (...) Contudo, se perguntarmos por que os juristas debatem a respeito desses conceitos, poderemos ver pó que essa ênfase na doutrina parece irrelevante. Um jurista preocupa-se com o conceito de infração legal não porque ele não tenha consciência de como os tribunais empregam o termo, ou quais são as regras para determinar quais são as infrações legais, mas porque ele usa o conceito não-jurídico de infração para justificar ou criticar as leis. Ele acredita – por hábito ou convicção – que é moralmente errado punir alguém por infração que não cometeu; ele deseja saber se a lei ofende esse princípio moral ao considerar um empregador responsável por aquilo que seu empregado faz, ou ao considerar um motorista negligente responsável pela morte de um homem que atropelou, se a lesão causada foi leve mas a vitima era um hemofílico. Ele conhece muito bem esses fatos da doutrina jurídica, mas não sabe ao certo se os fatos colidem com o princípio (...) Essas perguntas pedem uma análise do conceito moral de infração e não do conceito legal que o jurista já compreende; mas é justamente o uso moral do conceito que a abordagem doutrinária da teoria do direito inglesa ignorou.” Ibid. p. 5-6.

[15] Nos Estados Unidos, Dworkin aponta que a teoria do direito se dedicou em grande parte à questão de como os tribunais decidem as ações judiciais difíceis ou controversas, ensina ainda que a linha principal da teoria do direito norte-americano seguiu o realismo, evitando a abordagem doutrinária inglesa e se subdividiu em “teoria sociológica do direito” (ênfase nos fatos) e uma abordagem instrumental do direito (ênfase nas táticas). “Nossos tribunais desempenharam um papel mais amplo que os tribunais ingleses na reformatação do direito do século XIX à necessidades da industrialização, e a nossa Constituição transformou em questões legais problemas que na Inglaterra eram apenas políticos (...) Portanto, os juristas norte-americanos foram mais duramente pressionados a fornecer uma descrição exata das decisões que os tribunais tomavam e justificá-las, se Possível; a exigência era mais urgente quando os tribunais pareciam estar criando direito novo e politicamente controverso, em lugar de simplesmente aplicar o direito antigo, conforme exigia a teoria jurídica ortodoxa.” Ibid. p. 6.

[16] Ibid. p. 3. Ao se referir ao que chamou abordagem profissional, Dworkin ensinou: “Quando os juízes lidam com as questões técnicas que mencionei, eles utilizam uma combinação de três habilitações específicas. Os juristas são treinados para analisar leis escritas e decisões judiciais de

modo que extraem uma doutrina jurídica dessas fontes oficiais. Eles são treinados para analisar situações factuais complexas com o objetivo de resumir, de forma precisa, os fatos essenciais. E são treinados para pensar em termos táticos, para conceber leis e instituições jurídicas que produzirão mudanças sociais específicas, anteriormente decididas.” Ibid. p. 4. A partir dessa explicação, observa: “A linha principal da teoria do direito norte-americano seguiu essa exigência de realismo e evitou a abordagem doutrinária dos textos ingleses. Ela enfatizou as duas outras habilitações profissionais – a capacidade dos juristas de reunir e organizar fatos e de elaborar táticas para a mudança social.”Ibid. p. 7.

[17] Ibid. p. 12. Dworkin aponta que o sucesso de H.L.A Hart reside em seu instinto para problemas de princípio, mesmo por ser um filósofo moral. Expõe diversas questões relativas ao direito penal (como a questão acerca das defesas com base no estado mental) e processual penal nas quais Hart ao tratá-las conectou a doutrina jurídica a um “amplo espectro de tradições morais”, especialmente ao princípio de que “o governo deve tratar seus cidadãos com o respeito e a dignidade que os membros adultos da comunidade reivindicam uns em relação aos outros. O governo deve coibir um homem para o seu próprio bem ou para o bem geral, mas só pode fazê-lo com base no seu comportamento. Deve esforçar-se para julgar esse comportamento de acordo com o mesmo ponto de vista segundo o qual o seu autor julga a si mesmo, isto é, do ponto de vista de suas intenções, motivos e capacidades (...) O direito penal poderia ser mais eficiente se desconsiderasse essa distinção problemática e encarcerasse homens ou os forçasse a aceitar tratamento sempre que isso parecesse ter probabilidade de reduzir crimes no futuro. Mas isso, como sugere o princípio de Hart, significaria cruzar a linha que separa tratar alguém como um ser humano e como nosso próximo e tratá-lo como um recurso para o benefício de outros. Para as convenções e práticas da nossa comunidade, não pode haver insulto mais profundo que esse.” Ibid. p. 18. Portanto, para Hart, segundo Dworkin, há princípios morais que agem como constrangimentos sobre o direito. Ibid. p. 21.

[18] Ibid. p. 8. “Os críticos do direito aceitam, mais uma vez por hábito ou convicção, o princípio de que uma decisão judicial é mais equânime quando ela representa a aplicação de padrões estabelecidos, em vez da imposição de novos padrões. Mas eles não têm certeza a respeito do que conta como uma aplicação dos padrões estabelecidos e expressam essa incerteza perguntando se, pelo menos em algum sentido, os juízes estão realmente seguindo regras, mesmo nos casos inusitados. A teoria do direito deveria responder a essa preocupação explorando a natureza da argumentação moral, tentando esclarecer o princípio de equidade que os críticos têm em mente, para ver se a prática judicial satisfaz realmente esse princípio.” Ibid. p. 9.

[19] LEITER, Brian. *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*. In: [HTTP://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=312781](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=312781). p. 4. A dificuldade em se delimitar o objeto do debate pode ser melhor percebida por esta passagem de Scott J. Shapiro: ““In this essay, I will not take sides in this controversy over Hart’s reply to Dworkin. I will be interested, rather, in a more preliminary matter, namely, in attempting to set out the basic subject matter of the debate. My chief concern, therefore, will be to identify the core issue around which the Hart-Dworkin debate is organized. Is the debate, for example, about whether the law contains principles as well as rules? Or does it concern whether judges have discretion in hard cases? Is it about the proper way to interpret legal texts in the American legal system? Or is it about the very possibility of conceptual jurisprudence?” SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide For the Perplexed*. In: [HTTP://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657). p. 2.

[20] “The Hart/Dworkin debate begins with Dworkin’s 1967 paper “The Model of Rules,” which attributes to Hart four doctrines, all of which Dworkin rejects: that law consists of “rules” (understood as legal standards that differ from what Dworkin calls “principles”); that *legal* rules are identified via a “rule of recognition”, that is, “by tests having to do not with their content but with their *pedigree*”; that where a rule does not control a case, judges have discretion; and that in those cases where judges have discretion, neither party has a pre-existing legal right to prevail.”[20] LEITER, Brian. *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*. In: [HTTP://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=312781](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=312781). p. 4.

[21] Vale observar que Scott J. Shapiro aponta a versão de Dworkin sobre a teoria de Hart como sendo de certa forma idiossincrática. *Ibid.* p. 7.

[22] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-28. “Dworkin assinala que o positivismo jurídico tradicional simplifica o direito descrevendo-o como um conjunto de regras que são válidas ou inválidas com respeito a um critério de pertencimento ou *pedigree* formal a partir do qual essa validade ou invalidade é mensurada.” SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 151.

[23] *Ibid.* p. 28. Reproduzo aqui a versão em língua inglesa por ser mais elucidativa, inclusive para enfatizar a terminologia do autor: “The set of these valid legal rules is exhaustive of ‘the law’, so that if someone’s case is not clearly covered by such rule (...) then that case cannot be decided by ‘applying the law’. It must be decided by some official, like a judge, ‘exercising his discretion’, which means reaching beyond the law for some other sort of standard to guide him in manufacturing a fresh legal rule or supplementing an old one.” DWORKIN,



Ronald. *Taking Rights Seriously*. 19<sup>a</sup> ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 1-45.

[24] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-28.

[25] SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide For the Perplexed*. In: [HTTP://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657). p. 8.

[26] Dworkin deixa claro que utiliza o termo “princípio” ora de maneira mais genérica para indicar todo o conjunto de padrões que não são regras, ora de forma mais precisa, distinguindo princípios de políticas. Diz, ademais, chamar “política” ao tipo de padrão que estabelece objetivos a serem alcançados e “princípios”, neste sentido mais rigoroso, como um padrão cuja observância se dá por exigência de justiça e equidade, ou outra dimensão da moralidade. *Ibid.* p. 36.

[27] *Ibid.* p. 36

[28] Dworkin transcreve a parte relevante da decisão nos seguintes termos: “Todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime”. *Ibid.* p.37.

[29] Ressaltou Dworkin acerca da decisão do tribunal: “A liberdade de contratar não é uma doutrina tão imutável a ponto de não admitir nenhuma ressalva na área que nos concerne (...) Em uma sociedade como a nossa, na qual o automóvel é um acessório comum e necessário à vida cotidiana e na qual o seu uso é tão cheio de perigos para o motorista, os passageiros e o público, o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de seus carros. Conseqüentemente, os tribunais devem examinar minuciosamente os contratos de compra para ver se os interesses do consumidor e do público estão sendo tratados com equidade (...) Existe algum princípio que seja mais familiar ou mais firmemente inscrito na história do direito anglo-americano do que a doutrina basilar de que os tribunais não se permitirão ser usados como instrumentos de iniquidade e injustiça?” *Ibid.* p. 38-39.

[30] *Ibid.* 41. “In Dworkin’s Terminology, rules are “all or nothing” standards. When a valid rule applies in a given case, it is conclusive or, as a lawyer would say, “dispositive”. Because valid rules are conclusive reasons for action, they cannot conflict. If two rules conflict, then one of them cannot be a valid rule. By contrast, principles do not dispose of the

cases to which they apply. They lend justificatory support to various courses of actions, but they are not necessarily conclusive. Valid principles, therefore, may conflict and typically do. Moreover, in contrast to rules, principles have “weight”. When valid principles conflict, the proper method for resolving the conflict is to select the position that is supported by the principles that have the greatest aggregate weight.” SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide For the Perplexed*. In: [HTTP://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657). p. 9.

[31] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

[32] *Ibid.* p. 42.

[33] *Ibid.* p. 46.

[34] *Ibid.* p. 47.

[35] “Hart, Austin e outros positivistas certamente insistiram nessa última abordagem das regras jurídicas; não ficaram de modo algum satisfeitos com a abordagem do tipo “adotar esse comportamento como regra”. Qual a abordagem certa? – esta não é uma questão verbal. A questão é saber qual das duas presta contas de uma modo mais preciso da situação social. A abordagem que escolhemos tem impacto sobre outros problemas importantes. Por exemplo, se os juízes simplesmente “adotam a regra” de não reconhecer como válidos certos contratos, então não podemos dizer, antes da decisão ocorrer, que alguém “tem direito” a esse resultado. Neste caso, essa proposição não pode fazer parte de nenhuma justificação que possamos oferecer para tal decisão.” *Ibid.* p. 48.

[36] “A primeira alternativa trata os princípios como obrigatórios para os juízes, de tal modo que eles incorrem em erro ao não aplicá-los quando pertinente. A segunda alternativa trata os princípios como resumos daquilo que os juízes, na sua maioria, “adotam como princípio” de ação, quando forçados a ir além dos padrões aos quais estão vinculados. A escolha entre essas duas abordagens afetará, e talvez chegue mesmo a determinar, a resposta que podemos dar à questão de saber se, em casos difíceis como *Riggs* ou *Henningsen*, o juiz está tentando aplicar direitos e obrigações jurídicas preexistentes. No primeiro caso, ainda temos a liberdade de argumentar que, como esses juízes estão aplicando padrões jurídicos obrigatórios, estão também aplicando direitos e obrigações jurídicas. Porém, se partirmos da segunda alternativa, teremos abandonado a esfera dos tribunais no tocante a esse ponto e teremos que reconhecer que a família do assassino no caso *Riggs* e o fabricante, no caso, *Henningsen*, foram privados de seus bens por um ato de poder discricionário do juiz, aplicado *ex post facto*.” *Ibid.* p. 49. [37] SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide For the Perplexed*. In: [HTTP://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657). p. 10.

[38] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 50.

[39] “Faz sentido falar do poder discricionário de um sargento que deve submeter-se às ordens de seus superiores ou do poder discricionário de uma autoridade esportiva ou de um juiz de competição que são governados por um regulamento ou pelos termos da competição.” *Ibid.* p. 50.

[40] *Ibid.* p. 51.

[41] “Para fins de esclarecimento, faria perfeitamente sentido acrescentar que o tenente ordenara ao sargento que levasse em patrulha seus cinco homens mais experientes, mas fora difícil determinar quais eram os mais experientes.” *Ibid.* p. 51.

[42] “Neste sentido, podemos dizer que um sargento tem um poder discricionário quando lhe for dito para escolher quaisquer cinco homens para uma patrulha (...) Se o sargento recebe uma ordem para escolher os cinco homens mais experientes, ele não possui o poder discricionário nesse sentido forte, pois a ordem pretende dirigir a sua decisão.” *Ibid.* p. 52. Dworkin observa, ainda: “O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário.” *Ibid.* p. 53.

[43] “Dworkin is careful to point out that there are several “weak” senses in which judges must exercise discretion even in hard cases. Judges must exercise discretion in the sense that they are required to use their judgment in reasoning from legal principles to legal conclusion. At least sometimes as well, they have discretion in the sense that they have the final say in a particular case. Dworkin denies, however, that judges must exercise what he calls “strong” discretion, namely, the idea that they must look beyond the Law and apply extralegal Standards to resolve the case at hand. Once one recognizes the existence of legal principles, Dworkin claims, it becomes clear that judges are bound by legal Standards even in hard cases.” SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide For the Perplexed*. In: [HTTP://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657). p. 12.

[44] “É tautológica a proposição segundo a qual, quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário para julgar (...) Os positivistas falam como se sua doutrina do poder discricionário judicial fosse um insight e não uma tautologia; como se ela tivesse alguma incidência sobre a análise dos princípios. Hart, por exemplo, afirma que, quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões, mas devemos, em vez

disso, falar sobre os padrões que ele “tipicamente usa”. Hart pensa que, quando os juízes possuem poder discricionário, os princípios que eles citam devem ser tratados de acordo com a nossa segunda alternativa, como aquilo que os tribunais “têm por princípio” fazer (...). Portanto, parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte de poder discricionário. Nesse sentido, ela têm relevância para a análise dos princípios; na verdade, nesse sentido, ela nada mais é do que uma reformulação da nossa segunda abordagem. É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 55.

[45] “É verdade que, em geral, não podemos demonstrar a autoridade ou o peso de um princípio particular, da mesma maneira que às vezes podemos demonstrar a validade de uma regra reportando-a a um ato do Congresso ou ao voto de um tribunal autorizado. Em lugar disso argumentamos em favor de um princípio e seu peso apelando para um amálgama de práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade (...) Uma vez mais, porém, isso não diferencia um juiz de outros funcionários públicos que não possuem poder discricionário. O sargento não tem papel de tornassol para experiência; o árbitro não tem nenhum para agressividade. Nenhum dos dois possui poder discricionário, pois eles têm a obrigação de chegar a uma compreensão, controversa ou não, a respeito do que suas ordens ou as regras exigem e agir com base nessa compreensão. Esse é, também, o dever do juiz.” *Ibid.* p. 58.

[46] *Ibid.* p. 59.

[47] *Ibid.* p. 62. “De qualquer modo, se um jurista pensa o direito como um sistema de regras e ainda assim reconhece, como deve, que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas, ele chegará naturalmente à teoria do poder discricionário judicial no sentido forte do termo. Nos outros sistemas de regras nos quais ele tem experiência (como os jogos), as regras são a única autoridade importante a reger as decisões oficiais, de tal maneira que se um árbitro puder modificar uma regra, ele terá poder discricionário com respeito ao conteúdo dessa regra. Quaisquer princípios que os árbitros possam mencionar ao modificar uma regra representam apenas as suas preferências “típicas”. Os positivistas tratam o direito como se ele fosse essa versão revisada do beisebol.” *Ibid.* p. 62.

[48] *Ibid.* p. 62-63. “Quando um positivista ouve alguém tentando argumentar que princípios jurídicos são parte do direito, ele compreende isso como um argumento em favor do que ele denomina teoria do “direito de nível superior”, segundo a qual esse princípios são regras de uma lei acerca do direito. Ele refuta essa teoria salientando que algumas vezes

essas “regras” são aplicadas, outras não e que, para cada “regra” do tipo “nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos”, existe uma “regra” contrária, do tipo “a lei favorece a garantia de direitos”. Portanto, não há maneira de testar a validade de “regras” como essas. O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício do seu poder discricionário – o que é falso. É como se um zoólogo tivesse provado que os peixes não são mamíferos e então concluído que na verdade eles não passam de plantas.” Ibid. p. 63.

[49] “Segundo Hart, a maioria das regras de direito são válidas porque alguma instituição competente as promulgou (...) Mas esse teste de pedigree não funciona para os princípios dos casos *Riggs* e *Henningsen*. A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo (...) Ainda assim, não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico. Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo. Não poderíamos aglutiná-los todos em uma única “regra”, por mais complexa que fosse.” Ibid. p. 65.

[50] According to Dworkin, the pervasiveness of legal principles not only falsifies the Discretion Thesis, it also discredits the Pedigree Thesis. This is so because the legality of principles depends, at least sometimes, simply on their content (...) Insofar as positivism requires legality to be purely a function of pedigree, it cannot account for the existence of principles such as those operative in *Henningsen*, whose legal recognition is conditioned on the moral perception that, for example, it is “fair to place special burdens upon oligopolies that manufacture potentially dangerous machines. Dworkin does not, of course, claim that pedigree is legally irrelevant. He concedes that legal principles usually have institutional support and that having such support is normally crucial to their legality (...) Dworkin does, however, deny that a positivistic master rule could be constructed that would test a principle based on its institutional support (...) Dworkin’s argument appears to be this: the legal impact of a principle’s institutional support on its legality and weight is itself determined by principles, namely, those relating to institutions and their authority. For example, whether a judge should recognize the principles in *Henningsen* and, if so, how much weight to attribute to them depends on a whole constellation of principles relating to the institutional authority

of common law courts, their relations to legislatures, and to ordinary moral practices. These institutional principles, in turn, are supported by very broad principles of political morality. Dworkin believes that no rule could be fashioned that accurately reflects the verdicts of all these political principles, presumably because the possibilities that would have to be considered and codified are infinite in number. Moreover, these principles and their weights fluctuate over time, based on their own degree of institutional support, and hence any resulting master rule would fail to be stable.”[50]

[51] Ibid. p 69.

[52] “A regra suprema, diz ele, pode estipular que algum costume conte como direito, antes mesmo que os tribunais o reconheçam. Mas Hart não enfrenta a dificuldade que isso coloca para sua teoria geral, pois ele não tenta apresentar os critérios que a regra suprema tenta empregar com esse propósito. Ela não pode utilizar, como único critério, a cláusula de que a comunidade considera tal prática moralmente obrigatória, pois isso não permite distinguir regras jurídicas costumeiras de regras morais costumeiras (...) se a regra suprema simplesmente afirma que quaisquer outras regras aceitas pela sociedade como juridicamente obrigatórias são juridicamente obrigatórias, então ela de modo nenhum fornece um teste, além do teste que deveríamos aplicar caso não houvesse regra suprema. A regra suprema torna-se (para esses casos) uma não-regra de reconhecimento (...) o tratamento dado por Hart ao costume equivale a uma confissão de que existem pelo menos algumas regras de direito que não são obrigatórias pelo fato de terem sua validade estabelecida de acordo com os padrões de uma regra suprema – mas que são obrigatórias, tal como a regra suprema – porque são aceitas como obrigatórias pela comunidade. Isso reduz a fragmentos a elegante arquitetura piramidal que admiramos na teoria de Hart: não podemos mais afirmar que apenas a regra suprema é obrigatória em razão de sua aceitação e que todas as demais regras são válidas nos termos da regra suprema.” Ibid. p. 68.

[53] “According to Dworkin, therefore, the Pedigree Thesis must be rejected for two reasons. First, legal principles are sometimes binding on judges simply because of their intrinsic moral properties and not because of their pedigree. Second, even when these principles are binding in virtue of their pedigree, it is not possible to formulate a stable rule that picks out a principle based on its degree of institutional support. Having previously disposed of the Discretion Thesis, Dworkin concludes that legal positivism must be rejected as an adequate theory of law.” SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide For the Perplexed*. In: [HTTP://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657). p. 14.

[54] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 71. “Tudo considerado, a suma dos pontos destacados é a seguinte: Dworkin está atento aos estudos de Hart. Conforme sua exposição, Hart por um lado, entende haver casos fáceis cuja solução é de subsunção de uma regra geral; e, por outro, afirma

existirem casos difíceis (atinentes à zona de penumbra) em que os juízes devem exercer o que ele, Dworkin, designa de discricionariedade “forte”. Conforme afação, Hart erra porque os juízes sempre aplicam o direito preexistente. Para Dworkin, o erro de Hart deve-se ao fato de ele pouco valorizar o papel dos princípios jurídicos, porque, quando um caso concreto não puder ser solucionado a partir das regras, os juízes devem sopesar os princípios que competem e decidir a favor da parte a qual determinado princípio pesa mais no caso. Ou seja, Dworkin está atacando a posição defendida pelo positivismo hartiano de não haver uma resposta única, sobretudo nos “casos difíceis” em razão da discricionariedade que este vislumbra. Dada a “cegueira” de Hart, conclui-se que o modelo explicativo que representa ser abandonado.” SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 161.

## **PRISÃO PREVENTIVA: BREVE APANHADO SOBRE PRESSUPOSTOS E HIPÓTESES DE CABIMENTO**

**PAULO EDUARDO BICALHO CARVALHO:**  
formado na Universidade de Uberaba - UNIUBE, advogado atuante.

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar a prisão preventiva, explicando e analisando todos os seus pressupostos bem como as hipóteses de cabimento. Buscando discorrer de maneira resumida e didática em relação aos seus principais aspectos. A pesquisa se deu através de bibliografias, encontradas em doutrinas e legislação processual penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisão Preventiva. Conceito. *Fumus commissi delicti*. *Periculum libertatis*. Pressupostos. Cabimento.

---

### **1- CONCEITO**

Prisão preventiva é a espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária durante as investigações ou no curso do processo penal, quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, preenchidos os requisitos do art. 313 do Código de Processo Penal e desde que se revelem inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão.

Agora, portanto, a prisão preventiva é medida de última *ratio*.

Prevalece na doutrina o seguinte raciocínio: a prisão preventiva só poderá ser decretada na fase investigatória nos crimes que não admitam a decretação da prisão temporária. A prisão temporária, inclusive, possui requisitos menos rígidos para ser decretada. Havendo necessidade de que o indivíduo permaneça preso durante a instrução processual, a prisão temporária poderá ser convertida em prisão preventiva, preenchidos os requisitos legais.

### **2- PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA**

#### **1. *Fumus commissi delicti***

O primeiro pressuposto da preventiva é a demonstração de que há provas da existência do crime e de indícios suficientes de autoria.



## 2. *Periculum libertatis*

O segundo pressuposto para a decretação da prisão consiste na demonstração da presença de uma das hipóteses de *periculum libertatis*.

### a) Garantia da ordem pública

Garantia da ordem pública é expressão genérica. Há três correntes na doutrina acerca da abrangência do termo:

1ª corrente (posição minoritária): a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública não tem natureza cautelar, funcionando como indevida modalidade de cumprimento antecipado da pena. Para essa corrente, essa prisão preventiva não seria possível, pois não protege um processo. Seria uma medida de segurança, destinada à proteção da coletividade (Antonio Magalhães Gomes Filho).

2ª corrente (posição majoritária): a garantia da ordem pública é o risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do agente, caso permaneça em liberdade. Para essa segunda corrente, a prisão deverá ser decretada quando se verificar que o indivíduo, solto, continuará praticando crimes. Segundo esta corrente, não é possível a decretação da prisão preventiva com base na repercussão da infração ou no clamor social provocado pelo delito, isoladamente considerados. Hoje, tem havido grande influência da mídia dentro do processo penal, que acaba por provocar alarde, clamor social exigindo a prisão (STF HC 80.719: caso Pimenta Neves).

3ª corrente (posição de alguns Promotores): além do risco de reiteração delituosa (2ª corrente), a prisão preventiva também poderia ser decretada para garantir a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público. É posição minoritária, que não deve ser adotada, e serve para satisfazer os interesses da mídia.

### b) Garantia da ordem econômica

Assemelha-se à garantia da ordem pública, ou seja, consiste no risco de reiteração delituosa, porém em crimes relacionados a crimes contra a ordem econômica.

**c) Garantia de aplicação da lei penal**

A prisão preventiva com base na garantia da aplicação da lei penal deve ser decretada quando o agente demonstrar que pretende fugir do “distrito da culpa”, inviabilizando a futura execução da pena. Se, no caso concreto, o recolhimento domiciliar no período noturno ou a monitoração eletrônica já bastarem para a garantia da aplicação da lei penal, não deve ser decretada a preventiva.

Para os tribunais, uma ausência momentânea, seja para evitar uma prisão arbitrariamente decretada, seja para evitar uma prisão em flagrante, não autoriza a decretação da prisão preventiva. É muito comum que um criminoso, surpreendido por câmera de vigilância, fuja para evitar a prisão em flagrante e, posteriormente, se apresente, pessoalmente ou por advogado. Nesse caso, não deverá ser decretada a prisão preventiva.

**d) Conveniência da instrução criminal**

A decretação da prisão preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal tem por objetivo impedir que o agente cause prejuízos à produção das provas.

**e) Descumprimento das cautelares diversas da prisão**

A grande discussão neste tópico diz respeito à necessidade de observância dos requisitos do art. 313 do Código de Processo Penal. Para Capez, não é necessário observar o art. 313. Há outros autores, todavia, que entendem que mesmo nesse caso do cumprimento das cautelares, o art. 313 deverá ser observado.

### **3- HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PREVENTIVA**

As hipóteses de cabimento da prisão preventiva foram alteradas pela Lei 12.403/2011.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

I. Crimes dolosos com pena máxima superior a quatro anos

O atual inciso I determina que cabe preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos.

Sem dúvida, é a hipótese mais problemática. O legislador deixa bem claro que o crime precisa ser de natureza dolosa e a pena máxima a ele cominada é a que tem de ser superior a quatro anos.

Diferentemente do que ocorre com a prescrição, para se aferir a possibilidade de decretação da prisão preventiva, as hipóteses de concursos de crimes devem ser levadas em consideração. No caso de concurso material de crimes (ex.: furto em concurso com desacato), somam-se as penas. No caso de concurso formal, leva-se em conta a majorante.

Em se tratando de causa de aumento de pena, deve ser levado em consideração o quantum que mais aumente a pena. Presente causa de diminuição, considera-se o quantum que menos diminua a pena.

II. Investigado (ou acusado) reincidente em outro crime doloso, salvo se decorrido o lapso temporal de cinco anos

Da mesma forma que o anterior, o inciso II exige que o crime pelo qual a preventiva está sendo decretada seja doloso.

Para que a preventiva possa ser decretada com base no inciso II, o cidadão precisa ser reincidente.

Diversamente da hipótese anterior, a decretação da prisão preventiva com base no inciso II independe do quantum de pena cominado ao delito.

### III. Garantia das medidas protetivas de urgência (violência doméstica e familiar)

A nova redação do inciso III corresponde ao antigo inciso IV, com o acréscimo de outras vítimas.

Desta forma, no que se refere a vítima “idoso”, não é qualquer crime praticado contra ele que autoriza a prisão preventiva. É necessário que o crime seja praticado no âmbito da violência doméstica e familiar.

A prisão preventiva decretada com base nesta hipótese independe da quantidade de pena cominada ao delito. Qualquer que seja a pena, será cabível a preventiva.

Pelo art. 313, III, do CPP, fica parecendo que a preventiva poderia ser decretada automaticamente com o descumprimento das medidas protetivas (“para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”). Todavia, o descumprimento das medidas protetivas de urgência não autoriza, por si só, a decretação da prisão preventiva. Há necessidade da comprovação da garantia da ordem pública, garantia de aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal (hipóteses de cabimento da preventiva).

Assim, não basta, por exemplo, que o cidadão viole a distância mínima fixada pelo juiz entre ele a vítima. Deve-se demonstrar o risco de o sujeito voltar a praticar crimes contra as pessoas agredidas.

Portanto, apesar de o inciso III nada dizer quanto à natureza do delito, o ideal é dizer que somente é cabível a prisão preventiva em relação a crimes dolosos envolvendo violência doméstica e familiar.

### IV. Existência de dúvida sobre a identidade civil do acusado e não fornecimento de elementos suficientes para esclarecê-la

Com base nesta hipótese, a prisão preventiva poderá ser decretada independentemente da quantidade de pena cominada ao delito. Como a lei não fez qualquer restrição será cabível tanto em relação a crimes dolosos quanto culposos. Isso porque, além do silêncio da lei, também é necessário saber a identidade da pessoa que pratica crime culposos, para viabilizar a persecução penal.

A prisão preventiva com base na ausência de identificação deve persistir enquanto não for obtida a identificação do agente. Identificado o agente, a preventiva não será mais necessária, se decretada somente com essa finalidade.

#### **4- CONCLUSÃO**

O presente artigo discorreu sobre prisão preventiva, trazendo uma análise de seus pressupostos bem como das hipóteses de cabimento.

Analisado tais pontos, verifica-se que a prisão preventiva é uma modalidade de segregação provisória, decretada judicialmente, com escopo nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Portanto como medida cautelar que é, sua decretação deve se dar de maneira excepcional, justificando-se apenas nas hipóteses nas quais a permanência do indivíduo em liberdade possa trazer riscos a prestação jurisdicional, sendo assim, tal prisão não viola a garantia constitucional da presunção de inocência, visto que não se trata de pena, mas de uma limitação a liberdade com objetivos processuais delimitados por lei.

#### **REFERENCIAS**

AVENA, Noberto. Processo Penal. 4ª ed. São Paulo. Método. 2012.

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 2 ed. São Paulo. Juspodium. 2014.

## A DECISÃO SANEADORA E OS LIMITES DA SENTENÇA (JUDICIAL)

**RUTH HELENA SILVA VASCONCELOS**

**PEREIRA:** Advogada, especialista em direito empresarial;

**Resumo:** Os atos processuais apresentam funções bem delineadas em razão dos sujeitos do processo. Podem se dividir em atos do órgão jurisdicional e atos das partes. No que diz respeito aos atos das partes, são manifestações de vontade que assumem caracteres postulatórios, persuasórios ou dispositivos. Os primeiros requerem algum provimento jurisdicional. Os persuasórios são atos que visam o convencimento do julgador por meio de argumentação, referências doutrinárias e citações jurisprudenciais. Os últimos são os que as partes regulam. Já os atos do órgão jurisdicional são despachos, atos e decisões. As decisões saneadoras, antes equivocadamente chamadas de “despachos”, são espécies de decisão judicial que ocorrem em momento especial do processo e não implicam direta ou indiretamente no provimento jurisdicional final objetivado no processo, diferentemente das sentenças, que são decisões judiciais que impõem um termo à lide. Assim, na decisão saneadora caberá análise de juízo acerca da possibilidade de continuidade do processo em fase de instrução e julgamento, após avaliação da inocorrência das hipóteses de extinção do processo (art. 354) ou de julgamento antecipado da lide (art. 355), nem tendo sido caso de julgamento conforme o estado do processo (art. 354), cancelada a continuidade do processo. A sentença judicial é o ato processual personalíssimo do juiz (Estado-juiz) por meio do qual reproduz interpretações jurídico-legais do magistrado acerca dos fatos e circunstâncias que lhes são apresentados.

**Palavras-chave:** Atos processuais. Saneamento do processo. Sentenças judiciais. Limites das sentenças.

**Sumário:** Introdução. Referencial Teórico: 1. Atos processuais; 2. Saneamento e organização do processo; 2.1. Decisões saneadoras; 3. Provimento final; 3.1. Sentenças; 3.2. Limites das sentenças. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

### Introdução

Tratar a respeito do tema objeto do presente estudo é tratar dos atos processuais em espécie, mas mais especificamente dos atos decisórios do juiz no processo.

Inicia-se o presente estudo no que diz respeito aos atos processuais de um modo geral para que, em momento oportuno, se alcancem os objetivos propostos de analisar com detalhes especificidades dos dois tipos de decisão indicados.

Ocorre que, para situar tais atos do magistrado na análise da questão, far-se-á rápida capitulação dos demais atos do processo para, em seguida, se debruçar sobre o foco do trabalho.

Trata-se, pois, de um estudo referente à análise de natureza jurídica das decisões saneadoras, abordando eventuais divergências acerca do instituto, e aos limites existentes das sentenças judiciais que porventura existam.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, o estudo visa apenas analisar com brevidade tais institutos e compará-los com os demais tipos de decisões no âmbito do Direito Processual Civil, avaliando os aspectos procedimentais e as finalidades desses atos judiciais.

## **Referencial teórico (Desenvolvimento)**

### **1. Atos processuais**

Processo não é um fim em si mesmo. É um conjunto concatenado de atos organizados com vistas a alcançar um provimento final por parte do Estado, regido por princípios e normas para o exercício da jurisdição<sup>[1]</sup>. Em assim o sendo, como tais atos se organizam nesse instrumento para que a jurisdição se opere não é precisamente o objeto da abordagem atual.

O que se pretende demonstrar de maneira simplificada são quais atos estão circunscritos neste conjunto ordenado e a função deles diante do papel jurisdicional exercido pelo processo.

Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover<sup>[2]</sup>:

O processo é resultante de dois componentes que se combinam e completam, e que são a relação processual e o procedimento (...); a relação processual é complexa, compondo-se de inúmeras posições jurídicas ativas e

passivas que se sucedem do início ao fim do processo (...). Ora, a passagem de uma para outra dessas posições judiciais (caráter progressivo da relação processual) é ocasionada sempre por eventos que têm perante o direito eficácia de constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Esses eventos recebem o nome genérico de fatos processuais.

(...)

Ato processual é portanto, toda conduta dos sujeitos do processo que tenha por efeito a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais.

Rocha<sup>[3]</sup> classifica os atos processuais praticados pelos sujeitos do processo em atos do órgão jurisdicional e atos das partes. Tais manifestações de vontade, quando realizadas pelas partes, assumem o caráter de postulatórios, persuasórios e dispositivos.

Atos postulatórios são àqueles que requerem algum provimento jurisdicional. Atos persuasórios são atos que visam o convencimento do julgador por meio de argumentação, referências doutrinárias e citações jurisprudenciais. Por suas vezes, os atos dispositivos são os que as partes regulam, baseado em previsão legal, aspectos do processo. São exemplo de atos dispositivos a renúncia, a desistência, o reconhecimento jurídico do pedido, a eleição de foro etc.

Em relação aos atos do órgão jurisdicional, estes se dividem despachos, atos meramente ordinatórios que dão impulso ao processo, e as decisões, atos que atingem diretamente aspectos da lide em questão, sob aspectos processuais ou meritórios (ROCHA, 2006).

Cintra, Dinamarco e Grinover<sup>[4]</sup> classificam, por suas vezes, os atos processuais do juiz (os atos judiciais) em provimentos e atos reais (materiais).

Os primeiros são, na abordagem dos autores, pronunciamentos verbais ou escritos do pensamento do juiz no processo sobre alguma pretensão de uma das partes ou sobre a determinação de alguma providência a se realizar. Subdividem-se em provimentos



finais e interlocutórios. Estes não guardam relação com a causa em apreciação, mas tão somente avaliam aspectos incidentais do processo ou determinam o passo deste. São atos procedimentais e não atos processuais.

Aqueles, os provimentos finais, estão intrinsecamente relacionados ao processo em si. Contendo ou não o mérito, a lide sofrerá reflexos diretos dentro do processo nos atos judiciais de provimentos finais.

Numa ou noutra classificação, pode-se assumir que as **decisões saneadoras** são espécies de decisão judicial que ocorrem em momento especial do processo e não implicam direta ou indiretamente no provimento jurisdicional final objetivado no processo. Têm uma finalidade específica a ser estudada em tópico seguinte. Diferentemente das **sentenças**, que são decisões judiciais que impõem um termo à lide, estas decidem de uma ou de outra forma a respeito de algum aspecto do mérito da questão. Veremos em tópico adiante sobre as sentenças e os limites de alcance de seu provimento.

## **2. Saneamento e organização do processo**

O saneamento do processo consiste em uma fase processual que poderá ocorrer após a tomada de providências preliminares e, não tendo havido extinção ou julgamento antecipado de mérito, o juiz saneará o feito para eliminar qualquer circunstância que tenha contaminado o processo (DONIZETTI, 2016)<sup>[5]</sup>.

Por providências preliminares devem-se entender as medidas hábeis à consagração do princípio do contraditório e a fazerem valer a continuidade do processo. A ausência dessas providências resultaria, segundo Humberto Theodoro<sup>[6]</sup>, no comprometimento do método dialético norteador do sistema processual, ensejando-se riscos de decisões baseadas em meras deduções de juízo.

Essa fase, ainda segundo Donizetti<sup>[7]</sup>, só ocorrerá se não for obtida alguma composição entre as partes ou se por algum motivo a audiência de conciliação não puder ocorrer.

Inserida topologicamente no Livro I da Parte Especial do Código de Processo Civil (NCPC), Título I (Do procedimento comum), Capítulo X (Do julgamento conforme o estado do processo, a Seção

IV trata acerca do saneamento e da organização do processo no artigo 357, *in verbis*:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

Segundo Milhoranza<sup>[8]</sup>, o art. 357 praticamente repete o art. 331 do CPC de 1973. Assim, assevera:

não ocorrendo nenhuma das hipóteses previstas no Capítulo X que trata do julgamento conforme o estado do processo caberá ao juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo, resolver as questões processuais pendentes, se houver; delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito e, por fim, se necessário, designar audiência de instrução e julgamento.

Donizetti<sup>[9]</sup>, contudo, esclarece uma diferença primordial no fato de, sob a regência do Novo Código de Processo Civil, a audiência de conciliação ocorrer antes da apresentação de resposta do réu. E se houve a necessidade de providências preliminares, estas já teriam sido adotadas e eventuais irregularidades sanadas, como cita por exemplo a regularização de representação.

Mas, de acordo com Milhoranza (OAB, 2015), “se a causa apresentar maior complexidade em matéria de fato ou de direito, o juiz deverá designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Na oportunidade, se for o caso, o juiz convidará as partes a integrar ou esclarecer as suas alegações.”

Se, porém, por outro lado, já haja determinação de produção de prova testemunhal, continua Minhoranza o juiz fixará um prazo comum, não superior a 15 (quinze) dias, para que as partes apresentem o rol de testemunhas. E se foi determinada a produção de prova pericial, “o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, uma data para a sua realização.”

### **2.1. Decisões saneadoras**

Antes denominada erroneamente de “despacho saneador”, ou seja, dando-lhe a ideia de mero ato procedimental ordinatório, a decisão saneadora é o ato judicial por meio do qual caberá análise de juízo acerca da possibilidade de continuidade do processo em fase de instrução e julgamento.

A decisão saneadora, após avaliação da inoccorrência das hipóteses de extinção do processo (art. 354) ou de julgamento antecipado da lide (art. 355), nem tendo sido caso de julgamento conforme o estado do processo (art. 354), se caracteriza pelo ato de chancela da continuidade do processo após a “atividade de fiscalização e constatação acerca das condições da ação e dos pressupostos processuais, bem como das medidas para suprir eventuais falhas.”<sup>[10]</sup>.

Segundo Rodrigues<sup>[11]</sup>, a fase saneadora não tem um momento específico para iniciar. “O termo *a quo* do saneamento se inicia desde o primeiro contato que o juiz tem com a demanda, posto que é a partir do despacho inicial que o magistrado começa a verificar se há alguma irregularidade a ser observada e sanada.”

No entanto, o termo *ad quem* da fase de saneamento se dá com a decisão saneadora que permite o prosseguimento do feito de forma regular e a continuidade do processo sob o manto do contraditório. É decisão interlocutória que não analisa a lide em si, mas que admite a continuidade de sua análise no sentido de se alcançar um provimento final de mérito acerca do que se discute.

Para Talamini<sup>[12]</sup>, a função principal da decisão saneadora não é simplesmente de sanear o processo corrigindo-o de eventuais falhas. Mas essa decisão possui natureza declaratória acerca do saneamento do processo e organiza as providências seguintes a serem tomadas para o bom andamento do feito:

o saneamento destina-se a propiciar eficiência à atuação jurisdicional – e conseqüentemente economia processual (duração razoável do processo). Mas também se presta a assegurar previsibilidade (segurança jurídica) e a tornar mais qualificado o debate entre as partes e o juiz (contraditório), ampliando-se as chances de uma solução justa e eficaz.

Por fim, já havia discussão acerca da eficácia preclusiva da decisão saneadora[13]. Ocorre que nunca houve um ponto pacífico a respeito desse efeito. Entretanto, à luz no NCPC, em razão dos §§ 2.º e 3º do art. 357 do CPC, leva-se a crer que, diante do dever de cooperação das partes consagrado no art. 6º, uma vez que são chamadas a integrar o momento, resultará em efeito preclusivo no que diz respeito a todos os pontos porventura existentes até ali, em contemplação à economia processual e à duração razoável do processo.

### **3. O provimento final e a coisa julgada**

A teor do que esclarece Leite[14], “a moderna doutrina conceitua a coisa julgada como qualidade da imutabilidade dos seus efeitos. Trata-se então da permanência dos efeitos materiais e formais da sentença, tal coisa julgada criada pelo trânsito em julgado da sentença.”

Visto que o processo busca um provimento final e uma solução heterônoma de conflitos sociais, para que eventuais insatisfações futuras sobre as mesmas questões não possam mais ser rediscutidas, é que se justifica destacar o aspecto da coisa julgada.

Ela é o fenômeno jurídico-social que impõe um termo a determinadas discussões levadas a juízo. Ela se concretiza ou pela impossibilidade técnico-jurídica de reforma de decisão final, ou pela estabilidade das relações jurídicas tornadas a efeito por uma decisão que analisou o pedido. Se está, portanto, a falar em coisa julgada formal ou material, respectivamente.

Ocorre que nem toda decisão que põe fim ao processo é apta a fazer coisa julgada, ou seja, a impossibilitar rediscussão do mérito da questão. Nesses casos, ainda que haja um ato decisório que

imponha o encerramento do processo, não há nesse sentido perspectivas de se vislumbrar a coisa julgada em si.

Está-se, pois, diante de um provimento final sem que o núcleo da lide, ou a causa de pedir, tenha sido de fato e de direito analisado pelo juízo respectivo.

De um modo ou de outro, o ato judicial decisório de provimento final nos dois fenômenos descritos se intitula de “sentença”.

### **3.1. Sentenças judiciais**

Cumprido destacar que as sentenças a serem tratadas neste estudo dizem respeito às sentenças judiciais. Tal observação se faz relevante visto que existe outra espécie de sentença que podem resultar em coisa julgada material que é a sentença arbitral. A esse propósito, ensina Zanon<sup>[15]</sup>:

A sentença arbitral, como é aplicação do direito ao caso concreto por juiz não estatal, é manifestação de atividade jurisdicional. A consequência disso é que se reveste da autoridade da coisa julgada material.

Pela sentença arbitral o juiz não togado escolhido pelas partes decide *toda* a controvérsia formada entre elas, cuja decisão tem força de coisa julgada. Esta sentença é acobertada pela coisa julgada material e tem, portanto, plena executividade, não mais necessitando de homologação pelo órgão jurisdicional estatal, como o exigia o sistema arbitral já revogado entre nós.

Julgado o mérito da demanda submetida ao juízo arbitral, ocorre a coisa julgada material independentemente de homologação da sentença arbitral pelo juízo estatal, sendo vedado a este último examinar novamente o mérito da causa.

Enfim, por sentença judicial, doutrina LEITE<sup>[16]</sup>:

A sentença, na opinião de Arruda Alvim é ato intelectual de índole ou estrutura predominantemente lógica, que pressupõe apuração dos fatos e identificação das normas aplicáveis, através da qual o Estado-juiz se manifesta, concretizando a vontade do legislador, traduzida

ou expressa pela lei. Sendo de qualquer forma, indispensável à hermenêutica jurídica.

E continua:

José Monteiro citando Rocco defende ser a sentença, um simples ato de inteligência do juiz, sem lhe caber qualquer emanção de vontade, reduzindo-se o trabalho judicial em lógica de aplicação da norma legal e geral ao caso concreto. Lógica eivada e hermenêutica e concatenação.

Assim, em vista dos conceitos apresentados, sentença é o ato processual personalíssimo do juiz (Estado-juiz) por meio do qual reproduz interpretações jurídico-legais do magistrado acerca dos fatos e circunstâncias que lhes são apresentados.

Tais interpretações estão relacionadas não somente quanto ao conteúdo material que lhe é exposto, mas também quanto à forma como tal conteúdo é exposto e quanto aos meios que o envolvem. Ou seja, tais interpretações podem ocorrer do ponto de vista substancial, no que diz respeito ao mérito da lide, ou do ponto de vista instrumental, no tocante às regras processuais que regem o feito.

De um modo ou de outro, uma sentença é um ato competente para resolução de controvérsias com ou sem resolução de mérito, podendo se tornar apta a gerar coisa julgada, ao apreciar o pedido inicial, no todo ou em parte, ou simplesmente atribuir um provimento final sem maiores implicações no que se discute.

Há, portanto, hipóteses em que mesmo havendo sentença que se abstenha de adentrar na análise de mérito da demanda, não se poderá haver nova propositura de ação tratando da mesma questão, a saber, havendo o reconhecimento de preempção, de litispendência ou, como já descrito, de coisa julgada anterior.<sup>[17]</sup>

### **3.2. Limites das sentenças judiciais**

Apesar de ser a sentença ato judicial decisório personalíssimo do juiz que põe fim a uma lide, em conformidade com o art. 492 do CPCP, o juiz não está suscetível do exercer sua competência de

forma arbitrária. Ao magistrado são impostos limites às suas decisões, notadamente àquelas que adentram no íntimo do pedido inicialmente formulado. *In verbis*:

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

E não só, pois o art. 10 e o *caput* do art. 11 já preceituam:

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.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Veja-se, portanto, que ao juiz é claramente imposto limites às decisões que proferir, devendo agir conforme a natureza do pedido, de forma fundamentada e em respeito aos todos os princípios que regem o direito processual, notadamente o princípio do contraditório e da ampla defesa.

No mesmo sentido, segue o art. 141:

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Nota-se que atrelado a essas limitações se encontra a necessidade da congruência entre o que é decidido e o que é pedido pelas partes no processo, bem como entre o que se fundamenta na decisão e seu dispositivo. Decidir em desrespeito a este princípio (adstrição ou congruência), pode gerar nulidade da decisão, abrindo outro ponto da discussão acerca do alcance dessas nulidades, a depender do caso, seja por decidir além (*ultra petita*), aquém (*citra petita*) ou fora (*extra petita*) do que se pede, seja por se sentenciar sem coerência com os fundamentos da decisão.[\[18\]](#)



Por fim, deve-se considerar ainda outro limite para a sentença judicial retratado no direito alemão e aplicado no direito processual brasileiro: o princípio do *kompetenz kompetenz*<sup>[19]</sup>. Ou seja, é o limite de competência de um juiz para analisar sua própria competência. Assim, entendendo um juiz ser incompetente para julgar qualquer tipo de ação, poderá ele exercer um limite capaz de proferir sentença declinatória de foro e se considerar incompetente para tanto.

### **Considerações finais**

Os atos processuais, sob o aspecto subjetivo, podem ter efeitos decisórios ordinariamente pelo juízo competente.

As partes manifestam sua vontade interferindo no curso normal do processo em atos de renúncia, desistência ou reconhecimento jurídico do pedido. Até mesmo podem nada manifestar e, assim, por revelia, proporcionar a sujeição de efeitos processuais.

Os atos judiciais são os despachos, as decisões interlocutórias ou sentenças. Os primeiros são de caráter meramente procedimental, os segundo dizem respeito ao processo em si, porém se prestam a regular a marcha deste. As decisões saneadoras possuem este caráter.

Por sua vez, as sentenças propiciam um provimento final ao processo. Se ensejarem julgamento de mérito, podem resultar em coisa julgada formal ou material. Caso contrário, não se revestem de força para impedir a rediscussão do feito, salvo nas hipóteses de perempção, litispendência ou coisa julgada anterior.

Os limites da sentença são definidos pela congruência que devem ter em relação aos pedidos das partes. Não pode tal decisão se abster de tratar de algum deles ou mesmo ir além da coerência entre os fundamentos da decisão e seu dispositivo.

### **Referências Bibliográficas**

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

IZZO, Isabella Rofre. **Providências preliminares e o despacho saneador.** 2014. (Disponível em <https://isarofre.jusbrasil.com.br/artigos/119874310/providencias-preliminares-e-o-despacho-saneador>).

LEÃO, Danilo Felix Louza. **Eficácia preclusiva da decisão saneadora.** 2006. (Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8622/eficacia-preclusiva-da-decisao-saneadora>).

LEITE, Gisele. **Sobre a sentença e a coisa julgada: considerações gerais sobre os conceitos, evolução história e o posicionamento da atual doutrina e jurisprudência.** (Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6535](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6535)).

OAB. **Novo código de processo civil anotado.** Porto Alegre: OAB/RS, 2015. (MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Anotações ao art. 357, disponível em [https://nayrontoledo.files.wordpress.com/2016/01/novo\\_cpc\\_anotado\\_2015.pdf](https://nayrontoledo.files.wordpress.com/2016/01/novo_cpc_anotado_2015.pdf)).

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha Rodrigues. **Elementos de Direito Processual Civil.** V. 2. São Paulo: RT, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **Saneamento e organização do processo no CPC/15.** 2016. (Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235256,11049-Saneamento+e+organizacao+do+processo+no+CPC15>).

ZANON, João Carlos. **Coisa julgada e sentença arbitral.** 2016. (Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243108,41046-Coisa+julgada+e+sentenca+arbitral>).

Outras referências:

[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12443](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12443).

<https://ddedireito.wordpress.com/category/teoria-geral-do-processo/>

[http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/6%20-%20Despacho%20Saneador%20\(%20MATERIAL%20DO%20DR.%20NEY%20ALCANTARA%20\).pdf](http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/6%20-%20Despacho%20Saneador%20(%20MATERIAL%20DO%20DR.%20NEY%20ALCANTARA%20).pdf)

<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/327531/consequencias-da-extincao-do-processo-sem-julgamento-de-merito>.

<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/33652/o-que-se-entende-por-kompetenz-kompetenz>.

---

[1] “O processo é indispensável a função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)” A.Grinover (apud <https://ddedireito.wordpress.com/category/teoria-geral-do-processo/>, acessado em 24/03/2017, às 11:02h)

[2] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 395.

[3] ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2006, p. 242/243.

[4] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., p. 397.

[5] DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 574.

[6] IZZO, Isabella Rofre. Providências preliminares e o despacho saneador. 2014. Disponível em <https://isarofre.jusbrasil.com.br/artigos/119874310/providencias-preliminares-e-o-despacho-saneador>, acessado em 24/03/2017, às 14:41h)

[7] Idem, p. 574.

[8] OAB. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB/RS, 2015. (MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Anotações

ao art. 357, p. 294/295), disponível em [https://nayrontoledo.files.wordpress.com/2016/01/novo\\_cpc\\_annotado\\_2015.pdf](https://nayrontoledo.files.wordpress.com/2016/01/novo_cpc_annotado_2015.pdf), acessado em 24/03/2014, às 14:14h.

[9] DONIZETTI, Elpídio. Op. Cit., p. 575.

[10] Disponível em [http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/6%20-%20Despacho%20Saneador%20\(%20MATERIAL%20DO%20DR.%20NEY%20ALCANTARA%20\).pdf](http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/6%20-%20Despacho%20Saneador%20(%20MATERIAL%20DO%20DR.%20NEY%20ALCANTARA%20).pdf), acessado em 24/03/2017, às 14:52h.

[11] RODRIGUES, Marcelo Abelha Rodrigues. (em nota de rodapé de sua obra Elementos de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2000, V. 2., p. 164) *apud* [http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/6%20-%20Despacho%20Saneador%20\(%20MATERIAL%20DO%20DR.%20NEY%20ALCANTARA%20\).pdf](http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/6%20-%20Despacho%20Saneador%20(%20MATERIAL%20DO%20DR.%20NEY%20ALCANTARA%20).pdf), acessado em 24/03/2017, às 14:57h.

[12] TALAMINI, Eduardo. Saneamento e organização do processo no CPC/15. 2016. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235256,11049-Saneamento+e+organizacao+do+processo+no+CPC15>, acessado em 24/03/2017, às 15:08h.

[13] LEÃO, Danilo Felix Louza. Eficácia preclusiva da decisão saneadora. 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8622/eficacia-preclusiva-da-decisao-saneadora>, acessado em 24/03/2017, às 15:29h.

[14] LEITE, Gisele. Sobre a sentença e a coisa julgada: considerações gerais sobre os conceitos, evolução história e o posicionamento da atual doutrina e jurisprudência. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6535](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6535), acessado em 24/03/2017, às 15:38h.

[15] ZANON, João Carlos. Coisa julgada e sentença arbitral. 2016. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243108,41046-Coisa+julgada+e+sentenca+arbitral>, acessado em 24/03/2017, às 16:31h,

[16] LEITE, Gisele. Sobre a sentença e a coisa julgada: considerações gerais sobre os conceitos, evolução história e o posicionamento da atual doutrina e jurisprudência. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6535](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6535), acessado em 24/03/2017, às 15:38h.

[17] Disponível

em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/327531/consequencias-da-extincao-do-processo-sem-julgamento-de-merito>, acessado em 24/03/2017, às 16:23h.

[18] Disponível

em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12443](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12443), acessado em 24/03/2017, às 20:28h.

[19] Disponível

em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/33652/o-que-se-entende-por-kompetenz-kompetenz>, acessado em 24/03/2017, às 16:58h.

## A SUBSISTÊNCIA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO DEFESA DO EXECUTADO NA AÇÃO DE EXECUÇÃO POR TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

**PEDRO PAULO DE MELO REIS NETO:** Bacharel em direito pelo Centro de Ensino Superior do Amapá - CEAP. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

**Resumo:** O presente trabalho abordou o tema da subsistência do instituto exceção de pré-executividade como mecanismo de defesa do executado no processo de execução por título extrajudicial, frente à desnecessidade da prévia garantia do juízo como condição de procedibilidade dos embargos à execução, advinda da Lei nº 11.382/2006 e mantida pelo novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015.

**Palavras-Chave:** Exceção de pré-executividade. Prévia segurança do juízo. Embargos à execução. Execução por título extrajudicial

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Perspectiva Histórica. 3. Da Designação do Termo “Exceção de Pré-Executividade”. 4. Objeto. 5. A Subsistência da Exceção de Pré-Executividade em Face do Novo CPC. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

---

### 1. INTRODUÇÃO

O modelo processual de execução por título executivo extrajudicial regulado no novo Código de Processo Civil - NCPC, Lei nº 13.105/2015, rege-se, dentre outros, pelo princípio do resultado, positivado no *caput* do art. 797 do CPC<sup>[1]</sup>, o qual determina que a execução realiza-se no interesse do credor. Dessa forma, a finalidade precípua do processo de execução, é a satisfação do direito do credor, que, portando um título executivo extrajudicial não adimplido, no qual esteja consubstanciada uma obrigação líquida, certa e exigível (art. 783 do CPC<sup>[2]</sup>), pode exercer seu direito de ação em face do devedor, pleiteando, no Poder Judiciário, a tutela jurisdicional executiva, voltada para o adimplemento da obrigação.

Para tanto, os atos jurisdicionais a serem praticados no decorrer do processo realizam-se em seu favor e têm por fito o cumprimento da obrigação. Portanto, não se admite que, no âmbito do processo de execução, seja discutido o direito material do credor, por intermédio de defesa interna do executado. Pelo contrário, o objetivo do processo de execução é, a princípio, tão-somente, a satisfação da obrigação inserta no título executivo.

Nesse sentido, leciona Didier. (2017, p. 761):

Por incompatibilidade de convivência funcional entre os atos cognitivos e executivos, a legislação processual concebeu o processo de execução de forma a não comportar defesa interna, sendo certo, portanto, que os embargos à execução, embora ostentem conteúdo de defesa, constituem verdadeira ação de conhecimento, incidente à execução.

O executado, por sua vez, tem contra si a presunção, conferida por lei, de existência de uma obrigação na qual figura como sujeito passivo, representada em determinado documento – o título executivo extrajudicial –, apto para, por intermédio do processo judicial e preenchidos os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, lhe impor o dever de adimpli-la.

Caso pretenda discutir o direito material do credor após o ajuizamento da ação executiva, ou mesmo arguir vícios formais quanto àquela, o executado deve, em regra, ajuizar contra o exequente ação autônoma, incidental ao processo de execução: os embargos à execução.

Entretanto, porquanto no regime anterior à vigência da Lei nº 11.382/2006, cujas principais alterações foram mantidas com o advento do novo Código de Processo Civil, o ajuizamento dos embargos dependia da prévia segurança do juízo, ou seja, da realização de ato de constrição judicial no patrimônio no executado para que este pudesse opor os embargos, doutrina e jurisprudência passaram a admitir que matérias de ordem pública e, posteriormente, matérias que pudessem ser comprovados por provas pré-constituídas, fossem veiculadas por simples petição, no âmbito do processo de

execução, para que fossem submetidas à competente apreciação do juiz, petição esta que ficou amplamente conhecida como exceção de pré-executividade.

Por outro lado, pela reforma introduzida no processo de execução por intermédio da Lei nº 11.382/2006 e mantida no NCPC, deixou-se de exigir a prévia segurança do juízo como requisito de procedibilidade dos embargos à execução, e, com isto, surgiu o dissenso doutrinário acerca da subsistência do instituto da exceção de pré-executividade, uma vez que um dos “pilares” que justificavam, no regime anterior, a sua existência, tratava-se justamente daquela condição, pela qual o executado devia submeter-se à constrição judicial em seu patrimônio para, só então, impugnar o título executivo, a obrigação nele representada ou aspectos formais do processo de execução, voltando-se este artigo para defender a manutenção da exceção de pré-executividade como mecanismo de defesa do executado no processo de execução por título executivo extrajudicial.

## **2. PERSPECTIVA HISTÓRICA**

A doutrina credita, predominantemente, a Pontes de Miranda a introdução do instituto da exceção de pré-executividade no direito brasileiro. Leciona-se que o referido doutrinador, em parecer de sua lavra, defendeu, no caso da Mannesmann, a possibilidade de serem alegadas incidentalmente, no âmbito do processo de execução e através de simples petição, matérias de ordem pública, passíveis de serem conhecidas de ofício pelo juiz.

No referido caso, diversas execuções foram ajuizadas com base em títulos executivos falsos e, à época, no ano de 1966, a legislação determinava que a defesa do executado deveria se dar por intermédio dos embargos à execução, os quais, por sua vez, necessitavam da prévia garantia do juízo como pressuposto para sua oposição.

Ante tal cenário, não se mostrava razoável que o executado sofresse, previamente, constrição patrimonial para levar ao conhecimento do juízo matérias que por este deveriam ser conhecidas independente de provocação das partes.



Por outro lado, leciona Barroso (2007) que as origens do instituto remontam o Decreto Imperial n. 9.885, de 1888, o qual permitia que o executado se opusesse à execução sem a necessidade de segurar previamente o juízo.

Na mesma linha, o Decreto n. 848/1890, que dispôs sobre a organização da Justiça Federal, previu a possibilidade de o executado se defender antes de realizada a penhora, caso exibisse documento autêntico de pagamento da dívida ou anulação da mesma.

Registre-se, por fim, que o Decreto n.225/1932, do Estado do Rio Grande do Sul, também previu a possibilidade de o devedor, antes da penhora, opor o instituto que denominou exceção de impropriedade do meio executivo.

São estas as origens apontadas pela doutrina pesquisada acerca da criação do instituto da exceção de pré-executividade no Direito pátrio.

### **3. DA DESIGNAÇÃO DO TERMO “EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE”**

Conforme exposto, ante a necessidade da prévia segurança do juízo para a oposição dos embargos à execução, passou-se a admitir na doutrina e jurisprudência pátrias que matérias de ordem pública, passíveis de conhecimento *ex officio* e, posteriormente, qualquer matéria defensiva cuja comprovação pudesse se dar por prova pré-constituída fossem passíveis de cognição por intermédio de simples petição nos próprios autos do processo de execução. Tal modalidade de defesa ficou amplamente conhecida pela denominação de *exceção de pré-executividade*.

Inobstante, há na doutrina grande dissenso quanto à denominação mais adequada ao instituto, havendo quem a denomine, também, de *exceção de não-executividade*, *objeção de pré-executividade* ou *objeção de não-executividade*.

Consoante lição de Didier (2008), a expressão *exceção* possui três acepções distintas em Direito: a) em sentido pré-processual, significa o direito constitucional abstrato à defesa; b) em sentido processual, possui acepção ampla – direito de defesa concretamente exercido, ou seja, o meio pelo qual o litigante se defende em determinado processo judicial – e restrita – qualquer alegação de defesa que não possa ser conhecida de ofício pelo juiz; c) em sentido material,

significa a situação jurídica, em favor do demandado, reconhecida pela lei material como apta a afastar ou retardar a eficácia pretensão contra ele formulada pelo demandante (ex: prescrição).

Por outro lado, a expressão *objeção* possui duas acepções: a) em sentido material é o instituto pelo qual o réu alega fato que nega a existência da pretensão do autor (ex: pagamento); em sentido processual é o instituto pelo qual o réu alega matérias passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado (ex: condições da ação).

Expostas as acepções dos termos exceção e objeção, passa-se à análise da nomenclatura do instituto de defesa ora analisado.

Porquanto as matérias passíveis de serem veiculadas por intermédio da exceção da pré-executividade tratam-se de matérias passíveis de cognição *ex officio* pelo juízo, melhor seria denominar o instituto de objeção – em contraposição ao instituto da *exceção em sentido estrito*, denominação das matérias defensivas que dependem de alegação da parte-, pois tal denominação é dada às matérias de defesa que possuem tal característica: não dependem de alegação da parte para serem conhecidas pelo magistrado.

Nesse sentido, leciona Dinamarco (2009, p. 852):

Chama-se de *objeção de pré-executividade* a defesa apresentada pelo executado no processo de execução, sem o formalismo dos embargos ou da impugnação, na maioria dos casos referente a matéria que poderia ter sido objeto de pronunciamento pelo juiz, de-ofício. É uma *objeção*, não uma *exceção em sentido estrito*, justamente porque esta depende sempre de alegação pela parte, e a objeção não: chamam-se *objeções* as defesas que o juiz pode e deve conhecer de-ofício, embora as partes tenham a faculdade de formulá-las.

Todavia, considerando-se a evolução doutrinária e jurisprudencial no sentido de admitir, no âmbito da exceção de pré-executividade, a cognição de exceções em sentido estrito – matérias de defesa não que podem ser conhecidas de ofício, devendo ser alegadas pelo réu –, desde que comprovadas por prova

pré-constituídas, a opção terminológica pelo termo *objeção* não compreenderia todas as matérias veiculáveis através do instituto ora analisado.

Dessa forma, considerando que o termo *exceção*, em seu sentido amplo, pode ser compreendido como *defesa*, não se vislumbra problema algum em denominar a defesa atípica do executado no âmbito do processo de execução de *exceção*, desde que assimilado como defesa, genericamente.

Didier (2013, p. 404) perfilha de tal posicionamento, ao lecionar: “Partindo da premissa que o termo ‘exceção’ é, também, sinônimo de *defesa*, qualquer uma, convém mantê-lo. A opção por *objeção* reduziria indevidamente a abrangência do instituto”.

Superado tal ponto, analisar-se-á o termo *pré-executividade*.

Insurge-se parte da doutrina contra o termo *pré-executividade* em virtude da utilização do prefixo *pré*, por denotar anterioridade ou precedência à executividade do processo ou do título. Ou seja, por intermédio da exceção de *pré-executividade*, sob essa denominação, estaria o executado defendendo-se de um processo ou de um título *pré-executivo*, locução que não convive harmoniosamente com a noção de título ou de processo executivos. Assim, considerando-se que o instituto da exceção de *pré-executividade* visa atacar a executividade do título ou do processo de execução, defende tal doutrina que a melhor terminologia seria *não executividade*.

Na mesma linha, Bueno (2012) leciona que em virtude de a execução já ter sido ajuizada, o que efetivamente se pretende questionar seriam os efeitos da executividade.

Portanto, considerando-se que o termo *exceção*, no seu sentido amplo, é entendido como qualquer *defesa* do réu, e, bem ainda, as críticas apontadas à locução *pré-executividade*, perfilha-se da doutrina que defende que a melhor denominação do instituto seria *exceção de não-executividade*, por se tratar de uma peça defensiva cujo escopo é questionar a executividade tanto do processo quanto do título executivo que o instrui.

Inobstante, porquanto a denominação *exceção de pré-executividade* já tenha se consagrado no âmbito da doutrina e da jurisprudência pátrias, tal será a denominação utilizada no presente artigo.

#### 4. OBJETO

O processo de execução visa a satisfação da obrigação exequenda. Nesse panorama, as regras referentes ao processo de execução por título extrajudicial foram concebidas de modo a não permitir que o executado se defendesse nos próprios autos da execução, devendo ajuizar a ação de embargos à execução para exercer seu direito de defesa.

Dessa forma, inicialmente em virtude de os embargos à execução no regime originário do Código de Processo Civil de 1973 possuírem a segurança do juízo como seu pressuposto de procedibilidade, passou-se a admitir que o executado alegasse, nos próprios autos da execução, matérias de ordem pública, passíveis de conhecimento de ofício pelo juiz.

Com efeito, matérias de ordem pública – tais quais as concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais – são passíveis de conhecimento pelo magistrado sem a necessidade de provocação da parte que as aproveite. Por tal razão, sendo dever do Estado-juiz conhecer de tais matérias, mostrava-se um contrassenso que o executado devesse submeter seu patrimônio à constrição judicial para, só então, poder veicular, através dos embargos, matéria defensiva que já deveria ter sido observada independentemente de provocação.

Nesse sentido, leciona Câmara (2010, p. 415):

Era fácil entender as razões que levavam à admissibilidade deste meio defensivo diverso dos embargos e da impugnação antes da Lei nº 11.382/2006. É que estes exigiam, nos casos de execução por quantia certa e para a entrega de coisa, a prévia segurança do juízo, como requisito essencial para que pudesse ser proferido o provimento postulado pelo executado que se defende. Ocorre que tal garantia do juízo se dava através da realização de um ato executivo (bastando, para demonstrar a veracidade desta assertiva, recordar aqui a

penhora). Os atos executivos, todavia, só podem ser praticados quando estão presentes os requisitos de admissibilidade da execução forçada. Soava, no mínimo, como um contrassenso exigir que o demandado se submeta a um ato executivo para poder afirmar que aquele ato não poderia ser praticado.

Assim, mostra-se inegável que matérias cuja cognição deva se dar de ofício pelo magistrado, são passíveis de serem alegadas pelo executado no próprio processo de execução, sem a necessidade dos rigorismos advindos do manejo da ação de embargos à execução.

Adotando tal entendimento, o novo Código de Processo Civil, previu expressamente, no parágrafo único do art. 803<sup>[3]</sup>, que o juiz pode pronunciar a nulidade da execução, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução, quando o título executivo extrajudicial não corresponder a uma obrigação certa, líquida e exigível, o executado não tiver sido citado, ou, ainda, quando a execução for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo, todas estas matérias de ordem pública, por se referirem à admissibilidade ou validade do processo executivo.

Por outro lado, com a evolução doutrinária acerca do instituto, passou a jurisprudência a admitir que matérias que não fossem de ordem pública, ou seja, que interessassem exclusivamente ao executado e que por isso só poderiam ser conhecidas caso este as alegasse em juízo, pudessem ser veiculadas através da exceção de pré-executividade, desde que comprovadas por prova pré-constituída e desde que não sujeitas a dilação probatória, incabível no âmbito do processo de execução.

Confira-se, a propósito, a elucidativa ementa proferida pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A discussão sobre provável inclusão do nome do sócio-gerente porque consta da CDA, não é possível na via

especial, tendo em vista que a matéria não foi objeto de análise na origem, portanto, óbice instituído pela Súmula 7/STJ. É impossível alterar as premissas fáticas consignadas no aresto atacado, sob pena de revolverem-se fatos e provas dos autos. 2. **Adotou-se, nesta Corte, como critério definidor das matérias que podem ser alegadas em objeção de pré-executividade o fato de ser desnecessária a dilação probatória, afastando-se, pois, o critério findado, exclusivamente, na possibilidade de conhecimento de ofício pelo Juiz. Passou-se a admitir essa forma excepcional de defesa para acolher exceções materiais, extintivas ou modificativas do direito do exeqüente, desde que comprovadas de plano e desnecessária a produção de outras provas além daquelas constantes dos autos ou trazidas com a própria exceção.** 3. Agravo regimental não provido. STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1.051.891/SP, Relator: Ministro Castro Meira, Data de Julgamento: 23/09/2008, DJe 23.10.2008 (grifo nosso)

Observa-se, desse modo, que o STJ admite as exceções de pré-executividade nas quais se veiculem exceções em sentido estrito, desde que tais matérias possam ser provadas por provas pré-constituídas e que não haja a necessidade de dilação probatória. Prestigia-se, dessa forma, os princípios da economia processual e do contraditório, pois, sem a necessidade da oposição de embargos à execução, com todos os rigorismos formais a eles inerentes, pode o executado, por simples petição, levar a conhecimento do juízo matérias que lhe são vedadas conhecer de ofício e que maculam o prosseguimento do processo executivo.

À guisa de complementação, a súmula 393 do STJ<sup>[4]</sup> reconhece, expressamente, no âmbito da execução fiscal, a admissibilidade da exceção de pré-executividade relativamente às matérias conhecíveis de ofício e que não exijam dilação probatória.

No mesmo sentido, confira-se a lição de Didier (2013, p. 403):

A doutrina e a jurisprudência passaram, com o tempo, a aceita-la, quando, mesmo a matéria não sendo de ordem pública nem devendo o juiz dela conhecer de ofício, houvesse prova pré-constituída da alegação feita pelo executado. Na verdade, o que passou a servir de critério para a admissibilidade da exceção de pré-executividade foi a verificação da necessidade ou não de prova pré-constituída.

Portanto, as matérias veiculáveis através do incidente da exceção de pré-executividade são: a) quaisquer matérias de ordem pública, cuja cognição se dá de ofício (objeções), e; b) quaisquer exceções em sentido estrito, desde que comprovadas por prova pré-constituída e desde que não se necessite realizar dilação probatória.

#### **5. A SUBSISTÊNCIA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM FACE DO NOVO CPC**

A Lei nº 11.382/2006, quando vigia o Código de Processo Civil de 1973, objetivou, ao dispensar o requisito da prévia segurança do juízo para a oposição dos embargos à execução, extinguir do ordenamento pátrio a exceção de pré-executividade, sob o fundamento de que tal incidente causaria diversos embaraços e demoras no curso do prosseguimento da execução, alterações estas que foram mantidas pelo novo Código de Processo Civil.

Frise-se, ainda, que tal alteração (dispensa de segurança do juízo para oposição dos embargos à execução) teve por escopo aumentar a proteção ao executado que, no regime anterior, para exercer seu direito de defesa, deveria sofrer constrição patrimonial prévia e, bem ainda, extinguir do sistema jurídico o instituto da exceção de pré-executividade, conforme consta expressamente na exposição de motivos da Lei nº 11.382/2006, nos seguintes termos:

Nas execuções por título extrajudicial a defesa do executado – que não mais dependerá de ‘segurança do juízo’ -, far-se-á através de embargos, de regra sem efeito suspensivo (a serem opostos no prazo de quinze dias subsequentes à citação), seguindo-se instrução probatória

e sentença; com tal sistema, desaparecerá qualquer motivo para a interposição da assim chamada (mui impropriamente) 'exceção de pré-executividade', de criação pretoriana e que tantos embaraços e demoras atualmente causa ao andamento das execuções.

Com efeito, percebe-se que, deliberadamente, pretendeu o legislador, ao introduzir no ordenamento jurídico a regra da dispensa de segurança do juízo como condição de procedibilidade dos embargos à execução, extinguir, nas execuções por título extrajudicial, a possibilidade da interposição da exceção de pré-executividade, alteração mantida pelo novo CPC, conforme se extrai do art. 914<sup>[5]</sup>, que dispõe ser desnecessária penhora, depósito ou caução para o manejo dos embargos à execução.

Ocorre que o novo Código de Processo Civil, conforme exposto na seção antecedente, passou a admitir expressamente, por intermédio do parágrafo único do art. 803, que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, declare a nulidade do processo de execução nas hipóteses nele elencadas, ou seja, hodiernamente, pode o executado levar a conhecimento do juiz tais vícios mesmo sem o manejo dos embargos, através de simples petição, cuja denominação é exceção de pré-executividade. Nesse sentido, Donizetti (2016, p.1284) leciona:

Ora, se o juiz pode conhecer de tais vícios de ofício, com muito mais razão pode deles conhecer se a parte, por simples petição nos autos, sem as formalidades dos embargos à execução, apresenta-las em juízo. A esse meio simplificado de levar ao conhecimento do juiz materiais cognoscíveis de ofício dá-se o nome de exceção ou objeção de pré-executividade.

Não obstante, cumpre esclarecer que a despeito de tal previsão legal, Daniel Amorim Assumpção Neves (2017) entende que o instituto ainda se trata de meio atípico de defesa do executado, uma vez que o novo CPC não o previu expressamente, embora aquele dispositivo legal possa justificar o manejo da mesma.



Não se olvida que a maior causa para a gênese da exceção de pré-executividade tenha sido a necessidade da prévia garantia do juízo para a oposição dos embargos. Entretanto, embora os embargos à execução não mais dependam da segurança do juízo, ainda assim se tratam de um processo de conhecimento, com todos os rigorismos formais a ele inerentes, razão pela qual a simplicidade do procedimento da exceção de pré-executividade (o qual consiste, basicamente, na intimação do exequente para manifestar-se sobre exceção, em obediência ao contraditório, e posterior decisão do juízo), bem como as matérias nela veiculáveis (matérias de ordem pública e matérias de ordem privada, provadas por prova pré-constituída) são justificativas mais que o suficiente para a manutenção do instituto na prática forense brasileira.

Com efeito, por tal meio de defesa, pode o executado submeter à apreciação judicial, vícios ou circunstâncias facilmente comprováveis que maculam o prosseguimento à execução, em procedimento mais simples que os embargos. Prestigia-se, dessa forma, o princípio da economia processual, tanto no aspecto da menor prática de atos processuais, dado que após a oitiva do executado o juiz já profere decisão, quanto no aspecto de menor sacrifício econômico aos demandantes, que não terão que arcar com as despesas dos embargos - nítido processo de conhecimento.

A corroborar com o exposto, leciona Theodoro (2009, p. 446):

Certo é que atualmente o executado está liberado do ônus da penhora para legitimar-se à propositura da ação de embargos. **Não se pode, todavia, esquecer que o manejo dos embargos está sujeito à preclusão temporal e a respectiva propositura correspondente a uma nova ação, com ônus, encargos e riscos que se poder evitar, tornando mais singela a via processual para objetar-se à execução ilegal ou incabível. Basta lembrar que nos embargos, além da tramitação pesada e inevitável de uma ação de conhecimento, haverão as partes de suportar os encargos de eventual sucumbência, inclusive com a imposição de novos honorários advocatícios acumuláveis com os da ação de execução (...)** (grifo nosso).

Embora tal citação se refira ao posicionamento do autor em referência ao Código de Processo Civil de 1973, após as mudanças da Lei nº 11.382/2006, tal raciocínio deve ser mantido, uma vez que, pelo novo CPC, os embargos à execução continuam dispensando a segurança do juízo e sendo o meio próprio para o executado insurgir-se contra a execução.

Garante-se, ainda, ao executado, contra o qual há a presunção legal de legitimidade do título executivo, a efetivação do contraditório, uma vez que pode levar ao conhecimento do juiz as questões de menor complexidade probatória que maculam a execução, e da ampla defesa, visto que seu direito de defesa não estará restrito aos embargos, que, caso não opostos tempestivamente, se mostrarão preclusos (preclusão temporal).

Nesse sentido, Neves (2017, p. 1380) leciona que:

“Ainda que a interposição das defesas executivas típicas não esteja condicionada à garantia do juízo, é absolutamente equivocado imaginar que não caiba mais exceção de pré-executividade porque, tendo como objeto matérias conhecíveis de ofício, **não há exigência formal para sua alegação, bem como não se opera preclusão relativamente a elas.** O executado continuará a poder ingressar com uma mera petição, antes, durante ou **depois** da defesa típica, alegando matéria conhecível de ofício e ainda não enfrentada por meio da exceção por meio da exceção de pré-executividade” (grifos nosso).

Neste ponto, vale destacar que o título executivo extrajudicial, em consonância com o princípio do *nulla executio sine titulo*, é documento formado por ato de vontade das partes, ao qual a lei atribui força executiva. Assim, diferentemente do que ocorre no cumprimento de sentença, na execução por título extrajudicial o documento que a embasa não foi previamente apreciado pelo Poder Judiciário, de forma que sua presunção de legitimidade pode ser elidida. Assim, caso o executado perca o prazo de quinze dias para embargar (art. 915, CPC[6]), não parece razoável que a presunção relativa de legitimidade conferida ao título executivo se converta em absoluta, abstraindo-se do devedor a

possibilidade de levar a conhecimento do Estado-juiz eventuais questões de fácil comprovação aptas a desconstituí-lo ou extinguir o processo de execução.

Com efeito, na medida em que as matérias de ordem pública, tais quais os pressupostos processuais e as condições da ações, não se sujeitam à prescrição, não há razão pela qual não possa o executado, após o prazo dos embargos, suscitar-las por intermédio da exceção de pré-executividade, uma vez que são alegáveis a qualquer tempo e conhecíveis de ofício.

E mais, sustenta-se, ainda, neste artigo, com fundamento na jurisprudência do STJ exposta no tópico precedente, que, qualquer que seja a matéria veiculada na exceção de pré-executividade, desde que comprovada por prova pré-constituída, não há que se falar em preclusão temporal para o manejo de tal defesa do executado. De tal sorte, exceções materiais (fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor) podem ser veiculadas mesmo que escoado o prazo para embargar.

Defende-se, portanto, que o transcurso *in albis* do prazo para embargos não sujeita à preclusão temporal a apreciação de exceções substantivas, desde que comprovadas por prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Com efeito, não se mostra razoável que uma circunstância fática que, não alegada no prazo de embargos, mas facilmente comprovada e que possa ensejar a extinção da execução, seja impedida de ser levada à cognição do juízo por aquela circunstância.

Seria o caso, por exemplo, do devedor que possui o comprovante de pagamento do débito, matéria de ordem privada e que retiraria do título executivo a exigibilidade, mas que, por não o alegar através dos embargos, não mais o poderia, dada a preclusão temporal. Repise-se: a mera não apresentação dos embargos não pode transmutar a presunção relativa conferida ao título executivo em absoluta

Ainda, em virtude do princípio da economia processual, defende-se que tais matérias possam ser veiculadas pela exceção de pré-executividade inclusive dentro do prazo dos embargos, pois, sendo de fácil comprovação, não há razões para que o juízo apenas as conheça em processo autônomo, com todos os encargos dele decorrentes.

A corroborar com o exposto, vale registrar que Donizetti (2016, p. 1284) leciona que “além das matérias cognoscíveis de ofício, a instrumentalidade das formas aponta no sentido de que, não havendo necessidade de dilação probatória, admissível é a exceção de pré-executividade”.

Outro ponto merece destaque para legitimar a subsistência da exceção de pré-executividade: a possibilidade da concessão de efeito suspensivo.

Defende-se neste artigo que a exceção de pré-executividade, em casos em que haja relevante fundamento e perigo de dano irreparável e de difícil reparação, demonstrados de plano pelo executado, pode ensejar a suspensão da execução, com fundamento no poder geral de cautela conferido pelo artigo 300 do CPC[7] ao juiz, e aplicável ao processo de execução por força do art. 771, parágrafo único[8].

Pela via dos embargos, o efeito suspensivo só pode ser concedido caso haja a garantia do juízo (art. 919, §1º[9]), e os demais requisitos legais das tutelas de urgência. Sob esse viés, não se afigura razoável que o executado sofra o risco de ter seu patrimônio constricto quando pode, de plano, demonstrar a inviabilidade do processo de execução.

Esse é o entendimento, inclusive, de Neves (2017, p. 1380), que leciona:

Não se pode, entretanto, descartar a utilização dessa defesa atípica na tentativa de o executado evitar a realização da penhora, tentando convencer o juiz de que a execução não reúne as condições formais mínimas para prosseguir seu andamento. **Nesse caso, inclusive, o executado fatalmente pedirá a concessão do efeito suspensivo à sua objeção, procurando demonstrar a relevância de sua fundamentação e o fundado perigo de dano que representaria a realização da constrição judicial.** (grifo nosso)

Com efeito, em casos tais, mostra-se a utilidade da exceção de pré-executividade para a obtenção do efeito suspensivo, sem a necessidade de garantia do juízo. Deixe-se registrado que não se pretende, neste artigo, aceitar amplamente a utilização da exceção de pré-executividade como mecanismo apto

à obtenção do efeito suspensivo em detrimento dos embargos, meio típico para tanto. Pelo contrário: a obtenção do efeito suspensivo pela exceção deve ser extremamente excepcional, em casos flagrantes de impossibilidade de prosseguimento da execução, comprovados documentalmente, de plano, pelo executado, quando da apresentação da exceção.

A segurança do juízo, nos embargos, visa garantir a satisfação do débito exequendo, pois o curso da execução será interrompido até a decisão nos embargos. Dessa forma, em casos que a relevância da fundamentação e o perigo de dano estejam configurados, mas que demandem dilação probatória, apenas pela via dos embargos será possível a obtenção do efeito suspensivo. Repise-se: na exceção de pré-executividade a obtenção do efeito suspensivo deve se dar apenas em casos flagrantes de inviabilidade do feito executivo, comprovados de plano.

## 6. CONCLUSÃO

Por todo exposto, conclui-se que o advento do novo Código de Processo Civil não retirou do mundo jurídico o instituto da exceção de pré-executividade, como defesa do executado na execução por título extrajudicial, pois ainda que embargos à execução prescindam da segurança do juízo, estes ainda constituem ação autônoma, de procedimento mais complexo, demorado e dispendioso que a exceção de pré-executividade, mero incidente.

Assim, se comprovada de plano a inviabilidade do prosseguimento da execução, ou ainda os requisitos para obtenção de efeito suspensivo, seja por matérias de ordem pública ou por exceções materiais, não parece razoável que o devedor tenha que arguir a matéria de defesa por mecanismo mais complexo, quando o pode fazer pela exceção de pré-executividade, simples petição.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2007. v. II.

BRASIL. Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11382.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11382.htm)>. Acessado em 01.06.2017.

BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acessado em 01.06.2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Ag 1.051.891/SP. 2ª Turma, Relator: Ministro Castro Meira, Data de Julgamento: 23/09/2008, DJe 23.10.2008. Disponível em . Acessado em 02.06.2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. III.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. II.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2008. v. I

DIDIER JÚNIOR, Fredie. et. al. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2013. v. V

DIDIER JÚNIOR, Fredie. et. al. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2017. v. V

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. IV.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume Único**. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 26. ed. São Paulo: Leud, 2009.

NOTAS:

1 Art. 797. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

[2] Art. 786. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo

[3] Art. 803. É nula a execução se:

I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível;

II - o executado não for regularmente citado;

III - for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo.

Parágrafo único. A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução

[4] Súmula 393- STJ. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

[5] Art. 914. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos.

[6] Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contado, conforme o caso, na forma do [art. 231](#).

[7] 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.

[8] Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva.

Parágrafo único. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições do Livro I da Parte Especial

[9] Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.



## **APLICAÇÃO DO ARTIGO 2º-B DA LEI N.º 9.494/97 E ARTIGOS 14, § 3º, C/C 7º, § 2º, DA LEI 12.016/09 NAS TUTELAS DE URGÊNCIA E EXECUÇÕES PROVISÓRIAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA**

**ALOYZIO ALVES DA COSTA NETO:** Graduado em direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte - UNI/BH -, pós-graduado em Direito Previdenciário e em Direito Ambiental pela Universidade Estácio de Sá, Membro da Advocacia-Geral da União.

**RESUMO:** A discussão existente quanto à aplicabilidade do art. 2º- B, da Lei 9.494/97 e artigos 14, § 3º, c/c 7º, § 2º, da Lei 12.016/09, dentro das hipóteses ali previstas, é tema que gera grande polêmica, inclusive, sendo discutido em Ação Declaratória de Constitucionalidade, contudo, pacificado junto a suprema corte no sentido de que há impossibilidade de deferimento da tutela de urgência, ou mesmo, de execução provisória de sentença, contra Fazenda por haver possibilidade de dano irreversível ao erário, em determinados casos.

**Palavras Chaves:** **Direito Administrativo.** Art. 2º-B da Lei 9.494/97. Arts. 14, § 3º, c/c 7º, § 2º, da Lei 12.016/09. Execução provisória e tutela de urgência contra Fazenda Pública.

---

### **1 – INTRODUÇÃO**

Este estudo tem o intuito de aprofundar o tema trazido pelo art. 2º - B da Lei nº 9.494/97 que, outrora, já foi objeto de Ação Declaratória de Constitucionalidade e, posteriormente, fora declarado constitucional pela Suprema Corte.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, declarou a constitucionalidade do art. 2º-B da Lei 9.494/97, com efeito vinculante para todos os demais órgãos do Poder Judiciário, nos termos do art. 102, §2º, da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, declarada a constitucionalidade da respectiva norma legal, há que ser observada a impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, nos termos do dispositivo supracitado:

*Art. 2o-B A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (Lei 9.494/2007)*

Ainda neste mesmo raciocínio, a possibilidade de aplicação do mencionado dispositivo legal visando obstar o deferimento da tutela de urgência, prevista no art. 300 do Novo Código de Processo Civil, contra a Fazenda Pública, para as mesmas hipóteses, também se mostra razoável.

Isso porque, o deferimento da respectiva medida antecipatória frente a uma lide sem decisão definitiva, tornar-se-ia temerário por existir a possibilidade de reforma da decisão a qualquer tempo o que, por sua vez, também afetaria diretamente o resultado final do processo e causaria grave dano aos cofres públicos.

A decisão ou execução antecipada, uma vez satisfeita, com pagamento de valores, ainda que temporariamente, jamais seria recuperada pelo Estado por espontânea vontade da parte adversa, principalmente por tratar-se de verba alimentar, razão pela qual sua repetição somente seria realizada mediante ação judicial própria ajuizada pelo Poder Público.

E, neste ponto, vale um breve comentário acerca das demandas judiciais ajuizadas pelo Poder Público.

Segundo informado pelo CNJ em seu último relatório “Justiça em Números”, publicado pelo STF desde 2003, tramitam na Justiça Brasileira o total de 95,1 milhões de processos, sendo que a expectativa é alcançarmos 115,5 milhões de processos até 2020. Destes números, infere-se que o Poder Público é o maior litigante na esfera judicial brasileira.

Isso, por sua vez, corrobora o entendimento de que a não aplicabilidade dos comandos previstos nas normas objeto deste estudo onerariam

ainda mais o Estado, tendo em vista a necessidade de se movimentar toda a máquina pública para reaver valores despendidos sumariamente.

E, para piorar, seria também o judiciário ainda mais sobrecarregado com demandas oriundas da própria Fazenda Pública que poderiam ter sido evitadas se acertadamente utilizado as previsões contidas no artigo 2º- B da lei n.º 9.494/97 e artigos 14, § 3º, c/c 7º, § 2º, da lei 12.016/09 .

Portanto, o tema central visa justificar a impossibilidade do deferimento da tutela de urgência, bem como a viabilidade de execução provisória, nas hipóteses previstas no art. 2º-B da lei 9.494/97 em face da Fazenda Pública por conta de sua potencial lesão à ordem e à economia pública, corroborada pela aplicação dos artigos 14, § 3º, c/c 7º, § 2º, da Lei 12.016/09.

## **2 – DESENVOLVIMENTO**

O texto atual do art. 2º - B da Lei 9.494/97 foi incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001 com o intuito de excetuar questões quanto em relação a impossibilidade de execução provisória contra à Fazenda Pública, tais quais aquelas que afetem a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação e concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos.

Nesse mesmo diapasão, embora não expressamente exposto na norma legal, os mesmos preceitos poderão também ser utilizados para impossibilitar o deferimento da tutela de urgência com o intuito de antecipar o resultado final do processo nas mencionadas hipóteses.

Ou seja, assim como não é permitido – nos termos da referida norma processual – promover a execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública, deste mesmo modo também não se pode deferir tutela de urgência, tendo em vista as características dos efeitos satisfativos à ela atribuídos. Sem contar, por óbvio, da possibilidade de dano ao erário em face do seu grau de irreversibilidade.

Pois bem. A Medida Provisória editada alterou a legislação especial em vigor definindo que, em caso de ocorrência de quaisquer daquelas situações

descritas, não poderia a Fazenda Pública sofrer ato executivos antes de transitada em julgado da decisão exequenda. O dispositivo legal editado e incluído na Lei Especial apresenta-se, desta forma, como norma especial em relação ao Novo Código de Processo Civil, portanto, devendo ser aplicado como regra.

Desse modo, para que verbas remuneratórias de servidores sejam pagas ou mesmo incluídas em folha de pagamento, bem como reclassificadas, equiparadas, aumentadas e/ou extensivas à vantagens, imperioso se faz o trânsito em julgado da sentença para que se inicie a execução, não cabendo qualquer tipo de execução provisória com fins de se buscar antecipadamente o resultado final da condenação.

Tampouco há que se falar em antecipação de tutela pelas vias da tutela de urgência, prevista no art. 300 e seguintes do Novo Código de Processo Civil eis que, novamente, caso não seja esse o resultado final do processo, seria o Estado demasiadamente onerado pela satisfação precária do direito, o que de fato não poderia ocorrer.

Portanto, dúvidas não restam que tal dispositivo foi acertadamente editado considerando que, assim como uma decisão antecipatória de tutela, sentença não transitada em julgado é comando judicial provisório, fato este que, por si só, afasta a possibilidade da Fazenda ser obrigada a satisfazer condenação que poderá vir a ser reformada.

Ademais, há um risco muito alto da Fazenda Pública não recuperar os valores pagos pela antecipação do resultado, vez tratar-se de verba alimentar, razão pela qual a antecipação da tutela ou mesmo a execução provisória não deverão ser medidas a se impor ao Estado, nos casos aqui abordados.

Outro ponto importante a mencionar é que, ainda que a leitura do artigo 2º-B da Lei 9494/97 seja taxativa, não se pode olvidar que em relação aos servidores públicos, a letra da lei se refere apenas à reclassificação, equiparação, concessão de aumento e extensão de vantagens. Porém, em casos de promoções/progressões, por exemplo, como corriqueiramente vimos acontecer, apesar de não inserida nas hipóteses previstas no mencionado dispositivo, tal situação acarreta concessão de aumento, e, por outro viés, também causa potencial lesão à ordem financeira e economia pública. Portanto, passível a

aplicação do mencionado dispositivo para afastar a possibilidade de antecipação da tutela pretendida ou execução provisória da sentença.

Assim, embora a doutrina ainda não tenha unificado sua posição sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela constitucionalidade do art. 2º - B da Lei nº 9.494/97, aplicou taxativamente a norma. Porém, não restritivamente, eis que a intenção é a desoneração dos cofres públicos frente a uma decisão precária ou uma sentença não definitiva. Portanto, é de suma importância analisar profundamente a situação para que se extraia dela o seu real sentido e, assim, seja a lei aplicada corretamente.

Corroboram a inteligência do art. 2º -B da Lei 9.494/97 os artigos 14, § 3º, c/c 7º, § 2º, da Lei 12.016/09, que expressamente proíbe a execução provisória de sentença nos casos em que é vedada a concessão de liminar em sede de mandado de segurança, ou seja, ações que tenham por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, **a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.**

*Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.*

*§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.*

*§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.*

*§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.*

*Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:*

*(...)*

*§ 1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o*

*disposto na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.*

**§ 2o Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.** (grifo nosso)

Desta forma, não há se falar em medidas liminares, tutelas de urgência ou mesmo execuções provisórias de sentenças sem trânsito em julgado em face do poder público, nas hipóteses elencadas pelas normas legais aqui dispostas.

E, caso haja a transgressão dos preceitos legais e seja executada provisoriamente uma sentença a qual não se era permitida executar, ou mesmo, seja deferida tutela antecipatória a qual não era legalmente permitida, certo é que a relação processual executiva ou a pretensão antecipatória virão viciadas e, ausentes os pressupostos de existência e validade processual, matéria de ordem pública, pode, e deve, a irregularidade/ilegalidade ser conhecida de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição.

### **3 - CONCLUSÃO**

O presente estudo demonstrou as hipóteses em que não são permitidas a antecipação da tutela e/ou execução provisória de sentença, em face da fazenda pública, em virtude do risco de potencial e grave lesão à ordem financeira e economia do Estado, tendo em vista as disposições legais contidas do art. 2º-B, da Lei 9.494/97, corroboradas pelo art. 14, § 3º, c/c 7º, § 2º, da Lei 12.016/09.

O estudo ganha maiores dimensões ao analisarmos a doutrina e a jurisprudência em suas divergências e interpretações diversas, inclusive, até contrárias ao que dispôs o legislador.

Neste sentido, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça entendeu pela inaplicabilidade do art. 2º-B, da Lei 9.494/97 ao tratar de pretensão para nomeação e posse em cargo público tendo em vista aprovação em concurso público, senão vejamos:

*“(...)Por sua vez, embora não seja possível concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos casos de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, nos moldes da vedação contida no art. 1.º da Lei n.º 9.494/97 **(Comentário apócrifo: na verdade, o dispositivo que veda a concessão de tutela antecipada na hipótese é o 2-B da lei mencionada)**, tal entendimento não se aplica no caso concreto, em que a parte agravada busca a sua nomeação e posse em cargo público para o qual foi aprovada em concurso público.” - Agravo de Instrumento nº 1.161.985 – ES (grifo nosso)(...) – Publicação DJe 07/05/2010 – Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA.*

Assim, o recente entendimento desta Corte Superior inova e decide que a pretensão de nomeação e posse em cargo público não gera “aumento ou extensão de vantagens a servidor público”, conforme disposto no art. 2º - B da Lei 9.494/97 e, por isso, deferiu a tutela antecipada para que fosse a parte, aprovada em concurso público, empossada e nomeada no cargo público, ainda que em sede de cognição sumária.

Tal decisão confronta com a disposição legal e demonstra que a matéria ainda é controvertida nos tribunais superiores e no meio doutrinário, motivo pelo qual ainda transita na busca do aprofundamento e sedimentação do assunto.

#### **4 – REFERÊNCIAS**

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Atlas 2000.

Didier Jr., Fredie. **Novo Código de Processo Civil Comparado**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

Carvalho, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm). Acesso em: 17 de maio 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 de maio de 2017.

BRASIL. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79579-justica-em-numeros-permite-gestao-estrategica-da-justica-ha-10-anos>. Acesso em 22 de maio de 2017.



## **A (I)LICITUDE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS PROBATÓRIOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**PABLO FREIRE ROMÃO:** Professor convidado dos cursos de pós-graduação da Escola da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) e da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Civil. Procurador do Estado do Maranhão (posse dia 03/07/17).

**RESUMO:** O presente estudo objetiva analisar a teoria do negócio jurídico processual à luz do novo Código de Processo Civil, com o finalidade de desenvolver e sistematizar limites, contornos e parâmetros racionais aos possíveis objetos de convenção, especialmente sob o ponto de vista da intrincada relação entre autonomia da vontade das partes e busca da verdade no processo. Expõe-se a ideologia do novo CPC, demonstrando sua opção pela colaboração processual, em detrimento dos modelos publicista e privatista. A metodologia utilizada baseia-se em estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa tipo bibliográfico; pura quanto à utilização dos resultados, com abordagem qualitativa. Em caráter conclusivo, coteja-se referidos posicionamentos para, ao final, tomar posição acerca do tema, estabelecendo critérios dogmáticos precisos com o objetivo de sistematizar a licitude dos negócios processuais sobre os meios de prova.

**Palavras-chave:** Direito processual civil. Negócios jurídicos processuais. Autonomia da vontade. Novo Código de Processo Civil. Poderes instrutórios do juiz. Busca da verdade.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. – 2. Negócio jurídico processual no novo CPC: mudança de paradigma cultural? – 3. Cláusula geral de negociação processual: artigo 190, do Código de Processo Civil de 2015. – 4. Limites dogmáticos e objetivos à autonomia da vontade no processo civil. – 5. O poder judiciário frente aos negócios processuais probatórios. – 6. Conclusão: a (i)licitude dos negócios processuais probatórios. – 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil opta pelo modelo cooperativo de organização processual (artigo 6º, do CPC/2015), desenvolvido, no Brasil, a partir dos trabalhos de Carlos Alberto de Oliveira (2009), Daniel Mitidiero (2015), Lúcio Grassi Gouveia (2009), Eduardo Cambi (2009), Dierle Nunes (2008), Fredie Didier Jr (2010), dentre outros. Referido paradigma metodológico desloca o centro de gravidade do processo civil da jurisdição para as partes, instituindo uma “comunidade de trabalho” entre juiz e litigantes, ao prestigiar a condução participativa do procedimento. Em termos de lógica jurídica, a mudança corresponde à passagem da lógica apodíctica à lógica dialética, isto é, do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário. Potencializa-se o valor da participação das partes no processo, democratizando-o sob uma ótica policêntrica, que rechaça qualquer concepção voltada ao protagonismo judicial.

O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: paritário no diálogo e assimétrico na decisão (artigos 9º, 10, 139 e 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015). A condução do processo civil e a relação entre partes e juiz passam a ser caracterizadas por deveres cooperativos – esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio. Igualmente, a boa-fé objetiva deve ser observada por todos os participantes do processo (artigo 5º, do CPC). Em meio a isso, a verdade provável, segundo Daniel Mitidiero (2015, p. 98), é um “objetivo cujo alcance permite a prolação de decisões justas (artigos 300 e 369, do CPC), sendo, portanto, tarefa conjunta do juiz e das partes (artigos 369 e 370, do CPC)”.

Com fundamento no modelo cooperativo, o novo CPC valoriza o autorregramento da vontade no processo civil, visando um ambiente processual capaz de equilibrar as funções dos sujeitos processuais e valorizar do direito fundamental de regular-se, de modo a permitir seu desempenho sem limitações injustificadas. O autorregramento da vontade se define como um “complexo de poderes, que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico” (NOGUEIRA, 2011, p. 122). O direito fundamental à liberdade, segundo Fredie Didier Jr. (2015), garante aos indivíduos o poder de regular juridicamente seus interesses, fazer escolhas e definir o que reputa melhor ou mais adequado para sua existência, regulando-a e construindo o próprio caminho. A autonomia privada é coluna da liberdade e dimensão inarredável da dignidade da pessoa humana.

Diversos dispositivos do novo CPC/2015 prestigiam a autonomia da vontade das partes, sobretudo por meio da possibilidade de formação de negócios processuais típicos – previstos expressamente na legislação processual – e atípicos. Nesse sentido, a atipicidade dos negócios processuais - unilaterais e plurilaterais - é edificada a partir da interpretação combinada dos artigos 190 e 200, do CPC/2015, que instituem uma cláusula geral de negociação processual. Objetiva-se confiar às partes o poder de adequar e flexibilizar o procedimento, bem como de convencionar seus ônus, poderes, deveres e faculdades, mirando a satisfação do interesse material e do direito subjetivo que se visa proteger. A nova legislação processual, fundada no diálogo entre juízes e partes, compreendeu que o direito processual não pode ser abordado em dissonância com sua função: efetivação do direito material.

Igualmente, os poderes instrutórios do juiz foram reforçados pelo novo CPC, possibilitando a busca oficial por elementos probatórios capazes de dar suporte a decisão mais ajustada à realidade que se busca reconstruir. O CPC/2015 propicia ao magistrado uma condução ativa do sistema probatório brasileiro. Caberá ao órgão julgador, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito (artigo 370, do CPC/2015). As partes, por sua vez, têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz (artigo 369, do CPC/2015). Além disso, o órgão jurisdicional apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido<sup>[1]</sup>, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento (artigo 371, do CPC/2015).

A partir desse paradigma, o desafio da doutrina e jurisprudência será identificar e estabelecer limites aos negócios jurídicos processuais, explorando sua legitimidade frente à ordem constitucional. A identificação sobre a licitude de cada possível objeto de negócio processual exige reflexão aprofundada, amadurecimento do tema e maior pesquisa pelos processualistas brasileiros, porquanto o tema carece de padrões dogmáticos precisos, afigurando-se como o ponto crítico e indefinido, sobretudo em razão da indeterminabilidade das cláusulas gerais, que exigem maior esforço interpretativo na construção do seu significado, haja vista que quanto mais vago e genérico o texto legal, menor a cognoscibilidade da norma.

Os limites para convenções em matéria processual ainda carecem de padrões dogmáticos precisos, motivo pelo qual o objeto do negócio processual afigura-se como o ponto crítico e indefinido, merecedor, portanto, de esclarecimento, de modo a precisar seu âmbito de aplicação, bem como suas condições de validade. Há uma premente necessidade de o direito processual brasileiro fornecer respostas que auxiliem na conformação inicial de uma teoria geral dos negócios processuais. Sendo assim, trabalhos que abordem o alcance legal das convenções processuais contribuem para uma compreensão adequada do novo sistema, possibilitando que a quebra de paradigma ocorra de maneira técnica e responsável. É nesse contexto que se insere a pesquisa que se objetiva desenvolver: analisar a licitude e os parâmetros de constitucionalidade dos negócios processuais probatórios, entendidos como aqueles voltados a influenciar os meios de prova e, em certa medida, a busca pela verdade.

## **2 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO NOVO CPC: MUDANÇA DE PARADIGMA CULTURAL?**

O paradigma do CPC-73 era influenciado pela visão social do processo, reforçando o protagonismo do juiz, seus poderes instrutórios e a estatalidade como marca da atividade jurisdicional. Acreditava-se que o processo deveria estar regulamentado por lei, como forma de garantir aos jurisdicionados segurança jurídica e conhecimento das ferramentas disponíveis. Em contrapartida, neutralizava-se a vontade das partes, situando-as em posição de inferioridade perante o órgão julgador, “ficando prejudicada qualquer possibilidade de enriquecimento do sistema por meio do exercício equilibrado da autonomia da vontade as partes” (CAPONI, 2014, p. 359). Segundo Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (2011, p. 12), a resistência aos negócios processuais encontra explicação no ambiente público das normas cogentes do processo, pois “essa ruptura poderia significar, para alguns, uma ameaça à autonomia do Direito Processual”.

De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha (2015, p. 38), esse pensamento formou o “dogma da irrelevância da vontade no processo civil”, pois não seria possível vincular o juiz à ambição de quem se encontrasse em arranjo inferior. Nesse paradigma, achava-se que a prevalência da forma sobre a vontade era medida necessária para conferir efetividade e segurança jurídica ao processo. A difusão da ideia de que o magistrado possui poderes-deveres absolutos na

condução do processo limitou excessivamente o autorregramento das partes em matéria processual. Impediu-se, assim, a edificação de uma adequada teoria sobre os atos processuais, pois as situações processuais não decorreriam da vontade dos litigantes ou de qualquer outro sujeito do processo, mas apenas de expressas previsões jurídico-normativas.

O novo CPC funda-se na democracia participativa, valorizando a vontade dos sujeitos processuais, a quem compete o autorregramento de suas situações processuais. As negociações processuais podem contribuir sobremaneira para a obtenção de um alto grau de eficiência processual, reforçando a normatividade da garantia constitucional do devido processo legal, pois ninguém melhor do que as partes para dizer qual caminho o litígio posto à apreciação judicial deve percorrer para solucionar a controvérsia. Há, em princípio, várias formas de se celebrar acordos de procedimento. Nesse sentido, destaca Leonardo Greco (2009, p. 290): “as partes, como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos”.

Constitui circunstância intolerável que o cidadão, dentro de um Estado Democrático de Direito, seja considerado incapaz de influenciar o procedimento judicial que culminará na irradiação de direitos e/ou deveres sobre sua esfera jurídica. A democracia, segundo Guillermo O’Donnell (2011, p. 07), “pressupõe a concepção do ser humanos como um agente que adquiriu historicamente o seu reconhecimento como portador de direitos à cidadania política, civil, social e cultural”. Assim, a atuação jurisdicional democrática deve pautar-se em igual exercício lógico, perfilhando que os litigantes são agentes, cidadãos possuidores de autonomia, conhecimento e capacidade para decidir e participar ativamente da construção da solução judicial. Desse modo, as “convenções processuais podem ser um instrumento de emancipação civilizatória, permitindo um *self-governance* processual”. (CABRAL, 2016, p. 172).

Segundo Fredie Didier Jr. (2015, p. 21), “um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido”, nos termos da Constituição. Não há razão para reduzir o papel da liberdade dentro do processo. De acordo com Robson Renault Godinho (2013a, p. 66), “o processo, apesar de não ser *coisa das partes*, não pode ser

tratado como *coisa sem partes*". A cooperação entre os sujeitos processuais autoriza a definição dos rumos do procedimento, contribuindo para a consolidação de um modelo processual democrático, destinado à adequada e efetiva tutela dos direitos. O desafio da doutrina e jurisprudência será identificar os limites do objeto das convenções processuais.

Negócio jurídico processual, segundo Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Fredie Didier Jr. (2011, p. 59-60), é fato jurídico voluntário, em cujo "suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais". No negócio jurídico, sustenta Marcos Bernardes de Mello (2007, p. 166), "há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação". No entendimento de Paula Sarno Braga (2007, p. 312), haverá negócios processuais quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (como limites variados). Para a autora (2007, p. 313), no acordo processual "há vontade de praticar o ato e vontade de ingressar na categoria e produzir o resultado – enquanto que no ato jurídico processual em sentido estrito basta a vontade de praticar o ato, pois a categoria e seus resultados são invariavelmente definidos na lei".

O novo CPC, além de manter vários negócios processuais típicos previstos no CPC/1973 (eleição do foro - artigo 63, do CPC/2015 -, suspensão do processo - artigo 313, II, do CPC/2015 -, adiamento de audiência - artigo 362, I, do CPC/2015 -, distribuição diversa do ônus da prova - artigo 373, § 3º e § 4º, do CPC/2015 -, convencionar que a liquidação da sentença seja por arbitramento - artigo 509, I, CPC/2015 -, dentre outros), prevê outros novos, quais sejam: redução de prazos peremptórios (artigo 222, do CPC/2015), escolha consensual do perito (artigo 471, do CPC/2015), audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes (artigo 357, § 3º, do CPC/2015), acordo de saneamento ou saneamento consensual (artigo 364, § 2º, do CPC/2015), desistência de documento cuja falsidade foi arguida (artigo 392, do CPC/2015); dentre outros.

Em relação aos negócios processuais atípicos, importante destacar o texto do artigo 200, do CPC/2015, que reproduz o artigo 158, do CPC/1973: "Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais". Segundo Leonardo Carneiro da Cunha (2015, p. 52), por meio do

referido dispositivo legal, poder-se-ia construir um princípio da atipicidade dos negócios processuais, sendo permitido, *a priori*, qualquer tipo de negócio jurídico processual – inclusive pré-processual –, desde que preenchidos os requisitos de existência, validade e eficácia.

No entanto, não bastasse essa previsão, o novo CPC prevê, no artigo 190, uma cláusula geral de negociação processual, cuja abertura semântica permite: (1) negócios jurídicos processuais que recaiam sobre ônus, poderes faculdades e deveres das partes (regramento de situações jurídicas processuais, sem modificar, necessariamente, o procedimento – por exemplo: redução de prazos processuais ou convenção de não executar provisoriamente a sentença); e (2) negócios processuais que dizem respeito ao procedimento, denominados “acordos de procedimento”. Trata-se de disposição legal essencial, uma vez que compõe a estrutura fundamental para a adequada compreensão do novo CPC, além de representar um relevante contributo para a evolução civilizatória do processo civil brasileiro, democratizando-o.

### **3 CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL: ARTIGO 190, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

A nova legislação adota como regra a máxima liberdade na condução participada do procedimento, com possibilidade de restrição do impulso oficial. Isso porque, ao “permitir genericamente as convenções processuais, a atipicidade do instrumento negocial reforçou a lógica do princípio *in dubio pro libertate*”, abrindo espaço não somente para suprir a lei, mas “efetivamente para derogá-la, evitando a aplicação da regra legislada em favor da norma convencional”. (CABRAL, 2016, p. 147). Abordando as vantagens da cláusula geral de convencionalidade, elenca Antonio do Passo Cabral (2016, p. 149): (1) evidencia o desequilíbrio gerado pelo hiperpublicismo, atuando em favor da modificação da perspectiva metodológica, que deverá ser estruturada a favor de uma releitura da função das partes na condução do procedimento, atuando como limite ao exercício abusivo dos poderes oficiosos do juiz; (2) não limitar a atuação das partes aos negócios previstos em lei; (3) conferir flexibilidade ao instituto, proporcionando margens interpretativas para a jurisprudência e doutrina.

A prerrogativa de ajustar o procedimento possui fundamento principiológico; isso porque, segundo Antonio do Passo Cabral (2016, p. 140), o

princípio do debate rege a “autonomia e liberdade dos sujeitos do processo não apenas no que toca à disponibilidade do direito material, mas também sobre as situações processuais”. Para o autor (2016), referido princípio é fundamento para que as partes assumam papel de destaque na condução do processo civil, pois “seria estranho pensar que a autonomia das partes lhes desse uma total possibilidade de disposição sobre o objeto do processo, mas não lhes conferisse nenhum poder no campo da tramitação do procedimento”. (CABRAL, 2016, p. 140). Em sentido semelhante, Fredie Didier Jr (2015, p. 06) defende que o novo CPC institui um novo princípio no ordenamento processual brasileiro: o “princípio do respeito ao autorregramento da vontade”.

A cláusula geral, segundo Fredie Didier Jr. (2010, p. 70) é “espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”. De acordo com Judith Martins Costa (1999, p. 580, “a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão em seu campo semântico”. No direito processual civil, a cláusula aberta de negócio processual, ao possibilitar ampla negociação sobre o procedimento e situações processuais, aprofunda a autonomia dos litigantes, cuja liberdade de atuação, atualmente, cinge-se ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

São duas, portanto, as hipóteses de atipicidade, que podem ser pactuadas antes ou durante a tramitação do processo. É preciso que se compreenda que adaptar o procedimento é diferente de dispor acerca de situações jurídicas processuais. Enquanto modificar o rito significa alterar regras procedimentais, isto é, a cadeia legalmente organizada de atos processuais; dispor sobre ônus, poderes, faculdades e deveres corresponde à modificação de posições processuais titularizadas pelas partes. Não obstante, negócio processual que altere o procedimento pode ensejar desdobramentos nas situações jurídicas dos litigantes. Por exemplo, convenção que ajusta a inexistência de recurso, além de dispor sobre o procedimento, interfere na situação jurídica do sucumbente, que não pode exercer a faculdade processual de recorrer.

O sentido do termo “situação jurídica” é plurívoco, não obstante ser conceito jurídico fundamental. Em apreciação sumária, evitando fugir do objeto desta pesquisa, acolhe-se uma significação aberta do significado de situação



jurídica. Nos termos defendidos por Marcos Bernardes de Mello (2011, p. 94), situação jurídica, em sentido *lato*, é toda e qualquer “consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que um sujeito de direito se encontre no mundo jurídico”.

Assim, situação jurídica pode ser compreendida como uma posição proveniente de um fato, a partir da produção de efeitos jurídicos deste. De acordo com Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (2011, p. 54), “as situações jurídicas são efeitos de fatos jurídicos, os quais, por sua vez, funcionam como sua causa”. Ou seja: situação jurídica é um tipo de eficácia jurídica. Dentro da relação jurídica processual, uma situação jurídica deriva de um fato jurídico em sentido amplo que estipula para determinado sujeito uma posição que condiciona a prática ou não de outro ato jurídico (TEIXEIRA, 2015). No processo, as situações jurídicas processuais emanam dos fatos jurídicos processuais que as sobrevêm, condicionando a atuação futura dos litigantes.

De outro lado, a possibilidade de acordos de procedimento decorre do fato de o direito codificado sempre se encontrar desatualizado diante das imposições da sociedade. Nesse sentido, ressalta Karl Larenz (1997, p. 519): “sempre se reconheceu que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação que seja atribuível ao âmbito de regulação da lei”. Consagra-se, assim, o princípio da adaptabilidade do procedimento (ou da flexibilização voluntária do procedimento), bem desenvolvido por Fernando Gajardoni (2008) e José Roberto dos Santos Bedaque (2011), por meio do qual se possibilita às partes ajustar o direito processual envolvido no caso concreto às peculiaridades fáticas do interesse material e do direito subjetivo que se objetiva proteger.

Fernando Gajardoni (2008, p. 246) salienta: “o procedimento flexibilizado não viola a cláusula do devido processo legal, eis que se conservarão na operação todas as garantias constitucionais do processo, especialmente o contraditório”. Pelo contrário, o devido processo legal, previsto na Constituição Federal, é potencializado com a adequação do procedimento às circunstâncias da causa. Ademais, a flexibilização, notadamente a voluntária, empodera as partes de tal maneira a aumentar a conformação destas com a decisão proferida. Possível

óbice encontrado pela flexibilização do procedimento pode ser o formalismo intrínseco à ciência processual. A técnica surge como alternativa para os procedimentos preestabelecidos que não se compatibilizam com as particularidades da relação jurídica apresentada (CABRAL, 2015, p. 495).

O ideal é colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada do feito. Conforme destaca Fredie Didier Jr. (2015, p. 26), “não há processo civil oco”. O direito material deve reger a criação, interpretação e aplicação das regras de procedimento. Além disso, a par da maior eficiência do aparelho estatal, mostra-se desejável o desiderato de obter-se índice sempre mais intenso de democratização do processo, incrementando-se, assim, a efetiva acessibilidade das partes e dos demais participantes do serviço judiciário, facilitando-lhes ao mesmo tempo o uso do aparelho estatal. (OLIVEIRA, 2009, p. 173).

A cooperação processual, paradigma cultural da nova legislação, faz com que a autonomia das partes seja compreendida não no sentido privatístico clássico, em que as partes dominam o procedimento, nem numa visão estritamente estatal, que menospreza a participação dos destinatários da prestação jurisdicional. Edifica-se um processo democrático, distinto dos extremos do privatismo e publicismo e caracterizado pela convivência pacífica e colaborativa do órgão jurisdicional e das partes, fundados numa perspectiva constitucional. Rechaça-se, assim, “uma cultura processual paternalista, em que aniquila a autonomia das partes para lhes oferecer a salvação por meio de um poder revelado e revelador. Deve-se evitar uma espécie de ‘patrimonialismo’ processual”. (GODINHO, 2013a, p. 40).

É necessário uma percepção mais precisa acerca do equilíbrio que necessita existir entre os poderes do órgão jurisdicional e os influxos da autonomia privada. De acordo com Leonardo Greco (2009, p. 304), “a cooperação e o diálogo humano, que devem constituir o clima dominante no desenvolvimento do processo, exige o mútuo reconhecimento das posições de vantagem que cada um dos interlocutores está em condições mais favoráveis de tutelar”, sem rivalidades ou autoritarismos, mas “no espírito construtivo do processo mais justo possível e da conseqüente solução mais adequada possível da causa”. (GRECO, 2009, p.

304). Não há, portanto, hierarquia entre lei e acordo, sendo necessária uma coordenação equilibrada entre ambas as normas. Os acordos processuais, nesse sentido, “tornam-se uma ‘terceira via’ do acesso à justiça”, pois, ao fortalecerem a cooperação, humanizam o processo. (CABRAL, 2016, p. 208).

#### **4 LIMITES DOGMÁTICOS E OBJETIVOS À AUTONOMIA DA VONTADE NO PROCESSO CIVIL**

Do mesmo modo como ocorre em todo e qualquer negócio jurídico, a convenção processual, para possuir plena aplicabilidade, necessita preencher os requisitos de existência (vontade, agente, objeto, autorregramento da vontade e forma), validade (vontade livre e de boa-fé, agente capaz e legitimado, forma prescrita ou não defesa em lei, objeto lícito, possível e determinado ou determinável) e eficácia (inexistência de elementos acidentais: condição, termo ou encargo), disciplinados pela teoria geral do direito civil. Ausente um dos pressupostos integrantes de cada um desses planos, o negócio processual poderá não existir, ser nulo, anulável ou ineficaz.

Além disso, todos os requisitos de validade para a prática de atos processuais pelas partes também devem ser observados nos negócios processuais. Assim, as regras inerentes ao regime jurídico de invalidades - artigo 276 e seguintes, do CPC/2015 –, cujo objetivo principal é o de obstar a decretação de nulidades, estendem-se às convenções sobre o processo. Igualmente, por simetria, “o controle dos requisitos de objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo” (Enunciado nº 16, do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Assim, é possível a “convalidação ou aproveitamento das convenções processuais se suprido o vício, se sanada a manifestação de vontade, se complementada inobservância da forma ou se atingido o escopo pretendido pela parte com a prática do ato”. (CABRAL, 2016, p. 255).

Assim, incide sobre o negócio processual o (1) ordenamento da teoria geral dos negócios jurídicos, adaptando-o ao ambiente público do direito processual civil, bem como as (2) regras específicas acerca das nulidades e pressupostos processuais, motivo pelo qual “deve haver uma *corregulação entre normas materiais e processuais*, que se combinam na normatização dos acordos processuais”. (CABRAL, 2016, p. 252). Desse modo, faz-se necessário coadunar os

dois regimes jurídicos, observando sua compatibilidade, a fim de “extrair dessa combinação critérios para que o equilíbrio entre interesses públicos e a autonomia das partes preserve garantias fundamentais e a efetividade do processo”. (CABRAL, 2016, p. 253).

O novo CPC, ao passo que amplia o espaço destinado à participação das partes na construção do procedimento, democratizando-o, preocupou-se com a possibilidade de eventuais negócios processuais, na prática, funcionarem como ferramentas voltadas a institucionalizar o abuso de direito. Por conta disso, o artigo 190, parágrafo único, do CPC/2015, veda, expressamente, referidos pactos quando: (1) o processo versar sobre direitos que não admitem autocomposição; (2) a convenção for inserida de maneira abusiva em contrato de adesão; (3) alguma parte esteja em manifesta situação de vulnerabilidade (Enunciado nº 17, do FPPC: Haverá indício de vulnerabilidade quando a parte tiver celebrado negócio processual sem assistência técnico-jurídica). Prestigia-se, desse modo, a manutenção do equilíbrio entre os contratantes.

Cabe ressaltar, na linha defendida por Diogo Assumpção Rezende de Almeida (2014, p. 60), “que a indisponibilidade do direito material não deve conduzir, necessariamente, à indisponibilidade do direito processual”. Nesse sentido é o enunciado n 135, do FPPC: “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. Em verdade, somente afeta-se referida disponibilidade se o negócio jurídico processual tiver o condão prejudicar o exercício de direito material indisponível. O espaço do autorregramento da vontade no direito processual é aquele deixado pelo sistema jurídico, que confia aos sujeitos processuais a capacidade de escolha, em medida variável, da categoria jurídica e da estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, dentro dos limites do ordenamento. Não há autonomia da vontade sem limites.

A investigação sobre a licitude e o alcance do objeto do negócio processual constituir-se-á um grande desafio para doutrina e jurisprudência, sobretudo em razão da indeterminabilidade das cláusulas gerais, que exigem maior esforço interpretativo na construção do seu significado. O próprio Código Civil, no artigo 104, II, põe a ilicitude do objeto como causa de nulidade do negócio jurídico. Os limites para convenções em matéria processual ainda carecem de padrões dogmáticos precisos, motivo pelo qual o objeto do negócio processual afigura-se

como o ponto crítico e indefinido, merecedor, portanto, de esclarecimento, de modo a precisar seu âmbito de aplicação, bem como suas condições de validade.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha (2015, p. 59), a licitude do objeto do negócio processual passa pelo respeito às garantias fundamentais do processo, devendo situar-se no espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador, não sendo possível aos litigantes a regulação de situações alcançadas por normas cogentes. Acrescenta não ser possível negócio processual que se destine a afastar regra de proteção a direito indisponível ou que aborde tema reservado à lei. Como exemplos de negócios processuais nulos, cita o autor (2015): modificação de normas de competência absoluta, dispensa de fundamentação de decisões judiciais, criação de novo recurso, renúncia ao reexame necessário e escusa de intervenção obrigatória do Ministério Público.

Em sentido semelhante, Diogo Assumpção Rezende de Almeida (2015, p. 64) afirma que “os acordos processuais têm seu campo de incidência restrito ao respeito ao interesse público fundamental, traduzido na ordem pública processual”. Segundo o autor (2014, p. 220), no Estado Democrático de Direito, em que se objetiva assegurar aos litigantes direitos e garantias fundamentais no processo, esses interesses públicos preservados encontram-se na Constituição Federal e são os seguintes: igualdade e capacidade das partes; contraditório e ampla defesa; devido processo legal; juiz natural, independência e imparcialidade do julgador; fundamentação das decisões judiciais; busca da verdade; celeridade; e coisa julgada material.

Com critérios objetivos, Pedro Gomes de Queiroz (2014) e Leonardo Greco (2009, p. 296) afirmam que a definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: (1) a disponibilidade do direito material posto em juízo; (2) o respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas; e a (3) preservação da observância dos princípios e garantias do processo no Estado Democrático de Direito. Referidos autores denominam esse conjunto de limitações como “ordem pública processual”.

Com posicionamento análogo, Pedro Henrique Nogueira (2016, p. 238) incorpora os três limites destacados por Leonardo Greco (2009), asseverando que o espaço para o exercício do autorregramento da vontade é aquele deixado pelas

normas processuais cuja aplicação seja inafastável pelos interessados - normas processuais cogentes -, dentre elas as garantias constitucionais do processo civil: publicidade, juiz natural, motivação das decisões judiciais, contraditório, devido processo legal, boa-fé, igualdade processual etc. O autor (2016, p. 238-239) afirma, ainda, a existência de normas contidas na legislação processual que, objetivamente, limitam o exercício do autorregramento da vontade na celebração de convenções processuais, não sendo lícito negociar, por exemplo: a não intervenção do Ministério Público nos casos em que obrigatória sua participação, a criação de novos recursos, a adequação recursal prevista na lei processual etc.

Nesse sentido, revelam-se importantes as lições de Marcos Bernardes de Mello (2014, p. 77-97) no tocante ao reconhecimento das normas jurídicas cogentes como um limite geral de validade dos negócios jurídicos, premissa utilizada para concluir acerca da existência, no sistema jurídico brasileiro, do “princípio da respeitabilidade das normas cogentes”, segundo o qual “a ninguém é permitido infringir norma jurídica cogente, proibitiva ou impositiva, sob pena de, em assim procedendo, cometer ato contrário ao direito, cuja consequência implica a nulidade do ato jurídico”, salvo se outra sanção não lhe é, taxativamente, cominada. Não obstante o aumento do influxo da vontade no direito processual civil, este ainda pertence ao direito público, cujo método mune o órgão julgador de uma teia de poderes e deveres necessários ao pleno exercício da função jurisdicional.

Acerca do tema, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (2015, p. 418) dispõe: “as questões de ordem pública exsurtem, e com toda relevância, como limites ao autorregramento da vontade”. Após afirmar a existência de várias normas de ordem pública no direito processual brasileiro, o autor exemplifica as que tratam sobre: coisa julgada, competência absoluta, fundamentação, imparcialidade, capacidade processual, vício de vontade, dentre outras. Além disso, acrescenta que as normas materializadoras do núcleo duro da garantia do devido processo legal também são de ordem pública, embora seja manifesta a dificuldade na aferição das condições fáticas e jurídicas à sua adequada aplicação.

Os negócios processuais têm com objeto situações jurídicas processuais, motivo pelo qual Miguel Teixeira de Sousa (1997, p. 103) sustenta ser “a disponibilidade sobre os efeitos processuais o que afere a admissibilidade dos negócios processuais”. A observância do devido processo legal e das garantias

fundamentais do processo como limites dos negócios processuais conduz a um difícil problema: o que realmente se pode considerar como cogente ou de “matéria de ordem pública” no direito processual civil? O ordenamento nem sempre é suficientemente claro e objetivo ao compreender determinada norma como imperativa. No entanto, deve-se proibir não apenas o radicalismo infundado que nega a licitude aos negócios processuais, mas também eventuais excessos de empolgação inerentes às ideias novas.

Em acepção contrária, Robson Renault Godinho (2013b, p. 175) critica o conceito de “ordem pública”, ao afirmar: “parece que ordem pública é um daqueles institutos que, tal qual a indisponibilidade do direito, prescindem de justificação, ou seja, basta rotular algo como sendo de ordem pública para que sobre ele recaia um regime jurídico especial”. O autor (2013), ao problematizar a questão, procura demonstrar que as afirmações precisam ser justificadas de maneira íntegra para possibilitar a extração de implicações previamente anunciadas. Ao final, aduz o processualista (2013, p. 175): “conferir perenidade a um conceito essencialmente contingencial pode significar apenas estender amarras jurídicas que impeçam ou retardem uma evolução cultural”.

Igualmente, Antonio do Passo Cabral (2016, p. 307) afirma a inexistência de precisão a “respeito do conceito ou mesmo do conteúdo do que seria ‘ordem pública. Tampouco há pistas da ‘ordem pública processual’, se é que esta poderia ser diferenciada da ‘ordem pública’ em geral” Para o autor (2016, p. 314), na impossibilidade de identificar um conteúdo minimamente preciso para a “ordem pública processual”, a vagueza normativa da expressão torna-a “inviável para servir como um bom limitador aos negócios processuais”. O uso do termo “ordem pública” parece se vincular a uma ideologia publicista, em que os interesses públicos se sobreporiam aos privados, de modo a reduzir a autonomia da vontade, não se coadunando, portanto, com o equilíbrio exigido pelo modelo cooperativo de processo. Em verdade, ordem pública, interesse público e a espécie da norma (se cogente ou supletiva, constitucional ou infraconstitucional) não são critérios adequados para a fixação de parâmetros ao controle da licitude do objeto dos negócios processuais.

Sobre o conceito de “normas processuais cogentes” e sua herança hiperpuclista, denota-se oportuna a crítica de Antonio do Passo Cabral (2016, p. 305), para quem não basta afirmar tratar-se de norma constitucional. Há várias

possibilidades de celebração de acordos processuais que incidem sobre princípios e regras constitucionais, derogando-os pela vontade das partes. Assim, a qualificação da norma como constitucional não é suficiente para impedir a celebração de negócios processuais.

Em verdade, existem diversas hipóteses em que princípios e garantias constitucionais são lícitamente atingidos por pactos processuais, desde que preservado o seu núcleo essencial; veja-se: devido processo legal (e os pacto para a simplificação das formalidades procedimentais), “o juiz natural (e os acordos sobre a competência), a duração razoável do processo (e as convenções para suspensão do processo e dilação do prazo), o acesso à justiça (e a convenção de arbitragem), dentre outros”. (CABRAL, 2016, p. 306).

Certo é que o negócio processual não pode afastar posições jurídicas inerentes ao modelo processual adotado no Brasil, como ocorreria, por exemplo, na hipótese de se dispensar o contraditório ou a boa-fé (Enunciado nº 06, do FPPC: “O negócio processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação). Igualmente, não é lícito negócio processual que objetive excluir a intervenção obrigatória do Ministério Público (Enunciado nº 254, do FPPC) ou a intervenção do amigo da Corte (Enunciado nº 392, do FPPC).

Antonio do Passo Cabral (2016, p 330-336) enfatiza que a cláusula geral de negociação processual deve ser preenchida casuisticamente, exigindo um cuidado diferenciado na aferição da validade das convenções atípicas, uma vez que seus requisitos não estão expressamente previstos na lei. A proposta do autor (2016) parte da premissa de que as partes podem, em alguma medida, dispor de garantias constitucionais, bem como que a autonomia privada possui base constitucional no direito à liberdade. Assim, em busca de um método comum para concretizar e controlar a cláusula geral de negociação processual, viabilizando uma margem lícita de negociabilidade, estrutura-se um procedimento de três etapas sequenciais para o controle dos negócios atípicos

Inicialmente, (1) identificam-se as garantias processuais afetadas pela convenção, ponderando-as, pois a liberdade também é um direito fundamental; em seguida (2) encontram-se parâmetros de controle das convenções típicas com o objetivo de transpô-las para os negócios atípicos; por fim (3) procede-se à proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais,



compreendendo o critério para aferição das garantias mínimas, de modo a conciliá-los com a autonomia das partes. Possibilita-se, assim, “um controle judicial do conteúdo da convenção para evitar prejuízos desproporcionais, o que, no campo dos acordos processuais, pode ser traduzido em redução a zero da garantia fundamental correlata”. (CABRAL, 2016, p. 337).

Portanto, existem limites aos negócios processuais, os quais advém dos princípios constitucionais e da legislação processual, não sendo possível ignorar a existência de direitos fundamentais processuais, até porque a ampliação das possibilidades de participação das partes não exclui da jurisdição a sua qualidade de função estatal. Tendo em vista a estrutura triádica da relação processual e a participação do Estado-juíz, o âmbito de autorregulação, no Direito Processual, é menor se comparado ao Direito Privado. Não obstante o rompimento do “dogma da irrelevância da vontade no processo civil”, a presença do Judiciário ainda fornece características próprias aos negócios processuais, que necessitam ser edificadas com cuidado.

## **5 O PODER JUDICIÁRIO FRENTE AOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS PROBATÓRIOS**

O juiz não é um estranho ao negócio processual. Considerando a tríade processual, as partes dividem com o magistrado a condução do procedimento, sobretudo em razão do modelo cooperativo de processo. Os pactos processuais, portanto, atingem diretamente a atuação do juiz. Resta analisar como e em que medida os interesses privados e públicos envolvidos no processo podem ser balanceados. Assim, apreciar a posição do Estado-juíz perante os acordos processuais é tema que precisa ser definido e equalizado, avaliando qual a função do julgador. Assim, faz-se necessário investigar se o julgador: (1) é parte do negócio; (2) vincula-se à avença, cumprindo as disposições; (3) homologa previamente os negócios; e (4) exerce controle de validade sobre o pacto.

O artigo 200, do CPC/2015, consagra a regra geral da eficácia imediata das manifestações de vontade das partes, e, por consequência, das convenções processuais, independentemente da intervenção do julgador, salvo quando a lei exigir prévia homologação judicial, de natureza excepcional. Sobre o tema, dispõe o Enunciado nº 261, do FPPC: “O artigo 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do artigo

190”. Além disso, “a homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio” (Enunciado nº 260, do FPPC).

O artigo 190, parágrafo único, do CPC/2015, evidencia o papel fiscalizador do juiz no controle das convenções processuais, limitado aos vícios de inexistência ou invalidade – sem a necessidade de prévia homologação judicial. Nesse sentido é o Enunciado nº 133, do FPPC: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do artigo 190 não dependem de homologação judicial”. Portanto, a função típica do juiz, em negócios jurídicos que não influenciam sua situação jurídica, é de verificador da validade do negócio, ou, quando for o caso, homologador. Frise-se que “o controle exercido pelo juiz sobre a validade das convenções processuais deve ser empreendido de maneira cooperativa, com respeito ao contraditório”. (CABRAL, 2016, p. 254).

No tocante à necessidade de homologação, pode-se concluir: (1) em regra, os negócios processuais não dependem de prévia homologação, tendo em vista o artigo 200, do CPC/2015; (2) quando prevista na lei, a homologação é condição de eficácia da convenção processual, funcionando o ato do juiz como elemento integrativo do suporte fático do pacto; (3) é possível, ainda, que as próprias partes condicionem a eficácia do negócio à homologação judicial ou a qualquer outra condição, termo ou encargo. Ressalte-se que em nenhum desses casos o juiz é codeclarante do negócio, vale dizer: mesmo com a homologação judicial, a convenção permanece pactuada somente entre os sujeitos parciais, sendo, ainda, plenamente válida. A homologação, portanto, é apenas mais uma exigência para a eficácia do ato, mas não reduz ou exonera a autonomia das partes.

Assim, quando se exige a homologação, o órgão jurisdicional permite ou não a produção dos efeitos do negócio no processo, sendo, portanto, condição jurídica para a eficácia da disposição; por outro lado, na maioria dos casos, a convenção processual possui presunção de validade, devendo o juiz controlar a validade do ato apenas *a posteriori*. Referido controle, todavia, não é discricionário, mas vinculado, de modo que o julgador tem o dever de fundamentar eventual invalidade ou impossibilidade de homologação do acordo sobre o procedimento e/ou situações processuais.

Sobre o tema, destaca Robson Godinho (2015a, p. 262): “como em todo caso envolvendo autonomia privada, há limites e controles sobre os atos das partes, não se reservando ao juiz um mero papel de ‘bouche du contrat’, como se extrai do parágrafo único do artigo 190, do novo CPC”. O descumprimento, pela parte, de negócio processual válido é matéria que não pode ser conhecida de ofício (Enunciado nº 252, do FPPC). No controle das convenções processuais, deve-se partir da máxima *in dubio pro libertate*, motivo pelo a a atividade de controle do juiz restringe-se a verificar, *a posteriori*, se as partes extrapolaram o espaço que o ordenamento jurídico lhes atribuiu para atuar (CABRAL, 2016).

Após lecionar que o processo civil é ramo do direito público, atribuindo ao magistrado diversos poderes-deveres, por meio dos quais exerce a função jurisdicional, Jaldemiro Rodrigues Ataíde Jr. (2015, p. 322) afirma que a função do órgão julgador diante de um determinado negócio processual “pode assumir várias feições a depender do negócio jurídico processual firmado: sendo certo, contudo, que, no mínimo, o juiz será o aplicador da norma de estrutura construída a partir do negócio jurídico processual”. Nessa qualidade, ínsita a qualquer convenção processual, o julgador deve analisar a validade do pacto, antes de aplicá-lo na condição de norma de estrutura. Frise-se que o juiz não tem o poder de “apreciar a *conveniência* da celebração do acordo, limitando-se a um exame de validade”. (CABRAL, 2016, p. 228).

Além desta conformação ordinária, o papel do juiz, segundo Jaldemiro Rodrigues Ataíde Jr. (2015, p. 323), pode assumir outras duas possibilidades: (1) o posto de autoridade competente para exercício da atividade integrativa, normalmente por meio da homologação, nos casos exigidos em lei para que a convenção irradie seus efeitos jurídicos (ex.: homologação, pelo juiz, da desistência da ação – artigo 200, parágrafo único, do CPC/2015); ou (2) declarante ou parte de negócio jurídico processual plurilateral, nas situações que interferem diretamente na sua esfera jurídica, seja pelo fato de a convenção criar-lhe um dever ou porque restringe algum poder-dever (ex.: calendário processual – artigo 191, do CPC/2015 - e delimitação consensual das questões de fato e de direito – artigo 357, § 1º, do CPC/2015).

Nesse último caso, de acordo com Murilo Teixeira Avelino (2015, p. 233), o “legislador impôs a manifestação do próprio magistrado como elemento para o aperfeiçoamento do negócio processual. Sem a emissão volitiva do juiz, o ato não

está apto a superar o plano da validade. Atua o juiz como sujeito do ato”. Para o articulista (2015, p. 235), o ato do juiz que ratifica a delimitação consensual das questões de fato e de direito (artigo 357, § 2º, do CPC/2015), por exemplo, não é de mera homologação, devendo o julgador concordar com os termos apresentados, sendo, portanto, caso de negócio jurídico plurilateral, pois no “saneamento consensual há a disposição a respeito das questões de fato que serão objeto de prova e de direito relevantes para a decisão, elementos que obviamente influenciam na atuação do juiz no processo”. Ao final, conclui (2015, p. 235): “para que o juiz seja legitimamente ‘vinculado’ ao saneamento consensual, é necessário que participe do saneamento consensual como sujeito do negócio”.

De acordo com Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (2016, p. 229), “o juiz se vincula diretamente aos negócios jurídicos processuais, devendo promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que foi avençado entre as partes”. Segundo o autor (2016, p. 230), não sendo o caso de invalidade da convenção processual, o órgão julgador possui o dever jurídico de “abster-se de contrariar o que foi convencionado (CPC/2015, art. 139, V), além de tomar as medidas necessárias para implementar aquilo que foi objeto da convenção (CPC/2015, art. 3º, § 3º)”. O processualista (2016, p. 230) também reconhece a existência de negócios processuais que exigem a participação do juiz, como, por exemplo, o calendário processual, situação na qual a manifestação de vontade judicial integra o núcleo do suporte fático da convenção processual plurilateral.

Com posicionamento diverso, Antonio do Passo Cabral (2016, p. 224) sustenta que o “Estado-juiz, pelo seu distanciamento dos interesses dos litigantes (tanto materiais, quanto processuais), não poderia praticar atos em favor de nenhum interesse próprio. Ainda que haja escopos estatais no exercício da jurisdição, os interesses públicos presentes no processo” não pertencem nem são titularizados pelo juiz. Assim, deve ser rememorado que o magistrado exerce função de controle sobre a validade das convenções, função que seria “incompatível com a tomada de posição a favor de interesses, fossem esses interesses das partes ou do próprio Estado”. (CABRAL, 2016, p. 224). Além disso, “como não há liberdade para o juiz nos termos em que se observa para as partes, pensamos que o magistrado não pode ser considerado parte nas convenções processuais”. (CABRAL, 2016, p. 225).

Concorda-se com o autor. A capacidade negocial, segundo Kelsen (2000, p. 104), “é uma capacidade conferida pela ordem jurídica aos indivíduos para, com base nas normas jurídicas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária, produzirem normas jurídicas de escalão inferior e intervirem na produção das normas jurídicas individuais a produzir pelo tribunal”. Assim, a capacidade negocial não é inerente à função jurisdicional. Apenas os sujeitos que possuem algum interesse detêm capacidade negocial para conformar o procedimento e/ou dispor acerca de situações jurídicas processuais. Como bem ressaltado por Antonio do Passo Cabral (2016, p. 223), “acordos processuais são celebrados por sujeitos que tomam parte a favor de interesses, e não pelo Estado-juiz”.

Em sentido semelhante, afirma Flávio Luiz Yarshell (2015, p. 79): a participação do juízo “não vai substancialmente além do que ocorre em relação ao controle do negócio processual; e nem poderia; a presença do juiz como ‘parte’ impediria que fizesse o já mencionado controle do negócio processual”. No entanto, sustentar que o magistrado não é parte do negócio não significa que não fique vinculado a ele, pois, no Estado de Direito, deve-se observar não apenas a norma legislada, mas também a norma convencional. Segundo Antonio do Passo Cabral (2016, p. 226), “enquanto as partes vinculam-se por sua autonomia e liberdade”, o vínculo jurídico, para o juiz, “não decorre de uma declaração de vontade estatal que se agregaria àquelas das partes”. O magistrado se vincula pelo fato de ter o dever de aplicar a norma convencional, mas não participa da codeclaração da convenção; esta é produto da atuação das partes no âmbito da autonomia que o sistema processual lhes proporciona.

A autonomia das partes não conduz à extinção das prerrogativas do julgador. A uma, porque o modelo cooperativo impõe uma repartição equânime do poder de gerir o processo. A duas, pelo fato de ser necessário um equilíbrio entre todos os participantes do processo, pois, da mesma forma que não é desejável o protagonismo do juiz, também não se revela aceitável a manipulação desarrazoada dos instrumentos estatais pelas partes. A virtude, como sói acontecer, “está no meio; a regra de ouro é o equilíbrio”. (CABRAL, 2016, p. 226). Não podem as partes subordinar as prerrogativas independentes do juiz por meio do exercício abusivo da autonomia privada, reduzindo ou impossibilitando a atuação judicial. No que concerne aos acordos probatórios, essa discussão revela-se mais problemática: “a depender da visão que se tenha sobre os poderes

probatórios do juiz (se são autônomos ou subsidiários em relação à iniciativa das partes), pode-se chegar a conclusões diversas”. (CABRAL, 2016, p. 226).

O juiz, embora não seja parte do negócio processual, vincula-se aos seus termos. Para além disso, evidencia-se na atividade do julgador duas funções concernentes às convenções processuais: (1) função de fomento: o magistrado, por intermédio do dever de diálogo, deve incentivar a celebração de acordos processuais que sejam vantajosos para o desenvolvimento do processo, alertando as partes acerca dos possíveis vícios que podem nulificar a avença; e (2) função de controle ou fiscalização: o juiz deve apreciar a validade dos negócios processuais, controlando o alcance em que a vontade das partes pode alterar o procedimento e/ou dispor sobre situações processuais específicas. Assim, “cabrerá ao juiz velar pelos interesses públicos, evitando que os acordos avancem em uma seara inadmissível à autonomia das partes” (CABRAL, 2016, p. 228).

Portanto, o juiz, em relação ao negócio, é terceiro que efetivará um controle de validade sobre o pacto; não sendo o caso de invalidade, o magistrado tem o dever de cumprir os termos da convenção processual. Quando se trata de negócios dispositivos, o juiz deve “ele próprio cumprir o disposto na avença, aplicando a norma convencional”; já nos acordos obrigacionais, o juiz “não só observará ele mesmo a convenção, mas também deverá dar *cumprimento* à avença, tomando medidas que possam concretizar o efeito prático pretendido pelas partes, mas também exigindo de outros sujeitos condutas consentâneas com as obrigações assumidas”. (CABRAL, 2016, p. 239). Em nenhuma das situações existe uma espécie de soma da “vontade judicial” à “vontade das partes” para a edificação da “concordância”.

## **6 CONCLUSÃO: A (I)LICITUDE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS PROBATÓRIOS**

Os negócios processuais probatórios são acordos firmados pelas partes com o objetivo de regular o modo de produção da prova, podendo incidir sobre o ônus ou sobre os meios de prova. No caso, em virtude da autorização legislativa para a realização de convenções sobre o ônus da prova (artigo 373, § 3º, do CPC/2015), o presente estudo concentra-se no estudo da licitude dos negócios que versam sobre a admissibilidade dos meios de prova. A relutância aos negócios processuais probatórios, acima

exposta, possui cunho ideológico, tendo em vista que os autores que assim se posicionam ainda não se desprenderam do paradigma publicista. É preciso se desvincular de antigos preconceitos e compreender que as convenções probatórias não objetivam entorpecer a atuação do juiz, nem galardoar a chicana processual.

Cuida-se de uma repercussão da autonomia privada no processo, não sendo algo a ser rejeitado aprioristicamente, devendo, pelo contrário, ser apreciado como questão cultural e, portanto, em consonância com o modelo ideológico do processo, que, por sua vez, deve possuir conformação com a Constituição de 1988. Procura-se demonstrar, nos argumentos a seguir, que as convenções processuais sobre a admissibilidade dos meios de prova, além de plenamente harmonizável ao padrão cooperativo, são compatíveis com a democratização do direito processual civil. Ademais, referidos negócios contribuem para uma maior legitimidade da decisão judicial, sobretudo em razão da efetiva participação das partes na construção do procedimento e do julgamento.

Por outro lado, ao julgador compete, se for o caso, somente uma atividade integrativa – uma vez produzidas as provas exigidas pelas partes, se ainda restar dúvida quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar a iniciativa probatória de saná-la (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2015). Assim, embora o objetivo de processo não seja demonstrar a verdade, é obrigação ética buscá-la, com o objetivo de alcançar o resultado mais justo possível. Por fim, cabe destacar que referido entendimento é o mais compatível com o modelo cooperativo de processo, cuja premissa ideológica requer um procedimento policêntrico, em que partes e juiz se compreendem de maneira isonômica e colaborativa, sem qualquer tipo de protagonismo.

Como destaca Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga (2015, p. 88) salientam que a melhor interpretação do artigo 370, do CPC/2015, é aquela que privilegia o meio termo: a atividade probatória é atribuída, em linha de princípio, às partes; ao juiz cabe, se for o caso, apenas “uma *atividade complementar* – uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, se ainda subsistir dúvida quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar a iniciativa probatória de

saná-la”. Para os autores (2015), embora o objetivo de processo não seja demonstrar a verdade, é obrigação ética buscá-la, com o objetivo de alcançar o resultado mais justo possível; sendo assim, as regras sobre o ônus da prova aplicam-se subsidiariamente, após o esgotamento das atuações probatórias das partes e juiz.

No plano teórico e prático, ainda existe a arraigada concepção de que a prova é um assunto do juiz, e, apenas de maneira secundária, das partes. Afirma-se reiteradamente que o destinatário da prova é o órgão julgador; que o escopo da prova é constituir o convencimento do magistrado; que a descoberta da verdade corresponde ao interesse público voltado à busca de decisões justas; que o juiz é, acima de tudo, dotado de poderes de instrução, não sendo limitado pela iniciativa das partes (YARSHELL, 2012). Todas essas afirmações estão fundamentadas – de maneira exacerbada – na premissa de que o processo é ferramenta a serviço do Estado. Todavia, tal postura deve ser repensada.

Em verdade, nos termos do Enunciado nº 50, do FPPC, “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”. Centralizar a prova na figura do juiz tem o condão de gerar indevidos desvirtuamentos, como, por exemplo, limitações infundadas ao direito de prova, sob o argumento de que o convencimento do juiz se encontra formado, como se, a partir de um determinado instante, os elementos probatórios não tivessem mais a capacidade de influenciar a convicção do órgão jurisdicional. Com a finalidade de evidenciar a licitude dos negócios processuais sobre a admissibilidade dos meios de prova, expor-se-á os argumentos práticos e dogmáticos capazes de sustentá-los juridicamente, na medida em que também serão objetados os posicionamentos doutrinários que afirmam o contrário, de modo a responder aos objetivos deste trabalho de maneira sólida e fundamentada.

1. Em razão do modelo cooperativo de processo, que balanceia a tensão entre publicismo e privatismo, existe uma divisão de trabalho entre juiz e partes, motivo pelo qual os poderes oficiosos do magistrado devem ser exercitados e compreendidos em conjunto com a autonomia privada



dos litigantes, com equilíbrio e coordenação, sem qualquer relação de hierarquia ou supremacia. Há uma repartição do poder dentro do processo, por meio de uma relação inerente ao formalismo processual moderno (formalismo-valorativo), reposicionando as partes como protagonistas – junto com o juiz – na conformação do procedimento, de modo a admitir, com fulcro na máxima *in dubio pro libertate*, a criação de fontes normativas convencionais capazes de produzir certos efeitos sobre o procedimento e/ou situações jurídicas processuais específicas (dever, ônus, poder e faculdade).

2. O princípio dispositivo, derivado do acesso à justiça e da inafastabilidade do controle jurisdicional, confere, além do poder de iniciativa da demanda, várias possibilidades de se retirar o litígio por completo da cognição judicial: (1) ajuizar ou não a ação, bem como interpor ou não o recurso; (2) negociar sobre o direito material subjacente; e (3) encerrar o processo por meio da autocomposição, desistência, renúncia do direito sobre o qual se funda a ação ou reconhecimento da procedência do pedido; (4) optar pela arbitragem; (5) escolher quais fatos serão levados ao Poder Judiciário, possuindo o condão de se tornar incontroversos; dentre outras. O princípio dispositivo preceitua a disponibilidade sobre a cognição e decisão acerca do direito material subjacente, sendo, portanto, um limite à atividade do juiz, reduzindo o espaço da jurisdição. Assim, havendo amplo domínio dos litigantes no que concerne a exclusão total da cognição judicial, convivendo harmonicamente interesses públicos e privados, não há sentido em se opor óbice a negócio jurídico voltado apenas a restringir a cognição a determinado(s) meio(s) de prova.

3. O processo civil brasileiro convive há muito tempo com várias possibilidades de restrição da cognição judicial derivadas de atos voluntários das partes, por exemplo: (1) opção pelo procedimento dos Juizados Especiais, em detrimento do procedimento ordinário; (2) impetração de mandado de segurança (onde se admite apenas provas pré-constituídas) ao invés de ação ordinária; (3) pedido de julgamento antecipado da lide; (4) ausência de impugnação, na contestação, de determinados fatos alegados pela parte autora; e (5) revelia, cujo principal

efeito material é gerar a presunção de veracidade das alegações autorais; (6) renúncia unilateral a determinado meio de prova. A atividade probatória é essencialmente limitada, o que naturalmente afeta a cognição, razão pela qual a fixação de limitações convencionais é apenas mais uma possibilidade permitida pelo ordenamento processual. Portanto, as partes já possuem muitas escolhas legítimas acerca da restrição do material probatório, de modo que a formalização de negócios processuais com esse desiderato, embora corresponda a uma ampliação da autonomia das partes na conformação das situações jurídicas processuais, apenas seria mais uma hipótese a ser acrescentada a um rol de limitações cognitivas já existente.

4. O sistema processual civil inaugurado pelo novo Código de Processo Civil prioriza a liberdade convencional em detrimento da onipresença tutelar do juiz. Existindo margem de liberdade para ajustar o procedimento ou dispor de situações processuais, e havendo deliberação voluntária das partes nesse sentido, o Estado-juiz não pode as desconsiderar ou a elas se sobrepor. Há uma prioridade normativa em favor da liberdade; e isso é confirmado pelo artigo 190, parágrafo único, do CPC/2015, que pressupõe a validade e eficácia *prima facie* dos negócios processuais, ao afirmar que o juiz controlará a legitimidade das convenções, recusando-lhes aplicação “*somente*” nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Frise-se, contudo, que a preferência do ordenamento é apriorística, e não definitiva ou absoluta, o que acaba exigindo do juiz um maior ônus argumentativo para sustentar a nulidade da convenção processual.

5. As normas processuais que compõem o sistema probatório são estabelecidas no interesse dos litigantes, e, portanto, dentro do seu âmbito de disponibilidade, uma vez que destinadas a provar fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (artigo 373, I e II, do CPC/2015). Os dispositivos legais pertencentes ao regime probatório visam atender o empenho dos litigantes em provar, ou não, suas alegações, de modo a edificar uma cadeia argumentativa convincente e definitiva, vale dizer: incapaz de ser desconstruída pela parte adversa. O

direito probatório não é destinado prioritariamente ao Estado-juiz, mas às partes, pois estas que serão afetadas pela decisão, e não o magistrado. Assim, não há ilicitude em se restringir os meios de prova, pois isso diz respeito apenas às partes, que sofrerão as consequências das suas escolhas; o juiz, nesse contexto, deve respeitar a convenção processual e decidir de acordo com a cognição viabilizada pelos litigantes e, sendo esta insuficiente, julgar com fulcro nas regras de distribuição do ônus da prova, decidindo contrariamente em face de quem incidia o ônus da produção da prova não produzida.

6. Em se tratando de situação jurídica de vantagem, a parte tem a livre opção de dela renunciar, ou, simplesmente, não a exercer. Não se pode admitir que o exercício do direito se dê impositivamente. Direitos não são exercidos forçadamente. O Estado não deve limitar desenvolvimento da liberdade, mas sim respeitar a escolha dos litigantes, salvo nos casos de invalidade. Não cabe ao Poder Judiciário desrespeitar a convenção processual válida sob o fundamento de que ela não atinge a solução mais “eficaz” ou “justa”. Portanto, repulsar os negócios probatórios, além de prejudicar o caráter participativo e democrático do processo, deprecia a liberdade e a autonomia das partes, evidenciando, por outro lado, um protagonismo exacerbado do julgador, o que não se coaduna com o modelo cooperativo de processo (artigo 6º, do CPC/2015). Além disso, é melhor que as partes, conhecedoras dos fatos, possam livremente indicar os meios de prová-los. Tal medida denota a faceta democrática do processo civil, capaz de possibilitar às partes a produção, de forma colaborativa, da decisão judicial.

7. Se, de um lado, o magistrado pode determinar a produção de provas, por outro lado é das partes o ônus de provar, além de terem elas o encargo de praticar atos imprescindíveis à realização da prova. Assim, por exemplo, de nada adianta o julgador determinar, de ofício, a produção de perícia se os litigantes decidirem não efetivar o pagamento dos honorários ao perito. Igualmente, de nada adiantaria determinar, de ofício, a produção de prova testemunhal se as partes convencionarem não arrolar qualquer testemunha. Além disso, como já dito neste trabalho, existem procedimento que restringem, por si só, a cognição do juiz, que, por

exemplo, não pode, no processo de inventário e partilha de bens, determinar, de ofício ou a requerimento, a realização de prova que não a documental. Da mesma forma, não pode o julgador produzir prova testemunhal ou pericial em sede de mandado de segurança.

8. Embora não seja possível dispor sobre situações processuais de terceiros, inclusive do juiz, isso não quer dizer que o magistrado não pode ser vinculado aos negócios processuais. As partes podem vincular o juiz ao acordo, afetando, por óbvio, o exercício dos seus poderes. Essa vinculação é uma consequência lógica das disposições das situações jurídicas titularizadas pelos sujeitos parciais, haja vista a composição da relação processual. Assim, em relação aos negócios processuais probatórios, há um pacto sobre as provas que poderão ser produzidas, o que afeta a decisão judicial, restringindo a cognição do juiz; contudo, isso não significa que o julgador perderá alguma situação jurídica processual ou prerrogativa. Nesse caso, as partes alcançam o resultado pretendido por meio de avença permitida pelo ordenamento, uma vez que podem, inclusive, renunciar unilateralmente a determinadas provas. Por essa razão, acredita-se que os litigantes, quando celebram referidas avenças, não estão dispondo sobre algo que não é seu; pelo contrário, os acordos probatórios válidos envolvem interesses essencialmente privados, e, portanto, alheios à figura do juiz. Entendimento contrário parte de uma concepção hiperpublicista – em desconformidade com a ideologia do novo CPC –, pois compreende o juiz como uma figura paterna e as partes como “meros espectadores”, ou seja, seres incapazes de entender as consequências dos seus atos.

9. Como visto, alguns autores entendem que a busca da verdade à condição de “interesse público inafastável”, motivo pelo qual o ordenamento jurídico não tolera convenções processuais sobre os meios de prova. No entanto, o critério do “interesse público”, além de vago e impreciso, encontra-se em ruínas. Em verdade, referido parâmetro não se mostra adequado à investigação acerca da ilicitude de determinado negócio processual. Isso porque o ordenamento jurídico vem institucionalizando diversos influxos da autonomia privada no direito público – o que antes era tido como inaceitável, por exemplo: (1) no direito

administrativo: possibilidade de submissão à arbitragem dos conflitos da Administração Pública envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996); (2) transação em processos coletivos acerca dos direitos e interesses transindividuais (Resolução nº 118, do CNMP); (3) no direito penal: delação premiada, transação penal, suspensão condicional do processo e composição civil dos danos. Assim, não é suficiente sustentar a presença de um “interesse público” para infirmar a validade dos negócios processuais, sobretudo num processo cooperativo, onde público e privado encontram-se em constante equilíbrio e simbiose.

10. A atividade instrutória do juiz, em simetria com as regras que atribuem o ônus da prova, apenas incidem nas hipóteses de incompletude do conjunto probatório e permanência de dúvida. Ao julgador compete, se for o caso, somente uma atividade integrativa (subsidiária, complementar) – uma vez produzidas as provas exigidas pelas partes, se ainda restar dúvida quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar a iniciativa probatória de saná-la. No entanto, sendo válido o negócio jurídico que restrinja os meios de prova, o órgão julgador não pode ignorá-lo, ficando vinculado à escolha das partes, representada em um ato de vontade manifestada. Se o fizesse, negar-se-ia às partes a qualidade de protagonistas da cena processual, que caberia somente ao julgador, desprestigiando a ideologia cooperativa e a divisão equânime de trabalho. Desse modo, considerando que o sistema probatório existe em favor das partes, e não do juiz – que sequer possui capacidade negocial e, portanto, não é parte dos negócios processuais -, conclui-se que o comportamento instrutório do magistrado possui essa limitação, uma vez que o julgador se vincula à norma convencional. Ademais, qualquer negócio processual afeta a atividade do juiz, motivo pelo qual este argumento não se revela válido para inadmiti-los.

11. Existem limitações cognitivas próprias do ser humano, cuja mente é naturalmente condicionada, que impossibilitam conhecimento pleno da verdade. Na realidade, toda verdade é relativa, na medida em que é contextual e vinculada à realidade em que se estabelece, por meio das provas disponíveis, tanto fática como juridicamente. Assim, se o acesso

humano à realidade é precário, seja em virtude da fragilidade dos sentidos ou das restrições orgânicas do cérebro para a adequada reconstrução dos fatos, não há que se falar na ilicitude dos negócios processuais probatórios em razão do prejuízo ao alcance da verdade; até porque não se negocia a verdade, mas como os fatos serão provados. O objetivo destes pactos é a forma como o fato será embutido no antecedente da norma da decisão. Diversos fatores levam à limitação da compreensão humana da realidade, dentre eles o local, o tempo e o espaço em que o interlocutor é inserido; assim, os pactos sobre os meios de prova representam apenas mais uma dessas restrições, com o diferencial de ser expressamente consentida pelas partes, no pleno exercício de sua autonomia privada. Dentro do processo, a certeza absoluta é inalcançável; e a verdade, por sua vez, não é a finalidade do processo.

12. Por fim, cabe salientar que as convenções processuais sobre os meios de prova não fulminam, em tese, qualquer direito processual fundamental; pelo contrário, reforça o direito à liberdade, constitucionalmente assegurado. Assim, referidos pactos não violam, em abstrato, o núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais, bem como não atingem a reserva de lei. Além disso, estes acordos não têm o condão de ofender a boa-fé, o contraditório e a cooperação. Claro que a análise das convenções processuais, quaisquer que sejam, sempre deverá ser realizada concretamente, caso a caso; todavia, é importante ressaltar que o simples fato de o objeto da avença envolver a restrição da cognição judicial não atrai, por si só, sua ilegalidade ou inconstitucionalidade.

## 7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. Tese. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2014.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e o novo CPC. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1. p. 81-92.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – Existência, validade e eficácia – Campo-invariável e campos-

dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, ano 40, n. 244, p. 393-423, jun. 2015.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. No acordo de procedimento qual é o papel do juiz (codeclarante, mero homologador ou outro)? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, jul./set. 2015, p. 321-324.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, ano 40, p. 219-238, ago. 2015.

BASTOS, Núbia Maria Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. 5.ed. Fortaleza: Nacional, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 148, p. 293-320, jun. 2007.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processua. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 489-516, mar. 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Direito fundamental à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 228, p. 359-376, fev. 2014.

CAPONI, Remo. Aspetti fondamentali del processo civile tedesco (in margine alla traduzione in língua italiana dela ZPO). **Il giusto processo civile**, Napoli, v. 6, n. 1m p. 71-81.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do Projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1. p. 37-62.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador, Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1. p. 19-26.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de processo**, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 69-83, jan. 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.



DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 6, 2015, Curitiba. **Carta de Curitiba**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DOS MAGISTRADOS, 2015, Brasília. **Enunciados sobre o novo CPC**. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

GAJARDONI. Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

GODINHO, Robson Renault. **Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro**. Tese. São Paulo: PUC. 2013b.

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Processo de conhecimento**: provas – Coleção novo CPC: doutrina selecionada. Salvador: Juspodivm, 2015b. v. 3. p. 292-311.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre ônus da prova no novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015c. v.1. p. 407-416.

GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. **Civil Procedure Review**, v. 4, n. 1, p. 36-86, jan./abr. 2013a. Disponível em: . Acesso em: 15 dez. 2015.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 32-53, jun. 2009.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 4, n. 4, p. 213-269, ano 2003/2004.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de processo**, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle de decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 290-304.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 463-487, mar. 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da existência). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da eficácia – 1ª parte). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes e a invalidade dos negócios jurídicos. In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **Estudos de direito privado e**

**processual civil:** homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 77-97.

MITIDIERO. Daniel. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. “O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro”. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 31, n. 96, p. 69-91, out./dez. 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo constitucional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais:** análise dos provimentos judiciais como atos negociais. Tese. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2011.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie *et al* (Org.). **Novas tendências do processo civil:** estudo sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil:** proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUEIROZ. Pedro Gomes de. Convenções disciplinadoras do processo judicial. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 13, jan./jun. 2014. Disponível em: . Acesso em: 20 nov. 2015.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil.** 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1. p. 383-406.

SILVA, Paula Costa e. Preterição do contraditório e irregularidade de constituição de Tribunal Arbitral. **Revista de processo**, São Paulo, n. 212, p. 301-334, out. 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção dar partes em matéria processual: rumo a nova era?. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1. p. 63-80.

YARSHELL, Flávio Luiz. O projeto do novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: “discovery” brasileira?. **Processo societário**. YARSHELL, Flávio Luiz; SETOGUTTI, Guilherme. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

#### NOTAS:

[1] Enunciado nº 50, do FPPC: “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”.

## ASPECTOS TRADICIONAIS E MODERNOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

**JOSÉ DAVID PINHEIRO SILVÉRIO:** Advogado Público Municipal. Pós-graduado em Direito do Estado e em Direito Constitucional.

**RESUMO:** Como cediço, o devido processo legal ostenta índole de princípio-base do sistema processual brasileiro. Ademais, há vertentes do devido processo legal que vão para além do âmbito processual. Nesse sentido, estudar-se as suas facetas sob o viés de seu nascedouro e sua aplicação moderna.

Palavras-chave: Devido processo legal. Vertentes.

**ABSTRACT:** As a beggar, due process of law bears the basic principle nature of the Brazilian procedural system. In addition, there are aspects of due process that go beyond the procedural scope. In this sense, study its facets under the bias of its birth and its modern application.

**Keywords:** Due process legal. Vertentes.

---

### 1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Afigura-se de grande relevância o estudo dessa temática a partir da análise do princípio-base do sistema processual pátrio, em vista de sua importância singular dentro da propedêutica processualística, a par de ser a fonte de onde decorrem e deságuam vários outros princípios.

#### 1.1 Origem e Evolução do Devido Processo Legal

À guisa de entrada, cumpre ressaltar que o nascedouro do devido processo legal – segundo maciça doutrina – a exemplo de Ricardo Maurício Freire Soares (2008:67), encontra-se na Inglaterra, mediante a Magna Carta (*Magna Carta Libertatum*) outorgada pelo então Rei *João Sem Terra*, no longínquo ano de 1215, a qual previa inúmeros direitos feudais alcançados pelos barões ingleses, consectário de suas intensas vindicações, inclusive da marcha sobre Londres em 24 de maio do mesmo ano, visto que, à época, imperava um forte descontentamento

para com o soberano, tendo, ainda, substancial apoio dos demais munícipes londrinos.

De bom alvitre frisar que dita revolução aconteceu em virtude da habitualidade dos ingleses no que atina às leis que se mostravam durante longo tempo de aplicação amena em seu desfavor, além de apresentarem marcante índole consuetudinária (ou costumeira). De sorte que surgiu uma política de barganha, vertida no binômio – investimento financeiro *versus* reconhecimento de direitos –, à medida que João com o fito de sustentar suas campanhas bélicas majorava a carga tributária e, em contrapartida, os barões exigiam direitos positivados e não meras “garantias extralegais”, revelando-se uma clara troca de favores.

Ante esse cenário político, em data de 15 de junho daquele ano desenvolveu-se em *Runnymede* um encontro entre o soberano e os tais insurretos cidadãos londrinos, tendo naquele azo sido apresentado o documento *Articles of the Barons* (Artigos dos Barões), que posteriormente serviria de fundamento para a Carta Magna. Tal documento trazia em seu bojo a cláusula 39, tida como “coração da Magna Carta” e que tinha literalmente o seguinte teor: “nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”.

Conquanto escrito a princípio em latim, o documento exaltou a famigerada expressão *the law of the land* (a lei da terra), que posteriormente cambiaria para a célebre *due process of law* (devido processo legal), utilizada até os dias atuais. Sendo assim, surgiram como corolário da conquista dos barões ingleses diversos ordenamentos posteriores que preceituaram tal garantia como, v. g., o de Maryland, Pensilvânia e Massachussets (Nery Júnior, 2004:62).

Nesse diapasão, em face de a Convenção da Filadélfia, a qual aprovou a Constituição Americana (1787) não ter contemplado a tutela aos direitos individuais, adveio a Emenda n.º 5 à Constituição Americana de 1791, incorporando ao seu texto o devido processo legal, *litteris*:

Ninguém será obrigado a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um grande júri, exceto em se tratando de casos que,

em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá ser constrangido a depor contra si mesmo em processo criminal, nem ser privado da vida, liberdade, ou de seus bens, sem o processo legal. Nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público sem justa indenização.

Tempos depois, corroborando o prestígio dos direitos individuais insertos nas Cartas Magnas dos países pelo mundo, a Constituição Estadunidense voltou a ser modificada por meio da Emenda n.º 14 fazendo referência ao trinômio *vida-liberdade-propriedade* protegendo-os contra os abusos e teratologias dos Estados, enaltecendo, assim, a aplicação do devido processo legal.

Assim, nota-se indubitavelmente a grande parcela de contribuição que tiveram os Estados Unidos para o fortalecimento do princípio sob enfoque e sua respectiva inserção nos ordenamentos de outras nações, consoante, outrossim, preleciona Carlos Roberto Siqueira Castro (2006: 11): “através do fenômeno da recepção, o direito norte-americano foi herdeiro direto dessa garantia constitucional, tendo tido o mérito de embalá-la, criá-la e fazê-la florescer com inextinguível criatividade”.

Doutra sorte, na realidade brasileira só fora inserido o princípio-garantia do devido processo legal na vigente Carta Política de 5 de outubro de 1988, com um largo retardo temporal de séculos, como se o direito pátrio fizesse tábula rasa para o evoluir da norma jurídica mundial.

Sua positivação em nossa *Lex Mater* encontra-se no art. 5.º, LIV, com a redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, redundando ainda no inciso LV do mesmo artigo: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A respeito, é superabundante trazer a lume o entendimento de parte da doutrina que afirma ser uma redundância haver expressamente no texto constitucional os princípios decorrentes do devido processo legal (como o contraditório e a ampla defesa, p. ex.) dada a sua auto-significação. Entrementes, em nosso sentir, nada mais razoável a CF agregá-los ao seu texto, em vista do contexto histórico que ela

foi redigida, isto é, sob uma atmosfera marcada pela reprochável e antidemocrática ditadura militar.

Assim sendo, em lapidar síntese, restou esposado acima o nascimento e a evolução do princípio alicerce da ciência processual, apresentado tanto num contexto nacional como internacional para fins de facilitar o seu entendimento dentro do enfoque dos direitos fundamentais do cidadão.

## 1.2 O Devido Processo Legal como Direito Fundamental

A expressão *direitos fundamentais* (“droits fondamentaux”), nasceu na França no ano de 1770, resultado do movimento que originou a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Esta, a propósito, em seu art. XI já garantia a aplicabilidade do devido processo legal, senão vejamos:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (grifo nosso)

No contexto nacional, a CF/88 confere proteção especial aos direitos fundamentais, tanto ao afirmar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5.º, § 1.º), quanto ao fato de inseri-los no cerne imutável da Constituição<sup>[1]</sup> hospedado no art. 60, § 4.º, salvaguardando-os não somente do legislador ordinário, mas também do poder constituinte reformador.

A propósito, pode-se dizer que há dois aspectos dos direitos fundamentais: um *material* e outro *formal*. O segundo enquadra-se naqueles encartados no Título II da CF, diga-se, na parte “Dos direitos e garantias fundamentais”. Sem embargo, a nossa Carta Política aceita a inserção de outros direitos fundamentais não elencados naquele Título, basta, para tanto, que guardem compatibilidade material com o regime e os princípios por ela adotados, a teor do cânone do art. 5º, § 2.º.

Mas, não é somente o fato de estar previsto no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal ou com ela ser materialmente compatível que se atribui ao devido processo legal esse importante status de direito fundamental. Não se pode olvidar, conforme



sobejamente abordado no item anterior, que desde os primórdios de nossa sociedade até bem pouco tempo atrás, reinavam os abusos dos governantes que ao terem o poder em suas mãos praticavam toda sorte de excessos, uma vez que os seus atos estavam acima da lei, não tendo que se submeter a nenhum tipo de regra ou norma, pois, a bem da verdade, a lei era simplesmente a vontade do soberano.

Diante disso, com o desiderato de sobrestar essas teratologias praticadas pelo Estado é que exurgiu o Princípio da Legalidade, passando a Administração Pública a condicionar todos os seus atos à estrita observância da lei. Assim, firmou-se, paulatinamente, como supedâneo de todos os atos administrativos e como elemento disciplinador das relações patrimoniais e sociais em geral.

Tal princípio constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não é admitir fazer tudo que se deseje, porém somente o que a lei permitir. Destarte, a Legalidade, definida pela presença da lei tendente a regular todas as relações do Estado para com o indivíduo e a sociedade – dentro da ciência processualística –, manifesta-se por meio do princípio do devido processo legal, o que nos ensinamentos de Nelson Nery Júnior (2004:60), é “o gênero do qual são espécies todos os outros princípios constitucionais do processo”. Assim sendo, nota-se a importância singular do princípio em tela no âmbito dos direitos fundamentais.

### **1.3 Sentido Processual, Substantivo e Genérico do Devido Processo Legal**

Na gênese, o devido processo legal foi elaborado tão somente como uma garantia processual, isto é, como um princípio que intencionava assegurar a regularidade do processo em todas as instâncias judiciais.

De modo que foi com esse caráter eminentemente processualista que o devido processo legal vigeu na antiga Inglaterra, através de sua inserção na Magna Carta, em seguida fazendo parte das Cartas Coloniais da América do Norte e, ulteriormente, fortalecido com a 5.<sup>a</sup> e 14.<sup>a</sup> Emendas à Constituição Estadunidense (cf. Nery Júnior, 2004:35).

A princípio, mostrava-se como pressuposto de validade no âmbito penal, e por elastério, empós passou para a seara civil, vindo, mais recentemente, a integrar os procedimentos administrativos.

O Supremo Tribunal Federal, a propósito, assim o define, *ipsis litteris*:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos judiciais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. (STF – AI n.º 529.733, DJ 01.12.2006)

Dessarte, é no sentido processual que tal garantia se apresenta de forma mais explícita, tendo como desiderato o efetivo acesso à justiça, assegurando a manifestação da igualdade entre as partes, do direito de ação, de defesa e do contraditório.

Hodiernamente, tem-se o devido processo legal como a garantia de um processo e sentença justos. Para tanto, assegura-se toda uma gama de princípios e garantias tendentes a consecução da finalidade do processo que é dar direito a quem tem razão, chegando-se, assim, a tão almejada paz social.

A natureza da ação, seja ela civil ou penal, é que determinará o alcance de tal princípio no processo, uma vez que tanto o processo civil como o penal possuem uma sistemática própria para a incidência do devido processo legal.

Verifica-se, às escâncaras, a sua indiscutível índole processual, nada obstante, não é apenas nesse sentido que se apresenta o princípio ora em estudo. Há, ainda, como derivado do devido processo legal, os sentidos substancial e genérico.

No **sentido substancial ou material** (Nery Júnior, 2004:37), protegem-se os direitos materiais mediante um processo judicial ou administrativo, asseguradas todas as garantias de índole constitucional, além de impor limites ao poder de polícia da administração pública, de modo a controlar seus atos.

Daí porque surge a imposição ao Poder Legislativo de elaborar leis que visem ao interesse público, de sorte a conseguir a satisfação do Princípio da Razoabilidade das Leis, ou seja, toda lei deve ser sempre razoável sob pena de ser controlada pelo Judiciário. Neste sentido substancial, aliás, manifesta-se o Princípio da Legalidade, segundo o qual a administração só pode agir nos limites da lei, sendo-lhe proibido agir *contra legem* ou *praeter legem*.

Assim, com a evolução da sociedade e do direito, tanto a doutrina como a jurisprudência ampliaram a conceituação do sentido substantivo do devido processo legal, conferindo-lhe uma interpretação mais elástica, com vistas a dar maior garantia aos direitos dos cidadãos.

Por derradeiro, cumpre-nos falar sobre o **sentido genérico** do devido processo legal. Porém, válido ressaltar antes de tudo, que a nossa Corte Suprema entendeu que a CF apenas prevê os sentidos substancial e processual, senão vejamos: “Abrindo o debate deixo expresso que a Constituição de 1998 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5.º, respectivamente.”, conforme o precedente do STF na ADI (MC) n.º 1.511, voto do Min. Carlos Velloso (DJ 06.06.2003).

Não obstante a isso, posicionamo-nos ao lado da corrente que admite também o sentido genérico do devido processo legal, o qual, em linhas gerais, gira em torno do trinômio *vida-liberdade-propriedade*, tutelando os bens da vida no sentido mais amplo.

Ora, é justamente no sentido genérico que a nossa Carta Política faz menção ao devido processo legal ao prever em seu art. 5º, inciso LIV, a tutela da liberdade e dos bens do cidadão, aliás, com clara inspiração nas Emendas 5.<sup>a</sup> e 14.<sup>a</sup> da Constituição Estadunidense.

Em vista disso, é que somos pela inclusão do sentido genérico como derivação do devido processo legal.

#### **1.4 Devido Processo Legal na Jurisdição Penal**

Como já reportado em linhas transatas, o devido processo legal surgiu, *a priori*, como princípio condicionante do processo penal, composto

por garantias “explícitas” e “implícitas”, dentro da sistemática de proteção à liberdade pela Constituição Estadunidense.

Deveras importante mencionar que entre tais garantias contidas na Carta Magna norte-americana havia a expressa proibição ao *bill of attainder*[2], além do direito de defesa e ao contraditório.

Entretantes, é indubitoso que a grande incidência do devido processo legal na jurisdição penal encontra-se intrinsecamente ligada aos Princípios do Contraditório e Ampla Defesa, que somente se fizeram presentes no direito constitucional pátrio a partir da CF/88 (Grinover, 1985:6).

Portanto, tem-se em sede de dispositivo constitucional o caráter dialético e isonômico da relação processual, elemento vinculador da *persecutio criminis*, e que no entender de Ada Pellegrini Grinover (1985:7), é ao mesmo tempo garantia das partes, do processo e da jurisdição:

Garantias das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do “devido processo legal”, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.

Demais disso, para que haja a regularidade da instrução criminal, faz-se mister que as provas produzidas tenham lícito caráter de idoneidade, pois que malfez o Princípio da Justiça nas relações processuais o manuseio de meios de prova obtidos ilicitamente.

A respeito, é sobranceiro em nossa Carta Magna o Princípio da Proibição de Provas Oriundas de Atos Ilícitos, constante, pois, do art. 5.º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Conseqüentemente, infere-se que o devido processo legal no âmbito da jurisdição criminal informa-se pelo conjunto de garantias referentes ao contraditório, tendo o condão de invalidar qualquer ato (ou omissão) que resulte em prejuízo para a defesa, inclusive com entendimento sumulado pelo STF (Súmula 523): “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

### **1.5 O Devido Processo Legal na Jurisdição Civil**

No que tange ao processo civil, este se revela de forma clara e indubitosa terreno fértil para a aplicação do devido processo legal, em que pese à pretérita Constituição brasileira ter-lhe olvidado, tão somente assegurando o contraditório e a ampla defesa relativamente ao processo criminal, deixando-o à míngua de tais princípios processualístico-constitucionais.

Às avessas disso, registrem-se, por oportuno, as sábias e abalizadas palavras do mestre Cândido Rangel Dinamarco (1986:62) que, por elastério, entendia serem totalmente aplicáveis tais garantias ao processo civil e aos procedimentos administrativos, mesmo diante da referida omissão da antiga Constituição, o que, diga-se de passo, vai ao encontro de nosso posicionamento.

Superado esse imensurável disparate do Constituinte de 1967, a nossa atual Carta Magna prescreveu em seu art. 5.º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em virtude da aludida omissão por parte da Lei Maior revogada, entendia-se que ditas garantias quedavam-se implícitas no Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário. Válido ressaltar, que esse princípio adentrou formalmente ao Ordenamento Jurídico brasileiro com a Constituição de 1946, denotando, pois, que o Poder Judiciário, levando-se em conta a separação tripartite dos poderes do Estado, incumbe-se de decidir sobre o direito objetivo, isto quer dizer: pôr fim aos litígios.

Por isso, no exercício da jurisdição, *id est*, na composição dos conflitos, a tutela jurisdicional, acima de tudo, tem de ser prestada pelo Estado com justiça e ética superiores para fins de solucionar os litígios segundo o direito, de modo a (r)estabelecer a paz social.

Nessa esteira, revela-se de acentuada imperiosidade a lição do professor Carlos Roberto Siqueira Castro (2005:303) ao enfrentar a matéria ora versada:

Na realidade, a garantia do contraditório e da ampla defesa significa o direito à tutela jurisdicional por parte do réu, ou seja, o direito público subjetivo do figurante no pólo passivo da relação processual a exigir do “Estado-juiz” que ouça suas razões de defesa ou de contra-ataque à pretensão ajuizada com a ação civil, conferindo-lhe, em regime de igualdade com o autor da demanda, oportunidade de produzir as provas a seu ver conducentes à improcedência do pedido. (grifo nosso)

À toda evidência, o devido processo legal liga-se à própria destinação do processo, que intenciona não a satisfação dos interesses pessoais do autor ou do réu, mas sim decidir o direito objetivo posto à sua cognição. Eis, então, o motivo do monopólio estatal que ao repudiar o exercício arbitrário das próprias razões, põe à disposição do jurisdicionado um processo pautado por procedimentos legais, tendentes a consecução de uma sentença justa e o conseqüente fim da contenda.

### **1.6 O Devido Processo Legal no Processo Administrativo**

Ante as intrincadas relações entre a sociedade e a Administração Pública, o devido processo legal – no âmbito do Direito Administrativo – ganhou relevo em virtude do intervencionismo estatal fortemente presente na segunda metade do século XX.

Nessa esfera de incidência, o devido processo legal visa a resolver as celeumas entre o Poder Público e os indivíduos, garantindo a aplicação dos Princípios da Legalidade e da Moralidade, consonante preceituado pela Lei Maior.

De sorte que é imperativo da Administração a sua submissão aos direitos fundamentais colacionados na CF/88, ou seja, o Estado se autolimita, subordinando-se totalmente ao Princípio da Legalidade, inclusive com subserviência aos atos que ele próprio tenha editado (Siqueira Castro, 2005:307).

Diante disso, pode-se dizer que todos os atos administrativos, quando válidos, vinculam tanto a Administração Pública como também os administrados.

Faz-se mister ressaltar, no ensejo, que o princípio segundo o qual o Poder Público deve submeter-se aos atos que venha a editar sob o prisma da legalidade é sucedâneo incontestado do Estado de Direito, presente, outrossim, nos países que desenvolvem seus ordenamentos jurídicos mediante regimes democráticos.

Em arremate, deduz-se que a cláusula do devido processo legal na seara do Direito Administrativo, precipuamente, tem por escopo regular os entraves existentes entre o Poder Público e o administrado, mormente em face da posição de superioridade daquele perante este, de modo a evitar os abusos de poder e estabelecer, de certa forma e ao menos em tese, paridade entre os dois sujeitos dentro de uma relação processual.

Paridade, aliás, que é condição inarredável para se chegar a um resultado útil e justo dentro de um processo, quando os sujeitos contendores não têm igualdade de forças, haja vista que o particular frente ao Estado tem uma manifesta posição de hipossuficiência.

## **2. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por todo o exposto, cabe-nos realçar em sede de linhas conclusivas que, muito embora a notoriedade do devido processo legal sob o prisma processual, ganha relevo, modernamente, as suas vertentes material e genérica, conformando-se, portanto, o tripé de sustentação do devido processo legal. Para tanto, basta analisar os precisos termos constitucionais e os seus inarredáveis contextos históricos internacionais, para se pavimentar a conclusão ora defendida.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

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

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**, 8.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil** in Revista de processo, nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 1976.

\_\_\_\_\_ **Manual de Direito Processual Civil**, 5. Ed. São Paulo: RT, 1996, v. 2

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os poderes do juiz** in O processo civil contemporâneo, Curitiba: Juruá, 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Malheiros, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

COSTA, Newton C. A. da. **Conjectura e quase-verdade** in Direito Política Filosofia Poesia: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, em seu octogésimo aniversário, coord. Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Jr.. São Paulo: Saraiva, 1992.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Processual Civil**, . Ed. Buenos Aires: Depalma, 1993,

DIDIER JUNIOR, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**, 9ª Ed. 2008, Bahia, Editora *JusPODIVM*.

DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada P. e CINTRA, Antonio Carlos Araújo, **Teoria geral do processo**, 9ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.



GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES JUNIOR, João. **A Prova no Processo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MICHELI, Gian Antonio e TARUFFO, Michele. **A prova in** Revista de Processo, nº 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1979.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 7.ª ed. Ver. E atual. com as leis 10.352/2001 e 10.358/2001, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 2ª ed., São Paulo, Ed. Método, 2008.

PESTANA DE AGUIAR E SILVA, João Carlos. **As Provas no Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Verdade e conjectura**. Nova Fronteira, 1983.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 3º vol., São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. I, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido Processo Legal: Uma visão pós-moderna**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho**. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 202, abr.2006.

SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**, Curitiba: Livro é Cultura, 1990.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**, 8ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Editora LTr, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II.

**NOTAS:**

[1] Há várias nomenclaturas para referir-se ao art. 60, § 4º da Constituição Federal; uns falam em cláusulas pétreas, outros, como Maria Helena Diniz, preferem “normas de eficácia absoluta”, pois são totalmente intangíveis.

[2] Tem-se por *bill of attainder* como sendo o ato legislativo que considera alguém culpado pelo cometimento de infração penal sem preceder de um processo e julgamento regular, nos termos da lei, em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa. (cf. *Black's Law Dictionary*, Ed. West Publishing Co., 1968, p. 162).

## APLICABILIDADE DO 1º DO ART. 373 DO NCPC AO PROCESSO DO TRABALHO

**NILSON LUIZ DE LIMA JUNIOR:** Graduado em Direito pela Universidade Uniderp/Anhanguera, pós-graduado em Direito Processual Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais PUC-MINAS, Advogado.

**RESUMO:** O presente artigo analisa a teoria da dinamização do ônus da prova aplicada ao processo do trabalho diante da novidade trazida no Art. 373, §1º da Lei nº. 13.105. Busca-se demonstrar que através dos princípios norteadores da justiça do trabalho, bem como a busca da efetivação da justiça como corolário do processo constitucional democrático a dinamização da carga probatória se faz presente na relação processual trabalhista, aplicando-se subsidiariamente a inversão do ônus da prova *ope judicis* regrada no NCPC ao processo do trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito processual do trabalho; processo democrático; teoria da dinamização do ônus da prova; Art. 373, §1º do NCPC; aplicação subsidiária do NCPC.

---

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema a análise da aplicação subsidiária da inversão do ônus da prova *ope judicis* do Art. 373, §1º do NCPC no processo do trabalho.

O tema é deveras sensível uma vez que o Art. 769 da CLT prescreve que o processo comum somente ser-lhe-ia aplicado quando da omissão da lei trabalhista. Contudo a CLT em seu Art. 818 contém regra de ônus processual, *a priori* não há omissão na legislação trabalhista no que se refere ao módulo da prova.

O objetivo do trabalho é demonstrar que embora a CLT tenha disciplinado sobre o ônus probante, as novas regras sobre a distribuição da prova prevista no NCPC são aplicáveis ao processo do trabalho. Isso porque a inversão do ônus da prova não é apenas uma regra de instrução processual, mas sim um instrumento

que busca a efetivação da justiça e corrobora com a busca da verdade real que norteia a processualística trabalhista.

A justificativa do presente trabalho consubstancia-se na necessidade do aplicador do direito identificar essa nova possibilidade de inversão do ônus da prova no processo do trabalho, identificando a subsidiariedade da dinamização da carga probante no processo do trabalho com fulcro no instituto do processo democrático e também do princípio da boa-fé processual.

A vertente metodológica adotada é Jurídico-sociológico<sup>[1]</sup>, uma vez que busca compreender o fenômeno jurídico da dinamização do ônus da prova no processo do trabalho trabalhando com as noções de eficiência, eficácia e efetividade das relações direito/sociedade. A investigação é jurídico-projetivo, pois busca detectar tendências futuras sobre as regras de distribuição do ônus da prova no âmbito da relação processual trabalhista.

## **2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PROVA, ÔNUS DA PROVA E DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA**

Na lição de Ovídio Batista da Silva, “*prova*” significa tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores dos direitos que haverão de basear a convicção do juiz, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz. (SILVA apud HIGINO NETO, p. 73).<sup>[2]</sup>

Segundo Cambi prova é:

Um vocábulo polissêmico, no sentido jurídico, costuma-se referir à prova como “atividade probatória”, meio para se buscar a “verdade” dos fatos, procedimento pelo qual os sujeitos processuais buscam obter o resultado do processo ou mesmo como mecanismo que leva à formação da convicção do juiz. (CAMBI apud PAOLIONELLI, 2014, p. 37).<sup>[3]</sup>

No sentido subjetivo, o vocábulo prova, quando utilizado no processo, é para designar a convicção do íntimo do julgador, isto é, o resultado que a

atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2014, p. 16).[\[4\]](#)

Já no sentido objetivo, o vocábulo prova é utilizado para designar a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2014, p. 16).[\[5\]](#)

No dicionário *online* priberam ônus da prova é responsabilidade ou obrigação de provar determinado fato ou determinada afirmação (ex.: é ao acusador e não ao acusado que compete o ônus da prova).[\[6\]](#)

O ônus da prova é corolário da vedação do *non liquet*, ou seja, não provado determinado fato a sentença tenderá ser desfavorável aquele que teria o ônus de provar-lo, isso porque é vedado o juiz abster de julgar.

Neste sentido, Didier, Braga e Oliveira (2014, p. 75), explicam que o ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem.

Paolinelli afirma que a legislação brasileira adota como regra geral um modelo clássico de distribuição estática do ônus probatório. (PAOLINELLI, 2014, p. 154).[\[7\]](#)

E de fato no direito brasileiro ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Todavia nem sempre o autor é o mais apto a produzir a prova, diante da dificuldade ou até mesmo impossibilidade. Neste sentido dissertam Fredie Didier e Hermes Zaneti:

“[...] nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído - em muitos casos, por exemplo, vêm-se diante de prova diabólica (prova impossível). [...] essa distribuição rígida do ônus da prova atrofia nossos sistemas e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos. Não se nega a validade da teoria clássica como regra geral,

mas não se pode admitir que tal regra inflexível esteja em condições de solucionar todos os casos práticos que a vida apresenta. (DIDIER e ZANETI Apud PAOLINELLI, 2014, p. 154)[8]

Na tentativa de quebrar esta linear regra surge à teoria da carga dinâmica da prova, preconizada pelo jurista argentino Jorge Walter Peryano.

Sergio José Barbeiro sintetiza a teoria do jurista argentino em uma única frase: “O ônus probatório se faz recair sobre ‘quem está em melhores condições de provar’”. (BARBEIRO apud ZANETI, 2011, P. 117).[9]

Não podemos dizer que na legislação pátria a dinamização da prova é uma novidade, todavia o instituto era restrito as relações consumerista.

DIDIER, Braga e Oliveira (2014, p.86) teceram críticas sobre limitação da teoria da dinamização as relações de consumo, pois segundo os autores a inversão *ope judicis* prestigia o princípio da igualdade e da adequação.[10]

O direito à prova deve ser observado como condição *sine qua non* para realização do efetivo direito de agir. (MACÊDO e PEIXOTO, 2014, p.72).[11]

No presente trabalho a prova é tratada como direito fundamental cujo qual se desdobra numa série de outros princípios tais como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e prestação jurisdicional efetiva.

Quem detém determinada prova deve levar aos autos, pois no processo do trabalho não se faz presente a regra da não auto-incriminação.

Alguém que detém determinada prova não pode se valer de regras estáticas para lesar a parte contrária.

Insta frisar que o processo judicial é regido pelo princípio da boa-fé (Art.5º do NCPC), uma vez que a parte que possui melhores condições de produzir determinada prova e não o faz devido à carga estática do módulo da prova com a absoluta certeza está violando o princípio da boa-fé processual e conseqüentemente afetando a efetividade da justiça.

O prova como direito fundamental é essencial para alcançar um processo constitucional democrático e é notória essa preocupação da comissão dos juristas que elaboraram o NCPD ao reproduzir princípios constitucionais na Lei 13.105, como por exemplo, o Art. 4º do NCPD.

### **3. A RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIEDADE DO ART. 333 DO CPC/73 AO PROCESSO DO TRABALHO.**

O antigo Código de Processo Civil tinha redação diversa sobre o ônus probante em relação à redação celetista. Trazemos a redação dos dispositivos:

CPC/73.[12]: Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor

CLT[13]: Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

Devido às redações dos dispositivos serem diferentes, muito se discute se a regra do art. 333 do CPC seria aplicável ao processo do trabalho.

Segundo Ambrosio (2013) pela redação limitada do art. 818 da CLT, formou-se controvérsia no sentido de se admitir ou não a aplicação subsidiária da regra atinente à distribuição do ônus da prova inserida no CPC/73.[14]

Ainda conforme Ambrosio:

A primeira corrente propugna pela aplicabilidade plena do Art. 333 do CPC ao processo do trabalho, tendo em vista a dicção simplista e lacônica do art. 818 da CLT. A segunda corrente defende a aplicação exclusiva do Art. 818 da CLT, não havendo que se falar em aplicação subsidiária do CPC. Por fim, a terceira corrente sustenta a possibilidade de conciliação entre os arts. 818 da CLT e 333 do CPC (AMBROSIO, 2013, p. 36).[15]

Graziella Ambrosio diz ainda que “a doutrina e a jurisprudência majoritárias deixaram-se no sentido de se permitir a subsidiariedade do direito processual comum, sendo pacífica a aplicação do art. 818 da CLT conjugado com o art. 333 do CPC/73. (AMBROSIO, 2013, p. 37).[\[16\]](#)

Na mesma esteira são as observações de Carlos Henrique Bezerra Leite:

O art. 818 da CLT estabelece textualmente que “o ônus de provas as alegações incumbe à parte que as fizer”. Essa regra, dada a sua excessiva simplicidade, cedeu lugar, não obstante a inexistência de omissão do texto consolidado, à aplicação conjugado do Art. 333 do CPC, segundo o qual cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos”. (PAULA, 2010, p. 110)[\[17\]](#)

No mesmo diapasão está a lição de Rafael Foresti Pego, onde aponta que a jurisprudência trabalhista consagra de forma pacífica a aplicação complementar do art. 333 do CPC/73. (PEGO, 2009, p. 61).[\[18\]](#)

Com efeito, parece nos ser claro e até certo ponto pacífico que as regras do ônus probante do processo civil do CPC/73 aplicam-se ao processo trabalhista.

É importante frisar que as normas não são incompatíveis entre si, e por tal motivo podia se chegar num entendimento claramente majoritário que existia uma relação de complementariedade entre Art. 333 do CPC/73 e Art. 818 da CLT.

Duas são as razões para que haja essa relação de complementariedade, uma porque a redação do Art. 818 da CLT é lacônica, e, duas, não há conflito entre as normas processuais.

Assim sendo, mesmo não existindo omissão na CLT sobre a distribuição da carga probatória se aplica subsidiariamente as normas do processo comum.

#### **4. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA *OPE JUDICIS* DO §1º DO ART. 373 DO NCPA APLICADO AO PROCESSO TRABALHISTA**



No tópico anterior fora visto que o art. 333 do CPC/73 complementa a redação do Art. 818 da CLT, todavia essa relação de complementaridade do NCPC ao processo do trabalho é campo de férteis debates. Isso porque a nova regra processual prevê hipótese *ope judicis* de inversão do ônus da prova, acolhendo a construção doutrinária da distribuição dinâmica do ônus da prova, vejamos a nova redação processual:

Art. 373<sup>[19]</sup>. 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. **(grifo nosso)**.

§ 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.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Assim, surge a indagação se o art. 373 do NCPC seria aplicável ao processo do trabalho, precipuamente no que tange a dinamização do ônus probante.

É importante repisar que as regras do processo comum somente são aplicáveis ao processo do trabalho quando existir omissão nesta, na melhor forma do Art. 769 da CLT:

Art. 769 - 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.

Nesse ponto, como já vimos no tópico anterior a CLT não foi omissa neste sentido, e mais, o parágrafo primeiro do Art. 373 do NCPD pode até mesmo ser interpretado como incompatível com a CLT.

Mas tal entendimento não merece, e provavelmente, não irá prosperar. Isso porque, veremos a dinamização do ônus da prova já é aplicada ao processo do trabalho ainda que timidamente através da jurisprudência trabalhista, como, por exemplo, na súmula 338 do TST:

SUM-338 - JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA

**I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho** na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário II - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. **(grifo nosso)**.

Com efeito, muitos são os argumentos que encapuzam a dinamização do ônus da prova ao processo do trabalho a começar pelo princípio da verdade real que norteia o processo da justiça especializada.

Ademais segundo PAULA (2010, p. 115), é necessário que se assegure, e se facilite, o acesso dos trabalhadores à pretensão jurisdicional, para isso não sendo instrumento adequado o processo civil, assentado no princípio de igualdade dos sujeitos.<sup>[20]</sup>

Vale lembrar, que apesar de Carlos Alberto Reis de Paula ter dito que o processo civil não poder ser instrumento adequado ao processo do trabalho o estudo estava baseado conforme o CPC/73.

Acolher a dinamização do ônus da prova é primar pela boa-fé processual e dar efetivação ao exercício do direito fundamental da prova.

No processo do trabalho alguns casos peculiares são de extrema dificuldade para que o reclamante produza a prova, como no caso das ações que denunciam discriminações nas relações de trabalho, por essa razão, Elaine Machado Vasconcelos afirma que:

O direcionamento do ônus da prova para o acusado da prática de atitude discriminatória mais assente com o necessário equilíbrio entre o capital e o trabalho e, conseqüentemente, com o princípio da proteção, mormente diante das dificuldades encontradas pelo discriminado em realizar a prova de suas alegações, quando normalmente indisponíveis os meios probatórios para tanto. (VASCONCELOS Apud AMBROSIO, 2013, P. 122).

Na mesma toada estão as relações que versão sobre meio ambiente do trabalho, equiparação salarial - neste caso a enunciado nº 6 da súmula do TST inverte o ônus da prova - e demais casos que devem ser analisados *in concreto*.

Nessa esteira, a dinamização do ônus da prova em muito corrobora a proteção do trabalhador, dando efetividade ao princípio do *in dubio pro operário*.

Segundo PAOLINELLI:

O recurso à técnica procedimental do ônus dinâmico somente é compatível com a teoria do processo democrático quando previamente assentada em bases normativas. Apenas a previsão normativa objetiva e casuística da técnica pode evitar que a redistribuição do ônus na decisão de saneamento imponha um dever de prova à parte contrária. (PAOLINELLI, 2014, p. 278).<sup>[21]</sup>

É importante versar sobre o momento da inversão, que é do saneamento do processo consoante Art. 357 do NCPC. Aliás, não poderia ser outro o momento para a inversão, pois inverter ônus da prova no despacho de citação, ou seja, sem ouvir o réu, é ato atentatório flagrante ao princípio do contraditório e da ampla defesa. E caso inverta-se o ônus do processo em momento posterior ao despacho saneador também estaríamos diante de um ato que atenta com o devido processo legal, pois o requerido deve ao menos estar ciente de que caberá a ele a produção de provas. Vejamos a redação do texto de lei:

O Art. 357, III do NCPC traz o requisito processual dispondo que a decisão que inverter o ônus da prova deve ser proferida no saneamento do processo.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

## 5. CONCLUSÃO

A melhor interpretação do Art. 769 da CLT deve abarcar a aplicação subsidiária do Art. 373, §1º do NCPC para que a democratização do processo não fique restrita ao processo comum, mas também agasalhe as relações processuais trabalhistas.

Trazer ao processo do trabalho a dinamização do ônus da prova é aperfeiçoar-lo e positivar o que a jurisprudência trabalhista vem acolhendo (ainda que timidamente).

Sinteticamente, as relações comerciais e conseqüentemente as relações trabalhistas não são as mesmas de quando a promulgação da CLT. Se em 1946 tínhamos uma população predominantemente rural, hoje o cenário é totalmente diferente. Naquela época tínhamos pequenos empresários, já atualmente temos grandes corporações, que detém alto controle de suas atividades (ou deveria deter)

Desta feita, não é rara às vezes a reclamado possuir melhores condições de produzir a prova em detrimento do reclamante. Com efeito, em tais casos (que devem ser verificados no caso concreto) a dinamização do ônus da prova não é apenas aplicável ao processo do trabalho, mas sim um poder dever da jurisdição, pois estaríamos diante de um direito fundamental.

Em suma, a interpretação favorável a aplicação subsidiária da dinamização do ônus da prova no processo do trabalho coaduna com o instituto do processo democrático, visando a busca da aproximação da verdade real e somente assim teremos uma justiça efetiva e social.

## REFERÊNCIAS

AMBROSIO, Graziella. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. LTR, 2013.

DIDIER, Fredie e Outro. Curso de direito processual civil v.2. Juspodivm, 2014.

GUILHERME, Thiago Azevedo. Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça. Sergio fabris. 2011.

MACÊDO, Lucas Buriel de e outro. Ônus da prova e sua dinamização. Juspodivm, 2014.

NETO, Vicente Higino. Ônus da prova: teorias da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas e compartilhadas. Juruá, 2010.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. Ônus da prova no processo democrático. Lumen juri, 2014.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho. LTR, 2012.

PEGO, Rafael Foresti. Inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho. Livraria do advogado editora, 2009.

ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. Malheiros, 2011.

NOTAS:

[1] <<http://www.gerivaldoneiva.com/2007/10/re-pensando-pesquisa-juridica.html>>. acesso em: 26/04/2015.

[2] SILVA apud HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova. Curitiba: Juruá, 2010.

[3] PAOLINELLI, Camilla Mattos. O ônus da prova no processo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[4] DIDIER, Fredie, BRAGA, PAULO Sarno e Oliveira, Rafael Alexandria. Curso de Processo Civil V.2. Salvador: Juspodivm, 2014.

[5] DIDIER, Fredie, BRAGA, PAULO Sarno e Oliveira, Rafael Alexandria. Curso de Processo Civil V.2. Salvador: Juspodivm, 2014.

[6] "onus", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/onus> [consultado em 25-04-2015].

[7] PAOLINELLI, Camilla Mattos. O ônus da prova no processo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[8] DIDIER e ZANETI Apud PAOLINELLI, Camilla Mattos. O ônus da prova no processo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[9] ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. São Paulo: Malheiros, 2011.

[10] DIDIER, Fredie, BRAGA, PAULA Sarno e Oliveira, Rafael Alexandria. Curso de Processo Civil V.2. Salvador: Juspodivm, 2014

[11] MACÊDO, Lucas Buriel, PEIXOTO, Ravi. O ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Juspodivm, 2014.

[12] BRASIL, Código de Processo Civil (1973). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm). Acesso em 24/04/2015.

[13] BRASIL, Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De15452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm). Acesso em: 24/04/2015.

[14] AMBROSIO, Graziella. A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. São Paulo: LTR, 2013.

[15] AMBROSIO, Graziella. A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. São Paulo: LTR, 2013.

[16] AMBROSIO, Graziella. A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. São Paulo: LTR, 2013.

[17] PAULA, Carlos Alberto Reis de. A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho. -2ed. São Paulo: LTR, 2010.

[18] PEGO, Rafael Foresti. A inversão do ônus da prova: no direito processual do trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

[19] BRASIL, Novo Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) >. Acesso em: 24/04/2015.

[20] PAULA, Carlos Alberto Reis de. A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho. -2ed. São Paulo: LTR, 2010.

[21] PAOLINELLI, Camilla Mattos. O ônus da prova no processo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

## **LIMITAÇÕES DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ATUAÇÃO DO AGENTE ADMINISTRATIVO EM RELAÇÃO AO AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO.**

**HENRIQUE PAIVA SANTOS:** Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins, Estagiário do Tribunal Regional Eleitoral e do Escritório de Advocacia AB Advocacia Empresarial.

**RESUMO:** Com o tamanho crescimento do setor automobilístico no Brasil, surgiu também o crescimento dos problemas de fiscalização. Atualmente este setor possui legislação própria que é o Código de Trânsito Brasileiro do ano de 1997, trazendo no seu corpo diversas garantias como punições aos condutores infratores, podendo assim exemplificar multas por radares fixos ou móveis, barreiras eletrônicas e os próprios agentes de trânsito nas ruas e equipamentos eletrônicos e afins. Mas mesmo com tantos avanços tecnológicos, ainda existe um problema social muito grande, principalmente para o bolso do condutor, qual seja, o excesso de sanções de trânsito, destacando a atuação das multas sem abordagem do condutor. O problema tomou uma proporção tão gigantesca, haja vista que dificilmente achará um condutor que não levou uma multa por está sem cinto ou mesmo avançar em uma faixa de pedestres, podendo ressaltar que tal instituto se tornou um dos principais meios de arrecadação estatal. Grande parte deste problema se deve a fragilidade de alguns autos de infrações baseados apenas na percepção do agente de trânsito sem a utilização de outros meios probantes, visto que possui autorização expressa por lei para realizar desta forma, pois, a atuação destes é respaldada por vários princípios, como dá fé pública dos agentes, presunção de veracidade e legitimidade, boa-fé e demais citados no corpo desta pesquisa, abrindo precedentes para questionar a efetividade da atuação administrativa.

**Palavras-chave:** Limites dos princípios. Multa de Trânsito. Princípios Administrativos.

**ABSTRACT:** With the growth of the automotive sector in Brazil, the growth of inspection problems has also arisen. Currently this sector has its own legislation that is the Brazilian Transit Code of 1997, bringing in its body several guarantees as punishments to inflationary drivers, and can thus exemplify fines for fixed or mobile radars, electronic barriers and the traffic agents themselves in the streets And electronic equipment and the like. But



even with so many technological advances, there is still a very big social problem, especially for the driver's pocket, that is, excessive traffic sanctions, highlighting the fines without driver's approach. The problem has taken on such a gigantic proportion, since it is difficult to find a driver who has not taken a ticket for being without a belt or even walking in a pedestrian lane, and may point out that this institute has become one of the main means of collecting the state. Much of this problem is due to the fragility of some notices of infractions based only on the perception of the traffic agent without the use of other probing means, since it has the express authorization by law to carry out this way, since, the action of these is backed by several Principles, as it gives the agents' public faith, presumption of truthfulness and legitimacy, good faith and others cited in the body of this research, opening precedents to question the effectiveness of the administrative action.

**Keywords:** Limits of Principles. Traffic Fines. Administrative Principles.

---

## INTRODUÇÃO

Recentemente, muito se têm discutido acerca das multas de trânsito, a sua real finalidade, as formas de aplicação e os valores a serem cobrados. O ente estatal tem se munido de diversos equipamentos, como radares, câmeras de segurança, barreiras eletrônicas e tantos outros para inibir e punir os condutores que cometem infrações. Mas, dentre todos estes meios, ainda possui um que é passível de grandes questionamentos, qual seja, o do auto de infração realizado sem autuação do condutor (abordagem).

Logo, antes de quaisquer apontamentos, torna-se imprescindível demonstrar a conceituação do verbo autuação. Para isso, usa-se da definição dada pelo DETRAN, que define autuação quando um agente de trânsito registra contra ele (motorista) um auto, que é chamado de auto de infração de trânsito, pois, houve desrespeito à alguma regra estabelecida no Código de Trânsito Brasileiro – CTB. (BRASIL, 1997)

Não se pode negar que ao observar o sistema de trânsito nacional, os pontos positivos são extraordinários e o ideal a ser alcançado pelos condutores é bastante motivador. Porém, com o aumento exacerbado dos automóveis em circulação, este sistema de trânsito está tendo dificuldades na execução da

fiscalização, demonstrando assim, em determinados momentos, uma certa fragilidade, como se observa com maior enfoque no instituto aqui trabalhado – o auto de infração realizado sem abordagem do agente de trânsito.

Constata-se então o quanto é passível de erros humanos este instituto, pois assim como qualquer outra pessoa, o agente pode estar errado. Todavia, quando refere-se à atuação do agente administrativo, o mesmo possui proteção de certos princípios basilares da atuação administrativa, como por exemplo, a presunção de veracidade assegurada pela fé pública concedida ao agente (no ato de realizar a sanção administrativa).

Deste modo, urge salientar a fragilidade do instituto em questão, tornando justificável o presente estudo, para que se possa entender, em suma, o que realmente acontece neste cenário administrativo.

Se faz ainda necessário observar o arquétipo dos princípios constitucionais administrativos e as normas regentes do DETRAN – Departamento Estadual de Trânsito, para que se realmente entenda quais são os limites que deverão ser respeitados pelo agente na aplicação da multa (autuação), bem como os meios que seriam necessários para buscar uma real efetividade nestas aplicações, de forma que se extraia o que é necessário para que se tenha uma efetiva atuação do ente público para com o cidadão - condutor e contribuinte, como também a observação dos principais meios de defesa que estes podem utilizar.

Isto posto, o ponto principal se volta ao condutor como parte hipossuficiente na relação administração pública/cidadão visando entender os porquês da utilização dos meios precários de averiguação da infração, quando existem outros mais eficazes, como por exemplo, câmeras, barreiras ou radares.

Para tanto, este artigo terá como condão explorar os limites dos princípios que norteiam a atuação da administração pública, através do agente de trânsito, interpretando e demonstrando a relevância para a proposta de forma que traga entendimento sobre a fragilidade ou real legalidade do instituto.

## **2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O CONCEITO E EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO**

Inicialmente é de suma importância que se conheça como foi disciplinada a lei de trânsito e conseqüentemente o conceito desta. No Brasil, o primeiro decreto a regulamentar o trânsito e as relações dele

advindas foi o Decreto número 8.324 de 1910, que tratou especificamente sobre os serviços de transporte por automóveis. (BRASIL, 1910).

Ainda ocorreu a entrada em vigência da nova legislação acerca das relações de trânsito que foi criada em 1922 pelo Decreto Legislativo nº 4.460, que proibiu algumas condutas e priorizou e incentivou a criação de estradas, além de criar medidas destinadas a evitar o uso de veículo com tração animal. (BRASIL, 1922).

Nesta época, o Brasil era governado pelo presidente Washington Luiz, antes da era Vargas, e, criou-se ainda o Decreto Legislativo número 5.141 de janeiro de 1927 (BRASIL, 1927), com o objetivo de estimular a criação de estradas para ligar as regiões brasileiras, isto é, as unidades federativas.

Neste período foi criado o fundo especial para a construção e conservação de estradas de rodagem federais, o que demonstra o interesse em incentivar a criação de estradas e estimular o uso de veículos automotores como meio de transporte.

Seguindo, em maio de 1928, foi publicado o Decreto número 18.223 que permitiu o tráfego internacional de automóveis dentro do espaço territorial brasileiro, além de atualizar questões relacionadas à atividade policial, sinalização e segurança no trânsito. (BRASIL, 1928).

Ainda, no ano de 1929, foi realizada a Convenção Internacional relativa à circulação de automóveis, firmada em Paris a 24 de abril de 1926 onde o governo brasileiro por meio do decreto nº 19.038 de 17 de dezembro de 1929 ratificou o entendimento da Convenção e o promulgou em solo brasileiro. (BRASIL, 1929).

Porém, mesmo com a ratificação da Convenção, o código de trânsito brasileiro só veio a ser aprovado em 1941, através do Decreto-lei nº 2.994, de 28 de janeiro de 1941. Conforme a necessidade social ocorreu ainda à revogação de normas deste código criando novas redações conforme o Decreto-lei n.º 3.651, de 25 de setembro de 1941, que criou o Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN).

Este Conselho compunha uma hierarquia, respondendo diretamente ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, e os Conselhos Regionais de Trânsito (CRT), nas capitais dos Estados, subordinados aos respectivos governos estaduais.

Mas, conforme o aumento demasiado de automóveis, surgiu também à necessidade da evolução das normas reguladoras do trânsito, que levaram o legislador brasileiro a adotar outro meio de garantir um trânsito mais seguro e que conseguisse abranger todas as demandas sociais, formulando assim o novo Código de Trânsito.

Assim, no dia 23 de setembro de 1997 entrou em vigor o então chamado novo Código de Trânsito Brasileiro, lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que tinha por finalidade, através de seus artigos, assegurar as condições de circulação de bens e pessoas com segurança, eficiência, fluidez e conforto, onde, conforme seu texto legal trazia consigo, a previsão dos crimes de trânsito e a aplicação de sanções de cunho mais rigoroso aos que não obedeciam tais disposições, adequando-se a nova realidade brasileira, criando as novas normas de regência, conforme visto. (BRASIL, 1941).

Após alguns anos de tramitação, veio à luz o Código de Trânsito Brasileiro de âmbito municipalista. Alguns conceitos deste novo código na verdade representam mais uma tentativa de civilizar os nossos condutores.

Porém, conforme o disposto na Constituição Federal de 1988 – CRFB, no seu art. 22, inciso XI, atribuiu competência privativa à União para legislar sobre trânsito e transportes no Brasil, motivo pelo qual somente se admite uma legislação de trânsito que seja válida para todo o país, tornando infrutífera a legislação pormenorizada.

O conceito de trânsito foi colacionado no art. 1º, § 1º, do CTB, e também de maneira mais sintética, em Anexo I, considerando então trânsito como a utilização de vias por pessoas, veículos e animais, de maneira isolada ou em grupos, conduzidos ou não, com intuito apenas de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga. De forma resumida, será então a movimentação e imobilização de veículos, pessoas e animais. (BRASIL, 1997).

Cabe ressaltar que a legislação de trânsito não se baseia somente no CTB, mas compreende as normas em sentido amplo, representadas pelos atos normativos emanados pelos órgãos de trânsito, em especial as Resoluções do CONTRAN, que complementam o Código de Trânsito.

Vale mencionar, como gênese de todo sistema pátrio, que a CRFB protege o direito à vida e à segurança em seu caput do art. 5º, de forma que trata todos

iguais perante a lei, não podendo fazer qualquer distinção, inclusive garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988).

Entretanto, a segurança no trânsito não abrange apenas os aspectos particulares, mas também o dever da prestação de condições seguras como um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito – SNT. Portanto, cabe a cada um adotar as medidas adequadas para salvaguardar a segurança no trânsito, sempre respeitando os limites impostos por suas determinadas competências. (BRASIL, 1997).

Os executivos das maiores empresas automobilísticas do mundo acreditam que o Brasil ocupa atualmente a terceira posição no ranking dos maiores mercados automobilísticos do mundo. Em 2012 a Global Automotive Executive Survey - Managing growth while navigating uncharted routes (Pesquisa Global do Setor automobilístico - Gerindo o crescimento enquanto rotas inexploradas são singradas, em tradução livre), realizou uma pesquisa pela KPMG International. (KPMG, 2012).

Constatou-se que no ano de 2011 o país ocupava a quinta posição entre os grandes mercados para os veículos, onde o Brasil encerrou com cerca de 63 milhões de veículos vendidos, um recorde local, segundo estimativa da ANFAVEA (Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores). (id, 2012).

Deflui-se, com o tamanho do crescimento do setor automobilístico no Brasil, que surge também o crescimento dos problemas de fiscalização, como mencionado anteriormente. Atualmente este setor possui diversas formas de garantir que os condutores infratores sejam punidos, podendo exemplificar, câmeras de segurança, radares móveis e fixos.

Em decorrência dessa evolução, os agentes de trânsito nas ruas contam com equipamentos eletrônicos avançados para constatação de infrações ao CTB. Não obstante, mesmo com tamanhos avanços na tecnologia, ainda existe um problema social que repercute principalmente no bolso do cidadão/contribuinte e que está sendo ocasionado pelo excesso de multas, especialmente pelo aludido instituto (multa de trânsito sem abordagem do motorista).

Deste modo, o referido problema tomou proporções gigantescas, haja vista que dificilmente achará um condutor que não levou uma multa, por está sem cinto ou avançar em uma faixa de pedestres, grande parte deste problema deve-se a fragilidade da percepção do agente de trânsito, visto que a autorização assegurada por estes pelo o estado é extraordinária, embasando-se em princípios (fé pública, por exemplo) e a previsão legal do art. 280, § 3º, CTB. (BRASIL, 1997).

#### **4. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS**

Primordialmente é necessário elencar quem são os autores dos atos administrativos passíveis de sofrer a incidência dos efeitos do auto de infração. Logo, o agente público pode ser considerado toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta. (DI PIETRO, 2016).

Assim, o CTB conceitua o agente da autoridade de trânsito, que pode ser considerado através da pessoa civil ou policial militar, credenciada pela autoridade de trânsito para o exercício das atividades de fiscalização, operação, policiamento ostensivo de trânsito ou patrulhamento. (BRASIL, 1997).

Todo ato realizado pelo ente administrativo através desse agente deve ser regido por diversos princípios, podendo-se elencar alguns, como por exemplo: legalidade, impessoalidade, supremacia do interesse público sobre o privado, indisponibilidade do interesse público, e muitos outros, tornando assim todos seus atos vinculados a estes princípios, até mesmo as sanções administrativas.

Nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira elucida:

A exteriorização da vontade administrativa pode ocorrer de diversas formas, notadamente por meio de manifestações unilaterais (atos administrativos), bilaterais (contratos da Administração) ou plurilaterais (consórcios e convênios).

O ato administrativo é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública e de seus delegatários, no exercício da função delegada, que, sob o regime de direito público, pretende produzir efeitos jurídicos com o objetivo de implementar o interesse público. (OLIVEIRA, 2017, p. 289).

Quando estudamos os princípios administrativos, é primordial que se inicie com o fundamento de todo o direito público que rege à Administração em todos os seus atos sendo, a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, também conhecido como princípio “mãe”, pois dele decorre todos os outros, tendo este o conceito de que há supremacia dos interesses públicos sobre os individuais.

Para demonstrar, conforme expõe o artigo 2º, *caput*, da Lei n 9.784/99, “atendimento a fim de interesse geral vedado a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”, deixando claro, por seu turno, que o interesse público é irrenunciável e a administração pública deve exercer por meio de seus poderes a garantia de que este não sofra prejuízo algum. (BRASIL, 1999).

Outro princípio basilar, que é tratado como um dos principais norteadores do ente estatal, a moralidade, que está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ela inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação. No que diz respeito à sua influência na elaboração da lei, é importante fazer menção como uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano), levando em conta o interesse que se tem em vista de proteger; o direito privado contém normas de interesse individual e, o direito público, normas de interesse público. (DI PIETRO, 2010).

No texto legal do artigo 37, CRFB, demonstra uma das diversas obrigações da atuação Administrativa, nos âmbitos que seja da sua administração direta ou a indireta, devendo ser observada a atuação norteadora dos princípios administrativos, mencionando, expressamente, sobre o princípio da moralidade. (BRASIL, 1988).

Concluindo que o princípio em questão impõe à Administração não apenas uma atuação legal, devendo esta ser também derivada da moral, ou seja, caracterizada pela obediência à ética, à honestidade, à lealdade e à boa-fé. A moralidade administrativa, portanto, constitui hoje em dia pressuposto de validade de qualquer ato da Administração Pública, obedecendo em toda a sua atuação, os princípios constitucionais (art. 37, CRFB).

Seguindo este pensamento Maria Sylvia Zanella Di Pietro define (2010, p.78):

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa. É evidente que, a partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como ato ilegal e não apenas imoral, a moralidade administrativa teve seu campo reduzido; o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo.

O princípio da boa-fé do ato e do agente é derivado do princípio da moralidade, e deverá ser respeitado em suas atuações, pois é garantidor de uma atuação proba e moral da administração pública. Vale mencionar que este não é um princípio explícito na constituição federal, como tantos outros, pelo contrário, só veio a ter sua previsão legal em 1999 com a entrada em vigor da lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, norteadora do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. (BRASIL, 1999).

Abrange ainda um aspecto objetivo, quando em referência à conduta de forma legal, honesto, e, um aspecto subjetivo, quando diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. Se a pessoa sabe que a atuação é ilegal, ela está agindo de má-fé. (DI PIETRO, 2016)

Em conformidade com o entendimento elencado acima, o princípio da boa-fé é extraído implicitamente de dois grandes norteadores administrativos, que são eles a moralidade administrativa e da própria exigência de probidade administrativa que decorre de outros princípios constitucionais.

Conclui-se então que a boa-fé tanto do agente e como da administração são derivados diretamente de todos os norteadores da atuação do ente estatal, tanto constitucionais como previstos em lei federal.



No próprio texto da lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, em seu artigo 2, vislumbra-se a necessidade de obediência atinente à administração pública, que deverá regular-se com base, dentre outros, aos “princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.” (BRASIL, 1997).

Quanto aos atos administrativos em si, serão revestidos de alguns atributos, dentre os quais estão em foco, presunção de veracidade, auto-executoriedade e coercibilidade. Para tanto, o agente público, em sua acepção genérica, atuando estritamente em função de seu cargo, estará amparado pelas normas que regem sua atividade pública, em outras palavras, os atos de um agente público, quando de natureza administrativa, gozam dos prefalados atributos, inclusive, "presunção de veracidade", ou fé pública. (MEIRELLES, 1993).

A presunção de legalidade implica que ato exarado pela Administração presume-se legal (conforme o direito), valendo até o reconhecimento jurídico de sua nulidade. Em decorrência de sua presumida correção, tem-se a presunção de veracidade do ato: seus pressupostos fáticos são admitidos como verdadeiros até prova em contrário. (GUEDES, 2008).

Assim, partindo-se de tal premissa, é certo dizer que a corrente doutrinária brasileira majoritária, Di Pietro, Meirelles, Oliveira e outros, reconhecem que existe uma presunção de legalidade (também chamada de presunção de veracidade) como um dos principais atributos dos atos da administração pública e, em decorrência dela, presume-se que seus atos sejam verdadeiros e legítimos, tanto em relação aos fatos por ela invocados, como sua causa, quanto no que toca às razões jurídicas que os motivaram a fazê-los.

Entretanto, esta presunção adotada pela doutrina não é absoluta, pelo contrário, é defendida a posição que a presunção dos atos administrativos é relativa, não havendo de concordar com tudo que for alegado.

Nesse sentido, essas tais presunções abrangem dois aspectos: de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos a verdade naquilo que foi dito pelo agente portador da fé-pública; de outro lado, a presunção da legalidade, pois, se a administração pública se submete à lei, presume-se, conforme mencionado, até prova em contrário, que seus atos sejam praticados com observância das normas legais pertinentes.

Aí é onde se instaura a problemática, pois, demonstra a dificuldade para que se prove o contrário ao dito pela administração pública, uma vez que a mesma é respaldada por estes princípios. Assim, “Entre as consequências da presunção de legitimidade, está a transferência do ônus da prova da invalidade do ato administrativo para quem a invoca”. (MEIRELLES, 1993).

Conforme já mencionado, todo ato administrativo é presumidamente realizado de acordo com o ordenamento jurídico, sendo fielmente embasado na verdade, tornando estes atos dotados de legitimidade e veracidade.

Desse modo, a presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos é justificada por várias razões, tais como a sujeição dos agentes públicos ao princípio da legalidade, a necessidade de cumprimento de determinadas formalidades para edição dos atos administrativos, a celeridade necessária no desempenho das atividades administrativas e a inviabilidade de atendimento do interesse público, se houvesse a necessidade de provar a regularidade de cada ato editado etc. Trata-se, no entanto, de presunção relativa (*iuris tantum*), pois admite prova em contrário por parte do interessado. (OLIVEIRA, 2017).

Então, quando o agente munido do poder estatal pratica o ato administrativo, torna-se praticamente inquestionável, pois além de tais presunções, ainda há de se falar em princípios como a fé-pública e outros aqui já mencionados. Por isso, “quando o Poder Público propõe uma ação judicial, está dispensado, a princípio, de provar a veracidade dos atos administrativos, invertendo-se o ônus da prova”. (id, 2017).

Portanto, o que se exprime é que não há de se falar em nulidade do ato administrativo, mesmo quando este, por mais descabido e desordenado que tenha sido, continua com as mesmas presunções, pois tais princípios norteiam todos os atos administrativos.

Não obstante, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 82), sobre o princípio da motivação, ensina:

[...] exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que

discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos. (apud Direito Administrativo. Editora Atlas. 17.ª edição atualizada com a reforma previdenciária – EC n.º 41/03. São Paulo, 2004. p. 82).

De acordo com o princípio constitucional supracitado, extrai-se a exigência de que todos os atos e decisões da Administração Pública sejam fundamentados. Portanto, a motivação consiste na exposição, por escrito (que é a forma do ato), dos motivos que levaram a realização do ato administrativo. (CUNHA, 2006).

Outro princípio importante é o da proporcionalidade e o da razoabilidade, que estão intimamente ligados ao princípio da moralidade administrativa, e que são implícitos à CRFB. O princípio da razoabilidade ganha, dia-a-dia, força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade administrativa. Sem dúvida, este pode ser chamado de princípio da proibição de excessos que, em última análise objetiva, afere a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da administração, com lesão aos direitos fundamentais. (MEIRELLES, 2010).

A atuação administrativa só funcionará de maneira ajustada se seguir os princípios que lhe são próprios, e, de seus cumprimentos, derivarão a qualidade e eficácia do serviço prestado à comunidade.

Menciona-se também o princípio da razoabilidade, que, como o seu próprio nome já diz, é o agir da administração de forma lógica e coerência para qualquer lei, ato administrativo ou decisão jurisdicional. Sendo assim, é através deste princípio que se pode verificar a ocorrência da obediência para com as normas do sistema jurídico e se foram ou não observados seus ditames legais, “é o que se demanda em uma ciência normativa, como é o direito”. (NETO, 2014)

A proporcionalidade tem por base o direcionamento pela pertinência, necessidade e pelo fato de que a escolha deve ser feita sobre as primícias que considere todos os interessados e seus interesses na decisão. Servindo de

equilibrador entre o direito formal com o direito material ante as exigências evoluções e transformações sociais. (id, 2014)

Outro norteador de suma importância, conforme CRFB, possui como um dos seus princípios basilares a garantia aos litigantes, em processo tanto judicial como administrativo, cabendo aos mesmos principalmente na figura do “acusado”, o contraditório e ampla defesa, a sua não observância pode tornar os atos nulos. (BRASIL, 1988)

Destarte, em respeito esta imposição, o princípio do contraditório, que também é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exigindo a notificação dos atos processuais à parte interessada, além da possibilidade de exame das provas constantes do processo. O direito de assistir à inquirição de testemunhas e também o direito de apresentar defesa escrita. (DI PIETRO, 2007).

Ao mencionar o princípio do contraditório, se faz necessário falar sobre a ampla defesa, conquanto são interligados. Em suma, este é aplicável em qualquer tipo de processo que envolvam situações de litígio ou poder sancionatório do estado, com relação a pessoas físicas ou jurídicas. A Lei nº 9787/99, garante que sejam assegurados os direitos à comunicação à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos nos processos que possam resultar sanções. (id, 1999).

As normas constitucionais são claras e coesas quanto aos processos judiciais e administrativos, sendo não apenas passível de nulidade, mas também de uma afronta direta ao Estado Democrático de direito a sua não observância. Então, em ambos, devem ser observados o direito a ampla defesa e contraditória.

O princípio da eficiência não possui um conceito propriamente jurídico, mas, sim, de cunho econômico. Adentrou ao ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional nº 19, de 04-06-1998 junto aos previstos no art. 37, caput. Também, o princípio da eficiência não qualifica normas, mas qualifica atividades. (BRASIL, 1988).

O princípio é novo e vem da necessidade de melhores resultados no serviço público, sendo o Princípio da Eficiência exige que a atividade

administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Sendo o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros. (MEIRELLES, 2010).

Entendem-se também em relação ao princípio da eficiência na realidade, observando a existência de dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2007)

Portanto, estes princípios (legalidade, moralidade e demais), quando não são observados na elaboração dos atos administrativos, trará um caráter absolutamente ilegítimo e em total desacordo com a legalidade para a atuação do agente, considerado então, improbidade administrativa e o ato dotado de nulidade.

### **3. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FRENTE AO ARTIGO 280 CTB.**

Após esta o presente análise destes princípios regentes, há de se questionar o quão abrangente e ilimitado são os poderes administrativos, visto que seus atos são praticamente dotados de verdades absolutas.

Quando se analisa os institutos trazidos pelo artigo 280 do CTB, é importante ressaltar algo, tendo em vista que não necessariamente é obrigatória à abordagem do motorista. Então, como realmente saber então se apenas o condutor estaria realmente errado.

É possível comparar a abordagem com um “flagrante”, o que daria uma real efetividade do auto de infração, mas não ocorrendo dessa forma, há de se questionar qual a real efetividade da multa em vista que ela pode ser realizada apenas pela própria declaração do agente. Num aspecto ampliado, surge a seguinte pergunta: “Como o agente munido apenas de sua visão pode ter a certeza quase que absoluta que o condutor cometeu ou está cometendo alguma infração?”

É importante ainda, de forma preliminar, reproduzir o artigo do Código de Trânsito Brasileiro e buscar alguns questionamentos sobre o contido no seu texto legal. O artigo 280 do CTB, demonstra como deverá ser feita a aplicação do auto

de infração. Neste, em seu § 3º, prevê que “Não sendo possível a autuação em flagrante, o agente de trânsito relatará o fato à autoridade no próprio auto de infração, informando os dados do veículo, além dos constantes nos incisos I, II e III, para o procedimento previsto no artigo seguinte”. (BRASIL, 1997).

Vale mencionar que os incisos I, II e III, do mesmo artigo são direcionados a: “tipificação da infração”, “local, data e hora do cometimento da infração” e “caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação”.

O artigo seguinte (art. 281, CTB) trata da análise da consistência do auto de infração e aplicação da penalidade cabível. Ou seja, autuação é o documento (auto de infração) que o agente de trânsito preenche na rua quando observa que alguém desrespeitou alguma regra de trânsito. (BRASIL, 1997).

Alguns pontos do aludido artigo devem ser questionados, para que se inicie a comparação com os princípios anteriormente comentados. O artigo 280 do CTB vem falar sobre quando acontecer o descumprimento das normas de trânsito, como deve ocorrer a sanção administrativa e, além disto, nos incisos I ao VII está elencado o que deve constar no auto de infração. (BRASIL, 1997).

Na parte inicial do artigo relata a possibilidade de o agente comprovar a infração por “declaração” do agente ou autoridade de trânsito, o que se questiona é: qual o limite da legitimidade da declaração do agente administrativo; qual o limite da capacidade probatória desta declaração; e porque é admitida a declaração como meio probatório se consta na parte final do parágrafo outros tantos meios probatórios autorizados pelo CONTRAN. (possui, inclusive, capacidade probatória objetiva – filmagens, fotos, etc).

Neste momento é nítida a atuação dos princípios administrativos como presunção de veracidade e legitimidade, da boa fé do ato administrativo realizado pelo agente, pois no momento da autuação o agente esta agindo munido dos poderes estatais e protegido por todos os princípios a ele inerentes. Necessário ainda ressaltar que o auto de infração realizado pelo agente de trânsito pode ser discutido administrativamente.

A presunção de legalidade implica que ato exarado pela Administração presume-se legal (conforme o direito), valendo até o reconhecimento jurídico de sua nulidade. Em decorrência de sua presumida correção, tem-se a presunção de

veracidade do ato: seus pressupostos fáticos são admitidos como verdadeiros até prova em contrário. (GUEDES, 2008). Nesse sentido, entre as relações as consequências da presunção de legitimidade estão a transferência do ônus da prova da invalidade do ato administrativo para quem a invoca. (MEIRELLES, 1993).

O estudo chave desta pesquisa está diretamente ligado aos meios utilizados pelo ente administrativo responsável pela emissão das sanções administrativas para os condutores infratores, com enfoque no instituto da multa realizada sem abordagem pelo agente de trânsito, possuindo previsão legal no artigo 280 do CTB. (BRASIL, 1997).

Outro aspecto relevante de ser observar é a prevalência do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos que se aplicam tanto em favor do Estado nos processos administrativos, como dos particulares na figura dos agentes administrativos, de maneira que conjugado com os princípios da boa-fé e da segurança jurídica pode, por exemplo, impedir ou atenuar a geração de efeitos da declaração da nulidade de um ato administrativo que o tenha beneficiado. (MENDES, 2010)

Logo, a fragilidade desse instituto é imensa, pois o agente ainda é, acima de tudo, um ser humano, e como tal, é passível de erro, e, estes princípios mascaram a possibilidade do erro humano, onde o posicionamento doutrinário tradicional critica o ônus probante quanto à presunção de veracidade do ato administrativo, pois, o mesmo se transfere ao particular não apenas o ônus de impugná-lo, mas de fazer prova de sua invalidade ou não veracidade.

Quando este ônus de provar que estava agindo de forma correta no momento se torna muito mais oneroso para o condutor do que seria para o ente administrativo provar que o mesmo estaria errado.

Quanto ao processo administrativo, é pressuposto de uma atividade administrativa transparente, na qual seja possível perceber as linhas de atuação do poder público e seus desvios. (FERRAZ, 2014).

Acerca disso, tende-se a observa que a verdadeira democracia passa pela abertura e democratização do Estado, com o estabelecimento de um processo administrativo efetivo, no qual o cidadão possa ter reconhecidos seus direitos em face da administração. (COSTA, 2003)

Entretanto, cabe destacar que, em sentido frontalmente contrário a tal presunção de culpa, prevê a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LV c/c com inc. LVII, o princípio da presunção de inocência. Esse princípio é corolário do princípio do devido processo legal, e impõe ao órgão acusador “o ônus substancial da prova” da ilicitude alegada. (BRASIL, 1988).

Importante salientar que quando se compara as litigâncias, o Direito Administrativo frente ao cidadão com outros ramos do direito, como por exemplo, direito do consumidor, direito penal e outros, o direito favorece a parte hipossuficiente, a “mais fraca” ou a que mais possui meios de provar, que deve fazê-lo.

No direito do consumidor em todos os contratos quando colocamos na balança, a parte mais fraca é favorecida por reconhecer que não está em pé de igualdade. Ao observar o direito penal com princípios norteadores de favorecimento ao acusado como o favor rei e favor libertar e a própria regra de julgamento *indubio pro réu* quando insuficiente dos meios probatórios, o juiz absolve o acusado por falta de provas.

Já nas relações de emprego resguardadas pelas Consolidações das Leis do Trabalho - CLT, é reconhecido que o empregado é parte menos favorecida da relação de emprego, assim, o juiz, observa na hora de julgar quem possui formas mais efetivas de comprovar os fatos, e, a estes, devem ser usados para ambos os lados, inclusive obrigando o empregador muitas vezes a fornecer provas que favoreçam a própria parte contrária.

Em contraponto, somente no Direito Civil, nas relações contratuais, é observado que as duas partes estão em pé de igualdade, conquanto aquilo que é pactuado deve ser cumprido.

Foi necessário que expusesse esses pontos para que possa comparar ao Direito Administrativo, que conforme mencionado anteriormente quando os litigantes são o cidadão contra o Estado, é nítida a hipossuficiência daquele, uma vez que não possui meios eficientes de provar o alegado pelo agente, vez que, ao contrário dos outros ramos do direito, o alegado pelo ente Estatal não deve ser provado, quem deve buscar meios de prova é o cidadão.

Utilizando de exemplo uma situação hipotética, é lavrado um auto de infração por descumprimento da norma que obriga a utilização de cinto de



segurança ao dirigir um veículo, quando o cidadão litiga para se defender, ele deve provar que no momento em questão ele estava de cinto, como comprovar tal alegação?

Por outro lado, observando que o Estado possui, conforme resolução do CONTRAN, que elenca vários equipamentos utilizados pelos agentes de trânsito, como por exemplo, radares, câmeras e etc., então se questiona a quem é mais viável a provar o alegado?

Ainda, como meio de defesa do condutor, a administração pública disponibiliza um recurso administrativo, que nada mais é que um formulário preenchido e enviado ao órgão para as multas de trânsito, assegurando assim a defesa conforme os artigos 280, 281 e 285 do CTB, Resoluções 299/08 e 404/12 do CONTRAN, da Lei Federal 9.784/99, e CF/88.

Para interpor esta defesa em questão, o cidadão deve observar a padronização dos procedimentos para apresentação de defesa de autuação e recurso, em 1ª e 2ª instâncias, contra a imposição de penalidade de multa de trânsito”, e é a partir dela que vamos começar. (CONTRAN, 2008).

Instituto este que nasce para não ter uma real efetividade, pois o problema é que a grande maioria das defesas ou recursos de multas de trânsito não se ganhas, porque o cidadão não cometeu a infração, mas sim, por erros processuais e formais cometidos pelos órgãos de trânsito, como por exemplo, o envio da notificação da autuação fora do prazo de 30 dias conforme inciso II do Art. 281 do CTB. Pois é nítida a dificuldade do condutor em comprovar que não cometeu tal ato. Então como um cidadão com nenhum ou muito pouco conhecimento a respeito das maneiras de se anular uma multa de trânsito poderá anular um auto de infração. (BRASIL, 1997).

Contudo, a falta de conhecimento dá legislação faz com que o condutor se justifique na defesa algo relacionado ao cometimento ou não. Sendo assim vai dizer que não cometeu a infração porque a culpa foi de outro motorista, ou porque não viu a placa, ou talvez porque o policial estava agindo de má fé.

Então este recurso é apenas um meio de defesa assegurado ao condutor infrator para que seja garantido o contraditório, mas notoriamente mitigado, sendo que na prática, torne-se quase inutilizado por não

percebermos meios realmente efetivos para que o condutor prove que estava agindo de forma correta. A dificuldade para o condutor provar que estava correto é quase que impossível, tornando ele uma parte hipossuficiente por assim dizer, comparando com a administração pública.

Conforme o artigo 373 da Lei 13.105/2015 – código de processo civil, que dispõe sobre o ônus da prova a parte sobre a qual recairá o ônus de provar determinados fatos, segundo a sua posição no processo, de modo que ao autor caberá provar o fato constitutivo de seu direito, enquanto que, ao réu, somente quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos direitos do autor.

Diferentemente, com relação aos atos administrativos, por terem a presunção de veracidade e legalidade, trata-se de presunção juris tantum (presunção relativa), admitindo prova em contrário. Mas o seu efeito prático é a inversão do ônus da prova, cabendo assim, na esfera administrativa, ao administrado comprovar que o ato não é legal. (BRASIL, 2015).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MULTA. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUTOS COM PROVAS SUFICIENTES E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PELA NÃO JUNTADA DE CÓPIA INTEGRAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE IMPOSIÇÃO DA MULTA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE AFASTADA. Os atos administrativos se presumem legítimos legais e verídicos. Assim, a conclusão inafastável é de que compete ao administrado realizar a prova em sentido contrário, não à entidade pública comprovar a veracidade dos fatos que geraram a multa e a legalidade do seu procedimento. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70038471819, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Claudia Cachapuz, Julgado em 26/11/2015).

(TJ-RS - AC: 70038471819 RS, Relator: Maria Claudia Cachapuz. Data de Julgamento: 26/11/2015, Vigésima

Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/12/2015).

Inverte, sem dúvida nenhuma, o ônus de agir, já que a parte interessada é quem deverá provar, perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade do ato; inverte-se também, o ônus da prova, porém, não de modo absoluto: a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os fatos em que se fundamenta a sua pretensão são verdadeiros. Porém isto não libera a Administração de provar a sua verdade, como a própria lei prevê em várias circunstâncias, quando ocorre à possibilidade de o juiz ou o promotor público requisitar da Administração documentos que comprovem as alegações necessárias à instrução do processo e à formação da convicção do juiz (DI PIETRO, 2008).

Entre os institutos centrais das relações de direito público que demandam uma cuidadosa reavaliação está a presunção de veracidade dos atos administrativos, que, apesar de não contar com fundamentação legal específica, ainda é considerada o “fantasma que apavora quem litiga com a Administração”.

Diz, ainda, que por se tratar de uma presunção que não ostenta qualquer respaldo legislativo especialmente após a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988, a presunção de veracidade deve ser analisada com certa “suspeita”, promovendo-se sua cautelosa oposição a outros valores e princípios administrativos, estes sim, expressos no ordenamento jurídico. (GUEDES, 2008)

Portanto, quando se analisa os processos administrativos, a presunção de veracidade da forma como temos hoje e com o amparo da autoexecutoriedade só ajuda no desvio de finalidade e abuso de poder por parte da Administração Pública, que independe da motivação dada ao ato administrativo; goza de presunção de veracidade, cabendo ao administrado, hipossuficiente, provar que a ação administrativa foi ilegal e abusiva. Assim, a relação entre cidadão e Administração não pode mais se fundamentar num ato de fé, calcado unicamente na condição de autoridade pública do agente, e conclui: “ao contrário, ela deve primar pela razão, pela prevalência da verdade e da transparência no processo” (GUEDES, 2007).

Portanto, em se tratando de processos administrativos, nestes casos, há de se perguntar se não ocorre certa mitigação do princípio da ampla defesa, tendo

vista que nestes processos, mesmo que assegurada a defesa técnica e autodefesa, o ônus probatório continua sendo do acusado em demonstrar que não realizou o ato infrator, corroborando, por certo, na injustiça presente na situação do §3º, art. 280, CTB.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Partindo dos estudos realizados e com base nos doutrinadores renomados do direito administrativo Brasileiro, como bem citado no corpo desta pesquisa, seguiu-se a mesma corrente de pensando defendida por eles.

Assim, a corrente majoritária segue pelo prisma de questionar a administração pública na sua atuação direta e indireta, no prisma de seus atos possuírem certezas e absolutismos exacerbados, ou além da conta.

Para tanto, é importante ressaltar que os questionamentos levantados não têm o condão de afrontar a veracidade dos atos da administração pública, pelo contrário, o intuito é de apenas pontuar um setor, que ao olhar majoritário da doutrina e na visão social, é questionável e bastante fragilizado.

Como visto, os atos administrativos de forma geral são norteados por diversos princípios, sendo estes inerentes a todos os seus atos, assim como, por exemplo, a supremacia do interesse público comumente chamado de “mãe” de todos os princípios. Mas, nem mesmo este pode ter sua aplicação de forma absoluta, sob pena de agir em descompasso com a justiça.

Ao analisar os atos administrativos não deveríamos analisar com óticas absolutistas ou certezas absolutas em suas praticas, mas ao colocar esta análise em um foco mais realista, é evidente que esta relação é totalmente vertical para administração pública.

Uma vez existentes princípios como, veracidade e legitimidade, e a escarces de meios probatórios para o cidadão, à ampla defesa demonstra-se mitigada, principalmente quando o foco de análise é no âmbito da defesa administrativa.

Logo, há a dificuldade de praticar os atos probatórios de defesa pelo acusado, conquanto o Estado possui diversas outras formas de comprovar que o então condutor infrator praticou estes determinados descumprimentos alegados no auto de infração.

Sendo assim, é pretendido por este artigo apenas demonstrar a tamanha fragilidade na relação do cidadão com o ente estatal, uma vez que é nítida a “desvantagem” do condutor. Portanto, é necessário que exista um maior equilíbrio na dada relação.

Na relação, estado contra condutor infrator, este claramente é a parte fragilizada da relação. Portanto, os meios de provas não deveriam ser impostos ao cidadão, vez que a administração em todo o seu poderio tem a possibilidade, através de diversos meios eletrônicos e técnicos - conforme a Resolução Nº 432, de 23 de janeiro de 2013 do CONTRAN, de construir as provas das alegações dadas por seu agente fiscal, neste caso, agente de trânsito, não se falando assim, em inversão de ônus probante.

De forma lógica, é injusto obrigar o cidadão fraco da relação, a quem é praticamente impossível fazer a prova de sua inocência, a prová-la. Assim sendo, é de se questionar se está existindo uma busca pela real efetividade para que se tenha uma relação mais justa e equilibrada do ente administrativo com o contribuinte.

Logo, em sede de finalização deste artigo, levanta-se a pergunta *mater*: É justo ou é necessário que se inverta o ônus probante nos processos administrativos? Pelo visto aqui, fica claro que é injusto que o cidadão dotado de tamanha hipossuficiência tenha que buscar meios comprobatórios para comprovar sua inocência, ou é necessário que este o faça para que se torne mais “fácil” para administração pública culpar o cidadão.

Ficou claro pelos fatos aqui expostos que não a situação não pode se manter, conquanto o cidadão não tem capacidade de enfrentar a máquina pública com toda sua imensidão e poderio, devendo haver, portanto, uma reformulação nesta sistemática afim de balancear esta relação cidadão/administração pública.

## REFERÊNCIAS

ABRAMET. Associação Brasileira de Medicina de Tráfego. Disponível em. Acesso em: 21 abr. 2009. BALLONE, GJ - **Imputabilidade: principais modificadores** - in. PsiquWeb, Internet, disponível em , revisto em 2008. Acesso: 20 abr. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 234

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 235.

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

BRASIL. MC. Departamento Nacional de Trânsito. Conselho Nacional de Trânsito. **100 anos de legislação de trânsito no Brasil. 1910-2010**. Brasília: Ministério das Cidades, 2010.

BRASIL. Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966. Instituiu o Código Nacional de Trânsito. República Federativa do Brasil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5108.htm). Acesso em 11 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de Março De 2015, Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 10 de mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.503, de 23 de Setembro De 1997. Dispõe sobre a legislação de Trânsito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm). Acesso em 10 de mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.783, de 29 de Janeiro De 1999. Dispõe sobre Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm). Acesso em 10 de mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1.992. República Federativa do Brasil. Disponível no site da <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em 11 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 19.038, de 17 de dezembro de 1.929. República Federativa do Brasil. Disponível no site da <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em 11 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1.992. República Federativa do Brasil. Disponível no site da <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em 11 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.994, de 28 de janeiro de 1941. República Federativa do Brasil. Disponível no site da <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em 11 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Resoluções do CONTRAN. Disponível no site do <http://www.denatran.gov.br/index.php/resolucoes>. Acesso em: 30 mai. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC: 70038471819 RS, Relator: CACHAPUZ, Maria Claudia, Data de Julgamento: 26/11/2015, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/12/2015. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/262330361/apelacao-civel-ac-70038471819-rs>.

CUNHA, Dirley Junior, in **Curso de direito administrativo**. Ed. Jus Podivm. 4.ª Edição. Salvador-BA, 2006. p. 27

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo** 20ª ed. São Paulo, Atlas, 2007, p. 367.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, Op. cit. 2008 p. 118.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 29 ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Forense, 2016, p. 64.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 29 ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Forense, 2016, p. 119.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 29 ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Forense, 2016, p. 652.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, Op. Cit. 1999, p. 491.

FERRAZ, Sergio. **Processo administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 240.

GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 729, p. 382, jul. 1996.

GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o estado democrático de direito: uma reavaliação que se impõe. In: \_\_\_\_\_. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. D245.

\_\_\_\_\_. **Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.p.

**KPMG**, Brasil pode se tornar 3º maior mercado automotivo em 2016. Disponível em:< <http://flexicorte.com.br/noticia/117>>. (Acesso em 01 maio 2016).

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 59.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação científica: a prática de fichamentos, resumos, resenhas: estratégias de leitura: como redigir monografias: como elaborar papers**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.

\_\_\_\_\_, **Direito administrativo brasileiro**. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.98.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo**. 15. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 89. 6 Ibid.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 173.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 176.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**.5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 87.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 310.

\_\_\_\_\_.**Curso de direito administrativo**, 5ª edição, Rev. Atua. Ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017, p.311.





## **A MEDIDA CAUTELAR DA FIANÇA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS**

**CRISTOVÃO**

**OLIVEIRA**

**BONIFÁCIO:** Estudante do curso de direito da Universidade Brasil -Fernandópolis SP.

**André de Paula VIANA(Orientador)[1]**

**RESUMO:** O tema em discussão aborda sobre as medidas cautelares da fiança nos crimes inafiançáveis e como é aplicada a lei penal sobre esses atos ilícitos, e como tais autores devem ser conduzidos e as hipóteses em que cabe a fiança relativa à sua conduta. Este trabalho tem como objetivo demonstrar como é a relação do acusado/investigado vinculado à liberdade provisória, que neste caso, como ele deve cooperar com a justiça, sendo solto, mas tendo obrigações junto ao serviço de investigação e sendo este culpado será julgado conforme a lei determina. No decorrer do assunto também podemos ver a evolução da matéria em questão com a redação dada pela Lei 12.403/11, na sua parte histórica em que antes não tinha a liberdade provisória, fazendo assim com que o acusado ficasse preso aguardando até a conclusão do processo e se culpado fosse julgado e condenado. O trabalho é elaborado com base em doutrinas, jurisprudências, discussões dos tribunais e legislação, sendo assim seguindo as formas e visões já discutidas e aquelas que ainda estão sendo no momento revisadas. Portanto, aquele que era inocente não tinha como opção aguardar em liberdade, também por outro lado aquele que não tinha condições financeiras para fiança pela liberdade provisória não tinha como hoje a liberdade provisória vinculada às medidas cautelares.

**Palavras-chave:** Arbitramento; Liberdade Provisória; Processo Penal.

**ABSTRACT:** The topic under discussion addresses on the precautionary measures the bail in unbailable crimes and how it is applied to criminal law on such illicit activities, and as such authors shall be conducted and the assumptions on which it is up to bail on his conduct. This paper aims to demonstrate how the relationship of the accused / investigated linked to provisional release, in this case, as it must cooperate with justice, being loose, but having obligations to the research service and which is guilty will be judged according to law determines. On the subject discourse we can see the evolution of matter in question as amended by Law 12.403 / 11, in its historical part where before there had to bail, thereby making the accused was trapped waiting until the process is complete and guilty were

tried and convicted. The work is developed based on doctrines, jurisprudence, discusiones the courts and legislation, thus following the shapes and visions already discussed and those that are still being reviewed in time. So that he was innocent and had no option to wait in freedom, also on the other side who could not afford to bail for provisional release did not like today interim release linked to precautionary measures.

**Keywords:** Arbitration; Provisional Freedom; Criminal Proceedings.

---

## INTRODUÇÃO

Segundo o artigo 5º, LXVI, da Constituição ninguém será levado em prisão ou nela mantido quando na lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Também em conformidade com o que diz no artigo 321 do Código de Processo Penal, que ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, impondo, se for o caso medidas cautelares prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal com os critérios do artigo 282 também do CPP.

Após a criação da Lei n. 12.403/2011, que deu uma nova direção ao instituto da liberdade provisória, alterando inúmeros artigos do Código de Processo Penal, é necessário, com o fim de aplicar uma medida ao que se encontra em descumprimento com a justiça de forma que seja justa e segura para que não fiquem em pune bem como mediante pagamento de fiança ou sem fiança.

Assegurando ao criminoso o seu direito, mas aplicando a ele um dever para com o Estado e a sociedade. Esse nosso trabalho visa mostrar e esclarecer pontos divergentes a acerca da liberdade provisória nos crimes inafiançáveis, com o objetivo de mostrar e tirar dúvidas e esclarecer mais sobre o tema.

Nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/99, são todos os crimes com pena máxima não superior a 2 (dois) anos e todas as contravenções penais. Nesta modalidade de infração penal, o ato da prisão em flagrante é possível; porém, de acordo com o art. 96, parágrafo único, da Lei n. 9.00/99, quando o preso for

apresentado à autoridade policial, esta não lavrará o auto de prisão nem exigirá fiança se o autor do fato for imediatamente encaminhado ao Juizado Especial Criminal ou assumir o compromisso de lá comparecer quando intimado para tanto (na última hipótese deverá assinar termo de compromisso).

## **1 A LIBERDADE PROVISÓRIA NO ORDENANEMTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### **1.1 Aspectos históricos e Conceito**

A instituição da liberdade provisória para TOURINHO FILHO, (2012, p.705), sucedâneo (em lugar) da prisão provisória, não é, como se poderia supor, uma criação dos legisladores modernos. Os antigos romanos a conheceram. Entretanto “foi a partir da Lei das Doze Tábuas que adquiriu contornos definitivos, transmudando-se em direito do imputado”.

As mudanças do art. 350 do CPP feita pela introdução da Lei 12.403, de 4(quatro) de maio de 2011, que alterou muitas regras do CPP relacionadas à prisão e medidas cautelares.

Antes da redação do Código de Processo Penal de 1941, não havia a preocupação legislativa com a liberdade provisória para as pessoas destituídas de recursos financeiros. Na década de 40 do século passado, o equívoco foi corrigido por NELSON HUNGRIA, e assim foi por ele explicado: “é corrigida uma iniquidade da lei vigente, permitindo-se que, ao acusado inteiramente baldo de recursos para prestar a fiança, seja concedida, mediante certas condições, a liberdade provisória”.

A atual redação do art. 350 do Código de Processo Penal, após a recentíssima mudança de redação da Lei 12.403/2011, cuida de a possibilidade de o juiz conceder a liberdade provisória para o acusado sem arbitrar fiança, nos casos em que a pessoa presa cautelarmente não tiver situação econômica compatível com o recolhimento de dinheiro ou objetos de valor, como forma de caucionar sua presença e colaboração processual.

A pobreza não é apenas a miséria total. Basta não ter condições de acautelar o processo sem prejudicar o seu sustento ou de sua família para ter o direito potencial, decidido pelo magistrado.

Para explicar as bases dogmáticas do art. 350 do Código de Processo Penal, vamos utilizar os ensinamentos de HÉLIO TORNAGHI. Segundo ele a lei brasileira nos mostra – não modificada nessa reforma no ponto que estamos apresentando – estatui duas cautelas:

- ü 1) **Inexigibilidade** – a lei deixa a critério do juiz a avaliação da conveniência de conceder a liberdade ou negá-la.
- ü 2) **Judicialidade** – somente o juiz tem o poder de arbitrar a liberdade provisória sem fiança no caso de pessoa presa sem condições econômicas.

Além das cautelas, HÉLIO TORNAGHI, ainda elenca os requisitos:

- a) afiançabilidade;
- b) pobreza, impossibilitando o recolhimento do valor da fiança.

Nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95 de 26 de setembro de 1995, são todos os crimes com pena máxima não superior a 2(dois) anos e todas as contravenções penais. Nesta modalidade de infração penal, o ato da prisão em flagrante é possível; porém, de acordo com o art. 96, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, assim fala ALEXANDRE REIS, (2014, p.419) quando o preso for apresentado à autoridade policial, esta não lavrará o auto de prisão nem exigirá fiança se o autor do fato for imediatamente encaminhado ao Juizado Especial Criminal ou assumir o compromisso de lá comparecer quando intimado para tanto (na última hipótese deverá assinar termo de compromisso).

Nestes casos, a autoridade policial se limita a lavrar termo circunstanciado do qual deve constar um resumo das circunstâncias do fato criminoso e, em seguida, deve libertar o autor da infração – sem lhe exigir fiança.

A constituição de 1988, no art. 5º, inciso LXVI, declara:

- ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Observando a relação entre a lei anterior com nova redação da Lei n. 12.403/11 houve-se algumas alterações notórias que reconhece o direito ao

acusado que com ou sem condições ou no caso da Lei 9.099/95 de ser concedida a liberdade, mas sem descumprir uma norma ou lei expressa obedecendo aos critérios as sanções aplicadas pelo juiz que determinará de acordo com a lei como será aplicada a fiança, a cada caso, fazendo assim com que o acusado/investigado contribua com a justiça e que seja feita e aplicada sem que prive do seu direito antes da conclusão do processo. Logo depois com tudo já preparado fica mais claro para ser feita e tomadas as providências necessárias ao acusado.

No tocante ao termo liberdade provisória podemos citar alguns doutrinadores e seus entendimentos sobre o assunto, como a seguir:

A liberdade provisória de acordo com TOURINHO FILHO (2012, p.704) é a medida intermediária entre a prisão e a liberdade completa, pois antes de ser julgado, aquele que comete infração penal não fica preso e tampouco desfruta de inteira liberdade, assumindo diversos compromissos com a justiça que o priva de algumas liberdades.

Assim concluído o processo se desfaz os compromissos e sua liberdade torna-se a ser completa. Aí está a “liberdade provisória”. Sendo assim ela não é total por duas razões:

a) se o autor da infração estiver em liberdade e vier a ser punido com a sua privação de liberdade sendo recolhido à prisão, b) durante o tempo em que o indiciado estiver em liberdade provisória e essa liberdade não é completa. As restrições estão previstas nos artigos, 310, 327, 328, 350 e 343, todos do Código de Processo Penal.

Para CAPEZ (2012, p.313) é a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. Artigo 283 do Código de Processo Penal.

Também cita GRECO FILHO (2013, p.316) que a liberdade provisória é a situação substitutiva da prisão processual. É o contraposto da prisão processual.

Ou seja, se, de maneira antecedente, há fundamento para a prisão provisória, esta não se efetiva ou se relaxa se houver uma das situações de liberdade provisória.

Diz TORNAGHI (1995, p. 102):

“O conceito de liberdade provisória é uma situação do acusado; situação paradoxal em que ele é, ao mesmo tempo, livre e vinculado. Livre de locomover-se, mas vinculado a certas obrigações que o prendem ao processo, ao júízo e, eventualmente, a um lugar predeterminado pelo juiz”.

Seu fundamento legal, o instituto da liberdade provisória funda-se na vantagem de substituir a prisão preventiva pela liberdade que logre assegurar a presença do acusado sem o sacrifício do encarceramento. Podemos perceber que como a nova redação dada pela Lei 12.403/11, o acusado/investigado deve ficar à disposição da justiça, mas que este não sacrifica sua liberdade tendo o direito de responder a conclusão do processo em liberdade em determinados casos em que a lei permite. Assim na sua forma o direito vem sendo aplicado com o objetivo de que venha punir os verdadeiros autores e deixando de pôr a responsabilidade sobre aqueles que no processo são verdadeiramente inocentes.

Finalmente podemos notar que a liberdade provisória é uma medida que vincula o acusado/indiciado ao exercício do cumprimento de ordem judicial sem tirar ou privar de sua liberdade de locomoção, em que é imposta a ele a obrigação a todos os atos do processual e sempre à disposição da justiça.

## **1.2 TIPOS E ESPÉCIES**

### **1.2.1 Anterior a Reforma do Código de Processo Penal**

Duas eram as espécies de liberdade provisória segundo TORNAGHI (1995, p.101) antes das modificações trazidas pela Lei nº 12.403/11, quais sejam: a liberdade com fiança e a liberdade sem fiança, subdividindo-se está em vinculada e não vinculada.

De acordo com os ensinamentos de Nucci (2009), Oliveira (2004) e Tourinho Filho (2011), entende-se por liberdade provisória sem fiança vinculada aquela que tinha previsão no artigo 310 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, bem como a hipótese elencada no artigo 350 do mesmo código. Diz-se vinculada porque o réu/indiciado deveria assinar termo de comparecimento a todos os atos processuais e, caso não comparecesse, a liberdade era revogada.

A primeira hipótese de concessão dessa modalidade de liberdade provisória era quando a pessoa fosse presa em flagrante e o magistrado havia cometido o fato amparado por uma das excludentes da antijuridicidade, previstas no artigo 23 do Código Penal, que são: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal.

A segunda hipótese de liberdade provisória sem fiança e vinculada foi acrescentada pela Lei nº 6.416/77, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 310 do CPP, estabelecendo que cabida liberdade se não existirem nenhuma das hipóteses para decretação da prisão preventiva. Essa última hipótese de cabimento inovou o sistema processual penal à época, uma vez que, naqueles tempos, antes de sua inclusão, a liberdade provisória com fiança era a única cabível quando não fosse o caso de prática de crime sob o amparo de alguma excludente de ilicitude.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).



Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Com a aplicação do parágrafo único do artigo 310 do CPP, em não havendo pressupostos para a decretação da prisão preventiva, hipóteses que se encontravam nos artigos 311 e 312, ambos do mesmo diploma legal, que são abordadas em capítulo próprio, o juiz deveria conceder a liberdade provisória, após ouvir o Ministério Público.

Nesta espécie de liberdade provisória, o acusado é posto em liberdade, porém fica vinculado a certos deveres processuais. A depender do caso, pode ser concedida com ou sem fiança. Vejamos as hipóteses de liberdade provisória com vinculação:

**a) liberdade provisória do art. 350, *caput*, do CPP:** o crime é afiançável, porém, por se tratar de acusado pobre, o juiz concede a ele liberdade provisória sem fiança, sujeitando-o ao cumprimento das seguintes obrigações: 1) comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento; 2) o acusado afiançado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante; 3) o acusado afiançado não poderá ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado;

**b) liberdade provisória com fiança (arts. 322 a 349):** o acusado fica sujeito às mesmas obrigações acima referidas (arts. 324, inciso I, 327 e 328, todos do CPP);

**c) liberdade provisória sem fiança do art. 310, parágrafo único do CPP, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11:** se o juiz verificar, pelo auto de prisão

em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições dos incisos I, II e III do art. 23 do Código Penal, poderá conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. Perceba-se que, nesse caso, e diversamente das hipóteses acima citadas, a vinculação do agente é bem menor, pois se sujeita apenas a comparecer a todos os atos processuais. Outrossim, quanto à possibilidade de revogação dessa liberdade provisória, já foi dito que, por força do art. 314 do CPP, a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos terem o agente praticado o fato ao abrigo de uma causa excludente da ilicitude. Logo, mesmo que o agente deixe de comparecer a determinado ato do processo, a liberdade provisória concedida com fundamento no art. 31 O, parágrafo único, do CPP, não poderá ser revogado, pois incabível a prisão preventiva. A rigor, então, diante da impossibilidade de revogação da liberdade provisória do art. 31 O parágrafo único, do CPP, já que é incabível a decretação da preventiva, não estamos diante de regime cautelar de liberdade provisória, porquanto ausente qualquer força coercitiva a impor o comparecimento do agente aos atos processuais;

**d) liberdade provisória cumulada com uma ou mais das medidas cautelares diversas da prisão:** por força das alterações produzidas pela Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória não é mais apenas uma medida de contracautela, podendo ser também adotada como providência cautelar autônoma, com a imposição de uma ou mais das medidas cautelares diversas da prisão elencadas no art. 319 do CPP. A nova redação do art. 321 do CPP confirma que, de agora em diante, deverá o juiz conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código, quando considerar que tais medidas são suficientes para produzir o mesmo resultado que a prisão preventiva, porém com menor lesividade à liberdade de locomoção do agente.

### **1.2.2 Vinculação com as medidas cautelares**

Com as inovações trazidas pela Lei nº 12.403/11a ampliação das medidas cautelares, com a criação de um capítulo próprio para as mesmas.

Sendo as medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, que dispõe:

Art.319 São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Fazendo com que o indiciado/ investigado firme uma responsabilidade com a justiça e se distancie de lugares onde ele poderia voltar a cometer

novos delitos que o faça perder sua liberdade. Outro ponto seria que as medidas cautelares diversas da prisão tem como objeto dar uma chance ao investigado de no tempo da persecução penal ele ficar em liberdade aguardando todo o processo investigativo.

## **2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E A PRISÃO PREVENTIVA**

### **2.1 Prisão Preventiva: Pressupostos, Fundamentos e Cabimento**

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319). Na redação original do Código de Processo Penal, era possível se falar em uma prisão preventiva obrigatória e outra facultativa. Isso porque, embora o Código não usasse as referidas expressões, segundo a redação original do art. 312 do CPP, a prisão preventiva seria decretada nos crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo igual ou superior a dez anos. Logo, nessas hipóteses, tinha-se espécie de prisão preventiva obrigatória. A expressão prisão preventiva facultativa era usada em contraposição à preventiva compulsória, sendo cabível quando, além de prova da materialidade e indícios de autoria, estivessem presentes outros pressupostos.

Com a extinção da prisão preventiva obrigatória pela Lei nº 5.349/67, que deu nova redação ao art. 312 do CPP, não há mais falar em prisão preventiva obrigatória nem facultativa. A prisão preventiva não se confunde com a prisão temporária, pelos seguintes motivos:

a) a prisão temporária só pode ser decretada durante a fase pré-processual (Lei nº 7.960/89, art. 1º, incisos I, II e UI); a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante a fase de investigação policial quanto durante o processo (CPP, art. 311);

b) a prisão temporária não pode ser decretada de ofício (Lei nº 7.960/89, art. 2º); durante a instrução processual, é cabível a decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado (CPP, art. 311);

c) a prisão temporária só é cabível em relação a um rol taxativo de delitos, listados no art. 1º, inciso UI, da Lei nº 7.960/89, e no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos e equiparados); não há um rol taxativo de delitos em relação aos quais seja cabível a decretação da prisão preventiva, bastando, para tanto, o preenchimento dos pressupostos constantes do art. 313 do CPP;

d) a prisão temporária possui prazo pré-determinado: 5 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (Lei nº 7.960/89, art. 2º); 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, em se tratando de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), findo o qual o preso será colocado imediatamente em liberdade, independentemente da expedição de alvará de soltura pelo juiz, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva. De seu turno, a prisão preventiva não tem prazo pré-determinado.

Também diz MARQUES (2000, p. 13) como toda e qualquer medida cautelar está ligada os pressupostos, a prisão preventiva também está condicionada à presença concomitante do *fumus bani iuris*, aqui denominado de *fumus comissi delicti*, e do *periculum in mora (periculum libertatis)*.

O *fumus comissi delicti*, indispensável para a decretação da prisão preventiva, vem previsto na parte final do art. 312 do CPP: prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. É indispensável, portanto, que o juiz verifique que a conduta supostamente praticada pelo agente é típica, ilícita e culpável, apontando as provas em que se apoia sua convicção.

O *periculum libertatis*, indispensável para a segregação preventiva, está consubstanciado em um dos fundamentos do art. 312 do CPP: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) garantia de aplicação da lei penal; d) conveniência da instrução criminal. Por força do novo parágrafo único do art. 312 do CPP, a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de

descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (CPP, art. 282, § 4º).

A expressão **“garantia da ordem pública”** é extremamente vaga e indeterminada, gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência quanto ao seu real significado. Por esse motivo, por ocasião da elaboração do Projeto de Lei no 4.208/01, que deu origem à Lei nº 12.403/11, foi proposta pela Comissão uma nova redação ao art. 312, caput, do CPP, nos seguintes termos: “A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa” (nosso grifo). O pressuposto da **“garantia da ordem econômica”** foi inserido no Código de Processo Penal pelo art. 86 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei antitruste), criada por Getúlio Vargas no período conhecido como Estado novo e tendo sido mantido no caput do art. 312 pela Lei nº 12.403/11. A prisão preventiva com base na **“garantia de aplicação da lei penal”** deve ser decretada quando o agente demonstrar que pretende fugir do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena.

A prisão preventiva decretada com base na **“conveniência da instrução criminal”** visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas. Tutela-se, com tal prisão, a livre produção probatória, impedindo que o agente comprometa de qualquer maneira a busca da verdade. Assim, havendo indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas ou peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos, ou de qualquer tentativa de turbar a apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal, será legítima a adoção da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal.

E **“descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”** por ocasião do estudo do procedimento para a aplicação das medidas cautelares de natureza pessoal, notadamente no tópico pertinente ao descumprimento injustificado das obrigações inerentes às medidas cautelares, fizemos detida análise do art. 282, § 4º, e do art. 312, parágrafo único,

ambos do CPP. De modo a se evitar repetições desnecessárias, remetemos o leitor ao referido tópico.

Presentes os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada em relação aos crimes listados no art. 313 do Código de Processo Penal a seguir:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

As hipóteses em que a prisão preventiva não será decretada em nenhum caso segundo o artigo 314 do CPP em que verificando o juiz pelas provas consoantes dos autos e ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do *caput* do artigo 23 do decreto Lei nº 2.848/40 do Código Penal.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Na doutrina ensina CAPEZ (2014, p.70) no Código Penal Comentado dizendo: crime é todo fato típico e ilícito. Pela concepção bipartida, a culpabilidade não integra o conceito de crime. Ilícitude é a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, pela qual a ação ou omissão típicas se tornam ilícitas. Pode-se assim dizer que todo fato penalmente ilícito é, antes de mais nada, típico. No entanto, pode suceder que um fato típico não seja ilícito, ante a concorrência de causas excludentes (art. 23, I, II e III).

## 2.2 Presunção de Inocência

Em 1764, BECCARIA (2005, p.69) em sua célebre obra: *Dos delitos e das Penas*, já advertia que "um homem não pode ser chamado *culpado* antes da sentença do juiz, e a sociedade só pode retirar-lhe a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi concedida".

Esse direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o cidadão é culpado ou inocente foi acolhido no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de



dezembro de 1948, em seu art. 11.1, dispõe: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa". Dispositivos semelhantes são encontrados na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (art. 14.2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92 - art. 8º, § 2º): "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

No ordenamento pátrio, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal."

Com a Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de não culpabilidade passou a constar expressamente do inciso LVII do art. 5º: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Consiste, assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

O princípio da presunção de inocência é um instituto previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. Refere-se a uma garantia processual atribuída ao acusado pela prática de uma infração penal, oferecendo-lhe a prerrogativa de não ser considerado culpado por um ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado. Esta situação, em tese, evita a aplicação errônea das sanções punitivas previstas no ordenamento jurídico. Ainda garante ao acusado um julgamento de forma justa em respeito à dignidade da pessoa humana.

### **3 FIANÇA NO SISTEMA BRASILEIRO**

#### **3.1 Conceito e Natureza Jurídica**

Para Greco Filho(2013 p.319)diz que fiança é o depósito em dinheiro ou valores feitos pelo acusado ou em seu nome para liberá-lo da prisão, nos casos previstos em lei, com a finalidade de compeli-lo ao cumprimento do dever de comparecer e permanecer vinculado ao distrito da culpa. A fiança, de regra, é prestada em dinheiro, mas pode ter por objeto pedras, objetos ou metais preciosos, títulos de crédito ou representativos de capital e, até, imóveis, os quais deverão ser avaliados, fazendo-se o competente registro. O depósito em dinheiro será recolhido a estabelecimento bancário, obedecidos aos procedimentos de direito financeiro e as normas relativas aos depósitos judiciais.

Também leciona Capez (2013, p.363)que fiança consiste na prestação de uma caução de natureza real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu ou indiciado. Não se admite a de natureza fidejussória (caução pessoal, fiança), ou seja, mediante a apresentação de um fiador, devendo ser prestada por meio de dinheiro, joias ou qualquer objeto que tenha valor. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado (CPP, art. 336, *caput*). De acordo com MIRABETE (2008, p. 414) "a palavra fiança vem de *fidare*, corruptela de *fidere*, que significa 'fiar-se', 'confiar em alguém'. Nesse sentido, fiança é a fidejussória, isto é, prestada por pessoa idônea, que se obrigava a pagar a determinada quantia se o réu, ao ser condenado, fugisse, furtando-se ao processo e à execução da pena. Nos termos legais, porém, fiança é caução, de *cavere*, que quer dizer 'acautelar', servindo para designar qualquer meio que sirva para assegurar o cumprimento de uma obrigação. Destarte, fiança é uma garantia real de cumprimento das obrigações processuais do réu. É garantia real porque tem por objeto coisas (art. 330), não existindo mais a fiança fidejussória no processo penal comum".<sup>497</sup> Consoante o Código de Processo Penal, a fiança pode ser conceituada como uma caução real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu.

Seu fundamento constitucional encontra-se no art. 5º, LXVI, como comenta em seu livro de Proceso Penal BRASILEIRO (2015, p. 1037)segundo o qual ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança. Não por outro motivo, quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a permite, caracteriza-se hipótese de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, autorizando-se a

impetração de habeas corpus com fundamento no art. 648, inciso V, do Código de Processo Penal. Ademais, de acordo com o art. 4º, alínea 'e', da Lei nº 4.898/65, constitui abuso de autoridade levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei.

### **3.2 Hipóteses de Cabimento**

Segundo o art. 334 do CPP, como diz Renato Brasileiro no seu livro de Processo Penal na página 1038, a fiança pode ser concedida enquanto não houver o trânsito em julgado de sentença condenatória, podendo ser concedida independentemente de prévia oitiva do Ministério Público. Obviamente, uma vez prestada a fiança, o *Parquet* terá vista do processo, podendo interpor Recurso em sentido estrito quando discordar da decisão (CPP, art. 581, V). Antes do advento da Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória funcionava apenas como substitutivo da prisão em flagrante. Sempre entendemos que, diante do antigo parágrafo único do art. 31 do CPP, não era possível que alguém permanecesse preso em flagrante até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois, ao ser comunicado da prisão em flagrante, era obrigatório que o juiz analisasse o cabimento da liberdade provisória. Então, se presentes os pressupostos dos arts. 312 e 313 do CPP deveria converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Se ausentes tais pressupostos, deveria conceder ao acusado a liberdade provisória sem fiança do antigo parágrafo único do art. 31 O do CPP. Não obstante, já foi dito que não era essa a posição dos Tribunais. Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, prevalecia na jurisprudência o entendimento de que o juiz não era obrigado a se manifestar de ofício quanto ao cabimento da liberdade provisória. Diante dessa posição, era possível a compreensão do disposto no art. 334 do CPP, pois, se o juiz não estava obrigado a se manifestar de ofício quanto à concessão de liberdade provisória-e desde que não houvesse qualquer pedido formulado pelo MP ou pela defesa -, era possível que alguém permanecesse preso ao longo de todo o processo em virtude da 'prisão em flagrante', pleiteando, então, a concessão de liberdade provisória com fiança enquanto não houvesse o trânsito em julgado de sentença condenatória (CPP, art. 334).

Com a nova redação dada ao art. 31 do CPP, a análise judicial acerca do cabimento da liberdade provisória, com ou sem fiança, passa a ser obrigatória. Isso porque, ao receber o auto de prisão em flagrante, o magistrado deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Como se pode perceber será mais difícil a visualização da concessão da fiança como medida de contracautela em momento posterior ao da prisão em flagrante, já que a análise por parte do juiz acerca do cabimento da liberdade provisória, com ou sem fiança, deve ocorrer tão logo seja comunicado da prisão em flagrante. Isso, todavia, não significa dizer que o art. 334 do CPP não tenha qualquer validade. Afinal, por força da Lei nº 12.403/11, a fiança não é mais apenas uma medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante, o que significa dizer que pode ser concedida de maneira autônoma. Logo, como espécie de medida cautelar diversa da prisão (CPP, art. 319, VIII), é evidente que a fiança pode ser arbitrada para o acusado solto durante todo o curso da persecução penal, enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória (CPP, art. 334).

Como podemos perceber em nosso ordenamento não mostra claramente em que hipóteses terão o cabimento de fiança, assim só mostrando claramente as hipóteses em que não cabe fiança em nosso Código de Processo Penal os seguintes artigos após o advento da Lei 12.403/11:

Art. 323. Não será concedida a fiança:

I – nos crimes de racismo;

II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos;

III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

IV e V – Revogados. Lei nº 12.403, de 4-5-2011.

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança, anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II – em caso de prisão civil ou militar;

III – Revogado. Lei nº 12.403, de 4-5-2011;

IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Desta forma com a entrada em vigor da Lei 12.403/11 temos a concessão de fiança pela autoridade policial que será para as penas privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas. Em seguida a primeira referente ao arbitramento da fiança e a segunda sobre o valor a que será atribuído:

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que conceder nos seguintes limites:

I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos;

§1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I – dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§2º (revogado).

Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Assim temos acima a redação dada para a aplicação da fiança e os limites fixados pelo nosso ordenamento jurídico, tendo como bases os incisos dos artigos 325 como fixar o valor e 326 do Código de Processo Penal e seus limites conforme a natureza da infração.

### **3.3 Os Crimes Inafiançáveis**

Como diz BRASILEIRO(2015, p.1041) o Código de Processo Penal não estabelece quais infrações penais admitem fiança. Estabelece, sim, os casos que não admitem fiança. Portanto, a fim de se estabelecer quais infrações são afiançáveis, deve-se fazer uma interpretação a contrário sensu dos arts. 323 e 324 do CPP. Quando se compara a antiga redação do art. 323 com a nova, fica evidente o quanto o legislador quis revigorar o instituto da liberdade provisória com fiança. Tanto é verdade que houve uma diminuição dos crimes inafiançáveis, o que reforça o entendimento de que, doravante, a regra será a concessão da liberdade provisória com fiança, cumulada (ou não) com as medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do CPP.

Infrações inafiançáveis que passaram a admitir fiança após a Lei no 12.403/11.A lei de contravenção penal o crime de vadiagem deixa de ser considerada inafiançável, sendo somente os citados abaixo como crimes sendo inafiançáveis de acordo com o novo inciso II do artigo 323 de Código de Processo Penal.

Art.323. Não será concedida fiança:

I-nos crimes de racismo;

II-nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III-nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

IV-(revogado);

V-("revogado)." (NR). (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

De acordo com a antiga redação do art. 323, I, do CPP, não era possível a concessão de fiança nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada fosse superior a 2 (dois) anos. Levava-se em consideração a pena mínima de reclusão prevista em abstrato para o delito. Logo, em se tratando de tentativa, a pena, para efeitos de fiança, devia ser diminuída em seu grau máximo, pois a lei fala em pena mínima.

Não será concedida fiança (CPP, arts. 323 e 324):

- a) aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida;
- b) aos que, no mesmo processo, tiverem infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem as arts. 327 e 328 do CPP;
- c) no crimes de racismo;
- d) nos hediondos, tráfico de drogas, tortura e terrorismo;
- e) nos crimes praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
- f) no caso de prisão civil e militar;
- g) quando estiver presente qualquer dos motivos que autorizam a prisão preventiva (CPP, art. 312).

Além disso, ARAÚJO REIS (2014, p. 367 - 420) também é vedada a concessão de fiança em leis especiais: a) nos crimes

contra o sistema financeiro, punidos com reclusão (art. 31 da lei n. 7.492/86); b) nos crimes de “lavagem de dinheiro” (art. 3º da Lei n. 9.613/98).

## CONCLUSÃO

Assim no final deste trabalho com esse estudo analisamos o avanço das leis brasileiras no sentido de que ninguém seja punido pelo crime que não cometeu e também as hipóteses que cabe fiança e dentre essas as que não serão permitidos a mesma, cujo teor é deixar sob custódia da justiça qualquer indivíduo que tenha cometido um fato/crime e que seja responsabilizado, pois diante da sociedade isso reflete em que todos esperam a segurança e a paz na forma em que se espera de acordo como são regidas as leis, de inteira justiça não deixando que sejam roubados a tranquilidade a paz e o sossego de cada um. Sendo dessa forma que todos possam encontrar um amparo na lei, uma proteção para que e isso seja de grande relevância social. No Brasil, a constituição federal, em seu artigo 5º, nos incisos XLII a XLIV, considera cinco tipos de crimes como tal: a) racismo (inciso XLII); b) prática de tortura (inciso XLIII); c) tráfico de entorpecentes e drogas afins (inciso XLIII); d) crimes hediondos (inciso XLIII); e) terrorismo (inciso XLIII); f) ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o estado democrático (inciso XLIV). Atesta a letra da lei que respondem por tais penalidades os mandantes, os executores e os que, podendo evitar a execução dos crimes, se omitam. A concessão de fiança é considerada um direito fundamental do indivíduo, vez que está diretamente relacionada à liberdade (que a meu ver é o direito fundamental de maior importância ao indivíduo) do mesmo. Ela vem prevista no art. 5.º de nossa Constituição Federal e, como se pode notar de forma cristalina, a regra é a afiançabilidade das infrações penais (tanto é assim, que tanto na Constituição Federal quanto na Legislação Extravagante há a previsão das hipóteses em que a fiança não é cabível – sendo estas previstas nos incisos XLII a XLIV do art. 5.º da Constituição Federal e, arts. 323 e 324 do Código de Processo Penal). Conforme preceituado por diversos doutrinadores renomados a fiança tem por finalidade assegurar a liberdade provisória do indiciado ou réu, durante o transcurso da persecutio criminis, desde que, preenchidas as condições impostas pela legislação. Na mesma seara constitucional, no dia 04/7/2011 entrou em vigor a Lei n.º 12.403/11 alterando, de forma substancial, o regramento a respeito das prisões prevendo, inclusive, um dispositivo com as denominadas “medidas



cautelares diversas da prisão”. Analisando a nova lei, juntamente com o texto constitucional, denota-se que a intenção do legislador é a de prever o aprisionamento do infrator somente em algumas situações.

## **BIBLIOGRAFIA**

ANGHER, Anne Joyce. VadeMecum Acadêmico de Direito Rideel. – 19. ed. – São Paulo: Rideel, 2014, p, 2235.

BECCARIA, CesareBonesana. Dos Delitos e das Penas. – 3º ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.p. 139.

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. – 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/lei-principal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lei-principal.htm) acessado em: 14/10/2015

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Diário oficial da república federativa do Brasil. Brasília, 06 de out. 1988.

CAPEZ, Fernando. Código Penal Comentado. – 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, P, 760.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. - 20 ed. de acordo com a Lei n. 12.736/12 - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 911.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. – 10 ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 497.

<http://www.juristas.com.br/informacao/revista-juristas/a-liberdade-provisoria-sem-fianca-para-reu-pobre-apos-as-mudancas-da-lei-12-403-de-4-de-maio-de-2011/796>Acesso em: 11/10/2016

[Ivan Luis Marqueshttps://pt.wikipedia.org/wiki/Lei\\_Antitruste](https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Antitruste) acessado em 14/10/2015

LIMA, Renato Braseiro de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática (de acordo com a lei n. 12.403/11. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MACHADO, Charles Emil Martins <http://jus.com.br/artigos/19476/crimes-inafiancaveis-uma-interpretacao-da-lei-n-12-403-11-a-luz-da-jurisprudencia-do-stf#ixzz3ofD0FVLr> acessado em 15/10/2015

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. V.4. – 2 ed. – Campinas: Millennium, 2000, p. 532.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. – 18 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 – 6. reimpr. – São Paulo; Atlas, 2008, p. 818.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. – 6 ed. rev. Ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p, 1087.

Rafael Ferrari <http://jus.com.br/artigos/21862/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-como-garantia-processual-penal#ixzz3oUfRnerO> acessado em: 13/10/2015

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Direito processual penal esquematizado. Coordenador Pedro Lenza. - 3 ed. rev. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2014, p. 726.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. – 9 ed. rev. ampl. atualizada. – Bahia: JusPODIVM, 2014.

TORNACHI, Hélio. Curso de Processo Penal. V. 2. – 9 ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 1995, p. 518.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. - 15 ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011 - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1033.

NOTAS:

[1] : André de Paula Viana, bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Camilo Castelo Branco, Campus VII – Fernandópolis – SP. Pós-Graduado pela Universidade Camilo Castelo Branco em Direito Civil e Direito Processual Civil. Professor de Direito Penal da Universidade

Camilo Castelo Branco, Fernandópolis - SP. Professor de Pós-Graduação perante a Faculdade Aldete Maria Alves – FAMA, Iturama-MG.

## Os efeitos da decisão proferida em sede do mandado de injunção à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal e da Lei 13.300/2016

**VICTOR TEIXEIRA DE FREITAS:** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado.

**Resumo:** O presente trabalho tem o objetivo de analisar os principais aspectos relativos à eficácia das decisões proferidas em sede de mandado de injunção, abordando as principais controvérsias acerca do tema, principalmente no que diz respeito às posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e à escolha feita pelo legislador quando da edição da Lei 13.300/2016.

**Palavras-chave:** Mandado de Injunção. Lei 13.300/2016.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Os efeitos das decisões judiciais proferidas em sede de mandado de injunção. 2.1 Análise histórica. 2.2. Lei 13.300/2016: a opção feita pela legislador. 3. Conclusão. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

O mandado de injunção é uma garantia processual que tem o objetivo de suprir a omissão legislativa que inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Tal instrumento processual tem previsão no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88)[1], razão pela qual é incluído no rol dos chamados “remédios constitucionais”.

Apesar da previsão constitucional, o legislador ordinário não editou uma lei visando à disciplina da utilização do mandado de injunção, o que levou parcela da doutrina a defender que o remédio constitucional não poderia ser utilizado até que houvesse a sua efetiva regulamentação. Essa tese, porém, não foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal[2], o qual, em 1990, decidiu pela autoaplicabilidade do *writ*.

A Lei número 8.038, de 28 de maio de 1990, previu, em seu artigo 24, parágrafo único[3], a determinação da aplicação das normas relativas ao mandado de segurança, no que couber, ao mandado de injunção e ao *habeas data*. Conforme

destaca Rodrigo Mazzei[4], tal mandamento partiu do pressuposto da existência de similitudes entre o mandado de segurança e o mandado de injunção.

Contudo, por se tratar de apenas mera adaptação, inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da utilização do mandado de injunção surgiram ao longo do tempo, principalmente no que diz respeito à natureza jurídica do mandado de injunção e aos efeitos das decisões judiciais proferidas no bojo do *writ*.

Em 2016, o Congresso Nacional editou, finalmente, a Lei 13.300, a qual disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, além de dar outras providências. Faz-se necessário, portanto, o seu estudo detido, de maneira a possibilitar a uniformização do pensamento a respeito dos efeitos provenientes das decisões judiciais proferidas no âmbito do citado remédio constitucional.

## **2. OS EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAS PROFERIDAS EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO**

### **2.1 Análise histórica**

De acordo com a doutrina[5], dois são os pressupostos para o cabimento do mandado de injunção, os quais devem estar presentes de forma cumulativa, quais sejam: (a) a existência de um direito constitucional, relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania, ou a cidadania; (b) omissão legislativa, caracterizada pela falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a fruição deste direito.

Sendo cabível o *writ*, o órgão jurisdicional competente para julgá-lo pode, pelo menos em tese, tomar diferentes atitudes, tais quais: concretizar diretamente o direito constitucional cujo exercício é obstado pela omissão legislativa; apenas constituir o legislador em mora; determinar prazo específico para que o legislador supra a sua omissão, sob pena de concretizar diretamente o direito constitucional, etc.

Como essa matéria, por motivos óbvios, não foi objeto da Lei 1.533/1951 nem da Lei 12.016/09[6], surgiram várias teorias ao longo do tempo

com o fito de explicar a natureza jurídica do mandado de injunção, o que tem relação direta com os tipos de efeitos das decisões judiciais proferidas no julgamento do instrumento processual. Abaixo, far-se-á uma exposição sumária acerca das referidas teorias, destacando o entendimento dos principais tribunais pátrios a seu respeito.

De acordo com a teoria da subsidiariedade, a decisão proferida pelo órgão jurisdicional em sede de mandado de injunção deve apenas declarar a existência da mora legislativa, comunicando esse fato ao órgão legislativo responsável pela sua edição.

Pela teoria da independência do órgão jurisdicional, o órgão julgador do mandado de injunção tem a competência para suprir diretamente a inexistência da norma regulamentadora do direito constitucional, editando uma norma geral. A sua decisão teria, assim, natureza constitutiva e eficácia *erga omnes*, aplicando-se a todos os indivíduos que precisassem exercer o direito. Conforme aduz Rodrigo Reis Mazzei[7], referida teoria “recebe fortes críticas doutrinárias, em razão da função legislativa não ser típica Judiciário, afrontando o princípio da separação dos poderes”.

A teoria da resolutividade, por sua vez, pode ser vista como um meio termo entre as acima explanadas, sendo historicamente considerada a mais adequada pela doutrina majoritária[8]. Segundo ela, o órgão jurisdicional, ao julgar procedente o mandado de injunção, profere decisão de natureza constitutiva, de forma a suprir a omissão legislativa até então existente, mas com efeitos apenas *inter partes*[9].

Após expor as referidas teorias, é necessário destacar que, conforme ensina Alexandre de Moraes[10], a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal classifica os efeitos das decisões proferidas no âmbito do mandado de injunção em duas categorias, quais sejam: (a) não concretista; (b) concretista. Pela primeira, a decisão do órgão jurisdicional apenas declara a mora do Poder Legislativo, não viabilizando o exercício do direito constitucional pretendido (em consonância com a teoria da subsidiariedade, portanto). Pela segunda, o órgão jurisdicional, ao decidir o mandado de injunção, viabiliza o exercício do direito constitucional pretendido.

A posição concretista, por sua vez, pode ser subdividida em geral, segundo a qual o Poder Judiciário proferirá uma decisão constitutiva com eficácia *erga omnes*, criando uma norma geral potencialmente aplicável a todos os indivíduos (em conformidade com a teoria da independência do órgão jurisdicional), e individual, pela qual o órgão julgador proferirá uma decisão constitutiva com eficácia apenas *inter partes*, possibilitando o exercício do direito somente pelo autor do mandado de injunção (em harmonia com a teoria da resolutividade).

Ainda de acordo com o Supremo Tribunal Federal[11], fala-se que a posição concretista individual pode ser bipartida em posição concretista individual direta, segundo a qual o Poder Judiciário pode proceder à imediata regulamentação do exercício do direito pretendido pelo autor do mandado de injunção, e posição concretista individual intermediária, pela qual o órgão jurisdicional deve, em primeiro lugar, fixar prazo para o Poder Legislativo regulamentar o exercício do direito pretendido pelo autor do *writ*, podendo fazê-lo diretamente caso este permaneça inerte.

Pois bem, apesar da crítica contumaz da doutrina majoritária, o Supremo Tribunal Federal[12] adotou, por longo período, a posição não concretista, o que acabou por minimizar a importância do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o decorrer do tempo, o Tribunal, aproximando-se da posição concretista individual intermediária, começou a fixar prazo para que o Poder Legislativo pudesse suprir a sua omissão, estabelecendo que, ao término desse interregno, o prejudicado, a depender do caso concreto, já passaria a ter o direito pretendido (conforme o Mandado de Injunção número 232-1/RJ) ou estaria autorizado a reclamar indenização por meio de ação judicial própria em razão da frustração do exercício desse direito (vide Mandado de Injunção número 284-3/DF).

No julgamento do Mandado de Injunção número 721/DF[13], o Supremo Tribunal Federal, após analisar o pedido de aposentadoria especial formulado por uma servidora pública que trabalhara por mais de vinte e cinco anos em ambiente insalubre, viabilizou diretamente o exercício deste direito, determinando que o benefício fosse garantido à requerente, aplicando-se as regras

da aposentadoria especial relativas ao regime geral de previdência social (Lei 8.213/91). O ministro Marco Aurélio, relator do referido processo, após ressaltar o caráter mandamental do mandado de injunção, aproximou-se da teoria concretista individual direta, observe-se:

Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo.

Nos históricos julgamentos dos Mandados de Injunção número 670/ES, número 708/DF e número 712/PA, ocorridos em 2007, o Supremo Tribunal Federal acabou por consagrar a teoria concretista geral, possibilitando o exercício do direito de greve dos servidores públicos por meio da aplicação, no que fosse compatível, da Lei 7.783/89, que disciplina o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada.

Nesse tocante, é oportuno destacar as palavras do ministro Gilmar Mendes, relator do Mandado de Injunção nº 670/ES[14]:

“Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo. Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 18 anos), remanesce sem qualquer alteração. (...) Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo me vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do



direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo”.

Em razão dessas recentes decisões, prevalecia, pelo menos até a edição da Lei 13.300/2016, o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal adota a posição concretista geral, regulamentando o exercício dos direitos constitucionais pleiteados em mandado de injunção por meio de decisões judiciais de eficácia *erga omnes*.

## **2.2 Lei 13.300/2016: a opção feita pela legislador**

A Lei 13.300/2016, de 23 de junho de 2016, finalmente sistematizou a produção dos efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção. A esse respeito, o artigo 8º do novel diploma legal:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Analisando-se o dispositivo, conclui-se que o legislador optou, como regra, pela posição concretista intermediária, ante a necessidade de o órgão jurisdicional primeiro constituir o Poder Legislativo em mora, determinando prazo razoável para o suprimento da omissão, apenas podendo disciplinar o exercício do direito pretendido caso a mora legislativa não seja sanada no prazo determinado.

Contudo, de forma bastante coerente, o parágrafo único do referido artigo possibilita a regulamentação direta do direito vindicado pelo Poder Judiciário quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Quanto à eficácia subjetiva da decisão, o artigo 9º da Lei 13.300/2016 estabelece que, em regra, a decisão somente produzirá efeitos *inter partes*. Porém, esta também poderá ter eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* nos casos em que tal providência seja inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. Além disso, o relator do processo, por meio de decisão monocrática, pode, mesmo após o transitado da decisão, estender os seus efeitos aos casos análogos, veja-se:

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. § 1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. § 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

No tocante ao mandado de injunção coletivo, o artigo 13 da Lei 13.300/2016 consignou que a decisão fará coisa julgada “limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante”, sendo também aplicáveis as disposições dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 9º.

Sendo essas as posições adotadas pelo legislador, espera-se que haja finalmente a uniformização do entendimento sobre a matéria pelos órgãos jurisdicionais, em prestígio ao princípio da segurança jurídica.

### 3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que, em razão da falta de uma lei regulamentadora do mandado de injunção, doutrina e jurisprudência nunca foram assentes sobre a natureza do pedido de injunção, nem mesmo sobre a eficácia da decisão judicial proferida em sede do *writ*.

O próprio Supremo Tribunal Federal já adotou as posições não concretista, concretista individual intermediária, concretista individual direta e concretista geral.

Contudo, com a edição da Lei 13.300/16, a qual trouxe a opção legislativa pela teoria concretista individual intermediária como regra, espera-se que as controvérsias sejam finalmente sanadas, de maneira a possibilitar a uniformidade da eficácia das decisões proferidas no mandado de injunção.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

Acesso em: 12 nov. 2016.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de Injunção. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e **Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 289.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

### NOTAS:

[1] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107-3. Requerente: José Emídio Teixeira Lima. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 02 de agosto de 1991. Diário da Justiça Eletrônico.

[3] Lei nº 8.038 – Art. 24. Na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, na revisão criminal e no mandado de segurança, será aplicada a legislação processual em vigor. Parágrafo único - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.

[4] MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de Injunção. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 138.

[5] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e **Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 289.

[6] A Lei 12.016/09 trata a respeito do mandado de segurança, tendo revogado a Lei 1.533/1951.

[7] MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de Injunção. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 148.

[8] *Ibid.*, p. 164.

[9] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

[10] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

[11] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

[12] Vale destacar que, segundo o artigo 102, inciso q, da CRFB/88, o Supremo Tribunal Federal tem competência para processar e julgar originariamente o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma das Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721-7/DF. Impetrante: Maria Aparecida Moreira. Impetrado: Presidente da

República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 30 de novembro de 2007. Diário da Justiça Eletrônico.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670-7/ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 30 de outubro de 2008. Diário da Justiça Eletrônico.

## DO DESCABIMENTO DA PRISÃO CIVIL DO INVENTARIANTE PELO INADIMPLEMENTO DA VERBA ALIMENTAR POR PARTE DO ESPÓLIO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** Em uma primeira plana, ao se abordar o tema em comento, necessário se faz pontuar que a sobrevivência afigura no rol dos fundamentais direitos da pessoa humana. Neste passo, denota-se que a prestação de crédito alimentar é o instrumento apto a assegurar a sobrevivência do indivíduo, uma vez que é o meio adequado para atingir os recursos imprescindíveis à subsistência daqueles que, por si só, não conseguem prover sua manutenção pessoal, em decorrência da faixa etária, motivos de saúde, incapacidade, impossibilidade ou mesmo ausência de trabalho. De fato, o tema em debate ganha ainda mais proeminência quando é revestido de maciça importância, vez que se apresenta como elemento assegurador da dignidade do indivíduo. Nesse alar, há que se registrar que os alimentos, na atual sistemática albergada pelo Código Civil de 2002, dão corpo a obrigação que o indivíduo possui de fornecer alimentos a outrem. Insta arrazoar que, no que tange à órbita jurídica, tal acepção se revela mais ampla, compreendendo, inclusive, além dos próprios alimentos, a satisfação de outras necessidades tidas como essenciais para a vida em sociedade.

**Palavras-chaves:** Alimentos. Dignidade da Pessoa Humana. Direito Civil.

**Sumário:** 1 Alimentos: Comentário Introdutório; 2 Espécies de Alimentos: 2.1 Quanto à Natureza; 2.2 Quanto à Causa Jurídica; 2.3 Quanto à Finalidade; 2.4 Quanto ao Momento em que são reclamados; 3 Aspectos Característicos da Obrigação Alimentar: 3.1 Direito Personalíssimo; 3.2

Irrenunciabilidade; 3.3 Atualidade; 3.4 Futuridade; 3.5 Imprescritibilidade; 3.6 Transmissibilidade; 4 Solidariedade Familiar e a Obrigação de Prestar Alimentos; 5 Do Descabimento da Prisão Civil do Inventariante pelo inadimplemento da verba alimentar por parte do Espólio: Algumas Considerações Jurisprudenciais.

---

## 1 Alimentos: Comentário Introdutório

Em uma primeira plana, ao se abordar o tema em comento, necessário se faz pontuar que a sobrevivência afigura no rol dos fundamentais direitos da pessoa humana. Neste passo, denota-se que a prestação de crédito alimentar é o instrumento apto a assegurar a sobrevivência do indivíduo, uma vez que é o meio adequado para atingir os recursos imprescindíveis à subsistência daqueles que, por si só, não conseguem prover sua manutenção pessoal, em decorrência da faixa etária, motivos de saúde, incapacidade, impossibilidade ou mesmo ausência de trabalho. Com efeito, Venosa salienta que “*o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário para sua subsistência*”<sup>[1]</sup>. De fato, o tema em debate ganha ainda mais proeminência quando é revestido de maciça importância, vez que se apresenta como elemento assegurador da dignidade do indivíduo.

Nesse âmbito, há que se registrar que os alimentos, na atual sistemática albergada pelo Código Civil de 2002, dão corpo a obrigação que o indivíduo possui de fornecer alimentos à outrem. Insta arrazoar que, no que tange à órbita jurídica, tal acepção se revela mais ampla, compreendendo, inclusive, além dos próprios alimentos, a satisfação de outras necessidades tidas como essenciais para a vida em sociedade. “*Os alimentos são destinados a satisfazer as necessidades materiais de subsistência, vestuário, habitação e assistência na enfermidade*”<sup>[2]</sup><sup>[3]</sup>, assim como atender os requisitos de esfera moral e cultural, estabelecidos como tais pela vida em sociedade. Afora isso, com efeito, há que obtemperar que as prestações objetivam atender a condição social e o estilo de vida adotado pelo alimentando, sem olvidar, entretanto, da condição econômica do alimentante.

Como se depreende do exposto até o momento, em razão da ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, os alimentos passaram a integrar a

extensa, porém imprescindível, rubrica dos aspectos de solidariedade da célula familiar, arrimando-se, de maneira rotunda, em pilares de cooperação, isonomia e justiça social, bem como defesa da dignidade da pessoa humana. “*Ou seja, a obrigação alimentar é, sem dúvida, expressão da solidariedade social e familiar (enraizada em sentimentos humanitários) constitucionalmente impostas como diretriz da nossa ordem jurídica*”[4]. A prestação de alimentos se revela, neste sedimento, como instrumento apto a promoção dos princípios insertos na concepção de solidariedade familiar, alcance mais restrito da própria solidariedade social.

Deste modo, ao se considerar as nuances e particularidades que envolve as relações estruturadas em células familiares, todas as vezes que os liames não forem suficientes para assegurar a cada um de seus integrantes as condições necessárias para uma vida digna, o Ordenamento Jurídico, ressoando os valores consagrados na Constituição Federal de 1988, impõe a seus componentes a prestar os mecanismos imprescindíveis à sobrevivência digna, o qual é assegurado por meio dos alimentos.

## **2 Espécies de Alimentos**

### **2.1 Quanto à Natureza**

No que concerne à natureza do instituto em tela, pode-se assinalar que os alimentos são considerados naturais ou civis, quando observam ao estritamente necessários à sobrevivência do alimentando, sendo, em tal acepção, abrangido o que for absolutamente indispensável à vida, como a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação. Vale salientar que, na hipótese vertida alhures, premente se faz atentar que deve o alimentando ter resguardado o mínimo indispensável à sua sobrevivência.

Segundo leciona o doutrinador Rolf Madaleno[5], com bastante propriedade e ênfase, os alimentos civis, também denominados cômugros, compreendem aqueles destinados à manutenção da condição social do alimentando. “*Se abrangentes de outras necessidades, intelectuais e morais, inclusive recreação do beneficiário, compreendendo assim o necessarium personae e fixados segundo a qualidade do alimentando*”[6], bem como os deveres do alimentante, diz-se que resta configurada a espécie civil dos alimentos. Deste modo, em decorrência de sua



abrangência, a espécie em testilha alcança a alimentação propriamente dita, assim como o vestuário, a habitação, o lazer e necessidades de âmbito intelectual e moral.

Nesse passo, há que se arrazoar que os alimentos serão fixados em harmonia com as condições financeiras do alimentante. Prima assinalar que a pedra de sustento para a fixação desta espécie de alimentos é a condição socioeconômica do alimentante, uma vez que sua situação social interfere, de maneira direta, na quantificação da verba alimentícia. Há, deste modo, uma *“indissociável correlação com a riqueza exterior do devedor, e apurada ao tempo do casamento, ou de estável convivência, que por vínculos de parentesco, de união conjugal ou de relação estável”*[7]. Cuida evidenciar que o projeto de lei almeja garantir à mulher alimentanda uma prestação alimentícia para a sua subsistência, em patamares aproximáveis da condição vivenciadas durante o interím da coabitação.

No mais, em decorrência das disposições emanadas pelo princípio da isonomia, entalhado expressamente no artigo 5º da Constituição Federal[8], é possível efetuar a interpretação em sentido inverso, quando restar configurado que o varão é dependente de alimentos. Ao lado disso, anote-se que para a mensuração do pagamento da verba alimentar serão considerados *“o patrimônio e os recursos do casal ao tempo da coabitação, como sendo os marcos de exteriorização da padronagem social e econômica do casal, permitindo aferir com boa margem de segurança e gradação financeira”*[9] da verba alimentar a ser paga após a ruptura da união.

Anote-se, também, que o Código Civil vigente reserva a possibilidade de estabelecer alimentos que atendem tão-só a subsistência do credor, sendo nomeados alimentos naturais. Tal espécie compreende apenas os necessários para a sobrevivência, não se atentando para o padrão social, intelectual ou cultural de quem é pensionado, uma vez que objetivam, exclusivamente, assegurar a sobrevivência do alimentando. *“Por evidente, serão fixados em percentual inferior aos alimentos civis, dizendo respeito às necessidades da sobrevivência do alimentando”*[10]. Mister se faz ponderar que os alimentos naturais terão assento apenas quando decorrerem de culpa daquele que o pleiteia, sendo imprescindível a comprovação concreta pelo interessado, não havendo que se falar em presunção. À guisa de exemplificação, os alimentos naturais serão estabelecidos em favor do filho indigno ou ainda do ex-cônjuge, culpado pela ruptura da relação existente.

Além disso, pelo aspecto de solidariedade que o instituto dos alimentos são revestidos na atual sistemática vigente, infere-se que a culpa não obsta o direito ao recebimento de verbas alimentares, tendo o condão de acarretar, somente, a mutação da natureza, influenciando, de modo determinante, para o seu arbitramento. Logo, em constatada a culpa do credor, não há que se familiar em pagamento de alimentos civis, mas apenas os naturais. Nesta senda, infere-se que os alimentos naturais substancializam os valores de solidariedade, expressamente, consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Nessa esteira de exposição, há que se elucidar que tais espécies encontram-se buriladas, de maneira expressa, no artigo 1.704 do Código Civil, que salvaguarda os alimentos apenas indispensáveis à sobrevivência. Para tanto, com o escopo de ilustrar o expedito há que se citar a redação do dispositivo supramencionado: *“Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial”*[11].

## 2.2 Quanto à Causa Jurídica

Ao esmiuçar a espécie em testilha, pode-se verificar que os alimentos podem ser decorrentes do texto da lei, da vontade do homem ou do delito. *“Como legítimos, qualificam-se os alimentos devidos em virtude de uma obrigação legal; no sistema do nosso direito, são aqueles que se devem por direito de sangue (ex iure sanguinis)”*[12]. Trata-se de espécie que se alicerça no parentesco ou ainda relação de natureza familiar ou mesmo em decorrência de matrimônio, ou seja, encontram-se inseridos no Direito de Família. Neste sedimento, *“serão legítimos ou legais quando decorrem de uma relação familiar (seja de casamento, união estável ou de parentesco), estabelecendo uma prestação em favor daquele que necessita”*[13], bem como atentando-se para as possibilidade que o alimentante possui em prestar a verba de natureza alimentar. Ainda nesta esteira de exposição, há que se arrazoar que a espécie em comento encontra-se acampada, de maneira rotunda, pela Lei Substantiva Civil, em seu artigo 1.694, cujo teor colaciona-se:

**Art. 1.694.** Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua

condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação[14].

Nessa toada, os alimentos, doutrinariamente, considerados como voluntários são aqueles decorrentes de uma declaração de vontade, que pode ser tanto expressada em um contrato ou ainda quando a pessoa, de maneira espontânea, se obriga a pagar alimentos para outrem. Computa-se entre as hipóteses da espécie em tela quando há legado de alimento, isto é, o *auctor successionis* dispõe, em cédula testamentária sua intenção. Nesta senda de exposição, cuida trazer à colação o entendimento estruturado por Diniz, no qual “*o legado de alimentos abrange o indispensável à vida: alimentação, vestuário, medicamentos, habitação, e, se o legatário for menor, educação*”[15], devendo a quantia ser arbitrada pelo Juízo, atentando-se para as forças da herança, as necessidades do alimentário e a circunstância de estar o alimentário na dependência do legante, quando em vida.

Cuida entalhar que os alimentos provenientes de ato de disposição de última vontade (*causa mortis*) são denominado testamentários, produzindo os efeitos tão-somente com o falecimento do testador. De outra banda, os provenientes de fixação em contrato, ou seja, oriundos de ato *inter vivos* são denominados de convencionais, apresentando-se sob a forma de doação. Sobreleva destacar que ambas as hipóteses defluem de uma liberalidade, porquanto “*o devedor não estava obrigado por lei a prestá-los. É importante registrar que os alimentos voluntários submetem-se ao limite da legítima e não estão regidos pelas regras familiaristas*”[16].

Ao lado disso, há que se arrazoar que os ditos alimentos voluntários integram a rubrica dos direitos das obrigações e aqueles que defluem do ato de disposição de última vontade decorrem do direito sucessório. Insta pontuar que “*a aquisição do direito resulta de ato voluntário sempre que os sujeitos pretendem a criação de uma pretensão alimentícia; a obrigação assim estatuída pode sê-lo a benefício do próprio sujeito da relação jurídica*”[17], como também em benefício de terceira pessoa.

Quanto à obrigação alimentar proveniente da perpetração de um ato tido como ilícito, infere ponderar que ela se afigura como modalidade de indenização do dano *ex delicto*. O pensionamento tem por objetivo suprir as necessidades das pessoas que dependiam da vítima falecida, que já não pode mais fazê-lo, o

que evidencia a carência que a morte provocou no lar e dependentes, que assim ficaram privados de uma sobrevivência similar àquela que dispunham antes do acidente. Os alimentos serão ressarcitórios, também nominados indenizatórios quando resultam de uma sentença condenatória em matéria de Responsabilidade Civil, quando o juiz fixa a reparação do dano sob a forma de prestações periódicas, com natureza alimentar. Assim, cabe ao ofensor suprir essa falta, na forma do artigo 948, inciso II, do Código Civil[18]. Neste sentido, inclusive, colhem-se os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

**Ementa:** Apelação Cível. Ação de Exoneração de Pagamento de Pensão Mensal fixada em Ação de Indenização por Acidente de Trânsito. Alteração nas Condições Econômico-Financeiras das Partes. Impossibilidade Jurídica do Pedido. Os alimentos próprios, disciplinados pelo direito de família, não se confundem com os alimentos devidos em razão de condenação por ato ilícito, como no caso em tela. Nestes, não se analisa a possibilidade do devedor e a necessidade do beneficiário, mas somente a renda que este deixou de perceber. Resta caracterizada a impossibilidade jurídica do pedido de exoneração do devedor baseado em suas condições econômico-financeiras, observado que não encontra guarida no arts. 602, §3º, ou 471, I, ambos do CPC. Embora não haja vedação expressa no ordenamento pátrio à pretensão do autor, a mesma não se insere nas possibilidades de ajuste do valor da condenação sem ofensa à res judicata. Manutenção da decisão que determinou a extinção do feito sem julgamento de mérito. Recurso Desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Décima Segunda Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70007840648/ Relator Desembargador Naele Ochoa Piazzeta/ Julgado em 24.06.2004). (destaquei)

**Ementa:** Apelação Cível. Responsabilidade Civil em Acidente de Trânsito. Ação de Exoneração de

Pensionamento. Impossibilidade. Extinção do Feito. 1. Como a obrigação teve como origem a reparação por ato ilícito, não se mostra possível o ajuizamento de ação de exoneração de pensionamento, tendo em vista que não se trata de hipótese de alimentos, comum ao direito de família. 2. A pretendida exoneração de pensionamento somente poderia ter sido deduzida por meio de ação rescisória, caso presente alguma das hipóteses dispostas no artigo 485 e seguintes do Código de Processo Civil Apelo desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Décima Segunda Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70013251384/ Relator Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira/ Julgado em 16.03.2006). (destaquei)

Além disso, deve-se pontuar que a verba alimentar oriunda da perpetração de ato ilícito comporta o procedimento revisional, ambicionando o reajuste da prestação afixada, quando da condenação do perpetrador do dano. “*Embora haja alguma resistência na concessão de tutela antecipada sob a forma de pensionamento alimentar em casos de acidente de trânsito*”<sup>[19]</sup>, temperando a possibilidade de incidência da tutela de urgência contida no artigo 273 do Código de Processo Civil<sup>[20]</sup>, quando restar configurada ação intentada por grávida, viúva da vítima ou ainda o pedido de alimentos provisionais, desde que presentes os requisitos autorizadores à concessão, saber o periculum in mora (perigo da demora) e o fumus boni iuris (a fumaça do bom direito). Neste passo, é transcrito o seguinte precedente:

**Ementa:** Agravo Interno no Agravo de Instrumento – Ação de Indenização – Acidente de Trânsito – Morte do mantenedor da família - Alimentos – Antecipação de Tutela – Presença dos Requisitos Legais – Recurso Desprovido. 1. Em sede de cognição sumária, não há como afastar a responsabilidade da agravante, proprietária do veículo suposto causador do sinistro. 2. De outro lado, existem elementos nos autos que demonstram o

dano de difícil reparação advindo da demora na concessão da pensão alimentícia decorrente do ato ilícito. Os prejuízos de ordem material oriundos da perda do provedor da família são evidentes, com a redução do padrão de vida dos familiares e o comprometimento das condições básicas imperiosas para a vida dos filhos e do cônjuge do falecido, vítima de acidente. 3. Assim, presentes os requisitos legais exigidos, consistentes na aparência do direito alegado e na necessidade dos agravados, que dependiam financeiramente daquele que foi vítima fatal de acidente de trânsito, impõe-se o pagamento de alimentos pelo seu suposto causador. 4. Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – Quarta Câmara Cível/ Proc. 28109000100/ Relator Desembargador Carlos Roberto Mignone/ Julgado em 04.04.2011/ Publicado no DJ em 18.04.2011). (destaquei)

Doutro modo, uníssono é o entendimento jurisprudencial de descaber a prisão civil por falta de pagamento de prestação alimentícia proveniente de ação de responsabilidade *ex delicto*. Afora isso, mister se faz citar que a prisão civil, enquanto instrumento coercitivo, tem assento tão apenas nos alimentos previstos no Direito de Família. Inicialmente, cumpre salientar que a prisão civil é medida de exceção, só se justificando em casos extremos, razão pela qual comporta sempre interpretação restritiva, levando em conta os aspectos fáticos e jurídicos do caso examinado.

Ademais, indispensável a ponderação dos interesses em conflito, consubstanciados no direito a uma vida digna, sendo os alimentos indispensáveis a tanto; bem como no direito à liberdade e à dignidade do devedor de alimentos. A par disso, deve-se dar uma interpretação estrita do dispositivo constitucional em comento, abarcando somente o devedor de alimentos de natureza parental, ou seja, decorrentes do direito de família. Em se tratando de obrigação alimentar por ato ilícito, não se aplica o rito previsto nos artigos 733 e 734 do Código de Processo Civil. Ao lado disso, colacionam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais que acenam:

**Ementa:** Agravo de Instrumento. Responsabilidade Civil em Acidente de Trânsito. Execução de Alimentos. Ato Ilícito. O procedimento executivo dos arts. 733 e 734 do CPC, que prevê pena de prisão em caso de inadimplemento e/ou inclusão da pensão na folha de pagamento do réu, não se aplica aos casos em que o pensionamento se originou de ato ilícito. Agravo de instrumento provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Décima Segunda Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº. 70046866455/ Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack/ Julgado em 12.04.2012) (destaquei)

**Ementa:** Habeas Corpus Preventivo. Prisão Civil. Pensão. Ato Ilícito. Tratando-se de pensão decorrente da prática de ato ilícito, não é possível a utilização da prisão civil como meio de coerção para o pagamento da dívida. Interpretação restritiva do art. 5º, LXVII, da CF. A dívida alimentar que admite a prisão civil é somente aquela que tem origem no direito de família. Ordem concedida. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quinta Câmara Cível/ Habeas Corpus Nº 70018747196/ Relator Desembargador Leo Lima/ Julgado em 09.05.2007). (destaquei)

Em igual sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca da impossibilidade de decretar a prisão civil no caso de inadimplemento de prestação alimentícia oriunda da perpetração de ato ilícito. Ao lado disso, cuida trazer à baila os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

**Ementa:** Habeas Corpus. Alimentos devidos em razão de ato ilícito. Prisão Civil. Ilegalidade. 1. Segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a prisão civil decretada por descumprimento de obrigação alimentar em caso de pensão devida em razão de ato ilícito. 2. Ordem concedida. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ HC 182.228/SP/ Relator Ministro

João Otávio de Noronha/Julgado em 01.03.2011/ Publicado no DJe em 11.03.2011). (destaquei)

**Ementa:** Habeas Corpus. Prisão Civil. Alimentos devidos em razão de ato ilícito. Quem deixa de pagar débito alimentar decorrente de ato ilícito não está sujeito à prisão civil. Ordem concedida. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ HC 92.100/DF/ Relator Ministro Ari Pargendler/Julgado em 13/11/2007/ Publicado no DJ em 01.02.2008, p. 1). (destaquei)

Para esses casos, cabe ao credor requerer o cumprimento de sentença, postulando, quanto às prestações alimentícias, a constituição de capital, a fim de assegurar o adimplemento da obrigação, ou, ainda, a inclusão do benefício na folha de pagamento do réu, conforme dispõe o artigo 475-Q e a Súmula 313 do Superior Tribunal de Justiça. Por derradeiro, gize-se que os conflitos que tenham como objeto os alimentos voluntários ou indenizatórios serão dirimidos pelo Juízo da Vara Cível, enquanto os litígios envolvendo alimentos legítimos tramitarão na Vara de Família, em decorrência da especificidade que emoldura a matéria em comento.

### 2.3 Quanto à Finalidade

A espécie em tela pode ser subdividida em definitivos ou regulares, provisórios e provisionais, admitindo-se, outrossim, que sejam reivindicados judicialmente por meio da tutela antecipada. Nesta toada, *“alimentos regulares ou definitivos são aqueles estabelecidos pelo juiz na sentença ou por homologado em acordo de alimentos firmado entre o credor e devedor”*<sup>[21]</sup>, podendo ser revisto, desde que haja alteração na situação financeira de quem pensiona ou de quem os recebe. Propugna o artigo 1.699 do Código Civil: *“Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”*<sup>[22]</sup>.

Nesse passo, também, faz-se necessário realçar que a prestação alimentícia encontra-se subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, comportando, por extensão, revisão, a qualquer momento, desde que reste alterada a necessidade de quem os recebe ou a capacidade do alimentante, sendo imprescindível que a alteração seja



emanada por meio de nova decisão judicial ou acordo entre os interessados. Há que se examinar, ao se ambicionar a revisão, o binômio necessidade-possibilidade que orienta o instituto em tela.

Por seu turno, os alimentos provisórios são estabelecidos pelo magistrado, em sede de liminar, ao despachar a ação de alimentos, proposta sob o rito insculpido na Lei Nº 5.478, de 25 de julho de 1968, sendo exigida, previamente, a comprovação do parentesco, do casamento ou ainda da obrigação de alimentar. Nesta linha, infere-se que “*os alimentos provisórios possuem natureza antecipatória, sendo concedidos em ações de alimentos (ou em outras ações que tragam pedido de alimentos de forma cumulativa)*”[23], ainda no início da lide, bastando que seja comprovada, de forma prévia, por meio de documentos hábeis, a existência da obrigação alimentícia.

Outrossim, os alimentos provisórios poderão ser deferidos pelo Juízo *ex officio*, independentemente da presença de pedido expresso do autor. Vale salientar que o Diploma Legislativo supramencionado, quando de sua formulação, não albergou a união estável, que, em decorrência dos valores culturais e históricos vigentes, era considerada como concubinato. Ao lado disso, os objetivos constantes da Lei Nº. 5.478/1968 era distintos da união estável, que não gozava da condição de família, vindo tão-somente a receber, de maneira rotunda, respaldo pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, o rito especial cunhado na Lei de Alimentos não compreendia as uniões estáveis, vez que estas se encontravam despidas de prévia prova do vínculo afetivo, enquanto entidade familiar, porquanto era originária de relacionamentos informais. A Lei Nº. 8.971/1194, ressoando os ditames hasteados pela Carta de Outubro, expressamente, pontuou que a companheira, ao comprovar a união estável mantida, poderia utilizar das disposições contidas na Lei Nº. 5.478/1968, logo, pedir alimentos a seu companheiro, estatuidando o aspecto temporal assentado em um vínculo afetivo de, no mínimo, cinco anos. Igualmente, era carecida a demonstração da “*efetiva necessidade alimentar, porque os alimentos entre cônjuges e companheiros não decorrem de presunção de necessidade, como ocorria ao tempo da autocracia marital*”[24]. À guisa de citação, cuida transcrever o entendimento jurisprudencial que abaliza as ponderações vertidas acima:

**Ementa:** União Estável. Alimentos em favor da Companheira. Inexistência de Prova da Necessidade. 1. Para que seja cabível a fixação liminar da verba de alimentos, que decorre do compromisso de mútua assistência entre companheiros, deve estar comprovada razoavelmente a existência da união estável, a sua ruptura recente e a condição de necessidade de quem postula. 2. Descabe fixar alimentos provisórios em favor da postulante, quando não está demonstrada a existência da união estável, nem está comprovada a necessidade dela em recebê-los. Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Sétima Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº 70047891825/ Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves/ Julgado em 24.04.2012) (destaquei)

Nesse passo, premente se faz assinalar que a presunção de necessidade só subsiste em relação aos filhos que se encontram sob o poder familiar, bem como os filhos maiores incapazes. Já os maiores e capazes devem provar a necessidade de pensão, conquanto a exoneração da obrigação da verba alimentar não aconteça, *ex officio*, pelo simples implemento da maioridade civil. Com efeito, o poder familiar cessa quando o filho atinge a maioridade civil, mas evidentemente não desaparece a relação parental, que pode justificar a manutenção ou o estabelecimento de pensão alimentícia, desde que reste comprovada a condição de necessidade. No entanto, a prova da necessidade de receber ou de continuar recebendo a pensão de alimentos, quando se trata de filho maior, constitui ônus do alimentando.

Os alimentos provisionais, por sua vez, são derivados de medida cautelar preparatória ou incidental de ação de divórcio, nulidade ou ainda anulação de casamento, bem como demanda de alimentos. “*Trata-se de medida topologicamente cautelar, porque está elencada dentre as medidas cautelares, embora não possua tal natureza assecuratória*”[25]. Deste modo, em decorrência da natureza irrepetível dos alimentos, é perceptível que os alimentos provisionais não gozam de natureza cautelar, porquanto não se destinam a assegurar o resultado

de um outro apostilado processual, entretanto satisfazer, de forma imediata, as necessidades do autor.

Prima negritar, ainda ressoando as ponderações estruturadas alhures, como bem sustenta Madaleno, que a espécie em comento tem por escopo primevo “*garantir a subsistência do credor de alimentos durante a tramitação da ação principal de separação ou de alimentos, inclusive para o pagamento de despesas judiciais e dos honorários do advogado*”[26]. Com efeito, os alimentos provisionais substancializam medida satisfativa sujeitada a uma cognição de natureza sumária, sendo os alimentos estabelecidos em caráter ainda não definitivos, cujo fito é atender às necessidades do requerente, que evidenciou a presença dos elementos essenciais das medidas cautelares.

Nesse passo, insta anotar que, em razão da natureza satisfativa dos alimentos provisionais, não é aplicável a exigência da propositura da ação principal no interim de trinta dias, acinzelada no artigo 806 do Código de Processo Civil. Há que se registrar que os alimentos provisionais serão concedidos quando não houver prova pré-constituída da exigência de obrigação alimentar, não subsistindo a possibilidade de pleitear alimentos provisórios em sede de ação de alimentos. “*Então, poderá ajuizar uma ação cautelar, preparatória ou incidental, requerendo alimentos provisionais, demonstrada a presença dos requisitos genéricos das cautelares*”[27], quais sejam: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Por oportuno, a distinção mais proeminente entre os alimentos provisórios e os provisionais junte-se à existência, ou não, de prova pré-constituída da relação de casamento, união estável ou ainda vínculo de parentesco. Deste modo, em um procedimento de investigação de paternidade cumulada com alimentos, em sendo necessário ao requerente alimentos para se manter, poderá este ajuizar uma ação cautelar de alimentos provisionais, sendo carecida a demonstração de indícios verossímeis da relação, uma vez que ainda não disporá de provas pré-constituídas imprescindíveis para o pleito de alimentos provisórios. Destarte, constata-se que a distinção se assenta, precipuamente, em uma acepção terminológica e procedimental do que em relação à sua substância e natureza. No mais, ambas as espécies apresentam o mesmo escopo, qual seja: a concessão, de modo temporário, para assegurar a quem precisa os meios necessários à sua manutenção, até que seja prolatada uma decisão estabelecendo a verba alimentar em caráter definitivo.

## 2.4 Quanto ao Momento em que são reclamados

Sob o prisma do momento em que os alimentos são reclamados, a doutrina os classifica em pretéritos e futuros. “*Futuros são os alimentos prestados em decorrência de decisão judicial e são devidos desde a citação do devedor*”[28]. Já os alimentos pretéritos são anteriores a propositura da ação, não sendo devidos em razão de não serem requeridos, porquanto se consideram como vencidos os alimentos estabelecidos a partir do aforamento da ação, presumindo a lei inexistir dependência alimentar quando o credor nada pleiteia, conquanto não seja descartada a possibilidade do ingresso de uma ação de indenização para o ressarcimento dos gastos com a manutenção do filho em comum, todavia este ressarcimento em nada se confunde com a pensão alimentícia.

Além disso, os alimentos pretéritos são relacionados às prestações estabelecidas judicialmente e não adimplidas pelo alimentante, podendo ser objeto de ação executiva, enquanto não forem atingidas pela prescrição, no lapso temporal de dois anos, como bem aponta o artigo 206, §2º, da Lei Substantiva Civil vigente[29]. Ao lado do arrazoada, calha salientar que os créditos de natureza alimentar vencidos e não pagos pelo alimentante poderão ser objeto de cobrança em execução por quantia certa, atentando-se para as disposições albergadas pelo artigo 732 do Código de Processo Civil ou ainda pela opção da eleição da prisão civil contida no artigo 733 do Diploma Legal ora mencionado, estando, neste caso, limitada às três últimas prestações. Tal entendimento resta devidamente consagrado no enunciado da Súmula Nº. 309 do Superior Tribunal de Justiça.

## 3 Aspectos Característicos da Obrigação Alimentar

Cuida assinalar que o pagamento de prestação de verba alimentar apresenta aspectos caracterizadores distintos das demais obrigações de cunho civil, em razão de natureza especial, adstrita à dignidade da pessoa humana, encontrando-se entre valores tidos como fundamentais, considerados como indispensáveis e indisponíveis para a subsistência do ser humano. “*Esta sua natureza especial decorre do intrínseco propósito de assegurar a proteção do credor de alimentos, mediante um regime legal específico*”[30].

Tal fato decorre da premissa que o crédito alimento ambiciona cobrir necessidades impostergáveis do alimentando, cuja satisfação não comporta

morosidade ou demora, motivo pelo qual aprouve ao legislador enrodilhar o instituto dos alimentos de um sucedâneo de garantias especiais, com o escopo de assegurar o pagamento do *quantum* estipulado. Ao lado disso, quadra transcrever o entendimento firmado por Farias e Rosenvald, notadamente quando pontuam que *“tratando-se de uma obrigação tendente à manutenção da pessoa humana e de sua fundamental dignidade, é natural que os alimentos estejam cercados de características muito peculiares”*. No mais, há que se anotar que tais aspectos se revelam preponderantes para distinguir o instituto do pensionamento de alimentos das demais obrigações.

### **3.1 Caráter Personalíssimo**

Em uma primeira plana, cuida anotar que a verba alimentar é descrita como direito personalíssimo, porquanto tão somente aquele que mantém a relação de parentesco, casamento ou ainda união estável com o alimentante poderá vindicá-los. Ora, em decorrência da atual interpretação concedida pelo Supremo Tribunal Federal no que concerne às uniões homoafetivas, óbice não subsiste que companheiros pleiteiem o pagamento de verba alimentar. Como bem arrazoou o Ministro Celso de Mello, ao julgar o RE 477554 AgR/MG, hasteou como flâmula desfraldada que:

Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos (Código Civil, art. 1.723), representa o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais. Impende considerar, neste ponto, o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional, em ordem a valorizar esse novo paradigma como núcleo conformador do próprio conceito de família<sup>[31]</sup>.

Ao lado disso, há que se obter que os alimentos concedidos, diante da sua destinação e relevância social, privilegiados de maneira maciça pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, configuram direito personalíssimo que reúne particularidades que recomendam total controle e observância das formalidades legais, não admitindo renúncia, compensação, penhorabilidade, cessão, transação, restituição ou qualquer outra forma que comporte sua redução sem o devido processo legal. Como bem arrazoa Rolf Madaleno, os alimentos visam “*preservar, estritamente a vida do indivíduo, não podendo ser repassado este direito a outrem, como se fosse um negócio jurídico*”[32], conquanto possa a obrigação de pensionamento ser repassada aos herdeiros do alimentante, como bem frisa o artigo 1.700 do Código Civil: “*Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694*”[33].

*Ipsa facto*, é defeso no Ordenamento Pátrio vigente a renúncia sobre o direito de recebimento de alimentos, maiormente em razão da ilicitude do objeto, sendo tais avenças consideradas como nulas, porquanto dispõe de direito compreendido na rubrica personalíssimo. Nesta esteira de exposição, com efeito, cuida trazer à colação o entendimento jurisprudencial que explicita, de maneira rotunda, o aspecto característico em comento, assim como a impossibilidade da renúncia ao recebimento de verba alimentar, em decorrência do aspecto personalíssimo que emoldura o instituto dos alimentos:

**Ementa:** Agravo de Instrumento. Família. Acordo de Renúncia de Alimentos de Incapaz. Direito Personalíssimo e Irrenunciável. Negócio Jurídico Manifestamente Nulo. Na espécie, o acordo entabulado pelas partes visa, em verdade, à renúncia aos alimentos a que tem direito a criança (filho comum), o que é vedado pelo ordenamento legal, consoante arts. 841 e 1.707, ambos do Código Civil, porquanto o direito a alimentos é personalíssimo e irrenunciável. Destarte, o negócio jurídico entabulado entre as partes é manifestamente nulo, consoante art. 166 do Código Civil. Agravo de Instrumento Desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº. 70043331966/ Relator

Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl/ Julgado em 18.08.2011) (destaquei)

**Ementa:** Apelação Cível. Acordo de Renúncia dos Alimentos de Incapaz. Direito Indisponível. O direito a alimentos é personalíssimo, sendo defeso que os representantes do alimentado-incapaz realizem transação que acarrete sua renúncia (artigo 1.707 do Código Civil). Apelo não Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70036963809/ Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz/ Julgado em 02.12.2010) (destaquei)

Faz-se necessário arrimar-se, por imperioso, que o arbitramento dos valores a serem pagos, a título de verba alimentar, observarão o binômio possibilidade-necessidade, devendo o magistrado, neste ponto, valorar o princípio da proporcionalidade ao estipular o *quantum* a ser afixado. “*É um direito personalíssimo por ter por escopo tutelar a integridade física do indivíduo, logo, sua titularidade não passa para outrem*”[34]. Ao lado disso, em decorrência de seu caráter *intuitu personae* unilateral, o pensionamento de verba alimentícia não é transmissível aos herdeiros do alimentando. Ademais, o aspecto personalíssimo que caracteriza o instituto dos alimentos justifica a natureza declaratória da ação de alimentos.

### 3.2 Irrenunciabilidade

Em uma primeira exposição, insta trazer a lume que, quando da vigência do Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal, que detinha competência para apreciação de matéria infraconstitucional, buscando interpretar as disposições contidas no artigo 404[35], consagrou o entendimento que os alimentos, em quaisquer circunstâncias, eram irrenunciáveis. Doutro modo, o Superior Tribunal de Justiça, que, em decorrência de expressa disposição constitucional, passou a gozar de competência para apreciação de matéria infraconstitucional, “*sempre entendeu que a irrenunciabilidade dos alimentos dos alimentos somente alcançava os incapazes. Logo, afirmou-se que os alimentos somente seriam irrenunciáveis em favor de incapazes*”[36]. Em decorrência de tal ótica, passou-se a assentar visão jurisprudencial no que concerne à possibilidade de cônjuges ou companheiros

renunciarem, quando da feitura do acordo de dissolução de casamento ou união estável, obstando, por consequência, uma posterior cobrança de pensionamento alimentar.

Com o advento do Código Civil de 2002, foi trazida à baila, por meio do artigo 1.707, novas polêmicas, porquanto o dispositivo ora aludido consagrou em sua redação que “*Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora*”[37]. Entrementes, a redação do artigo suso mencionado não turbou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual manteve a visão que somente as verbas alimentares dos incapazes não seriam incapazes pelo característico da irrenunciabilidade, sendo, doutro giro, admitida a renúncia em acordos que versem acerca do casamento ou da união estável. Neste sentido, inclusive, colhem-se os seguintes arestos:

**Ementa:** Apelação Cível. Pedido de Alimentos. União Estável. Em se tratando de união estável, sua dissolução equivale ao divórcio no casamento. Ou seja: o vínculo foi rompido. Logo, não importa se foi utilizado o termo “renúncia” ou “dispensa” dos alimentos, pois, em qualquer hipótese, desaparecido o vínculo, não haverá mais possibilidade de demandar alimentos posteriormente. Assim, bem andou a r. sentença, ao dar pela improcedência do pleito. Não caracterizado qualquer dos pressupostos da obrigação alimentar (vínculo, necessidade e possibilidade), inviável acolher o pleito. Negaram Provitimento. Unânime. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70046584819/ Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos/ Julgado em 22.03.2012) (destaquei)

**Ementa:** Apelação Cível. Ação de Alimentos. Ex-Esposa. Divórcio. Renúncia aos alimentos. Descabimento. Em razão do divórcio do casal, que rompe o vínculo parental, e da renúncia aos alimentos, não prospera o pedido de alimentos entre ex-cônjuges, porquanto deixou de existir o dever de mútua assistência.



Negaram Provimento ao Apelo. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 70040502924/ Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz/ Julgado em 15.09.2011) (destaquei)

**Ementa:** Apelação Cível. Família. Ação de Alimentos à Ex-Esposa. Dispensa dos alimentos no divórcio. Impossibilidade de pleito alimentar. Sentença que julgou improcedente o pedido. Manutenção da Sentença. Ocorrida a renúncia dos alimentos na ação de divórcio, inviável se mostra o pedido de alimentos postulado em ação de divórcio. Precedentes jurisprudenciais. Apelação Desprovida. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Sétima Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 70037100179/ Relator Desembargador José Conrado de Souza Júnior/ Julgado em 23.08.2010) (destaquei)

Dessarte, conquanto a redação do artigo 1.707 da Lei Substantiva Civil, pode-se extrair o entendimento de que os alimentos são dotados de irrenunciabilidade tão somente quando arbitrados em favor de incapazes. Doutra banda, é admissível a renúncia entre pessoas capazes, sendo, em razão disso, vedada posterior cobrança do pagamento de verba alimentar. Com efeito, não é razoável que o cônjuge ou companheiro que venham renunciar ao pagamento de alimentos, em acordo consensual, possa, posteriormente, vindicar verba alimentar. *“Trata-se de típica hipótese de nemo venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório, caracterizando ato ilícito objetivo, também chamado de abuso do direito)”*[38].

Em decorrência dos postulados ora desfraldados, impende realçar que a vedação obsta a ocorrência de comportamento tido como contraditório, logo, o cônjuge ou companheiro não poderá contradizer seu próprio comportamento, notadamente quando produziu, em outrem, uma determinada expectativa. A hipótese de renunciabilidade albergada pelo entendimento jurisprudencial e a impossibilidade de, posteriormente, requerer verba alimentar, colocam empecilho para uma inesperada mudança de comportamento, desdizendo uma conduta dantes

adotada pela mesma pessoa, culminando, desta sorte, em frustrar a expectativa de terceiro.

No que concerne aos incapazes, em razão da impossibilidade de perpetrar atos de disposição de direito, é inadmissível a renúncia dos alimentos, sendo possível ulterior vindicação de tal direito. Logo, haverá, nesta hipótese, ocasional dispensa da pensão alimentícia, não sendo cobrada momentaneamente. Isto é, o alimentando poderá deixar de exercer o direito que possui, todavia não poderá renunciá-lo.

### 3.3 Atualidade

Há que se frisar, inicialmente, que o pensionamento de verba alimentar substancializa obrigação de trato sucessivo, ou seja, sua execução de protraí no tempo, sendo, em razão disso, submetida aos efeitos danosos da inflação, que poderá comprometer o *quantum* pago. Nesta senda, objetivando salvaguardar o numerário de tais efeitos, o artigo 1.710 do Código Civil espanca que “*Art. 1.710. As prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido*”[39]. Deste modo, salta aos olhos que é fundamental que os alimentos sejam estabelecidos com a indicação de um critério (seguro) de correção de valor, preservando, desta forma, o seu caráter atual.

Em inexistindo a possibilidade de fixar a prestação alimentícia em percentuais a serem descontados de maneira direta dos rendimentos do alimentante, o entendimento jurisprudencial caminha no sentido de estabelecimento em salários mínimos. Neste ponto, a visão consagrada pelo Supremo Tribunal Federal é que a vedação agasalhada no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, que estipula a impossibilidade do emprego do salário mínimo como fatos de indexação obrigacional, não abrangem as obrigações de cunho alimentar, motivo pelo qual não há óbice na fixação da verba alimentar fulcrado no salário mínimo, com o fito de assegurar sua atualidade. “*O ideal é que os julgados que fixam os alimentos levem em conta um fator seguro de atualização, garantindo que a prestação alimentícia mantenha, sempre o seu valor*”[40], com o escopo de evitar o ajuizamento, desnecessário, de ações que visem a revisão de alimentos.

### 3.4 Futuridade

*In primo loco*, mister faz-se frisar que os alimentos objetivam a manutenção do alimentando, destinando-se, desta sorte, ao futuro, não sendo exigíveis para o passado. O aspecto característico em comento assenta sua lógica no ideário que o numerário objetiva a manutenção da integridade física e psíquica do alimentando, devendo, desta forma, servir-lhe no tempo presente e no futuro, mas não no passado. *Id est*, se o alimentando já se manteve até aquele momento sem o pagamento de prestação alimentícia pelo alimentante, não subsiste justificativa para a concessão dos alimentos no pretérito.

O aspecto de futuridade é tão substancial no instituto dos alimentos que, a fim de resguardar a sua manutenção, o Código de Processo Civil[41], em seus artigos 732 *ut* 734, permite que haja o desconto diretamente na folha de pagamento, compreendendo tal locução a remuneração e outras rendas, das parcelas vincendas da verba alimentar. “*Pontue-se, todavia, que este caráter futuro não impede que sejam executadas as parcelas alimentícias fixadas judicialmente e não pagas pelo devedor*”[42], atentando-se, por necessário, para o prazo prescricional de dois anos. Desta sorte, a concepção de alimentos atrasados alcança apenas as parcelas já fixadas pelo magistrado e não adimplidas pelo devedor, quando deveria tê-la feito.

### 3.5 Imprescritibilidade

Em razão dos alimentos serem destinados a manter aquele que deles necessita no presente e no futuro, não há prazo extintivo para o seu pensionamento. Nesta toada, o direito de obter, em Juízo, a estipulação de uma verba de natureza alimentar pode ser exercido a qualquer tempo, desde que os requisitos insertos na lei se encontrarem preenchidos, inexistindo qualquer prazo prescricional. Entrementes, uma vez assinalado o *quantum* a ser pago, proveniente de ato decisório judicial, fluirá, a partir daquele momento, o prazo prescricional para que seja aforada a competente execução dos valores correspondentes.

Desse modo, infere-se que a prescrição afeta a pretensão executória dos alimentos, substancializando-se no prazo de dois anos, conforme entalha o artigo 206, §2º, do Código Civil. No mais, quando os alimentos forem estipulados em favor de absolutamente incapazes ou pelo filho menor na constância do poder familiar, até os 18 (dezoito) anos, não fluirá o prazo prescricional, uma vez que

restará substancializada a causa impeditiva, como bem estatui o inciso II do artigo 197 e o inciso I do artigo 198, ambos da Lei Substantiva Civil vigente.

### 3.6 Transmissibilidade

O Estatuto de 1916 trazia em sua estrutura, de maneira expressa, a intransmissibilidade dos alimentos, restando tal preceito consagrado em seu artigo 402, como se infere, inclusive, da redação oportunamente colacionada “**Art. 402.** *A obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor*”[43]. O maciço axioma que sustentava tal ideário advinha do aspecto personalíssimo que o instituto em tela possui, fazendo com que a morte do alimentante ou do alimentando acarretasse a extinção de tal obrigação. Entretanto, com o advento do Código de 2002, passou a vigorar novel postulado, no qual a obrigação de prestar alimentos é transmissível aos herdeiros do alimentante. Farias e Rosenvald, ao discorrerem acerca do tema, manifestam que “*em nosso entender, tratando-se de uma obrigação personalíssima, os alimentos não deveriam admitir transmissão, impondo-se a reconhecer a sua automática extinção*”[44], em decorrência do falecimento do alimentante ou do alimentado.

A transmissão, em relação aos herdeiros do alimentante, só seria possível em relação as prestações vencidas e não adimplidas, atentando-se, por necessário, para as forças do espólio, eis que se trata de dívida do *auctor successionis*, a qual é transmitida juntamente com o patrimônio, em decorrência do princípio da *saisine*. Nesta senda, Rolf Madaleno anota que “*a transmissão da obrigação alimentar não extrapola a esfera hereditária, para penetrar no patrimônio de cada sucessor, sendo balizado seu limite à totalidade dos bens deixados pelo sucedido*”[45]. Ao lado disso, ao se examinar o tema em comento, deve ser considerada a herança em sua totalidade, uma vez que só há herança líquida passível de inventariança, após o pagamento das obrigações deixadas pelo sucedido. No mais, cuida expor que as obrigações oriundas de verba alimentar gozam de prioridade para serem saldadas.

Outrossim, vale destacar que a obrigação alimentar é considerada como proporcional ao quinhão de cada herdeiro, alcançando os legítimos, necessários ou testamentários, mesmo porque os legados só serão pagos se a herança assim o suportar, após o atendimento das dívidas deixadas e das obrigações deixadas pelo falecido. Neste sedimento, cuida trazer à colação que “*os legitimados a responder*

*pelos alimentos transmitidos (fixados judicialmente em favor de quem não seja herdeiro do morto) serão todos aqueles que possuírem direitos sucessórios em relação ao espólio”[46]. Ergo, não há que se cogitar em reserva da legítima dos herdeiros necessários, uma vez que é possível que não subsista, após o adimplemento das dívidas e das obrigações do sucedido, herança líquida.*

Em sendo o alimentando herdeiro do alimentante, não poderá aquele requerer verba alimentar do espólio, uma vez que dele já terá um quinhão, em decorrência de sua condição de herdeiro. Tal entendimento, destaque-se, obsta um desequilíbrio nos valores recebidos por indivíduos que se encontram, a rigor, em mesma situação jurídica. Além disso, como direito alimentar transmitido, o valor a ser pago está sujeito à revisão judicial, desde que reste demonstrada a modificação na situação patrimonial do alimentando, sendo possível a ocorrência de diminuição, majoração ou ainda exoneração. Ademais, deve-se afastar a hipótese de só serem transmitidos os alimentos porventura não pagos em vida pelo sucedido, já que o Diploma Legal, de maneira contundente, se refere à transmissão da obrigação alimentar, incluindo-se as parcelas vincendas, observando-se, por necessário, as forças da herança, e não apenas do débito alimentar deixado pelo alimentante.

#### **4 Solidariedade Familiar e a Obrigação de Prestar Alimentos**

Em anotações introdutórias, cuida destacar que a solidariedade familiar, enquanto robusto axioma da tábua principiológica do Direito das Famílias, pode ser observada no artigo 1.511 do Código Civil[47], especial quando dicciona que ocasamento importa em comunhão plena de vida, eis que evidente na ausência da comunhão plena de vida, desaparece a essência do matrimônio e, por extensão, da própria entidade familiar, como sustentáculo da união estável ou mesmo qualquer associação familiar ou afetiva. Ao lado do expandido, “*a solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação*” [48],

fortalecido pela ajuda mútua, quando se fizer necessário. Incumbe destacar, a partir do sedimento coligido, que os aspectos característicos irradiados pelo corolário da solidariedade familiar refletem, com clareza solar, a desconstrução do patrimonialismo que norteava a ramificação

das famílias da Ciência Jurídica, notadamente durante a vigência do revogado Estatuto de 1916.

Não se deve olvidar que a valoração dos liames afetivos, dentre os quais a solidariedade familiar, foi introduzido robustamente no Ordenamento Pátrio por meio de um novo cenário propiciado pelos dogmas desfraldados pela Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988 e consolidados no *Códex Civil* de 2002. “A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, [...], no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares”[49], porquanto a solidariedade deve ser aspecto caracterizador dos relacionamentos pessoais. Ademais, o dever de assistência imaterial entre os cônjuges/companheiros atenta-se para a comunhão espiritual nos momentos felizes e serenos, tal qual nas experiências mais tormentosas e desgastantes da vida cotidiana. Ora, ainda nesta toada,

consoante o Ministro Massami Uyeda, ao relatoriar o Recurso Especial Nº 1.257.819/SP, firmou entendimento robusto de que “*não se pode compreender como entidade familiar uma relação em que não se denota posse do estado de casado, qualquer comunhão de esforços, solidariedade, lealdade (conceito que abrange "franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade"* [50].

Salta aos olhos, deste modo, que os contornos caracterizadores da célula familiar e dos arranjos que nela se desenvolvem reclamam a presença de elementos que denotam fidelidade, solidariedade e companheirismo para a convivência cotidiana e superação das dificuldades que surgem corriqueiramente. A Ministra Nancy Andrighi, ao relatoriar o Recurso Especial Nº 995.538/AC, explicitou, com bastante proeminência o plexo compreendido pelos feixes irradiados pelo corolário em comento. Neste passo, “*fundamentado no princípio da solidariedade familiar, o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial, em razão do vínculo conjugal ou de união estável que um dia uniu o casal, não obstante o rompimento do convívio, encontrando-se subjacente o dever legal de mútua assistência*”[51]. Igualmente, na vida social, cuida-se em destacar que o cônjuge está concatenado com os ideários de solidariedade e o respeito aos direitos de personalidade do seu

consorte, fomentando e incentivando suas atividades sociais, culturais e profissionais, que constituem a personalidade decada um dos integrantes do par a fetivo.

### **5 Do Descabimento da Prisão Civil do Inventariante pelo inadimplemento da verba alimentar por parte do Espólio: Algumas Considerações Jurisprudenciais**

Em uma primeira plana, antes de adentrar na temática central do presente, cuida abordar a figura do inventariante. Neste sentido, não se pode olvidar que o inventário é o processo judicial, de jurisdição contenciosa, destinado a apurar o acervo hereditário e verificar as dívidas deixadas pelo *de cujus*, bem como as contraídas pelo espólio para, após o pagamento do passivo, estabelecer a divisão dos bens deixados entre os herdeiros, consistindo, assim, no procedimento destinado a entregar os bens herdados aos seus titulares, fazendo-os ingressar efetivamente no patrimônio individual dos herdeiros. Ao lado disso, quadra anotar que até ser liquidada e partilhada, a herança permanece como um conjunto de bens indivisos, que reclamam administração. Em princípio, a administração incumbirá àquele que se encontra na posse dos bens que integram o acervo hereditário.

Desta feita, quando requerido o procedimento do inventário, o magistrado, ao despachar a petição, nomeará o inventariante, a quem encarregará a administração e a representação ativa e passiva da herança, encarada do ponto de vista dos herdeiros, qualificada como espólio, sob o prisma dos bens que a integram. Cuida salientar que o exercício da inventariança se estende até que sobrevenha, ao término da marcha processual, a homologação da partilha, atentando-se para a ordem escalonada no Código de Processo Civil, em seu artigo 990[52], ressalvada as situações excepcionais. Orlando Gomes, em mesmo sentido, diciona que “*quem inventaria os bens administra-os desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha*”[53]. Maria Helena Diniz, em seu magistério, destaca que “*a sua nomeação só pode ser impugnada dentro de 10 dias após a citação das partes (CPC, art. 1.000, II), caso em que o magistrado nomeará outro inventariante, segundo a ordem do Código de Processo Civil*”[54].

Deverá, pois, a nomeação recair, em primeiro lugar, sobre o cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens adotados, ou companheiro, incumbindo-lhe a continuação, até a partilha, na posse dos bens do autor da herança. É imprescindível que o cônjuge supérstite ou companheiro se encontrasse vivendo com o outro, ao tempo de seu óbito. Esclarecer se faz carecido que a locução *cabeça de casal* não se confunde com inventariante, eis que aquela faz alusão ao cônjuge que detém a posse e a administração dos bens do monte partível até que sobrevenha a partilha. Em caso de inexistir cônjuge ou companheiro, a nomeação deverá recair sobre o coerdeiro que se encontrar na posse e administração dos bens.

Consoante observação de Orlando Gomes, em seu prodigioso magistério, “*entre os coerdeiros, gradua-se a preferência pela idoneidade, se nenhum estiver na posse dos bens. Se bem que esta regra não tenha sido observada na nova lei processual, é aconselhável sua observação*”<sup>[55]</sup>. Em inexistindo herdeiros, nomeado para o encargo da inventariança será o testamentário. Se toda a herança a ser partilhada foi distribuída em legados, o testamentário será, ainda, nomeado inventariante caso lhe foi confiada a administração do espólio. Na ordem de vocação enumerada pelo artigo 990 do Estatuto de Ritos Civis em vigência, serão nomeados, respectivamente, caso inexistam as pessoas acima aludidas, o inventariante judicial e qualquer pessoa idônea onde não houver inventariante judicial.

Nesta esteira, ainda, mister se faz aduzir que a inventariança constitui encargo pessoal, porquanto produz responsabilidade própria daquele que a exerce, e de investidura isolada, não sendo possível o exercício conjunto por duas ou mais pessoas, ainda que no inventário se tenha mais de um espólio. Sendo assim, caberá ao inventariante administrar todos os bens que constituem a massa partível, arrolá-los e descrevê-los; separar coisas alheias que se encontrem em poder do inventariado; receber créditos; promover o adimplemento dos débitos, conquanto não possa quitar dívida hipotecária sem autorização do magistrado que preside o procedimento de inventário; promover o



recolhimento dos tributos que incidam sobre os bens da herança e devidos por sua transmissão aos herdeiros.

Igualmente, caberá, ainda, ao inventariante requerer as medidas conservatórias dos direitos; manifestar concordância com as sublocações e cessões de locação; promover a locação do prédio do espólio, desde que não se estenda por longo prazo; alienar onerosamente, e de maneira excepcional, mediante autorização judicial, coisas do acervo hereditário, com o escopo de recolher numerário para saldar os encargos do monte (pagamento de débitos e impostos), ou ainda para evitar que sobrevenha deterioração sobre o bem. Ao lado disso, pode-se, também, citar que competirá ao inventariante comparecer às assembleias de acionistas; relacionar e individuar os herdeiros e legatários e, quando necessário, convocá-los; submeter ao magistrado o plano de partilha; representar ativa e passivamente a herança em juízo ou foro dele, consoante dicção do inciso I do artigo 991 do Código de Processo Civil[56]. Assim, “*deverá agir no interesse da herança, movendo as ações que julgar necessárias, ou contestando as que forem propostas contra o espólio, independentemente de autorização do juiz do inventário*”[57]. Neste sentido, colaciona-se o entendimento jurisprudencial assente que:

**Ementa:** Sucessão. Inventário. Pedido de liberação de valores para pagamento e ressarcimento de despesas tributárias do imóvel pertencente ao espólio. Descabimento. Encargo de quem tem o uso do imóvel. Descumprimento do art. 526 do CPC. Prova. [...] 2. O inventário é o processo destinado a apurar o acervo hereditário e, após o atendimento do passivo, promover a entrega dos quinhões hereditários aos sucessores. 3. Compete ao inventariante exercer a função de auxiliar do juízo, competindo-lhe velar pelos bens do espólio com a mesma diligência que teria como se seus fossem. 4. Como a inventariante é meeira e está usando o imóvel como habitação, deve responder pelas despesas tributárias, pois são aplicáveis aos institutos

do uso (art. 1.413, CCB) e da habitação (art. 1.416, CCB) as disposições relativas ao usufruto (art. 1.403, inc. I e II, CCB), e compete ao usufrutuário - e também ao usuário do bem ou à pessoa que nele habitar - responder pelas despesas ordinárias de conservação e atender as prestações e os tributos devidos pela posse do bem. Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Sétima Câmara Cível/Agravo de Instrumento Nº 70050411628/ Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves/ Julgado em 24.10.2012) (destacou-se).

Aquele que foi nomeado para o exercício da inventariança não terá qualquer direito à remuneração, exceto se for dativo, ou seja, se não representar a herança, não podendo, em razão disso, demandar nem ser demandado em nome do acervo hereditário, ressalvada na hipótese de processos referentes à sua qualidade de administrador dos bens. Doutro giro, o inventariante dativo terá jus ao recebimento da quantia desembolsada no interesse de todos. “*Os honorários do inventariante dativo devem atender ao trabalho desenvolvido e ao tempo da duração do encargo. Em tese não devem ser fixados antes da conclusão do inventário*”<sup>[58]</sup>. Todos os atos praticados pelo inventariante dativo são submetidos à fiscalização dos herdeiros, sob a superintendência do magistrado. Contudo, há atos que não são praticados pelo inventariante, tais como: hipotecar, doar, empenhar, dividir bens do espólio, obrigar-se cambialmente, contratar honorários advocatícios sem aprovação dos interessados ou expressa autorização do juiz.

Tecidos tais comentários, faz-se carecido analisar o paradigmático julgamento do HC nº 256.793-RN, relatorado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, que reconheceu aos herdeiros e a massa inventariada serão responsáveis pela prestação alimentícia, desde que o *quantum* alimentar não ultrapasse as forças da herança, porquanto a dívida é oriunda de obrigação pretérita do morto e não originária daqueles. Fixado a tese originária de condução da interpretação da temática civilística, em

decorrência da natureza personalíssima que a prisão civil se reveste, apresenta-se como descabido o cerceamento da liberdade do inventariante do Espólio, representante legal e administrador da massa hereditária, posto que aquele figura como terceiro, estranho ao dever de alimentar.

O HC supramencionado reafirma a tese que a prisão administrativa atinge tão somente ao devedor de alimentos, não se desdobrando sobre a figura do terceiro. Logo, sendo o inventariante um terceiro na relação entre exequente e executado – ao espólio é que foi transmitida a obrigação de prestar alimentos, em razão de seu caráter personalíssimo -, materializa constrangimento ilegal a coação, sob pena de prisão, a adimplir a obrigação do referido espólio, sobretudo quando este não dispõe de rendimento suficiente para tal escopo. Há considerar, ainda, que o próprio herdeiro pode requerer pessoalmente ao juízo, durante o processamento do inventário, a antecipação de recursos para a sua subsistência, podendo o magistrado conferir eventual adiantamento de quinhão necessário à sua manutenção, dando assim efetividade ao direito material da parte pelos meios processuais cabíveis, sem que se ofenda, para tanto, um dos direitos fundamentais do ser humano, a sua liberdade; ademais, caso necessário, pode o juízo destituir o inventariante pelo descumprimento de seu munus.

#### **Referências:**

**BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em:  
<www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 mar. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** v. 06. 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** v. 05. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. **Sucessões.** 15 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família.** v. 5. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Código Civil Interpretado.** São Paulo: Atlas, 2010.

#### **NOTAS:**

[1] VENOSA, Sílvio Salvo. **Código Civil Interpretado.** São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 1.538

[2] MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 635

[3] Neste sentido: VENOSA, 2010, p. 1.538: “Assim, alimentos na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da limitação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução”.

[4] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 586.

[5] MADALENO, 2008, p. 635.

[6] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

[7] MADALENO, 2008, p. 637.

[8] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 mar. 2017: “**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

[9] MADALENO, 2008, p. 637.

[10] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 638.

[11] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017

[12] CAHALI, 2002, p. 22.

[13] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 637.

[14] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017

[15] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. v. 06. 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 331.

[16] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 637.

[17] CAHALI, 2002, p. 22.

[18] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017: “**Art. 948**. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: [omissis] **II** - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

[19] CAHALI, 2002, p. 26.

[20] BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

Acesso em: 26 mar. 2017: “**Art. 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”.

[21] MADALENO, 2008, p. 638.

[22] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017

[23] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 639.

[24] MADALENO, 2008, p. 639.

[25] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 639.

[26] MADALENO, 2008, p. 639.

[27] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 640.

[28] MADALENO, 2008, p. 641.

[29] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017: “**Art. 206.** Prescreve: [omissis] **§2º** Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem”.

[30] MADALENO, 2008, p. 642.

[31] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 26 mar. 2017

[32] MADALENO, 2008, p. 643.

[33] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017

[34] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, vol. 05. 27ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 634

[35] BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017: “**Art. 404.** Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos”.

[36] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 590.

[37] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017

[38] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 591.

[39] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017

[40] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 593.

[41] BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017 .

[42] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 593.

[43] BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017

[44] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 594.

[45] MADALENO, 2008, p. 647.

[46] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 595.

[47] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017: “**Art. 1.511.** *Ocasamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”

[48] MADALENO, 2008, p. 64.

[49] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família.** v. 5. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 11.

[50] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 26 mar. 2017

[51] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Acórdão proferido em Recurso Especial Nº 995.538/AC. Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato c.c. pedido de alimentos. União

estável. Caracterização. Situação de dependência econômica da alimentanda caracterizada. Obrigação de prestar alimentos configurada. Redução do valor com base nos elementos fáticos do processo. Restrições legais ao dever de prestar alimentos entre os companheiros não declaradas no acórdão impugnado. Inviabilidade de análise da questão. Imutabilidade da situação fática tal como descrita pelo Tribunal estadual. - Discute-se a obrigação de prestar alimentos entre companheiros, com a peculiaridade de que o recorrente fundamenta suas razões recursais: (i) em alegada quebra, por parte da recorrida, dos deveres inerentes às relações pessoais entre companheiros, notadamente o dever de respeito (art. 1.724 do CC/02); (ii) no suposto “procedimento indigno” da ex-companheira em relação ao credor de alimentos (art. 1.708, parágrafo único, do CC/02); e, acaso não acolhidos os pleitos antecedentes, (iii) na redução dos alimentos para apenas os indispensáveis à subsistência da alimentanda, sob a perspectiva de que a situação de necessidade resultaria de culpa da pleiteante (art. 1.694, § 2º, do CC/02). [...] – Fundamentado no princípio da solidariedade familiar, o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial, em razão do vínculo conjugal ou de união estável que um dia uniu o casal, não obstante o rompimento do convívio, encontrando-se subjacente o dever legal de mútua assistência [...]. Recurso especial não conhecido. Órgão Julgador: Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 04 mar. 2010. Publicado no DJe em 17 mar. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 26 mar. 2017.

[52] BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017: “**Art. 990.** *O juiz nomeará inventariante: I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste; II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou estes não puderem ser nomeados; III - qualquer herdeiro, nenhum estando na posse e administração do espólio; IV - o testamenteiro, se lhe foi confiada a administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados; V - o inventariante judicial, se houver; VI - pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial*”.

[53] GOMES, Orlando. **Sucessões.** 15 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 295.

[54] DINIZ, 2010, p. 389.

[55] GOMES, 2012, p. 296.

[56] BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2017: “**Art. 991.** *Incumbe ao inventariante: I - representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, observando-se, quanto ao dativo, o disposto no art. 12, § 1º*”.



[57] DINIZ, 2010, p. 390.

[58] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Agravo N°. 70027887793. Agravo Interno. Decisão Monocrática. Ação de Inventário. Remuneração do Inventariante Destituído. Fixação dos Honorários do Inventariante Dativo. Deram parcial provimento. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Rui Portanova. Julgado em 10.03.2009. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em 26 mar. 2017.

## A CRISE NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA BRASILEIRA

**RUTH HELENA SILVA VASCONCELOS PEREIRA:** Advogada, especialista em direito empresarial;

**Resumo:** Abordar o problema da corrupção no governo no sentido jusfilosófico perpassa pela análise do espírito de igualdade ante o princípio da democracia. A busca do entendimento acerca do que consiste a virtude indica um caminho dirigido ao sentimento de amor e compromisso pelo bem e soberania do povo. Deve-se num Estado legislar-se em prol da virtude. Porém, a disputa de grupos de interesses gerou o que conhecemos hoje como partidos, os verdadeiros atuantes da política. A constituição de classes políticas por grupos de privilegiados tende a deformar todo o modelo institucional da democracia moderna. O problema da corrupção dos representantes políticos em nosso país degenera o destino das coletividades nacionais. Uma reforma política coerente e responsável contaminada de bons princípios é o que se espera. Os membros do Estado deveriam conhecer a sua liberdade de expressar suas preferências.

**Sumário:** Referencial Teórico. 1. O problema da corrupção no governo. 2. A crise da democracia representativa. 3. A alienação política e a manipulação dos meios de comunicação. 4. A atuação concorrente do Poder Executivo. 5. Das propostas de reformas políticas. 6. Das propostas de revolução. Considerações finais. Referências bibliográficas.

**Palavras-chave:** Democracia representativa; Direito e Moral; Problema político.

### Introdução

O início de uma reflexão jusfilosófica sobre o problema político vivido em nossa sociedade atual parte da necessidade de uma reflexão acerca do conteúdo da moral mais que do próprio Direito. Porém não foge deste campo de estudo.

O assunto tratado neste momento é permeado de considerações relacionadas ao objeto ético e sobre qualquer sugestão de que o problema deve ser moralmente encarado como exigência legal ao nosso governo e aos nossos representantes. A política exige a compreensão da realidade histórica e social do povo a que se destina tal como ela é em si mesma. Para tanto, é concernente vislumbrar a moral como a primeira ordem do conhecimento para que a política seja acessível e aceitável pelos indivíduos de uma sociedade.

A problemática sugere a análise de alguns aspectos que fazem parte de todo o contexto do atual, tais como: o problema da corrupção no governo; a da

crise da democracia representativa; a alienação política e a manipulação dos meios de comunicação; a atuação concorrente do poder executivo; das propostas das reformas políticas; e, das propostas de revolução ou golpe. Após uma abordagem sistematizada do problema especificado, objetiva-se idealizar uma verdadeira possibilidade de reforma estrutural da nossa crise e propor algumas elucubrações acerca das atuais dificuldades políticas em que vivemos.

## **Referencial Teórico (Desenvolvimento)**

### **1. Do problema da corrupção no governo e da crise da democracia representativa**

“A corrupção de cada governo começa quase sempre com a corrupção de seus princípios”<sup>[1]</sup>, assim assinalou Montesquieu<sup>[2]</sup> ao discorrer sobre o assunto no livro VIII de “O espírito das leis”. E vai além, ao propor que o princípio da democracia corrompe-se quando se perde o espírito de igualdade, e não só, quando, também, se adquire o princípio de igualdade extremo onde cada indivíduo procura ser igual àqueles que escolheu para dirigi-los.

Desta forma, afirma Montesquieu, não poderia haver mais virtude na república.

Os vários sentidos para a ideia que a palavra “virtude” aborda pode ajudar a compreender melhor tal afirmação.

Virtude, no dicionário Houaiss da língua portuguesa, apresenta como alguns de seus significados os seguintes: “qualidade do que se conforma com o considerado correto e desejável (p. ex. do ponto de vista da moral, da religião, do comportamento social, do dever, da eficácia etc.); qualquer boa qualidade (v. cívica); conformidade com o Bem, com a excelência moral ou de conduta; dignidade”.<sup>[3]</sup>

Para o catedrático filósofo da atualidade Adolfo Sánchez Vásquez<sup>[4]</sup>, virtude supõe uma disposição estável de comportar-se moralmente de maneira positiva, isto é, de querer o bem. Por sua vez, o clássico Voltaire<sup>[5]</sup>, em seu dicionário filosófico, é bem mais sucinto e direto ao afirmar que virtude é “beneficência para com o próximo”<sup>[6]</sup>.

Assim, na República, virtude é necessariamente um sentimento de amor e compromisso pelo bem e soberania do povo e pelo interesse geral de seus indivíduos. Pois, o povo é o elemento essencial da sociedade, como defendia Rousseau<sup>[7]</sup>, em “O Contrato Social”. A virtude na república é, então, a qualidade e o compromisso focados na defesa e proteção dos interesses da coletividade, garantida por todo o poder comum e por um corpo moral criado pela vontade geral para exercer a suprema direção do povo.

É raro que a corrupção comece onde exista tal disposição para o bem e para a dignidade. A responsabilidade e o senso da república democrática é a responsabilidade e o senso de igualdade. No estado de natureza os homens nascem iguais, mas a sociedade faz com que percam esta prerrogativa. E só retornam a essa condição de equidade pela força das leis. “O espírito de igualdade não consiste em fazer com que todos comandem, ou ninguém seja comandado;”, assim expressa Montesquieu, “e sim obedecer e comandar seus iguais. Não busca não ter nenhum senhor, e sim iguais como senhores” [8].

Ainda de acordo com o célebre autor do clássico “Espírito das Leis”, o lugar natural autêntico da virtude é junto da liberdade, num ponto de equilíbrio entre a liberdade extremada e a sujeição do poder que cada cidadão tem de exercer a sua vontade dentro dos limites que lhe facultem as leis.

Quando, então, cessa essa virtude os desejos mudam de objeto e liberdade cessa na mesma proporção. Há inversão dos valores originários e legítimos a toda sociedade. A pseudo concreticidade do mundo prático-utilitário ganha corpo e confunde a visão do povo enquanto participante do governo e da autoridade soberana. Esses conflitos de interesses e de valores agregam conflitos de direito entre os indivíduos, ora nas mais simplificadas relações sociais, ora nas mais complexas, entre grupamentos de indivíduos. O povo não tolera o próprio poder que consignou e diverge entre si e com intuito de fazer tudo sozinho e de forma contrária aos princípios gerais da coletividade e em favorecimento de grupos sociais determinados.

E, num governo democrático, quando as leis não estiverem sendo executadas e o povo agir por conta própria, há uma dissolução do Estado. Algo que só acontece na corrupção da república. Num Estado democrático de direito se precisa da força das leis, do braço erguido do Estado e de um impulsionador a mais, que é a virtude. Em uma república corrompida não se pode remediar os males que nascem sem extirpar a corrupção e trazer de volta os bons princípios, pois qualquer correção ou reforma é inútil ou constitui um mal maior. Um bom governo é o que possui seus princípios íntegros para enxergar tantas soluções quantas combinações possíveis para preservação e prosperidade de seus membros e de seus vínculos sociais.

Na corrupção dos princípios de governo, as leis tornam-se más e voltam-se contra o Estado. Há desigualdade. Harmonizam-se a liberdade e o convívio com as leis e pretende-se conviver livremente contra elas. As regras começam a incomodar. A precaução vira aflição. Quando o Estado ainda detém seus princípios, a minoria das leis não é boa e “as boas leis permitem fazer outras melhores”. [9] O propulsor do governo é a força de seus princípios.

Porém, não é pelas boas leis que o Estado vive, mas na virtude do poder de legislar, do ponto de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade. Os políticos deveriam reconhecer somente a virtude como força de sustento. Num Estado legisla-se com referência na virtude. Os cidadãos devem fazer tudo firmando compromisso recíproco do público com os particulares, pois são iguais e senhores. Hoje, a consciência dos políticos é direcionada às manufaturas, ao comércio, às finanças e às riquezas materiais. Põe-se a serviço de classes e interesses econômicos. Sustentam alianças entre as grandes empresas privadas nacionais, as grandes empresas privadas estrangeiras e o capital público, todos coadunados com impulsos desenvolvimentistas baseados em modelos de feição autoritária impostos pela necessidade de concentração extrema de influências. Os políticos contrariam todos os princípios de nosso governo.

A democracia representativa do Brasil deve ser preservada pelo simples fato de ser entendida como uma boa forma apresentada e até agora observada de forma de governo. Porém, tem se desviado muito de seu real significado e sofrido muitas aberrações.

As deturpações das funções do poder público, a falta de compromisso dos membros do governo com suas atribuições e com os princípios da democracia e do Estado, a não fidelidade política dos representantes políticos do povo e, ainda, o consentimento com o desrespeito e mácula de nossa Constituição são fatores que acarretam nossa crise.

Aliado a tudo isso, ainda de caráter mais orgânico, encontra-se a crise da educação que acarreta vícios comprometedores na estrutura política do país. São vícios que deformam nosso corpo político e conduzem à ignorância de nosso povo e à alienação dos membros da sociedade pela aceitação de falácias publicitárias tidas como verdades praticadas por um corporativismo exacerbado que objetiva impedir o despertar de protestos e reivindicações nas bases sociais.

O contexto atual de economia de mercado tende a dividir o povo em segmentos hostis a insistir no antagonismo entre as classes. Segundo Karl Marx<sup>[10]</sup>, no “Manifesto comunista”, a história das relações sociais decorre da história dos conflitos gerados pelas necessidades materiais das diferentes classes sociais. Com isso, o Estado intervém nos planos econômicos acarretando conflitos decorrentes de favorecimentos e desfavorecimentos de grupos propiciando a expansão do pluralismo social e das desigualdades sociais. É a repartição de riquezas que é posta em jogo como uma forma ideológica de sustentar as ações dos grandes grupos de poder econômico.

O incremento deste pluralismo social traz profundas influências sobre as instituições representativas. A disputa de grupos de interesses gerou o que conhecemos hoje como partidos, os verdadeiros atuantes da política. Os conflitos

de interesses não mais individualizados também geraram os sindicatos. Logo, surgem os pactos sociais como formas de acordos e soluções dos interesses. Ademais, em consequência, surgem os grupos de pressão, com papel de flagrante importância no jogo econômico e político.

## **2. Da alienação política, da manipulação dos meios de comunicação e da atuação concorrente do Poder Executivo**

A eleição da grande maioria dos políticos é devida não ao debate de ideias ou manifestação de competência, mas pela manipulação da propaganda e dos meios de comunicação à custa do abuso do poder que só diz respeito à economia. A apropriação do discurso democrático pelo poder econômico privado, concentrado nas mãos de poucos, inclui o importante poder de controle e manipulação da mídia nacional.

Observa-se, assim, o comportamento tendencioso dos meios de comunicação que apoiam alguns em detrimento de outros, passando a descartá-los do cenário político, tão logo seus interesses comecem a ser ameaçados. O povo ainda acredita que influencia e é responsável pelos rumos do país, quando na verdade as diretrizes são definidas pelos interesses do capital.

“Os grupos de pressão internos, com o poder dos tecnocratas, e os grupos de pressão externos, de mesma natureza, porém incomparavelmente mais sólidos, esboçam poderes à imagem e semelhança daqueles tradicionalmente cometidos pelo Estado”<sup>[11]</sup>. As ações dos grandes do poder econômico controlam, dirigem e planejam a política e os políticos de nosso país.

Assim, a constituição de classes políticas autossuficientes que extrapolaram seus próprios interesses e radicalizaram-se sob a influência de importantes grupos econômicos tem profunda relação com a crise da democracia representativa no Brasil. Pela força do dinheiro tornaram-se soldados para escravizar a pátria e representantes para vendê-la. Formam grupos privilegiados que controlam a máquina administrativa e que perderam o interesse geral que as legitimaram para servirem acima de tudo ao interesse particular dos que a integram. Os membros do governo usurpam separadamente o poder que só deve se exercer em conjunto.

Isto resulta em uma luta pela lei no sentido de uma disputa por uma lei mais vantajosa para tais grupos de pressão, que se esforçam para ter o Estado como seu aliado e obterem a lei o mais favorável possível, deformando todo o modelo institucional da democracia moderna.

O problema da corrupção é tão grave e entranhado na estrutura de poder que se chega ao absurdo de se deturpar algumas funções do poder. Isso parece o

óbvio, porém não deveria ser assim encarado, vez que aquela anomalia não deveria ter capacidade de tornar-se assim tão institucional.

A interpenetração das funções possíveis existe para harmonizá-las e garantir, além de sua independência, a liberdade e a satisfação dos governados. O poder executivo tem interferido de modo constante no poder legislativo ao produzir inúmeras leis se valendo do instituto de medidas provisórias.

Este, o legislativo, por sua vez, se encontra desmoralizado e desacreditado em meio a tantos absurdos e desvio de suas atribuições, conchavos e acertos. A clara evidência do vínculo político com os ditos grupos econômicos de pressão traduz os abusos e desvios de prerrogativas e finalidade ao gerarem-se leis, muitas vezes contraditórias aos reais interesses fundamentais da Constituição Federal, sempre que há interesses particulares envolvidos. Um total desrespeito ao povo, aos seus direitos públicos subjetivos e, em particular, ao princípio da separação de poderes, ainda mais quando inocenta em rede ou cadeia nacional, arbitrária e precocemente, sem o devido processo, acusados de desvios e corrupção no governo.

Tornou-se a função executiva função legislativa e função jurisdicional ao mesmo tempo, de forma absoluta e despótica. Tudo por conta dos interesses e do capital. Entretanto, a pretexto da má gestão, sempre se atribui a responsabilidade à casa legislativa por supostamente impedir a governabilidade.

Em grande parte é verdade. Somado a isso, os representantes políticos em nosso país buscam incorporar os mandatos que foram delegados aos seus partidos de forma pessoal, como se fossem seus próprios. Utilizam a mobilidade e a migração entre partidos para coadunar e articular manobras políticas escusas de forma livre e descompromissada dos interesses de seus verdadeiros representados.

Deste modo, o Estado torna-se compatível com um sistema que se apoia na economia individualista. Seu próprio conceito entra em erosão. O governo se degenera e tende à dissolução material deste ente soberano. A economia produz instâncias de poder vital para o destino das coletividades nacionais, escapando à jurisdição do ordenamento estatal clássico. É o que nos sugere, profeticamente, o professor Paulo Bonavides<sup>[12]</sup>.

### **3. Das propostas de reformas políticas e das propostas de revolução**

Uma reforma política coerente e responsável contaminada de bons princípios é o que se espera. Um controle eficaz de abusos e deturpações das reais funções do poder estatal e a garantia da restauração da dignidade de nosso corpo político e do respeito pela dignidade do povo e da Constituição Federal é o que se

pretende ao se defender a democracia representativa, que em meio aos avanços tecnológicos, venham possibilitar certas experiências de democracia direta preconizadas por Rousseau[13].

A visão da democracia direta se encaixaria perfeitamente aos anseios constitucionais de soberania popular que se consolida em coerência com as propostas democráticas de nosso país. Uma reforma radical na legislação eleitoral seria a melhor maneira de corrigir a falta de compromisso e de fidelidade partidária que impeça que os políticos desonestos continuem nadando de braçadas no dinheiro público, bem como articulando negociatas e barganhas em troca de votos e posições privilegiadas nos governos.

Para arrematar a reforma política, deve-se lançar um olhar crítico sobre nossas instituições, sobre as regras e estratégias do jogo democrático. É bastante claro que as exigências do mercado político encorajam a mentira, a imobilidade e, finalmente, a formação de valores sociais contrários ao interesse da coletividade. Mas sem abrir mão da democracia representativa do Brasil, pode-se, em compensação, eliminar certas aberrações institucionais que tornaram a competição particularmente perversa e ridícula.

O compromisso com o povo e com suas atribuições por parte dos representantes no governo traria o respeito necessário à sobrevivência do Estado para que este possa se ater às suas reais finalidades, devendo preferir-se o alcance da legitimidade às técnicas de imposição majoritária dos diversos poderes sociais independentes que emergem. No interesse geral enquadram-se, necessárias e suficientes, a garantia de convivência social pacífica, a paz e a ordem. Através destas, pode-se garantir a segurança à vida, à liberdade, aos direitos de cada um e à manutenção dos serviços públicos essenciais.

Urge, portanto, a missão e o dever de nossos dias de resguardar os princípios de nossa república e do Estado nacional soberano, social e democrático, pois o fim destes pode significar o advento político e econômico de novas classes desprovidas de virtude e de outros princípios que tornem possíveis a liberdade e a igualdade do povo.

Urgente, também, é encontrar soluções para a crise do país e não se dobrar diante dos poderes estrangeiros à soberania do Estado e à estrutura estatal clássica. Ora, a verdadeira urgência é restaurar a vontade, a credibilidade, a palavra política e a educação em nosso povo, onde se deve rever a democracia deturpada na qual não pode se acomodar nem compactuar.

Trata-se mais precisamente de reavivar o interesse dos cidadãos pelo debate acerca das coisas públicas e restabelecer a credibilidade do poder, reformar as regras do jogo político que estimulem o imobilismo ou clientelismo,



retomar o diálogo entre eleitores e eleitos, reabilitar o debate de ideias que versem sobre novas visões do mundo futuro.

Existe-se uma Constituição jovem e em vigor que sustenta valores humanos que convergem para o atual sentido da vida em sociedade. Não se pode chegar a extremos em que uma revolução ou uma nova convocação de Assembleia Constituinte vigorem, mesmo que em certos casos, como exemplo o que se aplica à realidade atual do nosso país, os “donos do poder” adquiram tanta força que retirem do povo sua voz ativa e o faça sofrer sem reagir democraticamente.

Em toda a história da humanidade se admitiria uma hipótese de uma revolução para tais circunstâncias, mesmo que transitória, ou seja, onde os indivíduos tomariam o poder na força das deliberações públicas e manifestações populares para não se submeter a essa forma deturpada de governo vigente. “Um pouco de agitação dá mais energia às almas, e o que leva realmente a espécie a prosperar é menos paz que liberdade”<sup>[14]</sup>. Em seguida, a nação reestabeleceria a democracia, legitimando através do voto seus representantes, para que assim se possa reduzir o Estado ao seu papel clássico, o papel de guardião dos interesses gerais. “Os motins, as guerras civis muito assustam os chefes, porém não são responsáveis pelas verdadeiras desgraças dos povos, que podem gozar até de certa tranquilidade quando combatem aqueles que os tiranizam.”<sup>[15]</sup>

Ainda assim, uma hipótese de revolução que poderia ser defendida deveria ser fundamentada, em sua maior parte, nos pensamentos de Gandhi<sup>[16]</sup>, visto que, historicamente, utilizando-se de elevados padrões éticos e de uma proposta de respeito aos direitos e à dignidade dos homens, liderara a luta pela independência política de seu país e cujo alcance se deu positivamente. As revoluções empregadas nos moldes do socialismo mostraram as dificuldades, as contradições e os insucessos da causa, além do caráter de progresso material desta corrente de pensamento, tendo, então, seus aspectos refutados no presente trabalho.

Para Gandhi<sup>[17]</sup>, a não violência revolucionária, como meio de alicerçar as mudanças e estruturar um governo verdadeiramente democrático, consiste num emaranhado rígido e racional de deveres e compromissos do indivíduo consigo mesmo e com a sociedade. Nesse objetivo político, a atitude e o comportamento autênticos do indivíduo devem significar também a não cooperação com os males sociais e a renúncia de benefícios concedidos, de caráter puramente ideológico de forças contrárias aos princípios morais. “Um governo democrático é um sonho longínquo enquanto a não violência não for reconhecida como uma força viva, um credo inviolável, não mera política”<sup>[18]</sup>.

Todavia o dever de resistir recai sobre todos que acreditam na verdadeira democracia, desprovida de qualquer traço de violência e só conseguida pela liberdade e a renúncia à imposição de modo espontâneo, caracterizada pela perfeita ideia de cooperação e co-criação do povo.

“O verdadeiro democrata é aquele que, com meios puramente não violentos, defende sua liberdade e, portanto, a de seu país e, afinal, a de toda a humanidade”<sup>[19]</sup>. A não violência implica sempre na não imposição e no respeito à liberdade de cada um. Uma revolução deve ser entendida como uma luta pela aspiração de construir uma sociedade de homens livres e iguais. O povo deveria entregar-se a alguma atitude política de maneira a prover, com verdadeira honestidade aos seus princípios e aos valores morais dignos de sua existência, os próprios interesses gerais.

Os membros do Estado deveriam conhecer a sua liberdade de expressar suas preferências, no que concerne a projetos de ação de interesse da coletividade, e obrigações de sujeitar-se à decisão tomada e manter, no que lhe compete, a virtude do governo e a unidade do Estado. Uma revolução deveria exigir a supressão de todos os vestígios de autoritarismo, corrupção e desprestígio do poder público. Ela exige a liberdade de iniciativa que supere e vá além de uma organização econômica, com ampla e profunda educação de todos os membros da sociedade.

### **Considerações finais**

O que se precisa e se espera realmente de um governo é prudência e que na sua virtude seja capaz de educar a comunidade e conduzi-la na grande empresa de edificação conservadora de uma vida razoável e sensata para seus indivíduos, garantida por uma organização racional contra a violência exterior dos homens e das ações de grupos manipuladores.

A tarefa principal de um governo razoável é a educação dos cidadãos. Somente assim, os direitos políticos não serão meramente formais e os indivíduos podem defendê-los eficazmente no plano social. Eles são direitos sociais aos quais correspondem os deveres de colaboração da sociedade. Sendo educador, o governo é obrigado a julgar a moral da comunidade que representa, inclusive a própria, e a comunidade, de forma recíproca, poderá julgar a moral do governo, bem como a sua especificamente.

Existem soluções, condições e recursos e suficientes para colocar em prática as mudanças necessárias na política do país e que impeçam as ações dos grupos pressão e das leis da economia internacional que entravam a ação coletiva e a eficácia do poder político do Estado.

Os vícios causados pela crise educacional e pela corrupção dos princípios de nosso governo trazem consequências nefastas como a falta de vontade na busca de novos mecanismos de ação em prol de melhores soluções aos problemas vividos, a falta de consciência política e de coragem do povo para não se esquivar frente a seu compromisso e responsabilidade com a vida pública do país.

Somente através do resgate dos princípios morais mais autênticos, em especial o da virtude, e de uma verdadeira reforma no pensamento político, é que nossa nação, embasada na educação como caminho para a superação dos males dos arranjos políticos empregados pelos interesses isolados de classes sociais economicamente dominantes, superaria aquelas mentiras propagadas nas ideologias de sustentação de uma ordem política desprovida de valores sociais, e por outros entraves às ações do povo, tornaria viva a prosperidade e o avanço de nossa realidade social.

#### Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. A crise política brasileira. 2ª. Ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HOUAISS, Antônio e Villar, Mauro de Sales. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MERTON, Thomas. Gandhi e a não violência. A não violência na paz e na guerra. – Rio de Janeiro: Vozes, 1967.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito da Leis. Trad. Port. Cristina Murachco – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. O contrato social: princípios de direito político. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VOLTAIRE. Dicionário Filosófico. São Paulo: Martin Claret, 2002.

#### NOTAS:

[1] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito da Leis. Trad. Port. Cristina Murachco – São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 121.

[2] Montesquieu (1689-1755)

[3] HOUAISS, Antônio e Villar, Mauro de Sales. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2869

[4] Professor da Universidade Autônoma do México

[5] Voltaire (1694-1778)

[6] VOLTAIRE. Dicionário Filosófico. São Paulo: Martin Claret, 2002, p 481.

[7] Rousseau (1712-1778)

[8] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito da Leis. Trad. Port. Cristina Murachco – São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 123.

[9] ROUSSEAU, Jean-Jaques. O contrato social: princípios de direito político. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 113.

[10] Karl Marx (1818-1883)

[11] BONAVIDES, Paulo. A crise política brasileira. 2ª. Ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 197.

[12] Paulo Bonavides (1925 - )

[13] Rousseau (1712-1778)

[14] ROUSSEAU, Jean-Jaques. O contrato social: princípios de direito político. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 113.

[15] ROUSSEAU, Jean-Jaques. O contrato social: princípios de direito político. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 113.

[16] Gandhi (1869-1948)

[17] Idem

[18] MERTON, Thomas. Gandhi e a não violência. A não violência na paz e na guerra. – Rio de Janeiro: Vozes, 1967, p. 90.

[19] Idem

## A SUCUMBÊNCIA RECURSAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**DAVI VALDETARO GOMES CAVALIERI:**

Procurador Federal (AGU), especialista em Direito Público. Graduado pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), pós-graduado em Direito Público pela Faculdade São Geraldo.

**LORENA ARAÚJO DE OLIVEIRA** (coautora):

*Procuradora Federal (AGU), Especialista em Advocacia Pública e Direito Público*

**Resumo:** O presente trabalho realiza a análise da inovação processual civil, qual seja, a sucumbência recursal. Dentre as inúmeras inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, merece destaque o surgimento da sucumbência recursal em nosso sistema processual, relevante inovação legislativa expressamente prevista Seção III do referido diploma, que trata das despesas, dos honorários Advocatícios e das multas. O dispositivo legal da sucumbência recursal possui relevantes contornos que serão esmiuçados ao longo deste estudo, para, ao final, estabelecer uma reflexão sobre a constitucionalidade do dispositivo legal, bem como sobre a adequada atuação do advogado diante da novidade processual. Dentro desse contexto, foram utilizados os textos legais atinentes ao tema, citações doutrinárias de renomados processualistas, bem como os julgados mais recentes dos Tribunais Superiores acerca da sucumbência recursal. O estudo procura dar sua contribuição com o fito de enriquecer os debates sobre os temas inaugurados pelo Novo Código de Processo Civil.

**Abstract:** The present work performs the analysis of the civil procedural innovation, that is, the recursal sucumbency. Among the innumerable innovations brought by the Code of Civil Procedure of 2015, it is worth highlighting the appearance of recursal failure in our procedural system, a relevant legislative innovation expressly provided for in Section III of said law, which deals with expenses, Lawyers' fees and fines. The legal device of recursal succumbency has relevant contours that will be scrutinized throughout this study, in order to establish a reflection on the constitutionality of the legal device, as well as on the adequate performance of the lawyer before the procedural novelty. Within this context, the legal texts on the subject were used, doctrinal quotations of renowned processualists, as well as the most recent judgments of the Superior

Courts on recursal sucumbency. The study seeks to make its contribution in order to enrich the debates on the themes inaugurated by the New Code of Civil Procedure.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Sucumbência recursal. Código de Processo Civil.

**Sumário:** Introdução. 1. Conceito de sucumbência recursal e previsão legal. 2. Objetivos do legislador. 3. Requisitos de fixação. 4. Limite quantitativo dos honorários recursais. 5. Direito intertemporal. Conclusão. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Dentre as inúmeras inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, merece destaque o surgimento da sucumbência recursal em nosso sistema processual, expressamente prevista Seção III do referido diploma, que trata das despesas, dos honorários advocatícios e das multas.

Busca-se, por meio do presente trabalho, analisar a novidade advinda da lei processual, seus contornos, as consequências de sua aplicação, abordando como os Tribunais têm enfrentado a matéria em seus julgados mais recentes.

Para tanto, primeiramente será abordado o conceito de sucumbência recursal, bem como sua respectiva previsão no Novo Código de Processo Civil, passando pelos objetivos de tal inovação processual, seus requisitos de fixação, limites de arbitramento e a questão do direito intertemporal.

### 1 CONCEITO DE SUCUMBÊNCIA RECURSAL E PREVISÃO LEGAL

A sucumbência recursal, tal como a condenação em honorários advocatícios em uma demanda originária, decorre da causalidade – princípio consagrado na matéria atinente aos honorários. Sendo assim, aquele que der causa a uma “demanda recursal” deverá arcar com a majoração dos honorários.

Nesse ponto, vale mencionar o Enunciado 241 do VII Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC, in verbis: “O valor dos honorários recursais soma-se ao valor dos honorários anteriormente fixados”.

A sucumbência recursal está expressamente prevista no art. 85, §11, que assim dispõe:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Estabelecido o conceito e previsão legal, passa-se a analisar os objetivos da sucumbência recursal.

## **2 OBJETIVOS**

Como bem salientado no conceito, a sucumbência recursal tem relação intrínseca com a causalidade, e à luz desta pode-se extrair os objetivos da referida novidade processual civil.

Precipuamente, verifica-se o objetivo de inibir a interposição de recursos protelatórios, tendo em vista a crescente preocupação dos Tribunais em reduzir a quantidade e o tempo de duração das demandas submetidas à jurisdição. Tem como escopo, portanto, erradicar um problema que há tempos assola o sistema processual: processos que arrastam por anos e geram, simultaneamente, insegurança jurídica às partes – que veem o perecimento de seu direito, e um elevado custo ao erário, uma vez que cada processo gera dispêndio de pessoal, equipamentos, etc.

Um segundo objetivo que pode ser elencado, embora possua ligação direta com o primeiro supracitado, é o de combater a eternização das lides. Isso porque, com a democratização do acesso ao judiciário promovida pela Constituição

Federal de 1988, viu-se uma multiplicação de demandas, que representaram um significativo aumento na atuação dos Tribunais.

Com vistas a dar uma resposta positiva à sociedade, com uma prestação jurisdicional célere, mecanismos foram sendo criados para uma melhor gestão processual.

Sendo assim, a sucumbência recursal vai ao encontro do movimento processual que vem criando mecanismos para dar cada vez mais efetividade ao direito constitucional à duração razoável dos processos, sendo relevante destacar como tais mecanismos So instituto da repercussão geral, o instituto de recursos repetitivos, a imposição de multa por embargos protelatórios, tudo isso pensado pelo legislador para melhorar a prestação jurisdicional em nosso país.

Por derradeiro, merece destaque um terceiro objetivo, que é o de remunerar o patrono pelo trabalho adicional na fase recursal. Nada mais justo, uma vez que a condenação em honorários fixada em sentença diz respeito ao labor realizado pelo advogado até aquele momento processual, e o processo não tem o seu término com a prolação da sentença.

Imagine-se o seguinte exemplo: o autor ajuíza determinada ação e tem seu pedido julgado procedente, com honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação; o réu interpõe todos os recursos possíveis, a demanda se arrasta ao longo do tempo e o autor se mantém vitorioso. Não seria justo manter os mesmos 10% fixados na sentença, pois, se os honorários possuem a função de remunerar o labor do advogado, nada mais adequado do que aumentar a remuneração para os casos em que, em razão do recurso, o processo tem o seu curso dilatado.

Ademais, a fixação de honorários em âmbito recursal é um dever do tribunal ao julgar o recurso, e não uma faculdade, já que o §11 do art. 85 utiliza o verbo “majorará” - no imperativo.

### **3 REQUISITOS DE FIXAÇÃO**



A sucumbência recursal, prevista no art. 85 do Novo Código de Processo Civil, possui requisitos cumulativos, expressos no caput do mencionado dispositivo legal, para a sua fixação. São eles:

a) a existência de um recurso voluntário: a sucumbência recursal não se aplica ao julgamento do reexame necessário, uma vez que não existe trabalho adicional dos advogados, sendo restrita aos casos de recurso voluntário de qualquer das partes (WAMBIER, DIDIER JR., TALAMINI e DANTAS, 2016).

b) honorários fixados em decisão anterior<sup>[1]</sup>: nesse ponto, necessário frisar que não são todos os recursos que admitem a fixação de honorários recursais, apenas aqueles em que for admissível condenação em honorários de sucumbência na primeira instância.

De uma forma didática, podemos explicar o requisito acima a partir dos seguintes exemplos: no recurso de agravo de instrumento contra decisão que versa sobre tutela provisória, não há honorários recursais; já no agravo de instrumento interposto contra decisão que versa sobre o mérito da causa, cabem honorários recursais.

c) trabalho adicional do advogado da parte recorrida: como dito alhures, a sucumbência recursal possui como um de seus objetivos, remunerar o trabalho adicional do advogado nas instâncias recursais. Insta salientar que há controvérsias na exigência deste terceiro requisito para fixação da sucumbência recursal, já havendo posicionamento dos Tribunais Superiores no sentido de serem cabíveis os honorários recursais independentemente da apresentação de contrarrazões ou contraminuta por parte do advogado<sup>[2]</sup>.

Ainda neste requisito, merece ser destacada a questão da improcedência liminar, momento processual em que há uma prestação jurisdicional sem que haja advogado constituído.

Em sede de primeira instância, havendo sentença de improcedência liminar, como não há advogado constituído pelo réu, que sequer foi citado, não haverá honorários recursais.

Da mesma forma, em segunda instância, se o recurso for rejeitado liminarmente pelo Relator, sem que tenha havido intimação do advogado para apresentar contrarrazões, não há honorários recursais.

Para concluir, convém reproduzir o recentíssimo julgado do Superior Tribunal de Justiça[3], intérprete maior de nossa legislação processual, em que, de forma didática e elucidativa, elencou-se os requisitos para a fixação da sucumbência recursal. Vejamos:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO  
NO RECURSO ESPECIAL.

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO INTERTEMPORAL.  
COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS  
ADVOCATÍCIOS DETERMINADA NA SENTENÇA. PEDIDO DE  
AFASTAMENTO DIANTE  
DA NOVA DETERMINAÇÃO DO CPC DE 2015. RETROATI  
VIDADE DA NORMA.

IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.  
RECURSO ESPECIAL QUE NÃO FOI PROVIDO POR ESTE  
RELATOR. ABERTURA DA REAPRECIAÇÃO DOS ÔNUS  
SUCUMBENCIAIS POR ESTA CORTE SUPERIOR. NÃO  
OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE.

AGRAVO IMPROVIDO. 2. HONORÁRIOS ADVOCATÍ  
CIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. PEDIDO FORMULADO  
PELA PARTE AGRAVADA NÃO ACOLHIDO.

1. Na aplicação do direito intertemporal, as novas regras relativas a honorários advocatícios de sucumbência, advindas da edição do CPC de 2015, devem ser aplicadas imediatamente em qualquer grau de jurisdição, sempre que houver julgamento da causa já na vigência do novo Código.

2. Se, no grau recursal, o Tribunal não julgar o recurso de modo a alterar a sucumbência, não lhe é dado reexaminar os honorários advocatícios tal como fixados na origem para aplicar o novo CPC. Por conseguinte, se não houve provimento do recurso com alteração da sucumbência, não é dado ao julgador afastar a compensação autorizada na origem com espeque no CPC de 1973.

3. Para fins de arbitramento de honorários advocatícios recursais, previstos no § 11 do art. 85 do CPC de 2015, é necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: Direito Intertemporal: deve haver incidência imediata, ao processo em curso, da norma do art. 85, § 11, do CPC de 2015, observada a data em que o ato processual de recorrer tem seu nascedouro, ou seja, a publicação da decisão recorrida, nos termos do Enunciado 7 do Plenário do STJ: "Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC"; o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente; e a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso; não haverá majoração de honorários no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração oferecidos pela parte que teve seu recurso não conhecido integralmente ou não provido; não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, para cada fase do processo; não é exigível a comprovação

de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba.

4. No caso dos autos, além de o recurso especial ter sido interposto quando ainda estava em vigor o CPC de 1973, a parte agravada pretende o arbitramento dos honorários recursais previstos no § 11 do art. 85 do Novo CPC no âmbito do agravo interno, o que, como visto, não é cabível.

5. Agravo interno improvido. E indeferimento do pedido, formulado pelo agravado, de arbitramento de honorários advocatícios recursais.

#### **4 LIMITE QUANTITATIVO DOS HONORÁRIOS RECURSAIS**

O Novo Código de Processo Civil, no já citado §11 do art. 85, fixou em termos percentuais o quantum máximo da condenação em honorários recursais, nos termos do §2º e §3º, do mesmo artigo. Vejamos o que estabelecem tais dispositivos:

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3o Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2o e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

Extrai-se do supracitado dispositivo legal que o limite percentual máximo dos honorários recursais é de até 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. Caso a decisão anterior já houver fixado em 20% (valor máximo), não haverá honorários recursais, tendo em vista já ter sido atingido o teto.

Vale observar que, nas demandas que envolvem o Poder Público, devem ser observados os limites das faixas previstas no §3º do art. 85.

Hipótese que merece destaque, no âmbito do limite percentual, é a inversão da sucumbência. Sobre o tema, o VII Fórum Permanente de Processualistas Civis –

FPPC editou o Enunciado 243, aduzindo que “no caso de provimento do recurso de apelação, o tribunal redistribuirá os honorários fixados em primeiro grau e arbitrará os honorários de sucumbência recursal”.

## **5 DIREITO INTERTEMPORAL**

Em se tratando de matéria processual, relevante aferir o momento processual em que a decisão foi proferida – se antes ou após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil - para verificar se é possível a incidência da sucumbência recursal, uma vez que um dos requisitos cumulativos para sua fixação é a existência de uma decisão anterior que em que tenha havido condenação em honorários.

Nesses termos, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo o seu múnus de ser o intérprete maior da norma processual brasileira, editou o Enunciado Administrativo n.º 7, consolidando o entendimento de que “somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição Federal da 1988 promoveu a democratização do acesso à justiça, fazendo com que os cidadãos passem a ter meios mais simples e desburocratizados na busca dos seus direitos, tendo como seus corolários o direito de ação, o duplo grau de jurisdição, entre outros. Como consequência, contudo, observou-se com o passar do tempo a multiplicação de demandas, que representaram um significativo aumento na atuação dos Tribunais.

Com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, houve um acréscimo de mais uma garantia constitucional, qual seja, a razoável duração do processo (administrativo e judicial). O legislador infraconstitucional, em plena observância à referida garantia prevista na Constituição, conferiu-lhe eficácia ao instituir, no Novo Código de Processo Civil, a sucumbência recursal.

Nesses termos, poder-se-ia cogitar a hipótese de eventual violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, em razão de a sucumbência recursal ter

o condão de inibir a interposição de recursos. É cediço, contudo, que as garantias constitucionais não são absolutas, e ao legislador infraconstitucional é conferido o poder de relativizar essas garantias com o fito de dar eficácia a outras igualmente protegidas.

Conclui-se, portanto, que a sucumbência recursal se encontra em perfeita harmonia com a Constituição Federal, bem como com o momento neocostitucional vigente, em que intérpretes e legisladores atuam em conjunto para dar efetividade aos princípios e normas contidos em nosso sistema jurídico.

Aos que militam na advocacia, seja ela pública ou privada, cabe encarar a sucumbência recursal como estímulo para elaboração teses jurídicas inovadoras em recursos que tenham reais chances de êxito, abstendo-se de recursos protelatórios ou fadados ao insucesso, sob pena de agravar uma situação processual já desfavorável.

## REFERÊNCIAS

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 13ª ed. totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidente de competência originária de tribunal. 13ª ed. Salvador. Editora Jus Podivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil comentado. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel de Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, De acordo

com as alterações da Lei 13.356/2016. 2. ed. em e-book baseada na 2. edição impressa, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, ISBN 978-85-203-6756-8. Disponível em: . Acesso em: 04/06/2017.

#### NOTAS:

[1] Não cabe condenação em honorários de sucumbência em sede de Mandado de Segurança (art. 25 da L. 12016/09), logo não pode haver sucumbência recursal.

[2] *"É cabível a fixação de honorários recursais, prevista no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil (CPC), mesmo quando não apresentadas contrarrazões ou contraminuta pelo advogado."* STF – AO 2063 AgR/CE, Redator para o acórdão Ministro Luiz Fux, Plenário, Maioria, Data de julgamento: 18/5/2017.

*"Não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba"* (STJ, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017).

[3] AgInt nos EDcl no REsp 1357561/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 19/04/2017



## **A ÓTICA DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOB O PRISMA DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE**

**LORENA ARAÚJO DE OLIVEIRA:** Procuradora Federal (AGU), Especialista em Advocacia Pública e Direito Público.

**Resumo:** O presente trabalho realiza a análise do controle de políticas públicas pelo poder judiciário. Merece destaque a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como vetores de atuação, isto é, como freios e contrapesos no controle das políticas públicas. Diante da hodierna fase do poder judiciário, amplamente difundida como ativismo judicial, necessário se faz analisar tal fenômeno à luz da Constituição Federal. Relevantes contornos do ativismo judicial serão esmiuçados ao longo deste estudo, para, ao final, estabelecer uma reflexão sobre os limites necessários no controle judicial de políticas públicas. Dentro desse contexto, foram utilizadas citações doutrinárias de renomados constitucionalistas mundiais. O estudo procura dar sua contribuição com o fito de enriquecer os debates sobre o tema de tamanha relevância e atualidade.

**Abstract:** The present work analyzes the control of public policies by the judiciary. The observance of the principles of proportionality and reasonableness as vectors of action, that is, as checks and balances in the control of public policies, deserves to be emphasized. Faced with this phase of the judiciary, widely disseminated as judicial activism, it is necessary to analyze this phenomenon in the light of the Federal Constitution. Relevant contours of judicial activism will be scrutinized throughout this study, in order to establish a reflection on the necessary limits in the judicial control of public policies. Within this context, doctrinal quotations from renowned world constitutionalists were used. The study seeks to contribute in order to enrich debates on the subject of such relevance and timeliness.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Políticas Públicas. Proporcionalidade e Razoabilidade.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Direitos sociais – segmento dos direitos fundamentais 2. A ótica do Poder Judiciário no controle de políticas públicas sob o prisma da proporcionalidade e razoabilidade. Conclusão. Referências.

## Introdução

No século XIX, fase do Estado Liberal, o Estado desempenhava um papel de “garantidor” dos direitos civis e políticos. Fase essa marcada pela abstenção estatal, ou seja, era a intervenção mínima do Estado, e portanto, submetido à lei. Nessa fase podemos falar em uma “hipertrofia” do Poder Legislativo, isto é, o Estado é marcado pela substituição do “governo dos homens” pelo “governo das leis”.

Já no século XX, fase do Estado Social, o Estado era a um só tempo “garantidor” e “prestador” dos direitos sociais, econômicos e culturais. Fase marcada pela atuação estatal, isto é, direitos que exigiam substancialmente uma atuação do Estado para serem concretizados, constituindo em direitos com caráter positivo. Nessa fase surge a “hipertrofia” do Poder Executivo, em que há inúmeras veiculações por via de decretos.

Por fim, no século XXI, fase do Estado Democrático de Direito, temos o “Estado transformador”, isto é, um Estado que a um só tempo tem momentos de atuação direta e momentos de abstenção. E é nesse contexto que vivemos no mundo atual. A realidade da “hipertrofia” do Poder Judiciário, conhecida como “ativismo judicial”, vem sendo fortalecida através do controle das políticas públicas pelo Judiciário.

Importante observamos que nosso poder é uno, segundo a Carta da República de 1988 em seu art. 1º, parágrafo único, sendo o legitimado, titular desse poder, o povo. Mas para que haja a funcionalidade desse poder, em decorrência do Estado Democrático de Direito, necessário se faz revelar as funções desse poder. E assim então, temos as funções legislativa, executiva e judiciária, preceituadas como Poderes segundo o art. 2º da Carta da República.

Vale observar que a cada fase de evolução do Estado, uma “função” se revela mais que a outra. Há um dado momento histórico que essas funções se sobressaem de forma mais evidente. Insta salientar que, essa relevância, ou a forma de sobressair de cada uma dessas funções é um tanto quanto “perigosa”. Afinal, há o risco de incorrer em omissões constitucionais dessas funções, e conseqüentemente gerar o efeito da desvalorização funcional da Constituição.

Isto é, com base na hodierna fase, fase de “hipertrofia” do Poder Judiciário, deve haver certo cuidado nessas “atuações cruzadas”. Isto porque o Poder Legislativo “não exerce com afinco”, na maioria das vezes, sua precípua função legiferante em razão do excesso de medidas provisórias que o Poder Executivo encaminha, e assim fica sobrecarregada a pauta, e os outros projetos de lei de sua atribuição permanecem inertes.

Por outro lado, o Poder Judiciário provocado por ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandados de injunção, diante das omissões legislativas, concede efeito concreto as suas decisões, atuando como “legislador positivo”. Com isso, tem-se o “efeito cascata”, gerando conseqüências político-funcionais, e principalmente orçamentárias para o Poder Público.

### **1 Direitos sociais – segmento dos direitos fundamentais**

Inicialmente vale salientar que diante do crescente controle judicial, o qual revela-se no “ativismo judicial” das políticas públicas que vivemos, via de consequência, caracteriza a transição do Estado de Direito, *etát legal*, para o Estado Democrático de Direito, *etát Du droit*, em que prevalece a supremacia da Carta da República.

Desse modo, a Carta da República de 1988, que inaugurou o Estado Democrático de Direito, dita as atividades a serem desenvolvidas pelo Estado. E é através da existência de uma ordem jurídica que determina o “fazer”, isto é, norma jurídicas de caráter impositivo, que são revelados os direitos de prestação estatal, como ensina o jurista Georg Jellinek<sup>[1]</sup>.

Para identificarmos o que o ordenamento jurídico dita para o Estado como atividades de sua prestação, necessário se faz visualizarmos a didática classificação, realizada por Georg Jellinek, que divide em: direitos de abstenção, são os chamados direitos de primeira geração, sendo eles os direitos civis e políticos, que exigiam uma não atuação estatal, decorrente da intervenção mínima do Estado do constitucionalismo clássico. Em seguida os direitos de prestação, são os chamados direitos de segunda geração.

É sabido que o Estado tem o dever de garantir o mínimo existencial à sociedade, isto é, assegurar um núcleo intangível de direitos mínimos para uma

vida digna, como afirma o renomado jurista Ingo Wolfgang Sarlet em sua obra dos direitos fundamentais[2]. Nesse ponto, vale à pena transcrever a citação da obra de Ingo Sarlet Wolfgang:

*“Ao artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988 é possível atribuir, sem sombra de dúvidas, o mesmo sentido outorgado ao art. 18/1 da Constituição da República Portuguesa e ao art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha, o que, em última análise, significa, de acordo com a lição de Jorge Miranda- que cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos devem tomar os direitos fundamentais como “baliza e referencial”. Importante ainda, é a constatação de que o preceito em exame fundamenta uma vinculação isenta de lacunas dos órgãos e funções estatais aos direitos fundamentais, independentemente de forma jurídica mediante a qual são exercidas estas funções, razão pela qual- como assevera Gomes Canotilho inexistente ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais”.*

Nessa esteira, deve-se observar que a garantia do mínimo existencial não significa alcançar, de forma absoluta, todos os direitos sociais previstos na Carta da República, até porque a Carta da República de 1988 caracteriza-se por ser uma Constituição prolixa, analítica, tendente a normatizar todos os direitos fundamentais possíveis com vista a garantir sua efetividade.

Na realidade, contudo, há uma crítica no tocante a essa forma de se conferir efetividade aos direitos fundamentais - rol extensivo na Constituição Federal. A crítica exemplifica e se baseia para tanto na Constituição norte-americana que quase não tem direitos fundamentais em seu texto, aliás pouco se fala da “educação” em seu texto, e o modelo educacional norte-americano é referência mundial, tanto na iniciativa privada quanto pública.

Dessa forma, percebe que a realização do “princípio da máxima efetividade”, definido por Konrad Hesse[3], não se dá por meio de uma extensa previsão de direitos fundamentais, ou seja, não é a existência de um rol extensivo de direitos fundamentais que assegurará a efetivação dos mesmos, até porque a realidade econômico-financeira do Estado se torna incompatível com tais efetivações.

Merece destaque da crítica, nesse ponto, que preceitua ser a partir dos direitos fundamentais já concretizados que tornará possível aprimorar outros decorrentes desses já concretizados, e não codificando “infinidamente” os direitos da pessoa humana. De um lado temos o Poder Legislativo juntamente com o Poder Executivo, a título de exemplo, com a apresentação de propostas de Emendas Constitucionais com o fito de inserir, no corpo da Carta da República, direitos fundamentais, políticas públicas, ou mecanismos para que a efetivem quando na verdade se tratam de verdadeiras políticas governamentais, como bem já criticou Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

Seguindo a baila, o Poder Judiciário em seu papel de detentor da “substitutividade”, segundo Chiovenda, se vê exercendo função atípica no sentido de concretizar as políticas públicas, criando precedentes perigosos para os cofres públicos uma vez que o Estado como realizador das políticas públicas se vê coagido pelo Poder Judiciário a dar efetividade naquilo em que ele é o garantidor.

Nessa esteira, em alguns casos, esse ativismo judicial representa um afronta ao princípio da separação dos poderes. Por outro lado, não se pode negar ao cidadão, diante da impossibilidade de exercer um direito fundamental, a possibilidade de recorrer ao Judiciário quando, casuisticamente, se revela a única forma para garantir a máxima efetividade a este.

Necessário concluir sobre o perigo da normatização dos direitos fundamentais bem como o excesso de judicialização das políticas públicas, uma vez que, pautado no efeito cascata, gera-se uma “avalanche” de precedentes, sem, contudo, observar os cofres públicos, fazendo com que se retarde a concretização das políticas públicas sob o argumento imediatista de atender as decisões judiciais pertinentes aos direitos fundamentais.

### **3. A ótica do Poder Judiciário no controle de políticas públicas sob o prisma da proporcionalidade e razoabilidade**

Na definição das políticas públicas a serem implementadas, estas constituem decisões políticas a serem tomadas “exclusivamente” pelo chefe do Poder Executivo. É o chefe do Poder Executivo quem escolhe o meio para atingir um fim. Assim, o mérito da política pública é definido pelo chefe do Poder

Executivo, cabendo ao advogado público apenas exercer o controle de legalidade/constitucionalidade dessa política pública.

Segundo o autor alemão Niklas Luhmann a evolução aqui, no presente caso concernente as políticas públicas, é passar do improvável para o provável, e não de um estágio inicial pior para um melhor.

Luhmann chama este fenômeno supracitado de “abertura cognitiva versus fechamento normativo”. Isto é, na definição da política pública, o direito sofre influências externas, advindas das necessidades públicas, mas para ser definida é preciso que haja uma operabilidade. Com isso, percebemos que não é o Direito que dita/define a política pública, ele está ligado à abertura cognitiva, mas depende de outras ciências e fatores para que seja definida.

A interferência do critério jurídico na política pública é necessária para evitar casuísmos e conveniências político-partidárias. Dessa forma, é necessário o devido cuidado do advogado público em seu parecer, e atualmente, do Poder Judiciário em suas decisões, para distinguir direito e política, para não incorrer aos anseios casuísticos dos governantes.

Sob a ótica do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, tomamos por base o controle jurisdicional sob o ângulo da “juridicidade”, ou seja, é um controle não mais apenas de legalidade, aquele tradicional controle fundamentado exclusivamente na lei em sentido estrito. Mas sim um controle de legalidade em sentido amplo, abarcando além das leis, os princípios, principalmente sob o prisma do princípio do devido processo legal.

De acordo com a doutrina moderna e com o Supremo Tribunal Federal o princípio do devido processo legal em seu caráter substancial apresenta duas vertentes, o princípio da proporcionalidade, desenvolvido pela doutrina alemã; e o princípio da razoabilidade, desenvolvido pela doutrina norte-americana. E fundamentalmente nesses princípios que o STF e outros tribunais exercem o controle das políticas públicas.

Mas é especificamente baseado no princípio da proporcionalidade que o STF se manifesta com relação às políticas públicas. Isto porque a doutrina alemã

desenvolveu três subprincípios dentro daquele, são eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação determina que seja escolhido um meio para atingir dado fim, isto é, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste a realizar determinado fim. A necessidade define que o meio escolhido seja o menos gravoso possível para realizar o fim proposto, ou seja, o meio exigível que não haja outro para dada finalidade.

Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado. Definindo que a promoção dos direitos fundamentais não deve ficar aquém de sua restrição. Daí extraímos a dupla face: o princípio da vedação do excesso e da proteção do insuficiente/deficiente.

O primeiro visa impedir a proteção excessiva dos direitos fundamentais, a fim de evitar a desproporcionalidade do resultado entre os fins e os meios. O segundo, é invocado para tutelar o insuficiente, que exige do Estado um comportamento ativo na concretização dos direitos fundamentais, sendo o garantismo positivo. E é nesse ponto que pode o Poder Público incorrer em omissões constitucionais, e então o Poder Judiciário ser provocado a se manifestar.

## **CONCLUSÃO**

A independência da jurisdição tem que ser garantida constitucionalmente, e assim o é, justamente pelo fato das decisões judiciais terem um grande impacto sobre os sistemas de outra função. Mas é preciso cautela, para não gerar excessos e até mesmo abusos de competências, desvirtuando as competências definidas pela Carta da República.

## **REFERÊNCIAS:**

BRASIL, Constituição da República Federativa (5 de outubro de 1988). *Presidência da República*. Acesso em 10 de fevereiro de 2012, disponível em Presidência da república: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>

HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUHMANN, Niklas – Texto traduzido: direitos humanos e a sociedade moderna: uma análise sociológica sobre a perspectiva da teoria dos sistemas.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Portal do Supremo Tribunal Federal, acesso em 10 de fevereiro de 2012, disponível em: <http://www.stf.jus.br>

SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed, Livraria do Advogado: Porto Alegre.

SUDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Ed. Malheiros, 4ª edição, 3ª tiragem, 2002.

**NOTAS:**

[1] Georg Jellinek (Lípsia, 16 de junho de 1851 — Heidelberg, 12 de janeiro de 1911 (59 anos)) foi um filósofo do direito e juiz alemão. Professor na Universidade de Basileia e na Universidade de Heidelberg, publicou varias obras sobre filosofia do direito e ciência jurídica, dentre as quais se destaca Teoria Geral do Estado onde sustenta que a soberania recai sobre o Estado e não sobre a nação, que é um simples órgão daquele e as Teoria da Soberania do Estado e a Teoria do Mínimo Ético.

[2] Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*;2009; 366p; 10ª edição

[3] HESSE, Konrad. *Significado dos Direitos Fundamentais*. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.



## CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PROBATÓRIO

**JOSÉ DAVID PINHEIRO SILVÉRIO:**  
Advogado Público Municipal. Pós-graduado em Direito do Estado e em Direito Constitucional.

**RESUMO:** O direito probatório guarda inúmeras facetas que o confere notoriedade dentro de um processo, afinal, as partes litigantes buscam convencer o juiz de que têm razão e isso se faz por ducto das provas produzidas na instrução processual. Todavia, há uma série de regras éticas e procedimentais a serem observadas, para o fim de que o exercício do direito probatório se dê em linha de harmonia com os princípios constitucionais correlativos.

Palavras-chave: Direito probatório. Princípios éticos e procedimentais.

**ABSTRACT:** The evidentiary right has many facets that gives it notoriety in a lawsuit, after all, the disputing parties try to convince the judge that it has, reason and this is done by means of the evidence produced in the procedural instruction. However, there are a number of ethical and procedural rules to be observed, in order that the exercise of evidential law be in line with the constitutional principles correlative.

Keywords: Probative law. Ethical and procedural principles.

---

### 1 A PROVA NO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL PÁTRIO

Nas linhas seguintes, discorreremos especificamente acerca da prova no ordenamento jurídico pátrio. Enfocaremos desde o seu conceito e natureza jurídica até a distribuição do ônus probatório, dando ênfase, dentre outros aspectos importantes, ao contraditório, que se constitui em condição *sine qua non* para legitimação da prova produzida no processo, fechando este estudo com o palpitante tema, intitulado: prova obtida por meios ilícitos, que é vedada pela Carta Constitucional.

#### 1.1 Conceito da Prova e Natureza Jurídica

Prova (do latim *probatio*), vocábulo derivado do verbo *probare*, no seu sentido comum, significa ensaio, exame, verificação, reconhecimento por experiência, aceitação, aprovação, demonstração.

Com efeito, a definição clássica de prova liga-se diretamente àquilo “que atesta a veracidade ou autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente”, segundo as sábias palavras de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *in* Novo Dicionário século XXI, p. 1.656, vocábulo “prova”.

No processo, o juiz tem por função precípua a racionalização da descoberta da verdade, mediante a reconstrução dos fatos narrados pelas partes, aplicando sobre estes a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo, solucionando o conflito com base nas provas colhidas. Não pode, pois, o julgador afastar-se da regra: *secundum allegata et probata iudex judicare debet* (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado).

Nesse contexto, trazemos à colação abalizadas definições de prova, da lavra de doutrinadores de escol, evidenciando, assim, a importância vital deste instituto jurídico, senão vejamos.

Eduardo Juan Couture (1993:215) assevera que “em sua acepção comum, a prova é a ação e o efeito de provar; e provar é demonstrar de algum modo a certeza de um direito ou a verdade de uma afirmação” [*En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación*].

Arruda Alvim (1996, p.399), de sua parte, conceitua prova judiciária, dizendo consistir esta “naqueles meios definidos pelo direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico, como idôneos a convencer o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade principalmente, dos litigantes”.

Para Moacyr Amaral Santos (1994:11), prova judiciária “é a verdade resultante das manifestações dos elementos probatórios, decorrente do exame, da estimação e ponderação desses elementos; é a verdade que nasce da avaliação, pelo juiz, dos elementos probatórios”.

Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 381-2) diz que provar "é conduzir o destinatário do ato (o juiz, no caso dos litígios sobre negócios jurídicos) a se convencer da verdade acerca de um fato. Provar é conduzir a inteligência a descobrir a verdade".

Podemos dizer, então, que a prova é o meio que as partes utilizam para demonstrar o fato trazido ao crivo do julgador, que não pode dela se descurar, perquirindo, porém, a verdade em cada caso.

No tocante à natureza jurídica da prova, encontramos na doutrina várias correntes: (a) a primeira sustenta que a natureza das leis sobre a prova é de direito material (*Salvatore Satta, Francisco Carnelutti*); (b) a segunda lhe dá a natureza de direito processual (*Emilio Betti, Giuseppe Chiovaneda, Carlos Lessona, Eduardo Juan Coutore, Pontes de Miranda, Arruda Alvim, Barbosa Moreira, Cândido Rangel Dinamarco*); (c) a terceira diz que a natureza das leis sobre a prova é mista, abrangendo o direito material e processual (*Clóvis Beviláqua, João Monteiro, Moacyr Amaral Santos*); (d) a quarta classifica algumas normas como de direito material e outras de direito processual; e (e) a quinta lhe atribui natureza especial.

Segundo João Mendes Júnior (1986:56), "foi Bentham, dominado pela mania de atacar a técnica do Direito Romano e criar uma técnica para o Direito Inglês, que dividiu as leis em substantivas e adjetivas".

Surgia, assim, a distinção do direito em material e processual.

Dentro dessa classificação plural, até hoje adotada pela universalidade do Direito, entendemos que as normas que dispõem sobre a prova pertencem exclusivamente ao direito processual, visto que seu escopo reside na ideia de convencimento do magistrado (*judici fit probatio*). Vale dizer: "as provas somente assumem real importância dentro do processo". (MARINONI, 2000:153)

Como bem assevera João Carlos Pestana de Aguiar e Silva (2003:5): "o CPC vigente conquistou para si toda grandiosa regulamentação geral do tema no empenho de torná-lo, em sua *ratio essendi*, submisso a um só regime legal, e, desse modo, sob a primazia do direito processual"

Ademais, a ciência do processo é "a única que se dedica ao estudo sistematizado e completo do instituto da prova, perquirindo sob todos os ângulos seus fins, suas causas e efeitos". (PESTANA DE AGUIAR E SILVA, 1997:3).

Assim, cabe ao direito processual regular a matéria em toda sua amplitude e em todos os seus aspectos, inserindo-se neste ramo do Direito a natureza jurídica da prova.

### **1.2 Objeto, Finalidade e Destinatário da Prova**

A prova judiciária tem um *objeto (thema probandum)*, que são os fatos da causa. Toda pretensão tem por fundamento um ato e este é que constitui o objeto da prova. (ALVIM, 2002:253)

A *finalidade* ou *função* da prova é formar a convicção do julgador sobre a veracidade ou não dos fatos alegados pelas partes. Assim, a parte que deseja obter no processo um efeito jurídico deve primeiro afirmar algo sobre certo fato e, a seguir, comprovar a veracidade dessa afirmação.

As dúvidas que emergem quanto à veracidade das afirmações feitas pelas partes (questões de fato), dada a sua contradição, devem ser dirimidas pela atividade probatória.

Para que as afirmações feitas pelas partes sejam levadas em consideração, no momento do julgamento, imperiosa é a demonstração de sua veracidade. A prova, nesse caso, é a verdade extraída pelo julgador dos elementos probatórios produzidos pelas partes, através do desenvolvimento do seu trabalho intelectual de avaliação.

Pode-se afirmar, portanto, que a finalidade da prova é a de formar a convicção do julgador, a fim de que este faça incidir a norma jurídica ao fato, proferindo um veredicto que convença as partes.

Desse modo, são dois os destinatários da prova, sendo: (a) direto, o julgador, pois objetiva formar a sua convicção; e (b) indireto, as partes, reciprocamente, que devem ser convencidas, a fim de acolher como justa a decisão. (SANTOS, 1994:287)

### **1.3 Meios Probatórios: Pressupostos e Limitações**

Como meios probatórios podemos citar a prova: testemunhal, documental, pericial, depoimento pessoal, confissão, e outros admitidos e

regulados na legislação processual, inclusive as produzidas por meios eletrônicos e virtuais, as quais estão em constante evolução tecnológica.

Cândido Rangel Dinamarco (1996:564), ao discorrer sobre a vasta prova documental, assim se manifestou, verbis:

Documento como fonte de prova, é todo ser composto de uma ou mais superfícies portadoras de símbolos capazes de transmitir idéias e demonstrar a ocorrência de fatos. Esses símbolos serão letras, palavras e frases, algarismos e números, imagens ou sons e registros magnéticos em geral; o que há em comum entre eles é que sempre expressam, idéias de uma pessoa, a serem captadas e interpretadas por outras.

A teor da regra encartada no novel Código de Processo Civil são permitidos no processo todos os meios legais de prova, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Codex. Impera, pois, em nosso Ordenamento Jurídico, em princípio, a liberdade da prova, com as restrições impostas pela lei.

A melhor doutrina destaca como exemplos de provas proibidas, em razão de não serem moralmente legítimas, a narcoanálise, o soro da verdade, dentre outras do mesmo jaez.

No processo penal brasileiro, sempre imperou a liberdade da prova, em virtude da prevalência do princípio da verdade real, exceto quanto ao estado civil das pessoas (CPP, art. 155), que é provado por meio de documento idôneo tal qual ocorre no cível.

As limitações expressamente consignadas na lei são meramente exemplificativas, podendo ser acolhidos outros meios de prova, desde que sejam moralmente legítimos, com estrita observância do mandamento constitucional de não-obtenção da prova de forma ilícita.

#### **1.4 Da Valoração da Prova**

Depois da produção das provas pelas partes, cabe ao magistrado efetuar a valoração das provas produzidas nos autos.

O sistema adotado pelo Processo Civil Brasileiro, atualmente, é o da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, através do qual o juiz tem ampla liberdade para valorar a prova constante dos autos e,

assim, formar seu convencimento, devendo, entretanto, motivá-lo de forma racional.

Como principais balizas desse sistema apontam-se a exigência de fundamentação, a argumentação racional e a obediência às regras da experiência. Enveredando sobre o tema em comento, Ovídio Baptista da Silva (1998:288) assevera que o juiz tem:

o dever de fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que o mesmo baseara sua decisão. Cumpre-lhe indicar, na sentença, os elementos de prova com que formou sua convicção, de tal modo que a conclusão sentencial guarde coerência lógica com a prova constante dos autos.

Destarte, no hodierno estágio da evolução da doutrina processualista civil, mais desapegada do formalismo exacerbado e com mais discricionariedade do magistrado, este passa a ter um papel cada vez mais ativo tanto na produção da prova, em sua valoração, bem como na repartição do ônus da prova como veremos a seguir pormenorizadamente.

### **1.5 Distribuição do Ônus Probatório**

Na linguagem técnico-jurídica, ônus não é sinônimo de obrigação. Processualmente, fala-se em ônus quando se tutela interesse próprio, e em obrigação quando há interesse de outrem. Eis o entendimento de Alvim Netto, transcrito por Rodrigo Garcia Schwarz (2006:16) que faz essa diferenciação de maneira fulgente:

A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento aproveita à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as conseqüências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente.

Ônus, por conseguinte, é a faculdade que a parte dispõe para praticar ou deixar de praticar determinado ato processual. Ato este que lhe proporcionará alguma vantagem própria se adimplir com seu ônus. Se a parte não exercita o ônus que lhe compete, esta apenas deixa de usufruir a vantagem processual que obteria se o tivesse exercitado, no momento e na forma previstos nas leis processuais.

Por sua vez, o ônus da prova trata-se de uma regra processual que, ressalte-se, não atribui o dever de provar o fato, mas sim atribui o encargo a uma das partes pela falta de prova daquele fato que lhe competia. Na precisa lição do Fredie Didier Júnior (2008:423): a “expressão ônus da prova sintetiza o problema de saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato”.

O ônus da prova tem duas funções primordiais. Primeiro, estimular as partes a provarem as alegações que fizerem. Segundo, ajudar o julgador, que ainda permanecer em estado de dúvida, oferecendo-lhe um critério de julgamento capaz de evitar o *nom liquet* (não está claro).

Como cediço, no Direito Romano, era permitido ao juiz se recusar a julgar causas que, na visão dele, não estavam claras. Podia simplesmente sentenciar *sibi nom liquere* (direito de não julgar). No entanto, hoje em dia, vigora regra da vedação do *nom liquet*, não admitindo mais que o juiz se esquive de decidir sob qualquer alegativa, inclusive por falta ou insuficiência de provas. Deparando-se com a incerteza, plenamente aceitável no sistema do livre convencimento motivado, o juiz, nesse caso, utilizar-se-á das regras de distribuição do ônus da prova, onerando aquela parte que carregava o encargo da prova com uma sentença desfavorável, visto que não produziu prova necessária a corroborar suas alegações.

Tais regras resolvem a controvérsia nos casos em que a produção probatória não convence ao juiz, guiando-o a julgar em desfavor daquele a quem incumbia o ônus da prova, e não o cumpriu satisfatoriamente.

A distribuição do ônus da prova, regra geral, se dá nos seguintes moldes: incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito; e, ao réu, a existência de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Segundo o entendimento clássico, as regras emanadas do artigo sobredito seriam objetivas e fixas, distribuídas de forma imutável pelo legislador. Entretanto, essa visão estática de distribuição do ônus da prova

vem sofrendo críticas da doutrina moderna e, felizmente, perdendo forças, visto que essa rigidez muitas vezes dificulta a adequação do regime da prova ao caso concreto. Por exemplo, há situações onde o direito material alegado por uma das partes é de difícil, onerosa ou mesmo impossível demonstração pela mesma. Já para a parte adversa não existem tantos óbices dificultando a produção por ela da prova imprescindível ao deslinde da causa sub judice.

Por tudo isso, a doutrina contemporânea vem pugnando pela flexibilização destas regras de distribuição do ônus da prova no sentido de permitir ao juiz que, deparando-se com nítido desequilíbrio das condições probatórias entre as partes, motivadamente, decida por adequar a regra de distribuição do ônus da prova ao caso concreto, determinando que este ônus recaia sobre a parte que dispuser das melhores condições de provar os fatos submetidos a julgamento.

Assim sendo, a regra estática de distribuição do ônus da prova, acolhida pelo anterior Código de Processo Civil de 1973, notadamente em seu art. 333, vem sofrendo mitigações em prol de uma maior efetividade e instrumentalidade do processo, que são alguns dos estandartes da perspectiva publicista do processo, atual tendência do Direito Processual Civil. Nesse mesmo sentido, o CPC de 2015 ainda tem como regra a distribuição estática do ônus da prova, consoante prescreve o seu art. 373, incisos I e II.

Para esta corrente doutrinária, tais regras de distribuição do ônus da prova não devem ser interpretadas como limitadores dos poderes instrutórios do juiz. Ao contrário, defende uma atuação ativa do juiz no âmbito da instrução processual, com o escopo de corrigir eventuais desequilíbrios na produção probatória vislumbrados caso a caso, para, com isso, proferir uma decisão mais justa e equânime.

Nesse sentido, é que o legislador introduziu no ordenamento jurídico pátrio a novel hipótese de inversão do ônus da prova, como ocorre nas relações de consumo reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, em cujo art. 6º, inc. VIII, há expressa autorização para o julgador, facultativamente, invertê-lo em prol da parte hipossuficiente, nas condições ali indicadas.



Por via de regra, a maioria dos operadores do direito, neste rol o próprio legislador, empregam a expressão inversão do ônus da prova, em vez de modificação do ônus da prova.

Embora a expressão inversão do ônus da prova já esteja arraigada no mundo jurídico, não podemos deixar de objurgá-la tendo em vista que, na realidade, inversão não ocorre. Pois, se assim fosse, caberia ao réu o ônus da prova dos fatos constitutivos do autor; e, ao autor, a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos aduzidos pelo réu em seu desfavor. E não é assim, porém, que se sucede.

Na verdade, ocorre é uma modificação na regra geral prevista no art. 373 do Código de Processo Civil, quando o juiz se depara com uma instrução processual tímida e fraca, incapaz de convencê-lo.

Diante da proibição do *nom liquet*, o juiz modifica o encargo de fazer a prova, transferindo-o à parte que tem mais condições de produzi-la no caso concreto visando afastar, de uma vez por todas, a obscuridade dos fatos para, com isso, conseguir formar o seu convencimento.

Contudo, a modificação do ônus da prova pelo juiz deve ser sempre pautada pela razoabilidade de tal medida. Se não há possibilidade da outra parte cumpri-lo a contento ou se a modificação da regra de distribuição do ônus da prova lhe implicar uma verdadeira pena, em vez de um ônus, não se justificará a alteração da regra geral. Faz-se necessária, todavia, uma ponderação racional em cada caso particularmente com o fito de certificar que a imposição dessa modificação não violará normas constitucionais e processuais protetivas de ambas as partes.

#### **1.6 O Contraditório como Condicionante para Validade da Prova**

O direito ao contraditório, a par da ampla defesa, vem assegurado no quase sacro artigo 5º da Constituição Federal, inciso LV, cujo mandamento trata dos direitos fundamentais do cidadão (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

A ampla defesa envolve a prerrogativa da parte impugnar as questões de fato e de direito discutidas no processo, inclusive em grau de recurso.

O contraditório assegura a igualdade de tratamento às partes no processo, dando-se as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões,

ajuizando ação, deduzindo resposta, enfim, manifestando-se nos autos e podendo praticar os demais atos processuais com paridade de armas, inclusive em relação aos prazos a serem obedecidos.

O contraditório e a ampla defesa são consequências do princípio da igualdade, deste modo, ambos são assegurados a todas as partes. A exigência de defesa técnica é uma revelação da igualdade processual. Não basta conferir às partes o contraditório, este somente é real quando se desenvolve em simétrica paridade.

Aliás, conforme se observa no novo Código de Processo Civil, a igualdade de tratamento das partes é um dever do juiz e não uma faculdade. As partes e os seus procuradores devem merecer tratamento igual, com ampla possibilidade e oportunidade de fazer valer em juízo as suas alegações.

Os inseparáveis princípios do contraditório e da ampla defesa se destinam ao processo em geral, tanto o civil quanto o penal e ainda o processo administrativo, que, no Brasil, é de natureza não-judicial.

Significa dizer que o processo exige que seus sujeitos tomem conhecimento de todos os fatos que venham a ocorrer durante seu curso, podendo ainda se manifestar sobre tais acontecimentos. Para demonstrar a veracidade dessas informações, basta lembrar que, proposta uma ação, deve-se citar o réu (ou seja, informá-lo da existência de um processo em que este ocupa o polo passivo), para que o mesmo possa oferecer sua defesa. Da mesma forma, se no curso do processo alguma das partes juntar aos autos um documento qualquer, é preciso informar a parte adversa, para que esta, tomando conhecimento da existência do documento, possa se manifestar sobre o seu conteúdo, como de resto sobre as demais provas que forem produzidas por uma das partes, quer esteja ela no polo ativo quer no passivo.

A validade da prova depende inarredavelmente de sua submissão ao contraditório, com oportunidade de defesa pela parte contra quem se impõe, feita perante o julgador e mediante critérios lícitos e paritários, sob pena de nulidade processual.

### **1.7 Das Provas Obtidas por Meios Ilícitos**

O direito à prova tem garantia constitucional e integra o *devido processo legale*, por consectário lógico, a ampla defesa e o contraditório, inserindo-se no rol dos direitos fundamentais do cidadão.

Tem a prova por objetivo contribuir para dialeticidade do processo, assegurando-se às partes levarem aos autos dados recíprocos e elementos de convencimento ao julgador, com vistas a uma decisão mais acertada, partindo da premissa de que quanto mais dados houver, mais será a probabilidade de acerto do julgado.

Contudo, esse direito não é absoluto e irrestrito, pois estão expressamente proibidas na Lei Maior as provas obtidas por meios que não sejam lícitos, nos termos do art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Conquanto o dispositivo constitucional em tela ostente o vocábulo “processo”, tal vedação é extensiva também aos meros procedimentos, em virtude de serem, via de regra, preparatórios dos processos judiciais ou administrativos. Ora, se é proibida no processo, também o é em procedimentos menos formais.

Segundo o CPC, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. Tal preceito processual admite tanto os meios de prova previstos em lei, denominados pela doutrina de meios legais, quanto os que não têm previsão expressa, que seriam os meios não tipificados na lei.

A propósito, os meios moralmente legítimos a que se refere o supracitado artigo “não está contrapondo o que é legal com o que é moral, mas sim dizendo que esses meios (moralmente legítimos) são aqueles que não estão expressamente tipificados na lei. Tais meios, dessa forma, são as provas atípicas” (Marinoni, 2008:387).

O fato de um meio de prova não estar expresso na lei nada tem a ver com a sua moralidade, pois o que define a possibilidade de utilização de uma prova é a sua conformação com o direito, e apenas nesse aspecto é que se pode aceitar que um meio moralmente ilegítimo seja considerado um meio de prova inválido e, assim, ilegal.

As provas obtidas por meios ilícitos, vedadas terminantemente pela Carta de Outubro, são aquelas colhidas com infringência a normas de direito material, que tutelam bens da vida, como a intimidade, a integridade física, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência etc. Já por provas ilegítimas entendem-se as produzidas contra normas de índole

processual, ainda que inseridas na Constituição: é o caso da produzida fora do contraditório.

Nem as provas ilícitas e nem as ilegítimas, por estarem eivadas de vício insanável, podem vir a ser utilizadas por qualquer das partes, independentemente da posição que ocupe no processo. São, portanto, inválidas em sua natureza, contaminadas no seu âmago.

## 2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi necessário percorrer o direito probatório sob os mais diversos ângulos para se formar o convencimento de que se trata de um assunto por demais importante aos litigantes, mas, sobretudo, à consecução da paz social, pois esta é a finalidade do processo e somente será alcançada quando ambas as partes puderem se valer das provas conducentes à demonstração de sua tese ou de sua antítese e, alfim, obterem uma sentença justa, que, a rigor, advém, inescapavelmente, de uma percuciente avaliação do conjunto probatório carreado aos autos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**, 8.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil** in Revista de processo, nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 1976.

\_\_\_\_\_ **Manual de Direito Processual Civil**, 5. Ed. São Paulo: RT, 1996, v. 2

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os poderes do juiz** in O processo civil contemporâneo, Curitiba: Juruá, 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Malheiros, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

COSTA, Newton C. A. da. **Conjectura e quase-verdade in Direito Política Filosofia Poesia: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, em seu octogésimo aniversário**, coord. Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Jr.. São Paulo: Saraiva, 1992.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Processual Civil**, . Ed. Buenos Aires: Depalma, 1993,

DIDIER JUNIOR, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**, 9ª Ed. 2008, Bahia, Editora JusPODIVM.

DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada P. e CINTRA, Antonio Carlos Araújo, **Teoria geral do processo**, 9ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES JUNIOR, João. **A Prova no Processo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MICHELI, Gian Antonio e TARUFFO, Michele. **A prova in Revista de Processo**, nº 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1979.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 7.ª ed. Ver. E atual. com as leis 10.352/2001 e 10.358/2001, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 2ª ed., São Paulo, Ed. Método, 2008.

PESTANA DE AGUIAR E SILVA, João Carlos. **As Provas no Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Verdade e conjectura**. Nova Fronteira, 1983.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 3º vol., São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. I, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido Processo Legal: Uma visão pós-moderna**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho**. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 202, abr.2006.

SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**, Curitiba: Livro é Cultura, 1990.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**, 8ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Editora LTr, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II.

## **DA POSSIBILIDADE DE SOCIEDADE LIMITADA EMITIR DEBÊNTURE E A CONSEQUENTE ALAVANCAGEM DA ECONOMIA BRASILEIRA COMO REFLEXO**

**KARINA MEDEIROS DE ABREU:** Servidora pública Federal - Analista Judiciária - área judiciária - Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

**RESUMO:** O presente trabalho tem o objetivo de fomentar a discussão acerca da possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures e alguns reflexos positivos que isso pode causar na economia brasileira. A pesquisa que se propõe pertence à vertente jurídico-teórica e se utilizará da metodologia da revisão bibliográfica de textos e artigos científicos de doutrinadores de direito empresarial e de economia como Professor da FGV e da Fipecafi, Doutor em Direito pela PUC-SP, Edison C. Fernandes, Carvalho Filho e Juliano Lima Pinheiro. Será feita a abordagem de uma operação mercantil típica das sociedades anônimas, a qual, na visão de alguns operadores do direito não seria possível ser realizada pelas sociedades limitadas por ausência de permissão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, há quem defenda que isso seria possível por não existir em nosso ordenamento uma norma expressa e proibitiva que impossibilite que isso ocorra. Fato é que a emissão de debêntures e o seu lançamento no mercado mobiliário podem atuar como ferramentas para alavancar a economia brasileira, considerando o número de sociedades limitadas registradas no país e o crescente número de surgimento de novas sociedades dessa espécie a cada ano.

**PALAVRAS-CHAVE:** DEBÊNTURES. SOCIEDADE LIMITADA. DESENVOLVIMENTO. ECONOMIA.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Da possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures; 3 Da emissão de debêntures como ferramentas de expansão do mercado de capitais e consequente alavancagem da economia brasileira; 4 Considerações Finais; Referências bibliográficas.

---

### **1 INTRODUÇÃO**

Muito se discute, no Brasil, sobre a possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures. Mas o que são as debêntures? São títulos



mobiliários representativos de dívida, que a empresa levanta com o investidor e em troca paga uma rentabilidade por isso. Um dos principais objetivos da emissão do referido título mobiliário é, geralmente, propiciar financiamentos de projetos de investimentos ou alongamento do perfil de dívida. Não há, no ordenamento jurídico pátrio, norma expressa proibindo esta hipótese. Por outro lado, tampouco se pode dizer que haja autorização também expressa no sentido de sua permissão.

Doutrina e jurisprudência estão longe de serem pacíficos a esse respeito. A título de exemplo, o doutrinador Edwaldo Tavares Borba (2005) discorda da possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures, por ser uma atividade que fere a própria natureza jurídica deste tipo societário. Em sentido contrário, o professor e também doutrinador Edison C. Fernandes<sup>[1]</sup>, defende a possibilidade das limitadas realizarem tal operação financeira, com escopo na Instrução 476/2009, da CVM.

A pesquisa proposta se faz necessária diante do problema que aflige não só os operadores do direito, mas toda sociedade, em especial no ambiente empresarial e no mercado de capitais, no que se refere à insegurança jurídica que permeia a operação de emissão de debêntures por uma sociedade limitada. Deve-se atentar, ainda, aos reflexos disso no mercado de capitais e como consequência, no próprio contexto do desenvolvimento econômico.

Os títulos mobiliários são negociados no mercado de capitais. O mercado de capitais é um sistema criado para facilitar a capitalização das empresas, contribuindo para a geração de riqueza à sociedade. Não se pode perder de vista a importância do mercado de capitais para o desenvolvimento econômico do país; ele contribui para o ciclo virtuoso da economia. No Brasil, de acordo com os estudiosos do tema e dados estatísticos, em comparação com o mercado de capitais de sociedades desenvolvidas, como os Estados Unidos, por exemplo, o mercado de capitais ainda tem muito a crescer. O número de empresas registradas nesse mercado ainda é consideravelmente baixo.

Por outro lado, importante lembrar que a sociedade limitada é o tipo societário mais constituído no Brasil, conforme relatórios estatísticos disponibilizados no site do DNRC, bem como do Departamento de Registro Empresarial e Integração, da Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa.

Nesse passo, a presente pesquisa tem por objetivo contribuir para os ramos científicos do direito comercial e econômico, buscando analisar e repensar a questão de a possibilidade de sociedades limitadas distribuírem debêntures. Isso garantir-lhes-ia iguais oportunidades às que são concedidas às companhias, propiciando o seu crescimento e desenvolvimento econômico. Visa, ainda, analisar a importância das debêntures e seu potencial para atuar como instrumento de expansão do mercado de capitais, redundando, como consequência, em benefício para o conjunto da economia brasileira.

De acordo com o entendimento de Carvalho Filho (2001), o nível de capitalização de empresas tem impacto direto no desenvolvimento de um país. Dessa forma, quanto maior a capitalização das empresas, maior seu potencial de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB). E conforme entendimento do doutrinador Juliano Lima Pinheiro, o mercado de capitais é um dos agentes responsáveis pelo crescimento econômico do país. (PINHEIRO, 2005)

O caminho metodológico percorrerá a análise de conteúdos doutrinários, bem como pareceres e legislações, buscando assim verificar os pontos positivos, na visão do direito empresarial e sob o enfoque econômico, da possibilidade de uma sociedade limitada emitir debêntures em oferta pública e seus reflexos no mercado de capitais e na economia brasileira.

Apresenta-se como hipótese que não só é possível às sociedades limitadas emitirem debêntures, como também não é mais aceitável a restrição deste tipo societário de participar do mercado de capitais. Considerando o número de sociedade limitadas existentes no Brasil, a possibilidade de emissão de debêntures por esse tipo societário se apresenta como mola propulsora do mercado de capitais e ferramenta de alavancagem da economia, como consequência.

## **2 - Da possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures**

Quando uma empresa necessita captar recursos a médio e longo prazo no mercado, destinados, geralmente, a financiamentos de projetos de investimentos ou alongamento do perfil de dívida, uma das suas opções é a emissão de debêntures. É uma dívida que a empresa levanta com o investidor e em troca paga uma rentabilidade por isso.

A colocação de debêntures no mercado pode ser feita por meio de oferta pública, via instituição financeira, ou privada, quando os papéis são colocados diretamente junto aos investidores, sem a intermediação de instituições financeiras. E as debêntures podem ser conversíveis em ações da companhia emissora ou não conversíveis.

A Lei 6.404/76, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas, em seu artigo 52, ao prever a possibilidade de emissão de debêntures, foi expressa ao determinar que o título pode ser emitido pelas “companhias”. Atribuiu-se legitimação expressa para a emissão de debêntures exclusivamente às sociedades anônimas e às sociedades em comandita por ações.

A regra jurídica *mater* dos valores mobiliários é a Lei 6.385/76 – Lei do Mercado de Valores mobiliários. Em seu artigo 2º, I, estão listados os principais instrumentos dessa natureza, sendo que todos estão relacionados apenas a entidades de natureza institucional. No parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal encontram-se listados os títulos da mesma natureza que não estão submetidos à referida lei. E neste ponto, observa-se que não foi feita qualquer referência à possibilidade de debêntures serem emitidas por sociedade limitada.

Desta forma, como regra geral, os valores mobiliários apenas poderiam ser emitidos pelas companhias (sociedade anônima e sociedade de comandita por ações), devido a sua natureza institucional, evidente pela forma de participação que lhes é inerente, qual seja, a ação, que também é um valor mobiliário. Este é o posicionamento de renomado doutrinador José Edwaldo Tavares Borba (2005).

Porém, numa análise mais apurada do art. 2º, parágrafo 2º, da Lei 6.385/76, que prevê que os emissores de valores mobiliários, seus administradores e controladores estarão sujeitos às normas das companhias abertas, cabe interpretação diversa, mais ampla. Pode-se notar que o legislador deixou explicitado na norma que outros tipos societários, além das sociedades anônimas, podem criar, emitir e colocar valores mobiliários em circulação. Já dizia Carlos Maximiliano que “quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente” (Maximiliano, 2000).

Assim, se o entendimento fosse apenas de emissão de valores mobiliários por companhias, não haveria a necessidade de se incluir o referido parágrafo. A norma não contém palavras inúteis, supérfluas e sem efeito. Este é outro válido ensinamento sobre hermenêutica jurídica passado por Maximiliano, “devem-se compreender as palavras [da lei] como tendo alguma eficácia”. (Maximiliano, 2000).

Relevante lembrar, ainda, que uma das diferenças mais evidentes entre as ações e as debêntures é que, esta última, de praxe, não é conversível em ação, de forma que sua emissão não resulta num aumento do quadro societário da empresa. Desta forma, em se tratando de debênture não conversível, perfeitamente possível sua emissão por sociedade limitadas, pois não ferirá sua natureza contratual.

Não se pode dizer, portanto, que os referidos dispositivos legais (art. 52, Lei 6.404/76 e art. 2º, Lei 6.835/76) sejam regras proibitivas em relação à operação de emissão de valores mobiliários pelas sociedades limitadas. Se por um lado não há autorização expressa para que as sociedades limitadas emitam valores mobiliários, por outro, também não há se falar que haja vedação expressa acerca da citada operação por este tipo societário. Vigoraria, ainda, o princípio da liberdade, segundo o qual tudo que não estiver expressamente proibido no ordenamento jurídico, encontrar-se-ia permitido.

Ademais, em sendo adotada pela sociedade limitada, como regra supletiva para sua regulamentação, a Lei das Sociedades Anônimas, estaria suprida, de forma complementar, a necessidade formal de previsão de possibilidade das limitadas (tipo societário contratual) de emitirem títulos previstos, a princípio, somente para sociedade de natureza institucional.

Importante citar, ainda, que em 2009 a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, publicou a Instrução 476, por meio da qual se regulou as ofertas públicas de valores mobiliários realizadas com esforços restritos de venda.

Na opinião[2] do Professor da FGV e da Fipecafi, doutor em direito pela PUC-SP, Edison C. Fernandes, a referida Instrução da CVM autorizou expressamente a emissão de debêntures não conversíveis em ações pelas sociedades limitadas, na modalidade de oferta pública distribuída com esforço

restrito. Teria sido dispensado, pela CVM, o registro da oferta perante a autarquia, que também não teria limitado sua abrangência a nenhum tipo societário.

Dentre outras características, a oferta pública de esforço restrito deve ser destinada, exclusivamente, a investidores qualificados a ser intermediada por integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários (instituição financeiras e corretoras de títulos e valores mobiliários), sendo vedada a busca de investidores por meio de lojas, escritórios ou estabelecimentos abertos ao público, ou com a utilização de serviços públicos de comunicação, como a imprensa, o rádio, a televisão e páginas abertas ao público na rede mundial de computadores.

Na oferta pública de esforço restrito, ainda, os fundos de investimento podem ser procurados e serão considerados como um único investidor se as decisões de investimento forem tomadas pelo mesmo gestor. E limitou-se a estrutura dessa operação à procura de, no máximo, 50 (cinquenta) investidores qualificados, e os valores mobiliários ofertados deverão ser subscritos ou adquiridos por, no máximo, 20 (vinte) deste tipo de investidor.

Foi nítida a intenção da CVM, quando da criação da Instrução n. 476, de facilitar o acesso ao mercado de capitais a todos os tipos societários, sem distinção, caso contrário, a própria autarquia teria previsto a restrição para alguns tipos.

Verifica-se, assim, que às sociedades limitadas também teria sido garantida a emissão de debênture como alternativa de captação de recurso públicos, e, ainda, a oferta desse título de dívida poderia ser analisada como opção na estruturação de parceria entre uma empresa limitada e um fundo de investimento, por exemplo.

O mercado de capitais é vasto e oferece oportunidade para todos. Negar às sociedades limitadas o acesso à esse mercado é, por um lado, negar a ela o direito de ser mais competitiva no mercado, e por outro lado, é como taxá-la de empresa de “segunda categoria”.

Há que se mencionar que, no Brasil, a maioria das empresas são constituídas sob a forma de sociedade limitada, sendo que muitas delas são tão

desenvolvidas quanto às sociedades por ações e possuem estruturas e capital suficientes para efetuar a emissão de debêntures. Dessa forma, não prospera o argumento de que a sociedade limitada não preencheria requisitos mínimos e básicos para emitir valores mobiliários e que não teria condições financeiras e econômica de honrar com os títulos.

Ademais, a Comissão de Valores Mobiliários - CVM é responsável por fiscalizar qualquer instituição que realize emissão pública de títulos de dívida, atribuição prevista na própria Lei da S.A., independentemente do tipo societário. Nesse passo, as sociedades limitadas deverão cumprir as regras desse mercado, obrigatoriamente, ao iniciar sua participação nele. Em outras palavras, a CVM deverá sempre afiançar a idoneidade dos títulos negociáveis, garantindo a segurança jurídica necessária, de forma que as pessoas que se interessarem pelos títulos saberão o que estão adquirindo.

Diante desse contexto, indaga-se, seria possível a emissão de valores mobiliário, em especial a debênture, por sociedade limitada, que, por sua própria natureza contratual não possui capital aberto? Ou seria a natureza jurídica deste tipo societário um empecilho legal para realização de tal operação no mercado de capitais? Seria necessária autorização expressa no ordenamento jurídico para que uma sociedade limitada pudesse emitir debêntures? Ou basta que não haja uma vedação expressa neste sentido?

Uma vez possibilitada às sociedades limitadas integrarem o mercado de capitais, além de estas empresas terem acesso facilitado a capital mais barato e abundante, haverá um considerável aumento no volume de emissores e de títulos mobiliários no mercado de valores. Então, surge novo questionamento: seria a possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures no mercado de capital uma forma de propiciar e alavancar o seu crescimento e desenvolvimento econômico, bem como o crescimento do mercado de valores, redundando, como consequência, em benefício para o conjunto da economia brasileira? Seria esta uma razão legítima, plausível e suficientemente forte para justificar e impulsionar o nosso legislador a tomar atitude de modificar o ordenamento jurídico, acrescentando a ele norma expressa que autorize as sociedades limitadas a emitirem debêntures?

Na prática, em que pese os argumentos favoráveis à emissão de debêntures pelas sociedades limitadas, a doutrina é dissidente e está longe de ser considerada pacífica acerca do assunto, tampouco existe jurisprudência uníssona neste sentido. Assim, não há como negar a insegurança jurídica que permeia o assunto e impede que interessados na emissão dos referidos títulos mobiliários por sociedades limitadas dêem seguimento à operação, pois esta poderia ser questionada. Por isso, continuam optando pela mais conhecida e expressamente permitida no ordenamento jurídico operação de emissão de debênture pelas sociedades anônimas.

Com o objetivo de garantir a segurança jurídica necessária aos investidores na operação de distribuição pública de debêntures por uma sociedade limitada, seria necessário que o ordenamento jurídico previsse de forma expressa essa hipótese. Indene de dúvida que isso facilitaria consideravelmente a vida dos operadores do direito ao lidarem com essa hipótese na prática diária e o cotidiano do próprio poder judiciário ao analisar casos que envolvam essa situação. Evitar-se-ia o surgimento de jurisprudências conflitantes, bem como que os investidores do mercado de capitais acabem por desistir desta operação quando envolver sociedade limitada, diante das incertezas jurídicas que permeiam essa situação, favorecendo, assim, somente as sociedades anônimas.

Mas o legislador pátrio não está dormindo no que se refere à essa discussão. Há Projeto de Lei tramitando na Câmara Federal prevendo a emissão de debêntures por sociedade de responsabilidade limitada, qual seja, Projeto de Lei no. 6.322/2013, de autoria do deputado federal Carlos Bezerra (PMDB/MT). A proposta original visava acrescentar o parágrafo único ao artigo 52 da Lei Federal n. 6.404/76. Posteriormente a proposta recebeu emenda substitutiva, prevendo a inserção, no Código Civil, do artigo 1084-A, com referência expressa quanto à observância dos requisitos estabelecidos na Lei das Sociedades Anônimas, de forma a colocar fim na discussão acerca da legitimidade deste tipo societário emitir valores mobiliários.

Conclui-se que, seja por inexistir regra proibitiva expressa de emissão de debêntures pelas sociedades limitadas, seja pela adoção do princípio da isonomia, para garantir-lhes iguais oportunidades às que são concedidas às companhias, não há como negar que esse tipo de constituição empresarial não só está permitida de

emitir debêntures, como isso atuará como uma ferramenta de alavancagem da economia brasileira.

Frise-se que o número de sociedades limitadas registradas no Brasil é imenso e cresce cada vez mais. Sua entrada no mercado de capitais como emissor de títulos mobiliários, ampliaria de forma perceptível a base de emissores de títulos, ocasionando a expansão, um verdadeiro *boom* desse mercado, que indubitavelmente resultaria em uma guinada na economia do país. Além disso, chegar-se-ia mais perto de um equilíbrio do mercado, na medida em que se evitaria que apenas as sociedades anônimas se beneficiem das vantagens oferecidas pelo mercado de capitais.

### **3 - Da emissão de debêntures como ferramenta de expansão do mercado de capitais e consequente alavancagem da economia brasileira**

O presente tópico visa analisar a importância das debêntures na atuação como instrumento de expansão do mercado de capitais, ao se considerar a hipótese de se estender a possibilidade de emissão do referido título de valor a outro tipo societário, que não só às companhias, em especial à sociedade limitada, tipo societário mais adotado no Brasil. Diante desse contexto não há como negar o seu grande potencial de desempenhar o papel de ferramenta de alavancagem do desenvolvimento da economia, como reflexo da referida ampliação do mercado de valores.

O mercado de capitais é um sistema criado para facilitar a capitalização das empresas, contribuindo para a geração de riqueza à sociedade. Visa a distribuição de valores mobiliários, proporcionando liquidez aos títulos de emissão de empresas e viabilizando seu processo de capitalização. Também possui como função primordial aproximar os dois principais agentes do mercado: o poupador, que tem excesso de recurso, mas não tem oportunidade de investi-lo em atividades produtivas e o tomador, que está em situação contrária. É constituído pelas bolsas, corretoras e outras instituições financeiras autorizadas. Os principais títulos negociados são os representativos do capital de empresas – as ações – ou de empréstimos tomados, via mercado, por empresas – debêntures conversíveis em ações, bônus de subscrição e *comercial papers* - que permitem a circulação de capital para custear o desenvolvimento econômico.



Não se pode perder de vista a importância do mercado de capitais para o desenvolvimento econômico do país. Com mais recursos captados diretamente dos investidores, as empresas podem aumentar sua produção, gerando empregos e colaborando para o progresso do Brasil. Ou seja, o mercado de capitais contribui para o Ciclo Virtuoso da Economia. Segundo Juliano Lima Pinheiro: “a missão do mercado de capitais é oferecer condições financeiras necessárias para retomar e sustentar o crescimento econômico, gerar empregos e democratizar oportunidades e capital.” (PINHEIRO, 2005, p.155)

Assaf Neto (2000, p.102) destaca que:

“O mercado de capitais assume papel dos mais relevantes no processo de desenvolvimento econômico. É o grande municiado de recursos permanentes para a economia, em virtude da ligação que efetua entre os que têm capacidade de poupança, ou seja, os investidores, e aqueles carentes de recursos de longo prazo, ou seja, que apresentam déficit de investimento”.

O mercado de capitais proporciona o aumento da eficiência das empresas e constitui um incentivo à inovação, podendo ser esta considerada uma das maiores fontes de desenvolvimento econômico. O mercado acionário promove a socialização e a democratização do capital, pois difunde a propriedade das empresas entre pequenos poupadores. Seguindo entendimento de Carvalho Filho (2001), o nível de capitalização de empresas tem impacto direto no desenvolvimento de um país. Dessa forma, quanto maior a capitalização das empresas, maior seu potencial de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB).

Historicamente, sociedades economicamente mais avançadas têm apresentado tendência a exibir estruturas financeiras onde o mercado de capitais (desintermediação) cresce continuamente em importância, como canal de circulação de recurso em relação ao mercado de crédito. A significância dessa relação é reforçada pela constatação de que o processo de desenvolvimento financeiro das principais economias capitalistas tem como características a rápida expansão do mercado de títulos. (CARVALHO, 2000).

Nos últimos anos, principalmente a partir da primeira década deste século XXI, os mercados de capitais vêm se transformando, cada vez mais, em instrumento de desenvolvimento tanto financeiro para as empresas quanto econômico social para o país. Em um estudo comparado, pode-se dizer que um dos fatores que explicam o maior período de prosperidade da economia dos Estados Unidos é a existência de um mercado de capitais com vigor e flexibilidade para financiar a nova economia.

De acordo com estudo de Nóbrega, Loyola, Guedes Filho e Basial (BOVESPA, 2000, p.8):

Se incluirmos os títulos de dívida emitidos por empresas, as proporções do mercado brasileiro são ainda menores. Em 1998, o montante desses títulos era de apenas US\$ 20,1 bilhões no Brasil contra US\$ 2,67 trilhões nos EUA e US\$ 1,2 trilhão no Japão. Como proporção do PIB, temos 30,0% nos EUA, 36,5% no Japão e apenas 2,6% no Brasil. (...) O número de empresas presentes nas Bolsas é pequeno, assim como a participação dos investidores institucionais no mercado.

Ainda segundo o referido estudo (BOVESPA, 2000), quanto maior a participação de empresas de capital aberto na economia e quanto mais desenvolvido o mercado de capitais, maior será a quantidade de empresas buscando a maior eficiência possível para seu capital. Já as empresas ineficientes serão punidas, perdendo investidores e capital. Mesmo as empresas que não participem do mercado de capitais serão obrigadas a melhorar sua eficiência pelo efeito da concorrência das demais. A soma desses efeitos microeconômicos traduz-se em maior eficiência do capital em toda a economia.

Com ressalva ao valoroso estudo de Nóbrega, Loyola, Guedes Filho E Basial, apenas no ponto em que cita a espécie de empresas de capital aberto, por defender no presente trabalho que não são apenas as empresas com capital aberto que podem participar do mercado de capitais, o raciocínio dos estudiosos citados corrobora com a defesa apresentada no presente trabalho da participação das sociedades limitadas no mercado de capitais como emissoras de debênture.

Importante mencionar que um dos principais títulos negociáveis no mercado de valores mobiliário atualmente é a debênture. Quando uma empresa necessita captar recursos a médio e longo prazo no mercado, destinados, geralmente, a financiamentos de projetos de investimentos ou alongamento do perfil de dívida, uma das suas opções é a emissão de debêntures. É uma dívida que a empresa levanta com o investidor e em troca paga uma rentabilidade por isso. A emissão de título mobiliário representativo de dívida se apresenta como alternativa mais barata e vantajosa à tomada de empréstimos bancários, capital este titular dos mais altos juros do mercado. É a captação pública de recurso sem implicar a emissão de novas ações da companhia.

Esse título mobiliário vem apresentando crescimento significativo em seus números de emissão e negociação nas últimas duas décadas em especial, conforme dados numéricos das entidades participantes do mercado de capitais. Em alguns anos (2006, 2011 e 2012) superaram até mesmo a emissão de ações, conforme comprovado pelos dados consolidados no Comparativo de Valores Mobiliários, que abarcou o período de 1995 até 2015[3].

De acordo com fontes jornalísticas e dados numéricos disponibilizados pelo SND (Sistema Nacional de Debêntures), CETIP (Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos), Comissão de Valores Econômico (CVM), BM&FBOVESPA, o mercado primário de debêntures está em plena expansão. Somente no final do 2012 o estoque de debêntures ultrapassou o recorde de aproximadamente R\$500 bilhões[4] na CETIP (Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos), em outubro de 2013 o estoque alcançou R\$579 bilhões[5], alta de 8,42% em relação ao mesmo período do ano de 2012, em maio de 2014 atingiu novamente recorde histórico, com R\$626,6 bilhões[6], e em Junho do ano corrente, o volume de debêntures negociadas cresceu 44% em comparação à maio[7].

Esses dados demonstram que os investidores estão buscando cada vez mais este tipo de emissão que, apesar do risco, pode ser mais rentável do que outros tipos de investimentos a médio e longo prazo, principalmente se levadas em consideração as facilidades trazidas pela emissão de debêntures com esforço restrito de colocação.

Como já mencionado, hoje, somente as companhias emitem e negociam o referido título no mercado de capitais, diante da ausência de permissão

expressa no ordenamento jurídico para que as sociedades limitadas o façam. E, mesmo com essa limitação, o mercado das debêntures está em plena expansão. Imaginem se fosse considerado o nicho de mercado das sociedades limitadas como emissoras dos referidos títulos de dívida? Ou seja, se os estoques de debêntures vêm, desde o início dos anos 2000[8], quebrando recordes, e considerando que elas são emitidas apenas pelas sociedades anônimas, o que se pode pensar e dizer, se estivessem sendo emitidas pelas sociedades limitadas, de forma segura e regulamentada?

Acerca das sociedades limitadas, cabe lembrar que este tipo societário é de longe o mais constituído no Brasil, como já dito. Conforme relatório estatístico sobre a constituição de empresas por tipo jurídico no Brasil, de 1985 a 2005, disponibilizado no site do DNRC, bem como relatórios estatísticos mensais nacionais, de Janeiro de 2015 a Setembro de 2015, disponibilizados pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração, da Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa[9].

A correlação entre o aumento da emissão de debêntures e o desenvolvimento econômico foi objeto de estudo elaborado por Renê Coppe Pimentel, Edna Ferreira Peres e Gerlando Augusto Sampaio Franco Lima, em que se verificou aumento das colocações do referido título no mercado durante o período de estabilização da economia brasileira, no chamado Plano Real, e crescimento econômico atrelado à ampliação da oferta deste valor mobiliário. Entretanto, não se analisou a possibilidade de as sociedades limitadas as emitirem e o impacto ainda maior que isto causaria na economia. Alguma dúvida que não?

#### **4 – Considerações Finais**

A doutrina existente acerca da possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures é escassa e a pouca existente é dissidente, de forma que a discussão acerca desse assunto está longe de poder ser considerada pacífica. Tampouco existe jurisprudência uníssona neste sentido. Isso causa grande insegurança jurídica tanto no mundo do direito quanto no da prática das negociações de títulos de valor.

Rachel Sztajn, estudando os custos provocados pelo direito, aponta que segurança é a palavra de ordem. “A insegurança que decisões apressadas e

inconsistentes pode provocar nos agentes econômicos constitui os custos de transação, do que resultará ineficiência alocativa.” (SZTAJN, 1998, p.77).

Dito isso, em atenção ao clamor geral de estabilidade e equilíbrio das categorias do Direito Societário, com o objetivo de se minimizar os riscos e, conseqüentemente, os custos empresariais, bem como garantir a segurança jurídica necessária aos investidores na operação de distribuição pública de debêntures por uma sociedade limitada, é aconselhável que os operadores e estudiosos do direito se debrucem a fundo sobre o assunto. Dessa forma, será possível fornecer ao legislador subsídios suficientes e necessários para que ele modifique o ordenamento jurídico, prevendo de forma expressa a hipótese em questão.

Enquanto isso não se efetiva, pelo bem do equilíbrio do mercado e da expansão da economia, defende-se que a ausência de autorização expressa para as sociedades limitadas emitirem debêntures é uma porta de entrada e uma autorização tácita para que as mesmas o façam. Estamos diante de um nítido caso de silêncio eloquente do legislador. Lembrando que a possibilidade de emissão de debêntures pelas sociedades limitadas, pode servir de mola propulsora do mercado de capitais, ocasionando a alavancagem da economia brasileira.

Em qualquer lugar do mundo há um consenso acerca da necessidade de crescimento econômico. O crescimento e desenvolvimento da economia resultam em mais empregos, mais renda e maior arrecadação. O crescimento da economia se faz com aumento contínuo da capacidade de produção, assim como ocorre nas empresas. Entretanto, essa expansão depende de novos investimentos que produzam alguns efeitos principais, a saber: acumulação de capital e aumento de sua produtividade.

Do modo como está hoje, apenas as companhias de capital aberto se beneficiam das vantagens e benefícios do mercado de capitais, sendo que este mercado ainda conta com um baixo número de empresas registradas, em comparação com o mercado das economias desenvolvidas, como nos Estados Unidos.

Não se pode olvidar que milhares de empresas constituídas como sociedades limitadas, hoje, possuem uma estrutura organizada e uma saúde

financeira tão sólidas e confiáveis quanto às sociedades por ações, capazes de suportarem de forma segura a emissão e a liquidação de debêntures. O financiamento público captado diretamente do investidor, é alternativa mais barata e menos burocrática, o que facilita a vida econômica e financeira da empresa. Este raciocínio não é diferente quando se trata de sociedade limitada.

O mercado de capitais no Brasil ainda tem muito para crescer. Impedir que as sociedades limitadas tenham acesso a esse mundo das negociações de títulos cambiais, além de representar a denegação a ela do direito de ser mais competitiva, é impedir a expansão do próprio mercado de valores mobiliários e do desenvolvimento da economia como consequência direta desta expansão.

Quanto mais amplo o leque de opções disponíveis nos mercados de capitais, maior a facilidade de transferência de recursos para alternativas de investimentos mais adequadas ao processo de desenvolvimento econômico, o que resultará, nas palavras de Andrea F. Andrezo e Iran Siqueira Lima, em um aumento geral da produtividade, da eficiência e do bem-estar da sociedade (ANDREZO, LIMA, 2007).

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 2000).

ANDREZO, Andrea F.; LIMA, Iran Siqueira. *Mercado Financeiro: Aspectos Conceituais e Históricos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado Financeiro*. 5ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Das debêntures*. Rio de Janeiro: Renovar 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Societário*. 14ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Fernando Cardim, et.al. *Economia Monetária e Financeira: teoria e política*. 4ª ed. Rio de Janeiro. 2000.

CARVALHO FILHO, Eleazar de. *A ponte para o futuro. Fatos recentes que têm levado ao desenvolvimento do mercado de capitais*. Revista da CVM, nº 33, janeiro de 2001.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônima*. 1º Vol. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S.A.* São Paulo: Saraiva, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Antonio Carlos Ferreira.

São Paulo: Livraria e Editora Jurídica Senador, 2000.

CASTRO, Marina Grimaldi. *Debêntures: forma de captação de recursos no mercado de capitais brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASTRO, Moema Augusta Soares de, GONÇALVES, Fernando et WALD, Arnaldo (Coord.). *Sociedades anônimas e mercado de capitais*. Homenagem ao Prof. Osmar Brina Corrêa-Lima. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Comercial*. V2. São Paulo; Saraiva, 2012.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Sociedade Limitada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

EIZIRIK, Nelson et. al. *Mercado de capitais e regime jurídico*. 2.ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades Limitadas*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI; o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: 1999

FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado das debêntures*, 1º Vol. Rio de Janeiro. Ed. Freitas Bastos, 1944.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de Direito Societário, falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Lições de Direito Societário*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6ª Edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *Das Sociedades Anônimas*. Comentários à Lei. Vol. I. Rio de Janeiro. Renovar. 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica a Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2000.

MELLO, Pedro Carvalho. *Mercado de Capitais e Desenvolvimento Econômico*. (Cap. II). In: CASTRO, Helio Oliveira Portocarrero (Org). *Introdução ao Mercado de Capitais*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: IBEMEC, 1979.

PEREIRA Filho, Valdir C. ; HAENSEL, T.A *Instrução CVM 476 e as ofertas públicas com esforços restritos*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 45, p. 333-343, 2009

\_\_\_\_\_. *Das sociedades anônimas*. Comentários à lei. Vol. I. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

PITTA, André Grunspun. *A possibilidade de Emissão de Debêntures por Sociedade Limitada Regida Supletivamente pela Lei das Sociedades por Ações*. In: Sociedade Limitada Contemporânea, Coleção IDSA. Coord(s): AZEVEDO, Luís André N. de Moura et CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. São Paulo. Quartier Latin do Brasil, 2013.



REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v.2. São Paulo: Saraiva,

SZTAJN, RACHEL. *Os custos provocados pelo direito*. In: Revista de Direito Mercantil, v.112. São Paulo: Malheiros, 1998.

VEIGA, Marcelo Godke; OIOLI, Erik Frederico. *As Sociedades limitadas e o mercado de capitais*. In: *Sociedade Limitada Contemporânea*, Coleção IDSA. Coord(s): AZEVEDO, Luís André N. de Moura et CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. São Paulo. Quartier Latin do Brasil, 2013.

### ***Teses, Dissertações, artigos e matérias jornalísticas***

AMARAL, José Romeu Garcia do, Título: *Ensaio Sobre o Regime Jurídico das Debêntures*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Orientador: Professor Dr. Erasmo Valadão Azevedo e Novaes França

ANBIMA. *Oferta Pública com Esforços Restritos*. Disponível em [http://www.anbima.com.br/informe\\_legislacao/2014\\_022.asp](http://www.anbima.com.br/informe_legislacao/2014_022.asp) Acesso em 31/10/2015.

BORBA, Gustavo Tavares. Parecer da JUCERJA. Proc.: 07-012/232000-0 LOTUS AZUL INCORPORAÇÃO E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA Emissão de debêntures por sociedade limitada. Impossibilidade . Rio de Janeiro, 2012. Disponível em <https://www.jucerja.rj.gov.br/Instituicao/procuradoria/pdf/0720122320000.pdf> Acesso em 30/10/2015

FERNANDES, A. C., Título: *Debêntures: Distribuição Privada por Sociedade Limitada na Recuperação da Empresa*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011. Orientador Professor Osmar Brina Correa Lima

FERNANDES, Edison Carlos; *Debêntures das limitadas*. Valor Econômico, São Paulo, p. D3 - D3, 06 maio 2010. Disponível em <http://www.debentures.com.br/informacoesaomercado/noticias.asp?mostra=7290&pagina=> Acesso em 31/10/2015.

GUIA DE DEBÊNTURES. Bovespa Fix. Mercado de Títulos de Dívida Corporativa. Atualizado em janeiro de 2006. Disponível em: [www.bmfbovespa.com.br/pt-br/download/bf\\_guiadedebentures.pdf](http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/download/bf_guiadedebentures.pdf) Acesso em 01/11/2015

IBGC. *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*. Disponível em <http://www.ibc.org.br/CodigoMelhoresPraticas.aspx>.

INFOMONEY. Estoque de debêntures atinge recorde na Cetip. 2013. Disponível em <http://econocmia.uol.com.br/noticias/infomoney/2013/01/11/estoque-de-debentures-atinge-recorde-na-cetip.htm>. Acesso em: 02/11/2015

\_\_\_\_\_ Mercado de debêntures tem grande potencial para crescer, diz LCA. Disponível em <http://www.infomoney.com.br/onde-investir/renda-fixa/noticia/2672357/mercado-debentures-tem-grande-potencial-para-crescer-diz-lca>. Acesso em 11/11/2015

LISBOA, Roberto Senise. *Da Confiança como Valor Fundamental e Princípio Geral do Negócio Jurídico*. Tese para concurso de provimento do cargo de Professor titular do Departamento de Direito Civil da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

NÓBREGA, Maílson da; LOYOLA, Gustavo; GUEDES FILHO, Ernesto Moreira; BASIAL, Denise. *O mercado de capitais, sua importância para o desenvolvimento e o que se defronta no Brasil. Estudos para o desenvolvimento do mercado de capitais*. São Paulo: BOVESPA, 2000. Disponível em: [www.bovespa.com.br](http://www.bovespa.com.br) Acesso em 01/11/2015

RIBEIRO, Andrea Massagão, Título: *O Desenvolvimento do Mercado Brasileiro de Debêntures. Avaliação do Caso Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2002. Orientador Professor. Dr. Cláudio Vilar Furtado.

### **Legislação**

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União de 05.10.1988.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589381>

BRASIL, Lei n. 4. 728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Diário Oficial da União, de 16.7.65 e retificado em 16.8.1965.

BRASIL, Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União de 17.12.1976 (suplemento)

BRASIL, Lei n. 6.835, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Diário Oficial da União, 09 de junho de 1976

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002.

BRASIL. Instrução CVM 476, de 16 de janeiro de 2009. Dispõe sobre as ofertas públicas de valores mobiliários distribuídas com esforços restritos e a negociação desses valores mobiliários nos mercados regulamentados. Diário Oficial da União de 19.01.09. ALTERADA pelas Instruções 482/10, 488/10, 500/11; 551/14 e 554/14.

NOTAS:

[1] Professor da Fundação Getúlio Vargas – FGV e da FIPECAFI, Doutor em Direito pela PUC-SP

[2] Posicionamento divulgado em matéria para o Jornal Valor Econômico (São Paulo, 2010):

“(…)

Como opção muitas vezes vantajosa de financiamento, a emissão pública de debêntures pode vir a beneficiar também às sociedades limitadas na sua necessidade de caixa.

(…)

Ocorre que a atual regulamentação normativa do mercado de capitais, no Brasil, autoriza expressamente a emissão de debêntures pelas sociedades limitadas, é possível, inclusive, - conquanto de viabilidade financeira duvidosa - pelas pequenas e microempresas.

Em conformidade com o disposto no artigo 8º, I da Lei nº 6.385, de 1976 - Lei do Mercado de Capitais -, compete à Comissão de Valores

Mobiliários (CVM) regulamentar as matérias relacionadas ao mercado de valores mobiliários. Considerando que as debêntures enquadram-se no conceito de valores mobiliários - artigo 2º da mesma Lei do Mercado de Capitais -, cabe à CVM disciplinar a emissão pública desse título de dívida. E nas normas atualmente vigentes, por delegação legal, o órgão regulador do mercado de capitais autorizou a emissão de debêntures, não conversíveis em ações, pelas sociedades limitadas na modalidade de oferta pública distribuída com esforço restrito - as sociedades limitadas somente poderão fazer oferta pública irrestrita de notas comerciais (commercial papers).

(...)

Verifica-se, assim, que às sociedades limitadas também é garantida a emissão de debênture como alternativa de captação de recursos públicos, e, ainda, a oferta desse título de dívida pode ser estudada como outra opção na estruturação de parceria entre uma empresa operacional (constituída na forma de sociedade limitada) e um fundo de investimento.

(...)

Em conclusão, o pujante mercado de capitais brasileiros está aberto às sociedades limitadas, desde que elas se comprometam à transparência exigida, até para garantir uma boa avaliação de risco e a consequente redução do custo de capital.”

[3] Tabela que apresenta o volume de emissões primárias e secundárias dos principais valores mobiliários desde 1995, expresso em R\$ Milhões. Acesso em 11.11.2015 no portal: <http://www.debentures.com.br/dadosconsolidados/comparativovaloresmobiliarios>

[4] Informação divulgada no site INFOMONEY Forum: <http://forum.infomoney.com.br/viewtopic.php?f=12&t=12803&start=200> Acesso em 02/11/2015

[5] Informação divulgada no site ISTO É Dinheiro: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/dinheiro-em-acao/20131122/taurus-tiros-queda/141990.shtml> Acesso em 02/11/2015

[6] Informação divulgada no site da CETIP: <https://www.cetip.com.br/noticias/debentures-registradas-na-cetip-batem-recorde-em-maio>. Acesso em 02/11/2015

[7] Informação divulgada no site da ANBIMA: <http://portal.anbima.com.br/a->

[anbima/noticias/Pages/2015/07/Volume-de-debentures-negociadas-cresce-44-em-comparacao-a-maio-.aspx](#). Acesso em 02/11/2015.

[8] Boletim Técnico do Sistema Nacional de Debênture-SND, de Julho/Agosto de 2006, relatando que o volume captado naquela data já superava o de 2005, atingindo a marca de R\$112 bilhões. Disponível em: [http://www.debentures.com.br/biblioteca/Boletim/bol\\_deb\\_jul\\_ago\\_06.pdf](http://www.debentures.com.br/biblioteca/Boletim/bol_deb_jul_ago_06.pdf) Acesso em 02/11/2015

[9] Tabela representativa da estatística de Constituição de Empresas Por Tipo Jurídico – Brasil – 1985/2005. Acesso em 11.11.2015 no portal: <HTTP://www.dnrc.gov.br/Estatisticas/caep0101.htm> e relatório estatístico mensal-nacional dos meses de 2015, disponível do aite da Presidência da República/Secretaria de Governo/Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa/Departamento de Registro Empresarial e Integração

## **A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL SOB A ÓTICA KELSENIANA E REALIANA**

**BÁRBARA ALICE FORT DOS SANTOS:**  
Advogada formada pela Universidade Católica de Pernambuco em janeiro de 2015.

**RESUMO:** Trata-se o presente trabalho de fomentar a reflexão dos operadores do Direito acerca da dicotomia existente entre normas morais e normas jurídicas sob a ótica Kelseniana e Realiana. A distinção entre Moral e Direito não se trata de discussão ultrapassada, uma vez que a evolução social reaviva os debates jurídicos acerca de tal temática. Desta forma, utilizou-se a obra de Hans Kelsen a fim de topicalizar os estudos, complementando tal estudo com as importantes observações feitas pelo saudoso Miguel Reale.

**Palavras-chave:** Hans Kelsen, direito, moral, Miguel Reale, normas morais, normas jurídicas.

**SUMÁRIO:** Introdução 1.As Normas Morais como Normas Sociais 2.A Moral como Regulamentação da Conduta Interior 3.A Moral como Ordem Positiva sem Caráter Coercitivo 4.O Direito como Parte da Moral 5.A Relatividade do Valor Moral 6.Separação do Direito e da Moral 7.Justificação do Direito pela Moral Considerações Finais Referências Bibliográficas.

---

### **INTRODUÇÃO**

Uma das problemáticas mais interessantes abordadas no âmbito jurídico abrange a questão do vínculo existente entre Direito e Moral, o que permite infinitos debates doutrinários acerca do assunto.

Nos tempos da Grécia Clássica, por exemplo, o filósofo Aristóteles desenvolveu suas considerações a respeito da ciência jurídica, denotando uma ausência de distinção entre esta e a Moral. Tal fato é fundamentado na visão helênica de que tudo teria uma finalidade predeterminada, e a Moral tenderia, por sua vez, a ser uma expressão do próprio Direito.

Entretanto, sendo esta uma ciência temporal e, portanto, mutável, as concepções e pensamentos vão diferindo de acordo com as mais variadas condições de tempo-espaço. Para o jurista Hans Kelsen, em cuja obra está todo o embasamento dos tópicos que virão a ser apresentados, a ideia de que a distinção entre Direito e Moral está na interioridade desta e na exterioridade daquela não é acertada. Sua crítica repousa no fato de que as duas ordens sociais podem ora regular condutas internas, ora regular as externas, sendo esse critério, por conseguinte, insustentável.

Antes mesmo de explanar os tópicos do texto, é imprescindível ressaltar que tais subdivisões visam a apresentação das mais variadas concepções tidas acerca do assunto em questão, mas que em seguida, serão devidamente rebatidas, a fim de se chegar a uma conclusão sobre o assunto.

“Ao homem afoito e de pouca cultura basta perceber uma diferença entre dois seres para, imediatamente, extremá-los um do outro, mas o mais experientes sabem a arte de distinguir sem separar, a não ser que haja razões essenciais que justifiquem a contraposição” [1]

### **1. As normas morais como normas sociais**

Kelsen parte da premissa que, ao referir-se ao Direito como uma norma que se encontra no interior de uma específica ciência jurídica, tanto esta como seu objeto estão sendo delimitados em face da ciência natural. Ou seja, o físico é deixado de lado, e o estudo passa a tratar dos aspectos humanos: o homem como indivíduo e ser social.

Contudo, juntamente com as normas jurídicas, há outras que ajustam o comportamento dos homens entre si, as quais são abrangidas no domínio da Moral. Então, é a partir deste ponto que surge a questão de não se conseguir separar, com a devida clareza, esta – a Moral – do Direito.

Não obstante, é necessário, primeiramente, distinguir os conceitos de ética e moral que, conforme o jurista em questão, são frequentemente confundidos.

“Moral é a moral prática, é a prática da moral. É a moral vivida (...). O problema moral corresponde à singularidade do caso daquela situação, é sempre um

problema prático-moral. Os problemas éticos são caracterizados pelas generalidades, são problemas teórico-éticos.” [2]

Assim, pode-se inferir que a moralidade pode ser evidenciada através do que é vivido, da vida cotidiana, e pode ser visto como algo que é cumprido espontaneamente.

Com esse pressuposto, o cunho social da moral entra em colapso, uma vez que estabelece normas não somente sobre o comportamento de um homem em face de outrem (apontando-se que tais normas apenas são concebidas na mentalidade daqueles que vivem em sociedade), mas também em face de si mesmo. Um exemplo disto é o suicídio. Um simpósio acerca do assunto, patrocinado por uma fundação americana em Miami[3], revelou que esses casos geralmente estão associados a transtornos psiquiátricos ou ao abuso de drogas.

Nesse sentido, depreende-se que, embora a decisão de tomar tal iniciativa seja rigidamente individual, a norma moral atua sobre ela de modo a proibi-la. São as designadas atitudes normativas, isto é, diante da possibilidade de ação/reação violenta de um indivíduo, estabelece-se o prévio impedimento da mesma. Acerca das atitudes normativas:

“Atitudes normativas são (...) expectativas cuja durabilidade é garantida por uma generalização não adaptativa, isto é, admitem-se as desilusões como um fato, mas estas são consideradas como irrelevantes para a expectativa generalizada” [4]

## **2. A Moral como regulamentação da conduta interior**

Hans Kelsen defende que a concepção, frequentemente seguida, de que o Direito prescreve uma conduta externa e a Moral uma conduta interna não é acertada. Tal crítica se assenta, sobretudo, na asserção de que por vezes o direito regula condutas internas e por vezes regula as externas, assim como se sucede com a moral.

Um exemplo que ilustra bem essa proposição – mencionado não apenas pelo autor supracitado, mas também explanado por Miguel Reale – é o de que



quando uma ordem jurídica torna ilegal a execução de um homicídio, está proibindo não só a produção da morte de um homem pelas mãos de outro, mas também a intenção de se cometer tal crime.

É o que no Direito Penal distinguem-se como crimes dolosos e culposos. Uma pessoa que saca uma arma com a intenção de ferir um desafeto está praticando um crime doloso, uma vez que o ato é uma concreção de sua vontade. Todavia, um motorista que atropela um pedestre, acidentalmente, responderá pela infração sem, no entanto, a adição da intenção dolosa.

“Dolosos são as infrações da lei penal que resultam da intenção propositada do agente (...). O crime culposos, ao contrário, é aquele pelo qual alguém causa dano, mas sem intenção de praticá-lo.” [5]

Segundo a concepção Kelseniana, a ideia de que a moral (e não o Direito) exige um determinado comportamento “interno” do homem, implicaria na asserção de que tal comportamento, para ter um valor moral, deveria ser realizado essencialmente de modo a reprimir as inclinações (ou interesses egoísticos) de cada um; uma vez que é sabido que indicar unicamente uma conduta que corresponda a todos os interesses dos receptores dessa norma seria inútil, pois os homens tendem a seguir suas vontades sem a necessidade de serem obrigados a tal.

Por outro lado, a afirmação de que para garantir sua eficácia, uma norma moral pode criar para os indivíduos o interesse de se prosseguir em harmonia com o ordenamento da sociedade e se opor aos interesses que possivelmente atuariam sem a presença desta regra não supõe atestar que as normas morais determinam que o homem deva, na sua conduta, proceder de encontro às suas inclinações e agir por outros motivos quaisquer.

A moralidade não é válida, necessariamente, na atuação das pessoas contra seus próprios desejos. Se assim fosse, o indivíduo que cometesse um crime a mando de outro estaria isento de culpa. A concepção de moral, portanto, abarca não só o motivo, mas também a conduta motivada.

“O critério de reconhecimento de um mandamento como moralmente imposto é sua aceitação por um grupo de pessoas (...). A moral só possui validade se o indivíduo reconhecê-la como vinculante” [6]

### 3. A moral como ordem positiva sem caráter coercitivo

Crerios como o meio de produão e/ou aplicaão de suas normas no sso suficientes para distinguir essencialmente o Direito da Moral, jso que esta, tal como aquele, fundamenta-se nos costumes e tradiões da sociedade, ou em outras palavras, so consuetudinrios. Nesse sentido, a Moral s assim como o Direito, positiva (deixando-se de lado o absoluto).

No obstante, s necessrio lembrar o fato de que a ordem moral no v a necessidade de quaisquer tipos de instituies para garantir a aplicaão de suas normas, enquanto o Direito apoia-se, por exemplo, em foras polticas que vo instaurar um determinado ordenamento jurdico.

Ademais, Kelsen defende a ideia de que existe entre Direito e Moral uma diferena bsica que repousa na forma como so aplicadas as suas normas. Esta maneira pode ser indicada por uma palavra: coercibilidade, e isto quer dizer que o cumprimento compulsrio de uma regra satisfaz o mundo jurdico (que s compatvel com a fora), todavia continua alheio ao campo essencialmente moral.

De acordo com os juristas que seguem essa teoria, o Direito pode definido como uma ordenao coercvel da conduta humana, uma vez que o uso da fora representa to somente uma opo em potencial para garantir a execuo de determinada norma quando esta no s espontaneamente cumprida. O filsofo alemo Emanuel Kant esclarece essa estruturaao afirmando ser a Moral autnoma e o Direito heternimo, sendo a sociedade, portanto, composta por autonomias individuais que devem funcionar sob um imperativo categorico materializado na ordem constitucional[7].

Entretanto, vale salientar que a concepo de Direito no deve ser reduzida s fora (particularmente a fora fsica), tal como o poder coercitivo no pode ser confundido com o uso de violncia. Um exemplo histrico que elucida esta associao um tanto quanto equivocada foi o notrio advogado Mahatma Ghandi que teve fora suficiente para ir ao encontro da independncia da ndia em face s poderosa Inglaterra sem, no entanto, abrir mo de suas aes unicamente pacifistas. Ainda sobre a relao poder-fora, o filsofo poltico Norberto Bobbio afirma, em uma de suas principais obras, que a fora s necessria para o exerccio do poder,

contudo não existe para justificá-lo, nem para servir de instrumento fundamental para ele[8].

Essa desvinculação entre Direito e Moral a partir da presença ou não de um caráter coercitivo implica no estabelecimento de sanções. No campo da Moral, elas consistem meramente em desaprovações por parte de outrem; por outro lado, no que se refere ao Direito, o desrespeito às suas normas impõe algumas penalidades, desde pagamento de multas, por exemplo, à reclusão do indivíduo.

“Imperativo jurídico é, como define SOMLÓ, ‘a expressão de uma vontade que se dirige ao comportamento de terceiro, sem se preocupar de saber se esse terceiro está ou não disposto a acatá-la’; porque se, ao contrário, for solicitado consentimento, tratar-se-á de conselho ou advertência, não de lei.” [9]

#### **4. O Direito como parte da Moral**

Sendo o Direito e a Moral diferentes sistemas de normas, surge a preocupação com a delimitação desses dois campos, bem como com as suas interações (tanto entre si como entre estes e outros fatores).

Nesse quesito, a problemática se apresenta em um duplo sentido, uma vez que se pode pretender a indagação da relação que de fato existe entre essas duas ordens ou a tentativa de descobrir que relação deve existir.

Por vezes responde-se que o Direito é essencialmente moral, ao considerar que tudo que por ele é proibido ou prescrito também o será no domínio da moral. Essa visão é brilhantemente ilustrada por Miguel Reale – que segundo ele se trata de uma concepção ideal – ao dizer que corresponde à representação gráfica de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral e o menor, do Direito. Assim, tudo o que fosse jurídico seria moral, mas sua recíproca não seria verdadeira.

No entanto, essa relação também é respondida de outra maneira, quando se entende por moral como sendo tudo aquilo que é justo, podendo o Direito estar (ou não) completamente envolvido nesse âmbito.

Diante dessas duas relações aparentemente antagônicas, surgem algumas considerações feitas por Hans Kelsen ao atentar que, para se comparar essas duas ordens sociais, a fim de se encontrar uma analogia entre ambas, suas formas (que como já foi dito anteriormente, distinguem-se pelo fator da coerção) são deixadas de lado, e o que passa a ser considerado é o seu conteúdo.

Nesse sentido (e somente nele), ao se admitir que o Direito tenha por sua própria essência um conteúdo moral (justo), conclui-se, portanto, que a ciência jurídica é uma parte constituinte da ordem moral. Para tal, utiliza-se do pressuposto de que existe apenas uma moral que é válida, a moral absoluta, e que apenas as normas pertencentes a ela podem ser consideradas Direito.

Vale salientar que esta tese visa apenas uma justificação da normatividade do Direito, e que do ponto de vista científico, quaisquer supostos de valores absolutos são rejeitados, não permitindo, portanto, a existência de uma Moral absoluta, ou seja, a existência de uma moral que exclua a possibilidade de validade de qualquer outra. Sobre o assunto:

“Existe o desejo incoercível de que o Direito tutele só o ‘lícito moral’, mas, por mais que os homens se esforcem nesse sentido, apesar de todas as providências cabíveis, sempre permanece um resíduo de imoral tutelado pelo Direito” [10]

## **5. A Relatividade do valor moral**

Em sua doutrina, Kelsen evidencia o caráter relativo da Moral que, para ele, possui um conteúdo variável, não apenas pela época ou pelo espaço, como também por grupos ou indivíduos inseridos nas mesmas circunstâncias.

Tendo em vista essa grande diversidade do que os homens consideram (e já consideraram) bom ou mau, justo ou injusto, moral ou imoral, não se pode especificar um elemento em comum abrangido pelas diferentes ordens morais.

Assim sendo, pode-se inferir que culturas diferentes possuem valores morais diferentes. Isto é, o que se pensa ser correto em um grupo pode ser completamente repulsivo para os membros de outro, e vice-versa.

Desde a época de Heródoto, os observadores mais perspicazes se adaptaram à ideia de que diferentes costumes e tradições implicam em diferentes concepções de certo ou errado. Um exemplo disso são os esquimós, um povo remoto e pouco acessível que quase não se conhecia a respeito até o início do século XX. Sua cultura mostrou-se bastante diferente da ideia que se tem de comum: a poligamia era frequente entre os homens, que ainda compartilham suas mulheres com os convidados, em sinal de boa hospitalidade.

Além disso, dentro da própria comunidade, um homem poderia exigir a mulher de outro, e esta, se aceitasse, teria total permissão para se separar do marido e se unir ao novo companheiro. Isso mostra, portanto, que a prática esquimó representaria um sistema em nada semelhante com a ideia habitual de casamento da sociedade ocidental e de orientações cristãs, mas tal fato não faria dela incorreta apenas por ser diferente.

Ainda na busca pelo elemento comum a todos os sistemas morais possíveis, Kelsen cita a conservação da paz e a repugnância a toda e qualquer forma de violência. Entretanto comprova logo em seguida que estes não representam em nenhum caso o valor mais elevado de Moral, e ainda, que para muitos nem sequer representa valor algum.

Portanto, depreende-se que não existe um padrão independente de certo e errado ao qual os diferentes costumes estariam submetidos. Estes teriam, pois, como único elemento necessariamente comum o fato propriamente dito de serem normas sociais, ou seja, normas que estabelecem uma determinada conduta aos homens (ou simplesmente o caráter “dever-ser” da norma).

Assim, norma e valor são conceitos que possuem uma relação mútua, recíproca. Com efeito, o Direito corporiza um valor, isto é, constitui um valor, que nesse caso é o jurídico, precisamente pelo fato de ser uma norma.

Sob tais pressupostos, não se pode admitir uma exigência mínima de moral para o Direito, uma vez que isso suporia a existência de uma Moral absoluta. E, nesse sentido, o Direito estaria submetido a códigos morais específicos de determinada sociedade no qual estiver inserido (sendo, portanto, relativo).

## **6. Separação do Direito e da Moral**

Kelsen desbravou esse tema, tão recorrente nas ciências sociais, sob a perspectiva herdada de Emanuel Kant, para quem Direito e Moral estariam em planos distintos.

Como representação dessa concepção está mais uma ilustração de Miguel Reale, dessa vez correspondendo à visão que em suas palavras seria real, ou pragmática, das relações entre o Direito e a Moral<sup>[11]</sup>.

Ainda segundo a visão realiana, essas duas ordens sociais seriam representadas através de dois círculos secantes, induzindo que há um campo do Direito que não seria moral nem completamente imoral. Para entender tal observação, é preciso ter em mente que fora do domínio da moral há sim o “imoral”, mas também existe aquilo que é apenas indiferente às normas morais, isto é, o “amoral”.

Por exemplo, na grande maioria dos países ocidentais, as regras de trânsito determinam que os motoristas obedeçam à mão direita. Em outros países, como o Japão, as normas exigem se obedeça à mão esquerda. Essas diferentes concepções nas normas jurídicas, entretanto, não influem em nada na vida moral, são escolhidas por razões puramente técnicas, de utilidade social. Assim sendo, é inadequado afirmar que tudo que se sucede no mundo do Direito é prescrito por motivos de ordem moral.

Isto, porém, não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral, ou que não se encaixe no conceito de bom. Inclusive, na concepção Kelseniana, é nesse sentido que o conceito de bom deve ser determinado como “o que deve ser”, isto é, corresponder a uma norma. Tal fato traduz que é possível a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de moral possíveis, mas não a relação daquela com uma moral absoluta única e válida. Em outras palavras, aquilo que é tomado por juízo de valor em determinada situação não pode existir com a intenção de negar a possibilidade de valores opostos.

Sobre esta proposição, Kelsen explana que uma moral simplesmente relativa não cumpre a função que lhe é exigida, conscientemente ou não, de fornecer certa medida (padrão) para a valoração uma ordem jurídica positiva. Isso não quer dizer que não exista qualquer medida, uma vez que qualquer moral pode servir para esse propósito. O que se deve ter em vista, porém, é que, ao se apreciar moralmente uma

ordem jurídica, não se está rejeitando uma diferente valoração com base em outro sistema de moral.

## **7. Justificação do Direito pela Moral**

Kelsen conclui o encadeamento de seu pensamento acerca da dualidade entre Direito e Moral afirmando que se todo Direito positivo, isto é, em vigência, fosse bom e, portanto, justo, nada existiria que pudesse ser mau. No entanto, se assim o fosse, o raciocínio jurídico, de caráter propriamente dicotômico, não versaria sobre o que é lícito ou ilícito, justo ou injusto.

A validação do Direito positivo por uma ordem moral que seja, de chofre, diferente da ordem jurídica não possui mera relevância, uma vez que esta ciência não repousa sob a função de aprovar ou desaprovar seu objeto (que no caso em questão é o Direito), tem apenas de o conhecer e descrever. Isto não impede, porém, que as normas jurídicas constituam valores; ela apenas não faz destes a sua justificação nem dependem de corresponder à ordem moral para existir.

Nesse sentido, o que é preciso ser esclarecido é de onde partem esses valores, uma vez que, como já foi dito anteriormente, não há uma Moral absoluta, mas sim diversos sistemas de Moral profundamente distintos e, por vezes, controversos entre si.

Tal questionamento é deveras singelo ao se assumir que uma ordem jurídica pode corresponder, num todo, às concepções morais de um determinado grupo da população (trata-se, geralmente, da pertencente à camada dominante) na sociedade na qual está inserida.

É de se perceber, portanto, que a ideia daquilo que é moralmente justificável está em permanente mutação, já que certas normas jurídicas que entraram em vigor por corresponder às exigências morais de então, podem ser consideradas imorais (rejeitando, novamente, a concepção de Direito como sendo essencialmente moral, que por sua vez expurga o pressuposto de uma Moral como única válida).

Por fim, do ponto de vista da ciência jurídica, a proposição de que já que a própria ordem coercitiva seria Direito, e esta, por sua vez, deveria ser também moral, é insuficiente, uma vez que a ciência supracitada não tem de legitimar o

Direito, e sim realizar seu conhecimento e reconhecimento através da ordem normativa que lhe compete.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sua vida cotidiana, o homem está constantemente cumprindo regras que lhe são impostas de uma maneira ou de outra, e que têm por objetivo regular suas condutas não apenas em face do resto da sociedade, mas também perante a si próprio.

Nesse contexto, nos deparamos com algumas normas que somos obrigados a cumprir, ou seja, que são imperativas, uma vez que consistem em comportamentos considerados essenciais para o funcionamento adequado da vida social.

São normas que buscam o bem estar coletivo, bem como o equilíbrio e manutenção das relações humanas no ambiente comunitário, não dependendo, portanto, da mera sujeição à liberdade individual de ir e vir. Tais imposições encontram-se no campo do Direito, que se vale até mesmo da coerção para garantir seu desempenho.

Para conceituar o Direito, faz-se necessária a concepção kantiana de heteronomia, bem como a explanação da ideia de bilateralidade atributiva. Esta última, muito bem tratada por Miguel Reale, se trata da representação da relação jurídica entre dois sujeitos do Direito, sendo um passivo e o outro ativo, podendo este exigir e ordenar algo ao outro, garantidamente, perante a lei. Isto significa que o Direito possui um caráter bilateral, uma vez que ao mesmo tempo em que impõe deveres, também confere direitos.

Por sua vez, o domínio da moral é muito mais amplo e, além de ser incoercível, apenas impõe deveres. De maneira geral, a aceitação dessas normas fica a cargo de consciência de cada um e não implica em sanções.

Em *Teoria Pura do Direito*, a principal corrente de Kelsen consiste em negar a inquirição de que o Direito se limita a abranger regras unicamente morais. De fato, existem normas jurídicas que descendem de preceitos morais pré-estabelecidos pelos costumes e tradições de determinada sociedade. Mas afirmar



que todas as leis de um lugar seguem necessariamente algum conteúdo moral é cometer um grande equívoco.

Existem normas alheias ao campo da moral, as chamadas “amorais”, bem como normas que prescrevem fatos considerados imorais por algumas sociedades, mas que são, ao ver do Direito, perfeitamente legais. Como é o caso, por exemplo, de alguns questionamentos de discussão recorrente, entre eles a união entre homossexuais, o aborto e a prostituição, que são aceitos em alguns países enquanto chegam a ser proibidos em outros.

Diante de tantos argumentos e teses sobre a relação do Direito com a Moral, percebe-se que se trata de uma questão inacabada. Contudo, devem-se discernir esses dois grandes segmentos da vida, sem, porém, separá-los em duas extremidades opostas.

O Direito estuda os sistemas legais, tendo suas leis impostas coercitivamente pelo Estado. Por outro lado, a Moral é um conjunto de normas e condutas ditadas pelos costumes e tradições sem a necessidade de interferência de quaisquer tipos de instituições.

Sabe-se, no entanto, que aquelas normas morais consideradas fundamentais para a manutenção da vida social, passam a ser tuteladas por um órgão ordenador. Desobedecer a uma lei significa estar sujeito à sanção apropriada, enquanto que ir contra uma norma moral implica apenas na reprovação da sociedade.

“Nem por ser diferente a conformação do Sol em face da Terra, pode-se deixar de reconhecer a influência que ele exerce na vida de nosso planeta. Assim a Moral e o Direito. Nem por neles se manifestarem, a parte de pontos de analogia, outros de diferença, nem por isso é possível desconhecer-se a influência básica da Moral sobre o Direito.” [12]

### **Bibliografia**

BACCIOTTI, Rui Carlos Duarte. **Direito e Moral – Doutrinas**. Disponível em: [http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/706/DIREITO\\_E\\_MORAL](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/706/DIREITO_E_MORAL). Acessado em: 22 de Agosto de 2010.

BALLONE, GJ. **Simpósio sobre o Suicídio** (J. Hopkins Hospital). Disponível em: <http://gballone.sites.uol.com.br/acad/suicidio.htm>. Acessado em: 20 de Agosto de 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª ed – Brasília: Ed. UnB, 1995.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed – São Paulo: Ed. Atlas S.A, 2003.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria Pura do Direito** / Teoria Pura do Direito / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. – 6 ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998 – (Ensino Superior)

LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do Direito**. 25ª ed - Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A, 1977.

RACHELS, James. **Elementos da Filosofia Moral**. [tradução de F. J. Azevedo Gonçalves] Lisboa: Gradiva, 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 25ª ed - São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

SCHILLING, Voltaire. **Kant e o cosmopolitismo**. Disponível em: <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/2003/11/18/000.htm>. Acessado em: 20 de Agosto de 2010.

SILVA, Alcino Lázaro. **Temas da Ética Médica**. Belo Horizonte: Cooperativa Editora de Cultura Médica, 1982.

**NOTAS:**

[1] REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 25ª ed - São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

[2] QUEIRÓZ, Júlio Sanderson In: Alcino Lázaro Silva, **Temas de Ética Médica**, 1982, p. 23

[3] NIELSEN D, ROY A, RYLANDER G, SARCHIAPONE M, SEGAL N, 1999 traduzido pela revista Resenha de Psiquiatria (vol. 7) Disponível em , Acessado em 20 de Agosto de 2010

[4] FERRAZ, Tércio Sampaio, **Introdução ao Estudo do Direito**, 2003, p. 104

[5] REALE, Miguel, **Lições Preliminares do Direito**, 2001, p. 51

[6] DIMOULIS, Dimitri, **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**, 2007, p. 100-101

[7] **Kant e o Cosmopolitismo**. Disponível em , Acessado em 20 de Agosto de 2010

[8] BOBBIO, Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 1995, p. 66

[9] LIMA, Hermes, **Introdução à Ciência do Direito**, 1977, p.37

[10] (REALE, Miguel, **Lições Preliminares do Direito**, 2001, p.40)

[11] REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 25ª ed - São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

[12] SERPA LOPES, Miguel Maria de, **Curso de Direito Civil**, 1997. Disponível em , Acessado em 22 de Agosto de 2010.

## OS PRAZOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**JOÃO PAULO MONTEIRO DE LIMA:**  
Especialista em direito processual civil pela  
Universidade Anhanguera-Uniderp e advogado.

**RESUMO:** Resultado dos Projetos 166/2010, do Senado, e 8.046/2010, da Câmara dos Deputados, o Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, provocou diversas alterações nas disposições do CPC de 1973, no que tange aos prazos processuais. O presente estudo objetiva a abordagem das principais mudanças previstas no texto atual, estabelecendo um comparativo com o Código anterior.

**Palavras-chave:** processo - civil – lei 13.105/2015.

**SUMÁRIO:** 1. Fixação dos prazos pelo juiz: complexidade do ato. 2. Tempestividade do ato praticado prematuramente: respeito à celeridade processual. 3. “Folga” nos fins de semana: a contagem dos prazos em dias úteis. 4. “Férias dos advogados”. 5. Criação de prazos pelas partes e redução dos prazos peremptórios. 6. Contagem em dobro dos prazos dos litisconsortes com procuradores diferentes, se de escritórios distintos. 7. Dia do começo do prazo no Novo CPC. 7.1. Citação ou intimação por edital. 7.2. Comunicação por carta precatória, rogatória ou de ordem eletrônica. 7.3. Contagem do prazo a partir da carga dos autos. 8. Novos prazos do juiz e as regras sobre a representação contra o magistrado que, injustificadamente, exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento. 9. O prazo para a Fazenda Pública, Ministério Público e Defensoria Pública. 10. Unificação dos prazos recursais. 11. Alguns prazos alterados pelo novo CPC. Referências.

---

### **1 FIXAÇÃO DOS PRAZOS PELO JUIZ: COMPLEXIDADE DO ATO**

Estabelece o Código de Processo Civil em vigor que os atos processuais realizar-se-ão nos prazos prescritos em lei e, nos casos de omissão legal, caberá ao juiz determiná-los de acordo com a complexidade da causa (artigo 177 CPC/73).

O projeto de Lei do Senado, número 166/2010, inicialmente reproduziu o artigo 177 do CPC/73, também garantindo ao juiz a possibilidade de fixação de prazos em consonância com a complexidade da causa. A repetição da

redação, contudo, recebeu diversas críticas, uma vez que o dimensionamento do prazo judicial não obedece propriamente à complexidade da causa, mas sim o ato processual a ser realizado[1]. Em outras palavras, a causa pode ser complexa e o ato processual singelo. O contrário também é verdadeiro[2].

Por essa razão, em consonância com a redação dada pelo substitutivo da Câmara dos Deputados, Lei 8.046/2010, o Novo Código de Processo Civil permite ao juiz a fixação dos prazos, nos casos de omissão legislativa, com base na *complexidade do ato* (artigo 218, § 1º, NCPC), ficando vencida a redação inapropriada do Código anterior.

É importante constar, por fim, que o Novo CPC dispõe que, não sendo o prazo estabelecido pela lei ou pelo juiz, deverá o ato ser praticado no prazo de cinco dias (artigo 218, § 3º, NCPC)

## **2 TEMPESTIVIDADE DO ATO PRATICADO PREMATURAMENTE: RESPEITO À CELERIDADE PROCESSUAL**

Das grandes inovações existentes no Novo Código de Processo Civil merece destaque a possibilidade de reconhecimento da tempestividade do ato praticado antes do termo inicial do prazo (artigo 218, § 4º, NCPC).

O novo dispositivo legal, previsto tanto no Projeto de Lei do Senado quanto no da Câmara dos Deputados, com singela diferença redacional, prestigia a proteção à celeridade processual e combate o formalismo desmedurado defendido pela maior parte da jurisprudência. *Trata-se de disposição que vem ao encontro da efetividade e tempestividade do processo, vetores do novo processo civil*[3].

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sumulado no sentido de ser inadmissível, por exemplo, o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação (Súmula 418), o que evidencia sua postura contrária à prática do ato prematuramente.

No Supremo Tribunal Federal, igualmente, sustentava-se que a simples notícia do julgamento não fixava o termo inicial da contagem do prazo recursal, de

modo que o recurso interposto antes da publicação do acórdão recorrido era considerado prematuro, a menos que fosse posteriormente ratificado[4]. A posição da Corte Maior, contudo, foi alterada em razão do julgamento do Agravo de Instrumento número 703.269, em 05/03/2015, no qual se reconheceu a tempestividade do recurso apresentado antes da publicação do acórdão, refletindo regra já inserida no Novo CPC.

A respeito, concluiu-se no II Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) ser vedado ao Tribunal julgar extemporâneo ou intempestivo recurso, na instância ordinária ou na extraordinária, quando interposto antes da abertura do prazo (Enunciado n. 22).

De fato, é sabido que as preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, por isso que não é possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual[5]. A preocupação por celeridade foi fomentada, ainda, pelo movimento em busca da efetividade do processo[6].

Decerto, o § 4º do artigo 218 do Novo CPC, atento à fase instrumentalista do Direito Processual, consagra maior efetividade aos direitos materiais, visto que deixa de penalizar a parte diligente, não só no âmbito recursal, mas em qualquer ato processual praticado antes do termo inicial do prazo. Encerra-se, assim, a *esdrúxula, mas comum, tese da “intempestividade por prematuridade[7]”*.

Em conclusão, a nova regra processual torna sem efeito a Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça e põe fim à divergência jurisprudencial, garantindo maior segurança jurídica às partes.

### **3 “FOLGA” NOS FINS DE SEMANA: A CONTAGEM DOS PRAZOS EM DIAS ÚTEIS**

No CPC de 1973 o prazo processual estabelecido pela lei ou pelo juiz era contínuo, não se interrompendo nos feriados (artigo 178 do CPC/73).

O Novo CPC, contudo, institui nova regra de contagem dos prazos: *Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão*

*somente os dias úteis* (artigo 219). Porém, o disposto neste artigo aplica-se *somente aos prazos processuais* (parágrafo único do artigo 219).

Para esse efeito, considera-se como dia não útil os sábados, domingos e dias em que não haja expediente forense, de acordo com a redação expressa do artigo 216 do CPC/15.

Luiz Rodrigues Wambier<sup>[8]</sup>, tratando sobre o novo texto legal, destaca três argumentos contrários ao dispositivo: *a)* haverá muita confusão na contagem desses prazos, dificultando o controle pelos órgãos judiciários; *b)* trata-se de alteração destinada a beneficiar apenas uma das classes profissionais envolvidas no processo, isto é, a classe dos advogados; *c)* trata-se de “regalia” dos profissionais em detrimento da celeridade processual.

Em seguida, rechaça-os, asseverando que a confusão advinda da nova norma é consequência de qualquer novidade que nos faça sair de nossa zona de conforto. Posteriormente, combate o suposto benefício exclusivo à classe dos advogados, haja vista que a norma atingirá todos aqueles que estão sujeitos ao cumprimento de prazos, como membros do Ministério Público, Procuradores públicos, Defensores Públicos, entre outros, prestigiando, inclusive, a dignidade e incolumidade dos profissionais. Ao fim, aponta que a novidade não se contrapõe à celeridade processual, visto que, na verdade, a morosidade do processo decorre, muitas vezes, de causas culturais e estruturais, *como a burocracia e seus múltiplos e nefastos efeitos*.

Elpídio Donizetti<sup>[9]</sup>, por sua vez, também faz duras críticas ao dispositivo legal, afirmando:

“Não se pode deixar de reconhecer que a contagem dos prazos somente em dias úteis acarretará mais problemas do que benefícios. Na contagem de prazos contínuos, de antemão se sabe que dia vence o prazo de quinze dias. Ao revés, na contagem em dias úteis, há que se verificar quais os dias são “inúteis” (sábados, domingos e feriados) e, a partir de então ir somando os dias úteis. Não é por outra razão que de regra os comerciantes não vendem para pagar em trinta, sessenta ou noventa dias

úteis. Na prática comercial, pelo menos quando favoráveis ao vendedor ou ao prestador do serviço, os prazos são contínuos. É lamentável que o legislador, em vez de facilitar, tenha complicado. Quando dos trabalhos da Comissão de Juristas, tive a oportunidade de alertar para a complicação, mas a regra da contagem dos prazos somente em dias úteis acabou prevalecendo. Diziam os advogados da Comissão que a contagem em dias úteis permitia que os advogados pudessem descansar no final de semana. Ledo engano. Se o prazo vence na segunda-feira e o advogado não elaborou a peça processual na sexta, terá que trabalhar no domingo. Deus ajuda quem cedo madruga. Os que dormem e também os que deixam tudo para a última hora, continuarão a trabalhar de madrugada. Quisesse ampliar os prazos não precisaria o legislador desse subterfúgio. Bastaria estabelecer, por exemplo, que o prazo para recorrer é de vinte dias. Caindo no feriado, prorroga-se para o dia útil imediato”.

Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>[10]</sup>, em defesa à novidade legislativa, afirma que: “nem é preciso muita experiência forense para se compreender que com os prazos em trâmite durante o final de semana o advogado simplesmente não tem descanso”. Ademais, *uma pequena quantidade de fins de semana que se excluem da contagem dos prazos não será determinante para a tão propalada morosidade*<sup>[11]</sup>.

Sobre este tema, a professora Elaine Harzheim Macedo<sup>[12]</sup> diz:

O maior beneficiado, no caso, é o advogado da parte, que passa a ter uma contagem de prazo mais humana, até porque a atividade, como qualquer outra, é de trabalho, fazendo com que o profissional passe a melhor usufruir o tempo de lazer, que é um direito de todos.

Em que pese à sua aplicabilidade aos Juizados Especiais, o tema é controverso.



Favoráveis à aplicação do dispositivo aos Juizados temos os Enunciados 416, do V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis e Enunciado 45, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), que assim destacam:

Enunciado 416 - FPPC. (art. 219) A contagem do prazo processual em dias úteis prevista no art. 219 aplica-se aos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública. (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda Pública)

Enunciado 45 - ENFAM. A contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 do CPC/2015) aplica-se ao sistema de juizados especiais.

Em sentido diverso segue o Enunciado 165 do FONAJE, aprovado no XXXIX Encontro:

ENUNCIADO 165 - Nos Juizados Especiais Cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua (XXXIX Encontro - Maceió-AL).

Embora ao entrar em vigor a aplicabilidade do Novo Código seja imediata (artigo 1.046, CPC/2015), a contagem dos prazos em dias úteis somente aplicar-se-á àqueles iniciados após sua vigência (Enunciado n. 268 do IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC).

Trata-se de medida de suma importância nos tempos atuais, em que a sociedade caminha em ritmo frenético, submetida aos estresses do dia a dia familiar e profissional, já que o Novo Código permite a todos aqueles envolvidos no processo – não só aos advogados - o gozo do merecido descanso nos fins de semana e feriados, sem preocupação com o cumprimento de prazos, já que suspensos.

#### **4 “FÉRIAS DOS ADVOGADOS”**

Outra novidade prevista no Novo Código de Processo Civil diz respeito à suspensão do curso dos prazos processuais nos dias compreendidos entre vinte

de dezembro a vinte de janeiro. Durante este período é defeso, ainda, a realização de audiências e sessões de julgamento (artigo 220, *caput* e §2º).

Não se pode afastar a aplicabilidade do artigo 220 do NCPC aos Juizados Especiais, em razão da aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil. Nesse sentido concluiu-se no IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis:

Enunciado 269. (art. 220) A suspensão de prazos de 20 de dezembro a 20 de janeiro é aplicável aos Juizados Especiais. (Grupo: Impactos do CPC nos Juizados e nos procedimentos especiais de legislação extravagante)

O novo dispositivo, sem correspondência no CPC/73, foi defendido tanto no Projeto do Senado quanto da Câmara dos Deputados e resulta em vitória à classe dos advogados.

Isso porque, a determinação legal, que vem sendo alcunhada de “férias dos advogados”, não se aplica aos juízes, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e os auxiliares da justiça, ressalvadas as férias individuais destes, por força do §1º do mesmo artigo.

## **5 CRIAÇÃO DE PRAZOS PELAS PARTES E REDUÇÃO DOS PRAZOS PEREMPTÓRIOS**

O Novo Código, de acordo com redação dada pelo texto do Projeto elaborado na Câmara dos Deputados, possibilita às partes plenamente capazes a criação e ampliação de prazos, ao estabelecer que, em se tratando de causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito estipular mudanças no procedimento, a fim de ajustá-los às especificidades da causa e convencionar ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (artigo 190, *caput*), controlando o juiz a validade das convenções (parágrafo único do artigo 190).

Defendeu-se no V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) que o acordo de ampliação aplica-se aos prazos de qualquer natureza (Enunciado n. 19), logo, incidindo sobre o prazo recursal, da contestação, entre outros. De fato, não havendo restrição na norma e considerando-se a finalidade

do dispositivo legal, qual seja de propiciar às partes o direito de adequar o procedimento ao caso concreto, esta conclusão parece mais coerente.

O Enunciado supracitado assim dispõe: 19. *(art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si.* (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO e no V FPPC-Vitória).

Admite-se, ainda, a criação, pelo juiz ou pelas partes, de comum acordo, de calendário para a prática dos atos processuais (artigo 191, *caput*, NCPC), ao qual ficarão vinculados, somente permitindo modificações em casos excepcionais (artigo 191, §1º, NCPC), dispensando-se a intimação para a prática do ato processual ou audiência nele designadas (artigo 191, § 1º, NCPC).

Além disso, não mais se impede a redução de prazos peremptórios (Artigo 182 do CPC/73, primeira parte), visto que o Novo Código de Processo Civil possibilita ao juiz a redução destes prazos, desde que com anuência das partes, conforme redação do §1º do artigo 222.

#### **6 CONTAGEM EM DOBRO DOS PRAZOS DOS LITISCONSORTES COM PROCURADORES DIFERENTES, SE DE ESCRITÓRIOS DISTINTOS**

No CPC/73, sempre que se tratava de litisconsortes com diferentes procuradores, os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos, eram contados em dobro (artigo 191).

O Novo Código de Processo Civil, disciplinando a matéria em seu artigo 229, inova ao prever que os procuradores devem ser

de escritórios de advocacia distintos, afastando o entendimento da jurisprudência de que a contagem de prazos em dobro, nestes casos, também se aplicaria a advogados do mesmo escritório[13].

A nova regra é a seguinte: *os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento* (artigo 229, NCPC).

O preceito em estudo é cabível, igualmente, na impugnação ao cumprimento de sentença (artigo 525, §3º, NCPC), mas não o será no âmbito dos embargos à execução, por expressa vedação do art. 915, §3º, do Novo Código.

Adotando o texto do Projeto aprovado na Câmara dos Deputados, em consonância com o que já se sustentava na jurisprudência, havendo apenas dois réus, mesmo que possuam procuradores distintos, não há se falar em contagem do prazo em dobro se um deles é revel (artigo 229, §1º, NCPC). À vista disso, fica mantida a aplicação da súmula 641 do Supremo Tribunal Federal, que diz não se contar em dobro o prazo para recorrer quando só um dos litisconsortes haja sucumbido.

Finalmente, uma vez que a finalidade do dispositivo é de garantir o acesso aos autos de maneira igualitária às partes, não obstante a atuação de múltiplos advogados, o Novo CPC, em uma interpretação teleológica, no §2º deste artigo 229, afasta expressamente a contagem em dobro quando se tratar de processo eletrônico, já que, neste caso, não existe qualquer restrição de acesso aos autos pelos advogados.

## **7 DIA DO COMEÇO DO PRAZO NO NOVO CPC**

O CPC/2015 estabelece novos preceitos no seu Artigo 231, equivalente ao artigo 241 do Código de 1973, no que tange ao dia do começo do prazo, em seguida destacados:

### **7.1 Citação ou intimação por edital:**

A regra do CPC/73, quando se tratar de citação por edital, é de que o prazo começa a correr finda a dilação assinada pelo juiz (artigo 241, inciso V). O Novo Código, contudo, assinala que se considera dia do começo o *dia útil seguinte* ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital (artigo 231, inciso IV).

*7.2 Comunicação por carta precatória, rogatória ou de ordem eletrônica:*

Revela o inciso VI, do Artigo 231, juntamente com o artigo 232, ambos do NCPC, que em se tratando de carta de ordem, precatória ou rogatória, considera-se dia do começo do prazo a data da juntada do comunicado eletrônico pelo juiz deprecado ao juiz deprecante.

*7.3 Contagem do prazo a partir da carga dos autos:*

Inova o Novo Código quando estabelece expressamente que se considera dia do começo do prazo o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria (Inciso VIII, artigo 231).

### **8 NOVOS PRAZOS DO JUIZ E AS REGRAS SOBRE A REPRESENTAÇÃO CONTRA O MAGISTRADO QUE, INJUSTIFICADAMENTE, EXCEDER OS PRAZOS PREVISTOS EM LEI**

Estabeleceu-se no diploma processual civil de 1973, em que pese aos prazos para prática de atos pelo juiz, que os despachos de expediente deveriam ser proferidos em até 2 (dois) dias e as decisões em até 10 (dez) dias, conforme Artigo 189, incisos I e II, respectivamente.

O Código de 2015, no seu artigo 226, incisos de I a III, todavia, aplica novos prazos para a prática destes atos, quais sejam: 5 (cinco) dias para os despachos, 10 (dez) dias para as decisões interlocutórias e destaca, ainda, o prazo de 30 (trinta) dias para as sentenças.

Observou-se, também, a previsão de que em qualquer grau de jurisdição, havendo motivo justificado, pode o juiz exceder, por igual tempo, os prazos a que está submetido (artigo 227 do NCPC).

É sabido que os prazos citados anteriormente para a prática de atos judiciais são impróprios, de modo que, além de não resultarem preclusão, sua inobservância não gera consequência ou efeito processual<sup>[14]</sup>. Entretanto, a classificação não pode ser invocada para excluir a responsabilidade dos magistrados na condução da demanda, impedindo-os de obedecer ao mandamento constitucional da razoável duração do processo.

Com efeito, havendo descumprimento do prazo injustificadamente origina-se o direito de representação contra o magistrado.

O CPC/2015, no seu artigo 235 e parágrafos, traz novas disposições em relação ao artigo 198 do CPC/73, a saber: *a)* prevê expressamente a possibilidade de a Defensoria Pública representar o magistrado pelo descumprimento injustificado do prazo, além de manter a legitimação de qualquer parte e do Ministério Público, como existente no Código de 1973; *b)* aponta que a representação poderá ser destinada ao Conselho Nacional de Justiça e ao Corregedor do Tribunal; *c)* garante que a representação é cabível, igualmente, quando houver descumprimento dos prazos previstos em regulamento ou regimento interno.

### **9 O PRAZO PARA A FAZENDA PÚBLICA, MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA**

O Novo Código também traz novas disposições sobre o benefício de prazo.

É sabido que o CPC/73 garantia a prerrogativa de prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, conforme artigo 188, à Fazenda Pública e ao Ministério Público.

O NCPC, contudo, passa a considerar o benefício do prazo em dobro para todas as manifestações da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Os novos artigos assim determinam:

Art. 180. O Ministério Público gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal, nos termos do art. 183, § 1º.

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as

suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

Quanto à aplicação da nova Norma, os artigos 180 e 183 somente se aplicam aos prazos que se iniciarem na vigência do CPC/2015, aplicando-se a regulamentação anterior aos prazos iniciados sob a vigência do CPC/1973. (Enunciado 399 do V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - FPPC)

Destarte, mais uma vez percebe-se o desejo do legislador em unificar os atos processuais, permitindo a simplificação do processo.

### **10 UNIFICAÇÃO DOS PRAZOS RECURSAIS**

Outra novidade no NCPC é a unificação dos prazos recursais.

Pelo CPC de 1973, é de 15 (quinze) dias o prazo para interposição dos seguintes recursos: apelação, embargos infringentes, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência (artigo 508). O prazo para interposição do agravo de instrumento e retido, por sua vez, é de 10 (dez) dias (artigo 522). Quanto aos embargos de declaração, o prazo recursal é de 5 (cinco) dias (artigo 536).

Contudo, o Novo Código de Processo Civil unifica os prazos recursais, com o intuito de simplificar o procedimento. Agora, excetuados os embargos de declaração, o prazo para interposição e resposta aos recursos é de 15 (quinze) dias, conforme dispõe o §5º do seu artigo 1.003.

Vale destacar, ainda, que a contagem dos prazos recursais também deve obedecer à sistemática do artigo 219 do NCPC, ou seja, somente computar-se-ão os dias úteis.

Por fim, uma vez iniciado o prazo recursal ainda na vigência do CPC de 1973 deve-se considerar o prazo deste Código, em razão da adoção da teoria do isolamento dos atos processuais, visto que, sobrevindo a lei nova processual e

encontrando processo em curso, deve-se respeitar a eficácia dos atos realizados com fundamento na lei anterior. É importante destacar, ainda, que o termo inicial da contagem dos prazos processuais corre da publicação dos atos decisórios em cartório, independentemente de intimação, conforme orienta o STJ<sup>[15]</sup>, de modo que a partir da publicação da decisão/sentença garante-se a aplicabilidade dos prazos previstos no CPC em vigência na data desta publicação.

### **11 ALGUNS PRAZOS ALTERADOS PELO NOVO CPC**

Seguem, abaixo, alguns exemplos de prazos alterados pelo Novo Código de Processo Civil:

<i>ATO</i>	<i>PRAZO NO CPC/73</i>	<i>PRAZO NO CPC/15</i>
Retirada dos autos, pelo advogado, para obtenção de cópias	1 (uma) hora (artigo 40, §2º)	2 (duas) a 6 (seis) horas (art. 107, §3º)
Impugnação ao pedido de assistência	5 (cinco) dias (artigo 41)	15 (quinze) dias (artigo 120)
Execução de atos pelo serventuário	48 (quarenta e oito) horas (artigo 190)	5 (cinco) dias (artigo 228)
Devolução dos autos, pelo advogado, após sua intimação	24 (vinte e quatro) horas (artigo 196)	3 (três) dias (artigo 234, §2º)
Pagamento das custas processuais, após a distribuição do processo	30 (trinta) dias (artigo 257)	15 (quinze) dias (artigo 290)
Emenda à inicial	10 (dez) dias (artigo 284)	15 (quinze) dias (art. 321)
Retratação, pelo juiz, da decisão de indeferimento da petição inicial	48 (quarenta e oito) horas (artigo 296)	5 (cinco) dias (artigo 331)



Réplica, pelo réu	10 (dez) dias (artigo 327)	15 (quinze) dias (artigo 351)
Arguição de falsidade documental	10 (dez) dias (artigo 390)	15 (quinze) dias (artigo 430)
Indicação de assistente técnico e apresentação de quesitos	5 (cinco) dias (artigo 421, §1º, incisos I e II)	15 (quinze) dias (artigo 465, §1, incisos II e III)

### REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinela. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 606.376-RS, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJ 19/12/2014. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28606376%2EENUME%2E+OU+606376%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nqq2p7p>. Acesso em 16 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 101.132-MA, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 24/04/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28101132%2EENUME%2E+OU+101132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qzxcgx2>. Acesso em 18 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 495046-SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJ 07/10/2014. Disponível

em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39785561&num\\_registro=201400707175&data=20141014&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39785561&num_registro=201400707175&data=20141014&tipo=5&formato=PDF). Acesso em 04 abr. 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. *Os prazos processuais*. Disponível em <http://www.elpidiodonizetti.com/all-cases-list/os-prazos-processuais>. Acesso em 20 dez. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. *Manual de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Inovações na contagem de prazos no Projeto do Novo CPC*. Disponível em <http://luizrodrigueswambier.jusbrasil.com.br/artigos/121943493/inovacoes-na-contagem-de-prazos-no-projeto-do-novo-cpc>. Acesso em 25 mar. 2015.

*Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB/RS, 2015. Disponível em [http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo\\_cpc\\_anotado\\_2015.pdf](http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_anotado_2015.pdf). Acesso em 25 jan. 2016.

NOTAS:

[1] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 203

[2] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 94

[3] MACEDO, Elaine Harzheim. *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB/RS, 2015. p. 193. Disponível em [http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo\\_cpc\\_anotado\\_2015.pdf](http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_anotado_2015.pdf). Acesso em 25 jan. 2016.

[4] STF, RE 606.376-RS, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJ 19/12/2014.

[5] STF, HC 101.132-MA, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 24/04/2012.

[6] CABRAL, Antonio do Passo. *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 27

[7] BUENO, Cassio Scarpinela. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 122.

[8] *Inovações na contagem de prazos no Projeto do Novo CPC*. Disponível em <http://luizrodrigueswambier.jusbrasil.com.br/artigos/121943493/inovacoes-na-contagem-de-prazos-no-projeto-do-novo-cpc>. Acesso em 25 Mar. 2015.

[9] Os prazos processuais. Disponível em <http://www.elpidiodonizetti.com/all-cases-list/os-prazos-processuais>. Acesso em 20 dez. 2016.

[10] *Manual de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 359.

[11] Wambier, Luiz Rodrigues. *Inovações na contagem de prazos no Projeto do Novo CPC*. Disponível em <http://luizrodrigueswambier.jusbrasil.com.br/artigos/121943493/inovacoes-na-contagem-de-prazos-no-projeto-do-novo-cpc>. Acesso em 25 Mar. 2015.

[12] *Novo código de processo civil anotado*. OAB. Porto Alegre: OAB-RS, 2015. Disponível em [http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo\\_cpc\\_anotado\\_2015.pdf](http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_anotado_2015.pdf). Acesso em 25 jan. 2016. p. 193.

[13] Defendido, por exemplo, no seguinte Acórdão: STJ, EDcl no AgRg no AREsp: 325518, Rel. Ministro Sdnei Beneti, Terceira Turma, DJ 09/09/2013.

[14] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 223.

[15] STJ, AgRg no AREsp 495046-SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJ 07/10/2014.

## **AS MEDIDAS CAUTELARES E O PODER GERAL DE CAUTELA E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS DA LEI 8.137/90**

**PEDRO HENRIQUE DA FONSECA BARROS:**  
Bacharel em Direito Pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ); Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET); Pós Graduando em Direito Penal e Controle Social pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB);

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar a utilização das medidas cautelares e do poder geral de cautela dos juízes com foco na proteção dos recursos financeiros públicos desviados, sonegados através da prática dos crimes previstos na Lei 8.137/90 que prevê os crimes tributários no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras chave: medidas cautelares – poder geral de cautela – crimes tributários.

**ABSTRACT:** This article seeks to analyze the use of precautionary measures and the general power of caution of judges focused on the protection of deviant public financial resources, evaded by the practice of the crimes provided for in Law 8.137 / 90, which provides for tax offenses under the legal system Brazilian.

Keywords: precautionary measures - general power of caution - tax crimes.

### **Sumário**

1. Introdução – 2. Das Medidas Cautelares – 3. Do Poder Geral de Cautela - 4. Dos Crimes Tributários – 5. Conclusão – 6. Referências.

---

### **Introdução**

As medidas cautelares não são de grande utilização em nosso ordenamento jurídico quando comparando-as em detrimento da sanção da prisão, que em muitas situações é demasiadamente quando aplicada ao caso concreto, contudo, aquelas, tem como intuito a prevenção, conservação ou defesa da garantia da eficácia de um direito que venha a

ser ameaçado, sendo prevista no âmbito do artigo 319 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403 de 2011.

Este, traz uma grande gama de meios cautelares pessoais a serem aplicadas pelos magistrados, utilizando-se dos critérios da adequação e da necessidade para os devidos fins a que se pretende no âmbito do processo penal.

Por outro lado, surge na doutrina e na jurisprudência a questão do poder geral de cautela do juiz como forma de ampliar a capacidade do juiz em utilizar-se das cautelares com o intuito de acelerar o andamento dos processos judiciais em sua área de responsabilidade.

O presente artigo tem o intuito em falar sobre a utilização das medidas cautelares e do poder geral de cautela por parte dos magistrados no âmbito dos crimes tributários previstos na lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990, entretanto não temos o intuito de sanar todo o conteúdo existente quanto ao tema visto que podem surgir discussões novas no âmbito da doutrina e da jurisprudência.

## **2. Das Medidas Cautelares**

Primeiramente faremos um breve embasamento do que seja a palavra cautelar com o intuito de facilitar o entendimento do leitor. Etimologicamente, o termo cautelar vem do latim *caveo*, que conforme Rogério Schietti Machado da Cruz significa estar em guarda<sup>[1]</sup>. Com esta significação, há de se entender que o processo cautelar tange à função de assegurar, proteger o processo. Contudo, a utilização das cautelares gera mais perguntas do que respostas às quais buscamos responder nas linhas que se seguem.

Com as inovações legislativas trazidas a partir de 2011 ao artigo 319, do Código de Processo Penal, buscou-se atender a jurisprudência dominante em nossa corte suprema, e também como atender o sentido da norma constitucional do princípio da presunção de inocência, que traz a impossibilidade da “antecipação” da pena que eventualmente vier a ser aplicada aos acusados em geral, sem que ocorra o trânsito em julgado

contudo, antes de ocorrer tal situação, há que se ressaltar que também existe o fundado receio de que, se mantido em liberdade, o acusado possa vir a prejudicar o processo.

Além do princípio da não culpabilidade, já relatado, temos os princípios constitucionais da proporcionalidade, da motivação da decisão e do devido processo legal, que também relacionam-se à matéria aqui em discussão.

O princípio da proporcionalidade, ou razoabilidade, surge como uma proteção com o intuito de evitar que os fundamentos trazidos pela nossa Carta Magna sejam feridos ou deturcados por algum ato legislativo, judicial ou administrativo que venha a exceder os limites ou avance no âmbito dos direitos fundamentais, sem a devida autorização.

Quanto ao princípio da decisão motivada, constate do artigo 93, inciso IX, da Constituição, observa-se que toda decisão judicial precisa ser dotada de um conjunto motivacional, sob pena de ser declarada a nulidade.

Por fim, há que falar-se sobre o princípio do devido processo legal, que vem a assegurar a todos os cidadãos o direito a um processo justo e com regras previstas em lei, com o intuito de proporcionar a proteção às garantias constitucionais.

Com as constantes discussões sobre o alongamento das prisões preventivas e observando as recentes decisões de nossa corte suprema, revela-se a crescente importância das medidas cautelares, principalmente com a notória morosidade do Poder Judiciário, que estende consideravelmente o lapso temporal entre o protocolo da ação e a decisão definitiva irrecorrível, provocando o aumento dos pedidos relacionados à antecipação dos atos processuais, dando ampla força à utilização das cautelares.

Há uma percepção do deslocamento do âmbito central do processo, das sentenças para as liminares e a antecipação de tutela. O objeto final da disputa deixou de ser a decisão favorável para a

antecipação com a prestação antecipada, efetivada com as prisões preventivas, cuja precariedade perde a relevância diante do longo transcurso temporal entre a decisão que a determinou e a sentença transitada em julgado que pode vir a inocentar o acusado.

No mesmo âmbito, os atos de impugnação às cautelares passam a substituir os recursos, onde as prisões cautelares, os agravos e habeas corpus tomam o lugar das apelações, recursos extraordinários e recursos especiais, trazendo consequências grandes para o aumento número de processos nos tribunais.

Por conseguinte, observa-se que uma significativa parte do corpo processual foi trazida para o início do litígio, enquanto que as decisões definitivas surgem em momentos longínquos, podendo sofrer inclusive com os efeitos da prescrição intercorrente conforme podemos destacar do que é previsto no inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal que traz, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Entretanto como aqui falamos do processo penal, tem-se que o uso das cautelares precisa ser mais cauteloso, em virtude de sua natureza pessoal, visto que as referidas medidas afetam a direitos individuais do cidadão, como a liberdade, surgindo a necessidade da prudência em sua aplicação.

A doutrina jurídica brasileira divide o instituto jurídico das medidas cautelares em três espécies, quais sejam: as cautelares de caráter pessoal que abrangem a prisão temporária, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão por sentença condenatória recorrível, e a prisão por pronúncia; as cautelares probatórias, que são a busca e apreensão, e o depoimento ad perpetuum rei memoriam; e as cautelares de cunho real, abrangendo o sequestro, arresto e hipoteca de bens.

Com essa contextualização, pode-se observar que a medida cautelar mais utilizada no âmbito do processo penal brasileiro é a de caráter pessoal, ou seja, a sanção da prisão, seja ela temporária, em

flagrante ou preventiva, esta última sendo a mais utilizada, e tendo como objetivo a contenção das arbitragens existentes nos contornos da sociedade civil e ingressando de forma sistêmica no ordenamento jurídico, em detrimento das medidas substitutivas às prisões cautelares.

Consideramos como medidas substitutivas aquelas que tem por objetivo principal trazer formas de substituição à prisão que venha a ser decretada em sede de medida cautelar como sanção menos gravosa ao acusado.

Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro atual somente são aplicadas após a prisão do agente, quando deveriam vir a ser aplicada de maneira a evitar a decretação da prisão.

A legislação brasileira possui diversas normas vigentes que contem regras permissiva à substituição da prisão cautelar por medidas protetivas de urgência ou cautelares diversas da prisão, devendo o magistrado analisar cada caso de forma imparcial respeitando os princípios dispostos no artigo 282 do Código de Processo Penal, pregando a necessidade para a aplicação da lei, no âmbito das investigações e das instruções criminais, com o intuito de evitar a prática ilícitos penais, vindo a adequar tal utilização à medida da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais às quais o indiciado ou acusado possuir.

### **3. Do Poder Geral de Cautela**

Tem existido com mais frequência a utilização de medidas cautelares sem previsão legal no âmbito do Processo Penal, tema este conhecido na doutrina como o poder geral de cautela dos magistrados.

O poder geral de cautela precisa ser analisado e discutido sob duas visões. A primeira tomando por base o binômio quem exerce e a quem é conferido o referido poder. A segunda óptica traz a questão do ponto de vista de quem virá a se beneficiar desse exercício do poder geral de cautela.



O poder geral de cautela é exteriorizado como um direito abstrato, autônomo, subjetivo e constitucional, ao trazer a possibilidade de defesa a ameaças a direitos. O direito de ação cautelar é uma espécie do direito de ação, vindo a conservando todas as características básicas de seu gênero.

Analisado sob a ótica do magistrado, tem-se que o poder de cautela é uma espécie do gênero poder-dever, que vem a ser delegado ao juiz, como forma de ser exercitada a atividade jurisdicional do Estado. Ocorre que, quando o magistrado atua tendo como base o poder geral de cautela, não está exercendo um poder meramente jurisdicional. Quando age com base nos artigos 798 e 799 do CPC o juiz exerce função jurisdicional bem como discricionária

O poder geral de cautela possui ampla utilização por parte dos tribunais brasileiros no âmbito civil, contudo surgem decisões aplicando tais princípios ao processo penal, dentre eles a nossa Corte Suprema, como trouxe-nos o Min. Dias Toffoli no julgamento da liminar do HC nº. 125752 RJ<sup>[2]</sup> ao dizer que “pode e deve o magistrado, ao apreciar o pedido inicial, pautar-se no poder geral de cautela para buscar outros elementos formadores das razões de decidir além daqueles trazidos pela impetração, sem que tanto caracterize constrangimento ilegal”.

Observando tais lições chegamos a um conceito do que seria o poder geral de cautela. Segundo Alexandre Freitas Câmara,

“O poder geral de cautela é, portanto, um poder atribuído ao Estado-juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. Trata-se de poder que deve ser exercido de forma subsidiária, pois que se destina a completar o sistema, evitando que fiquem carentes de proteção

aquelas situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica”<sup>[3]</sup>

Mesmo existindo ampla jurisprudência autorizando a utilização do poder geral de cautela por parte dos juízes no âmbito do processo penal, existem doutrinadores que consideram-no como uma ilegalidade flagrante visto que neste preceito, precisam ser seguido os dizeres do artigo 789 do Código de Processo Penal devido à necessária observância à legalidade estrita, e onde não pode ser verificada nenhuma lacuna, não devendo assim ser aceita a interpretação extensiva ou analogia com normas trazidas de outros ramos do direito, como o processo civil.

Para os defensores dessa impossibilidade, todas as medidas cautelares a serem utilizadas pelo juiz, encontram-se previstas no âmbito do artigo 319 do CPP, e que para serem utilizadas, as cautelares precisam vir a respeitar o princípio da reserva legal, conceito através do qual toda ordem jurídica que venha a forçar o cumprimento de uma ação, tem de provir de espécies normativas elaboradas seguindo as disposições e regras do processo legislativo constitucional, como nos traz Aury Lopes Jr em seu texto A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal, constante do Boletim nº 203 do IBCCRIM:

“No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o due process of law estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder”.<sup>[4]</sup>

Fala-se da utilização das medidas cautelares como forma de evitar o cumprimento antecipado ou provisório das penas, o que é um avanço que precisa ser discutido levando em consideração à numerosa

massa carcerária existente hoje em nosso país. Contudo, essa utilização precisa seguir as normas previstas em lei e os princípios constitucionais basilares de nosso ordenamento, não devendo o magistrado criar uma cautelar a fim de utiliza-la no caso concreto em análise.

#### **4. Dos Crimes Tributários**

Para falarmos desse tema cabe-nos realizar uma distinção quanto ao gênero do ilícito fiscal que divide-se em duas espécies jurídicas, uma abrangendo o direito penal tributário e a outra o direito tributário penal.

Direito Penal Tributário trata mais especificamente das infrações que venham ocorrer no âmbito da legislação penal, onde o réu sofrerá as infrações típicas desse ramo, quais sejam: reclusão, detenção e penas pecuniárias.

Já o Direito Tributário Penal virá a tratar sobre as sanções administrativas que irão decorrer das infrações penais existentes no Código Penal e na legislação penal adjacente, que resultarão nas apreensões de mercadorias, multas pecuniárias, perdimento de mercadorias, interdições, lavratura de autos de infração e outras que venham a ser pertinentes ao caso concreto.

Como falamos aqui de direito penal, e mediante a possibilidade da utilização das medidas cautelares e do poder geral de cautela, trataremos apenas dos crimes no âmbito do direito penal tributário.

Os crimes tributários encontram-se previstos no corpo da lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990 e são qualificados no âmbito do artigo 1º desta norma:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.<sup>[5]</sup>

A referida lei trata sobre os crimes contra a ordem tributária em seus artigos 1º, 2º e 3º referentes ao capítulo I, enquanto que no capítulo II traz a relação dos crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo. Por este motivo também iremos transcrevê-los:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre

a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal:

I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.[\[6\]](#)

A norma atual revogou as disposições da lei de sonegação fiscal à qual vigorava desde 1965, contudo mesmo com a edição da atual legislação, ainda continuam as divergências doutrinárias quanto ao tema principalmente quanto ao exaurimento da via administrativa antes do ingresso com as pretensões judiciais, mesmo estando a normatização falando sobre crimes.

## **5. Conclusão**

A jurisprudência dos tribunais quanto à utilização das medidas cautelares é bem difundida e podemos observar que aqui, diferentemente dos outros tipos penais, a cautelar mais utilizada é o sequestro de bens.

O interesse em fazer a análise do uso das medidas cautelares no âmbito penal tributário vincula-se aos efeitos oriundos do reconhecimento da pretensão punitiva, vindo a permitir a utilização do âmbito judicial para a satisfação dos danos oriundos da ocorrência de crimes nos quais a Fazenda Pública figure como vítima.

No âmbito das medidas cautelares, o sequestro de bens, cujas normas são alocadas pelo Decreto-Lei 3.240/41 é valiosa arma para que as pretensões judiciais venham prosperar no âmbito dos crimes praticados contra a ordem tributária, visto que o bem adquirido mediante utilização de recursos ilícitos será apreendido para proteger o erário público.

Temos aqui o ponto de justificativa dos doutrinadores que aceitam o poder geral de cautela para esta questão, pois para que seja realizada a proteção do erário público, o magistrado pode extrapolar o rol de cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal para facilitar a devolução do dinheiro público desviado ou sonegado.

Temos aqui uma atuação que vem a ser voltada para a defesa dos princípios constitucionais, como o da justiça e do interesse comum, contra os autores dos crimes que lesam o patrimônio público na constante busca do lucro fácil, objetivando a concorrência desleal, vindo a prejudicar a ordem econômica nacional.

## Referências

BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm) acessado em 04 de maio de 2017 às 11:56

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil – Volume III. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª edição. Malheiros.

CRUZ, Rogério Schietti Machado da. Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

JÚNIOR. Humberto Theodoro. Curso de Direito Processo Civil. 47ª edição. Editora Gen.

LOPES JR., Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 203, p. 08-09, out., 2009.

MARTINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Tutela Cautelar – Teoria Geral e Poder Geral de Cautela. 2ª edição. Editora Jorúá.

MINAGÉ, Thiago. Da Prisão, das medidas cautelares e da Liberdade Provisória. Edipro. 2011.

NUNES, Acauan de Azevedo. Não há poder geral de cautela no processo penal. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-out-07/poder-geral-cautela-flagrante-ilegalidade-processo-criminal>, acessado em 03 de maio de 2017 às 18:14.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Medidas Cautelares. LTr. 2008.

STF. ACORDÃO DO HC 125752 RJ. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4685177> acessado em 03 de maio de 2017 às 16:28

TAVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Processo Penal. 7ª Edição. Editora JusPODIVUM. 2012.

NOTAS:

[1] CRUZ, Rogério Schietti Machado da. Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 68.

[2] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4685177> acessado em 03 de maio de 2017 às 16:28

[3] CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil – Volume III. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 49.

[4] LOPES JR., Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 203, p. 08-09, out., 2009.

[5] BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm) acessado em 04 de maio de 2017 às 11:23

[6] BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm) acessado em 04 de maio de 2017 às 11:56



## ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O TIPO DOLOSO

**PAULO EDUARDO BICALHO CARVALHO:**  
formado na Universidade de Uberaba -  
UNIUBE, advogado atuante.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar o tipo doloso, analisando seu conceito, os elementos e suas espécies. Buscando discorrer de maneira sucinta e objetiva em relação aos seus principais aspectos. A pesquisa foi realizada por meio de bibliografias, encontradas em doutrinas e código penal. Tem-se que o dolo é a vontade consciente dirigida a realizar (ou aceitar realizar) a conduta prevista no tipo penal incriminador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tipo Doloso. Conceito. Código Penal e o Dolo. Elementos. Teorias Adotadas. Espécies de dolo.

---

### 1- CONCEITO

Segundo a doutrina, “dolo é a vontade livre e consciente de realizar ou aceitar realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador”.

O equívoco desse conceito, entretanto, está na palavra “livre”. A existência ou não de liberdade na vontade é matéria a ser analisada na culpabilidade (mais precisamente na exigibilidade de conduta diversa), e não no dolo.

Há quem diga que o doente mental não tem dolo, mas não é o que prevalece. Ele tem consciência e vontade, dentro de seu precário mundo valorativo. Caso contrário, não haveria como aplicar a medida de segurança, que pressupõe fato típico e ilícito. O mesmo com relação aos demais inimputáveis.

### 2- CÓDIGO PENAL E O DOLO

Dispõe o parágrafo único do artigo 18 do Código Penal: *Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.*

A regra prevista no referido parágrafo é o de que todo crime é doloso, portanto somente haverá a punição por conduta culposa se a lei prever expressamente, ou seja, o dolo é regra e a culpa a exceção.

### **3- ELEMENTOS DO DOLO**

Do conceito acima, extraem-se os elementos do dolo:

- i) elemento intelectual (cognitivo): consciência;
- ii) elemento volitivo: vontade.

### **4- TEORIAS DO DOLO**

São as teorias que buscam explicar o dolo:

- A) Teoria da representação: Fala-se em dolo sempre que o agente prevê o resultado como possível e, ainda assim, decide prosseguir com sua conduta. A teoria preocupa-se com o lado intelectual (previsão), sem se preocupar com o aspecto volitivo – e, em razão disso, acaba abrangendo a culpa consciente.
- B) Teoria da vontade: Dolo é a vontade consciente de praticar a infração penal. O erro dessa teoria é que não explica todo o dolo.
- C) Teoria do consentimento/anuência/assentimento: Fala-se em dolo sempre que o agente, prevendo o resultado como possível, decide prosseguir com sua conduta, assumindo o risco de produzi-lo.
- D) Teoria da Probabilidade: Acrescentada por Greco, a teoria da probabilidade trabalha com dados estatísticos, ou seja, se de acordo com determinado comportamento praticado pelo agente, estatisticamente, houvesse grande probabilidade de ocorrência do resultado, estaríamos diante do dolo eventual. Se a produção do resultado era meramente possível, se daria a culpa consciente. Deduz o dolo a partir da probabilidade de produção do resultado.

Qual a teoria adotada pelo Brasil?

A doutrina majoritária entende que o Brasil adota as TEORIAS DA VONTADE e DO CONSENTIMENTO. A teoria da vontade foi adotada na primeira parte do art. 18 para explicar o dolo direto (quando o agente “quis o resultado”), e a teoria do consentimento na segunda parte do art. 18, para explicar o dolo eventual (“assumiu o risco”).

Art. 18 do CP - Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado (teoria da vontade – explica o dolo direto) ou assumiu o risco (teoria do consentimento – explica o dolo indireto) de produzi-lo;

## 5- ESPÉCIES DE DOLO

- Dolo direto: Configura-se o dolo direto quando o agente prevê um determinado resultado, dirigindo sua conduta na busca de realizá-lo;
- Dolo direto de 2º grau (ou de consequências necessárias): consiste na vontade do agente dirigida a determinado resultado, efetivamente desejado, em que a utilização dos meios para alcançá-lo inclui, obrigatoriamente, a existência de efeitos colaterais de verificação praticamente certa.
- Dolo indireto (ou indeterminado): No dolo indireto (ou indeterminado), o agente, com a sua conduta, não busca resultado certo e determinado.
- O dolo indireto tem duas subespécies:

i) Dolo alternativo: No dolo alternativo, o agente prevê uma pluralidade de resultados, dirigindo sua conduta para realizar qualquer deles.

ii) Dolo eventual: No dolo eventual, o agente prevê a pluralidade de resultados, dirigindo sua conduta para realizar um deles, assumindo o risco em relação aos outros. O agente dirige a conduta visando à lesão, mas assume o risco de praticar o homicídio.

- Dolo cumulativo: No dolo cumulativo, o agente pretende alcançar dois resultados, em sequência. É um caso de progressão criminosa (o agente inicialmente queria o resultado menos grave, mas, no "meio do caminho" muda de ideia e passa a querer o resultado mais grave).
- Dolo de dano e Dolo de perigo: No dolo de dano, a vontade do agente é causar efetiva lesão ao bem jurídico. No dolo de perigo, o agente atua com a intenção de expor a risco o bem jurídico tutelado.
- Dolo geral (ou erro sucessivo): Ocorre dolo geral (ou erro sucessivo) na hipótese em que o agente, supondo já ter alcançado o resultado visado, pratica nova ação que efetivamente o provoca. É a situação pela qual o agente, supondo já ter alcançado seu intento, pratica nova conduta que efetivamente o provoca. O erro sucessivo é irrelevante para o Direito Penal, pois o que importa é que o agente alcance o resultado querido.
- Dolo normativo: dolo normativo é o dolo adotado pela teoria *neokantista*. Trata-se de elemento da culpabilidade composto de consciência, vontade e consciência atual da ilicitude.

- Dolo natural: dolo natural é o dolo adotado pela teoria finalista. Migrou da culpabilidade para o fato típico, sendo composto por dois elementos: consciência e vontade.
- Dolo de propósito: Dolo de propósito é o chamado “dolo refletido”. Nem sempre ele agrava a pena, pois a premeditação, por si só, não qualifica o crime.
- Dolo de ímpeto: Dolo de ímpeto é o dolo repentino. Deve ser uma atenuante de pena. Ocorre nos crimes multitudinários, como a rixa.

## **6- CONCLUSÃO**

O artigo discorreu sobre o dolo, estudando seu conceito, seus elementos e descrevendo sobre suas espécies.

Analisamos o dolo tanto na doutrina pátria como no Código Penal, e concluímos conforme dispõe o parágrafo único do artigo 18, é que todo crime em regra é doloso, somente havendo a possibilidade de punição pela prática de conduta culposa se a lei assim prever expressamente, não havendo tal ressalva, o tipo culposo não será admitida, naquela infração penal.

## **REFERENCIAS**

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 14<sup>a</sup> ed. Niterói, RJ. Impetus. 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo. Juspodium. 2013.

## O ABUSO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

**FILIFE REIS CALDAS:** Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade Marista. Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco - FACESF.

**RESUMO:** Almeja-se discutir e delinear os arquétipos da norma de imunidade buscando traçar preceitos introdutórios sobre a configuração de um nítido abuso no exercício de tal direito, por certa parcela dos contribuintes, propondo uma reflexão sobre possíveis soluções.

**PALAVRA-CHAVE:** Tributário. Imunidade. Definição. Interpretação. Abusos.

**SUMÁRIO.** 1. A conceituação da norma imunizante. 2. Os limites da interpretação e suas possíveis implicações. 2.1 Imunidade recíproca. 2.2 Imunidade religiosa. 2.3 Imunidade das Entidades. 2.4 Imunidade cultural. 3. Do abuso da imunidade tributária. 3.1 O abuso de direito na doutrina civilista. 3.2 Analogia com a interpretação teleológica da isenção de veículos para deficientes. 3.3 O abuso e seus desdobramentos na esfera tributária. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

---

### I – A CONCEITUAÇÃO DA NORMA IMUNIZANTE

Antes da análise sobre o “Abuso da Imunidade”, mérito propriamente dito do presente artigo, é necessário tecer algumas considerações introdutórias à respeito dos possíveis conceitos e interpretações basilares da presente temática, dando suporte para melhor elucidação da questão posta à debate.

A doutrina majoritária conceitua a norma de imunidade como uma hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada.

Tal entendimento é baseado pela suposição que a situação no mundo fático não será tributada por força de uma lei proveniente da Constituição Federal, que exclui ou retira do campo de competência do ente a respectiva Hipótese de Incidência da norma tributante, o fato ‘X’ imune.

A lógica é melhor visualizada se olhada pelo viés cronológico, onde no momento (T1) – é fixado a competência tributária de certo ente; e no momento (T2) – surge a norma de imunidade, excluindo certa parcela da atribuição de exigir e cobrar tributos do mesmo.

Forte são as críticas da doutrina contrária sobre a conceituação da norma imunizante. Como exemplo pode-se citar o respeitável posicionamento do Prof. Paulo de Barros Carvalho no entender que a imunidade seria uma regra que colabora no desenho do quadro das competências, não excluindo nem a limitando, mas fixando de forma preventiva pela CF a competência para legislar.

Nessa linha de conceituação, não haveria o que se falar da imunidade como um “limitador da competência tributária”, tendo a norma imunizante um papel fundamental no alinhamento ou realinhamento da abrangência de competência dos entes.

Seguindo tal lógica, não haveria distinção de momentos de incidência da norma de competência da norma de imunidade, agindo conseqüentemente ambas de forma concomitante. Nesse sentido:

*As imunidades tributárias se incluem no subdomínio das sobrenormas, metaproposições prescritivas que colaboram, positiva ou negativamente, para traçar a área de competências das pessoas titulares de poder político, mencionando-lhes os limites materiais e formais da atividade legiferante.*

Paulo de Barros Carvalho critica a expressão “norma de não incidência constitucionalmente...”, fazendo uma reflexão no sentido de que é justamente por incidir que a mesma propaga seus efeitos jurídicos, qualificando assim pessoas e objetos, não podendo ser conceituada como uma norma de “não incidência”. Pensamento contrário comportaria que não haveria tido fato concreto apto a ocorrência de seus efeitos.

De forma sintética, assim conclui o referido autor sobre a conceituação do tema:

*Classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas*

É interessante trazer a visão do prof. Roque Antônio Carrazza, que diferentemente da doutrina majoritária que classifica a norma de imunidade como uma regra de incidência, o mesmo define como uma norma de estrutura, sendo essa responsável pela criação, transformação do ordenamento jurídico, sempre visando o aperfeiçoamento da forma de processamento de suas disposições.

*Oportuno frisar que as imunidades – ao contrário das isenções – não tratam da fenomenologia da incidência, porquanto operam antes do momento. De fato, antecedem o próprio exercício, pelas pessoas políticas, das respectivas competências tributárias, até porque – como vimos – são normas de estrutura que ajudam a delinear as regras-matrizes das exações a que se referem. (Roque A. Carrazza).*

Muitos autores definem a imunidade como uma “norma de isenção constitucionalmente qualificada”.

Rogando a devida vênia, o presente artigo desenvolve a mesma linha de entendimento do Prof. Paulo de Barros, nesse sentido, a leitura de forma simplificada e não atenta ou sem aprofundamento no campo tributário, acaba por confundir conceitos-chave entre a distinção de normas imunizantes e normas de isenção.

Conceituando de forma sucinta, a isenção tributária é uma norma de origem ordinária que inutiliza um dos critérios da RMIT da norma tributante, fazendo com que a obrigação tributária não chegue a ocorrer no mundo concreto.

Explicando em miúdos, a norma de imunidade como já afirmado anteriormente atua de forma concomitante com a norma de competência, sendo

tal momento totalmente diferente cronologicamente do momento de atuação da norma de isenção.

Antes de discutir se uma norma incide ou não incide e suas consequências práticas, é necessário se atentar ao campo da abrangência da competência tributária do respectivo ente, para saber se tal a conduta no mundo fático estará abarcada ou não, sendo esse o momento da norma de imunidade, agindo de forma antecedente à discussão da incidência.

Já a norma isentiva atua no campo da legislação ordinária, em momento posterior à norma imunizante, discutindo definitivamente a incidência ou não da norma tributante. Nesse sentido:

*O preceito da imunidade exerce a função de colaborar, de uma forma especial, no desenho das competências impositivas. São normas constitucionais. Não cuidam da problemática da incidência, atuando em instante que antecedem na lógica do sistema, ao momento da percussão tributária. Já a isenção se dá no plano da legislação ordinária. Sua dinâmica pressupõe um encontro normativo, em que ela, regra de isenção, opera como expediente redutor do campo de abrangência dos critérios da hipótese ou da consequência da regra-matriz do tributo... (Paulo de Barros Carvalho)*

Para os fins desta pesquisa, pode-se definir a norma de imunidade como uma regra de estrutura proveniente do texto da Constituição Federal que impõe a incompetência dos entes federados para instituir e cobrar tributos sobre certas situações específicas.

A norma de imunidade não é uma cláusula pétrea, essas por sua vez fazem parte do conjunto das normas de conduta, regulando as interrelações jurídicas dos indivíduos e as relações de intersubjetividade desencadeadas, estabelecendo certos regramentos de conduta do comportamento no sentido de um fazer, não fazer ou dar.

A regra imunizante não estabelece um direito ou uma garantia fundamental, vez que não são dirigidas aos agentes como uma norma de conduta,



mas sim ao próprio sistema, alinhando ou realinhando a abrangência de incidência da competência tributária.

Dentre as consequências da regra imunizante, pode-se citar a máxima efetividade de certos valores consagrados pelo texto constitucional como cláusulas pétreas, não podendo o intérprete confundir a natureza da norma com suas consequências.

## II – OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO E SUAS POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES

Encontra-se assim previsto no CTN as modalidades que o legislador impôs uma interpretação literal:

*Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

*I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;*

*II - outorga de isenção;*

*III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias*

A doutrina majoritária defende que o rol incluído no referido artigo é taxativo, devendo o intérprete analisar literalmente as causas ali versadas e por exclusão, para tal corrente, os casos ali não previstos são passíveis de interpretação extensiva.

Tal entendimento é seguido pelo Professor Roque Antônio Carrazza e também será adotado nesse trabalho para fins de construção do raciocínio lógico-jurídico no sentido de comportar a norma de imunidade interpretação teleológica.

Faz-se um parêntese a respeito das várias modalidades de interpretações possíveis e suas formas de classificação, como por exemplo, quanto ao intérprete podem ser assim divididas:

***Autêntica** (feita pelo próprio legislador com as normas de estrutura e meramente interpretativas);*

***Doutrinária** (doutrinadores com interpretações explicativas/descriptivas sobre a fenomenologia do direito);  
e*

***Jurisprudencial** (aplicação do direito por excelência com a resolução do caso concreto, feita pelos juízes e tribunais).*

Já com relação à natureza, podem-se dividir em:

***Filológica ou Gramatical** – leva em conta exclusivamente o rigoroso significado léxico e as regras de sintaxe das palavras constantes do texto legal, sem considerar qualquer outro valor. Também chamada de interpretação pura é a forma mais rasa de construção dos significados pelo intérprete, sujeita a vários equívocos e absurdos.*

***Histórica ou Sociológica** – leva em consideração as circunstâncias políticas, sociais, econômicas e culturais presentes em determinado momento temporal da edição da norma. Confere-se importância ímpar à análise das exposições de motivos do projeto de lei, das discussões do parlamento e da sociedade, da evolução histórica do instituto disciplinado na norma. Assim se chega ao que o legislador pretendia dizer ao redigir o texto objeto de interpretação no determinado contexto histórico.*

***Sistemática** – analisa a norma como parte de um sistema na qual está inserida, buscando a harmonia e unicidade que devem caracterizar o ordenamento jurídico, afastando antinomias (contradições). Deixa-se de olhar exclusivamente para o texto do dispositivo interpretado e se passa a analisá-lo em conjunto com todos os demais dispositivos da mesma norma e com todas as demais normas correlatas que integram o ordenamento jurídico, respeitando-se a hierarquia, para elucidar melhor o sentido.*

***Teleológica** – busca conhecer o sentido da norma através do entendimento da finalidade de sua inserção no ordenamento jurídico. A norma vem ao mundo com*

*determinado intento, determinado propósito. O intérprete deve possuir em mente os objetivos que presidiram a elaboração da norma, para atribuir-lhe o sentido que mais se coadune com tais desígnios, de forma a concretizar, no mundo dos fatos, a vontade abstrata da norma.*

Como cada ramo do direito tem escopos distintos, a interpretação teleológica vai variar de acordo com o ramo em que a norma se insere, no presente caso, âmbito tributário.

Dessa forma, através da interpretação teleológica é possível buscar a real intenção do legislador ao criar a norma. As normas de imunidade estão espalhadas pelo corpo da Constituição de forma geral, centralizando o presente estudo nas incluídas no art. 150, VI, da CF, que assim dispõe:

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*(...)*

*VI - instituir impostos sobre:*

***a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;***

***b) templos de qualquer culto;***

***c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;***

***d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.***

***e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na***

*etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 75, de 15.10.2013)*

Será abordado de forma específica e detalhada para melhor compreensão a interpretação teleológica das imunidades que estão no ponto central desse trabalho nos tópicos seguintes.

## **II.1 – IMUNIDADE RECÍPROCA**

O art. 150, VI, a, da CF, afirma expressamente que é vedado a todos os entes cobrar impostos sobre patrimônio, renda e serviços uns dos outros.

Como afirmado expressamente no texto constitucional, tal imunidade só é referente à impostos, não impedindo que um ente venha cobrar outra espécie tributária (taxa, contribuição...) de outro.

A própria Constituição tratou de estender a referida imunidade às fundações e autarquias instituídas e mantidas pelos Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.<sup>[1]</sup>

Caso a utilização do bem tenha finalidade diversa da essencial, as fundações/autarquias perdem a imunidade no tocante àquele bem, sendo o mesmo passível de tributação.

Os entes públicos não possuem tais restrições no tocante à finalidade essencial, não perdendo jamais a imunidade.

Olhando a jurisprudência do STF, que sempre interpretou a norma de imunidade de forma bastante ampliativa, possui julgados no sentido de conceder a vedação de impostos extensíveis as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos quando tratar-se de prestação obrigatória e exclusiva do Estado<sup>[2]</sup>, nesse sentido pode-se citar o Correios, INFRAERO.

Apesar de existir disposição expressa pela Constituição no sentido de excluir do benefício a imunidade do patrimônio, da renda e dos serviços

relacionados com a exploração de atividades econômicas aplicáveis para empreendimentos privados ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário[3], o STF por uma interpretação mais abrangente entende ser cabível o gozo da regra imunitória por tais pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública Indireta.

No julgado estendendo às sociedades de economia mista que atendam os mesmos requisitos da empresa pública, levou-se em conta que se a participação privada for considerada ínfima, a imunidade não restará prejudicada, uma vez que o controle é exercido de forma majoritária pelo Estado[4].

Importante ressaltar que o STF entendia que quando um imóvel pertencente a ente imune (seja ente político ou alguma outra entidade - quando destinado às suas finalidades essenciais) era alugado a pessoa privada, o município não poderia cobrar IPTU, uma vez que o contribuinte de direito era imune.

Porém, revendo sua jurisprudência o Pretório Excelso, recentemente (06/04/2017), mudou de entendimento em sede de Repercussão Geral[5] se posicionando pela possível cobrança de IPTU de empresa privada que ocupe imóvel público, por pessoa imune.

Tal posicionamento pode ter sido estimulado por uma nova tendência de interpretação não tão extensivas no tocante as normas imunizantes.

Essa nova corrente interpretativa pode ter sido respaldada pela parte final do art. 150, §3º da CF, afirmando que a regra imunizante não exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

A restrição impede que a celebração de tal compromisso entre particulares e entes imunes sirva, tão somente, como mecanismos para se fugir à tributação.

## **II.II – IMUNIDADE RELIGIOSA**

O legislador constituinte originário visando não criar embaraços para liberdade de crença e na tentativa de assegurar o livre exercício dos cultos

religiosos e a proteção dos locais de suas liturgias<sup>[6]</sup>, valores protegidos e consagrados como cláusulas pétreas, tratou logo de estabelecer uma norma de imunidade visando realinhar a competência para não obstaculizar o funcionamento das entidades religiosas.

Pela inteligência do preceito constitucional do Estado Laico, a imunidade dos templos de qualquer culto no tocante aos impostos visa a máxima efetividade de direitos e garantias fundamentais, para permanência e perpetuidade dos cultos e suas liturgias religiosas, fazendo com que a incompetência estimule a plena pluralidade de crenças e seu livre exercício.

A interpretação do arquétipo constitucional “templo” é entendida pela maioria da doutrina e pelo próprio STF como todas as atividades inerentes à entidade religiosa, não ficando limitada ao mero conceito estrutural de “prédio” que comportaria apenas os impostos incidentes sobre a propriedade (IPTU e ITR).

Tal interpretação mais abrangente do conceito de templo é amparada no art. 150, §4º da CF, afirmando que a vedação compreende o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais da entidade. Nesse sentido é a jurisprudência do STF:

*Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. A imunidade prevista no art. 150, VI, b, da CF deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços ‘relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.’ O §4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo da alíneas b e c do inciso VI do art. 150 da CF. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas” (STF, Tribunal Pleno, Re 325.822/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 18/12/2002, DJ 14.05.2004, p. 33).*

Assim, por uma interpretação extensiva, entende-se que mesmo que uma receita seja decorrente de uma atividade particular lucrativas, mas

reinvestida na atividade essencial da entidade, está acobertada pela norma imunizante.

### II.III – IMUNIDADE DAS ENTIDADES

Essa imunidade compreende as seguintes entidades: partidos políticos e suas fundações, sindicato dos trabalhadores e entidades educacionais e assistenciais sem fins lucrativos.

A Constituição Federal afirma em seu artigo 1º, inciso V, os fundamentos da República, assim consagrando o pluralismo político.

Nesse caso, a razão da existência da norma imunizante consiste no incentivo da diversidade de partidos políticos e suas fundações, não sendo usado o tributo como uma ferramenta dos poderosos partidos que estão no Poder visando excluir os pequenos da possibilidade de integrar o círculo político por ausência de recursos financeiros.

Com relação aos sindicatos dos trabalhadores, o art. 8º da Magna Carta assegura que é livre a associação profissional ou sindical. O legislador almejou com que a incompetência efetivasse a proteção da parcela menos favorecida financeiramente da relação empregatícia, os trabalhadores, visando garantir um mínimo de patrimônio, renda e serviços para que os mesmos desempenhem suas funções com louvor na luta por melhores condições para sua classe, na capacitação profissional, na fiscalização dos direitos, dentre tantos outros.

Quanto as entidades educacionais e assistenciais, o legislador almejou conferir norma imunizante pela simples lógica que tais personas são filantrópicas, sem fins lucrativos, porém condicionou o gozo da imunidade ao preenchimento de certos requisitos dispostos em lei.

Nesse sentido é interessante trazer a opinião de Sacha Calmon Navarro Coêlho<sup>[7]</sup>:

*Se as instituições particulares atuassem gratuitamente, a fundo perdido, logo se estiolariam em*

*quantidade e qualidade. A filantropia é cara, e a caridade, pouca.*

A norma de imunidade surge justamente visando a incompetência para trazer a máxima eficácia da persecução dos objetivos pelas atividades essenciais de tais entidades, diminuindo os embaraços.

Tal imunidade passou a ser classificada como uma norma de eficácia limitada, sendo a Lei Complementar responsável pela regulação, nos termos do art. 146, II, da CF. Nesse sentido:

*Conforme precedente no STF (RE 93.770, Muñozes, RTJ 102/304) e na linha da melhor doutrina, o que a constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar” (STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1.802/DF, Rel. Min Sepúlveda Pertence, j. 27.08.1998, DJ 13.02.2004, p. 10).*

Tais requisitos estão elencados no art. 14 do CTN, recepcionado com status de Lei Complementar desde a CF/1967, assim dispondo:

*Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:*

*I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;*

*II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;*

*III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.*



*§1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no §1º do art. 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.*

*§2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do art. 9º são exclusivamente os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previsto nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.*

Como muito bem mencionado no artigo colacionado, o descumprimento de qualquer requisito implica a suspensão da norma imunidade.

Importante ressaltar que o intuito unicamente lucrativo não se confunde com atividades econômicas que lhe tragam subsistência, assim, toda entidade que vise crescimento deve se esforçar para conseguir receitas que superem suas despesas, sendo elas empregadas ou reinvestidas com a exploração patrimonial em sua atividade essencial.

Nesse sentido é o entendimento do STF:

**Súmula 724.** *Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.*

Nos tributos tidos por indiretos, com a presença dos contribuintes de direito e de fato, o benefício da imunidade não é extensível ao contribuinte de fato mesmo que esse seja ente imune, uma vez que não faz parte da relação jurídica tributária, inteligência do art. 166 do CTN.<sup>[8]</sup>

## II.IV – IMUNIDADE CULTURAL

O art. 150, VI, d, da CF/88 afirma que é vedado aos entes federados instituir e cobrar impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.

Através da interpretação teleológica acha-se a intenção do legislador ao criar a mesma, visando a incompetência, maximizando o barateamento do

acesso à cultura, o aprimoramento intelectual, livre manifestação do pensamento, acesso de comunicação e liberdade intelectual, artística, científica, todos esses direitos e garantias fundamentais elencados no rol do art. 5º da CF.<sup>[9]</sup>

No entender do STF, a principal consequência da imunidade em discussão é baratear o acesso à cultura, não sendo relevante para efeito de reconhecimento a qualidade cultural da publicação, interpretando de forma extensiva o conceito para atender a intenção do legislador.

Em julgado recente, 08/03/2017, levando em conta a disposição dos motivos na origem da lei (acesso à cultura, barateamento da instrução técnica-profissional e amplo acesso à informação, o STF sedimentou seu posicionamento entendendo que a incompetência também abarcaria os livros digitais (e-books, kindle, e-reader) em votação unânime, decidindo que os livros eletrônicos e os suportes próprios para sua leitura são alcançados pela consequência da regra imunizante realinhando a competência.

O acesso à cultura, barateamento do aperfeiçoamento profissional e amplo acesso à informação, os e-books, ou qualquer meio digital que seja repassar informação nesses termos, estaria abarcado pelos efeitos da norma imunizante, como por exemplo o kindle, o e-reader, pela mesma lógica que o jornal mesmo contendo propaganda não desnatura sua função principal, os meios digitais também não devem ser desnaturados por qualquer outro intuito lhe atrelado, sem perder a função informativa.<sup>[10]</sup>

### **III – DO ABUSO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA**

#### **III.I – A DEFINIÇÃO DO ABUSO DE DIREITO NA DOUTRINA CIVILISTA**

Preceitua o Código Civil de 2002 no Título III que dispõe sobre os atos ilícitos, especificamente que:

*Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

Infere-se do texto legal que o abuso de direito é um ato voluntário, comissivo ou omissivo, negligente ou imprudente, que viola direitos e causa prejuízo a terceiros, equiparado a um verdadeiro ato ilícito.

O excesso é caracterizado por um exercício aparentemente regular, mas que desrespeita a finalidade do direito (pacificação social e cumprimento da função social do Estado). No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento os quais contêm seus valores fundamentais.

O fundamento encontra-se em preceitos éticos e morais que o direito não pode desconhecer, nesse sentido Venosa conceitua:

*Juridicamente, abuso de direito pode ser entendido como fato de usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do razoavelmente o direito e a Sociedade permite. O titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Nessa situação, o ato é contrário ao direito e ocasiona responsabilidade.<sup>[11]</sup>*

A abuso de direito não foi incorporado expressamente no âmbito tributário, podendo assim a lei tributária alterar, inclusive, sua definição, nos termos do art. 110 do CTN.

Mesmo na ausência de legislação dando suporte, forte é a doutrina que se forma no sentido favorável a tal aplicação, sendo encabeçada pela Receita Federal do Brasil, no sentido de que o magistrado deve julgar a causa com base na analogia, nos princípios gerais do direito tributário, nos princípios gerais do direito público, na equidade, sendo o abuso de direito um princípio basilar no ordenamento jurídico.

Assim, mesmo sem disposição expressa, essa pesquisa segue a corrente de possibilidade de aplicação no âmbito das imunidades tributárias caso o contribuinte se utilize de determinado instituto do direito de maneira que, no âmbito do próprio direito, seja desproporcional, excessiva em relação as

características daquele mesmo instituto, fazendo com que a imunidade funcione unicamente como um mecanismo para fugir da tributação e visando o enriquecimento.

### **III. II – ANALOGIA COM A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA ISENÇÃO DE VEÍCULOS PARA DEFICIENTES**

O legislador ordinário estabeleceu isenções no tocante à impostos para pessoas portadoras de necessidades especiais na compra de veículos para facilitar sua locomoção.

Os consumidores portadores de necessidades estarão isentos de IPI, ICMS, IPVA, desde que sua deficiência esteja entre as estabelecidas no rol taxativo e cumprido os requisitos da Instrução Normativa 988 da Receita Federal, Convênio 38 ICMS e Lei nº 8.989/95.

A aquisição do veículo facilita a vida e a locomoção nas atividades diárias para o médico, exames, clínicas de tratamento, evitando o deslocamento manual pelas ruas e calçadas com péssimas qualidades.

Para a utilização da isenção, é necessário o preenchimento de certos requisitos, como por exemplo: i) confirmação da deficiência por laudo técnico especializado do Detran; ii) cadastro como contribuinte especial no site da Receita Federal; iii) concessão da isenção pela Secretaria da Fazenda; iv) escolher o carro, desde que seja 0 km e abaixo do valor de R\$70.000,00 (setenta mil reais).

Como se pode inferir, a intenção do legislador é conferir um tratamento isonômico para as pessoas que se encontram em situações distintas, na medida de suas desigualdades.

Tendo em vista que uma pessoa com necessidades especiais, precisa em muitos casos arcar com tratamentos e exames, diminuindo sua capacidade contributiva em relação a outro indivíduo sem tais necessidades, percebe-se que o tratamento de isenção é uma configuração da justiça tributária, capacidade contributiva e isonomia tributária.

Dado interessante que merece uma atenção especial nesse trabalho reside no fato que mesmo portador da isenção, o legislador ordinário teve o

cuidado que delimitar um certo patamar de valores para os veículos que serão isentos de impostos.

Tal atenção é digna de aplausos, uma vez que a benesse fiscal não deve ser utilizada como um instrumento para fugir da tributação de forma absoluta. O patamar de até R\$70.000,00 (setenta mil reais) é considerado um veículo de porte médio de luxo, sendo suficiente no quesito conforto e espaço em comparação com os veículos mais simples do mercado, atendendo de forma essencial as necessidades dos portadores especiais.

O legislador teve o cuidado de evitar certos excessos e abusos do direito da isenção na compra de veículos considerados de luxo, uma vez que a real intenção não é conceder uma absoluta inexigência de impostos sobre veículos, mas um desconto que atenda aos anseios na medida de suas necessidades locomotoras e conforto básico, fator que um veículo de tal patamar atende perfeitamente.

### **III.III – O ABUSO E SEUS DESDOBRAMENTOS NA ESFERA TRIBUTÁRIA**

O presente artigo se baseia na crítica de um sistema falho e impreciso terminologicamente que acaba por gerar certo excesso na utilização da imunidade, configurando-se num verdadeiro abuso que faz parcela da população gerar sentimentos negativos sobre o instituto constitucional, requerendo o seu fim imediato.

A razão que alimenta esse sentimento de revolta se baseia nas cotidianas notícias de partidos políticos que apresentam “invejosos” conjuntos patrimoniais de bens; entidades religiosas que apresentam artigos do mais soberbo luxo e conforto (veículos de última geração, helicópteros, jatinhos e até mesmo iates) que o dinheiro pode comprar, registrados em seu nome sob a justificativa que é para o cumprimento de suas funções essenciais; entidades assistenciais que possui registrado em seu domínio verdadeiras “mansões”; sindicatos dos trabalhadores esbanjando vultosas receitas e diretores recebendo altos salários, dentre outros absurdos que não condizem com preceitos visados pelo legislador constitucional decorrentes da norma imunizante.

Tais abusos são mais facilmente identificáveis nesse momento de crise política, econômica e social que o País vive, onde tal sistema tende a favorecer a desigualdade social, tornando o Brasil um país ainda mais injusto, desigual e marginalizado.

Preceitos esses que a República estipulou como Princípios Fundamentais e Objetivos Fundamentais que os entes federados lutariam para reduzir ou acabar, visando uma sociedade mais digna, livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e estimulando a livre iniciativa, ideais que estimulam a reflexão e demonstram a ineficácia do direito no plano social e jurídico.

Sem adentrar no mérito da (i)lícitude na obtenção desses bens ou no ingresso de tais receitas financeiras, o que se discute no presente trabalho é o conjunto formado pelo patrimônio, renda e serviços que representam signos presuntivos de capacidade de riqueza diferenciada em relação às demais da mesma espécie, não mais devendo comportar a interpretação absoluta da imunidade, uma vez que na aquisição de certos bens materiais se põe a prova a questão da necessidade da obtenção dos mesmos para o cumprimento de suas funções essenciais, necessitando da regulação de um patamar de valores para certas aquisições não se tornarem abusivas, restando a partir daí a incidência de tributação.

Um exemplo para fins didáticos da proposta desse artigo seria o seguinte caso, uma entidade religiosa necessita de um veículo para transportar os seus membros durante eventos, compra de mantimentos para mesma, transporte para outros anexos de sua propriedade, etc.

Percebe-se que no caso apresentado, a mesma necessita de um veículo que atenda tais fins para que continue exercendo sua atividade com louvor. No mercado de veículos, existe várias marcas, com diversos modelos e motores, diversas capacidades de carga.

No modelo atual, pela interpretação do STF quanto a extensão da imunidade, a entidade poderia adquirir tanto modelo(s) básico(s) ou intermediário(s) que atenda os fins de transporte e/ou cargas, quanto poderia adquirir um *Rolls Royce Ghost Serie II* motor V.12 Biturbo 6.6, veículo importado

inglês, com valor a partir de R\$2,9 milhões (valor com tributos inclusos) no mercado brasileiro sem nenhuma tributação, sob a justificativa de cumprir suas finalidade essenciais.

A presente discussão almeja refletir o conceito de necessidade de certas aquisições sob a justificativa de cumprimento de suas funções essenciais. Não se discute se o bem será ou não revertido essencialmente para sua função essencial, uma vez que tal fator é um requisito objetivo para permanência do gozo.

O que se discute é a o patamar de certos bens adquiridos para cumprir sua finalidade essencial sob o escudo da imunidade, configurando-se um nítido excesso pela conduta abusiva no manejo da consequência da incompetência.

Os mais românticos diriam que tais “problemas” não seriam culpa do direito, mas sim da sociologia do direito, filosofia do direito, uma vez que o direito é uma ciência do Dever-Ser, ficando para outro plano a eficácia do direito.

O direito como um regramento de condutas que visam a pacificação social deve distinguir e estabelecer certos parâmetros de valores para entidades que precisam do auxílio do Estado na consecução de seus objetivos das demais que já conseguem se auto sustentarem.

A imunidade nessa nova perspectiva deve ser vista analogicamente como no modelo do Simples-Nacional, visando um regramento mais favorável e beneficiador para as entidades, assim como para as micro empresas e as de pequeno porte, estimulando as pequenas a se tornarem grandes e atingirem certo patamar diferenciador em relação as demais por questões de capacidade contributiva, isonomia e justiça tributária, sendo totalmente passíveis de tributação.

A norma de imunidade como já definida no tópico sobre a conceituação, não é uma cláusula pétrea, não cria barreiras ou obstáculos no sentido de impedir a atividade legislativa de alinhar ou realinhar a competência tributária, vez que são normas de estrutura que visam o melhoramento do próprio sistema.

Não podendo assim o intérprete confundir a natureza da norma imunizante com os efeitos jurídicos dela decorrentes, trazendo a máxima efetividade de certos valores consagrados pelo texto constitucional como cláusulas pétreas.

A linha tênue que separa o exercício legal do direito do abuso se esvairia, uma vez que seria excluído tal interpretação do alcance da incompetência tributária, tornando o preceito muito mais condizente com os reais interesses do legislador originário constituinte, deixando o ordenamento muito mais harmônico.

Essa pesquisa não almeja excluir as imunidades tributárias, mas sim, aprimorá-las, extraindo a máxima efetividade de seus efeitos jurídicos, a real intenção do legislador adaptada e atualizada para o contexto histórico então vigente.

Com a devida vênia, a doutrina majoritária e a própria jurisprudência do STF interpretam a norma imunitória de forma ampla, geral e irrestrita, não atentando para o plano prático de seus efeitos jurídicos, configurando verdadeiros abusos por parte dos contribuintes que se apoiam no escudo da incompetência visando outros interesses que não os meramente essenciais da entidade.

Sob o viés do legislador, a norma imunizante confere eficácia e efetividade de certos valores constitucionais fundamentais, consagrando pela decorrência de seus efeitos a existência de um conjunto mínimo existencial para permanência das referidas entidades.

Os excessos causados pela “má interpretação” ou absoluta extensão do preceito não condizem com sua natureza, nem foram almejados pelo constituinte, sendo obra interpretativa ardilosa para se evitar unicamente a tributação, escorando-se na personificação da entidade para o gozo de “privilégios fiscais” abusivos.

A intenção do legislador em não prejudicar o culto/liturgia, não significa uma total abstinência do poder de tributar de forma absoluta, ampla e irrestrita em todas as hipóteses, mas sim a de garantir que certos patamares para o cumprimento de suas funções essenciais estejam imunes, garantindo um



mínimo de patrimônio, renda e serviços para consecução de seus objetivos, não podendo o mesmo interferir nesse jaez.

Não se pode esquecer que o legislador constituinte ao criar os impostos estabeleceu que o mesmo incidisse sobre manifestações de riqueza, bases econômicas para quantificar, confirmar e infirmar o critério material da RMIT.

Assim, preservar-se-ia o mínimo de conjunto patrimonial para consecução de seus objetivos institucionais. Nas manifestações de riqueza de valores vultosos, é mais que necessário haver tributação, é condição isonômica diferencial entre as demais da mesma espécie, por uma questão de demonstração de capacidade contributiva digna e suficientemente condizente com suas capacidades financeiras.

Esse estudo, visa uma discussão embrionária de uma possível proposta de Emenda Constitucional dispendo sobre uma regulamentação, por lei complementar, que limite o poder de tributar nos termos do art. 146, II, da CF, estabelecendo patamares de valores e faixas de imunidades pelo Poder Legislativo, tornando muito mais eficaz e eficiente os preceitos constitucionais consagrados.

Caso uma entidade religiosa, assistencial ou política, que não visam unicamente o lucro, se tornarem além de autossustentáveis e autossuficientes, crescerem ao ponto de virarem verdadeiras “potências” com invejável poder econômico e conjunto patrimonial de bens, seria razoável refletir que possuam capacidade contributiva suficiente para suportar o ônus tributário.

Como se sabe imposto não é uma punição pela inteligência do art. 3º do CTN, visando custear as atividades essenciais do Estado na consecução do cumprimento do seu dever social.

Sendo estipulado na própria Constituição Federal em seu art. 1º, IV, que a República Federativa do Brasil terá como Fundamento a “livre iniciativa”, a imunidade serve para estimular que as entidades desenvolvam atividades econômicas para se sustentarem sozinhas, devendo toda instituição que vise crescimento se esforçar para conseguir receitas que superem suas despesas para

chegarem num patamar de não mais necessitarem, podendo adquirir bens acima dos patamares imunes devido sua esplêndida capacidade contributiva, arcando com a devida tributação.

A discussão sobre uma possível Emenda Constitucional deve ser pautada visando a estipulação dos patamares da imunidade para o patrimônio, as rendas e os serviços considerados essenciais, evitando os excessos e abusos por parte desse direito utilizado de forma indevida, causado pela tamanha extensão da interpretação da norma de imunidade.

Como já se afirmou, os valores consagrados como cláusulas pétreas, esses jamais poderão ser reduzidos, persistindo no texto constitucional, não sendo esse o caso das normas de imunidade, que trazem maior efetividade e eficácia a tais disposições, sendo passíveis de alteração para melhor materializá-las no plano prático.

Apenas para reforçar o pensamento, a interpretação ampla e irrestrita da norma imunizante leva à dolosa conduta do abuso de direito, não fazendo parte da abrangência da interpretação teleológica visada pelo legislador ordinário constitucional.

Mesmo para os que consideram a imunidade uma cláusula pétrea, não se estaria reduzindo, uma vez que tal interpretação nunca fez parte da intenção da norma imunizante, sendo uma alteração para trazer a máxima efetividade do preceito constitucional, interpretando-a conforme os valores fundamentais assegurados pela Constituição.

A imunidade não pode ser utilizada como um artifício ardiloso com intuito de evitar a tributação na forma de um escudo protetor contra qualquer abuso ou excesso por parte do contribuinte, utilizando as instituições e entidades como muralhas para seus interesses escusos.

O contexto histórico, social e político que o País vive com a perda de credibilidade das instituições, a corrupção em massa, os desvios de finalidade, pregam por uma nova evolução do direito para atentar contra tais fatos que corroboram para corrosão dos princípios basilares.

O direito como um ordenamento dinâmico e atento as evoluções sociais, precisa jurisdicizar os novos valores em prol de uma sociedade livre, justa e solidária, evitando verdadeiros abusos por parte das entidades imunes.

Nessa discussão inicial sobre uma possível proposta de Emenda à Constituição, o intuito da norma imunizantes seria o de garantir um mínimo de conjunto patrimonial e de receitas para consecução de seus objetivos essenciais.

A essencialidade do objetivo deve ser analisada sobre o viés da necessidade e ainda assim visando o a instrumentalização do meio adequado para operacionalização de seus objetivos.

Nessa nova visão, as instituições e entidades serão incentivadas a crescer, progredirem com seus próprios passos e conforme esse processo de evolução, chegar a patamares que não precisarão mais do suporte do Estado, virando autossuficientes, sendo capazes de perseguirem seus objetivos de forma independente e disporem sobre a compra de bens acima dos valores imunes como bem entender com a devida tributação ressaltando suas qualidades de elevada capacidade contributiva, isonomia em relação às demais e justiça tributária.

Diante das razões expostas, a imunidade tornaria o ente incompetente para tributar no tocante a impostos:

- I) *A propriedade, os bens e os serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanes do ente federado;*
- II) *Desde que não beneficie atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a obtenção de lucros (que se diferencia da atividade econômica desenvolvida em proveito do reinvestimento na própria entidade);*
- III) *Não devendo ter como efeito colateral a quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica ilícita;*
- IV) Desde que atendidos os patamares econômicos para estipulação da faixa de**

***imunidade no atendimento das necessidades de suas finalidades essenciais dispostas em Lei Complementar.***

**IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho procurou realizar uma análise prática no plano da eficácia do direito quanto as consequências trazidas pela interpretação ampla, geral e irrestrita das imunidades tributárias de forma absoluta, acabando por gerar condutas abusivas originárias de uma interpretação excessiva da busca pela real intenção do legislador originário constituinte.

A abusividade encontra-se configurada nas condutas arditosas que se escoram na personificação da própria entidade para o gozo de “privilégios fiscais”, se utilizando indevidamente da norma imunizante como um verdadeiro escudo para evitar a tributação visando interesses escusos que os meramente declarados como necessários para o cumprimento das finalidades essenciais da mesma.

Como procurou se demonstrar, tal raciocínio não encontra guarida em nosso ordenamento, configurando-se nítido abuso de direito. Tendo em vista a posição aqui adotada no sentido de possuir a norma imunizante (norma de estrutura) natureza distinta da consagrada como cláusula pétrea (norma de conduta), é perfeitamente possível sua alteração visando o estabelecimento de patamares econômicos ou faixas de imunidade para certos conjuntos patrimoniais.

Mesmo para os que consideram a imunidade uma cláusula pétrea, não se estaria reduzindo, uma vez que tal interpretação nunca fez parte da intenção da norma imunizante, sendo uma alteração para trazer a máxima efetividade do preceito constitucional, interpretando-a conforme os valores fundamentais assegurados pela Constituição.

Diante de todo o exposto, conclui-se esse estudo embrionário para formação crítica de uma nova proposta de Emenda Constitucional, visando o aperfeiçoamento da norma imunizante, com a estipulação de patamares/faixas econômicos imunes regulados por Lei Complementar, signos presuntivos de riqueza condizentes com a capacidade contributiva das referidas instituições,

tornando muito mais eficaz e eficiente os efeitos jurídicos dela decorrentes, consagrando ainda mais os valores almejados pelo legislador adequando e atualizando-os ao novo contexto histórico social vigente.

## V – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Alexandre, Ricardo, Direito Tributário esquematizado, 9ª ed., rev., atual., e ampl., Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, MÉTODO, 2015.
2. Alexandrino, Marcelo, Direito Tributário na Constituição e no STF – 17ª ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, MÉTODO, 2014.
3. Carrazza, Roque Antônio, ICMs, 17ª Ed, ver. Ampl., São Paulo, Malheiros, 2015.
4. Carvalho, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário, 25ª Ed. – São Paulo, Saraiva, 2013.
5. Coêlho, Sacha Calmon Navarro, O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na CF/1988, 4º edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 2016.
6. FERREIRA, Wallace. Abuso de direito – teoria e realidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3825, 21 dez. 2013. Disponível em: . Acesso em: 21 maio 2017.
7. JC Online, Carro mais barato para portadores de deficiência é benefício ainda pouco conhecido, acessado em 21/05/2017, disponível em: <<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/veiculos/noticia/2016/07/10/carro-mais-barato-para-portadores-de-deficiencia-e-beneficio-ainda-pouco-conhecido-243610.php>>

### NOTAS:

[1] Art. 150, §2º da CF.

[2] RE 407.099/RS, AC 1.550-2.

[3] Art. 150, §3º da CF – tal raciocínio é amparado pela lógica que a imunidade tributária recíproca não pode servir como mecanismo de concorrência desleal dos entes estatais com as pessoas jurídicas de direito privado. A imunidade nesse caso, só é extensível para as atividades de competência obrigatória e exclusiva do Estado, daí não haver conflito de normas.

[4] RE 253.472/SP.

[5] RE 594.015 e RE 601.720.

[6] Art. 5º, VI, da CF.

[7] Coêlho, Sacha Calmon Navarro, O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na CF/1988, 4<sup>o</sup> edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 2016.

[8] STF, 2<sup>a</sup> Turma, RE 202.987/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 30/06/2009, Dje 25/09/2009, p. 1.021.

[9] Art 5<sup>o</sup>, IV, IX e XIV, da CF.

[10] RE 330.817 e RE 595.676.

[11] VENOSA, 2003, p. 603 e 604.

## MODOS DE COMBATE ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

JOSE FRANCISCO BRITTO FRAGA

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar as formas de se combater as omissões inconstitucionais previstas na Constituição Federal do Brasil de 1988.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL 3. HISTÓRICO DE COMBATE ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS 4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 5. O MANDADO DE INJUNÇÃO 6. COMPARAÇÃO ENTRE A AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O MANDADO DE INJUNÇÃO 7. CONCLUSÃO 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

### 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo expor os modos de combate em relação às omissões inconstitucionais.

Começa-se com explanando sobre as omissões inconstitucionais. Em seguida expõe-se o histórico do combate a essas omissões e como combater-las através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, fazendo uma comparação entre eles.

#### 2. Omissão inconstitucional

A omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de uma exigência constitucional de ação, não sendo apenas o mero dever geral de legislar. Sendo assim, além do dever de legislar, Canotilho afirma que as omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes.

Nessa concepção, a omissão legislativa ocorre quando o legislador, mesmo constitucionalmente obrigado, não emana normas destinadas a fazer atuar as imposições constitucionais. Isso quer dizer que o legislador violou por ato omissivo o dever de atuar concretamente, pois não cumpre o seu dever constitucional,

ocorrendo uma abstenção idá em face de uma norma constitucional certa e determinada, cuja falta de exequibilidade frustra o integral cumprimento da Constituição.

Em geral, o legislador tem a liberdade de escolha sobre a decisão de criar ou não lei sobre determinada matéria. No entanto, essa liberdade é mitigada no momento em que a Constituição impõe uma obrigação de legislar sobre determinados assuntos, que acreditou ser melhor tratar em legislação infraconstitucional.

Dessa forma, para caracterizar a inconstitucionalidade por omissão é necessário analisar se a medida reclamada não só podia, como deveria ter sido produzida, tendo em conta a relevância e indispensabilidade da norma infraconstitucional para dar efetividade às normas constitucionais, observando-se a razoabilidade do prazo a ser estabelecido pelo Tribunal em cada caso concreto, onde será mensurada a fluência de tempo razoável para a realização do ato requisitado.

Deve-se refletir sobre a questão das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, pois há previsão explícita no Art. 5, § 1º, da Constituição Federal de 1988 que tais normas gozam de aplicabilidade imediata. Dessa forma, é reduzida consideravelmente a tolerância do prazo, diante da necessária observância do princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

### 3. Histórico de combate às omissões inconstitucionais

Desde que se percebeu a existência das omissões inconstitucionais, vários países começaram a estudar essa matéria. Um dos primeiros países a tentar solucionar o problema foi a Itália, através da Corte Costituzionale della Repubblica italiana, na década de 70 do século passado. Ela desenvolveu um método em que poderia alterar ou ampliar o sentido da norma questionada, quando a omissão fosse parcial. Ela poderia utilizar outra norma ou princípio para completar o sentido.

Em relação as omissões totais, a Corte Constitucional italiana criou alguns meios de saná-las, através das sentenças aditivas e substitutivas. A primeira ocorre no caso de ser declarada a inconstitucionalidade da norma pela total ausência de conteúdo normativo, em que ela se limita a censurar a omissão. Já a segunda, além



de declarar a inconstitucionalidade da omissão normativa, irá eliminar o vício substituindo o texto por outro de conteúdo diverso.

No entanto, havia três limites em relação a essas sentenças. O primeiro é que não poderiam ser utilizadas para matéria penal, pois o princípio da legalidade penal não permitiria a criação e a ampliação de tipos penais. O segundo limite é que elas não poderiam ser utilizadas em relação a questões constitucionais que estivessem no âmbito da discricionariedade dos legisladores, em que se refere ao mérito político. O terceiro limite é que essas sentenças não poderiam importar em aumento de despesa para o Estado.

A corte constitucional alemã também desenvolveu algumas técnicas para tentar sanar essas omissões. Uma delas foi a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, a qual é uma decisão de caráter mandamental que obriga o legislador a acabar com o estado de inconstitucionalidade de corrente da omissão.

Outra técnica desenvolvida foi o apelo ao legislador, em que se afirmava que a situação jurídica ainda era constitucional, mas o legislador deveria utilizar medidas adequadas para evitar que se chegasse a um estado de inconstitucionalidade. Caracteriza-se como uma recomendação dirigida ao legislador.

Como visto anteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também possui omissões, em que o legislador deveria ter produzido uma norma, de acordo com o que manda a Carta Magna, no entanto ela não o fez. Isso se chama de síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

Na história do Brasil, sempre existiram omissões inconstitucionais, mas a constituinte de 1988, prevendo que isso poderia ocorrer novamente, criou mecanismos para tentar impedir que isso ocorresse, através do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

#### 4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O Supremo Tribunal Federal é a instância maior do Poder Judiciário, e a CF/88 determinou no seu Art. 102, *caput*, que ele é o guardião da Constituição.

Para isso, foi previsto a utilização de quatro ações que teriam como intuito salvaguardar a supremacia da CF/88: a Ação direta de inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental.

O Art. 102, I, a, dispõe que “compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Já o Art. 102, § 1º da CF/88 dispõe que “a Arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. A lei disciplinadora da ADPF é a 9.882/99.

Em relação a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Art. 103, parágrafo segundo da CF/88 dispõe que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

A ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foram regulamentadas pela lei 9.868/99.

Essas quatro ações fazem parte do Controle abstrato de Constitucionalidade, possuindo os mesmos legitimados, que, de acordo com o Art. 103 são: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da OAB; partido político com representação no Congresso Nacional e Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em relação a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal e Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, é necessário que haja pertinência temática, em que aquele que pretende discutir a constitucionalidade de uma lei

deve demonstrar que a decisão final terá ligação direta com o interesse e com a atividade desenvolvida por ele. Os outros são legitimados universais, não precisando demonstrar pertinência temática.

Essas ações não se destinam a proteção individual ou de relações subjetivas, visando, principalmente, a defesa da ordem jurídica. Os órgãos com a atribuição de instaurar esses processos não agem como autores, mas sim como Advogados do Interesse Público ou, na expressão de Kelsen, como Advogado da Constituição. Não se tem interesses subjetivos, em que na verdade, há um processo objetivo, que visa o interesse público.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão teve origem no direito português, no Art. 283 da Constituição Portuguesa, havendo hoje previsão deste instituto em vários países.

Para que seja proposta a ADIN por omissão é necessário que exista uma norma constitucional de eficácia limitada, a ausência de uma norma regulamentadora prevista na Constituição e um decurso razoável de tempo sem que órgão incumbido pela CF/88 de editar tal norma tenha realizado sua atribuição constitucional.

As omissões impugnáveis pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão são aquelas de cunho normativo, sendo atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes, não apenas do Poder Legislativo. São suscetíveis de controle abstrato da omissão os atos normativos primários, imputáveis ao Legislativo, e secundários, como regulamentos ou instruções, de competência do Executivo, além de atos do próprio judiciário.

A Constituição Federal no seu Art. 103, parágrafo segundo, estabeleceu efeitos diferentes quando a omissão for em relação a um Poder competente ou para um órgão administrativo. Em relação a este último, dele deve suprir a omissão no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilidade. Já em relação ao primeiro, será dada ciência da omissão, mas não se fixou qualquer prazo para se adotar as providências necessárias.

## 5. O MANDADO DE INJUNÇÃO

O Mandado de Injunção é uma novidade introduzida pelo Direito Brasileiro. Embora possa se parecer com outros institutos, não existe instrumento correspondente em nenhum outro país

Alguns autores defendem pontos comuns com a injuction norte-americana, no entanto há várias diferenças entre eles. Na injuction norte-americana se tem um mandado judicial de caráter negativo, o qual tem como objetivo proteger direito líquido e certo, em que se destina não só ao agente público, mas também ao particular. Assemelha-se ao mandado de segurança brasileiro.

O Deputado Federal Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em seu discurso, declarou que a Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica. O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, conseqüência da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria. Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no Art. 5º, de 77 incisos... Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o mandado de injunção.

O Mandado de Injunção é uma garantia constitucional prevista na Constituição de 1988, no capítulo reservado aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que integra o Título II, que diz respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais.

O instituto está previsto no Art. 5º, inciso LXXI, da Constituição, ao lado dos chamados remédios constitucionais, quais sejam, Mandado de Segurança individual e coletivo, habeas corpus, habeas data e ação popular.

Dispõe o Art. 5º, inciso LXXI, que: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

José Afonso da Silva define o instituto como um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles

direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do Art. 5º, § 1º.

Para Solon Sehen trata-se de uma solução original do constituinte brasileiro, que, ademais, baseia-se na concepção de que a supremacia e a efetividade da Constituição não dependem apenas da correspondência de seu texto com a realidade na qual será aplicada, muito menos da vontade de sua realização por parte dos operadores jurídicos, enquanto valores isolados, mas, igualmente, da existência de instrumentos jurídico-processuais capaz de garanti-la e efetivá-la.

O mandado de injunção foi recentemente regulado pela Lei nº 13.300/2016, em que antes dela se aplicava por analogia a Lei do mandado de segurança. Ela trata tanto do mandado de injunção individual como o coletivo.

O mandado de injunção individual pode ser proposto por qualquer pessoa física ou jurídica, em nome próprio, defendendo interesse próprio, isto é, pedindo que o Poder Judiciário torna viável o exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa seu e que está impossibilitado pela falta de norma regulamentadora.

Já o mandado de injunção coletivo pode ser proposto por legitimados restritos previstos na Lei, em nome próprio, mas defendendo interesses alheios. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, genericamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria. O mandado de injunção coletivo não foi previsto expressamente pelo texto da CF/88, mas mesmo assim sempre foi admitido pelo STF.

#### 4.3 COMPARAÇÃO ENTRE A AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O MANDADO DE INJUNÇÃO

Embora os dois institutos tenham como meta combater a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, podemos traçar diferenças entre ADO e

MI. Quanto à natureza jurídica, o MI é uma ação constitucional (remédio constitucional) e também uma ação cível de rito sumário. Já a ADO é uma ação do controle concentrado de constitucionalidade.

O mandado de injunção tem por pressupostos a existência de direito subjetivo previsto na Constituição, vinculado a direitos e liberdades constitucionais e a prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas fica inviabilizado de ser exercido pela omissão normativa.

Em relação à ADO, existe omissão em relação a norma prevista constitucionalmente, podendo ser em relação a algum direito subjetivo ou não. Dessa forma, ela tem um campo maior de incidência, pois pode ser ajuizada para discutir qualquer omissão inconstitucional, já o mandado de injunção somente pode discutir direitos subjetivos, ligados a direitos e liberdades constitucionais e a prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O processo é subjetivo, em que se tem parte e lide.

No que concerne à ADO, é um processo objetivo, em que visa a supremacia da Constituição. Qualquer pessoa que tenha o direito previsto na Constituição e esteja impedido de exercê-lo por causa de uma omissão normativa, como um indivíduo, uma coletividade, pessoa jurídica, partido político, entidade de classe, Ministério Público, entre outros. Já na ADO há um rol taxativo de sujeitos legitimados para ajuizá-la, que está previsto no Art. 103, I a IX da CF/88.

A ADO, tendo em vista o disposto no Art. 103, § 2º da CF/88, tem como objetivo cientificar o Poder Legislativo do seu estado de inércia e, em relação a Administração Pública, estabelecer o prazo de trinta dias para que emita o ato normativo integrados, sob pena de responsabilidade. Em relação ao MI, conforme será visto adiante, visa resolver concretamente a situação de insegurança criada pela omissão.

Conforme foi visto anteriormente, o mandado de injunção pode ser julgado por um juiz de primeiro grau, um Tribunal de segundo grau, um Tribunal Superior e até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, estando previsto as hipóteses na Constituição Federal. Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão somente pode ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

O MI espera obter como resultado que o sujeito possa exercer o direito previsto constitucionalmente, independentemente de a norma vir a ser elaborada ou não. Em relação à ADO, ela visa defender a Constituição e para isso irá defender a sua efetividade, dando ciência da omissão ao Poder Legislativo ou estabelecendo prazo para a Administração Pública sanar a omissão.

## 7. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se explanar, de forma sucinta, como combater as omissões inconstitucionais..

Tratou-se da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção como forma de combater essas omissões..

Por fim, fez-se uma breve comparação entre esses dois institutos.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 5ª ed., São Paulo: Método, 2010.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Curso Poder Público em Juízo**. 5ª ed., São Paulo, *Juspodium*, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Aires. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

CUNHA JÚNHOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos.** 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003

FERNANDEZ, F. **El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas.** In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 8, 1991

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Curso de Ações Constitucionais.** 6ª ed., São Paulo: *Juspodium*, 2012.

MENDES, G. Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Barão de. **O espírito das leis.** 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flavia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandato de injunção.** 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão.** *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.* São Paulo, a. 6, n. 23.

SEHN, Solon. **Mandado de injunção e o controle das omissões legislativas.** *Revista de Direito Constitucional e Internacional,* São Paulo, ano 9, n. 36, p. 236-154, julho a setembro de 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 2009.



TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2010.

## **EMENDA CONSTITUCIONAL 96: UMA FRUSTRADA TENTATIVA DE REVERSÃO JURISPRUDENCIAL**

**EDUARDO GUIMARÃES BORGES:**  
Especialista em Direitos e Princípios  
Constitucionais pela UCAM -  
Universidade Cândido Mendes.

**RESUMO:** a Emenda Constitucional 96, promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em 06/06/2017, é uma tentativa de reversão da jurisprudência consolidada do STF que refuta práticas como a vaquejada (ADI 4983) e a farra do boi (RE 153531 SC). Não obstante seja possível, em tese, tal ativismo congressual, entende-se, *permissa venia*, considerando que o objeto da aludida emenda viola cláusula pétrea e o princípio da vedação ao retrocesso social, evidente a inconstitucionalidade de tal ato. A jurisprudência do Pretório Excelso foi pautada no direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito fundamental.

**PALAVRAS-CHAVE:** reversão jurisprudencial. Emenda Constitucional 96. Meio ambiente. Direito social. Cláusula pétrea. Vedação ao retrocesso social.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. A vedação de práticas que submetam os animais à crueldade enquanto direito fundamental 3. A impossibilidade, no caso em análise, de reversão jurisprudencial pela via legislativa 4. Conclusão 5. Referências bibliográficas.

---

### **Introdução**

No dia 06/06/2017 foi promulgada a Emenda Constitucional 96 que inseriu o [§ 7º](#) ao artigo 225 da Constituição Federal. O dispositivo novel tem o objetivo reverter jurisprudência pacífica do STF que refuta atividades como a vaquejada e a farra do boi, eis que, segundo o Pretório Excelso, são práticas que submetem os animais à crueldade, o que é vedado pelo inciso VII do artigo 225 da Carta Magna.

O constituinte de 1988 inseriu no Título VIII da Constituição Federal um capítulo específico para tratar sobre o Meio Ambiente. No artigo 225, *caput* é consagrado o direito de todos, inclusive das gerações futuras, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, vejamos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No § 1º do dispositivo supracitado, especificamente no inciso VII, o constituinte originário, inspirado em tendência internacional de densificar a proteção do meio ambiente, vedou, expressamente, praticas cruéis com animais, *in verbis: (...) vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.*

Com base em tais dispositivos, o STF consolidou entendimento jurisprudencial que refuta a prática de atividades como a vaquejada e a farra do boi, eis que expõem os animais a intenso sofrimento.

Manifestações culturais também são dignas de proteção constitucional, estando, inclusive, no rol de direitos fundamentais (artigos 215 e 216 da CRB/88). Ocorre que a relatividade é uma característica de tais direitos, de modo que não é possível compreendê-los como direitos absolutos.

Para Alexandre de Moraes (2003, p. 61), *os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade).*

Foi nesse contexto que o STF declarou inconstitucional a Lei Cearense que regulamentou a prática da vaquejada (ADI 4983). Conforme notícia veiculada no site da própria Corte,

(...) o ministro Marco Aurélio afirmou que laudos técnicos contidos no processo demonstram consequências nocivas à saúde dos animais: fraturas nas patas e rabo, ruptura de ligamentos e vasos sanguíneos, eventual arrancamento do rabo e comprometimento da medula óssea. Também os cavalos, de acordo com os laudos, sofrem lesões.

Para o relator, o sentido da expressão “crueldade” constante no inciso VII do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal alcança a tortura e os maus-tratos infringidos aos bois durante a prática da vaquejada. Assim, para ele, revela-se “intolerável a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada”.

No que tange à farra do boi, prática comum no sul do país, o STF também entendeu pela inconstitucionalidade:

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi". (STF - RE: 153531 SC, Relator: FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 03/06/1997, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388).

Na perspectiva de se estabelecer uma reversão jurisprudencial pela via legislativa, foi promulgada a Emenda Constitucional 96 que inseriu no artigo 225 da CRB/88 o [§ 7º](#) com a seguinte redação:

Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

O Congresso Nacional pode, sim, promover, em tese, reversão jurisprudencial pela via legislativa. É louvável em um Estado Democrático de Direito um constante diálogo entre os poderes.

Não obstante esta possibilidade *a priori*, é imprescindível que se respeite cláusulas pétreas e a vedação ao retrocesso. Deste modo, *permissa venia*, evidente que a Emenda Constitucional 96/2017 é inconstitucional, pois a vedação ao tratamento cruel dos animais insere-se na proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental, sendo vedado o retrocesso nesta proteção.

### **1. A vedação de práticas que submetam os animais à crueldade enquanto direito fundamental**

Como restou demonstrado no capítulo anterior, não há qualquer dúvida de que a proteção dos animais contra práticas cruéis insere-se na proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este, por sua vez, é um direito social, qualificando-se, inclusive, como direito individual.

Conforme Dirley da Cunha Júnior (2013, p. 739),

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconhecido pela Constituição Federal em capítulo situado no título da ordem social, é um direito fundamental, na categoria direito social, qualificado pela doutrina como direito de terceira geração. Nem por isso se lhe negue caráter, também, individual.

Bem, sendo um direito fundamental (social e, inclusive individual, segundo abalizada doutrina supramencionada), é cláusula pétrea e está protegido contra o retrocesso social.

O artigo 60, § 4º, inciso IV da CRB/88 estabelece que os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas. A doutrina, por sua vez, entende que os direitos fundamentais, em especial os sociais, como o meio ambiente, estão protegidos pelo princípio da vedação ao retrocesso.

Segundo Carvalho (2011, p. 791),

Ainda no âmbito da garantia dos direitos sociais, destaca-se a proibição do retrocesso social entendida como a impossibilidade de se suprimir, em especial através de uma lei superveniente, direitos sociais de caráter positivo que foram outorgados pela norma constitucional.

Em outra passagem de sua obra, Carvalho (2011, p. 1293) relaciona o princípio do desenvolvimento sustentado com a dignidade dos seres vivos, *Por desenvolvimento sustentado entende-se aquele que se estrutura de modo a assegurar o respeito à integridade e à dignidade dos seres vivos (...)*.

## **2. A impossibilidade, no caso em análise, de reversão jurisprudencial pela via legislativa**

Reação legislativa (ou superação legislativa) consiste na atuação do Congresso Nacional (ativismo congressual) na perspectiva de superar determinado entendimento jurisprudencial consolidado na Suprema Corte. Configura verdadeira mutação constitucional pela via legislativa.

Evita-se, assim, que o judiciário, por meio de sua Corte Suprema, se sobreponha sobre os demais poderes.

Para Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 402-405),

“(...) não é salutar atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. (...). É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.

(...)

As decisões do STF em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Isso, porém, não impede que seja editada uma nova lei, com

conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional. Essa posição pode ser derivada do próprio texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição). Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexões no resultado do julgamento.”.

Ocorre que, no caso em análise, a reação legislativa é evitada de inconstitucionalidade, seja por violar cláusula pétrea, seja por configurar retrocesso social.

O Professor Márcio André Lopes Cavalcanti explica,

No caso de reversão jurisprudencial (reação legislativa) proposta por meio de emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas restritas hipóteses de violação aos limites previstos no art. 60, e seus §§, da CF/88. Em suma, se o Congresso editar uma emenda constitucional buscando alterar a interpretação dada pelo STF para determinado tema, essa emenda somente poderá ser declarada inconstitucional se ofender uma cláusula pétrea ou o processo legislativo para edição de emendas.

### **3. Conclusão**

Em que pese legítima em um Estado Democrático de Direito a reação legislativa (superação legislativa ou ativismo legislativo) na perspectiva de superar um entendimento jurisprudencial consolidado no Supremo Tribunal Federal, esta

prerrogativa legislativa é limitada pelas cláusulas pétreas e pelo princípio da vedação ao retrocesso social.

Assim, considerando que a vedação de práticas que submetam os animais à crueldade está inserida no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e que este é um direito social fundamental, inadmissível que o Poder Constituinte derivado retroceda naquilo que foi alcançado pela sociedade e positivado pelo Poder Constituinte Originário.

#### **4. Referências bibliográficas**

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte – MG. Editora Del Rey. 2011.

CAVALCANTI, Márcio André. *Superação legislativa da jurisprudência e ativismo congressual*. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html>. Acesso em 11/06/2017.

DA CUNHA JR., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador – BA. Juspodivm. 2013.

MORAIS, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Notícias STF. *STF julga inconstitucional lei cearense que regulamenta vaquejada*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>. Acesso em 11/06/2017.



## DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 8º DA LEI 13.202/2015

**MATEUS BENATO PONTALTI:** Juiz Federal Substituto do TRF da 1ª Região. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET.

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar a compatibilidade constitucional do disposto no artigo 8º da Lei 13.202/2015, o qual autorizou o Poder Executivo a atualizar monetariamente, na forma do regulamento, o valor de diversas taxas, com os princípios da legalidade, anterioridade e segurança jurídica.

**Sumário:** Introdução. 1. Da (não) ofensa ao princípio da legalidade tributária. 2. Da (não) ofensa aos princípios da anterioridade. 3. Da (não) ofensa ao princípio da segurança jurídica. Conclusão. Referências.

---

### INTRODUÇÃO

Desde as primeiras aquisições de direitos que, pouco a pouco, acabaram por culminar no surgimento do Estado Democrático de Direito, encontram-se disposições que limitaram o poder estatal no campo da tributação. A mais antiga é aquela que submete a exigência do tributo à prévia autorização, cujo marco tem sido apontado pela doutrina como sendo a *Magna Carta*, assinada em 1215 pelo Príncipe João Sem Terra. Alguns estudiosos apontam data ainda mais remota, identificando tal exigência em práticas adotadas pelas corporações de ofícios.

No que diz respeito ao Direito Brasileiro, todas as constituições pretéritas trataram de estabelecer limitações ao poder de tributar. De todo modo, sem desconsiderar os méritos que cada uma teve dentro do contexto histórico em que foram editadas, é inegável que nenhuma constituição foi tão detalhista em matéria de Direito Tributário quanto à Constituição Federal de 1988. A atual constituição dedicou um título inteiro ao estabelecimento das linhas básicas do Sistema Tributário Nacional, existindo na lei maior um capítulo apenas para estabelecer as limitações ao poder de tributar.

Dentre as principais limitações gravadas nesse capítulo, que se inicia no artigo 150 da Constituição Federal, encontram-se as normas que estabelecem imunidades tributárias e os princípios de direito tributário. Assim, qualquer legislação que pretenda inserir novas obrigações no âmbito tributário deve passar pela filtragem dessas disposições constitucionais, não podendo adentrar nas áreas imunizadas ou escapar da incidência dos princípios ali consagrados.

Estabelecida essa premissa – de que qualquer norma que institui ou majora tributos deve observar estritamente as limitações constitucionais ao poder de tributar – tem o presente artigo o objetivo de analisar se o artigo 14 da Medida Provisória de número 685/2015, posteriormente convertido no artigo 8º da Lei 13.202/2015, obedece a todos os parâmetros da Constituição Federal de 1988.

Como se sabe, a Medida Provisória de número 685, de 21 de julho de 2015, autorizou o Poder Executivo a atualizar monetariamente, na forma do regulamento, o valor de diversas taxas existentes. Durante a sua tramitação no Congresso Nacional foram realizadas algumas alterações no texto original, dentre as quais a inserção de dois parágrafos que limitaram o percentual do valor a ser atualizado. Ao final, a Medida Provisória foi convertida na Lei 13.202/2015, tendo resultado, naquilo que diz respeito ao tema analisado, no seguinte artigo de lei:

Art. 8º. Fica o Poder Executivo autorizado a atualizar monetariamente, na forma do regulamento, o valor das taxas instituídas: (Regulamento)

I - no art. 17 da Lei nº 9.017, de 30 de março de 1995;

II - no art. 16 da Lei nº 10.357, de 27 de dezembro de 2001;

III - no art. 11 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

IV - no art. 1º da Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989;

V - no art. 23 da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999;

VI - no art. 18 da Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000;

VII - no art. 12 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996

VIII - no art. 29 da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005;

IX - no inciso III do caput do art. 77 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001;

X - nos art. 3º-A e art. 11 da Lei nº 9.933, de 20 de dezembro de 1999; e

XI - no art. 48 da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010.

Não é preciso muito esforço para se concluir que o referido texto normativo não agride a nenhuma das normas de imunidade prevista no texto constitucional. Desse modo, a dúvida razoável existente, já objeto de algumas ações judiciais, diz respeito à possível ofensa a três princípios consagrados na carta, a saber, os princípios da (i) legalidade, (ii) anterioridade e (iii) segurança jurídica.

Assim, propõe-se, a partir de agora, a apresentar possíveis respostas a essas indagações, apresentando-se argumentos a respeito da (in) compatibilidade do artigo 8º da Lei 13.202/2015 com os princípios retro mencionados.

## 1. DA (NÃO) OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

O princípio da legalidade, extraído do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, enuncia que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O referido mandamento foi especializado para o âmbito tributário, tendo o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, sido claro ao afirmar ser “vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Embora os dois dispositivos mencionados deitem raízes na mesma doutrina política, a saber, na ideia de que os cidadãos devem se submeter tão somente as normas que eles próprios criaram através dos seus representantes, deve-se afastar, de plano, a afirmação segundo a qual o artigo 150, inciso I, seria desnecessário ou redundante, em razão da possibilidade de construção do princípio da legalidade a partir do artigo 5º, inciso II, anteriormente mencionado.

Isso porque, enquanto a legalidade geral – extraída do artigo 5º, inciso II – condiciona a obrigatoriedade de um comportamento a uma regra que possa ser construída “em virtude” de uma lei, a legalidade tributária – extraída do artigo 150, inciso I, da CF – exige que a própria obrigação esteja prevista na Lei, não existindo espaço para delegação<sup>[1]</sup>. Desse modo, a legalidade tributária tem contornos mais rígidos que a legalidade geral.

No que tange ao conteúdo do artigo 150, inciso I, da CF, a construção do princípio da legalidade tributária não pode prescindir de uma delimitação dos significados dos vocábulos *exigir*, *aumentar*, *tributo* e *lei*, utilizados pelo texto normativo. Tal tarefa se afigura fundamental para exata compreensão do mandamento constitucional, sendo certo que, a depender do significado que o intérprete der a cada uma dessas palavras, o grau de intensidade dos requisitos exigidos para introdução de um novo tributo ou majoração do seu valor pode variar sensivelmente.

No presente artigo, proceder-se-á, a partir de agora, ao estudo dos termos “aumentar”, “tributo” e “lei”, deixando-se de lado a análise individualizada do verbo “exigir”. A razão dessa escolha repousa no fato de que a Lei 13.202/2015 – resultado da Medida Provisória de número 685/2015 – a que se pretende analisar a constitucionalidade, não instituiu ou exigiu novo tributo, limitando-se a autorizar o acréscimo do seu valor. Contudo, não custa frisar que, ainda que não se proceda a uma análise individual e pormenorizada sobre o significado do termo “exigir”, a sua significação é pressuposta na construção de sentido dos outros vocábulos, uma vez que as palavras não podem ser interpretadas isoladamente,

senão no sentido em que empregadas, no cotejo com os demais termos que compõe a oração.

Feita tais considerações, debruça-se sobre a palavra *tributo*, cujo conceito comporta pelo menos seis acepções, conforme indicado por Paulo de Barros Carvalho[2]. São elas: a) a quantia em dinheiro; b) o dever jurídico do sujeito passivo; c) o direito subjetivo de que é titular o sujeito ativo; d) como relação jurídica tributária; e) como norma jurídica tributária; f) como norma, fato e relação jurídica, ao mesmo tempo.

No contexto em que a palavra *tributo* foi utilizada pela Constituição e, tendo em vista a multiplicidade de acepções do termo, é possível extrair do artigo 150, inciso II, duas ideias distintas e complementares:

Primeira, no sentido de que o princípio da legalidade se estende a todas as espécies tributárias espalhadas pelo ordenamento jurídico. Independentemente de se defender a existência de duas, três ou cinco espécies, ninguém discorda do fato de que tributo é gênero, do qual os impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios são espécies. Assim, ao utilizar o termo tributo, a Constituição deixou claro que a exigência de lei não se limita a uma ou alguma das suas espécies, aplicando-se indistintamente a todas as exações. Quando quis restringir um dispositivo à uma classe, a Constituição Federal o fez expressamente, como se observa do inciso IV, do artigo 150, o qual estabelece as hipóteses de imunidades à incidência de *impostos*.

A segunda ideia diz respeito à imprescindibilidade de que todos os elementos necessários ao nascimento da obrigação tributária estejam previstos em lei. Nesse sentido, CARVALHO (2011, p.299) enuncia que: “O princípio da legalidade compele o intérprete, como é o caso dos julgadores, a procurar frases prescritivas, única e exclusivamente, entre as introduzidas no ordenamento positivo por via de lei ou de diploma que tenha o mesmo status. Se do conseqüente da regra advier obrigação de dar, fazer ou não-fazer alguma coisa, sua construção reivindicará a seleção de enunciados colhidos apenas e tão somente no plano legal”.

Desse modo, a lei precisa indicar, com rigorosa exatidão, todos os elementos da realidade a tributar, a fim de que nela esteja previsto tudo o que for necessário e suficiente ao nascimento da obrigação tributária[3].

Quanto ao termo *lei*, é assente que, empregando a Constituição Federal esse substantivo, sem qualquer adjetivo que lhe qualifique, está-se diante da exigência tão somente de lei ordinária, cujo quórum para aprovação é de maioria simples.

Desse modo, basta analisar os dispositivos que outorgam competência para se concluir que, como regra, a instituição de tributos pode ser realizada por meio de lei ordinária, excetuadas as seguintes hipóteses, nas quais a Constituição Federal expressamente exigiu lei complementar: a) Empréstimos Compulsórios, conforme previsão do artigo 148 da CF; b) imposto sobre grandes fortunas, nos termos do artigo 153,

inciso VII, da CF; c) Impostos residuais de competência da União, conforme artigo 154, inciso I; d) Contribuições para Seguridade Social Residuais, conforme artigo 195, §4º, da CF.

Discussão mais tormentosa e que tem relação com o objeto do presente artigo diz respeito à possibilidade de instituir ou aumentar tributos por meio de Medida Provisória.

Embora o Supremo Tribunal Federal, desde a redação originária da Constituição Federal - antes, portanto, da Emenda Constitucional 32/2001 - tenha firmado posição no sentido da sua possibilidade[4], os argumentos em sentido contrário pareciam ter maior consistência, pelo menos até o advento desta Emenda Constitucional.

Em primeiro lugar, porque a expressão “força de lei”, utilizada no caput do artigo 62 da Constituição Federal para definir as Medidas Provisórias, não leva à equiparação da *lei*, em razão de aquelas serem dotadas de coercibilidade e vigor a título precário, até que sejam convertidas por decisão do Congresso Nacional[5].

O segundo argumento diz respeito aos próprios pressupostos de relevância e urgência, os quais exigem eficácia imediata da Medida Provisória, em contradição com o princípio da anterioridade. No dizer de (BALEIRO, 2015) “as leis ordinárias ou complementares, que instituem ou majoram tributos, têm a eficácia e a aplicabilidade adiadas, por força do princípio da anterioridade. Medidas provisórias, em razão da relevância e da urgência, têm necessariamente sua eficácia e aplicabilidade antecipadas à existência de lei em que se hão de converter, por imperativo constitucional”[6].

A terceira objeção reside no fato de que, tratando-se de tributos aos quais se vislumbrou a necessidade de respostas estatais rápidas – notadamente os impostos a que a Constituição Federal autorizou a elevação das alíquotas pelo executivo – a própria Constituição Federal concedeu instrumento mais célere e efetivo do que as Medidas Provisórias, autorizando-se a elevação da alíquota por mero decreto do Poder Executivo[7].

O quarto argumento é o de que, à luz de todas as constatações acima, a mera ausência de proibição expressa não conduziria a uma autorização implícita.

Por outro lado, após a Emenda Constitucional de número 32/2001, tais argumentos parecem ter sido superados, em razão da inserção de dispositivo expresso que autoriza a edição de Medidas Provisórias em Direito Tributário. No entanto, a controvérsia sobre o assunto não findou, tendo apenas mudado de foco. Agora, a objeção não mais diz respeito a *se existe ou não autorização*, no texto constitucional para edição de Medidas Provisórias na seara tributária; mas a *se a autorização existente*, introduzida pela Emenda Constitucional nº 32/2001, ofende ou não alguma cláusula pétrea, sendo ela própria inconstitucional.

Há vozes abalizadas na doutrina que sustentam a inconstitucionalidade do dispositivo. Para CARRAZA (2011, p. 297), a referida emenda “Viola, pois, a cláusula pétrea do art. 60, §4º, III, da CF, que estabelece que nenhuma emenda constitucional poderá sequer tender a abolir a separação dos Poderes. Como se isso não bastasse, a Emenda Constitucional 32/2001 – sempre no que concerne às medidas provisórias – atropela o direito fundamental dos contribuintes de só serem compelidos a pagar tributos que tenham sido adequadamente consentidos por seus representantes imediatos: os legisladores. Invocável, portanto, na espécie, também a cláusula pétrea do artigo 60, §4º, IV, da CF, que veda o amesquinamento, por meio de emenda constitucional, dos direitos e garantias individuais *lato sensu*”.

Pede-se vênia para não comungar desse entendimento. Defende-se, no presente artigo, que a referida Emenda Constitucional não atentou contra a separação dos poderes, pelas seguintes razões: a) a questão mais sensível diz respeito à possibilidade de o Poder Executivo editar instrumento com força de lei; tal previsão, no entanto, remonta à redação originária da Constituição Federal, fazendo parte do sistema de freios e contrapesos pressuposto pela salvaguarda do artigo 60, §4º, III, da CF; b) ainda que se entenda – como faz o presente artigo – que, na redação originária, não existia espaço para edição de Medidas Provisórias no campo tributário, a mera ampliação do rol dos assuntos possíveis de serem disciplinados por esse instrumento não representa, por si só, ofensa à cláusula pétrea, sobretudo no caso em discussão, em que o Supremo Tribunal Federal, como intérprete constitucional, já acolhia tal possibilidade; c) no conjunto, a Emenda Constitucional 32/2001 acabou por fortalecer o poder Legislativo, moralizando a tramitação das medidas provisórias e evitando a combatida prática de reedições sucessivas. A partir da nova sistemática, se a medida provisória não for convertida em lei no prazo de 60 dias prorrogáveis por uma vez, perde a eficácia, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Também se pede licença para dissentir da tese de que a referida Emenda ofenderia o disposto no artigo 60, §4º, IV, da CF. Isso porque, a garantia de que os contribuintes só sejam compelidos a pagar tributos por meio do consentimento dos seus representantes restou preservada. Mesmo em se tratando de Medida Provisória, a última palavra é do Poder Legislativo. Ademais, em caso de rejeição ou perda da sua eficácia pelo transcurso do prazo constitucional, cabe ao Congresso Nacional decidir sobre a disciplina das relações jurídicas que ocorreram durante a sua vigência.

No que tange ao verbo *aumentar*, o contexto da oração permite inferir que a Constituição veda qualquer modificação, senão por meio de lei, na base de cálculo ou na alíquota da regra-matriz de incidência, que importe no acréscimo do valor tributável.

A questão controversa diz respeito à melhor interpretação do termo *umentar*, existindo pelo menos duas acepções possíveis nesse contexto: Na primeira, o termo *umentar* estaria atrelado ao *valor nominal* da exação, o que tornaria inconstitucional qualquer alteração da base de cálculo por meio de outro instrumento legislativo que não a lei – ou, de acordo com as premissas adotadas acima, por meio de Medida Provisória a partir da EC 32-2001. A segunda acepção do termo o vincula ao *valor real*, correspondente ao valor nominal após o ajuste em relação à inflação.

Embora exista na doutrina quem sustente a tese de que a palavra aumento deveria ser interpretada no primeiro sentido, vedando-se, portanto, a possibilidade de atualização monetária por ato infralegal, adota-se no presente artigo a tese contrária, que qualifica o verbo aumentar, previsto no artigo 150, inciso I, como atrelado ao *valor real* do tributo. E, assim se entende, pelas seguintes razões:

A Constituição empregou o termo aumentar ou aumento dezesseis vezes, em contextos distintos, não deixando expresso em nenhum deles de qual espécie de aumento – se nominal ou real – estaria a tratar. Nesse sentido, não tendo a Constituição escolhido um entre os dois sentidos e, sendo razoável quaisquer das interpretações, afigurar-se-ia lícito ao legislador optar por um dos dois significados, o que efetivamente ocorreu com a inserção do §2º ao artigo 97 do CTN. Com efeito, o referido dispositivo afirma que “Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo”.

Ademais, do ponto de vista econômico, a mera atualização monetária da base de cálculo realmente não importa em majoração do tributo, mas tão somente na preservação do seu valor. Desse modo, o fundamento central do princípio da legalidade, que é de condicionar a tributação – e a sua medida – ao consentimento dos cidadãos resta preservado.

Além disso, em sendo o fenômeno inflacionário algo previsível e constante, não é desarrazoado que, na própria lei que institua a exação, conste previsão expressa que permita ao Poder executivo atualizá-la monetariamente. A referida técnica atende ao princípio da praticidade, evitando que, a cada exercício financeiro, deva o Poder Legislativo proceder a uma revisão de toda a legislação tributária, desencadeando sucessivos processos legislativos tão somente para que a medida real da tributação escolhida inicialmente permaneça a mesma.

Por fim, sob a perspectiva da pragmática, é certo que, desde há muito, o termo *umentar* tem sido utilizado nesse contexto, de vedar o aumento real da tributação. A constituição de 1967, em seu artigo 20, inciso I, dispunha ser vedado aos entes federativos “instituir ou *umentar* tributo sem que a lei o estabeleça,

ressalvados os casos previstos nesta Constituição”, em redação muito semelhante da atual. Já naquela época vigia o Código Tributário Nacional, cujo artigo 97, inciso II, dispõe que somente a lei pode estabelecer “a majoração de tributos”, bem como que não constitui majoração a atualização do valor monetário da base de cálculo, conforme §2 do artigo 97 citado anteriormente. Durante a vigência da Constituição pretérita, sempre se entendeu que esse último dispositivo era compatível com a ordem constitucional vigente. Assim, a tradição do direito brasileiro tem sido a de não considerar como aumento do tributo a mera atualização monetária da base de cálculo, não soando absurda a conclusão de que, ao manter praticamente idêntica, nesse ponto, a redação da Constituição passada, intentou-se preservar essa exegese.

Assim, por essas razões, compreende-se o termo aumentar, utilizado pelo artigo 150, inciso I, da CF, como *aumento real* da tributação.

Contudo, a adoção dessa acepção não significa afirmar que a atualização monetária da base de cálculo de um tributo possa ser feita ao talante da administração pública, sem quaisquer condicionantes que devam ser necessariamente observadas.

Como expõe Roque Antônio Carrazza[8], o exercício desta aptidão deve ser exercido com obediência a dois pressupostos: primeiro, que a possibilidade da correção monetária por meio de ato infra legal esteja expressamente prevista em lei, uma vez que, ao efetuar o lançamento, a Administração Pública não pode agir *sponte propria*. Segundo, que a lei ou o ato que promover à atualização deve ser expressa ao indicar os critérios de correção monetária adotados.

No caso da Medida Provisória de número 685/2015, posteriormente convertida na Lei 13.202/2015, os dois requisitos mencionados acima foram observados:

O artigo 8º da referida lei dispõe que “Fica o Poder Executivo autorizado a atualizar monetariamente, desde que o valor da atualização não exceda a variação do índice oficial de inflação apurado no período desde a última correção, em periodicidade não inferior a um ano, na forma do regulamento, o valor das taxas instituídas”, arrolando a seguir as exações a que faz referência.

Dessa forma, há expressa autorização legal para realização da atualização monetária pelo Poder Executivo, tendo igualmente o dispositivo vedado a recomposição da inflação em periodicidade inferior a um ano.

Quanto ao critério de correção aplicável, as portarias editadas[9] determinaram a aplicação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo -



IPCA, o qual reflete a inflação do período, não se consubstanciando em um aumento real disfarçado.

Portanto, tendo sido construídas, de acordo com os pressupostos adotados ao longo do artigo, as significações dos termos *umentar*, *tributo* e *lei*, faz-se possível chegar as seguintes conclusões: a) as taxas referidas na Medida Provisória de número 685/2015, posteriormente convertida na Lei 13.202/2015, devem obedecer ao disposto no artigo 150, I, da CF, por serem espécie do gênero *tributo*; b) o fato de os dispositivos analisados terem origem na edição de Medida Provisória não ofende a exigência de *lei*, uma vez que, após a Emenda Constitucional nº32/2001, afigura-se possível a sua utilização em matéria tributária; c) a efetiva atualização, pelo executivo, da base de cálculo das referidas exações, também não implicou ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que não implicou no *umento* da exação.

Assim, no que tange ao princípio da legalidade, não se vislumbra inconstitucionalidade no artigo 8º da lei 13.202/2015.

## 2. DA (NÃO) OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE

O artigo 150, inciso III, da Constituição Federal, a partir do qual se pode construir os princípios da anterioridade, dispõe no seguinte sentido:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

III - cobrar tributos: [...]

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b

Do disposto na alínea b, é possível construir a norma a que a doutrina chama de anterioridade anual ou genérica, que veda a cobrança de tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. A alínea c, por sua vez, diz respeito à anterioridade nonagesimal, cujo conteúdo impede a cobrança da exação antes de decorrido noventa dias da lei que os instituiu ou aumentou.

Constata-se que o texto também utiliza os termos *tributos*, *leie aumentou*. Assim, no que tange as controvérsias acerca da interpretação dessas palavras, aplica-se integralmente todas os pressupostos assentados no item anterior do presente artigo.

Desse modo, não procede o argumento de inconstitucionalidade do artigo 8º da Lei nº 13.202/2015 por ofensa ao artigo 150, inciso III, da CF.

O princípio da anterioridade se aplica no caso de a lei *aumentar* um tributo, compreendendo-se tal vocábulo como aumento real e não meramente nominal.

No caso da Lei 11.202/2015, não houve aumento real do tributo, mas tão somente a atualização monetária das exações.

### **3. DA (NÃO) OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.**

Afastadas as alegações de ofensa aos princípios da legalidade e da anterioridade, cumpre aferir agora se o artigo 8º da Lei nº 13.202/2015 ofendeu ao princípio da segurança jurídica. Tal se afigura necessário em razão da existência de particularidade que diferencia o referido dispositivo de outras normas que também autorizaram o Poder Executivo a atualizar monetariamente alguma exação.

O fator de diferença reside no fato de que tais taxas foram instituídas há muitos anos – algumas delas há décadas – sem que, durante todo o período de vigência, fosse realizada a atualização monetária das exações. O resultado foi que, ao se corrigir os tributos pela inflação acumulada, verificou-se um incremento substancial na quantia devida.

Apenas a título de exemplo, os valores da Taxa de Fiscalização do Mercado de Valores Mobiliários e das suas correspondentes classes de patrimônio líquido que constam do Anexo da Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989 sofreram incremento de 241,85%. A Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária, por sua vez, prevista no art. 23 da Lei nº 9.782/99, teve uma correção que atingiu o percentual de 193,55%.<sup>[10]</sup> Ressalta-se que, na redação originária da Medida Provisória, esse aumento era ainda mais significativo, em razão de durante a tramitação do processo legislativo se ter incluído o parágrafo primeiro ao artigo 8º, segundo o qual a primeira atualização monetária relativa às taxas previstas no caput ficaria limitada ao montante de 50% (cinquenta por cento) do valor total de recomposição referente à aplicação do índice oficial desde a sua instituição. Antes da inclusão desse parágrafo, ainda sob a égide da redação originária da Medida Provisória, presenciaram-se situações como aquela constante da Portaria Interministerial nº 701/2015, a qual elevou a taxa de revalidação e renovação de registro de medicamentos novos de R\$ 80.000,00 para R\$ 234.836,12.

Assim, ainda que não tenha existido um aumento real desde a última correção, o fato é que ocorreu um aumento brusco no valor da tributação,

justificando-se um exame mais detido acerca de eventual ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Antes, contudo, de adentrar-se no tema específico, é necessário fixar os parâmetros do teste de constitucionalidade que será realizado. Nesse sentido, é imprescindível a definição do que se entende, nesse artigo, como segurança jurídica, bem como quais são as condutas a que o referido princípio determina como obrigatórias, permitidas e proibidas.

Acerca do tema, Humberto Ávila, em longa monografia, demonstrou que a análise sobre a segurança jurídica ocorre mediante um alto grau de *parcialidade* e *vagueza*. A parcialidade ocorre em razão de o tema ser examinado sob um aspecto em particular, negligenciando-se as demais manifestações da segurança jurídica. A vagueza decorre do fato de o estudo ser feito de maneira excessivamente ampla, sem que sejam apontados critérios adequados para efetivação prática do princípio da segurança jurídica.<sup>[11]</sup>

A fim de superar tais dificuldades, o referido jurista reduziu a indeterminação conceitual do princípio da segurança jurídica e construiu critérios seguros que lhe garantem a operacionalidade.

Nesse sentido, utilizando-se da teoria elaborada por Humberto Ávila como referencial teórico, pode-se conceituar o princípio da segurança jurídica como a norma-princípio, fundada constitucionalmente, que determina a adoção de determinados comportamentos para realização dos estados que ela determina atingir<sup>[12]</sup>. Esses estados ideais cuja promoção é determinada pelo princípio da segurança jurídica são a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade.

Nas palavras de ÁVILA (2016, p. 107/108), tais elementos podem ser descritos da seguinte forma:

o ideal de confiabilidade representa, sob perspectiva retrospectiva, a mudança do passado ao presente, denotando aquilo que, do passado, deve permanecer no presente; o ideal de calculabilidade ilustra, sob perspectiva prospectiva, a passagem do presente ao futuro, para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o futuro; e a transparência do controle semântico-argumentativo revela a necessidade de objetividade discursiva na transição do dispositivo à norma, e da norma à decisão

No que tange ao objeto do presente estudo, assume relevância o estado de calculabilidade, que diz respeito à dimensão futura do princípio da segurança jurídica. Pode-se defini-la como a capacidade de antecipação das consequências

alternativas atribuíveis pelo Direito a fatos ou a atos, de forma que a consequência efetivamente aplicada no futuro se situe dentro daquelas alternativas que foram antecipadas no presente.<sup>[13]</sup>

Como se extrai da definição, o estado de calculabilidade não tem a pretensão de exigir que o cidadão tenha certeza sobre a norma que será aplicada no futuro, mas apenas determina que a norma que venha a incidir seja objetivamente previsível, ou seja, situe-se dentro do espectro de alternativas que possam ser antecipadas no presente.

Dentre as várias manifestações do estado de calculabilidade, destacam-se em importância a anterioridade de exercício financeiro e a anterioridade nonagesimal, a que se fez referência anteriormente. Tais normas proporcionam um conhecimento prévio da legislação do porvir, garantindo aos contribuintes a possibilidade de exercerem legitimamente um planejamento estratégico.

Contudo, tais manifestações não as únicas, possuindo o princípio da segurança jurídica autonomia. Assim, nos casos em que a regra da anterioridade não se aplique, seja por exceção constitucional ou mesmo porque o caso concreto não se amolda à sua hipótese, pode o princípio da segurança jurídica ser aplicado diretamente sobre a relação jurídica, a fim de salvaguardar os estados ideais a que ele almeja atingir.

No caso do objeto do presente artigo, como dito anteriormente, embora não tenha existido uma majoração real do tributo desde a última recomposição inflacionária – a afastar, de acordo com os pressupostos aqui aplicados, a incidência da norma da anterioridade – não há dúvidas de que o valor cobrado variou sensivelmente, em alguns casos triplicando.

A questão que se coloca, portanto, é responder se, à luz do princípio da segurança jurídica, afigurou-se legítima a atuação estatal de exigir, quase que instantaneamente, um aumento substancial no valor de diversas taxas em razão da realização de uma recomposição inflacionária acumulada de décadas.

Como se acentuou anteriormente, o estado preconizado pelo princípio da segurança jurídica é alcançado, na modalidade da calculabilidade, quando a norma a ser aplicada no futuro for possível de previsão no presente.

Nesse sentido, o estado da calculabilidade afasta mudança bruscas e drásticas. Nas palavras de ÁVILA (2016, p. 619), “ bruscas são aquelas alterações que não são, de modo algum, antecipáveis e que, por isso mesmo, surpreendem o destinatário que com aquelas não contava, nem podia contar”. As mudanças drásticas ocorrem quando as mudanças, embora antecipáveis, mostram-se bastante intensas nos seus efeitos.

Dentre os possíveis cenários capazes de previsão objetiva se enquadra a atualização monetária ou mesmo um aumento real da tributação, em razão de a revisão do critério quantitativo da regra-matriz de incidência ser fato corriqueiro, sobretudo quando realizado para recompor a perda inflacionária.

Contudo, a revisão do *quantum debeatur*, no caso concreto, além de ter atingido a patamares extraordinários, representou uma mudança repentina de postura do poder executivo sobre o tema, situando-se fora do espectro das possibilidades que poderiam ser validamente antecipados pelos contribuintes.

Com efeito, fato de o valor das taxas ter se mantido o mesmo durante um longo período de tempo autoriza a concluir que, dentre as possibilidades normativas previsíveis então existentes, situava-se: a) a de que o valor da tributação não seria alterado; b) de que poderia ser majorado, num percentual razoável; c) que poderia ser aumentado sensivelmente, garantindo-se nessa última hipótese um período de adaptação.

As circunstâncias então existentes não autorizavam a suposição de que, de uma hora para outra, com base em uma medida provisória, o poder executivo elevaria o valor das exações em até 300% e exigiria imediatamente as novas quantias. Essa postura representou uma inovação brusca na política fiscal vigente, fugindo do campo de possibilidades que se tinha à época.

Portanto, em casos assim, em que ocorre uma mudança drástica e brusca na carga tributária, independentemente de previsão constitucional ou legal específica, há a necessidade, por força do princípio da segurança jurídica, de que essa mudança venha acompanhada de mecanismos de temperança da modificação. Um dos mecanismos possíveis, ao lado das regras de transição, é a fixação de um prazo razoável entre a data da publicação da norma modificativa e o início da sua eficácia.<sup>[14]</sup> Isso porque, embora o princípio da segurança jurídica não impeça o Estado de proceder à atualização monetária das exações, mesmo na hipótese de longo período inflacionário acumulado, não há dúvidas de que ele impõe a existência de regras de transição ou técnicas de amortização do impacto tributário, a fim de que seja compatibilizada a necessidade de obtenção de receitas com o estado ideal de calculabilidade exigido por esse princípio constitucional.

No caso da redação originária da Medida Provisória de nº 685/2015, nenhum desses mecanismos foi utilizado. A efetivação da atualização monetária ocorreu um ou dois meses depois da sua edição, mediante a publicação das portarias pelo Poder Executivo, sendo igualmente certo que o texto original não previa qualquer limitação quanto ao valor a ser atualizado. Desse modo, apenas para repetir o exemplo dado anteriormente, de um mês para o outro o

contribuinte que procedeu a renovação de registro de medicamento teve de despendar R\$ 234.836,12 ao invés do valor de R\$ 80.000,00 até então vigente.

Portanto, o presente artigo defende a inconstitucionalidade do artigo 14 da Medida Provisória 685/2015, posteriormente convertido no artigo 8º da Lei 13.202/2015, por ofensa ao princípio da segurança jurídica.

A Lei 13.202/2015, resultado da conversão da referida Medida Provisória, melhorou a redação originária, tendo incluído os parágrafos primeiro e segundo ao artigo 8º, nos seguintes termos:

Art. 8º Fica o Poder Executivo autorizado a atualizar monetariamente, desde que o valor da atualização não exceda a variação do índice oficial de inflação apurado no período desde a última correção, em periodicidade não inferior a um ano, na forma do regulamento, o valor das taxas instituídas: [...]

§ 1º A primeira atualização monetária relativa às taxas previstas no caput fica limitada ao montante de 50% (cinquenta por cento) do valor total de recomposição referente à aplicação do índice oficial desde a instituição da taxa.

§ 2º Caso o Poder Executivo tenha determinado a atualização monetária em montante superior ao previsto no § 1º do caput, poderá o contribuinte requerer a restituição do valor pago em excesso.

Contudo, ainda assim, entende-se que o dispositivo se afigura inconstitucional, porque o mecanismo previsto no parágrafo primeiro, de limitar ao montante de cinquenta por cento o valor total da recomposição, não foi suficiente para salvaguardar o fim estabelecido pela norma-princípio da segurança jurídica.

Com efeito, em alguns casos, mesmo com a limitação referida, constatou-se uma modificação brusca no valor da tributação, como nos exemplos dados anteriormente, de incremento de 241,82% na Taxa de Fiscalização do Mercado de Valores Mobiliários e de 193,55% na taxa prevista no art. 23 da Lei nº 9.782/99.

Desse modo, a ressalva não foi suficiente para atender, ainda que minimamente, a exigência de segurança jurídica prevista constitucionalmente, o que teria ocorrido se a legislação, ao invés de estipular um teto sobre a própria recomposição, tivesse utilizado outras técnicas legislativas, como a postergação da vigência da norma do artigo 8º ou o escalonamento da majoração, mediante a estipulação de um percentual máximo de aumento no primeiro ano.

Portanto, por todas essas circunstâncias, reputa-se inconstitucional, por ofensa ao princípio da segurança jurídica, o disposto no artigo 8º da Lei 13.202/2015.

## CONCLUSÃO

O objetivo do artigo foi analisar a compatibilidade do artigo 8º da Lei 13.202/2015, que autorizou o Poder Executivo a atualizar monetariamente o valor de diversas taxas, com os princípios da legalidade, anterioridade e segurança jurídica.

Iniciou-se a análise pelo princípio da legalidade, ocasião em que foram definidos os termos *tributo*, *augmentar* e *lei*.

Constatou-se que as taxas referidas pela Lei 13.202/2015 se enquadram no conceito de *tributo*, razão pela qual o seu *augmentose* encontra regulado pelos princípios e regras constitucionais constantes do artigo 150 da Constituição Federal.

Quanto ao termo *lei*, assentou-se que, após a Emenda Constitucional de número 32/2001, a Constituição Federal autorizou expressamente a edição de Medidas Provisórias em direito tributário, não se vislumbrando na edição dessa emenda qualquer ofensa às cláusulas pétreas previstas no artigo 60 da CF.

No que tange ao termo *augmentar*, foi exposta a controvérsia acerca da sua interpretação, tendo o presente artigo entendido que o termo deve ser interpretado como aumento real da tributação, e não como aumento meramente nominal.

Ao final, defendeu-se que a Lei 13.202/2015 não contrariou o princípio da legalidade.

Após a análise do princípio da legalidade, enfrentou-se a alegação de que existiria ofensa ao princípio da anterioridade.

Em razão de o dispositivo a partir do qual o princípio da anterioridade é construído ter utilizado os mesmos vocábulos analisados anteriormente – aumento, tributo e lei – defendeu-se que, pelas razões outrora expostas, não existiu qualquer ofensa ao princípio da anterioridade.

Por fim, passou-se a analisar a compatibilidade do artigo 8º da Lei 13.202/2015 com o princípio da segurança jurídica.

Com base na teoria de Humberto Ávila, defendeu-se que o princípio da segurança jurídica determina a promoção dos estados de cognoscibilidade,

confiabilidade e calculabilidade, tendo-se acolhido a definição deste último elemento como a capacidade de previsão das consequências alternativas atribuíveis a fatos ou atos, de forma que a consequência efetivamente aplicada no futuro se situe dentro daquelas alternativas que foram antecipadas no presente.

Nesse sentido, argumentou-se que o fato de o valor das taxas ter se mantido o mesmo durante um longo período de tempo excluía a suposição de que, de uma hora para outra, com base em uma Medida Provisória, o poder executivo elevaria o valor das exações em até 300% e exigiria imediatamente as novas quantias. Defendeu-se, assim, que essa postura representou uma inovação brusca na política fiscal vigente, fugindo do campo de possibilidades que se tinha à época.

Ademais, consignou-se que a modificação brusca da legislação ou do valor de um tributo exige a edição de regras de transição ou de mecanismos de amortização. No caso da redação originária da Medida Provisória de nº 685/2015, concluiu-se que nenhum desses mecanismos foi utilizado. A efetivação da atualização monetária ocorreu um ou dois meses depois da sua edição, mediante a publicação das portarias pelo Poder Executivo, não tendo o texto original previsto qualquer limitação quanto ao valor a ser atualizado.

No que tange a Lei 13.202/2015, resultado da conversão da referida Medida Provisória, mencionou-se a inovação representada pela inserção do parágrafo primeiro ao artigo 8º, o qual determinou que a primeira atualização monetária ficasse limitada a cinquenta por cento do valor total da recomposição.

Embora se tenha reconhecido no dispositivo um avanço, concluiu-se que ele não foi suficiente para atender a exigência de segurança jurídica prevista constitucionalmente, em razão da constatação de que, mesmo com a sua inserção, ocorreu majorações bruscas, como nos casos da Taxa de Fiscalização do Mercado de Valores Mobiliários e da Taxa prevista no art. 23 da Lei nº 9.782/99, cujos reajustes alcançaram 241,82% e 193,55%, respectivamente.

Consignou-se, ainda, que se a legislação, ao invés de ter estipulado um teto sobre a própria recomposição, tivesse utilizado outras técnicas legislativas, como a postergação da vigência da norma do artigo 8º ou o escalonamento da majoração, o estado preconizado pelo princípio da segurança jurídica teria sido atendido.

No entanto, da forma como foi redigido, defendeu-se que o artigo 8º da Lei 13.202/2015 é inconstitucional, por ofensa ao princípio da segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS



ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2015.

CARRAZZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2011.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Curso Direito Tributário Completo**. São Paulo: Saraiva, 2014.

#### **NOTAS:**

[1] SCHOUERI, Luiz Eduardo. **Curso Direito Tributário Completo**. São Paulo: Saraiva, 2014. ebook.l.915

[2] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.51.

[3] CARRAZZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.p.282

[4] Vide AI-AgR 236.976/MG e ADI-MC 1.417/DF

[5] BALEEIRO, A. **Direito Tributário Brasileiro. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.17

[6] Ibid., p.18

[7] BALEEIRO, A. **Direito Tributário Brasileiro. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.17

[8] CARRAZZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.p.408

[9] Vide as seguintes portarias:

Portaria do Ministro de Estado da Fazenda - MF nº 42, de 27.01.2017; Portaria MF Nº 43 de 27/01/2017; Portaria interministerial nº 44, de 27 de Janeiro de 2017; Portaria interministerial nº 45, de 27 de Janeiro de 2017;

Portaria Interministerial nº 46, de 27 de janeiro de 2017, Portaria Interministerial nº 47, de 27 de janeiro de 2017; Portaria interministerial nº 48, de 27 de Janeiro de 2017;

[10] Vide Portaria interministerial nº 45 e Portaria MF Nº 43, ambas do dia 27 de janeiro de 2017.

[11] ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.p. 86

[12] Ibid.p.87

[13] ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.p. 609

[14] ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.p. 617

## **FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS, ADOÇÃO E SUPERAÇÃO DE ESTIGMAS: REFLEXÕES À LUZ DO RECURSO ESPECIAL Nº. 1.525.714-PR**

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** Em sede de comentários introdutórios, cuida destacar que a filiação socioafetiva não esta lastreada no nascimento, enquanto fato biológico, mas sim decorre de ato de vontade, construída e reconstruída, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em destaque, concomitantemente, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Desta sorte, o critério socioafetivo de determinação do estado de filho apresenta-se como um instrumento que aquilata o império da genética, conferindo concreção a um rompimento dos liames biológicos que emolduram a filiação, possibilitando, via de consequência, que o vínculo paterno-filial não esteja estanque à transmissão de genes. Trata-se, com efeito, da possibilidade de cisão entre o genitor e o pai. À sombra dos comentários expendidos até o momento, notadamente a proeminência contida no corolário da afetividade, é possível destacar que o preceito ora mencionado representa vetor de interpretação, sendo considerado como verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o Ordenamento Pátrio vigente, traduzindo, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática, salvaguardada pelo sistema de direito constitucional positivo.

**Palavras-chaves:** Filiação Socioafetiva. Princípio da Afetividade. Família Homoafetiva.

**Sumário:** 1 Comentários Introdutórios: A Filiação à Luz do Princípio da Igualdade entre os Filhos; 2 O Princípio da Afetividade enquanto Axioma de Validação da Filiação Socioafetiva; 3 A Filiação Socioafetiva: A Complexidade dos Arranjos Familiares Contemporâneos como elementos de influência do estabelecimento dos Vínculos de Filiação; 4 Famílias Homoafetivas, Adoção e Superação de Estigmas: Reflexões à luz do Recurso Especial nº. 1.525.714-PR.

---

## **1 Comentários Introdutórios: A Filiação à Luz do Princípio da Igualdade entre os Filhos**

Em sede de comentários introdutórios, cuida destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, buscando promover um diálogo entre os anseios da sociedade e as maciças modificações insertas na sociedade, em decorrência do cenário contemporâneo, estabeleceu um sucedâneo de alterações em valores que, até então, estavam impregnados de aspecto eminentemente patrimonial. Nesta senda, denota-se que as disposições legais que norteavam as relações familiares, refletindo os aspectos característicos que abalizavam a Codificação de 1916, arrimada no conservadorismo, estavam eivadas de anacronicidade, não mais correspondendo aos desejos da sociedade. Nesta toada, é possível pontuar que, com clareza solar, o artigo 227 da Constituição Federal, em seu parágrafo 6º, hasteia o princípio da isonomia entre os filhos, afixando que *“os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*[1]. Por oportuno, cuida evidenciar que o ideário de igualdade, enquanto flâmula orientadora, tem o condão de obstar as distinções entre filhos, cujo argumento de fundamentação é a união que estabelece o liame entre os genitores, casamento ou união estável, além de repudiar as diferenciações alocadas na origem biológica ou não. *“Não há mais, assim, a possibilidade de imprimir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem. Sequer admite-se qualificações indevidas dos filhos”*[2]. Ora, com a promulgação da Carta de 1988, verifica-se que o Constituinte, sensível ao cenário contemporâneo apresentado, bem como impregnado

pela mutabilidade, passou a valorar as relações familiares enquanto emolduradas pelo aspecto de afetividade.

Desta feita, com supedâneo em tal sedimento, é plenamente possível anotar que todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em órbita patrimonial, seja em âmbito pessoa. Destarte, todos os dispositivos legais que, de maneira direta ou indireta, acinzelem algum tratamento diferenciado entre os filhos deverão ser rechaçados do Ordenamento Pátrio. Operou-se, desta sorte, a plena e total equiparação entre os filhos tanto na constância da entidade familiar como aqueles tidos fora de tal entidade, bem assim os adotivos. Ademais, não mais prosperam as regras discriminatórias que antes nomeavam os filhos como sendo ilegítimos. Trata-se, com efeito, da promoção da dignidade da pessoa humana, superprincípio hasteado pelo Ordenamento Pátrio como pavilhão, que fora, em razão dos costumes e dogmas adotados pelo Códex de 1916 olvidados. Colaciona-se, além disso, o entendimento jurisprudencial que obtempera:

**Ementa:** Direito de Família. Filiação Adulterina. Investigação de Paternidade. Possibilidade Jurídica. I - Em face da nova ordem constitucional, que abriga o princípio da igualdade jurídica dos filhos, possível é o ajuizamento da ação investigatória contra genitor casado. II – Em se tratando de direitos fundamentais de proteção a família e a filiação, os preceitos constitucionais devem merecer exegese liberal e construtiva, que repudie discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 7.631/RJ/ Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira/ Julgado em 17.09.1991/ Publicado no DJ em 04.11.1991, p. 15.688).

Nesse diapasão, a mais proeminente consequência da afirmação do corolário da isonomia entre os filhos é tornar o interesse menorista o essencial critério de solução de conflitos que envolvam

crianças ou adolescentes, inserindo robustas alterações no poder familiar. Ao lado disso, cuida citar as ponderações de Madaleno, “*embora ainda não tenha sido atingido o modelo ideal de igualdade absoluta da filiação, porque esquece a lei a filiação socioafetiva, ao menos a verdade biológica e a adotiva não mais encontram resquício algum de diferenciação e tratamento*”[3]. Sobreleva ponderar que a isonomia propalada no Texto Constitucional compreende a prole havida ou não durante a constância do matrimônio, bem como “*os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro)*”[4], como bem destacam Flávio Tartuce e José Fernando Simão. Neste sentido, é possível colacionar que “*a licença maternidade conferida às mães adotantes encontra-se embasada no princípio da isonomia insculpido na Carta Magna, que garantiu tratamento igualitário aos filhos naturais e adotivos, consoante disposto no art. 227, da CR/88*”[5]. Com toda apropriedade e pertinência, as modificações propiciadas pelos anseios da coletividade e pela contemporaneidade, as quais influenciaram o Constituinte na elaboração da Carta Cidadã, permitiram que fossem extirpadas do Ordenamento Pátrio as discriminatórias expressões de *filho adulterino* e *filho incestuoso*, tal como a nomenclatura de *filho espúrio* ou *filho bastardo*, que refletiam o tratamento diferenciador existente durante o Estatuto Civil de 1916, o qual privilegiava a família pautada no conservadorismo e no patrimônio. Ora, a norma abrigada no Texto Constitucional estabelece a isonomia entre toda a prole, consagrando, por mais uma vez, os aspectos de afetividade, não permitindo mais a diferenciação que vigia.

Insta salientar que, conquanto a legislação não tenha consagrado à proteção a filiação socioafetiva, os Tribunais de Justiça, com fincas no superprincípio da dignidade da pessoa humana, têm ofertado respaldo a tal situação. Afora isso, impender negritar que a estruturação de uma relação pautada em liames socioafetivos, de maneira indelével e robusta, a existência do filho afetivo assegura o direito subjetivo, inclusive, de vindicar em juízo o reconhecimento desse vínculo. No mais, deve a filiação socioafetiva ser incontestada, reunindo, via de consequência, além do óbvio convívio entre os possíveis genitores e os pretensos filhos, elemento concretos, que demonstrem, com segurança, que aqueles

detinham o desejo de exercerem a condição de pais, conjugado com o nome, o tratamento e os fatores caracterizadores da posse do estado de filho. Cita-se, oportunamente, o seguinte entendimento jurisprudencial que se coaduna com o lançado a campo:

**Ementa:** Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Família. Reconhecimento de Paternidade e Maternidade Socioafetiva. Possibilidade. Demonstração. 1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica. 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico. [...] (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1.189.663/RS/ Relatora Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 06.09.2011/ Publicado no DJe em 15.09.2011).

**Ementa:** Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade

socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar. [...] - O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha. - Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto. - Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “ parentes com os de outra origem”, conforme o pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. - Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. - Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-



se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.[...] (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1.000.356/SP/ Relatora Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 25.05.2010/ Publicado no DJe em 07.06.2010).

A realidade inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[6], notadamente a robusta tábua principiológica que a influencia, concatenada com os anseios da sociedade, rendeu ensejo a um polimorfismo familiar, manifestado precipuamente no princípio da diversidade das entidades familiares, viabilizando que núcleos familiares distintos gozem do amparo legal e reconhecimento, bem assim especial proteção do Ente Estatal, como instrumento de afirmação dos feixes irradiados pela dignidade da pessoa humana. Não se pode olvidar que os princípios constitucionais concernentes a institutos típicos de direito privados passaram a nortear a própria interpretação a ser conferida à legislação infraconstitucional. O bastião robusto da dignidade da pessoa humana passou a assumir dimensão transcendental e normativa, sendo a Carta de 1988 içada a centro de todo o sistema jurídico, irradiando, por conseguinte, seus múltiplos valores e conferindo-lhe unicidade. No mais, cuida pontuar que o direito é fato, norma e valor, motivo pelo qual a modificação maciça do fato deve, imperiosamente, conduzir uma releitura do fenômeno jurídico,

iluminado pelos novos valores hasteados. A família é um fenômeno fundamentalmente natural-sociológico, cuja gênese é antecedente a do próprio ente Estatal.

## **2 O Princípio da Afetividade enquanto Axioma de Validação da Filiação Socioafetiva**

Ao se analisar as relações compreendidas pelo Direito de Família, denota-se que o afeto é o axioma de sustentação dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, a fim de atribuir sentido ao corolário da dignidade da pessoa humana. Consoante lecionam Tartuce e Simão, “o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana”<sup>[7]</sup>. Neste aspecto, é possível salientar que o corolário da afetividade, enquanto preceito implicitamente alocado no superprincípio da dignidade da pessoa humana, apresenta-se como proeminente vetor de inspiração das relações familiares.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu um novo paradigma para as entidades familiares, não existindo mais um conceito fechado de família, mas, sim, um conceito eudemonista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada indivíduo. Assim, a nova roupagem assumida pela família liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para as relações de afeto, de amor e de companheirismo. Vale dizer, em razão da fluidez e complexidade dos contemporâneos arranjos familiares, é plenamente possível destacar que os vínculos, notadamente a filiação, não decorrem tão somente de uma questão biológica; ao reverso, o afeto se apresenta como baldrame impregnado de substância, notadamente quando é responsável por estabelecer os vínculos entre os integrantes da entidade familiar.

Cuida destacar que o afeto não decorre tão somente da biologia, mas sim dos liames de sentimentos e responsabilidade que decorrem da convivência. O contemporâneo Direito das Famílias, superado o aspecto patriarcal-patrimonialista que vigorava durante a

regência do Estatuto de 1916, valora o cânone em comento como bastião sustentador das relações, conferindo a proeminência à complexidade dos arranjos familiares. “*Em que pese o distanciamento entre a verdade real e a biológica, o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando o ato jurídico de reconhecimento de filho não padece de vício e quando ficou claro que se estabeleceu forte liame socioafetivo*”[8]. O novo ordenamento jurídico estabeleceu como fundamental o direito à convivência familiar. Faz-se necessário reconhecer que a Constituição Federal legitimou o afeto, emprestando-lhe efeitos jurídicos.

### **3 A Filiação Socioafetiva: A Complexidade dos Arranjos Familiares Contemporâneos como elementos de influência do estabelecimento dos Vínculos de Filiação**

Em sede de comentários introdutórios, cuida destacar que a filiação socioafetiva não esta lastreada no nascimento, enquanto fato biológico, mas sim decorre de ato de vontade, construída e reconstruída, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em destaque, concomitantemente, a verdade biológica e as presunções jurídicas. “*Sócio-afetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho*”[9]. Desta sorte, o critério socioafetivo de determinação do estado de filho apresenta-se como um instrumento que aquilata o império da genética, conferindo concreção a um rompimento dos liames biológicos que emolduram a filiação, possibilitando, via de consequência, que o vínculo paterno-filial não esteja estanque à transmissão de genes. Trata-se, com efeito, da possibilidade de cisão entre o genitor e o pai. Aliás, a valoração da socioafetividade, em sede de liames familiares, já foi consagrada pelo entendimento jurisprudencial, consoante se extrai do aresto paradigmático coligido:

**Ementa:** Direito de família. Recurso especial. Ação investigatória de paternidade e maternidade ajuizada pela filha. Ocorrência da chamada "adoção à brasileira". Rompimento dos vínculos civis decorrentes da filiação biológica. Não ocorrência. Paternidade e maternidade reconhecidos. 1. A tese

segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira". 4. Recurso especial provido

para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 1.167.993/RS/ Relator: Ministro Luis Felipe Salomão/ Julgado em 18.12.2012/ Publicado no DJe em 15.03.2013).

À sombra dos comentários expendidos até o momento, notadamente a proeminência contida no corolário da afetividade, é possível destacar que o preceito ora mencionado representa vetor de interpretação, sendo considerado como verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o Ordenamento Pátrio vigente, traduzindo, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática, salvaguardada pelo sistema de direito constitucional positivo. “*A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto*”[10]. Com efeito, os vínculos sanguíneos não têm o condão de se sobrepor aos laços afetivos nutridos, podendo, inclusive, ser afirmada a prevalência desses em relação àqueles[11]. Ora, não se pode olvidar que, corriqueiramente, se vislumbra a concreção da filiação socioafetiva enquanto processo contínuo e diário, no qual a convivência e a responsabilidade são responsáveis por nutrir e desenvolver laços que superam o biológico, estando pautados em uma identificação afetiva. “*A filiação sócio-afetiva é aquela em que se desenvolvem durante o tempo do convívio, laços de afeição e identidade pessoal, familiares e morais*”[12]. A partir daí, o afeto passou a merecer a tutela jurídica tanto nas relações interpessoais como também nos vínculos de filiação. A partir da Constituição de 1988, linhas fundamentais foram regulamentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e projetaram-se no Código Civil de 2002, dando prevalência à paternidade afetiva e aos interesses primordiais da criança.

Esta paternidade é aquela que se sobrepõe aos laços sanguíneos decorrentes das alterações familiares da atualidade: desconstituição das famílias, pai que não assume a paternidade, adoção, entre outros. Na verdade, é aquela em que o pai não biológico passa a tratar a criança, no âmbito de uma família, como filha, criando-a e sendo responsável pela mesma. O afeto, enquanto constitutivo de dogma, se revela de maciça importância, sendo, inclusive, um dos baldares estruturantes dos argumentos que inspiraram o reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, explicitando a valoração dos vínculos pautados no mútuo respeito, companheirismo e busca pela felicidade. No mais, com bastante proeminência, Daniel Sarmento, ao lecionar acerca do tema em debate, salienta, oportunamente, que:

Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto, qualquer justificativa legítima para a discriminação praticada contra os homossexuais[13].

Em que pese o substancial destaque da afetividade, enquanto elemento estruturação de filiações, cuida salientar que aquela não tem o condão de suplantar, cegamente, o critério biológico. Com efeito, tão somente no caso concreto, consideradas as mais diversas e complexas circunstâncias, tal como os elementos probatórios que instruem o apostilado processual, para que seja possível definir um determinado critério para estabelecer o vínculo paterno-filial. “*O acolhimento de uma pessoa como filho, mesmo sem a presença do elemento biológico, não é recente na história do Direito, apenas passou por um tempo oculto pela força da presunção decorrente do casamento*”[14]. Ao lado disso, quadra salientar que a filiação socioafetiva decorre da convivência cotidiana, de uma edificação diária, não encontrando explicação nos laços

genéticos, mas sim no tratamento estabelecido entre pessoas que ocupam, de maneira recíproca, o papel de pai e filho. Não há que se falar, contudo, que a filiação socioafetiva decorre de um único ato; ao reverso, imprescindível se faz um conjunto de atos de afeição e solidariedade, que, com clareza solar, tornam explicitados a existência de uma relação entre pai/mãe e filho.

Ora, não se trata de qualquer dedicação afetiva que tem o condão de construir um liame paterno-filial, promovendo, por consequência, a alteração do estado filiatório do indivíduo. Nesta senda, é preciso que o afeto existente na relação seja capaz de sobrepujar os vínculos biológicos, em razão da sua robustez, sendo elemento decisivo na construção intelectual do indivíduo. É o afeto substancializado, rotineiramente, por dividir diálogos e projetos de vida, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações, orientar os caminhos a ser seguido, ensinar e aprender, reciprocamente. Há, neste aspecto, uma compreensão ética da filiação no critério socioafetivo, concedendo prestígio ao comportamento das partes envolvidas ao longo de defluxo do lapso temporal. Nas situações em que se verifica no caso de incidência do critério socioeducativo, a filiação está assentada no serviço e no amor dispensado e não na procriação. Com maestria, Rolf Madaleno sustenta que:

Maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (art. 1.596, CC), na maternidade e paternidade socioafetivas e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (art. 1.593, CC), ou ainda através da inseminação artificial heteróloga (art. 1.597, V, CC); na comunhão plena de vida, só viável enquanto presente o afeto, ao lado da solidariedade, valores fundantes cuja soma consolida a unidade familiar, base da sociedade a merecer prioritária proteção constitucional<sup>[15]</sup>.

Por óbvio, o laço socioafetivo reclama de comprovação da convivência respeitosa, pautada na publicidade e alicerçada firmemente. Entrementes, não é preciso que o afeto esteja presente no instante em que é discutida a filiação em juízo, sendo comum, quando a demanda alcança as vias ordinárias judiciais, o afeto ter cessado por diferentes motivos. Importante faz-se provar a existência do afeto durante a convivência e que aquele era o liame que entrelaçou os envolvidos durante suas existências, sendo possível sublinhar que a personalidade do filho foi constituída sobre o vínculo afetivo, ainda que, naquele exato momento, não mais exista. O exemplo mais corriqueiro é a “adoção à brasileira”, na qual o indivíduo registra como seu filho um estranho e, depois de anos de uma relação pautada no afeto e de uma vivência como pai e filho, busca negar a relação filiatória por algum motivo. Rememorar se faz imperioso que, mesmo cessado o afeto em determinado momento, a filiação, *in casu*, se estabeleceu pelo critério afetivo, o qual deve ser reconhecido pelo Poder Judiciário, nos casos concretos.

Destacam Farias e Rosenvald que “*adquire o critério sócio-afetivo singular importância para a determinação filiatória por implicar o reconhecimento da insuficiência do critério biológico*”<sup>[16]</sup>. Nesta senda, a filiação, a depender de cada situação concreta, atento às diferentes circunstâncias da vida humana, é possível apresentar diferentes feições, ora alicerçada, essencialmente, na genética e noutras situações, sedimentada no afeto, daquele que assumiu função paterna. É possível, em algumas hipóteses, verificar a presença de afeto, como elemento delineador do estado de filiação, a saber: (i) na adoção obtida de maneira judicial; (ii) no fenômeno de acolhimento de um “filho de criação”, quando explicitada a presença da posse do estado de filho; (iii) na “adoção à brasileira”, consistente no reconhecimento voluntário de seu um filho que sabe não ser; e (iv) no reconhecimento voluntário ou judicial da filiação de um filho de outra pessoa<sup>[17]</sup>. Remansoso é o entendimento jurisprudencial que consagra a filiação afetiva, consoante se inferem dos arestos:

**Ementa:** Direito de Família. Ação Negatória de Paternidade. Exame de DNA negativo. Reconhecimento de paternidade socioafetiva.



Improcedência do pedido. [...] 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. [...]. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 1.059.214/RS/ Relator: Ministro Luis Felipe Salomão/ Julgado em 16.02.2012/ Publicado no DJe em 12.03.2012).

**Ementa:** Direito Civil e da Criança. Negatória de paternidade socioafetivavoluntariamente reconhecida proposta pelos filhos do primeiro casamento. Falecimento do pai antes da citação. Fato superveniente. Morte da criança. 1. A filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança. [...] 3. Recurso especial provido.(Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 450.566/RS/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 03.05.2011/ Publicado no DJe em 11.05.2011).

Mencionar faz-se imperioso que o critério socioafetivo, tal como os demais, pode ser empregado em todas as ações que versem acerca da filiação, desde a ação investigatória de parentalidade, aforada pelo filho para o reconhecimento de seu pai ou mãe, até a ação negatória de filiação, ajuizada pelo pai/mãe ou pelo filho para negas a existência do vínculo paterno filial, caminhando pela ação de impugnação de filiação, promovida pelo filho, pelo pai/mãe ou mesmo pelo terceiro interessado

para demonstrar a inexistência de uma relação paterno-filial já reconhecida. Em qualquer demanda, contendo no seu bojo a discussão acerca do estado de filho, é possível alegar e discutir a tese da afetividade, com o escopo de determinar se é, ou não, o critério caracterizador daquela situação concreta. *“De qualquer sorte, releva a lembrança de que a afetividade somente pode ser invocada para determinar o estado de filiação, jamais para negá-lo. Isto é, não pode o juiz acolher a tese de desafetividade, de modo a negar um vínculo”*[18]. Visando negar o vínculo, deverá o indivíduo invocar os demais critérios, destoantes do afetivo, em razão dos argumentos expostos.

Registrar faz-se carecido de que, uma vez fixada a filiação, com supedâneo no critério socioafetivo, quando a afetividade foi a marca caracterizadora da relação entre as pessoas envolvidas, afasta-se, em definitivo, o vínculo biológico, não sendo possível, em razão disso, vindicar verba alimentar ou participar da herança do genitor. Com destaque, essa é a única solução, consolidando, inclusive, o fenômeno de despatrimonialização do Direito das Famílias. Ora, não faz sentido que se determine a paternidade ou maternidade com arrimo em interesses puramente econômicos, devendo ressaltar e ser prestigiado o indivíduo e, por consequência, a proteção da personalidade. Nesta senda, são rompidos os vínculos com o biológico, que atua, simplesmente, como genitor, não podendo ser compelido a prestar alimentos e não transmitindo herança para o filho que estabeleceu uma filiação socioafetiva com outrem.

#### **4 Famílias Homoafetivas, Adoção e Superação de Estigmas: Reflexões à luz do Recurso Especial nº. 1.525.714-PR**

À luz do ponderado até o momento, dentre os dogmas que orientam o Direito das Famílias, cuida salientar, inicialmente, acerca da pluralidade das entidades familiares, ressoando, de forma determinante, com a realidade contida nas interações sociais, refletindo, pois, o corolário da vedação ao retrocesso social. Anote-se, por oportuno, que o Ordenamento Pátrio, até a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, jungido em valores patrimoniais, assentava como núcleo familiar tão somente o constituído pelo vínculo matrimonial,

renegando às demais entidades a uma situação de subcategoria, à margem do considerado como aceitável pela sociedade. “O *Texto Constitucional alargou o conceito de família, permitindo o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, com a mesma proteção jurídica dedicada ao casamento*”[19], como bem alude Farias e Rosenvald. Ao lado disso, cuida salientar que, de maneira expressa, a Carta Cidadã, no *caput* do artigo 226 consagrou que: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”[20].

Ora, há que se reconhecer que o Constituinte tão somente positivou uma situação que vigorava em milhares de famílias brasileiras, reconhecendo, por via de consequência, que a constituição de um núcleo familiar é algo natural, oriundo das interações afetivas nutridas entre indivíduos. De outra banda, o casamento se afigura como uma solenidade, uma convenção estabelecida pela sociedade. Nesta esteira, com o escopo de adaptar a Ciência Jurídica aos anseios da sociedade, conferindo aos Diplomas Legais congruência com a atmosfera social em que incidem, mister se fez a adequação das normas a um cenário consolidado pela coletividade e que reclamava do Estado a devida proteção. Destarte, conforme se extrai do artigo supra, Farias e Rosenvald salientam que “*não somente a família originada através do casamento, bem como qualquer outra manifestação afetiva como a união estável e a família monoparental – formada pela comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes*” [21].

Nessa linha de exposição, ainda, há que se obtemperar que a família se apresenta como base da sociedade, como expressamente referência faz o artigo 226 da Constituição Federal[22], gozando de especial proteção do Estado, eis que cumpre a função que a sociedade contemporânea destinou à entidade, qual seja: transmitir a cultura e formar a pessoa humana. Em razão do pontuado, mister se faz a sua compreensão como sistema democrático, afigurando-se como um espaço aberto ao diálogo entre os seus integrantes, na qual se ambiciona a felicidade e a realização plena. “*Ademais, ao reservar 'especial proteção do Estado' ao núcleo familiar, o Texto Constitucional deixa antever que o pano de fundo da tutela que lhe foi emprestada é a própria afirmação da*

*dignidade da pessoa humana*” [23]. Convém destacar, neste quadrante, que a proteção do Estado ao ser humano deve ser conferida com a visão orientada ao respeito às diferenças interpessoais, no sentido de vedar comportamentos preconceituosos, discriminatórios e estigmatizantes, sob o robusto broquel dos princípios fundamentais da igualdade, da dignidade e da liberdade do indivíduo[24].

Destarte, a proteção da entidade familiar tem como ponto de alicerce a premissa que aquela se revela como tutela avançada da pessoa humana, substancializando no plano concreto, real, a dignidade erigida de modo abstrato. Trata-se, com destaque, da utilização do núcleo como instrumento apto ao desenvolvimento da personalidade humana, salvaguardando, por conseguinte, a realização plena de seus membros. Igualmente, retira-se o aspecto essencialmente econômico e reprodutivo da entidade familiar, não mais prosperando a aproximação daquela com o ideário de produção, avançando, por extensão, para uma compreensão arrimada em aspectos socioafetivos, nos quais se verifica a formação de uma unidade e de mútua ajuda, logo, é fato que restam materializados novos arranjos familiares.

O casamento, com a nova sistemática consolidada no Texto Constitucional, é descrito como ponto robusto para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. A dignidade da pessoa humana, desfraldada como superprincípio do Ordenamento Pátrio, passa a sobrepujar, de forma determinante, os valores simplesmente patrimoniais. A inegável superação de antigos modelos do direito de família tem se operado pela gradativa evanescência da função “procriacional” a definir a entidade familiar, bem como pela dissipação do conteúdo de cunho marcadamente patrimonialista, para dar lugar à comunhão de vida e de interesses pautada no cuidado e na afetividade, tendo como suporte a busca da realização pessoal de seus integrantes. É cediço que o Direito não confere regulamentação aos sentimentos, contudo, define os liames com base neles produzidos, o que obsta que a própria norma, que estabelece a vedação a qualquer espécie de segregação, seja agasalhada por conteúdo discriminatório.

Assim, sensível ao cenário apresentado no que toca à constituição familiar, faz-se carecido, ainda, invocar a interpretação conferida ao Recurso Especial nº. 1.525.714-PR, quando de maneira ofuscante, reconhece que a família constituída sob o formato de homoafetividade não impõe qualquer limite para a adoção de menores de idade, bastando, para tanto, que sejam preenchidos os requisitos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. “Para o ministro Raul Araújo, relator do caso no STJ, não existe previsão legal limitando a faixa etária do adotando apenas porque o adotante é homossexual”<sup>[25]</sup>, devendo o pretendente preencher os requisitos afixados na legislação de regência, assegurando a concreção do princípio da isonomia, a exemplo do oferecimento de um ambiente familiar adequado.

#### **Referências:**

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br>>. Acesso em 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 18 mar. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 05. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

HOMOSSEXUAIS podem adotar criança de qualquer idade, define STJ. **Conjur**: 17 mar. 2017. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2017-mar-17/homossexuais-podem-adotar-crianca-qualquer-idade-define-stj?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](http://www.conjur.com.br/2017-mar-17/homossexuais-podem-adotar-crianca-qualquer-idade-define-stj?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)>. Acesso em 18 mar. 2017.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em 18 mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 18 mar. 2017.

SARMENTO, Daniel. Casamento e União entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais *in*: **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

#### NOTAS:

[1] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 mar. 2017.

[2] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 41.

[3] MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 67.

[4] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 13.

[5] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido

em Agravo de Instrumento N° 1.0433.11.022098-8/001. Agravo de instrumento. Tutela antecipada. Licença maternidade. Servidora municipal. Constituição da República. Prorrogação do benefício. Possibilidade. Cediço é que a licença maternidade conferida às mães adotantes encontra-se embasada no princípio da isonomia insculpido na Carta Magna, que garantiu tratamento igualitário aos filhos naturais e adotivos, consoante disposto no art. 227, da CR/88. A norma constitucional que instituiu o benefício da licença maternidade (art. 7º, inciso XVIII, da CF/88) não se limita apenas à proteção da mãe (biológica ou adotante), mas, sobretudo à proteção do filho recém-nascido. Nos termos dos arts. 41 do ECA, não há que se falar em diferença de direitos para filhos adotados ou não. Recurso ao qual se nega provimento. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula. Julgado em 22.03.2012. Publicado no DJe em 30.03.2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 18 mar. 2017.

[6] BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 mar. 2017.

[7] TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 22.

[8] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 70052673894. Negatória de paternidade. Registro civil. Inexistência de vínculo biológico. Liame socioafetivo. 1. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). 2. A anulação do registro civil, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 3. Não pode alegar que foi induzido a erro o companheiro da genitora quando afirma, na exordial, que, durante o tempo de relacionamento, ocorreram diversas brigas entre o casal e a genitora da menor manteve, de forma concomitante, relacionamento amoroso com outros homens. 4. Em que pese o distanciamento entre a verdade real e a biológica, o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando o ato jurídico de reconhecimento de filho não padece de vício e quando ficou claro que se estabeleceu forte liame socioafetivo. Recurso desprovido. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: Ministro Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 30.01.2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 18 mar. 2017.

[9] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 517.

[10] MADALENO, 2008, p. 66.

[11] Neste sentido: MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 1.0024.11.026717-6/001. Apelação Cível - Direito de Família - Ação Declaratória - Paternidade Sócio-Afetiva - Situação Fática - CR/88 - Requisitos - Relação paterno filial não demonstrada. - O elemento sócio-afetivo foi elevado a valor jurídico pela Constituição da República de 1988, com o intuito de possibilitar o reconhecimento pela ordem jurídica de situações fáticas que antes ficavam desprotegidas, estando tutelado, inclusive, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), em seus artigos 28 a 52, ao tratar das famílias substitutas. - Atualmente, a paternidade afetiva vem assumindo grande importância, já que a posse do estado de filho é que gera os efeitos jurídicos capazes de definir a filiação. É dizer, a filiação não decorre apenas de vínculos sanguíneos, mas, sobretudo, das relações afetivas. - Não demonstrado nos autos os requisitos necessários à configuração da paternidade sócio-afetiva não há como declará-la. Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível. Relator: Desembargador Dárcio Lopardi Mendes. Julgado em 06.09.2012. Publicado no DJe em 12.09.2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 18 mar. 2017.

[12] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Apelação Cível 1.0024.09.643339-6/001. Ação anulatória de paternidade cumulada com exoneração de alimentos - Anseio do pai registral em ver revista a qualificação paterna no registro da criança - Estudo Social - Demonstração de existência de relação paterno-filial entre o pai sócio-afetivo e a criança - Prevalência dos interesses da menor - Provimento negado. A filiação sócio-afetiva é aquela em que se desenvolvem durante o tempo do convívio, laços de afeição e identidade pessoal, familiares e morais. À luz do princípio da dignidade humana, bem como do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, traduz-se ser mais relevante a idéia de paternidade responsável, afetiva e solidária, do que a ligação exclusivamente sanguínea. O interesse da criança deve estar em primeiro lugar, uma vez que é inegável que em casos de convivência habitual e duradoura com pessoas estranhas ao parentesco, o menor adquire vínculos de confiança, amor e afetividade em relação a estas pessoas. Esse vínculo não pode ser destruído, mesmo que com base na ausência laços biológicos, se afronta os interesses da criança, colocando-a em situação de instabilidade e insegurança jurídica e emocional. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Julgado em 17.10.2012. Publicado no DJe em 19.10.2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 18 mar. 2017.

[13] SARMENTO, Daniel. Casamento e União entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais *in*: **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 643.



[14] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 518.

[15] MADALENO, 2008, p. 67.

[16] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 519.

[17] Neste sentido: BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br>>. Acesso em 18 mar. 2017: “**Enunciado Nº 103** – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho”.

[18] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 520.

[19] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 37.

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 mar. 2017.

[21] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 38.

[22] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 mar. 2017.

[23] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 38.

[24] Neste sentido: RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 70012836755. Apelação cível. União homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (Segredo de

Justiça). Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. Julgado em 21.12.2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 18 mar. 2017.

[25] HOMOSSEXUAIS podem adotar criança de qualquer idade, define STJ. **Conjur:** 17 mar. 2017. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2017-mar-17/homossexuais-podem-adotar-crianca-qualquer-idade-define-stj?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](http://www.conjur.com.br/2017-mar-17/homossexuais-podem-adotar-crianca-qualquer-idade-define-stj?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)>. Acesso em 18 mar. 2017.

## ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

**BEATRIZ MARCELA DELLA MURA MOREIRA:** Acadêmica de Direito na Universidade Brasil.

**RODRIGO FRESCHI BERTOLO**  
(Orientador)[1]

**Resumo:** O presente artigo visa uma abordagem ampla ao tema: “assédio moral no ambiente de trabalho”. Apesar de ser uma matéria muito conhecida, poucas pessoas sabem o real significado do termo, e, o que ele abrange. Com a leitura deste, é possível ter um conhecimento considerável acerca do assunto, de uma forma simples e direta.

**Palavras-chave:** Assédio. Moral. Danos. Trabalho.

**Abstract:** This article aims at a broad approach to the theme: "bullying in the workplace". Although it is a very well-known subject, few people know the real meaning of the term, and, what it covers. By reading this, you can have considerable knowledge about the subject, in a simple and straightforward way.

**Keywords:** Harassment. Moral. Damage. Job.

**Sumário:** Introdução. 1.Histórico. 2.Fundamento legal. 3.Definição. 4.Formas de caracterização. 4.1.A realização ou não de ato abusivo ou hostil. 4.2.Repetição. 4.3.Frequência. 4.4.Duração. 4.5.Intenção. 4.5.1.Quanto à saúde do assediado. 5.Momento de caracterização. 6.Formas de assédio. 6.1.Formas, vertical ou bossing, horizontal e mista. 6.1.1. Assédio vertical ou bossing. 6.1.2. Assédio horizontal. 6.1.3.Assédio misto. 6.2.Forma individual, coletiva e mista. 6.2.1. Forma individual. 6.2.2. Formas coletivas. 6.2.3. Mista. 7.Das provas do assédio moral. 7.1. Prova dos fatos. 7.1.1.A prova do dano psíquico e físico. 7.2.Nexo de causalidade. 8.Indenização.9.Competência. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará um tema muito discutido, porém, desclassificando a ideia que grande parte das pessoas tem a respeito, inclusive, as que de alguma forma estiveram diretamente ligadas a essa situação.

O assédio moral no ambiente de trabalho vai muito além de uma situação ofensiva e/ou vexatória. Para a caracterização de tal conduta, é necessário a análise do ocorrido para então, poder constatar se é realmente um assédio moral ou apenas dano moral.

A diferença entre as duas condutas supracitadas, é que, para a consumação, no assédio moral deverá ocorrer danos físicos e/ou psíquicos, já no dano moral, ocorre apenas a situação vexatória.

Muitas pessoas desconhecem o conceito do assédio e o equiparam ao dano moral, e, o presente abordará as diferenças entre ambos, dando mais ênfase ao assédio moral, que é o tema principal.

### 1. HISTÓRICO

É de fundamental importância entender o início e o progresso do assédio moral para abordar com mais precisão o assunto.

Inicialmente, começou a abordagem do tema com entrevistas que eram feitas às pessoas para relatar fatos que ocorriam em seu dia a dia no ambiente de trabalho. Através desse estudo científico, realizado preliminarmente por Heiz Leymann, foi constatado que o impacto causado no ambiente de trabalho vai além do que é presenciado no momento, causando uma grande influência até na saúde das pessoas.

Essa análise auxiliou na diferenciação dos casos de assédio e dano moral, onde muitas pessoas relatavam que se sentiam assediadas, entretanto, isso não lhes causava nenhum impacto sobre sua saúde psíquica e/ou mental do, podendo ser enquadrado apenas como dano moral, onde causava uma situação vexatória ao funcionário.

Os pioneiros da tese do assédio moral Klaus Niedl, Heiz Leymann, Marie-France Hirigoyen, Haralds Ege e Dieter Zapf contribuíram para o aprimoramento da

tese do assédio moral no ambiente de trabalho a qual vinha sendo foco de estudos de algumas publicações esparsas.

O estudo científico e sua teoria são novos, entretanto o assédio moral não, pois existem histórias desde os tempos da bíblia.

## 2. FUNDAMENTO LEGAL

Não existe nenhuma legislação específica do ponto de vista penal ou trabalhista disponso sobre o assédio moral no trabalho, como encontrado em outros direitos, por exemplo, o francês.

Algumas iniciativas foram tomadas no âmbito municipal e estadual m relação aos servidores públicos, assim, podemos dizer que a primeira essência da proteção legal foi na Admsinistração Direta por meio do Projeto de Lei nº 425/1999 advinda da Câmara Municipal de São Paulo.

Existem Projetos de Leis tramitando no Congresso Nacional afim de que seja criada uma Legislação federal, inclusive na tipificação penal, sendo como exemplo o PL 4.742/2001 e 5.971/2001.

O primeiro Projeto de Lei supracitado que incluir no artigo 146 A do Código Penal a seguinte redação:

*“146-A: Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou trata-lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica.”*  
*“Pena: Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos”.*

O segundo Projeto, propõe a inserção no Código Penal do artigo 203-A, com a seguinte redação:

*“203-A: Coagir moralmente empregado no ambiente de trabalho, através de atos ou expressões que tenham por objetivo atingir a dignidade ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes,*

*abusando da autoridade conferida pela posição hierárquica”.*

*“Pena:*

*Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.”*

Sob a óptica administrativa, foi proposto o Projeto de Lei 4.591/2001, o qual determina aplicação de penalidades à prática de assédio moral por parte de servidores públicos da União, Autarquias, Fundações Públicas Federais a seus subalternos alterando a Lei 8.212/1990, sugerindo o acréscimo do artigo 117-A na seguinte forma:

*“É proibido aos servidores públicos praticarem assédio moral contra seus subordinados, estando esses sujeitos às seguintes penalidades disciplinares:*

*I – Advertência;*

*II – Suspensão;*

*III – Destituição do Cargo ou comissão;*

*IV – Destituição de função comissionada;*

*V – Demissão.”*

Apesar de ainda não conter Legislação Federal sobre o assunto, é de suma importância destacar que a proteção contra tal ato não está desamparada, pois são encontrados na Constituição Federal, Doutrina e Jurisprudência são usadas para égide do trabalhador.

Vejamos abaixo cada uma das disposições de proteção contra o Assédio Moral no âmbito do trabalho:

Artigo 1º Inciso III da Constituição Federal:

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*(...)*

*III - a dignidade da pessoa humana.*

A dignidade da pessoa humana está diretamente ligada a tal ato, pois todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do estado democrático de direito.

No mesmo seguimento, o entendimento do jurista Jorge Luiz de Oliveira da Silva:

*“O assédio moral vem a ser um conjunto de ações e/ou omissões depreciativas, reiteradas e prolongadas, que possuem o objetivo delimitado de determinar na vítima uma descompensação psicológica, de forma a desestabilizá-la para com seu ambiente de trabalho. Em outras palavras, poderíamos afirmar que o assédio moral no ambiente de trabalho nada mais é do que a perseguição injustificada que incide sobre a vítima, acarretando uma série de distúrbios psicológicos, que acabam por resultar consequências danosas também na saúde física, nas relações sociais e no contexto financeiro. Ressalte-se que o assédio moral é um processo, não se caracterizando por uma só ação isolada, ainda que esta tenha o condão de gerar danos psicológicos ou morais.”*

No mesmo sentido, magistral acórdão oriundo do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais - 3ª Região, que com precisão ímpar, aborda o assunto:

*“Assédio Moral. Caracterização. O termo “Assédio Moral” foi utilizado pela primeira vez pelos psicólogos e não faz muito tempo que entrou para o mundo jurídico. O que se denomina assédio moral, também conhecido como mobbing (Itália, Alemanha e Escandinávia), harcèlement moral (França), acoso moral (Espanha), terror psicológico ou assédio moral entre nós, além de outras denominações, são, a rigor, atentados contra a dignidade humana. De início, os doutrinadores o definiam como “a situação em que uma pessoa ou um grupo de pessoas exercem uma violência psicológica extrema, de forma sistemática e*

*frequente (em média uma vez por semana) e durante um tempo prolongado (em torno de uns 6 meses) sobre outra pessoa, a respeito da qual mantém uma relação assimétrica de poder no local de trabalho, com o objetivo de destruir as redes de comunicação da vítima, destruir sua reputação, perturbar o exercício de seus trabalhos e conseguir, finalmente, que essa pessoa acabe deixando o emprego" (cf. Heinz Leymann, médico alemão e pesquisador na área de psicologia do trabalho, na Suécia, falecido em 1999, mas cujos textos foram compilados na obra de Noa Davenport e outras, intitulada Mobbing: Emotional "Abuse in The American Work Place"). O conceito é criticado por ser muito rigoroso. Esse comportamento ocorre não só entre chefes e subordinados, mas também na via contrária, e entre colegas de trabalho com vários objetivos, entre eles o de forçar a demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência. Não se confunde com outros conflitos que são esporádicos ou mesmo com más condições de trabalho, pois o assédio moral pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima. Se a hipótese dos autos revela violência psicológica intensa sobre o empregado, prolongada no tempo, que acabou por ocasionar, intencionalmente, dano psíquico (depressão e síndrome do pânico), marginalizando-o no ambiente de trabalho, procede a indenização por dano moral advindo do assédio em questão."*

Nada obstante, a 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo – 2ª Região, assim se posicionou acerca da matéria:



*“Assédio Moral. Repercussões sociais. A questão da ofensa à moral conflagra um subjetivismo oriundo da própria condição de cada indivíduo. Não se sente menos constrangido o trabalhador que escolhe adotar uma postura conciliadora, preferindo não detonar uma crise no ambiente de trabalho que fatalmente o prejudicará, pois a questão aqui transcende a figura do ofendido, projetando as conseqüências pela supressão do seu posto de trabalho a quem dele eventualmente dependa economicamente. O fantasma do desemprego assusta, pois ao contrário da figura indefinida e evanescente que povoa o imaginário popular, este pesadelo é real. É o receio de perder o emprego que alimenta a tirania de alguns maus empregadores, deixando marcas profundas e às vezes indelévels nos trabalhadores que sofrem o assédio moral. Exposta a desumanidade da conduta do empregador, que de forma aética, criou para o trabalhador situações vexatórias e constrangedoras de forma continuada através das agressões verbais sofridas, incutindo na psique do recorrente pensamentos derrotistas originados de uma suposta incapacidade profissional. O isolamento decretado pelo empregador, acaba se expandindo para níveis hierárquicos inferiores, atingindo os próprios colegas de trabalho. Estes, também por medo de perderem o emprego e cientes da competitividade própria da função, passam a hostilizar o trabalhador, associando-se ao detrator na constância da crueldade imposta. A busca desenfreada por índices de produção elevados, alimentada pela competição sistemática incentivada pela empresa, relega à preterição a higidez mental do trabalhador que se vê vitimado por comportamentos agressivos aliado à indiferença ao seu sofrimento. A adoção de uma visão sistêmica*

*sobre o assunto, faz ver que o processo de globalização da economia cria para a sociedade um regime perverso, eivado de deslealdade e exploração, iniquidades que não repercutem apenas no ambiente de trabalho, gerando grave desnível social. Daí a corretíssima afirmação do Ilustre Aguiar Dias de que o "prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social."*

Também podemos citar outros artigos como fundamento legal, sendo exemplo o artigo 7º, inciso VI, e, 225 caput, ambos da Constituição Federal, os quais impõem ao empregador que garanta um ambiente de trabalho seguro e sadio, livre de fenômenos maléficis que causem dano à saúde física e/ou psíquica do trabalhador, sob pena de serem responsabilizados.

Ainda encontramos disposto no Código Civil, em seu artigo 422, o princípio da boa-fé nos contratos, que, acaba permitindo frente a um assédio moral, a rescisão indireta do contrato de trabalho com base nas alíneas "a", "b" ou "e" do artigo 483 da CLT, tendo o trabalhador direito ao recebimento de todas as verbas devidas a uma demissão sem justa causa, caso seja demonstrada a responsabilidade do empregador.

### 3. DEFINIÇÃO

É a exposição dos trabalhadores (as) a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e sem simetrias, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aélicas.

Desta definição básica, abordaremos os elementos que a caracterizam, bem como sua diferença com outros institutos jurídicos e os problemas psicológicos e sociais causados nas relações de trabalho.

### 4. FORMAS DE CARACTERIZAÇÃO

Nos tópicos seguintes iremos abordar as formas de caracterização do assédio moral, demonstrando as condições que precisam estar presentes para a figura jurídica, pois se não restarem comprovados todos

os requisitos para tal, não haverá presença de assédio moral e, sim, dano moral.

Também será levantada a análise de ocorrer uma simulação do assédio, conhecido por falso mobbing ou falso assédio.

As análises dessas questões tornam-se necessárias para que a conduta seja realmente considerada assédio moral. A confusão pode ocorrer pelo fato do tema ter sua definição aberta, facilitando assim, excessos criados pelos leigos ao assunto, excessos estes que devem ser reprimidos quando não estiverem presentes todos os elementos de caracterização de tal conduta.

Agora será feita uma abordagem para cada elemento de caracterização do assédio moral no ambiente de trabalho.

#### 4.1. A REALIZAÇÃO OU NÃO DE ATO ABUSIVO OU HOSTIL

É de observar que os atos abusivos e hostis terão de ser realizados de forma sistemática e repetitiva durante certa frequência de forma consciente. É caracterizada pela ação ou omissão dos atos supra, conforme dispõe artigos 186 a 188 do Código Civil:

*“Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

*Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

*Art. 188: Não constituem atos ilícitos:*

*I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;*

*II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.*

*Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o*

*tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”*

A identificação do assédio não é fácil, pois muitas vezes ele surge de pequenas atitudes que acometem o “alvo”, e não como uma vontade impetuosa, instantânea e perceptível como se pode observar em uma tortura, por exemplo.

Vale destacar que o assédio moral não existe apenas nas relações de trabalho, também podem ser encontrado em relações de marido e mulher, escola, namoro, entre outros.

#### 4.2. REPETIÇÃO

A repetição pode ocorrer com o mesmo ato ou omissão e, também, com atos e omissões diferentes.

Essas repetições provocam à vítima uma instabilidade emocional muito grande, causando um abalamento psicológico, muitas vezes acompanhado de doenças ou com uma propensão maior a desenvolvê-las.

A repetição não pode ser vista de forma apartada, pois, pode haver tão somente a repetição de atos e não haver frequência e duração, o que não poderia ser caracterizado assédio.

É necessário destacar que um ato só não é assédio, pode ser configurado outro tipo de violência psíquica, como por exemplo, a calúnia.

#### 4.3. FREQUÊNCIA

Os estudos realizados por Heiz Leymann, destacaram que as pessoas que passaram pelo teste sofriam com as práticas abusivas e hostis de assédio ao menos uma vez na semana.

É cabível ressaltar que, se não houver essa frequência semanal, não poderá ser caracterizado o assédio a que nível internacional é reconhecido.

Por se tratar apenas de estatísticas, é de grande valia observar que assim como há em toda regra, neste caso também é passível de análise uma exceção, pois algumas pessoas podem sofrer os atos ou omissões de

forma mais frequente e outras menos, o que fez com que chegasse nessa média semanal.

#### 4.4. DURAÇÃO

Outra regra passível de exceção seria essa da duração, que segundo o estudo realizado por Leymann, a média de duração tem que ser de seis meses.

A exceção nesta situação seria para casos onde as consequências da agressão já conseguiriam ser demonstradas em muito menos tempo, como ocorre com uma grande parte das vítimas.

O assédio não cessa de forma espontânea jamais, é sempre necessária uma intervenção de terceiros para interromper.

A duração é um aspecto de suma importância para a prevenção, pois, segundo Leymann, em todos os casos estudados se houvesse a intervenção de alguma outra pessoa, os fatos dificilmente seriam enquadrados como assédio.

#### 4.5. INTENÇÃO

Será que em todos os casos o assediador sabe que está realizando o assédio? Eis uma questão que gera muitas divergências.

Para tal ato, se faz necessária a existência da intenção, ou seja, a vontade do assediador precisa ser comprovada, é inescusável a comprovação de dolo. Neste sentido, segue abaixo jurisprudência:

*TRT-PR-26-06-2007 ASSÉDIO MORAL. METAS DE PRODUTIVIDADE. COBRANÇAS. LIMITE DA RAZOABILIDADE NÃO EXCEDIDO. IMPROCEDÊNCIA. O assédio moral não se confunde com a natural pressão decorrente do mercado cada vez mais competitivo do mundo globalizado, ou mesmo com o exercício regular do direito do empregador exigir produtividade de seus empregados (Gonçalves Júnior, Mário. O assédio moral, o stress e os portadores de DDA. Publicada no Juris Síntese nº 44. Nov/Dez de 2003). A prova oral trazida aos autos demonstra a existência de metas de produção, sem qualquer qualificativo que permita considerá-las exacerbadas, impossíveis ou inatingíveis, ausente, ainda, qualquer*

*evidência de imposições diferenciadas à Autora ou de cobranças além dos limites da razoabilidade. Não demonstrada lesão a direito personalíssimo, improcede indenização por danos morais postulada. Recurso ordinário do Reclamado a que se dá provimento, neste particular.*

*TRT-PR-28-11-2006 ASSÉDIO MORAL X DANO MORAL. A prática de assédio moral no âmbito trabalhista ocasiona graves lesões de ordem psíquica e-ou física ao trabalhador, configurando inegável dano à sua moral. Não obstante a doutrina não conceituar o instituto, há certos elementos que contribuem para sua configuração, dentre os quais se destacam: violação à imagem ou integridade do trabalhador; violação propositada (degradação deliberada) em que haja intenção de prejudicar a saúde psíquica do trabalhador; intensidade da violência psicológica, que deve ser grave na concepção objetiva do homem médio; repetição da conduta assediadora por razoável lapso de tempo suficiente à causar lesões. Ainda que no caso em análise não haja elementos suficientes para caracterizar o assédio moral, resta indene de dúvida que a atitude da empregadora em empregar ameaça velada por motivos eleitoreiros, causando temor de iminente dispensa, é reprovável e causou lesão na esfera moral do obreiro, sendo a reparação medida que impõe.*

Existe essa necessidade do dolo, pois muitas vezes pode ser que haja apenas mal entendidos por falta de comunicação ou até mesmo de respeito. Neste caso, se os assediadores se retratam, ou seja, pedem desculpas, não há de se falar em assédio.

Podem ocorrer casos também em que há o dolo, porém, em decorrência da falta de comunicação, o assediador não sabe que seus atos afetam tanto o psicológico da vítima. Isso ocorre até pelo fato das

diferenças, pois muitas vezes algo que parece ser normal a uma pessoa não é para outra.

Se após a comunicação da vítima com o assediador, o mesmo continuar com as práticas hostis, mesmo que não haja a intenção, este será responsabilizado, visto que tomou conhecimento que suas ações de alguma forma faziam mal à vítima e os continuou.

#### **4.5.1. QUANTO À SAÚDE DO ASSEDIADO**

Vários sintomas podem surgir do assédio, por isso é importante que se prove que os atos causaram à vítima problemas físicos e/ou psicológicos. Segue jurisprudência neste sentido:

*ACÓRDÃO Nº: 20070074237. Nº de Pauta: 127.  
PROCESSO TRT/SP Nº: 00030200604702002.  
RECURSO ORDINÁRIO - 47 VT de São Paulo.  
RECORRENTE: 1. Plano Indústria e Comercio de Plásticos. 2. Graciana Ferreira do Nascimento.  
EMENTA: Assédio moral. Indenização.  
Caracterização. O assédio moral pressupõe agressão continuada e grave, a ponto de causar perturbação na esfera psíquica do trabalhador. Revela também discriminação, pois é especificamente dirigida e concentrada na pessoa daquele indivíduo determinado. Serve, ainda, a algum propósito eticamente reprovável. Hipótese em que, porém, a indicação é de encarregada que se dirigia a todos, indistintamente, de forma grosseira e inadequada.*

Na esfera civil, para fins de indenização, se não há o dano não há prejuízo, por isso há de se provar os reais danos sofridos pelo assediado, se a pessoa não foi eivada não devemos falar em reparação, pois não houve prejuízo.

O assédio em si não deve ser considerado doença, apenas os problemas advindos do ato, exemplo, ansiedade. Não há de ser observado apenas se a vítima se encontra doente, mas sim se a causa dessa doença física e/ou psíquica decorre do assédio, uma vez que, pode o trabalhador estar doente, mas não por problemas relacionados ao trabalho.

Há alguns casos em que a vítima sofra com sintomas causados pelo ato, como por exemplo, ansia, stress, depressão, distúrbios de sono, e, atribua as causas a si mesma. Isso ocorre pelo desconhecimento da existência do assédio moral. Neste caso estamos diante de um assédio moral, mesmo a vítima não sabendo que está amparada legalmente.

## 5. MOMENTO DE CARACTERIZAÇÃO

O assediador deverá agir no ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício faz suas funções, pois se agir fora de suas funções não haverá responsabilidade do empregador.

Neste sentido vejamos:

*O assédio moral é a exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções. TRT DA 2ª. REGIÃO – Acórdão nº 20070426362 – Processo nº 00437-2006-314-02-00-3 – Ano 2006 – 12ª Turma. Data de publicação: 15/06/2007.*

## 6. FORMAS DE ASSÉDIO

O assédio moral pode ser individual ou coletivo, vertical ou horizontal, masculino ou feminino, ascendente ou descendente, patológico ou estratégico, grupal ou individual, profissional ou familiar. Abaixo veremos detalhadamente o que cada um representa.

### 6.1. FORMAS, VERTICAL OU BOSSING, HORIZONTAL E MISTA

#### 6.1.1. ASSÉDIO VERTICAL OU BOSSING

##### 6.1.1.1. ASSÉDIO VERTICAL DESCENDENTE

Quando ele é realizado de cima para baixo, ou seja, por um responsável hierárquico que abusa de seu poder de direção. Esta forma de assédio é mais comum que o vertical ascendente.

Segundo Heinz Leymann, em todos os casos que analisou, parece que o superior hierárquico acreditava que sua posição e sua autoridade eram



questionadas, ocorrendo assim, o medo de perder o controle de seus subordinados.

#### **6.1.1.2. ASSÉDIO VERTICAL ASCENDENTE**

O assédio é vertical ascendente quando ele é de baixo para cima, ou seja, operado por um subordinado ou mais contra o superior hierárquico.

Neste caso, os subordinados agridem seu superior hierárquico por que se opõem a indicação deste responsável, na maioria das vezes, o chefe é atacado geralmente em razão de seu autoritarismo, de sua hostilidade ou de sua parcialidade.

Segue jurisprudência nesse sentido:

*Funcionários indenizarão chefe agredido verbalmente: Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi. Em decisão unânime, a 9ª Câmara Cível do TJRS responsabilizou casal de trabalhadores por agressão, praticada por seus dois filhos, com 15 e 16 anos, contra o superior hierárquico. Conforme o Colegiado, os réus são responsáveis pelos atos ilícitos cometidos pelos menores. À época dos fatos estava em vigência o Código Civil de 1916, segundo o qual a menoridade terminaria aos 21 anos completos. A vítima deve receber R\$ 10 mil por danos morais, corrigido monetariamente pelo IGP-M, acrescido de juros legais. Os dois trabalhadores devem efetuar, solidariamente, o pagamento.*

Esta forma de assédio é menos frequente do que a vertical descendente e a entre colaterais.

#### **6.1.2. ASSÉDIO HORIZONTAL**

O assédio horizontal compreende colegas do mesmo nível hierárquico, sendo nomeado simples quando o assédio é de um trabalhador a outro, ou, coletivo quando um grupo de trabalhadores assedia um colega.

Alguns exemplos que levam ao assédio horizontal são: um grupo se esforça para constranger uma pessoa a aceitar regras formuladas pela

maioria; uma ou mais pessoas escolhem como alvo um indivíduo em situação de fraqueza; e, até mesmo pela diferença da vítima, como, sexo, nacionalidade, religião, aparência física, etc.

Esta forma de assédio recebe o nome de *bullying* ou de *harassment* (nos Estados Unidos) e é marcada por comportamentos que levam à agressividade no entre companheiros e não somente um fenômeno com finalidade específica de excluir alguém da empresa.

### **6.1.3. ASSÉDIO MISTO**

O assédio misto é a mistura do horizontal e vertical, o que significa que ocorre numa relação de hierarquia, como por exemplo, entre colegas de mesmo nível hierárquico.

Veremos na prática como ocorre com o seguinte acórdão:

*TRT-PR-03-02-2006 DOENÇA  
PROFISSIONAL. (LESÃO POR ESFORÇOS  
REPETITIVOS) ASSÉDIO MORAL. DANO  
MORAL COMPROVADO. ...Como suas  
condições de saúde já não permitiam à  
produtividade nos níveis almejados, o que, por  
certo, comprometia os lucros, a solução  
encontrada foi tornar o ambiente de trabalho  
insuportável a ponto de levar ao pedido de  
desligamento e, assim, evitar os custos da  
dispensa sem justa causa. As atitudes descritas  
nos autos tipificam o assédio moral, praticado  
até mesmo pelos próprios colegas que,  
certamente, prestigiados pelo novo empregador,  
a ele se aliaram no comportamento opressivo e  
humilhante. TRT-PR-23044-2001-012-09-00-8-  
ACO-03097-2006-2ª. TURMA. Relator:  
MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU.  
Publicado no DJPR em 03-02-2006.*

## 6.2. FORMA INDIVIDUAL, COLETIVA E MISTA

### 6.2.1. FORMA INDIVIDUAL

Neste caso, o objetivo do assediador é puramente de destruição do outro para sua própria valorização.

Os psiquiatras definem as pessoas que agem desta forma como indivíduos com uma personalidade perversa, narcisista, obsessiva ou paranoica.

### 6.2.2. FORMAS COLETIVAS

#### 6.2.2.1. *ESTRATÉGICA OU ORGANIZACIONAL*

Nesta situação, observamos que a intenção é a eliminação dos trabalhadores tidos como incômodo para a empresa.

Neste sentido, um indivíduo é eleito para ser representante desta estratégia, o qual ficará incumbido de usar os meios necessários para fazer com que o trabalhador se demita.

Os meios são, por exemplo, pressioná-lo, fixar aos empregados objetivos cada vez mais inatingíveis, sendo que, caso não os alcance, o mesmo começa a questionar-se, culpar-se.

Uma situação de equiparação para fácil entendimento, seria quando a empresa resolve demitir trabalhadores com salários altos ou para evitar custos com a demissão.

#### 6.2.2.2. *INSTITUCIONAL*

O assédio institucional aparece como se estivesse ligado à forma de organização do trabalho, que, cria uma sobrecarga no mesmo, aumentando o estresse, entre outros.

É tido como forma de estratégia de gestão da equipe dos trabalhadores.

#### 6.2.2.3. *TRANSVERSAL*

Neste caso, um grupo escolherá uma pessoa para ser a vítima.

### 6.2.3. MISTA

Aqui, haverá tanto o assédio coletivo como o individual.

Seja qual for o tipo de assédio, em todos os casos o mesmo só ocorre porque há uma permissão da organização de forma direta e/ou indireta. Por isso, as empresas têm o dever de não deixar que ocorra, sob pena de serem responsabilizadas.

## 7. DAS PROVAS DO ASSÉDIO MORAL

Como analisado no decorrer do presente, o assédio não deve ser confundido com dano moral, pois para caracterização do assédio é necessário a comprovação de danos físicos e/ou psíquicos e não apenas provar os fatos. Faz-se necessário a comprovação de danos, pois se assim não o fosse, qualquer conduta seria enquadrada ao assédio moral.

Ocorre que na maioria das vezes não é fácil provar que se é vítima de assédio, pois na maioria das vezes as pessoas não sabem que estão sendo assediadas e acabam não guardando provas. Neste caso, uma orientação externa é sempre necessária, seja de um psicólogo, médico ou até mesmo um advogado.

É de suma importância distinguir o verdadeiro do falso assédio, e, nessa questão, as provas ganham uma fundamental importância.

### 7.1. PROVA DOS FATOS

Os fatos devem ser provados, se assim não o for, não haverá direito a indenização, pois através da comprovação desses atos que o empregado demonstrará que o empregador não cumpriu com o seu dever de garantir a saúde segurança e do mesmo.

*Assédio moral. Descaracterização. Tratamento deselegante. Ofensa não pessoal. ...Se as atitudes do preposto não se dirigiam de forma específica à reclamante, não tinham por finalidade impeli-la a deixar o emprego ou aceitar alteração prejudicial de*

*seu contrato de trabalho, não configurada a ofensa pessoal e nem se pode tomar tal conduta como revestida da gravidade necessária para a caracterização do assédio moral. TRT – 3ª Região. Recurso Ordinário. Processo nº 03595-2005-091-03-00-3. Data de publicação do DJMG: 09/05/2006, p. 17. 6ª Turma. Relatora Convocada: Taísa Maria Macena de Lima*

Para comprovar os fatos, admitem-se todas as formas de provas lícitas de direito, tais como, e-mails; post-its; testemunha, ainda que apenas uma; gravação telefônica entre as partes envolvidas, não podendo ser intermediada por terceiro, pois seria considerada prova ilícita por se tratar de interceptação.

*Ementa: RECURSO DE REVISTA - DANOS MORAIS-ASSÉDIO MORAL-TRATAMENTO DESRESPEITOSO - AGRESSÕES VERBAIS - LESÃO À DIREITO DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO. Para o deferimento de indenização por danos morais é necessária a violação de algum dos valores imateriais do cidadão, como a honra, a imagem, o nome, a intimidade e a privacidade, que englobam os chamados direitos da personalidade. (...) No caso, o Tribunal Regional deixa claro que a preposta da reclamada e chefe da autora dispensava habitualmente tratamento desrespeitoso, ofensivo e humilhante contra a reclamante, proferindo insultos verbais e fazendo cobranças exageradas. Tal situação viola direito da personalidade da obreira e enseja o pagamento de danos morais. Recurso de revista conhecido e provido.*

Existem pequenos atos difíceis de serem provados, pois requerem maior percepção, são pequenos sinais que pessoas próximas não conseguem perceber. O magistrado deverá levar em conta a apreciação de todas as provas admitidas em direito, para que facilite ao trabalhador a comprovação dos fatos.

### 7.1.1. A PROVA DO DANO PSÍQUICO E FÍSICO

Para que ocorra o assédio é necessária a comprovação de que a vítima adquiriu no mínimo problemas psíquicos, e, eventualmente físicos, pois algumas pessoas são imunes a tratamentos hostis, ou seja, não sofrem nenhum tipo de transtorno. Os problemas físicos poderão ou não ser somados aos psíquicos, entretanto, não é necessário para efetiva comprovação, já que apenas os danos psicológicos já caracterizam o assédio.

A degradação da saúde da vítima pode ser comprovada por histórico médico, tendo que ficar constatado que os problemas ocorreram em decorrência do assédio.

### 7.2. NEXO DE CAUSALIDADE

Será importante uma apuração das condições que evidenciam o assédio e, acima de tudo, das provas, do nexo de causalidade e dos efetivos prejuízos, cabendo ao julgador, em última análise, esta consulta. Sem isso, não haverá assédio, mas sim, um falso assédio.

A Resolução 1488, de 11 de fevereiro de 1998, do Conselho Federal de Medicina, serve como referência para a análise de nexo causal:

*Art. 2º - Para o estabelecimento do nexo causal entre os transtornos de saúde e as atividades do trabalhador, além do exame clínico (físico e mental) e os exames complementares, quando necessários, deve o médico considerar:*

*I - a história clínica e ocupacional, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação de nexo causal;*

*II - o estudo do local de trabalho;*

*III - o estudo da organização do trabalho;*

*IV - os dados epidemiológicos;*

*V - a literatura atualizada;*

*VI - a ocorrência de quadro clínico ou sub-clínico em trabalhador exposto a condições agressivas;*

*VII - a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros;*

*VIII - o depoimento e a experiência dos trabalhadores;*

*IX - os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área da saúde.*

O nexo de causalidade deve estar irrefutavelmente comprovado, caso contrário não haverá responsabilidade.

## 8. INDENIZAÇÃO

A reparação de danos morais e materiais têm como base a Constituição Federal:

*Art. 5º, inciso V da Constituição Federal “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.*

Também encontra embasamento no Código Civil:

*Art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”*

*“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

*Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade*

*normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”*

Os atos que resultam em assédio moral possui efeito que leva à indenização por dano moral, pois ultrapassa o âmbito profissional, vez que interferem na saúde física e mental da vítima e corrói a sua autoestima:

*Recurso Ordinário nº 1315.2000.00.17.00.1, relatado pela juíza Sônia das Dores Dionízio. “No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho e, por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado”.*

As consequências dos processos que giram em torno das alegações de assédio moral, quando procedentes ao empregado, geram essencialmente, três tipos de reparação: a primeira é a rescisão indireta do contrato de trabalho, hipótese que se assemelha à justa causa favorável ao empregado, pois, mantém o direito ao recebimento de todas as verbas rescisórias; outra visa à proteção da dignidade do trabalhador, que é a indenização por danos morais; a terceira é a indenização por danos materiais, em alguns casos em que os prejuízos psicológicos causados ao trabalhador sejam tão grandes a ponto de gerar gastos com medicamentos e tratamentos.

Os valores das condenações nos processos com esse pedido, na maior parte dos casos, variam entre R\$ 10.000,00 e R\$ 30.000,00. O ministro Ives Gandra Martins Filho, em uma das primeiras decisões do TST pertinentes ao tema (RR 122/2001-036-12-00.0), ressalta que a ausência de critérios específicos para fixação de dano moral na legislação trabalhista “leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão à imagem e à honra e o valor monetário da indenização imposta”.



A fixação de valores para dano moral, conforme vem sendo adotada pelo TST, tem dupla finalidade: compensar a vítima pelo dano moral sofrido e, também, punir o infrator, a fim de coibir a reincidência nesse tipo de prática.

## g. COMPETÊNCIA

Após a Emenda Constitucional 45/2004, os casos de dano moral decorrentes das relações de trabalho passaram a ser de encargo da Justiça do Trabalho.

Diante disso, todos os casos de reparação aos danos sofridos pelo assédio moral, tanto na esfera moral como na material, deverão ser processadas e julgadas pela Justiça Especializada Trabalhista.

## CONCLUSÃO

Como discorrido durante todo o trabalho, o Assédio Moral é um fato atual e tem que ser tratado com seriedade pelas empresas.

Na maioria das vezes, o empregador a precisa passar por uma adaptação para o controle e aniquilação total da prática para que o fato não volte a ocorrer, principalmente na intervenção entre os funcionários, quando o assédio ocorre de forma horizontal (entre os próprios funcionários hierarquicamente iguais), pois, mesmo que não tenham ciência do ocorrido, serão responsabilizados e arcarão com os danos causados à vítima.

O empregado também deve ficar atento aos sinais, pois, podem confundir o poder diretivo com abuso de poder, não podendo, de forma alguma, se submeter a essas situações, e, nunca pensar que faz parte se suas atividades laborativas aceitar e tolerar situações rudes e humilhantes.

## REFERÊNCIAS

<https://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18983529/25292005562909-pr-2529-2005-562-9-0-9-trt-9>

<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=vTzQ8PW49DcC&oi=fnd&pg=PA16&dq=ass%C3%A9dio+moral+no+trabalho&ots=YieEihAs0&sig=8u82I8aMBjGLSH1GAgcoa9UgbYI#v=onepage&q=ass%C3%A9dio%20moral%20no%20trabalho&f=true>

<https://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18977024/893220056902-pr-8932-2005-6-9-0-2-trt-9>

<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/livros/1615-livro-assedio-moral-no-trabalho-caps-1-7>

[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4996](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4996)

<http://www.normaslegais.com.br/trab/1trabalhista020207.htm>

---

[1] Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga (2004). Especialista em Direito Constitucional pela Unisul/IDP (2007). Especialista em Direito Processual pela Unama (2008). Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pelo Centro Universitário Toledo (2012). Especialização em andamento em Direito Previdenciário (Uniderp). Doutorado em Direito Constitucional em andamento, na Universidad de Buenos Aires. Advogado no escritório de advocacia Páez & Bertolo e Professor Universitário da Universidade Camilo Castelo Branco.

## **AS PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PELA DOUTRINA BRASILEIRA**

**JOSE FRANCISCO BRITTO FRAGA**

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar as diversas classificações existentes sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, principalmente a de José Afonso da Silva.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. 3 JOSÉ AFONSO DA SILVA. 4. MARIA HELENA DINIZ 5. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. 6. CELSO RIBEIRO BASTOS E CARLOS AYRES BRITTO. 7. UADI LAMMÊGO BULOS .8. CONCLUSÃO.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

Este trabalho tem como objetivo expor os critérios da aplicabilidade das normas constitucionais.

Começa-se com a classificação consagrada de José Afonso da Silva, o qual divide as normas em de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. A seguir tratamos das classificações dadas por Maria Helena Diniz; Manoel Gonçalves Ferreira Filho; Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto e Uadi Lammêgo Bulos.

O trabalho procura diferenciar, de forma sucinta, as classificações mais utilizadas pela doutrina em relação a aplicabilidade das normas constitucionais.

### **2. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

A análise da aplicabilidade das normas constitucionais tem relação direta com a omissão legislativa, qual seja, o campo de incidência da omissão legislativa inconstitucional.

Observa-se que a Carta Magna de 1988 exige da função legislativa imprescindível atuação, regulamentando inclusive direitos e garantias fundamentais, como exemplo, o direito a greve do servidor público.

Essa classificação surgiu com as constituições sociais pois, em regra, as normas fundamentais de primeira geração são autoaplicáveis, não sofrendo restrição infraconstitucional. Entretanto, os direitos sociais, em regra, não são autoaplicáveis, o que vem sendo discutido com o surgimento deste tipo de Constituição Dirigente.

Em regra, todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, algumas jurídicas e sociais, e outras são apenas jurídicas. A eficácia social é efetivamente aplicada nos casos concretos, já a eficácia jurídica significa que a norma não está apta a produzir efeitos no que concerne as relações concretas, mas já produz efeitos jurídicos a partir da sua edição, revogando normas anteriores com ela incompatíveis.

Passamos à análise das classificações mais adotadas das normas constitucionais, por diversos doutrinadores atuais, para melhor verificar a questão.

### 3. JOSE AFONSO DA SILVA

Trata-se da mais tradicional classificação das normas constitucionais, retirada de sua monografia cujo título é a “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”. Ali, o nobre doutrinador dividiu as normas em de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são as que, para a produção de todos os seus efeitos, não dependem de integração infraconstitucional e nem admitem regulamentação que reduza seu conteúdo normativo.

Segundo José Afonso da Silva, são normas que desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. Encontram-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais.

Em regra, essas normas criam ou estabelecem competências aos entes da Federação. Essa normas também são chamadas de autoaplicáveis, em que se pode destacar que: são as que podem ter a sua incidência imediata, independentemente

de uma outra lei que a regule, não necessitam de lei para sua aplicação e são desde logo exigíveis.

Desta forma, se todas as normas constitucionais fossem dotadas de eficácia plena não haveria espaço para o controle da omissão legislativa e o mandado de injunção seria desnecessário, pois não se teria o que a discutir acerca de omissão legislativa inconstitucional.

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados:

Elas são normas de aplicabilidade direta e imediata. Em regra, elas solicitam a intervenção do legislador, mas visando restringir a plenitude e sua eficácia, para que sejam regulamentados direitos subjetivos que delas decorram para os cidadãos, indivíduos ou grupos. Enquanto isso não ocorrer, sua eficácia será plena.

Por exemplo, o Art. 5º, XIII, que garante, de imediato, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, em que uma lei pode restringir seu alcance, tendo em vista a segunda parte deste inciso, o qual prevê: “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, que é o caso, por exemplo, da exigência de aprovação no exame da OAB para exercício da advocacia.

Não há omissão inconstitucional, visto que sua regulamentação é facultativa. Tais normas não necessitam ser regulamentadas, no entanto, elas podem ser regulamentadas.

Normas constitucionais de eficácia limitada são as que, no momento da promulgação da Constituição, não estão aptas a produzirem todos os seus efeitos, pois dependem da integração por regulamentação infraconstitucional. São chamadas de eficácia limitada, pois, para que haja sua executoriedade plena é preciso legislação integrativa. São de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

No entanto, embora as normas ditas de eficácia limitada não produzam todos seus efeitos de imediato, entretanto, isso não quer dizer que não produzam efeito nenhum. Percebe-se que tais normas têm, ao menos, eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, porque estabelecem um dever para o legislador ordinário; condiciona a legislação posterior de ser inconstitucional, caso não seja respeitada a norma estabelecida na Carta Magna; constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; se tornam condicionantes para a atividade discricionária da Administração e do Judiciário e criam situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem.

É possível dividi-las em dois grandes grupos: normas de princípio institutivo ou organizativo, e normas de princípio programático.

Normas de princípio institutivo (ou organizativo), que, segundo José Afonso da Silva, são aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.

Essas normas ainda podem ser divididas em impositivas e facultativas. As primeiras determinam ao legislador uma ordem de emitir uma legislação integrativa, como o Art. 32, § 4º da CF/88, que, segundo ela, “Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar” e o Art. 88 da CF/88, que diz “A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”.

Já as segundas não impõem uma obrigação, limitando-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada, como o Art. 25, §3º da CF/88, cuja redação dispõe que “Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões” e como o Art. 22, parágrafo único em que “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.

Normas de princípio programático são aquelas que o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a lhes traçar os princípios e diretrizes, para serem cumpridos pelos órgãos integrantes dos poderes constituídos, visando a realização dos fins sociais do Estado.

Em geral, veiculam programas a serem implementados pelo Estado, com o objetivo de realizar atividades de fins sociais, como a Art. 196, que assegura o direito à saúde, o Art. 205 sobre a educação e o Art. 218, acerca da ciência e tecnologia, dentre outros.

Assim, observa-se que a incidência da omissão legislativa é restrita às normas constitucionais que, de alguma forma, necessitam, para a produção de seus efeitos, de regulamentação. Em suma, a omissão legislativa inconstitucional ocorre quando não existe a regulamentação total ou parcial de normas constitucionais ditas de eficácia limitada.

O Art. 5º, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que as normas definidoras de direito e garantias fundamentais tem aplicação imediata. No entanto, a doutrina divide esses direitos, em que os direitos e garantias individuais, de primeira geração, são de aplicabilidade imediata. Já os direitos sociais, culturais e econômicos podem não ser, dependendo providências posteriores que completem a eficácia e possibilidade de aplicação.

Segundo ainda o doutrinador objeto deste item, essa aplicabilidade exposta no Art. 5º § 1º, significa que as normas são aplicáveis até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento e também significa que o Poder Judiciário, ao ser provocado em relação a uma situação concreta, não pode deixar de aplica-las, conferindo ao interessado o direito, se for o caso

São as normas de eficácia limitada que podem levar à ocorrência da inconstitucionalidade por omissão, conforme será visto adiante.

#### 4 MARIA HELENA DINIZ

Maria Helena Diniz propõe uma nova espécie de classificação das normas constitucionais, tendo por critério a intangibilidade e a produção dos efeitos concretos.

**Normas constitucionais de eficácia absoluta são** intangíveis e não podem ser emendadas para restringir sua aplicação. Contêm uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las. Distinguem-se, portanto, das normas constitucionais de eficácia plena, que, apesar de incidirem

imediatamente sem necessidade de legislação complementar posterior, são emendáveis.

Cita a doutrinadora, os textos constitucionais que amparam a federação, Art. 1º; o voto direto, secreto, universal e periódico, Art. 14; a separação de poderes, Art. 2º; e os direitos e garantias individuais, Art. 5º, I a LXXVII; isso por serem insuscetíveis de emenda, por força do Art. 60, §4º, que os qualificam como cláusulas pétreas.

Elas possuem eficácia positiva, por terem incidência imediata e serem não emendáveis, por não poderem ser modificadas por processo norma de emenda, e eficácia negativa, por vedarem qualquer lei que as contrarie, tendo força paralisante total e imediata.

Normas de eficácia plena são, desde a entrada em vigor da Constituição, plenamente eficazes para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos, já que, apesar de poderem ser emendadas, não requerem regulamentação infraconstitucional. Podem ser imediatamente aplicadas. Incidem diretamente sobre o objeto de sua regulamentação jurídica, criando direitos subjetivos, desde logo exequíveis, sabendo-se qual o comportamento a seguir.

Normas de eficácia relativa restringível são as de eficácia contida de José Afonso da Silva, já acima citadas, mas pode-se denominá-las de normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível, pois apesar de terem aplicabilidade imediata ou plena, são restringidas nos casos e na forma que a lei estabelecer. Portanto, seu alcance pode ser reduzido pela atividade legislativa.

São preceitos constitucionais que receberam do constituinte normatividade capaz de reger os interesses, mas contêm a prescrição de meios normativos ou de conceitos que restringem a produção de seus efeitos. São normas passíveis de restrição.

Normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício



do direito. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, já que, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem, o é chamado de eficácia negativa. Não recebem, portanto, do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, porque ele deixou ao Legislativo a tarefa de regulamentar a matéria, logo, não poderão produzir os seus efeitos de imediato, porém têm aplicabilidade mediata, já que incidirão totalmente sobre os interesses tutelados, após o regramento infraconstitucional.

## 5. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

Segundo o autor as normas podem ser autoexecutáveis ou não autoexecutáveis.

Normas autoexecutáveis são completas e definidas quanto à hipótese e à disposição, bastando por si mesmas e assim podem ser aplicadas de imediato.

Já as normas não-autoexecutáveis são as que não possuem aplicação imediata, dependendo de regra posterior que as complemente. Não possuem aplicabilidade imediata e são de três espécies:

- a) normas incompletas – não são suficientemente definidas, como as “que criam institutos processuais, mas não esclarecem qual o procedimento aplicável”;
- b) normas condicionadas - embora pareçam suficientemente definidas na hipótese e no dispositivo, foram condicionadas pelo constituinte a uma lei posterior, que precise os seus elementos integrantes;
- c) normas programáticas - indicam planos ou programas de atuação governamental. Estas não só reclamam lei ordinária de complementação ou regulamentação, mas também exigem medidas administrativas, para que possam tornar-se efetivas.

## 6. CELSO RIBEIRO BASTOS E CARLOS AYRES BRITTO

Segundo esses autores, as normas constitucionais podem ser classificadas em normas de aplicação e normas de integração.

Normas de aplicação são aquelas capazes de produzir todos os seus efeitos, dispensando regulamentação (norma de aplicação irregularável) ou permitindo a regulamentação, mas sem qualquer restrição do conteúdo constitucional (norma de aplicação regulamentável).

Já as normas de integração são integradas pela legislação infraconstitucional. Dividem-se em normas complementáveis, que exigem uma legislação integrativa para a completa produção de seus efeitos, e normas restringíveis, as quais permitem à legislação ordinária a possibilidade de restrição dos seus efeitos.

## 7. UADI LAMMÊGO BULOS

Segundo o autor, as normas de eficácia exaurida ou esvaídas são aquelas que já esvaziaram a produção de seus efeitos. São próprias do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em relação àquelas normas que já cumpriram o papel, encargo ou tarefa para o qual foram propostas. Como exemplo se tem o Art. 3º do ADCT, que dispõe sobre a revisão constitucional.

## 6. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se explanar, de forma sucinta, a aplicabilidade das normas constitucionais, tratando inicialmente sobre sua eficácia social e jurídica.

Em seguida, tratou-se das principais classificações doutrinárias utilizadas para explicar a eficácia dessas normas, sendo a mais utilizada a de José Afonso da Silva.

Assim, esse trabalho visa oferecer uma rápida análise da classificação da aplicabilidade das normas constitucionais pela doutrina brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 5ª ed., São Paulo: Método, 2010.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Curso Poder Público em Juízo**. 5ª ed., São Paulo, *Juspodium*, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Aires. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

CUNHA JÚNHOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003

FERNANDEZ, F. **El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas**. In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 8, 1991

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Curso de Ações Constitucionais**. 6ª ed., São Paulo: *Juspodium*, 2012.

MENDES, G. Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Barão de. **O espírito das leis**. 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flavia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandato de injunção**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão**. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, a. 6, n. 23.

SEHN, Solon. **Mandado de injunção e o controle das omissões legislativas**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 9, n. 36, p. 236-154, julho a setembro de 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2010.

## LENIÊNCIA DO JUDICIÁRIO AO APRECIAR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

**MARCOS VINICIUS MARINHO DA SILVA:**  
Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

**Armando Soares de Castro Formiga**<sup>[1]</sup>

**RESUMO:** O referente artigo encontra ensejo na impunidade dos agentes políticos e públicos frente ao Poder Judiciário, orquestrando atos que originaram maiores ônus que propriamente benefícios, eis que pode-se observar que a verba pública é consumida com atos de motivação fútil e imoral, finalidade diversa do interesse público e em total transgressão à razoabilidade administrativa, havendo grande desproporcionalidade entre o erário despendido e os benefícios auferidos pela coletividade. A insensatez presente nas ações de tais administradores evidencia a existência de algo mais grave e preocupante, a decadência do caráter de muitos os que ascendem à gestão do interesse público. Onde, independente de investidura ou causas endêmicas, resultando uma inevitável interação com um meio viciado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Agentes públicos. Improbidade administrativa. Impunidade. Judiciário.

**ABSTRACT:** The article finds opportunity in the impunity of political and public agents outside the Judiciary, orchestrating acts that led to greater burden itself benefits, it can be observed that the public budget is consumed with acts of futile and immoral motivation, diverse public interest purpose and transgression to reasonableness, with large administrative disproportionality between the money spent and the benefits received by the collective. The folly in the actions of such administrators highlights the existence of something more serious and worrying, the decline of the character of many who ascend to the management of the public interest. Where, independent of investiture or endemic causes, resulting in an inevitable interaction with a kind of addict.

**KEY-WORDS:** Improbability administrative. Impunity. Judiciary. Public agents.

**SUMÁRIO:** Introdução. 2 Autonomia Constitucional Da Improbidade Administrativa. 3 Lei De Improbidade Administrativa.3.1 Estrutura Normativa Da Improbidade Administrativa. 3.2 Improbidade Administrativa E Enriquecimento Ilícito. 3.3 Prejuízo Ao Erário. 3.4 Atos Que Atentam Contra Os Princípios Da Administração. 4 Controle Judicial do Ato de Improbidade Administrativa. 5 Ação De Improbidade Administrativa Versus Agentes Políticos. 6 Espécies de Sanções. 6.1 Perda Da Função Pública. 6.2 Ressarcimento Ao Erário. 6.3 Multa Civil. 6.4 Contratar Com O Poder Público. 6.5 Proibição De Receber Benefícios Ou Incentivos Fiscais Ou Creditícios. 6.6 Indisponibilidade Dos Bens. 7 Critério De Aplicação Das Sanções. 8 Prescrição E Decadência. Considerações Finais. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Em consonância com o autor De Plácido e Silva, *probo* e *probidade* derivam do latim *probus*, *probitas*, aquilo que é reto, leal, justo, honesto, podendo ser interpretado também como uma "*maneira criteriosa de proceder*". Decorrente de *improbitas* que significa, imoralidade, malícia, desonestidade, má conduta e índole. Ainda seguindo o ilustre autor supracitado, ímprobo "é o perverso, corrupto, devasso, desonesto, falso, enganador" (PLÁCIDO E SILVA, 2016 p. 432;454). Em outra descrição, o autor Antônio Geraldo da Cunha, no Do dicionário etimológico da língua portuguesa assim a define ,"*probo* refere-se a quem apresenta caráter íntegro" (CUNHA, 2011, p. 522.), ou seja, em sentido inverso, *ímprobo* é quem se encontra em estado de integridade. Em igual raciocínio, Garcia e Alves salientam: "*probus*" quer dizer "o que brota bem" (*pro+bho* – da raiz *bhu*, nascer, brotar)" (2011, p. 109).

Portanto, probidade se define como, o comportamento honesto, baseado na retidão do caráter íntegro e em segundo plano, o surgir do bem, manter-se leal ao proceder nas atitudes. Improbidade administrativa, em compêndio, elucida o comportamento que rompe a honestidade e a lealdade que se espera ao gerir da coisa pública, independente da atribuição de agente público ou de correligionário privado. Improbidade

administrativa traduz a mais alta desconfiguração da fidelidade assumida por quem faina com bens e poderes cujo tem como titular último o povo.

A história e a filosofia nunca obliteraram a improbidade, tanto dos homens da sociedade quanto dos homens do Estado. Sendo aquela a improbidade comum, intrínseca da humanidade de forma geral; Locke em sua obra *Dos Tratados de Governo Civil* desperta a sociedade a caucionar-se contra qualquer atentado, mesmo dos legisladores, sempre que se mostrassem levianos ou maldosos e regessem planos contra a liberdade e propriedade dos indivíduos. E esta, a improbidade que alcança os valores morais da maior parte da sociedade, empregados ao Estado, tem-se Maquiavel que em seu livro *O Príncipe* aduz dentre as várias lições sobre a melhor conduta a ser adotada pelos soberanos, aconselhava o príncipe a não manter-se fiel às suas promessas quando suprimida a causa, eis que seu cumprimento poderia gerar gravame, uma vez que nem todos os homens eram bons.

Os desvios comportamentais que postergam a normatividade estatal, ou os valores morais de determinado grupo em troca de uma vantagem correlata, manifestar-se-ão como principal via de degradação dos padrões ético-jurídicos que devem manear o comportamento individual nas esferas pública e privada.

Segundo a história, especificamente a do Brasil, mostra que a corrupção tem suas entranhas na colonização do país. A Monarquia à época foi a base para a edificação do sistema colonial português, onde o monarca que detinha total poder, a exemplo, a Constituição de 1824, em que estabelecia 4 (quatro) poderes constituintes, o Poder Executivo, gerido pelo monarca, o Poder Legislativo, formado por deputados, o Poder Judiciário, formado por juízes e ministros; e por último, talvez mais importante, o Poder Moderador, que detinha controle sobre todos os outros, também chefiado pelo monarca (VICENTINO; GIANPAOLO; 2012).

Com a chegada da família real ao Brasil, o modelo aplicado por D. João VI para aproximar-se e conseguir apoio político e financeiro da elite local foi à concessão de honrarias e títulos de nobreza à época, transmutando a importância dos títulos de acordo com a intensidade do

retorno e fortalecimento declinados à Coroa. Somente em oito anos, D. João VI distribuiu mais títulos de nobreza que Portugal nos trezentos anos anteriores. (GOMES. 2007, p. 196-197). Essa elite que se formou com esse exemplo, desprovida de valores éticos e instigada pelo espírito do "é dando que se recebe", ascendeu ao poder e sedimentou um verdadeiro cancro na estrutura administrativa. O tesoureiro de D. João VI Bento Maria Targini, foi nomeado barão e depois visconde, immortalizando-se na célebre frase "Quem furta pouco é ladrão, quem furta muito é barão, quem mais furta e esconde, passa de barão a visconde" (CAVALCANTI, 2011 p. 46).

Diante desse cenário implantado, já no começo do século XIX, as distorções comportamentais não permaneciam restritas aos detentores de poder, mostrava-se disseminadas dentro do ambiente social. Thomas Lindley descreve em sua narrativa "Narrativa de uma viagem ao Brasil" assim aos comerciantes baianos da época: "[e]m seus negócios, prevalece à astúcia mesquinha e velhaca, principalmente quando efetuadas as transações com estrangeiros, aos quais pedem o dobro do preço que acabarão aceitando por sua mercadoria, ao passo que procuram desvalorizar o que terão de obter em troca, utilizando-se de todos os artifícios ao seu alcance, Numa palavra, salvo algumas exceções, são pessoas inteiramente destituídas do sentimento de honra, não possuindo aquele senso geral de retidão que deve presidir a toda e qualquer transação entre os homens." Destacando que ética e honestidade já não eram valores que gozavam de grande prestígio à época.

Essas distorções auferidas no Brasil à época de sua colonização continuaram a expandir quando tornou-se Reino, e institucionalizada durante a República, e absurdamente vivo nos dias atuais, leva-nos a uma descrença de solução e uma verdadeira crise de valores morais, éticos e políticos fazendo-me lembrar de um trecho da obra O Príncipe de Nicolai Maquiavel, onde escreve "também aqui, como dizem os médicos sobre a tuberculose, no início o mal é fácil de curar e difícil de diagnosticar. Mas, com o passar do tempo, não tendo sido nem reconhecida nem medicada, toma-se fácil de diagnosticar e difícil de curar. O mesmo sucede nos assuntos de Estado. Prevendo os males que nascem, o que só é permitido a um sábio, estes são curados rapidamente.



Mas quando se permite que cresçam, por não havê-los previsto, todos os reconhecem, porém não há mais remédio".

## 2 AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O tema a ser tratado é tão antigo quanto à comunhão humana em sociedade e, ao mesmo tempo, abriga tamanha importância nos dias de hoje, eis que com a evolução da sociedade para o Estado Democrático de Direito, tal questionamento tornou-se de crucial importância.

Para se compreender o referido estudo, é fulcral assimilar o contexto de construção da Improbidade Administrativa, ressaltando a autonomia constitucional. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência sustentam três instâncias de responsabilidade jurídica inseridas pela Constituição da República Federal do Brasil e na ordenação jurídica, sendo: civil, criminal e administrativa.

A responsabilidade civil tem por origem o próprio Direito, nas relações em que tem por elementos a conjuntura jurídica que rodeie qualquer hipótese de responsabilização de um indivíduo: sabendo ser a conduta objetiva ou subjetiva, ou por nexos causal e dano.

Como a responsabilidade criminal, tem respaldo no Direito Penal, destaca-se a estrutura que reconhece a tipicidade dos comportamentos que findam em penas, e que podem chegar a cercear a liberdade humana.

Já a responsabilidade administrativa, tem como objeto as relações jurídico-administrativas, ou seja, estabelecem elos entre o Estado e o cidadão, onde qualquer deste encontra-se potencialmente submetido a situações jurídicas estabelecidas em lei. Ora de sujeição especial, nos quais alguns cidadãos encontram-se submetidos de maneira forçosa ou espontânea.

No direito positivo, o exercício do ato ímprobo deve ser esboçado como um sistema de responsabilização autônomo, por demonstrar os componentes, o tipo, a infração, a sanção, o bem jurídico, o

processo e por não valer-se a outro sistema normativo para ser implementado.

A constituição explana a responsabilidade como algo imprescindível pelo qual o direito reage ao ilícito do agente público e na medida em que a configuração de um ilícito adjunto a uma determinada sanção, estabelecida em razão da proteção do bem jurídico e por força do devido processo legal a ser imposto pelo processo administrativo judicial, temos então presente, o sistema de responsabilidade.

Evidencia-se, portanto que a probidade é o bem jurídico protegido, mas encontrando-a estabelecida dentro dos moldes constitucionais e não o que a sociedade determina, como mero caráter de honestidade. O artigo 37, §4º da CRFB tem um caráter bem maior, o que implica em interpretação dentro da nova realidade constitucional do Brasil, não se referindo a um ordinário sistema de combate ao enriquecimento ilícito, constituindo-se como um sistema de responsabilidade por improbidade administrativa, que é implantado pela Lei nº 8.429/92.

A Lei nº 8.429/92 surgiu para regulamentar o artigo 37, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que coligiu três categorias de atos de improbidade administrativa, são elas: atos que importam em enriquecimento ilícito do agente (artigo 9º da referida lei), atos que causam lesão ao erário público (artigo 10º da já mencionada lei) e atos que vão contra os princípios da administração pública (artigo 11º da mesma lei em questão).

Sabido que no que tange aos atos administrativos os princípios são premissas que estruturam o ordenamento jurídico, ostentando a forma de interpretação do direito. Onde a Lei nº 8.429/92 em seu artigo 11º, *caput*, o legislador fez um importante trabalho ao salientar a insistência doutrinária na valorização de tais princípios.

Em razão do referido diploma legal, vale lembrar o que já afirmava Celso Antônio Bandeira de Melo, em Curso de Direito Administrativo, 1996: "violar um princípio é muito mais grave que violar uma norma isolada, pois

os efeitos do gravame são, sem dúvida, muito maiores, devido à generalidade e raio de ação dos princípios".

O artigo 4<sup>a</sup> da Lei nº 8.429/92, determina que: "os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.". Onde este, conjugado com o artigo 37, *caput*, da CRFB: "A administração pública direta, indireta, ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...". Mostrando tamanha importância e relevância destes para o funcionamento adequado do Estado Democrático de Direito.

O ilustre autor Celso Antônio Bandeira de Melo, em sua já mencionada obra Curso de Direito Administrativo, pp. 43/62, salienta que "além dos princípios já elencados pela constituição de forma expressa, existem outros, sejam eles, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da finalidade, princípio da razoabilidade, princípio da proporcionalidade, princípio da motivação, princípio do controle judicial dos atos administrativos e princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos".

Com a junção do Direito Sancionador a um capítulo independente do Direito Administrativo, foi possível estabelecer a harmonização de conceitos, instituições, um regime jurídico próprio e qualificado para compulsar infrações e suas respectivas sanções, facilitando a compreensão e sistematização nas relações de direito público.

Na Constituição Federal de 1988, a nomenclatura improbidade administrativa aparece primeiramente em seu artigo 15, que alude a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão dar-se-á de acordo com inciso V do mesmo, por prática do predito ato. E outra vez em seu artigo 37, § 4<sup>o</sup>, quando aduz, "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

A autonomia constitucional da responsabilização por improbidade administrativa não se limita nestes artigos, pelo contrário tem seu marco e incremento em leitura sistemática e pontual da Constituição da República Federativa do Brasil.

Pode-se constatar tal afirmação ao observar o artigo 1º da CRFB, o texto normativo transmite os princípios fundamentais e atesta o Brasil como República, introduzindo o princípio republicano, sendo assim, ao avultar a res publica, ou seja, o agir em nome do que é público é uma atuação também em nome da sociedade e não devendo se possuir por interesse pessoal. E por esse princípio ter como base a responsabilidade que é intento fundador do atual Estado de Direito Democrático e Social do Direito, avir-se que a improbidade administrativa tem verdadeira autonomia enquanto instância de responsabilidade. Enfim, Improbidade Administrativa tem seu conceito definido como um desvio de conduta que transgride a honestidade e a lealdade na maneira de conduzir a coisa pública, independente da condição de agente público ou parceiro privado. Em síntese, representa a falta de integralidade por parte de quem lida com os bens e poderes cujo possui como único titular o povo.

### 3 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O sistema judiciário deve manter seu caráter punitivo primário. Tendo aquele, dificuldade de assegurar o cunho punitivo, por se enveredar em uma sanção que resultará em mera imposição da multa civil ou uma imposição da proibição de contratar, precisando resgatar o objetivo primário, deixando o efeito secundário, ressarcitório, a multa pecuniária, de lado e mostrando que o direito positivo evoluiu.

A legislação específica que tratada da improbidade administra traz em seu bojo três hipóteses de improbidade administrativa. Artigos 9º, 10º e 11 da Lei nº 8.429/92 (LIA).

São conceptualizados como atos de improbidade administrativa, as condutas dolosas ou culposas, sejam elas omissivas ou comissivas, que culminam em enriquecimento ilícito, que geram prejuízo ao erário público ou que atentem contra os princípios da Administração Pública.

### 3.1 ESTRUTURA NORMATIVA da IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Os atos de improbidade administrativa tem previsão na Lei nº 8.429/92 sob três espécies. Os atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam lesão ao erário (art. 10º) e os que atentam contra os princípios da administração pública (art.11). Na tipificação deste a lei utilizou de dois modelos de técnica legislativa para sua aplicação. O emprego de conceitos jurídicos indeterminados e outros de conteúdo mais específicos e determinado observados nos incisos dos artigos de cada espécie de improbidade.

No *caput* dos artigos, a lei preceituou tipos amplos como: (i) auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida; (ii) provocar lesão ao erário por qualquer ação ou omissão que enseje perda patrimonial; (iii) praticar qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Essa amplitude permite o enquadramento de situações de fato mesmo diante da evolução dos métodos de infrações logrado aos princípios da administração pública, dando "flexibilidade normativa aos mecanismos punitivos, de tal modo a coibir manobras formalistas conducentes à impunidade" (OSÓRIO. 2010. p. 328).

Tal método reforça o papel do Judiciário a quem compete decidir sobre a aplicação das sanções por improbidade e que irá desabrochar nos casos em julgamento os conceitos indeterminados, examinados os parâmetros legislativos e administrativos de incorporação. O outro modelo adotado na lei preconiza de maneira específica os tipos legais, a exemplo, "receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado" (art. 9º, X); "conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie" (art. 10º, VII); e "frustrar a licitude de concurso público" (art. 11, V).

O sistema tripartite de improbidade detém um vínculo entre eles, de modo que todo ato de ímprobo já revela uma violação aos princípios da administração (art. 11), antes de poder ser classificado como lesão ao

erário (art. 10º) ou enriquecimento ilícito (art. 9º). É comum nas ações de improbidade a desclassificação do fato imputado na petição inicial para outro. Para sanar tal abertura de depreciação, o STJ já firmou entendimento que não "infringe o princípio da congruência a decisão judicial que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, eis que deve a defesa ater-se aos fatos e não à capitulação legal" (REsp nº 842428. Rel. Min. Eliana Calmon).

### 3.2 Improbidade Administrativa e Enriquecimento Ilícito

Os tipos que traduzem enriquecimento ilícito estão previstos no art. 9º, da Lei nº 8.429/92.

São os atos que manifestam qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida e reproduzem maior gravidade, sancionadas com maior seriedade pelo legislador. Por isso, as sanções para quem é tipificado nessa conduta se amoldam no artigo 12, inciso I, da LIA. As penalidades possuem a opção de serem aplicadas de formas isoladas ou em conjunto e constituem: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; o ressarcimento integral do dano, quando identificado; a perda da função pública; a suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; o pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos. Tudo isso, sem dependência das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

O reconhecimento do enriquecimento ilícito não implica necessariamente produção de dano ao erário. Algumas figuras típicas refletem o dano ao erário (art. 9º II, III, IV, VI, XI e XII) e outras não exigem o dano (art. 9º, caput, I, V, VII, VIII, IX e X). Compete evidenciar que certos tipos trazem a necessidade de exame do ato administrativo onde se deve identificar a ofensa à legalidade ou juridicidade para integrar a norma sancionatória (art. 9º, II, III, VI, X).

O Judiciário Brasileiro tem alicerçado entendimento que nos casos de atos que contrariem os Princípios da Administração Pública e que corroboram em enriquecimento ilícito somente haverá punição se comprovado o dolo. Para os casos de atos que ocasionam prejuízo ao erário basta a culpa.

Neste sentido:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES NA DISPENSA DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA QUE DEMONSTRASSE O PREJUÍZO AO ERÁRIO E O DOLO DO AGENTE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não houve prejuízo ao Erário, tampouco dolo na conduta do agente, o que afasta a incidência do art. 11 da Lei 8.429/92 e suas respectivas sanções; esta Corte Superior de Justiça já uniformizou a sua jurisprudência para afirmar que é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo, para os tipos previstos nos arts. 9º. e 11 e, ao menos, na culpa, nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92” (REsp. 1.261.994/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 13/04/12).”*

Ou seja, a conduta para se enquadrar no art. 9º requer dolo, a consciência pelo agente de sua ilicitude.

### 3.3 Prejuízo ao Erário

Os tipos que prescrevem prejuízo ao erário estão contidos no art. 10º, da Lei nº 8.429/92.

O referido ato é tido com gravidade intermediária, por não enriquecerem ilicitamente o agente, e sim provoca lesão aos cofres

públicos, quer seja pela ação ou omissão dolosa ou culposa. As penalidades também podem ser impostas isoladas ou em conjunto e constituem: ressarcimento integral do dano, perda dos bens acrescidos ilícitamente ao patrimônio, se convergirem esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, o pagamento de multa civil pode chegar até duas vezes o valor do dano e acarretar a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação.

As condutas *sui generis* dos incisos do art. 10º podem ser associadas através de dados comuns e que não estão presentes em norma geral e outros que refletem sua especificação, como: (i) o enriquecimento ilícito de terceiro (art. 10, I, II, III, XII, XIII); (ii) as fraudes em licitações (IV, V); (iii) a desídia na concessão de benefícios e na arrecadação tributária (VII, X) e, (iv) a gestão irregular de recursos e negócios públicos (VI, IX, XI).

O STJ possui jurisprudência consolidada no entendimento de que o "ato de improbidade administrativa previsto no art. 10º da Lei nº 8.429/92 exige a comprovação do dano ao erário" (REsp 1151884/SC, Rel. Min. Castro Meira). Assim, é primordial que haja prejuízo patrimonial efetivo, o que fica evidente pela obrigatoriedade de ressarcir integralmente o dano previsto no art. 12, II para o caso do art. 10º e nas demais possibilidades de ressarcimento quando houver.

### 3.4 Atos que Atentam Contra os Princípios da Administração

Os tipos que prescrevem ofensa aos princípios da administração pública estão contidos no art. 11, da Lei nº 8.429/92.

Estes são tidos como atos de "menor gravidade", eis que não causam enriquecimento ilícito ou dano ao Erário, mas depreciam os princípios da Administração Pública. Assim como as outras penalidades, também podem implicar na aplicação isolada ou em conjunto e constituem: ressarcimento integral do dano se houver perda da função pública, suspensão dos



direitos políticos de três a cinco anos, o pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Tudo isso, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica. Ressaltando que o desrespeito aos princípios da Administração Pública, por si só, enseja a propositura da ação de improbidade administrativa.

A norma do art. 11 *caput* estabelece um tipo abrangente de ação ou omissão que viola os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Podendo operar a função secundária, porque a conduta funcional, ilegal, e parcial não tipificada nesses incisos poderá ser subsumida na norma aludida ou atuará como norma de reserva, já que mesmo a conduta não ocasionando danos ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito do agente, a improbidade ainda poderá se configurar sempre que restar demonstrada a inobservância dos princípios que norteiam a atividade estatal. Coincidindo com o dever de observância dos agentes públicos no tocante aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade expostos no art. 40 da CRFB com os deveres que exprimem o princípio da moralidade de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade presentes no art. 11.

As atividades que importarem enriquecimento ilícito (artigo 9º) ou afrontarem os princípios da Administração Pública (artigo 11) somente estarão tipificadas se ficar demonstrado o dolo do agente, a vontade livre e consciente da prática do ato. Entretanto, se for o caso de dano ao Erário, à demonstração da culpa do agente, quer seja por negligência, imprudência ou imperícia, já será o suficiente.

#### **4 Controle Judicial do Ato de Improbidade**

A instituição responsável pelo combate à corrupção tem como uma das principais formas a ação judicial aplicada à prática do ato de

improbidade que transcorre pelo rito ordinário, devendo ser proposta pelo Ministério Público ou pessoa jurídica interessada. Não foi assegurada legitimidade ao cidadão para propositura da ação.

Entretanto, qualquer pessoa capaz poderá propor representação direcionada à autoridade administrativa responsável para que seja instaurada investigação para apurar a prática de ato de improbidade.

Far-se-á necessário a distinção entre improbidade formal e improbidade material: a primeira exige-se a acomodação da situação de fato à previsão legal de violação aos princípios da administração (art. 11). Calhando utilizar o recurso à integração das leis regedoras do conteúdo da matéria e dos pressupostos de validade do ato administrativo (art. 2º da Lei nº 4.717/65 - lei da ação popular), eis que grande parte dos tipos da lei de improbidade remetem a uma avaliação da ilegalidade do ato. A conduta deve ser apreciada no cotejo com os princípios da administração, pois, antes de configurarem enriquecimento ilícito a conduta é ofensiva a princípios da administração. Constatada a ilegalidade ou injuridicidade e classificada a conduta como ofensiva a princípio da administração deve-se mensurar se houve dano ao erário ou enriquecimento ilícito que justifique eventual mudança de classificação jurídica da conduta para o art. 9º ou art. 10º. Na segunda, tem-se como análise da conduta sob a ótica da ofensa relevante aos bens jurídicos tutelados nos artigos. 9º, 10º e 11, em concretização ao art. 37, da Constituição Federal Brasileira. Preza-se aqui pela conferência do desvalor da ação e do resultado no caso concreto para distinguir a relevância material da agressão criminosa pela conduta ilícita, de modo ao englobar o ato de interpretação para constatar o elemento axiológico no caso e que autoriza a tipificação material. Já com o caso concreto, ocupa-se mostrar a reduzida capacidade da ação em produzir ofensa ao bem jurídico tutelado. O próximo ponto é a aferição do elemento subjetivo para averiguar se houve dolo ou culpa na conduta. O dolo é exigido para os tipos dos artigos 9º, 10º e 11, e a culpa apenas para o art. 10º.

## 5 Ação de Improbidade Administrativa versus Agentes Políticos

Maria Silvia Zanella Di Pietro aduz que: “São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores.”.

Em outras palavras, a Lei nº 8.429/92 prossegue aplicável para os agentes públicos e políticos que não possuem foro por prerrogativa de função conforme trata o artigo 102, I, “c”, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Sendo este o desígnio pelo qual os prefeitos, são submetidos à lei de improbidade administrativa, e à ação penal por crime de responsabilidade, seguindo o entendimento do Decreto-lei nº 201/67, em decorrência do mesmo fato.

## 6 ESPÉCIES DE SANÇÕES

A sanção lícita é a sequela que deve atingir o gestor público que não cumpre formalmente o que está expresso em norma jurídica que tem por finalidade, proteger a probidade administrativa. O art. 37, § 4º, da Constituição Federal da República do Brasil faz alusão as seguintes hipóteses de penalidade: (i) perda da função pública; (ii) suspensão dos direitos políticos; (iii) ressarcimento ao erário; e, (iv) indisponibilidade de bens. Esta última, mesmo contendo previsão no ordenamento jurídico ao lado das demais citadas, apresenta âmago diverso de uma sanção jurídica, qualificando-se como uma medida acautelatória a ser decretada nos termos do art. 7º, da LIA.

A Lei de Improbidade Administrativa a respeito de ter conteúdo civil, solidifica-se em um regime jurídico coercitivo na defesa da probidade administrativa e soma às sanções constitucionais, as seguintes: (i) perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente; (ii) multa civil; (iii) proibição de contratar com o Poder Público; e, (iv) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

### 6.1 Perda da função pública

Imputada somente aos administradores públicos que assumam a incumbência de exercer um composto de atribuições públicas fixadas por lei, com o intuito de que seja realizado o interesse público.

O propósito desta punição é a extinguir o elo jurídico existente entre o agente público e o Poder Público. Alcançando aos titulares de cargos efetivos, permanentes, comissionados, os empregados públicos e os que têm mandato administrativo.

## 6.2 Ressarcimento ao erário

Por ter ação reparatória, não pode ser taxada como uma sanção pura, o que resultaria em aplicação cumulativa com pena jurídica pronunciada no art. 12 da LIA. Logo, os bens podem ser penhoráveis por aplicação acertada da Lei 8009/90, art. 3º, inciso VI.

## 6.3 Multa civil

Tara-se de uma pena pecuniária, que tem a opção de ser convertida em favor do prejudicado e não somente a previsão a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347/85. Tem escopo em punir o agente ímprobo. Por ser de caráter positivo obstrui a solidariedade e trespassa à pessoa do condenado. Por força do art. 20 da LIA, aplicando-se as regras do processo civil para a execução provisória do julgado e não exige o trânsito em julgado.

## 6.4 Contratar com o Poder Público

Essa sanção vai da pessoa física à jurídica e tem como fim interpor barreiras nas relações bilaterais com o Poder Público. Caso esteja em vigência um contrato administrativo onde uma pessoa jurídica foi considerada ímproba, a abertura de um processo administrativo far-se-á necessário para que no final cumule na própria extinção unilateral do mencionado contrato. Agora, no que tange a fase licitatória, o agente corrompido deve ser inabilitado. Essa é a inteligência exalada nos artigos 32, par. 2º, 78, I, e 79, I, todos da Lei n. 8666/93.

## 6.5 Proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios

Almeja dificultar ao agente ímprobo que agiu de má fé para com o Poder Público possa se valer de benefícios da legislação em vigor. Assim, temos os casos com moratória, do parcelamento de débitos tributários, da isenção tributária, da anistia, entre outros.

#### 6.6 Indisponibilidade dos bens

De exórdio acautelatória e disciplinada pelo Art. 7º, da LIA; não se trata verdadeiramente de uma sanção jurídica, condigno, ao seu conteúdo e regime jurídico.

#### 7 Critério de Aplicação das Sanções

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade encontram-se firmados em qualquer estrutura de um sistemática jurídica punitiva pois, fazem o possível para a individualização da sanção aplicada; assumindo a personagem o papel de responsável pela adequação da sanção da improbidade administrativa e as circunstâncias de cada ilícito configurado.

Tal qual jurisprudência do STJ, essas penalidades não requerem necessariamente aplicação de forma cumulativa, neste sentido:

*“Incumbe ao magistrado ministrar as sanções com base na feição, gravidade e consequências do ato. É elementar, sob pena de nulidade, a demonstração das razões para a aplicação de cada uma delas, levando em consideração os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”(REsp 658.389, Rel. Min. ELIANA CALMON).*

#### 8 Prescrição e Decadência

Em observância ao princípio da segurança jurídica, não é plausível descartar a prescrição, afora nos casos em que o Constituinte decida estabelecer a estratégia da imprescritibilidade, conforme art. 37, § 5º, CRFB em que a ação de ressarcimento do dano gerado pela improbidade é imprescritível, nos termos do dispositivo citado. Tanto o

conteúdo da prescrição quanto ao tema diz respeito à pretensão punitiva estatal e não à extinção da ação. Seguindo o mesmo entendimento que José Carvalho dos Santos Filho, para quem a pretensão nasce com a violação do direito, sendo a ação a conduta positiva para fazer valer a pretensão que formalmente se desenvolve com a propositura de uma ação judicial. (CARVALHO FILHO, 2012. p. 109.)

A LIA, em seu art. 23 decreta em dois incisos as hipóteses de prescrição, sendo que o inciso um se caracteriza pela transitoriedade, veja: (i) - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; enquanto que o inciso dois se mantém pontual: (ii) - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

O prazo aceitável ao agente político é o idêntico aos particulares relacionados ao ato ímprobo e que por ele poderão responder ao lado do agente público. E também no caso de o co-réu ser um particular, o ressarcimento de danos é imprescritível. O termo inicial da contagem coincide com o momento em que legitimado ativo apto a propositura da ação tem consciência inequívoca do ato ímprobo, conforme Superior Tribunal de Justiça.

A prescrição é cessada pela notificação válida do requerido para apresentar a sua manifestação preliminar (art. 17, § 7º, da LIA), atentando-se, ao artigo 219 do CPC e o artigo 202 do Código Civil. Caso não ocorra notificação prévia, é a citação que terá a força interruptiva da prescrição. Ademais, nos termos da Súmula 106 do STJ: "Proposta ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência".

O prazo prescricional deve ser contado exclusivamente, de acordo com as condições de cada réu, por disposto e a própria essência subjetiva da pretensão sancionatória e do instituto em tela (CARVALHO FILHO. 2012. p. 120 e 121).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os processos que correm em primeira instância da Justiça Federal ou na esfera Estadual, com fundamento na Lei 8.429/92 estão enclalhados em obstáculos procedimentais sem perspectiva de julgamento ou que só uma futura condenação. As ações, que entopem o judiciário na tentativa de protelar uma condenação certa, eis que resta provada a existência do ato de improbidade, disseminadas por diversas varas militam a favor dos acusados.

Considerando que nesses processos, as sanções dos artigos. 9º, 10º e 11, da Lei de Improbidade Administrativa, podem acarretar em suspensão dos direitos políticos, o ressarcimento ao erário por lesões de vulto e diversas interdições de direito, o tempo já decorrido desde a apuração dos fatos e o ajuizamento das ações, até o indefinido presente, deixa no ar uma desoladora sensação de impunidade que, acredita-se, não se concretizar.

Além do encravo que a violação dos princípios administrativos nos traz, a negação da eficácia da Lei nº 8.429 e, por conseguinte, do artigo 37 §4º da Constituição da República Federativa do Brasil, ao incidirem sobre personagens públicos de destaque. Leva-se a acreditar que são inúteis a esperança germinada no povo brasileiro por esses dispositivos políticos-jurídicos, quando se trata de uma Administração Pública proba, transparente e impessoal.

A impunidade e a frustração da crença popular na realização da justiça têm sido ao longo da História a radiação da fragilização da democracia e o adubo que fertiliza o desprezo pelas leis e pela confiança popular. Para não dizer a perpetuação de um vício tão devastador que é a subversão das finalidades do Estado, direcionando o poder para a satisfação de interesses privados.

Tal Leniência tem adequação perfeita ao ditado que os mais antigos sempre dizem ao ver à agitação de algum jovem para concluir logo uma atividade qualquer: “a pressa é inimiga da perfeição”, e hoje, dentro deste

contexto, a lentidão passa a ser a mais forte aliada da imperfeição e atua contra a realização de uma justiça igualitária a todos.

#### Referências

CAVALCANTI, Pedro.A. Corrupção no Brasil. São Paulo: Editora Siciliano, 2011;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Improbidade Administrativa, prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Editora Atlas, 2012;

\_\_\_\_\_. José dos Santos. Improbidade Administrativa, prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Editora Atlas, 2012;

CUNHA, Antônio Geraldo Da. Dicionário Etimológico Da Língua Portuguesa. Editora Lexikon. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed. 2011. FORENSE JURIDICA - GRUPO GEN.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris;

GOMES, Laurentino. 1808 - Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta, 2007;

LINDLEY, Thomas. Narrativa de uma viagem ao Brasil. Editora: Brasiliense;

LOCK, John. Tratado Do Governo Civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Publicação: Editora Vozes;

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. São Paulo. Universo dos Livros – 2009;

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. Curso De Direito Administrativo. Editora: Malheiros. 33ª Ed. 2016;



OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010;

SILVA, Palácio. Vocabulário Jurídico. 27ºed. Editora Forense Jurídica,2016;

VICENTINO,Claudio;DORIGO,Gianpaolo.História Geral e do Brasil - Vol. Único; Editora Scipione.

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

\_\_\_\_\_.DECRETO-LEI Nº 201, DE 27 DE FEVEREIRO DE 1967;

\_\_\_\_\_.LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992;

\_\_\_\_\_.LEI Nº 4.717, DE 29 DE JUNHO DE 1965;

\_\_\_\_\_.LEI Nº 8.009, DE 29 DE MARÇO DE 1990;

\_\_\_\_\_.LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1992;

\_\_\_\_\_.LEI Nº 7.347, DE 15 DE JULHO DE 1965;

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal de Justiça. SÚMULA 106;

CALMON, Rel. Min. Eliana. REsp nº 842428;

\_\_\_\_\_.Resp nº 658.389;

GONÇALVES, Rel. Min. Benedito. REsp. 1.261.994/PE;

MEIRA, Rel. Min. Castro. REsp 1151884/SC;

[1]Professor da Faculdade Católica do Tocantins; doutorando em Ciências Jurídico-Históricas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; editor da Revista FACTUM; formiga@catolicato.edu.br

## APLICAÇÃO DA LEI 9.099/95 NOS CRIMES MILITARES

**VITOR HUGO MEDEIROS GALVÃO:**

Formado em Direito pela Unicaldas, pós graduado em Direito Tributário pela Uni-anhanguera, ex- cadete da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

**RESUMO:** O tema que nos propusemos a estudar, visa abordar, o entendimento doutrinário, a posição do STF quando a aplicação dos institutos despenalizadores da lei 9099/95 aos crimes militares e sua possível inconstitucionalidade.

**Palavras-chave:** Lei 9.099. institutos despenalizadores. Crimes militares. STF

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. LEI 9099/95. 3. DA DOCTRINA FAVORÁVEL. 4. ENTENDIMENTO DO STF. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

### 1. Introdução

É bastante conturbada a questão da aplicação da lei dos juizados especiais para os crimes militares. Os doutrinadores se divergem entre eles e também com a jurisprudência. Há os que são favoráveis a aplicação total da lei, os que são afetos ao entendimento da aplicação parcial e por fim os que defendem a total incompatibilidade da lei com os crimes militares.

### 2. Lei 9099/95

A lei 9839/99, acrescentou o art. 90-A à lei 9.099/95, para pôr cobro à discussão, o qual aduz: "*As disposições desta lei não se aplicam no âmbito da justiça militar*". Contudo, não foi o que ocorreu. Gerou uma nova discussão quanto a inconstitucionalidade da redação deste artigo, pois, criou uma diferenciação no tratamento entre civis e militares quando do cometimento do mesmo delito.

### 3. Da doutrina favorável

O Juiz Fernando A. N. Galvão, no artigo "Aplicação de penas restritivas de direitos na Justiça Militar estadual", publicado na revista Estudos e Informações, nº 23, nov. 2008, p. 22 - 23 preleciona:

"A condição de militar e a violação de deveres que são inerente às suas funções já foram devidamente considerados pelo legislador para o estabelecimento da cominação da pena reservada ao crime militar. Se a pena cominada ao crime militar é incompatível com a aplicação dos institutos da Lei 9.099/95, não se pode impedir a concessão do benefício pelo simples fato de se tratar de militar. A condição de militar impõe suportar alguns ônus que são inerentes às especialidades de suas funções, mas não reduzem os direitos fundamentais do cidadão."

(...)

"Apesar da formal restrição da lei, todos os juízes de primeiro grau da Justiça Militar de Minas Gerais aplicam os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, entendendo que materialmente que a restrições impostas pela Lei 8939 somente se aplica no âmbito da Justiça Militar da União..."

Damásio Evangelista de Jesus:

"no que tange aos delitos militares próprios, ainda poderia ser defensável a lei nova, uma vez que são regidos pelas regras da hierarquia e disciplina. No que diz respeito aos delitos militares impróprios, contudo, é de flagrante inconstitucionalidade, ferindo princípios de isonomia e da proporcionalidade".

Luiz Flávio Gomes:

"Os crimes militares próprios podem (e devem) justificar tratamento especial. Os impróprios..., no entanto, de modo algum justificam qualquer diferenciação, sob pena de abominável discriminação. O princípio da igualdade impõe tratamento igual para os iguais (aos delitos comuns), logo, sob pena de odiosa discriminação, merecem o mesmo tratamento dado aos civis".

#### 4. Entendimento do STF

Em contraposição, o Supremo Tribunal já decidiu pela inaplicabilidade dos benefícios da lei 9.099/95 aos militares, após a vigência da lei 8.939/99 (STF HC 80.173). Os Tribunais Militares de São Paulo e Rio Grande do Sul compartilham do mesmo entendimento.

#### 5. Conclusão

Em resumo, ao que consta, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona quanto a não aplicabilidade dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, entretanto há doutrina de peso vindo de encontro a tal entendimento, firmando o posicionamento da falta de tratamento isonômico causado pela lei 8939/99.

#### 6. Referências Bibliográficas

Processo Penal Militar / José da Silva Loureiro Neto - 6º ed. - São Paulo : Atlas, 2010

GOMES, Luiz Flávio. Suspensão Condicional do processo Penal. 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 282.

Aplicação de penas restritivas de direitos na Justiça Militar estadual", publicado na revista Estudos e Informações , nº 23, nov. 2008, p. 22 - 23

## O ISS NA IMPORTAÇÃO DE SERVIÇOS

**VITOR HUGO MEDEIROS GALVÃO:**

Formado em Direito pela Unicaldas, pós graduado em Direito Tributário pela Uni-anhanguera, ex- cadete da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

**RESUMO:** O tema que nos propusemos a estudar, visa a inconstitucionalidade do artigo 1º, § 1º da Lei Complementar 116/2003. Este artigo permite a tributação de serviços prestados no exterior do país. Aquela lei, cria uma nova regra-matriz de incidência para o imposto sobre serviços de qualquer natureza que sejam prestados no exterior do país. Com a alteração da regra-matriz passa-se a tributar a mera contratação de serviços, e não mais a sua efetiva prestação. Além, alterou-se ainda a figura do contribuinte e o local de recolhimento do imposto. Somente não ocorreu a mudança da base de cálculo imposto, permanecendo a mesma que é aplicada no imposto sobre serviços de qualquer natureza, ou seja, criou-se um novo imposto, mas a base de cálculo foi mantida. Verificaremos que a Lei Complementar que regula a regra-matriz do imposto pode criar uma nova hipótese de incidência, mas para isso seria necessário que o novo imposto possuísse fato gerador e base de cálculo diferente das que já existam na Constituição Federal.

Palavras-chave: Imposto. Serviço . Importação. Inconstitucionalidade.

**ABSTRACT:** The theme we set out to study seeks the unconstitutionality of article 1 § 1 of the Supplementary Law 116/2003. This article allows the taxation of services rendered outside the country. That law creates a new rule array for the tax of any nature rendered services outside the country. With the change of rule array is going to tax the mere hiring of services, and not their actual performance. In addition, changed yet the figure of the taxpayer and the place of payment of the tax. Occurred not only change the basis for calculating tax remaining the same that is applied in the tax services of any nature, so, it created a new tax, but the basis for the calculation is maintained. Find that the Complementary Law governing rule array of tax can create a new case of incidence, but this, must require that the new tax will have triggering event calculation bases different from that already exist in the Federal Constitution.

**Keywords:** Tax. Service. Import. Unconstitutionality

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO CAPÍTULO I O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA 1.1 – O ISS E A SUA PREVISÃO LEGAL 1.2 - CRITÉRIO MATERIAL DO ISS 1.3 – CRITÉRIO PESSOAL DO ISS 1.4 - CRITÉRIO QUANTITATIVO DO ISS 1.5 - CRITÉRIO TEMPORAL DO ISS 1.6 - CRITÉRIO ESPACIAL DO ISS 1.7 - PREMISSAS ESTABELECIDAS CAPÍTULO II O IMPOSTO SOBRE SERVIÇO E A SUA IMPORTAÇÃO 2.1 - A IMPORTAÇÃO DE SERVIÇOS E O ASPECTO ESPACIAL DO ISS 2.2 - A IMPORTAÇÃO DE SERVIÇOS E O ASPECTO PESSOAL DO ISS 2.3 - A IMPORTAÇÃO DE SERVIÇOS E O ASPECTO MATERIAL DO ISS CAPÍTULO III O ISS SOBRE A IMPORTAÇÃO DE SERVIÇOS: UM NOVO IMPOSTO? 3.1 – NOVA REGRA-MATRIZ PARA A INCIDÊNCIA DO ISS: CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

## INTRODUÇÃO

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, ISSQN, tributo de competência municipal, que incide sobre os serviços prestados - exceto os de transporte interestadual e intermunicipal e os serviços de comunicação - tem sua previsão legal na Constituição Federal em seu artigo 156 inciso III e na Lei Complementar 116/03.

A Lei Complementar, que apresenta a regra-matriz do imposto, revogou diversos artigos do Decreto Lei 406/68 e ainda trouxe profundas alterações no imposto.

Uma das principais alterações que se pôde observar com a nova legislação foi quanto à tributação dos serviços provenientes do exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior, conforme o artigo 1º, § 1º da referida Lei Complementar.

O principal ponto desta questão é que deve ser analisada de forma pormenorizada é a possibilidade de a Lei Complementar ser declarada inconstitucional no que tange ao artigo 1º, §1º.

Isso se deve ao fato de a regra-matriz de incidência do tributo indicar, todos os seus componentes, e com a possibilidade de se tributar os serviços prestados no exterior alterou-se substancialmente a sua hipótese de incidência. Assim, resta dúvida se poderia ou não a Lei Complementar inovar e dessa forma criar um novo fato gerador do ISS.

Desta forma se questiona se a Lei Complementar está em sintonia com a Constituição Federal e, assim, se seria constitucional o artigo que declara que podem ser tributados os serviços provenientes do exterior do País.

## CAPÍTULO I

### O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

#### 1.1 – O ISS e a sua previsão legal

A Constituição Federal do Brasil em seu artigo 156, III, prevê a possibilidade dos municípios instituírem a cobrança de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), exceto sobre os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e os serviços de comunicação que são cobrados pelo imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e são de competência dos Estados.

A Carta Magna permitiu que os Municípios tributassem a prestação de serviços, no entanto, como pôde ser observado do artigo supra mencionado é autorizada a instituição de impostos sobre serviços. A constituição é omissa quanto ao verbo prestar, assim necessário se faz analisar outros dispositivos da Magna Carta para que possamos definir que o fato gerador do ISS é realmente a prestação de serviços.

Assim sendo, temos o artigo 155, II, da Constituição Federal que definiu que os Estados são competentes para a cobrança de imposto sobre a circulação de mercadoria; prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Ou seja, a Constituição foi clara ao expressar que é tributada a prestação de serviços.

Já no artigo 156, III, a Magna Carta estabelece que todos os demais serviços, que não aqueles previstos no artigo anterior, podem ser tributados pelo ISS. Assim ao concluirmos que o fato gerador do imposto do artigo 155, II, b é

a prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e comunicação analogicamente o fato gerador para todos os demais serviços estabelecidos no artigo 156, III, também será a prestação de serviços de qualquer natureza.

Muito bem explica essa analogia o renomado jurista José Eduardo de Soares Melo ao dizer que:

A circunstância de no âmbito estadual a CF haver estipulado “prestações e serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação” (art. 155, II – ICMS); e no âmbito municipal haver omitido o referido vocábulo (“prestações”) - só mencionando “serviços de qualquer natureza” (art. 156, III – ISS) – não significa que também não se estaria cogitando da necessidade de efetiva prestação.[\[1\]](#)

Explica, ainda, esta questão José Eduardo de Soares Melo ao dizer que

O cerne da materialidade da hipótese de incidência do imposto em comento não se circunscreve a “serviço”, mas a uma “prestação de serviço”, compreendendo um negócio (jurídico) pertinente a uma obrigação de “fazer”, de acordo com os postulados e diretrizes do direito privado.[\[2\]](#)

Desta forma, podemos estabelecer que, mesmo sem o verbo “prestar” estar presente no artigo constitucional que permite aos Municípios a cobrança do ISS, temos que o fato que gerará a tributação é a prestação do serviço.

Segundo Aires F. Barreto “serviço não se vende, serviço presta-se, faz-se”.[\[3\]](#)

Observando a Constituição Cidadã, ainda se fazia necessário a criação de uma lei complementar para definir os parâmetros de aplicação do imposto. Assim, em 31 de dezembro de 1968, foi publicado o decreto-lei 406 que estabelecia as hipóteses de incidência, o fato gerador e qual seria a base de cálculo do imposto para avaliar a cobrança do ISS pelos municípios brasileiros.



O decreto-lei vigeu até a edição da Lei Complementar 116/2003, que o revogou e estabeleceu novas normas de direito e desta forma, modificou substancialmente a antiga lei. Um dos principais pontos modificados foi o acréscimo de um artigo que prevê a tributação pelo ISS na importação de serviços.

Assim está disposto na Lei Complementar 116/2003, em seu artigo 1<sup>a</sup>, § 1<sup>o</sup>:

Art. 1<sup>o</sup>. O imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes de lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§1.º O imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País.

Com a nova Lei, os municípios foram autorizados a tributar os serviços provenientes do exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior, e, assim, estabeleceu-se nova hipótese de incidência para o imposto sobre serviços de qualquer natureza.

Trata-se de nova norma de incidência tributária, isso porque, no ordenamento jurídico passado, leia-se decreto-lei 406/68, a importação de serviços oriundos do exterior não sofria tributação por meio do ISS.

Para estudarmos esta nova hipótese de incidência, cobrança do ISS na importação de serviços, é necessária uma breve análise acerca dos critérios material, espacial e pessoal do imposto. Assim poderemos definir as premissas que serão de fundamental importância no decorrer do texto, e que, servirão de base para o estudo da inconstitucionalidade do § 1<sup>o</sup>, do artigo 1<sup>o</sup> da Lei Complementar 116/2003.

## 1.2 - Critério Material do ISS

Para definirmos qual o aspecto material do ISS, primeiramente necessário se faz estabelecer o que vem a ser serviço. O Código Civil Brasileiro conceitua serviço em seu artigo 594, nestas palavras “toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratado mediante renumeração”.

O ilustre professor Aires F. Barreto, defini de maneira clara e objetiva, o que seria propriamente “serviço”:

É lícito afirmar, pois, que serviço é uma espécie de trabalho. É o esforço humano que se volta para outra pessoa; é fazer desenvolvido para outrem. O serviço é, assim, um tipo de trabalho que alguém desempenha para terceiros. Não é esforço desenvolvido em favor do próprio prestador, mas de terceiros. Conceitualmente, parece que são rigorosamente procedentes essas observações. O conceito de serviço supõe uma relação com outra pessoa, a quem a serve. Efetivamente, se é possível dizer-se que se fez um trabalho “para si mesmo”, não o é afirmar-se que se prestou serviço “a si próprio”. Em outras palavras, pode haver trabalho, sem que haja relação jurídica, mas só haverá serviço no bojo de uma relação jurídica.<sup>[4]</sup>

Analisando a questão em consonância com o Código Civil Brasileiro de 2002, pode se verificar que a prestação de serviço se **constitui de uma obrigação de fazer**, que se diferencia da obrigação de dar, uma vez que nesta se pretende a entrega de determinado bem, enquanto naquela se verifica que o objeto da prestação representa um fazer, um esforço humano em benefício de outrem.

Considerando as distinções existentes entre obrigação de dar e de fazer, e o conceito estabelecido no Código Civil, podemos chegar ao conceito de serviço como sendo a prestação de esforço humano a outrem, em caráter negocial, sob o regime de direito privado tendente à obtenção de um bem material ou imaterial.

Definido o conceito de serviço, passamos a análise do critério material do ISS.

A tributação do imposto somente pode se dar sobre a prestação do serviço e, não sobre o seu consumo, sobre a sua fruição, a utilidade ou a utilização, vez que, tais verbos e os seus complementos não se encaixam no modelo constitucional do imposto. Somente a prestação de serviços será tributada, isso porque o verdadeiro beneficiário do pagamento é o prestador de serviços, é ele quem recebe para prestar um benefício a terceiro.

Isso se dá porque a essência do aspecto material da hipótese de incidência do ISS não está no termo “serviço” isoladamente considerado, mas na atividade humana que dele decorre, vale dizer, prestar serviço. Essa síntese abriga um verbo e respectivo complemento, permitindo isolar o critério material dos demais.[\[5\]](#)

Não se pode considerar a incidência tributária restrita à figura de “serviços”, como uma atividade realizada, mas, certamente, sobre a “prestação do serviço”, porque esta é que tem a virtude de abranger os elementos imprescindíveis à sua configuração, ou seja, o prestador e o tomador, mediante a instauração de relação jurídica de direito privado, que irradia os naturais efeitos tributários.[\[6\]](#)

Portanto, para que se defina qual o fato gerador do ISS, não é necessário que se verifique a ocorrência de um serviço, mas sim da efetiva prestação de um serviço. Como dito alhures, a prestação de serviço representa um fazer, um esforço humano em benefício de outrem, e, nesta hipótese, consumir serviço, fruir serviço e utilizar serviço não se encaixariam como fatos geradores do imposto.

A própria lei complementar em seu artigo 1º enuncia que o fato gerador do imposto é a prestação de serviços e, ainda em seu artigo 5º que o contribuinte é o prestador de serviços. Ou seja, óbvio se torna que será tributado pelo ISS somente a prestação de serviços, e assim qualquer outra forma de cobrança do imposto, que não a prevista na legislação estará em desacordo com a constituição.

Sendo a síntese do critério material do ISS representada pelo verbo prestar e pelo respectivo complemento serviço, o correto é que o tributo atinja o produtor da ação “prestar serviço”, o agente dessa ação, que inexoravelmente é o prestador do serviço.<sup>[7]</sup>

Muito bem finaliza o jurista Miguel Hilú Neto, em seu artigo sobre a regra matriz de incidência do ISS, afirmando que o destinatário do ISS é o prestador, não o tomador e o local de recolhimento do tributo é aquele em que foi prestado o serviço, nunca onde consumido ou fruído.<sup>[8]</sup>

Não resta outra interpretação, senão aquela que, exclui da cobrança do ISS o consumo, a fruição, utilização e a utilidade de serviços, já que pela legislação vigente, a cobrança somente será devida quando da ocorrência do fato gerador, que no caso do ISS é a prestação de serviços, e não com a ocorrência de outro fato gerador que não aquele citado.

### 1.3 – Critério Pessoal do ISS

Antes de definirmos sobre quem recai a cobrança do imposto, necessário se faz estabelecermos o sujeito ativo do imposto, que são os Municípios e o Distrito Federal, pois a eles a Constituição Federal outorgou poderes para instituir e cobrar o imposto, conforme previsão do artigo 156, III.

Assim, os Municípios são dotados de privatividade para criar o ISS, o que, por via oblíqua, implica a exclusividade e conseqüente proibição de seu exercício por quem não tenha sido consagrado com esse direito. Trata-se de matéria de ordem pública, eivando-se de nulidade a instituição desse imposto por Município localizado em âmbito territorial distinto daquele em que ocorrera a efetiva prestação dos serviços.<sup>[9]</sup>

Será sujeito passivo, no sistema tributário brasileiro, a pessoa que provoca, desencadeia ou produz a materialidade da hipótese de incidência de um tributo como inferida da Constituição: ou “quem tenha relação pessoal e direta” - como diz o artigo 121, parágrafo único, I do Código Tributário Nacional - com essa materialidade.<sup>[10]</sup>

Assim, será contribuinte do imposto aquele que incorra no fato gerador do imposto, ou seja, no caso do ISS será contribuinte aquele que prestar serviços. E não é qualquer serviço que poderá ser tributado, mas, tão somente, aqueles que estão discriminados na lista de serviços anexa a Lei Complementar 116/2003.

Os Municípios não podem definir como contribuinte do imposto o tomador do serviço. Isso porque seu fato gerador é “prestar serviços” e não “tomar serviços”.

O mestre Aires F. Barreto, em seu livro ISS na Constituição e na Lei, concordando com essa linha de pensamento afirma ISS não é imposto sobre utilização do serviço, mas sim sobre a sua prestação.[\[11\]](#)

Clarividente então que, somente se configurará como contribuinte do imposto sobre serviços de qualquer natureza aqueles que prestarem serviços contidos na lista anexa da legislação complementar, ficando vedada, aos Municípios, a cobrança do imposto por qualquer outra atividade que não seja a prestação daqueles serviços.

#### 1.4 - Critério Quantitativo do ISS

O critério quantitativo do ISS é constituído pela alíquota e base de cálculo. Com estes elementos poderemos estabelecer o montante a ser recolhido aos cofres dos Municípios e do Distrito Federal.

No caso do ISS, a base de cálculo será o valor do serviço, preceito este que encontra estabelecido no artigo 7º da Lei Complementar 116/2003.

Se o critério material da hipótese de incidência tributária é “prestar serviço”, a grandeza que mensura economicamente esse fato é o **preço do serviço**. Por outro lado, o preço do serviço confirma o fato descrito na hipótese tributária, evidenciando se tratar de imposto.[\[12\]](#)

Aires F. Barreto didaticamente ensina que:

Resumindo: *“a base de cálculo ISS (...) é o preço do serviço, vale dizer, a receita auferida pelo prestador como contrapartida pela prestação do serviço tributável pelo Município ou pelo Distrito Federal aos quais cabem os impostos municipais. Receita auferida pelo prestador que não corresponda à remuneração pela prestação de serviço de competência dos Municípios não poderá ser tomada como base de cálculo do ISS, pena de desfigurá-lo, no mais das vezes com invasão da competência alheia.*

E, obviamente, onde não houver receita, jamais se poderá cogitar de exigência de ISS, pela singela razão de que, nessa hipótese, preço não há.”[\[13\]](#)

Quanto às alíquotas, cada Município aplicará uma específica para cada serviço. A Lei Complementar 116/2003 estabelece que a alíquota máxima será de 5% sobre o valor do serviço, que serve como base de cálculo.

Necessário saber que o Ato Constitucional das Disposições Transitórias estabeleceu em seu artigo 88, I, que a alíquota mínima será de 2% sobre o valor do serviço prestado.

### 1.5 - Critério Temporal do ISS

Através dele estabeleceremos qual é o momento que é devido o imposto.

José Eduardo de Soares Mello, a respeito deste assunto, muito bem explica que somente com a efetiva realização do serviço que ocorre o respectivo fato gerador.[\[14\]](#)

Assim, chegamos à conclusão de que o momento para a cobrança do ISS é quando da efetiva prestação do serviço. A partir deste momento o Município poderá exigir o pagamento do imposto pelo serviço já prestado, ou seja, poderá ser cobrado depois de verificada a efetiva prestação do serviço.

## 1.6 - Critério Espacial do ISS

Outro elemento a ser estudado na análise dos critérios que norteiam a regra-matriz para a incidência do ISS é o critério espacial do tributo, o qual demonstra onde é devido o imposto.

Anteriormente, durante a vigência do Decreto-Lei 406/68, considerava-se como competente para tributar a prestação de serviços o Município onde se situava o estabelecimento da empresa prestadora ou na falta deste, o domicílio do prestador.

Doutrinadores e jurisprudência são claros ao afirmar que o imposto é devido no local onde ocorreu o fato gerador, no caso do ISS, no local no qual se deu a prestação de serviços, e não no local onde estivesse estabelecido o prestador do serviço.

Roque Antônio Carrazza esclarece que:

*“A matéria vem disciplinada no art. 12: considera-se local da prestação do serviço o do estabelecimento prestador ou, na falta, o do domicílio do prestador. Esse artigo 12, creio eu, deve ser considerado com grandes cautelas justamente para que não se vulnere o princípio constitucional implícito que atribui ao Município competência para tributar as prestações ocorridas em seu território. Se o serviço é prestado no Município “A”, nele é que deverá ser tributado pelo ISS, ainda que o estabelecimento prestador esteja sediado no Município “B”. Do contrário estaríamos admitindo que a lei do Município “B” pode ser dotada de extraterritorialidade, de modo a irradiar efeitos sobre o fato ocorrido no território do município onde ela não pode ter voga ... Sempre o ISS é devido no Município em cujo território a prestação de serviço se deu. Isso a despeito do que dispõe o artigo 12 do Decreto-Lei nº 406/68, que não se sobrepõe a nenhuma norma constitucional.”<sup>[15]</sup>*

O STJ, em reiteradas decisões afirmou que é o local da prestação do serviço que indica o sujeito ativo do ISS, bem como que esta lei municipal não pode ser dotada de extraterritorialidade irradiando efeitos em outro município[16], quiçá poderá irradiar em outro País.

Desta forma, restou claro que o ente que poderia tributar o ISS seria aquele no qual se verificou a prestação do serviço e não no local do estabelecimento do prestador. Contudo, a Lei Complementar 116/2003 não observando os julgados dos Superiores Tribunais e a maioria da jurisprudência, definiu em seu artigo 3º que, o município competente para a tributação do ISS é aquele em que se situa o estabelecimento do prestador.

Diante do que foi demonstrado, a Lei Complementar 116/2003 continuou a estabelecer que o imposto fosse devido no local onde se situa a empresa prestadora do serviço, mantendo a mesma inconstitucionalidade, antes existente no artigo 12 do Decreto-Lei 406/68.

Outro ponto que deve ser observado para definirmos onde é devido o imposto sobre a prestação de serviços é a observância do princípio da territorialidade, ou seja, nenhum município pode tributar evento ocorrido fora do seu território.

No mesmo sentido do apresentado, explana o ilustre jurista Geraldo Ataliba aduzindo que só haverá obrigação se o fato ocorra no âmbito do município.[17]

Este mesmo entendimento é compartilhado pelo eminente José Eduardo Soares de Melo[18] e pelo ilustre Paulo de Barros Carvalho[19]

Neste diapasão, a competência para tributar serviço é do Município no qual se deu o fato imponible, isto é, o imposto será devido à municipalidade em que ocorrer a prestação do serviço e não ao ente em que estiver estabelecido o prestador do serviço.

Para ilustrar, exemplificamos: empresa nacional contrata empresa estrangeira para realizar serviço em determinado município brasileiro e, verificado



que a efetiva prestação se deu em território nacional é possível a cobrança de ISS da empresa estrangeira pelo serviço prestado.

Desta forma, um serviço que se inicia no exterior, mas é efetivamente prestado em território brasileiro, pode ser tributado pelo município no qual se verificou a sua efetiva prestação.

Com isso resta claro que competente para tributar o ISS é o município no qual se verifica a ocorrência da prestação do serviço, ou seja, onde é realizado o serviço, e não no local em que está estabelecido o prestador do serviço.

Observa-se, também, que o princípio constitucional da territorialidade não foi respeitado pelo texto do Decreto-Lei 406/68 e tão pouco restou corrigido pela Lei Complementar 116/2003, uma vez que se manteve como ente capaz para tributar o ISS o município no qual está situado o estabelecimento do prestador de serviços, permanecendo em desacordo com a Constituição Federal.

Torna-se evidente que quem deverá ser competente para tributar o ISS é o município no qual ocorreu a efetiva prestação do serviço, naquele que se verifica a efetiva ocorrência do fato gerador e não naquele em que está estabelecido o prestador. Às vezes poderá coincidir o local da prestação com o do estabelecimento do prestador, no entanto quando isto não ocorrer o imposto deverá ser pago ao município no qual se verifica a prestação do serviço.

### 1.7 - Premissas Estabelecidas

Após analisarmos os critérios material, pessoal e espacial do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, estabeleceremos algumas premissas que serão fundamentais para a análise da inconstitucionalidade da cobrança do ISS sobre os serviços provenientes do exterior, ou cuja prestação tenha se iniciado no exterior.

a) A primeira é a de que o aspecto material do imposto é prestar serviços, e por isso, somente incidirá o imposto sobre a prestação de serviços e nunca sobre o seu consumo, fruição, utilidade ou utilização.

b) Estabelecemos também que apenas será contribuinte aquele que presta serviços, não podendo ser sujeito passivo da cobrança o tomador ou consumidor do serviço. O imposto terá que recair sobre aquele que prestou o serviço.

c) Demonstramos que a base de cálculo para a fixação do valor devido a título de ISS será o preço do serviço

d) E, por último, fica estabelecido que, competente para tributar a prestação de serviços será o município no qual ocorreu a efetiva prestação do serviço, afastando, assim, a possibilidade do município onde se encontre situado o estabelecimento do prestador de cobrar o ISS.

## Capítulo II

### O IMPOSTO SOBRE SERVIÇO E A SUA IMPORTAÇÃO

#### 2.1 - A importação de serviços e o aspecto espacial do ISS

Estabelecida a premissa de que competente para a tributação do ISS é o Município onde se verificou a ocorrência do fato gerador, ou seja, no local da efetiva prestação do serviço, passamos a verificar se o estabelecido no artigo 1º, §1º da Lei Complementar 116/2003 guarda conformidade com a premissa estabelecida.

O referido artigo da legislação complementar aduz que também será tributada a prestação de serviço proveniente do exterior, ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior.

Portanto autoriza a legislação que serviços prestados no exterior sejam tributados por Municípios brasileiros, desobedecendo assim, ao princípio da territorialidade. Assim o legislador complementar permite que as leis municipais tenham eficácia fora do seu território, mostrando-se em desacordo com a Constituição Federal.

Neste sentido chegamos ao conceito de territorialidade nas São lições de Alberto Xavier, de modo que significa que as leis de um Estado (leia-se: ente

federativo) se aplicam no seu território alcançando até mesmo não nacionais que ali estejam, bem como não alcançam fatos ocorridos fora de seu território. [\[20\]](#)

Portanto, na carência de autorização constitucional, o legislador complementar, ao editar a Lei Complementar 116/2003, conferiu eficácia extraterritorial às leis municipais brasileiras. Determinou que as prestações de serviços realizadas em território estrangeiro fossem tributadas pela ordem interna brasileira, a despeito da soberania dos Estados da ordem jurídica internacional.

Da perspectiva interna, a atuação do legislador complementar representa violação ao princípio da territorialidade das leis tributárias; da perspectiva internacional, representa desrespeito à soberania dos Estados de Direito que integram a ordem jurídica internacional. [\[21\]](#)

Desta feita, segundo o princípio da territorialidade, implícito na Constituição Federal, as leis só têm o condão de propagar efeitos nos limites territoriais do ente que as editou.

Logo, resta evidente que a tributação de serviços prestados no exterior é inconstitucional, pois extrapola os limites da competência tributária do município. Isto porque os municípios são autorizados a somente tributar os serviços prestados dentro do seu território. Qualquer fato que ocorra fora dos seus limites deverão de ser tributados pelos entes competentes.

No caso da importação de serviços, a prestação ocorre integralmente fora dos limites territoriais do Município. Nesta hipótese, de acordo com texto da lei, competente para a cobrança do imposto seria o Município no qual está estabelecido o tomador ou intermediário do serviço, em flagrante inconstitucionalidade.

Ao estabelecer desta forma, o legislador complementar incorreu em erro já que não há incidência de ISS sobre fatos jurídicos tributários realizados em território estrangeiro. E ainda, o ISS somente poderá ser exigido no local onde se verifica a efetiva prestação do serviço, e não no local onde está estabelecido o tomador ou intermediário do serviço.

Aires Barreto ensina que “serviços prestados no exterior do País não podem ser aqui devidos. Esse imposto incide no local da prestação e, no caso, essa concretização ocorre fora dos lindes nacionais”.[\[22\]](#)

Importante ressaltar que, para a tributação dos serviços pelo ISS, necessário se faz verificar o local em que se materializa o serviço do qual o tomador se utiliza, e não o local onde está estabelecido o tomador do serviço ou o local onde o contrato para a prestação do serviço ocorreu.

Pode-se dizer que o legislador complementar, ao determinar a tributação da prestação de serviços proveniente do exterior no local onde se localiza o tomador ou intermediário do serviço, violou duplamente o princípio da territorialidade das leis, amplamente resguardado pela Constituição Federal brasileira: (a) ao estabelecer a incidência do ISS sobre o fato jurídico tributário realizado em território estrangeiro e (b) ao estabelecer que o ISS é devido não no local da efetiva prestação do serviço, mas no local do estabelecimento ou domicílio do tomador ou intermediário do serviço.[\[23\]](#)

Resta, assim, evidente, com nosso estudo, que será competente para a cobrança do imposto o local no qual ocorreu a prestação do serviço e, no caso da importação de serviços, a prestação se deu inteiramente no exterior do País, portanto, o ente competente para a tributação seria o País estrangeiro e não o município brasileiro e, caso a municipalidade cobre o imposto estará alargando a sua competência e incorrerá em cobrança inconstitucional.

Neste sentido, em recentíssima decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, firmou-se que empresa que contrata outra empresa, situada nos Estados Unidos da América, mais especificamente na Flórida, para a confecção de projeto de campo de golfe não deve recolher ISS aos cofres do Município em que se situa a empresa contratante, conforme podemos observar no voto do desembargador [\[24\]](#)

De forma muito clara entendeu o Tribunal de que a prestação do serviço de natureza intelectual, confecção de projeto de campo de golfe, teve o seu fato gerador ocorrido no exterior e, assim, não seria possível a cobrança do imposto pelo Município.

Neste sentido, outros julgados acerca do mesmo tema utilizam a mesma linha de raciocínio. REsp nº 130.792 - CE [25], TJ/MG - EI nº 179.095-5/01 [26], STJ - RO em MS nº 17.156 - SE [27]

No mesmo sentido Sérgio Pinto Martins:

“Se o serviço já foi completado no exterior, não está sendo prestado no Brasil. A legislação municipal não pode alcançá-lo, diante da regra da territorialidade da lei brasileira, mesmo que haja importação de serviços o exportador está no exterior, não podendo sujeitar-se à lei tributária brasileira”. [28]

Conforme demonstrado, a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado no sentido de que, quando o fato gerador ocorre em território estrangeiro, o Município brasileiro não terá competência para a cobrança do ISS.

Para completar o raciocínio, importante destacar que a Constituição Federal não institui tributos, ela apenas outorga competência aos seus entes tributantes para que estes possam criá-los. No entanto, o texto constitucional traça elementos que compõem a regra-matriz de incidência, de modo que uma lei ao complementar a Constituição Federal deverá observar estes elementos.

Essa disposição vale também para o ISS, já que a sua regra-matriz de incidência indica, dentre todos os seus componentes, o critério espacial como o local da efetiva prestação do serviço, ou seja, o limite territorial para o exercício da competência tributária é o território do Município onde ocorreu o fato que dá ensejo à incidência normativa.

Logo, concluímos que o Município do tomador ou consumidor do serviço não tem competência para tributar fato ocorrido em território estrangeiro, portanto o estabelecido na Lei Complementar 116/2003 está incorrendo em flagrante inconstitucionalidade.

## 2.2 - A importação de serviços e o aspecto pessoal do ISS

Conforme estabelecido no capítulo anterior, será tributado pelo ISS a prestação de serviços e não o seu consumo, fruição, utilidade ou utilização. Portanto será o contribuinte aquele que presta o serviço e não aquele que consome o serviço.

No entanto no âmbito da importação de serviços, a Lei Complementar 116/2003, em seu texto, elegeu como contribuinte aquele que toma, consome ou utiliza o serviço contratado com empresa estrangeira, criando assim, a figura do responsável tributário no artigo 6º, §2º, inc. I.

Com este artigo, o legislador objetivou que o imposto fosse cobrado e recebido pelo Município brasileiro, mesmo que o serviço fosse efetivamente prestado em território estrangeiro.

Sem o artigo acima exposto, os Municípios e o Distrito Federal não poderiam cogitar da possibilidade do tomador do serviço recolher o ISS, visto que a Lei Complementar 116/2003, em seu artigo 5º, elege como contribuinte do imposto o prestador do serviço.

Demonstraremos que o artigo 6º da referida lei não merece prevalecer. Isso porque a Lei Complementar 116/2003 abdicou da figura do contribuinte em favor do responsável tributário, por uma razão muito simples, o prestador de serviços está situado no exterior, não podendo os seus atos serem tributados por lei brasileira.

Desta feita, foi criado o instituto da substituição tributária para o pagamento do ISS de serviços prestados no exterior, no qual se imputa a obrigação de recolher o tributo a uma terceira pessoa, alguém que não praticou o fato gerador, mas que tem vinculação indireta com o verdadeiro contribuinte, ou seja, tributa-se o tomador do serviço.

Ao explicar a substituição tributária no caso do ISS, brilhantemente ensina Aires Barreto que para que ocorra a referida substituição tributária é necessário rigoroso e extremo cuidado do legislador para que não se vulnerarem os desígnios estabelecidos na Constituição para a sua criação, nem os diversos

preceitos que, harmonicamente visam assegurar a eficácia dos princípios tributários, como o da capacidade contributiva e o da igualdade.

Explica também, Aires Barreto que relativamente ao ISS, não autorizam a superação de tais exigências constitucionais, nem a comodidade da arrecadação, nem a conveniência fiscal. Admitir-se que, por essas razões, seria lícito ao legislador estabelecer alterações arbitrárias na sujeição passiva desse imposto, implica abrir portas a absurdos e abusos inimagináveis. Impõe-se ao legislador rígida observância dos limites e condições constitucionais na implementação da substituição tributária, no caso do ISS.[\[29\]](#)

Ao estabelecer que no caso de prestação de serviços por pessoa não-residente no território brasileiro o tomador do serviço passaria a ser o real contribuinte do imposto, incorreu o legislador em mais um equívoco.

A relação jurídica administrativo-fiscal entre o Município e o substituto pressupõe relação jurídica de cunho tributário (em sentido estrito) entre o Município e o substituído. Contudo, na importação de serviços, esta relação jurídica tributária é inexistente, na medida em que o prestador de serviços localizado no exterior não possui vínculo algum com o Município brasileiro.

José Eduardo de Soares Melo ao analisar a questão preconiza que

“este preceito é questionável porque não retira efetivo fundamento de validade do ordenamento constitucional, uma vez que objetiva alcançar fatos ocorridos fora do território nacional, além de criar uma esdrúxula obrigação tributária (inexistência de contribuinte – prestador do serviço na legislação, e a exclusiva estipulação do responsável pelo imposto, na pessoa do respectivo tomador)”.[\[30\]](#)

### 2.3 - A importação de serviços e o aspecto material do ISS

Existem serviços que, para serem prestados, necessitam de uma série de etapas, que em tese poderiam ser consideradas isoladamente para efeitos de

tributação, no entanto, são apenas atividades sem as quais não se poderia prestar o serviço contratado. São o que a doutrina considera como serviços complexos.

Para efeitos de recolhimento do ISS apenas as atividades-fim poderão sofrer a incidência do ISS, ficando excluída para tanto a tributação sobre a atividade-meio que apenas servirá de base para a concretização de um determinado serviço.

Aires F. Barreto esclarece muito bem esse situação ao ensinar que a tributação alvo do ISS é o serviço fim e não as etapas intermediárias, necessárias para se alcançar o serviço-fim, de modo que tributar estas etapas seria uma aberração jurídica e desconsideraria a hipótese de incidência deste imposto. [\[31\]](#) [\[32\]](#)

Resta claro que serão tributadas as atividades-fim da prestação de serviços, uma vez que as outras atividades são apenas meios para que o prestador do serviço atinja o seu objetivo, qual seja a atividade-fim.

Nesta senda, podemos observar que, com a adoção do critério espacial como sendo o local onde efetivamente ocorreu o fato gerador 'prestar serviços', é indispensável que o fato imponible, ou a atividade-fim, ocorra integralmente no território nacional. Caso isso não ocorra, o prestador do serviço, nacional ou estrangeiro, não poderá ser alcançado pela norma impositiva.

Caso algum município venha a cobrar o ISS sobre as atividades-meio realizadas em território nacional, estará a municipalidade incorrendo em nova hipótese de incidência, uma vez que as atividades-meio, conforme já explanado, servem de apoio para a obtenção de um fim, qual seja, prestar determinado serviço.

Além disso, partindo-se da premissa de que a atividade-fim é que deve ser levada em consideração para efeitos de tributação, resta evidente que o sujeito definido pela lei como contribuinte, qual seja, o prestador de serviço não-residente, não pode ser atingido pela legislação brasileira no seu país.

Ademais, conforme evidenciado no capítulo anterior, o conceito de serviço é o esforço humano que se volta para outra pessoa; é um fazer



desenvolvido para outrem, ou seja, no caso das atividades-meio não ocorre a prestação de um serviço uma vez que o beneficiário da atividade é a mesma pessoa que realiza a atividade. Portanto não há que se falar em prestação de serviço e tão pouco em cobrança do ISS.

Faz-se, ainda, necessário demonstrar que o legislador complementar criou uma nova hipótese de incidência do ISS quando permitiu a cobrança do tributo na contratação de serviços provenientes do exterior. Isso porque, ao tributar o tomador do serviço, a legislação altera substancialmente o critério material do imposto sobre serviços, deixando de se tributar a prestação de serviços e passando a tributar a contratação de serviços.

No mesmo sentido afirma Simone Rodrigues Duarte Costa ao dizer que o legislador fez as vezes do constituinte, concedendo autorização para municípios e Distrito Federal instituírem tributo sobre utilização de serviço proveniente do exterior, chamando-o de ISS sem realmente o ser.[\[33\]](#)

Ora, a Constituição Federal não autoriza a instituição de novo imposto com o mesmo fato gerador ou base de cálculo já dispostos. Isso não foi respeitado pelo legislador complementar ao instituir o imposto sobre a utilização de serviços provenientes do exterior e manter como base de cálculo o preço do serviço.

Sendo assim, jamais um novo imposto – a exemplo da exação que grava a utilização de serviço proveniente do exterior – poderia ter como base de cálculo o preço do serviço, uma vez que esta grandeza, à luz da Constituição Federal, assume a mesma a mesma posição no critério quantitativo da regra-matriz da incidência do ISS.

Desta feita caso o legislador complementar quisesse criar imposto sobre a utilização de serviço proveniente do exterior poderia instituir tal imposto sem problema algum, mas para tanto deveria respeitar o disposto na Constituição Federal e utilizar como base de cálculo outra grandeza que não o valor do serviço.

Portanto, evidente que o legislador nos casos de importação de serviços não tributa a prestação de serviços, e sim, a sua fruição, utilização ou contratação, ou seja, não poderiam tais serviços serem tributados pelo ISS, uma vez que o tributo em questão tem como fato gerador a prestação de serviços.

Além do que, ao tributar a fruição, utilização ou contratação de serviços do exterior o legislador complementar instituiu novo fato imponible para o imposto, contudo, manteve a mesma base de cálculo para a cobrança do serviço.

### CAPÍTULO III

## O ISS SOBRE A IMPORTAÇÃO DE SERVIÇOS: UM NOVO IMPOSTO?

### 3.1 – Nova regra-matriz para a incidência do ISS:

Nos capítulos anteriores estabelecemos que a regra-matriz para a incidência do ISS teria como aspecto material a prestação do serviço, como aspecto espacial restou definido o local da efetiva prestação do serviço, como aspecto pessoal teríamos que o prestador do serviço é o agente que deverá ser tributado e que a base de cálculo é o preço do serviço.

Ficou demonstrado, ainda, que a partir da Lei Complementar 116/2003 foi possibilitada a cobrança de ISS nos serviços prestados no exterior do país.

Como também já visto anteriormente, a partir do momento em que foi possibilitada a cobrança de ISS quando o serviço é prestado em território estrangeiro, mudou-se totalmente a regra-matriz de incidência do tributo.

Passou-se a se ter como aspecto material não mais a prestação do serviço, e sim a sua utilização, fruição, consumo, ou seja, ocorreu a mudança do aspecto material do imposto.

Quanto ao aspecto pessoal a lei complementar definiu que na importação de serviços o contribuinte do imposto será o tomador de serviço, afastando o prestador de serviço do polo passivo da relação tributária.

Outra premissa que foi estabelecida no primeiro capítulo e que não foi respeitada pelo legislador foi quanto ao aspecto espacial do imposto. Demonstrou-se que toda a doutrina e jurisprudência firmaram o ponto de que o imposto deve ser recolhido aos cofres do município onde foi prestado o serviço.

No entanto quando da importação de serviços o legislador optou por definir como competente para a tributação do ISS o município no qual está estabelecido o tomador do serviço.

Conforme demonstrado anteriormente, com a instituição destes novos aspectos para a cobrança do imposto, criou o legislador complementar um novo imposto, ou seja, com as novas hipóteses de incidência o legislador foi além do que era pretendido.

Com a instituição da cobrança do imposto sobre serviços prestados no exterior objetivou o legislador uma forma de recolher o imposto em serviços que anteriormente não eram tributados. No entanto não foi o que ocorreu uma vez que o legislador passou a tributar não mais a prestação de serviços, mas sim a sua utilização.

Portanto, como se pode observar, criou-se um novo imposto, e como dito no capítulo anterior, o legislador poderia sim criar um novo tributo por meio de Lei Complementar, uma vez que a Constituição Federal autoriza esta criação através do seu artigo 154, inc. I.

Ocorre que o legislador complementar não se atentou para a parte final do disposto na Constituição Federal, *não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição*, não respeitou mais especificamente a parte da base de cálculo. Isso porque quanto ao fato imponible não ocorreria problemas já que não existe nenhum imposto que tribute a utilização de serviço proveniente do exterior.

No que pese a base de cálculo do imposto podemos verificar que a utilização do serviço, nova hipótese criada pela Lei Complementar 116/2003, tem como critério quantitativo o mesmo que é aplicada no ISS, qual seja o preço do serviço.

Portanto evidente está que a lei complementar não respeitou o que dispõe o artigo 154, I da Constituição Federal, isso porque a Carta Magna deixou claro que para a criação de um novo imposto a legislação complementar deveria respeitar os fatos geradores e as bases de cálculos já existentes em outros impostos estabelecidos no Texto Constitucional.

No caso do ISS, compete à lei complementar, por determinação da Constituição Federal em seu artigo 156, § 3º, (1) fixar as suas alíquotas máximas e mínimas; (2) excluir, do campo de incidência desse imposto, as exportações de serviços para o exterior; e (3) regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais que serão concedidos e revogados.

Portanto se verificarmos os artigos 154, I e o 156, § 3º, ambos da Constituição Federal veremos que o legislador constituinte permitiu ao legislador complementar, caso necessário, poderia instituir um novo imposto desde que não possuísse fato gerador e base de cálculo já estabelecidos anteriormente na Constituição.

Além disso, o legislador constituinte outorgou para o legislador complementar que em lei complementar fixasse as alíquotas máximas e mínimas do ISS, excluir da sua incidência do imposto as exportações e ainda regular as formas de isenções, benefícios e incentivos fiscais que serão concedidos.

Conforme estudamos anteriormente, não foi o que o legislador estabeleceu na Lei Complementar 116/03, uma vez que restou claro que ficou estabelecida uma nova hipótese de incidência logo em seu artigo 1º, § 1º, ao dispor que serão tributados os serviços provenientes do exterior.

Portanto evidente que o legislador criou uma nova espécie tributária, qual seja, a cobrança de imposto sobre a utilização, fruição, consumo de serviços. Criou até mesmo os seus critérios espacial e pessoal, uma vez que determinava que o imposto seria devido no local do estabelecimento do tomador do serviço e que o contribuinte seria o tomador do serviço.

Somente não observou o legislador que a base de cálculo do novo imposto permaneceu a mesma do ISS, o valor do serviço prestado, e assim não respeitou a Constituição Federal, mais especificamente o artigo 154, I.

Não bastasse este equívoco, incorreu o legislador complementar em outro, ao desrespeitar o estabelecido no artigo 156, § 3º da Constituição Federal, pois legislou além do que lhe foi permitido pelo referido artigo constitucional.

Portanto podemos perceber que totalmente inconstitucional é a criação do imposto sobre a utilização de serviços que pretende instituir a Lei Complementar 116/2003.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no presente trabalho, devemos agora concluir de uma maneira sintetizada, coerente e harmônica, todo o raciocínio até aqui trilhado.

O ISS é imposto de competência municipal e que está estabelecido no artigo 156, III, da Constituição Federal. No texto constitucional está estabelecido que os municípios poderiam instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza.

Além da permissão constitucional para a criação do imposto também se fazia necessário a criação de uma Lei Complementar que regulasse a criação do imposto estabelecendo a sua regra-matriz.

O Decreto-Lei 406/68 que instituiu as hipóteses de incidência, o fato gerador e qual seria a base de cálculo do imposto para avaliar a cobrança do ISS pelos municípios brasileiros.

O decreto-lei estabelecia que o imposto incide sobre a prestação de serviços, no local e no momento da sua efetiva ocorrência. O sujeito ativo é o Município ou Distrito Federal onde o serviço for prestado, sendo contribuinte do imposto o prestador do serviço. A base de cálculo é o preço do serviço, devendo a alíquota respeitar o mínimo de 2% e o máximo de 5%.

O Decreto-Lei 406/68, no entanto, foi revogado pela Lei Complementar 116/2003, que alterou alguns aspectos da lei anterior.

A principal alteração ocorrida foi a possibilidade de cobrança de ISS sobre a prestação de serviços provenientes do exterior do país.

Conforme demonstrado a cobrança do ISS importação desrespeita o princípio da territorialidade, uma vez que a lei municipal somente poderá alcançar fatos ocorridos dentro do município onde ocorre o fato imponible.

Definimos que o aspecto material do imposto é a prestação de serviços e não o seu consumo, sobre a sua fruição, a utilidade ou a utilização. Somente a prestação de serviços será tributada, isso porque o verdadeiro beneficiário do pagamento é o prestador de serviços, é ele quem recebe para prestar um benefício a terceiro.

Porém a Lei Complementar definiu que na hipótese de importação de serviços, o imposto não mais seria incidido sobre a prestação do serviço, mas sim sobre a contratação, utilização, fruição do serviço. Evidente que houve alteração no aspecto material da regra-matriz do ISS.

Quanto ao aspecto espacial do tributo, temos que, competente para a cobrança do imposto é o Município ou Distrito Federal onde ocorreu o fato gerador que enseja a cobrança do imposto. No que pese a importação de serviços, o legislador complementar passou a outorgar competência para a cobrança e recolhimento do imposto ao município no qual está situado o tomador do serviço.

Além disso, o legislador transferiu o aspecto pessoal da cobrança do imposto para aquele que toma, utiliza, usufrui do serviço em detrimento do prestador do serviço, que é o real contribuinte do imposto, conforme preceitua o artigo 5º da Lei Complementar 116/2003.

Com todas essas alterações o legislador complementar criou uma nova regra-matriz para a incidência do imposto quando ocorrer a importação de serviços, é assim composta, critério material contratar serviço; critério espacial local onde se der a contratação do serviço; critério pessoal sujeito ativo é o Município ou Distrito Federal em cujo território o serviço for contratado e sujeito passivo é o tomador ou intermediário do serviço.

Portanto demonstrado ficou que a legislação complementar criou um novo imposto, qual seja, o imposto sobre a contratação, fruição e utilização de serviços do exterior.

Somente um detalhe passou despercebido pelo legislador, a base de cálculo do imposto.

Isso porque a Constituição Federal diz que Lei Complementar poderá criar um novo tributo, somente não podendo que este novo imposto tenha o mesmo fato gerador e base de cálculo igual a de impostos já existentes.

Além disso, a Constituição Federal em seu artigo 156, § 3º preconiza que caberá a Lei Complementar somente fixar alíquotas máximas e mínimas; excluir da sua incidência exportações de serviços e regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Por fim chegamos à conclusão de que o artigo 1º, § 1º da Lei Complementar é inconstitucional, seja por ferir o princípio da territorialidade, seja por desrespeita a Constituição Federal e criar um novo tributo com a mesma base de cálculo de um imposto já existente.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARRETO, Aires F. ISS – Atividade-meio e Serviço-fim. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, n. 5, 1996.

\_\_\_\_\_. **ISS na Constituição e na Lei**. São Paulo: Dialética, 2003.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2006.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Tributário Constitucional**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9ª Edição Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COSTA, Simone Rodrigues Duarte. **O ISS e a importação de serviços**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRUPENMACHER, Betina T. **ISS - Local em que é devido o tributo**. ISS LC 116/2003. São Paulo: Juruá, 2003

HILÚ NETO, Miguel. **Importação e Exportação de serviços: uma análise a partir da Constituição**. ISS LC 116/2003, São Paulo: Juruá, 2003

MACHADO, Hugo de Britto. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do Imposto Sobre Serviços**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MELO, José Eduardo Soares de. **ISS – Aspectos Teóricos e Práticos**. 3ª ed., São Paulo: Dialética, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6ª ed., São Paulo: Editora Forense., 2005

NOTAS:



[1] MELO, José Eduardo Soares de. **ISS – Aspectos Teóricos e Práticos**. 3ª ed., São Paulo: Dialética, p. 34.

2 Ibid. p. 33

[3] BARRETO, Aires F. **ISS na Constituição e na Lei**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 239.

[4] BARRETO, Aires F, op. cit., p. 29.

[5] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2004. p. 212.

6 MELO, José Eduardo Soares de, op. cit. p. 34.

[7] CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., p. 254 e 350.

[8] HILÚ NETO, Miguel. **Importação e Exportação de serviços: uma análise a partir da Constituição**. ISS LC 116/2003, São Paulo: Juruá, 2003, p. 362.

[9] MELO, José Eduardo Soares de, op. cit., p. 9.

[10] BARRETO, Aires F, op. cit., p. 289

[11] BARRETO, Aires F, op. cit.. p. 294.

[12] COSTA, Simone Rodrigues Duarte. **O ISS e a importação de serviços**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, p. 137-138.

[13] BARRETO, Aires F, op. cit., p. 298.

[14] MELO, José Eduardo Soares de, op. cit., p. 142.

[15] CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Tributário Constitucional**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 210/211.

[16] STJ, 1ª TURMA, REsp nº 41.867-4/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgamento de 04/04/1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=41867&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em 10 de janeiro de 2014.

[17] ATALIBA, Geraldo. **Hipóteses de Incidência Tributária**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros., 2000, p. 104.

[18] MELO, José Eduardo Soares de, op. cit., p. 338.

- [19] CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., p. 162.
- [20] XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6ª ed., São Paulo: Editora Forense., 2005, p. 23.
- [21] COSTA, Simone Rodrigues Duarte, op. cit., p. 154.
- [22] BARRETO, Aires F, op. cit., p. 322.
- [23] COSTA, Simone Rodrigues Duarte, op. cit., p. 158.
- [24] TJ/SP – Apelação Cível n.º 642.845-5/6-00 – Rel. Des. Flávio Silva. Julgado em 20/10/2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=3336164>>. Acesso em 10 janeiro 2014.
- [25] STJ - REsp n° 130.792 - CE - Ia S - Rela p/o Ac. Mina Nancy Andrighi - DJU 12.06.2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=130792&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=25>>. Acesso em 10 janeiro 2014.
- [26] TJ/MG - EI n° 179.095-5/01 - 4a C. Cív - Rei. p/o Ac. Des. Hyarco Immesi - J. 21.03.2002. Disponível em Acesso em 10 janeiro 2014.
- [27] STJ - RO em MS n° 17.156 - SE - 2a T - Rei Min. Castro Meira - J 10 08.2004 - DJ 20.09 2004. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=17156&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em 10 janeiro 2014.
- [28] MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do Imposto Sobre Serviços**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 66.
- [29] BARRETO, Aires F, op. cit., p. 296.
- [30] MELO, José Eduardo Soares de, op. cit., p. 158.
- [31] BARRETO, Aires F. ISS – Atividade-meio e Serviço-fim. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, n. 5, p. 83, 1996.
- [32] BARRETO, Aires F, op. cit., p. 83.
- [33] COSTA, Simone Rodrigues Duarte, op. cit., p. 167.

## **A GESTÃO DA PROVA NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

### **AMANDA EXPÓSITO TENÓRIO DE ARAÚJO:**

Auditora Fiscal do Trabalho. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-graduada em Novas Questões de Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas.

**RESUMO:** A gestão da prova tem importância imensurável, por estar diretamente relacionada com o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, os quais ganharam grande importância com a Carta Magna de 1988. Desta forma, o processo como um todo tem sido interpretado em torno destes vetores. Exemplificativamente, mesmo no inquérito policial (processo inquisitivo por excelência) tem-se ampliado a atuação do investigado. Assim, é necessário analisar o papel do juiz como sujeito central da relação processual, bem como seus poderes e limitações, seja em respeito aos direitos fundamentais, seja para garantir a efetivação destes, através de uma posição atuante. Este trabalho foi objeto de avaliação em Pós-graduação em Novas Questões de Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas, cursado no ano de 2009.

**PALAVRAS-CHAVE:** PODERES DO JUIZ. PROVA. REFORMA.

---

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho objetiva abordar as modificações trazidas pela reforma do Código de Processo Penal (doravante denominado CPP), mais especificamente, pela Lei n. 11.690/08, relacionada especificamente à produção probatória e a atuação do magistrado.

O primeiro capítulo aborda os sistemas processuais penais, bem como sua adoção pelo ordenamento brasileiro, fazendo conexões com os demais dispositivos processuais e constitucionais previstos para o processo penal.

O segundo capítulo aborda os poderes do magistrado, assim como suas limitações, através da exploração de alguns princípios.

O terceiro capítulo dedica-se a gestão da prova no Código de Processo Penal, abordando as recentes alterações legislativas, sob uma análise crítica, não podendo deixar de retomar alguns pontos relacionados aos sistemas processuais penais e aos princípios constitucionais processuais penais.

Por último, na conclusão, considerando-se a explanação feita, analisa-se o acerto das alterações legislativas em comento, com o objetivo de enriquecer as acirradas discussões em torno da prova no processo penal.

## **1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**

O processo penal tem se aperfeiçoado ao longo da história. Surgindo embrionariamente através da autodefesa (fase da vingança privada), na qual o lesado era responsável pela punição do infrator, sendo seguida da autocomposição, chegando finalmente ao estágio no qual o Estado detém a aplicação do direito.

Através da aplicação pelo Estado das normas de direito, surgem os chamados sistemas processuais, que definem os parâmetros de aplicação das normas.

É preciso pontuar a conexão dos poderes judiciais com o tipo de sistema processual adotado.

Há três tipos de sistema processual penal, a saber, o acusatório ou garantista – há total separação entre acusador, defensor e julgador -, o inquisitivo – aglutinação das funções no juiz – e o misto – dividido em duas fases, uma inquisitiva, que equivale ao inquérito, e outra acusatória, que equivale ao processo[1].

Por incrível que possa parecer, o sistema acusatório, logicamente, em uma fase primitiva, prevaleceu na Antiguidade. Neste início, ele caracterizava-se pela total disponibilidade do processo pelas partes, assim como pela inércia do juiz, que deveria se contentar com a verdade ficta (adotada atualmente apenas para o processo civil[2]).

O sistema inquisitivo surge como uma superação do acusatório. O juiz tinha liberdade para agir de ofício, inclusive para acusar. Ele detinha amplo poder probatório, mas, em compensação, utilizava-se o critério das provas tarifadas. Alcançou seu ápice na Idade Média, com a aplicação do Direito Canônico. A principal crítica ao sistema era a parcialidade do magistrado, o sigilo do processo e a culpa presumida do réu, dificultando enormemente o exercício de garantias por parte do acusado, até porque o mesmo era objeto de investigação e não sujeito de direito.

Falou-se também em um sistema antropológico, mas sua importância é diminuída em face da ausência de sua aplicação[3].

O sistema acusatório, por sua vez, reaparece em uma nova fase, na qual se institui um sistema de acusação público, com obediência ao princípio da obrigatoriedade (no Brasil), entre outros. O Estado adota papel de garantidor dos direitos fundamentais do cidadão. São características suas, portanto, a prevalência da publicidade, a garantia do contraditório e da ampla defesa, a imparcialidade do juiz e a presunção de inocência do acusado, entre outras.

A escolha do sistema processual adotado no Brasil não é matéria pacífica, tendo em vista a ausência de referência expressa da Constituição Federal, de 1988. Há quem defenda a adoção do modelo acusatório, o qual estaria implícito pela adoção de inúmeras garantias ao acusado.

A questão é que o Código de Processo Penal, datado de 1941, contém fortes preceitos inquisitivos, havendo, por isso, quem defenda a adoção de um modelo misto[4]. Esta última posição é adotada pela maioria da doutrina[5]. Questionando-se, porém, com um pouco mais de profundidade, “(...) afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos”[6].

Alguns doutrinadores mais radicais chegam a afirmar que não se deve falar em sistema acusatório, mas, na realidade, em um sistema inquisitivo com elementos do acusatório.

Argumenta-se que as reformas devem suprimir os resquícios inquisitivos, para que haja transição de um sistema misto para um acusatório público puro[7]. Desta forma,

(...) a atual configuração do processo penal brasileiro não deve guardar mais qualquer identidade com semelhante postura inquisitorial, impondo-se o redimensionamento de vários institutos ligados à produção da prova, sobretudo no que respeita à iniciativa probatória do juiz. Essa, e aqui já o afirmamos, não deve constituir-se em atividade supletiva dos deveres ou ônus processuais - atribuídos ao órgão da acusação[8].

Como exemplos de resquícios inquisitivos, podemos citar o envolvimento do magistrado durante o inquérito policial e a sua função de fiscalizar a obediência ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

## **2. O PODER INSTRUTORIO DO MAGISTRADO**

É necessária a vinculação do sistema acusatório com o princípio da imparcialidade do juiz, o que leva vários doutrinadores a exigir uma postura inerte do julgador no tocante à produção probatória. O CPP, por outro lado, preceitua como um dos poderes do juiz o de iniciativa probatória, de acordo com seu art. 156, o que não deve significar, necessariamente, a adoção por tal diploma de sistema processual diverso. Isto porque uma posição mais ativa do magistrado colocaria em risco sua imparcialidade, em retorno ao sistema inquisitivo. De acordo com esta parte da doutrina, havendo dúvida, deve o magistrado absolver o réu, com base no princípio do in dubio pro reo[9] e não perquirir acerca da necessidade de novas provas[10].

Ressalva-se, todavia, a opinião de que um sistema inquisitivo não pressupõe, necessariamente, ampla atividade do magistrado. Assim, afirma Charles Emil Machado Martins que,

(...) no sistema inquisitivo mais feroz que a humanidade conheceu – a Inquisição Espanhola regulamentada por Tomás de Torquemada – havia

absoluta ausência de autorização para que os juízes pudessem buscar novas provas condenatórias, para além daquelas propostas pelas partes[11].

Pacelli concorda, por sua vez, que deferir ao magistrado poderes para complementar a atividade do Ministério Público significaria o retorno a um sistema inquisitivo[12].

O princípio da *ne procedat iudex ex officio* ou também conhecido como da iniciativa das partes é basilar ao sistema acusatório, pois estabelece a inércia do magistrado em propor ação penal. No ordenamento anterior, este princípio era excepcionado nos casos de contravenção penal, mas hodiernamente não há mais esta regalia. Não é suficiente, todavia, apenas limitar a propositura da ação penal pelo juiz. A lesão ao sistema acusatório e as garantias individuais fundamentais pode ocorrer também durante o iter processual. Por isso, importante a discussão do presente tema.

Muitos justificaram os poderes probatórios do magistrado com base no princípio da verdade real, o qual preceitua que o magistrado deve perquirir pela verdade dos fatos, com o objetivo que o *jus puniendi* seja aplicado de forma escoreita.

O fato é que essa busca não pode ser utilizada como fundamento ilimitado. Certos limites devem ser mantidos e respeitados, principalmente no tocante às garantias do acusado, a exemplo do direito ao silêncio.

Não se deve pensar, todavia, que o princípio da verdade material não é mais adotado, apenas se deve dar a ele nova interpretação, inclusive para o fim de excluir certos meios de prova, De tal modo,

o principio da verdade real, portanto, deve ser compreendido como uma garantia da verdade para socorrer a prova da inocência, sendo limitado, no entanto, quando visa a buscar a verdade da culpa (...)[13].

Ressalve-se, porém, que as recentes alterações, não modificaram a adoção pelo nosso ordenamento do princípio do livre convencimento motivado, assim, o

magistrado tem liberdade para valorar as provas como entender melhor, mas deve explicitar seu raciocínio no intuito de garantir possíveis questionamentos.

Saliente-se, ainda, que apesar do CPP prever que o ônus da prova incumbe àquele que a alegar, não deve tal regra ser adotada sem respaldo. Isto porque a mesma deve ser temperada em face do princípio da presunção da inocência. Desta maneira, caso o acusado alegue sua inocência, não deve ser obrigado a prová-la. Ao acusador é quem caberá o ônus da prova do fato criminoso.

### **3. MODIFICAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL RELATIVAS À PROVA**

Foi prevista a intervenção judicial na colheita de prova, inclusive na fase inquisitorial, com agressão ao princípio acusatório, de acordo com parte da doutrina e jurisprudência. Entende-se que a Carta Magna, ao atribuir ao Ministério Público a titularidade da ação penal, deixou também a seu cargo a requisição para produção de provas.

Em outros ordenamentos, o juiz que foi responsável pela colheita de prova na fase pré-processual fica impedido de julgar a ação. Fala-se em parcialidade do juiz-instrutor<sup>[14]</sup>.

O ponto merecedor de crítica não se refere tão somente à colheita de prova durante o inquérito, mas sim a atuação de ofício do magistrado. Procedimentos de ofício não devem ser aceitos, em face da adoção do modelo acusatório, de modo que o STF já teve oportunidade de reconhecer a inconstitucionalidade de alguns dispositivos em tal sentido, tais como o art. 3 da Lei n. 9.034/1995<sup>[15]</sup>.

Ademais, o CPP, com redação nova, permite a utilização de provas colhidas durante inquérito, desde que as mesmas não sejam fonte exclusiva da convicção do juiz. Não deve ser confundida, ainda, a possibilidade de valoração da prova (princípio da persuasão racional) e a produção de provas de ofício.

Há interessante questão quanto à proibição de uso de provas colhidas na fase inquisitorial. Isto porque tal vedação deveria ocorrer não apenas nas sentenças, mas em todas as decisões do magistrado<sup>[16]</sup>. O texto referiu-se, todavia, apenas aquele tipo de decisão.



A inovação legal dispõe que o magistrado não poderá fundamentar sua decisão, exclusivamente, em provas colhidas na fase inquisitorial. Isto ocorre devido à ausência de contraditório na fase de inquisitiva. Apesar de poder existir defesa nesta fase, tal procedimento não é a regra. Como se sabe, a finalidade do inquérito policial é de peça informativa e não pressuposto de aplicação de pena, tanto que dispensável.

Conclusão plausível é no sentido de que não foi proibido o uso de prova colhida na fase inquisitiva, mas que a mesma seja o fundamento exclusivo da decisão judicial.

Saliente-se, contudo, que a ideia do projeto de lei era vedar a utilização de qualquer prova colhida em inquérito.

A reforma penal também tratou da aceitação excepcional da prova derivada da ilícita, com dispositivo permissivo para os casos de fonte independente ou quando a descoberta fosse inevitável, previsto no art. 157, §2 do CPP. Considera-se fonte de produção independente quando "não há nexo de causa e efeito com a prova ilícita"[\[17\]](#).

Extinguiu-se a diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas, pois o texto legal determina que são provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Assim, para os defensores da utilização das provas ilegítimas, através do sistema de nulidades, tal modificação foi prejudicial. Pode ser entendido, porém, que o sistema de inadmissibilidade de provas só deve ser utilizado quanto a sua obtenção, ou seja, se a violação ocorrer durante sua introdução ao processo[\[18\]](#).

Não é demais pontuar a admissibilidade excepcional da prova ilícita quando favorável ao réu. Isto decorre do raciocínio lógico de que a limitação do uso de provas ilícitas constitui uma garantia ao indivíduo, e, portanto, não poderia prejudicá-lo.

Saliente-se que não foi esclarecida a adoção da teoria da contaminação expurgada, pela qual um fato posterior retirasse a ilicitude inicial[\[19\]](#).

As provas ilícitas devem ser desentranhadas e destruídas, pois o prejuízo é presumido. A destruição deverá ser ponderada, pois em alguns casos poderá atrapalhar a investigação acerca da responsabilidade da própria colheita da prova.

Desenvolveu-se a possibilidade de o magistrado usar, como fundamento decisório, a prova cautelar, a prova não repetível e a prova antecipada. Para tanto, deverá ser obedecido o contraditório, pois, em caso contrário, não haverá prova, processualmente falando[20].

Aí surge certa divergência doutrinária, pois uma parte da doutrina entende que os procedimentos devem ser repetidos na fase processual (princípio da judicialização das provas)[21], enquanto outros consideram a prova válida, mesmo que feita durante o inquérito policial, desde que observada a essência do contraditório e de suas prerrogativas.

Pela letra da lei, seria possível condenar com base exclusivamente em prova cautelar, irrepetíveis ou antecipadas, colhidas durante o inquérito policial? Uma análise mais superficial diria que sim, mas se deve alcançar o âmago da norma. Defende-se que a resposta só será positiva, quando o contraditório tiver sido respeitado, mesmo que extraprocessualmente[22].

O art. 156, com redação reformada, estabelece o poder do juiz de determinar a realização de provas, mesmo na fase pré-processual, desde que as mesmas sejam urgentes e relevantes. Outros artigos já previam casos específicos nos quais o juiz poderia antecipar a produção probatória, a exemplo do art. 225 do CPP. A novidade concentra-se neste poder antes da própria ação penal.

Há entendimento de que deferir este poder ao magistrado antes de proposta a ação penal traduz norma inconstitucional, por ferir a inércia do magistrado. A lei, todavia, não determinou o procedimento para a colheita antecipada de provas na fase inquisitorial. Poderá ser utilizado o procedimento previsto para produção antecipada de provas (processo cautelar), através de analogia. Deve ser respeitado o contraditório real, para que seja válida a prova, defendendo-se até mesmo que, no caso de não haver suspeito, deverá ser nomeado um defensor dativo[23].

O juiz que colher a prova na fase inquisitorial ficará prevento para a ação penal, de acordo com o art. 83 do CPP, especialmente porque agora aplicável o princípio da identidade física do juiz.

## **CONCLUSÃO**

Do exposto, conclui-se que, apesar da aprovação de várias reformas pontuais no CPP, o legislador, mais uma vez, optou por manter certos resquícios do sistema inquisitivo, entre eles, o poder instrutório do magistrado.

Importante realçar, todavia, que não há um sistema perfeito, de modo que atenuações e até mesmo combinações podem ser positivas ao nosso ordenamento jurídico. Assim, o poder instrutório do juiz pode ser visto não apenas como uma forma de interferência do Estado na vida privada, mas também como um meio de efetivação de direitos fundamentais. Exemplificativamente, o direito da vítima pode ser reafirmado através de uma postura atuante do magistrado. Até mesmo porque se não fosse necessária a sensibilidade do aplicador do direito para análise das questões postas em juízo, e em caso de dúvida, perquirir por uma resposta mais embasada, poderíamos substituir nossos julgadores por máquinas, pois, estas sim, não correm risco de serem parciais.

De todo modo, não resta dúvida que mais salutar seria estruturar o órgão acusador (Ministério Público e também a Defensoria Pública, para os casos de ação penal privada com ofendido hipossuficiente), de modo que fosse desnecessária uma posição atuante por parte do magistrado. Assim, não se teriam argumentos desfavoráveis.

Todavia, até que tal realidade fática seja implementada, é preciso ponderar a situação do caso concreto, de modo a flexibilizar a atuação do juiz, inclusive na produção de prova no processo penal. O que é de difícil aceitação é o poder de ofício do magistrado na fase pré-processual, tendo as demais modificações legislativas caráter benéfico.

Além disso, todo o texto infraconstitucional deve ser interpretado em consonância com a Carta Magna, de modo que sempre deverão estar presentes o contraditório e a ampla defesa. Em virtude de tal posição, até mesmo inquérito

policial enxerga hoje o investigado como sujeito de direitos e não mero objeto de investigação.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **Dos sistemas processuais penais**. Disponível em . Acesso em 20 de janeiro de 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2004, 297 páginas.

MARTINS, Charles Emil Machado. A reforma e o "poder instrutório do Juiz". Será que somos medievais? In: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco. **Reformas do Código de Processo Penal**. 1. ed. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2009, **D.** 9-24.

MARTINS, Ricardo Cunha. Algumas considerações sobre a Lei 11.690/2008 e as alterações sobre a Prova no Processo Penal. In: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco. **Reformas do Código de Processo Penal**. 1. ed. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, p. 2009, 175-183.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo, Editora Método, 2009, 404 páginas.

MOREIRA FILHO, Agnaldo Simões. **Estudos sobre os sistemas processuais penais**. Disponível em . Acesso em 18 de janeiro de 2009.

NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. **Processo Penal Brasileiro: sistema acusatório ou inquisitivo garantista?** Disponível em . Acesso em 15 de janeiro de 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009, p. 884.

WEDY, Miguel Tedesco. A sistemática da prova na reforma processual penal. In: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco. **Reformas do Código de Processo Penal**. 1ª edição. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 159-166.

NOTAS:

[1] MARTINS, Charles Emil Machado. A reforma e o poder instrutório do Juiz. Será que somos medievais? In: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco. **Reformas do Código de Processo Penal**. 1 ed. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 11.

[2] Observar que o presente trabalho foi redigido na vigência do CPC de 1973.

[3] AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **Dos sistemas processuais penais**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6948>.

[4] MARTINS, C., 2009, p. 10.

[5] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009, p. 12.

[6] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2004, p. 151.

[7] AGUIAR, 2005.

[8] OLIVEIRA, 2009, p. 323.

[9] MARTINS, C., 2009, p. 13-14.

[10] WEDY, Miguel Tedesco. A sistemática da prova na reforma processual penal. In: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco. **Reformas do Código de Processo Penal**\_ a edição. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 160.

[11] MARTINS, C., 2009, p. 15-16.

[12] OLIVEIRA, 2009, p. 2.

[13] MARTINS, Ricardo Cunha. Algumas considerações sobre a Lei 11.690/2008 e as alterações sobre a Prova no Processo Penal. In: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco. **Reformas do Código de Processo Penal**. 1ª edição. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, p. 179.

[14] LOPES JÚNIOR, 2004, p. 86-87.

[15] MARTINS, R., 2009, p. 176.

[16] *Ibid*, p. 180.

[17] MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo, Editora Método, 2009, p. 168.

[18] *bid*, p. 165-166.

[19] *Ibid*, p. 172.

[20] MARTINS, R., p. 182.

[21] MENDONÇA, 2009, p 149.

[22] *Ibid*, p. 155.

[23] MENDONÇA, 2009, p. 162.

## **A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA UNIÃO NO ÂMBITO DA TERCEIRIZAÇÃO**

**LUIZA ZACOUTEGUY BUENO:**  
Advogada da União lotada na Procuradoria da União no Estado do Acre; Formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo a análise da responsabilidade da União, no âmbito da terceirização, nos casos em que há inadimplemento dos encargos trabalhistas pela empresa contratada. Nesse compasso, espera-se esclarecer os principais pontos polêmicos, analisando-se doutrina e jurisprudência acerca do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceirização. TST. STF. Responsabilidade subsidiária. Encargos trabalhistas. Administração Pública. União.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO; 1 DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA UNIÃO NO ÂMBITO DA TERCEIRIZAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

---

### **INTRODUÇÃO**

A contratação de empresa pela Administração Pública para realização de serviços terceirizados envolve polêmica acerca da responsabilização desta pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas pela contratada.

O debate diz respeito à possibilidade ou não de responsabilização da União de forma subsidiária diante do mero inadimplemento dos encargos trabalhistas pela empregadora.

Serão analisados os entendimentos jurisprudenciais sobre a temática, bem como pontuais trechos doutrinários, com a finalidade de esclarecer os pontos antagônicos da controvérsia.

## 1 DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA UNIÃO NO ÂMBITO DA TERCEIRIZAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

De início, pede-se licença para colacionar entendimento de Vólia Bomfim, que conceitua a terceirização como “a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra (empregador aparente, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal”[\[1\]](#).

No âmbito da Administração Pública, é corriqueira a contratação de empresa intermediadora de mão de obra para execução de atividades-meio, como serviços de limpeza, por exemplo. Tal contratação se dá conforme os ditames da Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Dispõe a Lei nº 8.666/93 que a inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas não transfere à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento. Eis o dispositivo legal:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. [\(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995\)](#) [\[2\]](#)

Percebe-se que o referido diploma legal foi claro ao determinar que o ente público não é responsável pela inadimplência do contratado no que tange aos encargos trabalhistas. Entretanto, havia quem sustentasse que o referido dispositivo legal era inconstitucional, por ir de encontro ao artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição da República, que assim determina:



§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.<sup>[3]</sup>

De acordo com BOMFIM, o referido dispositivo não colide com o que dispõe o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, em razão da especialidade desta norma. Eis o entendimento:

Por último, há aqueles que, como nós, entendem que o art. 37, § 6º, da CRFB não colide com o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e, por isso, a Administração Pública não deverá ser responsabilizada pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, já que a regra especial revoga a geral. <sup>[4]</sup>

Importante observar que o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei de Licitações foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. Eis a ementa do referido julgado:

**EMENTA:** RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.<sup>[5]</sup>

Anteriormente ao referido julgamento, o Tribunal Superior do Trabalho havia editado a Súmula nº 331 que determinava, em seu item IV, que:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).[\[6\]](#)

O entendimento do TST, portanto, era no sentido de que a Administração Direta era responsável subsidiária pelos encargos trabalhistas, caso o contratado incorresse em inadimplemento. Tal responsabilização, na visão do referido Tribunal Superior, dar-se-ia diante do mero inadimplemento da empresa contratada. Após o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, o Tribunal Superior do Trabalho alterou o teor da referida súmula, incluindo, ainda, os itens de número V e VI, a fim de adequar-se ao entendimento da Corte Suprema. O enunciado sumular alterado passou a ter a seguinte redação:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE**  
(nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de

20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.[\[7\]](#)

A Corte Trabalhista, portanto, adequou-se ao entendimento da Corte Suprema. Acrescentou o TST a necessidade de comprovação de conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666/93, por parte da Administração Pública, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço, para que se configure responsabilidade subsidiária da contratante. Não basta o mero inadimplemento de encargos trabalhistas, portanto, para que haja responsabilização subsidiária da União. É necessário que o reclamante comprove nos autos que o referido ente público falhou no que tange ao seu dever de fiscalização contratual.

Dessa forma, não basta que haja o simples inadimplemento, não mais se sustentando a tese de que a União, quando subcontrata mão de obra, incorre

em culpa *in eligendo* e *in contrahendo* [\[8\]](#), nos casos em que a empresa intermediadora não cumpre suas obrigações trabalhistas.

O Supremo Tribunal Federal, em recente juntado, reafirmou seu entendimento, fixando a seguinte tese de repercussão geral:

"O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". STF. Plenário. RE 760931/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgado em 26/4/2017 (repercussão geral). [\[9\]](#)

Entendeu a Corte Suprema, portanto, que o inadimplemento dos encargos trabalhistas pelo contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo pagamento, conforme determina o art. 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, como havia entendido no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16.

A responsabilização subsidiária do Poder Público não decorre da simples existência de obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa contratada. Para se responsabilizar o ente público, deve haver prova concreta nos autos, que demonstre a efetiva falha da Administração no que tange à fiscalização do contrato, não bastando o mero inadimplemento da contratada para configuração de culpa da União.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que a responsabilização da União de forma subsidiária pelos encargos trabalhistas somente pode ocorrer de forma excepcional. Isso porque o simples inadimplemento pelo contratado não transmite automaticamente à Administração Pública o dever de pagamento, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Para que haja responsabilização do ente público, deve restar comprovado, de forma concreta, que este não cumpriu seu dever de fiscalização do

cumprimento das obrigações contratuais e legais por parte da empresa contratada enquanto empregadora.

#### REFERÊNCIAS

BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17.junho.2017.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 17.junho.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16**. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 24.novembro.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 17.junho.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 760931/DF**. Rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux. Julgado em: 26.abril.2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4434203>>. Acesso em: 17.junho.2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331)>. Acesso em: 17.junho.2017.

#### NOTAS:

[1] BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 529.

[2] BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 17.junho.2017.

[3] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17.junho.2017.

[4] BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 556.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16**. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 24.novembro.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 17.junho.2017.

[6] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331)>. Acesso em: 17.junho.2017.

[7] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331)>. Acesso em: 17.junho.2017.

[8] BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 555.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 760931/DF**. Rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux. Julgado em: 26.abril.2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4434203>>. Acesso em: 17.junho.2017.

## **O PANORAMA DO ICMS ECOLÓGICO NO PIAUÍ - UMA ANÁLISE DA LEI ESTADUAL Nº 5.813/2008**

**ANÍBAL DE CASTRO PASSOS RAMOS:**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Consultor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

**RESUMO:** No Brasil, o ICMS Ecológico tem se apresentado como importante método de tributação ambiental, ao que permitir que os estados, consideradas suas características regionais e seus interesses políticos, intervenham na esfera econômica e social de seus municípios, incentivando-os a promover a melhoria de seus níveis de qualidade ecológica como critério para participarem de maior parcela da repartição das receitas de ICMS. Neste contexto, o presente artigo se destina a apresentar as características do ICMS Ecológico, como instrumento tributário de utilidade regulatória, adequado à consecução do objetivo constitucional de conservação do meio ambiente, na forma do art. 225 da Constituição Federal de 1988, bem como a descrever os contornos dados ao instrumento no estado do Piauí, pela Lei Estadual nº 5.813/2008 (e sua posterior alteração). Em primeiro lugar, foram tecidas considerações sobre a finalidade extrafiscal da tributação, associando-a com o Direito Ambiental, de modo a demonstrar a possibilidade e a adequação da utilização de instrumentos tributários para a realização de políticas públicas relacionadas ao meio ambiente. Em um segundo momento, foi conceituado o ICMS Ecológico, como método de repartição de receitas tributárias, com assento jurídico no art. 158, parágrafo único, II, da CF/1988. Na sequência, foram descritos os principais aspectos da lei estadual que instituiu este método no Piauí, com foco nos requisitos legais para a participação dos municípios piauienses na repartição do ICMS Ecológico. Por fim, foram apresentadas as dificuldades práticas que têm impedido a operacionalização do instrumento no Piauí.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. CAPÍTULO 1. TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL. 1.1 A ACEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE TRIBUTO. 1.2 EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA. 1.3 O MEIO AMBIENTE COMO VALOR A SER PROTEGIDO PELA TRIBUTAÇÃO. CAPÍTULO 2. ICMS ECOLÓGICO. 2.1 ICMS: BREVE HISTÓRICO E ATUAL CONFORMAÇÃO. 2.2. REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS RECEITAS DE ICMS. 2.3. ICMS ECOLÓGICO 30 CAPÍTULO 3. A LEGISLAÇÃO PIAUIENSE DO ICMS ECOLÓGICO. 3.1. A LEI ESTADUAL Nº 5.813/2008. 3.1.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS. 3.1.2. O SELO AMBIENTAL E OS

REQUISITOS LEGAIS PARA SUA OBTENÇÃO. 3.1.3. AS ETAPAS PROCEDIMENTAIS PARA OBTENÇÃO DO SELO AMBIENTAL. 3.2. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI ESTADUAL Nº 6.581/2014. 3.3. AS DIFICULDADES PRÁTICAS NA APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 5.813/2008. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

## INTRODUÇÃO

O reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988 apontou para o dever do poder público de desenvolver novas políticas de proteção do meio ambiente.

Ao lado disso, esta mesma ordem constitucional, concebeu os tributos como uma das garantias de efetivação de direitos individuais e sociais, isto é, como importante instrumento disponível ao poder público para a realização das finalidades constitucionais (dentre as quais a proteção ambiental), especialmente consideradas suas outras finalidades que não as meramente arrecadatórias.

Neste contexto, uma iniciativa legal inovadora criou o “ICMS Ecológico” no Estado do Paraná, em 1991, passando a regular, por lei estadual, que uma parcela da receita arrecadada com o Imposto Estadual sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) seria repartida entre os municípios paranaenses com base em critérios de conservação ambiental.

A iniciativa paranaense estimulou que outros estados brasileiros também adotassem o ICMS Ecológico, observando as suas respectivas peculiaridades de clima, vegetação, hidrografia, fauna e flora. No Piauí, sua criação se deu com a aprovação da Lei Estadual nº 5.813, de 03 de dezembro de 2008.

Este artigo tem por objetivo caracterizar o ICMS Ecológico como instrumento de tributação ambiental adequado para o incentivo dos municípios brasileiros à adoção de práticas de proteção ambiental. Para isso, na primeira parte do trabalho, será analisado o contexto da tributação ambiental no Brasil e o uso da extrafiscalidade tributária como método de utilidade regulatória, que



permite ao poder público estadual orientar a conduta de seus municípios a fim de que esta seja condizente com o objetivo estatal de proteção ambiental, mediante incentivo financeiro de recebimento de receitas de ICMS.

Além disso, o presente trabalho também almeja expor os contornos dados pela Lei Estadual nº 5.813/2008 (e sua posterior alteração) ao ICMS Ecológico no âmbito do Piauí. Numa segunda parte do trabalho, isto será feito a partir da descrição das exigências legais impostas aos municípios piauienses para a participação na repartição das receitas de ICMS com base em critérios ambientais; das etapas procedimentais a serem realizadas pelo poder público estadual na habilitação e classificação dos municípios interessados em receber tal benefício financeiro; e dos métodos de repartição adotados pela lei estadual para dividir as receitas do ICMS Ecológico entre os municípios habilitados.

Por fim, será também realizada uma breve exposição descritiva dos fatos que levaram a incorrência da distribuição de receitas de ICMS Ecológico no Piauí até a presente data, não obstante a regulação deste instrumento, por lei estadual, já exista desde 2008.

## **CAPÍTULO 1- TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL**

### **1.1 A ACEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE TRIBUTO**

No Estado Democrático de Direito, a tributação surge como um instrumento da sociedade. Com efeito, o Estado é responsável pelo exercício da atividade financeira, com vistas à satisfação de necessidades públicas, eleitas por seus “órgãos políticos”<sup>[1]</sup> e, neste contexto, de todas as fontes de receita disponíveis ao custeio delas, os tributos se apresentam como a principal.

Para Leandro Paulsen, “no Brasil, como na quase totalidade dos Estados modernos, predomina a tributação como fonte de receita, de modo que se pode falar num **Estado Fiscal** ou num **Estado Tributário**”<sup>[2]</sup>.

Em igual sentido, Hugo de Brito Machado apregoa que:

A tributação é sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para

sobreviver. Sem ele não poderia o Estado realizar seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica. O tributo é inegavelmente a grande e talvez única arma contra a estatização da economia [3].

O conceito de tributo pode ser extraído da própria Constituição Federal de 1988, que não se furtou de estabelecer competências tributárias, limitações ao poder de tributar e a repartição das receitas tributárias. As normas constitucionais pertinentes ao tema, por si só, evidenciam que tributo se cuida de uma prestação em pecúnia exigida pelos entes políticos, de maneira compulsória, daqueles que tenham capacidade de contribuir ou se relacionem a uma atividade estatal específica, para custear os fins a serem promovidos pelo Estado.

Ora, as características dos tributos ficam evidenciadas no Capítulo “Do Sistema Tributário Nacional” do texto constitucional, em que “a outorga de competência se dá para que os entes políticos obtenham receita através da instituição de impostos (art. 145, I, 153, 154, 155 e 156), taxas (art. 145, II, e 150, V), contribuições de melhoria (art. 145, III), empréstimos compulsórios (art. 148) e contribuições especiais (art. 149 e 195)”, como também alerta Leandro Paulsen[4].

Não obstante se considere que a definição de tributo está implícita na Constituição Federal, o **Código Tributário Nacional (CTN)** conceituou expressamente tal instituto jurídico, em seu **art. 3º**, em consonância com as características definidas constitucionalmente. Segundo prevê o referido dispositivo de lei, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Do conceito legal, tem-se que nem toda prestação pecuniária prevista em lei é tributo, mas tão somente aquelas que também reúnam as demais características previstas no art. 3º, do CTN, isto é, aquelas que, sem constituir penalidade, possam ser exigidas compulsoriamente das pessoas, independente de sua vontade, com conteúdo expresso em moeda, e cobradas por procedimento previamente estabelecido, no qual inexistente juízo de conveniência e oportunidade na realização da cobrança[5].

Além do mais, com o emprego desta acepção de tributo, o CTN deixa claro que a receita tributária se incorpora ao patrimônio público em decorrência de um comando unilateral do Estado, que exerce seu poder de império e arrecada coercitivamente dos particulares quantias pecuniárias, nos valores e na forma previstos em lei. Por assim dizer, a receita tributária é tida como receita derivada e, não, originária, tendo em vista que não decorre da exploração pelo Estado de seu próprio patrimônio, mas advém diretamente do patrimônio privado.

Esta compreensão é corroborada pelo art. 9º da Lei nº 4.320/1964[6], para o qual tributo é receita derivada, destinada ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas pelas entidades de direito público que o instituiu.

Neste contexto, vale mencionar também que a Constituição Federal reconheceu a existência de cinco espécies tributárias distintas: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais (estas últimas compreendem, dentre outras, as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas). Tais espécies de tributos têm previsão nos arts. 145, 148 e 149 do texto constitucional.

Com a positivação destes cinco tipos de tributos, nosso ordenamento adotou a denominada **teoria da pentapartição** ou **teoria pentapartite**, como, inclusive, já reconheceu o Supremo Tribunal Federal (STF), em alguns de seus julgados[7].

Muito embora as definições legais de tributo e, também, suas características, possam, aprioristicamente, levar a uma “concepção negativa da tributação, como norma de rejeição social ou de opressão de direitos”, esta noção deve ser refutada, sobretudo porque, “em verdade, a tributação é condição inafastável para a garantia e efetivação tanto dos direitos individuais como dos sociais”, como aduz Alessandro Mendes Cardoso[8].

Ao contrário de o tributo assumir a concepção de sacrifício patrimonial, na atualidade, reconhece-se a existência de um dever fundamental de pagar tributos – imposto aqueles que, por lei, devem pagá-los – e, inclusive, um dever de colaboração com a tributação – que vincula não apenas os

contribuintes e responsáveis tributários, mas também terceiros. Ambos estes deveres têm fundamento no próprio Estado Democrático de Direito[9].

É possível relacionar diretamente o reconhecimento de um dever fundamental de pagar tributos com a ideia de tributação como instrumento jurídico em favor da sociedade, mencionada logo no início deste texto. Neste sentido, Klaus Tipke e Douglas Yamashita lecionam que:

O dever de pagar um imposto é um dever fundamental. O imposto não é meramente um sacrifício, mas sim, uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir as tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos. O Direito tributário de um Estado de Direito não é Direito técnico de conteúdo qualquer, mas ramo jurídico orientado por valores. O direito Tributário afeta não só a relação cidadão/Estado, mas também a relação dos cidadãos uns com os outros. É direito da coletividade[10].

Já no tocante ao dever de colaboração com atividade tributária, afirma-se que:

A colaboração tem um âmbito maior, envolvendo também uma grande pluralidade de outras obrigações ou deveres que fazem possível o conhecimento da situação econômica dos cidadãos, a fiscalização e o lançamento dos tributos e que inclusive facilitam, asseguram e garantem sua arrecadação. Ademais, alcança inclusive quem não é chamado a suportar o pagamento de tributos porque não revela capacidade contributiva e não pratica os fatos geradores ou porque é beneficiário de isenção ou de imunidade[11].

Assim, o dever de auxiliar a aplicabilidade das normas tributárias é de toda a sociedade, a fim de que a atividade financeira do Estado não fique prejudicada, em sua principal fonte de receita, e de que possam ser alcançados os fins sociais dela decorrentes.

Contemporaneamente, é sob esta perspectiva que deve ser lido o conceito de tributo, previsto implicitamente na Constituição Federal e, também, no art. 3º do CTN, de maneira expressa: o tributo como importante garantia à satisfação de necessidades públicas fundamentais.

## 1.2 EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA

A exposição de uma acepção contemporânea de tributo, à luz do ordenamento jurídico pátrio, como a que foi brevemente delineada acima, remete invariavelmente ao estudo da finalidade da tributação.

Como citado anteriormente, a tributação é a principal fonte de receita de que o Estado se vale para custear sua atividade financeira. Todo tributo, portanto, cumpre um objetivo propriamente arrecadatório. Trata-se de sua finalidade fiscal.

Na interpretação de Edcarlos Alves Lima,

a fiscalidade, ou função fiscal, é a finalidade buscada pelo Estado para a satisfação de necessidades públicas da sociedade, que se utiliza da arrecadação do tributo como fonte e receita para angariar os recursos necessários, que dão suporte à consecução de suas políticas públicas.<sup>[12]</sup>

De outro lado, a utilização dos tributos pelo Estado também pode adquirir uma finalidade extrafiscal. A ideia de extrafiscalidade tributária remonta o conjunto de funções das normas tributárias diversas da simples arrecadação. Ives Gandra da Silva Martins e Paulo de Barros Carvalho apontam que, “a essa forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatórios, dá-se o nome de ‘extrafiscalidade’”<sup>[13]</sup>.

Com esta finalidade, a tributação ganha um caráter social e econômico, pois o Estado pode valer-se de normas tributárias para, com base em suas escolhas políticas, perseguir objetivos econômico-sociais, mediante um “consciente estímulo ao comportamento das pessoas”<sup>[14]</sup>.

Assim, para o Estado, o tributo pode ter utilidade regulatória. A extrafiscalidade permite que o poder público manipule e oriente a conduta dos destinatários da norma tributária a fim de que esta seja condizente com os objetivos estatais. Trata-se do exercício da atividade de regulação, por meio da qual ele intervém indiretamente na economia.

A regulação é característica de um modelo econômico específico, em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas, de outro lado, intervém no mercado através de instrumentos de autoridade, como aponta Carlos Ari Sundfeld<sup>[15]</sup>.

Em igual sentido, a posição de Rachel Sztajn:

Regulação é instrumento legal para ordenação de mercados, manifestada por via reguladora das atividades econômicas. Desde a organização das formas de produção e distribuição dos bens e serviços até as relações de consumo, todas as etapas da “cadeia produtiva” são objetos de normas que representam intervenção do Estado no domínio econômico, sem assumir o papel de produtor.

Para Grau<sup>[16]</sup>, há modalidades diferentes de intervenção do Estado na economia: a) a intervenção por absorção ou participação – quando este atua em regime de monopólio de um determinado setor econômico, por absorção, ou em regime de competição, quando divide com outros a atividade econômica de certo setor, por participação; b) intervenção por direção, quando regula determinada atividade econômica, mediante mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos envolvidos; c) intervenção por indução, quando manipula o setor econômico com base nas leis do mercado.

Estas duas últimas modalidades – intervenção por direção e por indução – referem-se a hipóteses de intervenção indireta do Estado na economia, previstas no art. 174, do texto constitucional, segundo o qual “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Nesta seara de atuação do Estado, deve ser relegado à extrafiscalidade tributária importante destaque, como alerta Elísio Augusto Velloso Bastos:

Assim, a grande farsa é pensar que o mercado irá solucionar os problemas de que se alimenta. Urge a intervenção do Estado e, como em sua forma ainda permanece de direito, deverá fazê-lo a partir do direito em especial do direito tributário, que pelo impacto de seus tributos poderá destruir a antiga ordem social e, simultaneamente, financiar a reconstrução, esta última disciplinada pelos demais ramos do direito positivo<sup>[17]</sup>.

De fato, não é possível identificar com certeza o caráter fiscal ou extrafiscal de um determinado tributo, especialmente porque estas duas finalidades da atividade tributária não se excluem. Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho afirma que:

Não existe, porém, entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem, harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro.<sup>[18]</sup>

Disto, é possível concluir que, se, de um lado, todo tributo cumpre uma finalidade arrecadatória, de outro, nenhum deles é completamente neutro, mas acaba por gerar algum impacto sobre a sociedade e o funcionamento da economia. Dessa sorte, o Estado passa a se valer destes efeitos não arrecadatórios para intervir no domínio econômico e na ordem social.

A Constituição Federal de 1988 não trata de maneira específica da extrafiscalidade, entretanto há diversos dispositivos ao longo de seu texto que indicam a utilização extrafiscal dos tributos. Cita-se os seguintes: **a)** as exceções às anterioridades de exercício e/ou nonagesimal e as atenuações à legalidade relativamente aos impostos capazes de atuar como reguladores da produção de bens industrializados (IPI), do comércio internacional (II e IE), das operações monetárias (IOF), permitindo a ágil alteração da legislação respectiva pelo Poder

Executivo (art. 150 §1º); **b)** a previsão de que os impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) e territorial rural (ITR) sejam utilizados de modo a induzir o cumprimento da função social da sociedade (arts. 153, §4º; 156, §1º e 182, §4º, II); **c)** a outorga à União de competência para instituir contribuição de intervenção no domínio econômico, com o expreso intuito de influenciar a obtenção de resultados econômicos desejados (art. 149); **d)** previsão de benefícios fiscais de incentivo regional (art. 151, I); **e)** estímulo tributário ao cooperativismo (art. 146, III, c, e 174, §2º).

Jurisprudencialmente, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade de medidas extrafiscais adotadas pelos entes federativos com a Constituição Federal, como a validade de incentivos fiscais concedidos a empresas que contratam empregados com mais de quarenta anos, estimulando esta conduta dos contribuintes – no julgamento da ADI 1.276[19] –, bem como do desconto do IPVA a condutores que não tenham cometido infrações de trânsito, de modo a incentivar os destinatários da norma a serem bons motoristas – ao julgar a ADI 2.301[20].

Assim, mais do que servir de receita financeira ao Estado, na satisfação das necessidades públicas, em decorrência de sua função arrecadatória, é certo que os tributos podem ser utilizados como ferramentas de concretização de outros fins constitucionais, já que, por sua extrafiscalidade, permitem a intervenção do poder público na esfera econômica e social. Aliás, é disto que decorre a própria validade da função extrafiscal da tributação[21].

Diante do exposto, fica claro que a extrafiscalidade tributária, compreendida sua função social e econômica, corrobora a noção contemporânea sobre a existência de um dever constitucional de pagar tributos e de colaborar com a tributação, já exposta neste trabalho, na medida em que sua utilização efetivamente contribui para que o Estado possa cumprir os valores constitucionalmente consagrados.



### 1.3 O MEIO AMBIENTE COMO VALOR A SER PROTEGIDO PELA TRIBUTAÇÃO.

Segundo Édis Milaré, “a Constituição de 1988 pode muito bem ser denominada de 'verde', tal o destaque (em boa hora) que dá à proteção do meio ambiente” [22].

De fato, com o advento deste ordenamento, as normas de proteção ambiental foram alçadas à categoria constitucional, é dizer, promoveu-se a “constitucionalização do meio ambiente” no Brasil e, assim, houve uma evolução qualitativa no que concerne à regulação normativa ambiental.

Neste ponto, importa analisar detidamente a redação do *caput* do **art. 225, da Constituição Federal**, que compõe o capítulo próprio destinado ao “Meio Ambiente”, incluído em seu Título VIII, “Da Ordem Social”. Segundo este dispositivo, “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Esta norma-matriz exige breves comentários acerca de seu alcance.

Em primeiro lugar, a Constituição enuncia o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, e, por tal qualidade, indisponível. Este caráter é acentuado pelo fato de que a proteção do meio ambiente dever ser promovida não apenas no interesse das gerações presentes, como também das futuras. Assim, dele não se pode dispor por se tratar de direito intergeracional.

Aliás, a acepção constitucional de meio ambiente como “bem comum de todos”, respaldada no art. 225, da Carta Maior, releva que este não pertence a um indivíduo isolado, mas, sim, a toda a coletividade.

Neste aspecto, interessa pontuar a manifestação do STF que, no julgamento da ADI nº 3.540 MC/DF, ressaltou esta característica coletiva do

direito ao meio ambiente, enquadrando-o como típico direito de terceira geração, que assiste ao próprio gênero humano, nos seguintes termos:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161).[\[23\]](#)

Ademais, a leitura conjunta do art. 3º, da Constituição Federal[\[24\]](#) – que aponta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o desenvolvimento nacional e o bem-estar da sociedade – com o supracitado art. 225, indica que a consecução dos referidos objetivos fundamentais da ordem constitucional, deve se dar sem prejuízo do equilíbrio ecológico.

Decerto, o constituinte de 1988 exige o equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. É dizer, sob a perspectiva constitucional, as políticas públicas devem visar o crescimento econômico com a paralela proteção do meio ambiente, que deve ser preservado também para as gerações futuras e não apenas para as presentes.

Pelo menos em algum aspecto, o preceito do supracitado art. 225 remete à ideia de desenvolvimento sustentável.

Na atualidade, a noção de sustentabilidade não comporta uma única significação. Ao contrário, o tema passa por um momento de revisão conceitual, sem que haja uma definição capaz de estabelecer o que, de fato, é sustentabilidade.

Carlos Henrique Trajan Bechara, João Rafael L. Gândara de Carvalho e Guilherme Villa-Bôas, não obstante concordem que se trata de tema não pacificado, afirmam que, peculiarmente, a sustentabilidade é mesmo uma ideia que busca ser indefinida. Neste sentido, explicam que:

a ideia de desenvolvimento e todas aquelas que dela derivam, como a produção, o mercado, a tecnologia e a própria justiça social, passam por uma profunda revisão. [...]

Há algumas definições de sustentabilidade. Talvez nenhuma delas consiga expressar em contornos precisos o que seja verdadeiramente sustentabilidade. Isso porque a sustentabilidade é, ela própria, uma ideia em busca de indefinição. A sustentabilidade é, por natureza, abrangente, fluida, ambígua e polivalente, de modo que se torna impossível conceituá-la precisamente [25].

De todo modo, sem negar a complexidade da matéria, é possível estudar algumas concepções de sustentabilidade, a fim de relacioná-las com a Constituição Federal, tomada a devida cautela para não reduzir seu conceito apenas ao que consta neste ordenamento.

Na década de 80, a ONU cunhou definição de desenvolvimento sustentável como “desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades”, no relatório de Brundtland [26]. Não obstante a maior generalidade desta definição, a consideração das gerações futuras aparece nela como ponto comum em relação ao que preleciona à atual constituição pátria.

Ao relacionar desenvolvimento sustentável com o ordenamento constitucional, Juarez Freitas compreende que “a busca da sustentabilidade é um direito e encontrá-la é um dever constitucional inalienável e intangível de reconhecimento de liberdade de cada cidadão, nesse status, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo dos direitos e deveres fundamentais do conjunto da sociedade, sempre que viável diretamente” [27].

Em outro sentido, Carlos Henrique Trajan Bechara, João Rafael L. Gândara de Carvalho e Guilherme Villa-Bôas, sugerem que o desenvolvimento sustentável como um norte da política econômica, que não deve se pautar obsessivamente pelo crescimento quantitativo da economia, mas também pelo

resultado qualitativo que este crescimento acarreta para a comunidade global [28].

O texto constitucional corrobora esta acepção de desenvolvimento sustentável, ao dispor, em seu art. 170, VI, que a ordem econômica brasileira tem como um de seus princípios a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Pelo exposto, é possível afirmar que uma das principais consequências positivas da constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é a legitimação e facilitação da atuação do poder público na proteção dos processos ecológicos essenciais. Decerto, com a Constituição de 1988, a atividade do Estado deve sempre nortear-se pela manutenção do meio ambiente saudável.

No plano jurídico, não há discricionariedade na proteção do ambiente, mas, ao contrário, o art. 225 da Constituição Federal impõe “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo (...)”, como já demonstrado acima.

Neste sentido, em comentário a este dispositivo constitucional, Édis Milaré é enfático ao lecionar que:

cria-se para o Poder Público um dever constitucional, *geral e positivo*, representado por verdadeiras obrigações de fazer, isto é, de zelar pela defesa (defender) e preservação (preservar) do meio ambiente. Não mais, tem o Poder Público uma mera faculdade na matéria, mas está atado por um verdadeiro dever. Quanto à possibilidade de ação positiva de defesa e preservação, sua atuação transforma-se de discricionária em vinculada. Sai da esfera da conveniência e oportunidade para ingressar num campo estritamente delimitado, o da *imposição*, onde só cabe um único, e nada mais que único, comportamento: defender e proteger o meio ambiente. Não cabe, pois, à Administração deixar de

proteger e preservar o meio ambiente a pretexto de que tal não se encontra entre suas prioridades públicas. Repita-se, a matéria não mais se insere no campo da discricionariedade administrativa. O Poder Público, a partir da Constituição de 1988, não atua porque quer, mas porque assim lhe é determinado pelo legislador maior [29].

Igual ideia é adotada por José Renato Nalini, para quem “o governo não tem mera discricionariedade. Ou seja, não lhe é dado optar entre defender ou não o meio ambiente: a Constituição lhe impõe essa obrigação política pública” [30].

A promoção de tal dever estatal pode ser efetivada pela utilização de diversos instrumentos, inclusive regulatórios, com os quais o Estado intervém indiretamente na economia e na sociedade, estimulando o aumento dos níveis de proteção ecológica, como é o caso da extrafiscalidade tributária.

Como mencionado alhures, a tributação pode adquirir uma feição menos arrecadatária e mais regulatória, quando o poder público edita normas tributárias com a intenção predominante de intervir em determinado aspecto da economia ou da sociedade, sobretudo para promover os fins definidos em seu texto constitucional.

Segundo Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, “as políticas ambientais devem se valer mais incisivamente dos instrumentos tributários e econômico-financeiros, com o objetivo primordial de incentivar a observância de seus princípios e preceitos, e preferencialmente no âmbito da prevenção” [31].

É possível reconhecer, portanto, a existência de uma tributação ambiental, que se apresenta como uma das soluções de que dispõe o Estado para favorecer o cumprimento de seu dever constitucional de proteção do meio ambiente saudável (art. 225).

José Marcos Dominguez Oliveira ressalta que, como o emprego dos tributos ambientais pode ocorrer em todas as fases do ciclo econômico, isto é, tanto na tirada dos recursos naturais, como na produção de bens e em seu

consumo, estes se apresentam como uma “uma ferramenta especialmente hábil ao múnus estatal de defesa ambiental”[32].

Carlos E. Peralta coloca a tributação extrafiscal como um método de promoção da economia verde, que incentiva a introdução de tecnologias limpas, o uso de energia renovável, o consumo consciente e o respeito aos limites da natureza[33].

Neste panorama, se a extrafiscalidade tributária é instrumento à disposição do poder público para intervir na esfera econômica e social, com base em suas posições políticas, não só é plenamente viável, como adequada, a utilização de instrumentos de tributação extrafiscal.

## CAPÍTULO 2 - ICMS ECOLÓGICO

### 2.1 ICMS: BREVE HISTÓRICO E ATUAL CONFORMAÇÃO.

Ao adotar a pentapartição, o ordenamento jurídico brasileiro atual reconhece a existência de cinco espécies diferentes de tributos: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais. Para os fins deste trabalho, importa destacar os impostos.

Estes são legalmente conceituados como tributos “cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”, de acordo com o art. 16 do Código Tributário Nacional.

Desse modo, não há contrapartida do Estado que motive a cobrança de impostos, é dizer, o poder público não precisa criar nenhum serviço, nem por à disposição do contribuinte uma atividade especial, em troca do que ele pagará, a título de imposto. É tributo que não goza de referibilidade[34].

Nesta seara, a instituição de impostos sobre as operações de circulação de mercadorias é comum há muitos séculos. Entretanto, a implantação moderna de um imposto desta natureza no Brasil se deu com a aprovação da Lei

nº 4.625, de 31 de dezembro de 1922, criou no país o Imposto sobre Vendas Mercantis (IVM).

Inicialmente este tributo incidia tão somente sobre as vendas mercantis, mas a partir da Constituição de 1934, passou a abranger também as operações de consignação, passando a ser nomeado de Imposto de Vendas e Consignações (IVC) e a ter como contribuintes os produtores em geral, inclusive os agrícolas. Posteriormente, ao tempo do governo do Presidente Castelo Branco, foi promovida uma reforma constitucional que instituiu o Imposto sobre Circulações de Mercadorias (ICM)[\[35\]](#).

Sobre circunstâncias e razões que resultaram na criação deste precursor do atual imposto sobre circulação de mercadorias, Sacha Calmon Navarro Coelho lembra que “surge o ICM, não-cumulativo, em lugar do IVC cumulativo. A ideia era tomar como modelo os impostos europeus sobre valores agregados ou acrescidos, incidentes sobre bens e serviços de expressão econômica, os chamados IVAS” [\[36\]](#).

Alterando referido regime tributário, a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, em seu artigo 155, II.

De logo, verifica-se que tal imposto compreende três exações, correspondentes a cada um de seus fatos geradores, quais sejam: a) ICMS sobre operações relativas à circulação de mercadorias; b) ICMS sobre a serviços de transporte interestadual e intermunicipal; e c) ICMS sobre serviços de comunicação.

Houve, dessa sorte, uma extensão do campo de incidência do antigo ICM, já que o tributo passou a incidir não apenas sobre operações mercantis, como também sobre serviços de transporte (interestaduais e intermunicipais) e de comunicação, que antes eram tributados pela União.

O ICMS foi o tributo contemplado com o maior número de regras enunciadas diretamente no texto constitucional de 1988. A preocupação do

constituente não era outra, senão a de tentar uniformizar as vinte e sete legislações estaduais e distrital do tributo, que iriam ser criadas com a atribuição de sua instituição à competência dos Estados e do Distrito Federal [37].

Neste sentido, foi reservada à lei complementar de caráter nacional a elaboração de normas gerais sobre o ICMS, com a definição de seus contribuintes, disposição sobre o sistema substituição tributária, disciplina do regime de compensação do imposto, e outros pontos polêmicos, que foram previstos no art. 155, §2º, XII, da CF. Atualmente, a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, conhecida como Lei Kandir, regula estas questões.

Além do mais, com a Constituição de 1988, foram criados mecanismos para evitar ou solucionar controvérsias entre os sujeitos ativos (Estados e Distrito Federal), minorando os efeitos da guerra fiscal anunciada com a promulgação da Constituição. Dentre estes tem-se, a previsão de celebração de convênios entre estes entes federados como condição para a concessão e revogação de incentivos fiscais (art. 155, §2º, XII, g), e também a delegação ao Senado Federal de competências na fixação do regime de alíquotas do tributo (art. 155, §2º, V).

Também está previsto no texto constitucional que o ICMS “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal” (art. 155, §2º, I).

Sucintamente, isto quer dizer que sua incidência, na cadeia econômica, obedecerá a um sistema de compensação financeira, em que a cada operação de aquisição, será registrada como crédito ao adquirente, e cada alienação, como débito ao alienante, e, periodicamente, far-se-á uma comparação entre os créditos e os débitos de cada contribuinte para se apurar o valor a ser recolhido aos cofres públicos a título de ICMS.

Nas palavras de José Eduardo Soares de Melo:

O cânone da não-cumulatividade consiste na compensação dos valores creditados com os valores debitados em determinado período de tempo (geralmente mensal), não integrando a estrutura do ICMS e nem se



confundindo com a base de cálculo, tendo operatividade em momento posterior à configuração da operação ou prestação realizada.[\[38\]](#)

Ademais, poderá o legislador estadual optar por adotar a seletividade do ICMS, como permite o inciso III, do §2º, do art. 155, da CF/1988, caso em que suas alíquotas deverão ser fixadas de acordo a essencialidade do produto objeto de tributação.

Importante destacar, por fim, que o ICMS é o tributo de maior arrecadação no Brasil. Segundo estudo “Impostômetro: R\$ 1 trilhão: em arrecadação de impostos, taxas e contribuições”, realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, a arrecadação tributária do ano de 2015 será próxima de 2,07 trilhões de reais, dos quais 18,41% é de ICMS[\[39\]](#).

## 2.2. REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS RECEITAS DE ICMS

Tema de suma importância para a compreensão do ICMS Ecológico é a repartição constitucional das receitas de ICMS.

Primeiro porque a administração pública depende destas receitas para fazer frente às competências constitucionalmente atribuídas aos entes federativos, é dizer, só com a adequada repartição de recursos será possível a realização dos objetivos impostos pela Constituição Federal[\[40\]](#).

E, em segundo lugar, porque o ICMS é o tributo que mais arrecada aos cofres públicos no país, daí a relevância de entender como esta verba é dividida entre os entes federados.

A obrigatoriedade de um sistema constitucional de repartição de receitas tributárias decorre da forma federativa de Estado adotada no Brasil, em que os entes federados são autônomos. Neste sentido, Ricardo Alexandre apregoa que “não há como imaginar a autonomia de um ente que não tenha recursos materiais para o desempenho das competências que a Constituição lhe atribui”[\[41\]](#).

As regras de repartição de receitas tributárias estão previstas na última Seção, do Capítulo da CF/1988 que trata “Do Sistema Tributário Nacional”, nos arts. 157 a 162, do texto constitucional.

No caso brasileiro, o legislador constituinte de 1988 previu treze impostos, mas dividiu desigualmente as competências para a instituição deles, atribuindo sete à competência privativa da União (art. 153), três à dos Estados (art. 155) e três à dos Municípios (art. 156). O Distrito Federal acabou por acumular competências tributárias estaduais e municipais, podendo criar os seis respectivos impostos (art. 32, §1º).

De outro lado, considerando este desequilíbrio na repartição das competências tributárias, houve uma opção legislativa da Constituição atual de determinar que os entes maiores entregassem parte da receita aos entes menores, da maneira este sistema está regulado na seção que trata da “Da Repartição das Receitas Tributárias”, que compreende os artigos 157 e seguintes do texto constitucional.

Nestes dispositivos, previu-se que a União repassará aos Estados, Distrito Federal e Municípios uma parcela de sua arrecadação tributária, mas não receberá repasses de nenhum deles. Os Estados, por sua vez, deverão repartir suas receitas tributárias com os Municípios. E estes não farão nenhum repasse constitucional. O mesmo ocorrerá com o Distrito Federal, que sequer pode ser dividido em Municípios (art. 32 da CF/1988).

Nesta linha de raciocínio, as receitas do ICMS instituído pelos Estados (ente maior) deverão ser repartidas com os Municípios (ente menor).

Em seu artigo 158, a Constituição definiu como será realizada a repartição do mencionado imposto. Neste sentido, vale apresentar o exato teor desta norma:

Art. 158. Pertencem aos Municípios: [...]

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de

serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Como se vê, 25% (vinte e cinco por cento) da arrecadação do ICMS dos Estados pertence a seus Municípios. Ou seja, somente 75% (setenta e cinco por cento) de tais receitas são efetivamente dos Estados que instituíram o imposto, o restante é de titularidade dos Municípios existentes em cada território estadual.

O texto constitucional ainda prevê em que proporção ocorrerá a repartição entre os Municípios de cada Estado da parcela que lhes pertence por força da referida norma. Segundo o parágrafo único do artigo 158, dos 25% da receita estadual de ICMS que pertence aos municípios,  $\frac{3}{4}$  (três quartos) deverão ser divididos entre estes últimos proporcionalmente ao valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios (inciso I).

O art. 3º, §1º, da Lei Complementar nº 63/1990 (com redação dada pela Lei Complementar nº 123/2006) definiu “valor adicionado, para cada Município” como o “valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil”.

Fica claro, portanto, que o critério de repartição previsto no inciso I, do parágrafo único, do art. 158, é puramente econômico, isto é, receberá mais o

Município em cujo território tenha sido realizado o maior número de operações tributárias, calculadas na forma acima mencionada.

Ao lado disso, a CF/1998 dispôs que  $\frac{1}{4}$  (um quarto) dos 25% de ICMS pertencentes aos Municípios serão repartidos em conformidade com o que dispuser lei estadual (art. 158, parágrafo único, II, da CF/1988).

Assim, se, pelo inciso I, utilizou-se critério econômico para determinar a repartição das receitas de ICMS entre os Municípios, pelo inciso II, permitiu-se que os próprios pudessem eleger os critérios que utilizariam para repartição de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) da quantia devida, de acordo com suas preferências e opções políticas, considerando os diferentes cenários regionais.

Percebe-se que a maior parte dos recursos de ICMS devida aos Municípios ( $\frac{3}{4}$  dos 25%) destina-se àqueles mais desenvolvidos, com maior circulação de mercadorias, já que o critério de divisão neste caso é valor adicionado. Por outro lado, os Municípios de menor economia tendem a receber menor parcela destes recursos.

Já quanto aos  $\frac{1}{4}$  (um quarto) restante dos 25% devido aos Municípios, tem-se que este será repartido com base em lei do próprio Estado e é nesta determinação constitucional que se pauta a criação do ICMS Ecológico, como se passa a expor a seguir.

### 2.3. ICMS ECOLÓGICO

A Constituição Federal de 1988 concedeu importante competência aos entes federados estaduais de definir, por lei própria, os critérios de repartição de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) dos 25% das receitas tributárias decorrentes da arrecadação do ICMS entre seus Municípios, como manda o art. 158, IV, da CF/1988.

Criou-se, dessa sorte, uma oportunidade para que os estados, consideradas suas características regionais e seus interesses políticos, intervenham na esfera econômica e social de seus municípios por meio da definição dos referidos critérios de repartição, em lei estadual.

Ora, por meio da eleição dos métodos de repartição desta parcela do ICMS, os estados podem induzir seus municípios a adotarem determinados comportamentos, para que, com isso, possam receber uma fração de receitas deste tributo.

Como se vê, no exercício da competência legislativa atribuída aos estados federados, no inciso II, do parágrafo único, do art. 158, da CF/1988, há um caráter extrafiscal, na linha do que foi exposto anteriormente neste trabalho, já que os estados poderão condicionar o repasse de uma maior parcela de receita tributária ao cumprimento ou abstenção de um determinado comportamento de seus municípios[42].

Logicamente, é possível que esta competência seja exercida para a criação de uma norma de tributação ambiental, é dizer, é possível aos estados definir, em lei estadual, um critério ecológico para a repartição da citada parcela de receita de ICMS.

É exatamente nisto que consiste o denominado ICMS Ecológico. Não se trata da criação de um novo tributo, mas sim, na definição do critério ecológico para a repartição de uma parcela das receitas de ICMS arrecadadas pelos estados, entre seus municípios.

Nas palavras de Melina Rocha Lukic, o ICMS Ecológico consiste em “uma vinculação dos recursos de arrecadação do ICMS destinados aos municípios a critérios ambientais. Ao contrário de outros instrumentos o ICMS Ecológico não se refere à incidência do ICMS em si, mas apenas à destinação financeira dos recursos desse imposto”[43].

A característica de não consistir na criação de uma nova exação dá ao ICMS Ecológico, neste aspecto, a qualificação de tributo ambiental *latu sensu*, ou de tributo em sentido impróprio, já que se trata de tributo fiscal, mas que contempla a solução de problemas ambientais de maneira secundária ou indireta, como bem expõe Carlos E. Peralta[44].

Esta mesma característica leva alguns autores a aproximar o ICMS Ecológico ao direito financeiro, mais do que ao direito tributário, como faz, por exemplo, Leonardo de Andrade Costa Mendes, para quem este:

não é propriamente um instrumento tributário, mas financeiro. Não há qualquer vinculação do fato gerador do ICMS a atividades de cunho ambiental. De igual modo, não há vinculação específica da receita do tributo para financiar projetos ambientais. Em verdade não se trata de um novo tributo, mas sim de uma nova ideia de distribuição[45].

Todavia, sem prejuízo deste entendimento, não se pode afastar totalmente o caráter tributário do instrumento, sobretudo diante da atual conformação constitucional, que prevê o fundamento normativo para a instituição do ICMS Tributário em dispositivo constante do capítulo que trata do “Do Sistema Tributário Nacional”, na seção “Da Repartição das Receitas Tributárias”.

Não obstante as leis ambientais pátrias prevejam majoritariamente instrumentos de proteção ambiental de caráter repressivo, utilizados posteriormente à degradação ambiental, cada vez mais têm sido privilegiadas políticas tributárias e econômicas preventivas de proteção ao meio ambiente, que, inclusive, se mostram menos onerosas. Neste sentido:

Embora a legislação ambiental brasileira tenha um cunho marcadamente protetivo-repressivo, devem ser introduzidas cada vez mais técnicas de estímulo (facilitação ou atribuição de incentivos), privilegiando-se o controle ativo, que se preocupa em favorecer as ações vantajosas mais do que desfavorecer as ações nocivas ao meio ambiente. Os estímulos e incentivos tributários e econômicos em geral são anteriores ou concomitantes à degradação ambiental e, desse modo, são menos onerosos que corrigi-la posteriormente.[46]

Para Ricardo Lodi Ribeiro é aconselhável a adoção de medidas de extrafiscalidade tributária em relação a tributos já existentes. Segundo o autor, “é que, mais eficaz do que criar novos tributos para a tutela do meio ambiente, será promover o *esverdeamento* dos tributos já presentes em nosso sistema tributário, por meio da extrafiscalidade”[47].

É exatamente o caso do ICMS Ecológico, política ambiental de caráter preventivo, cuja instituição é fácil e pouco onerosa ao poder público. Decerto, não há a criação de novo imposto, que demande a alteração da máquina estatal para promover sua fiscalização e arrecadação, mas apenas a exigência de lei estadual, fixando este método de repartição das receitas de ICMS.

Pode-se dizer que o ICMS Ecológico representa a remuneração financeira dos municípios pela prestação de serviços ambientais, ou seja, é um “incentivo fiscal governamental”, por meio do qual alguns agentes são favorecidos por tomarem medidas de proteção ambiental[48].

Nesta medida, Maurício Andrés Ribeiro compreende este método de repartição de receitas tributárias como um corolário do **princípio do protetor-recebedor**, pelo qual aqueles que colaboram com a proteção do meio ambiente devem receber incentivos, inclusive econômicos[49].

Para este autor, o postulado do protetor-recebedor serve para alcançar justiça econômica, na medida em que é justo que haja remuneração econômica dos serviços ambientais prestados[50].

Em igual sentido, Túlio Rosenbuj ensina, que tal princípio é o exato inverso do princípio do poluidor-pagador:

Um corolário lógico e necessário do princípio do poluidor-pagador é seu exato inverso: todos os que criam, por sua conduta, específicas situações de conservação ambiental, beneficiando a todos, devem receber uma justa compensação, devendo-se reconhecer as externalidades positivas daqueles cujo comportamento ambiental reduz os gastos públicos e traz proveitos para toda a coletividade.[51]

Com efeito, a reversão do quadro global de degradação ambiental não poderá ser alcançada com a exclusiva utilização da lógica do poluidor-pagador, que se pauta na imposição de ônus aos poluidores e degradadores, como forma de desestímulo. Segundo Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, é preciso que

sejam utilizados também instrumentos tributários e econômicos, especialmente no âmbito da prevenção[52], a exemplo do ocorre com o ICMS Ecológico.

Nurit Bensusan e Analuce Freitas atribuem ao ICMS Ecológico duas funções. A primeira delas é a função compensatória, que “consiste em compensar os municípios que sofrem limitações no gerenciamento de seu território por causa da presença de unidades de conservação ou outras áreas com restrição de uso”. De outro lado, tais autores aponta a função incentivadora, consistente em “um incentivo aos municípios com vista tanto na ampliação das áreas de conservação e outros espaços relevantes para o ICMS Ecológico (...), quanto na manutenção de sua qualidade, quando há, incorporados ao ICMS Ecológico, critérios qualitativos” [53].

Assim, no que concerne à criação de instrumentos de incentivo à preservação ambiental, “a transferência, segundo critérios ecológicos, da parcela do ICMS pertencente aos municípios representa um verdadeiro *redimensionamento de valores (...)*”, e contribui com a melhoria da qualidade de vida da população, como alertam Fernando Facury Scaff e Lise Vieira da Costa Tupiassu [54].

No Brasil, o estado do Paraná foi inédito ao adotar a iniciativa de criar o ICMS Ecológico, em 1991, mediante a inclusão do art. 132, parágrafo único, de sua Constituição Estadual, cujo teor se expõe a seguir:

## CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ

### CAPÍTULO II

#### DA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS

Art.132- A repartição das receitas tributárias do Estado obedece ao que, a respeito, determina a Constituição Federal.

Parágrafo único- **O Estado assegurará, na forma da lei, aos municípios que tenham parte de seu território integrando unidades de conservação ambiental, ou que sejam diretamente influenciados por elas, ou àquelas**



**com mananciais de abastecimento público, tratamento especial quanto ao crédito da receita referida no art. 158 parágrafo único II da Constituição Federal.**

Ao lado disso, tal estado editou Lei Complementar nº 59/1992, dispondo sobre a repartição de parcela do ICMS dentre os municípios com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental.

A iniciativa paranaense teve efeito multiplicador e, até o ano de 2015, 17 (dezesesseis) estados brasileiros instituíram métodos de repartição das receitas de ICMS com base em critérios ecológicos – quais sejam, Acre, Amapá, Ceará, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo, Tocantins, Pará e também o Piauí, cuja lei instituidora será objeto de estudo neste trabalho<sup>[55]</sup>.

Ademais, vale lembrar que o ICMS Ecológico foi reconhecido por diversas entidades e organismos como um instrumento de incentivo à conservação ambiental, inclusive, internacionalmente.

O sítio virtual do ICMS Ecológico, criado por iniciativa da *The Nature Conservancy*, organização mundial de conservação ambiental, informa que:

Em 1995, foi considerado pela União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais – IUCN, uma das sete experiências exitosas, para a conservação da biodiversidade, na América Latina e no Caribe, pós Rio-92.

Em 1996, foi considerado pela Fundação Getúlio Vargas, uma das cem experiências mais importantes em administração pública no Brasil. Ainda no mesmo ano, foi considerada pelo Ministério do Meio Ambiente, uma das cem experiências exitosas em gestão ambiental para o desenvolvimento sustentável, na Rio + 5.

Um ano após, em 1997, ganhou o prêmio Henry Ford de Conservação Ambiental, na Categoria “Negócios em Conservação”, organizado pela Conservação Internacional do Brasil – CI, com apoio da Ford do Brasil Ltda.

Mais recentemente, em 2008, a edição de n.º 2.077 da revista *Veja* promoveu o encontro de diversas personalidades para discutir e propor ações para um Brasil melhor e, no rol de 40 prioridades totais, no tópico ambiental teve destaque o ICMS Ecológico como mecanismo de premiação às prefeituras pela preservação ambiental.<sup>[56]</sup>

A instituição do ICMS Ecológico se mostra, portanto, como uma opção conveniente ao cumprimento do dever do poder público de proteção do meio ambiente, à luz da Constituição de 1988.

## CAPÍTULO 3 - A LEGISLAÇÃO PIAUIENSE DO ICMS ECOLÓGICO

### 3.1. A LEI ESTADUAL Nº 5.813/2008.

#### 3.1.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O ICMS Ecológico, como método de repartição das receitas tributárias, foi inaugurado no Piauí com a **Lei Estadual nº 5.813, de 03 de dezembro de 2008**, cuja finalidade expressa é beneficiar os municípios piauienses que se destaquem na proteção do meio ambiente, com o recebimento de maior parcela das receitas arrecadadas a título de ICMS.

Sua edição fundamentou-se no art. 158, IV, da Constituição Federal – que prevê o direito dos municípios de incorporar ao seu patrimônio 25% das receitas de ICMS arrecadadas pelos respectivos estados federados e que ¼ desta parcela será distribuída com base em lei estadual, como já exposto – mas também encontrou amparo no art. 172, inciso II e §1º, da Constituição do Estado do Piauí, que reproduziu a mesma norma, *in verbis*:

Art. 172. Pertencem aos Municípios:

[...]

II - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

§ 1º As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso II, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizados em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser a lei estadual.

De início, vale mencionar que o artigo 3º da Lei Estadual nº 5.813/2008 previu que “dos 25% (vinte e cinco por cento) constitucionais, do produto de arrecadação do ICMS, bem como de seus acréscimos legais, 5% (cinco por cento) constituirá o ICMS Ecológico”. Assim, ficou fixada a exata parcela de ICMS pertencente aos municípios piauienses que seria repartida segundo critérios ambientais, na forma do art. 158, IV, da Constituição Federal de 1988.

Esta novidade legislativa foi acompanhada de uma necessária alteração da Lei Estadual nº 5.001/1998, outra lei piauiense que já dispunha sobre os mecanismos de distribuição das receitas de ICMS às prefeituras municipais piauienses, em conformidade com o mandamento do art. 158, da Constituição Federal. Nesse sentido, com a instituição do ICMS Ecológico, tal lei teve sua redação atualizada pela Lei Estadual nº 5.885, de 19 de agosto de 2009.

A lei de 2009 também passou a prever, em seu art. 3º, inciso V, que “até 5% (cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS será prêmio, a ser

distribuído aos municípios que se destacarem na proteção do meio ambiente, como disposto na Lei nº 5.813 (...).”

A distribuição deste percentual entre os municípios piauienses que cumpram os requisitos previsto na Lei Estadual nº 5.813/2008 se dá sem qualquer prejuízo das demais regras de distribuição da parcela de receitas de ICMS devidas aos municípios, tanto na Constituição Federal, como na legislação estadual. Neste sentido, a referida lei estadual não se furtou de prever a autonomia da repartição do ICMS Ecológico, “não ficando excluído o município, portanto, da repartição do ICMS na forma preconizada pelas Leis nº 4.257, de 06 de janeiro de 1989 e 5.001, de 14 de janeiro de 1998” [57].

Também é oportuno mencionar que, não obstante tenha previsto expressamente um prazo de 60 (sessenta) dias para ser regulamentada pelo Poder Executivo estadual, em seu art. 15, a lei piauiense instituidora do ICMS Ecológico (nº 5.813/2008) somente veio a sê-lo quatro anos depois de sua edição, com o **Decreto Estadual nº 14.861, de 15 de junho de 2012**.

Além do mais, a Secretaria Estadual do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos (SEMAR), órgão de gerenciamento dos recursos ambientais, passou a ser a responsável por seu fiel cumprimento da Lei nº 5.813/2008, bem como pelo seu controle, fiscalização e administração na esfera estadual, como é do art. 2º da enunciada legislação.

Tal órgão ficou também competente para prestar orientação técnica e educacional aos municípios piauienses que o solicitarem[58] e a para firmar convênios, com órgãos estaduais e municipais, almejando a consecução dos objetivos relacionados com o ICMS Ecológico, especialmente no treinamento dos municípios[59].

### **3.1.2. O SELO AMBIENTAL E OS REQUISITOS LEGAIS PARA SUA OBTENÇÃO.**

A base do benefício financeiro criado pela Lei Estadual nº 5.813/2008 é o **Selo Ambiental**, cuja obtenção pelos municípios garante como prêmio o recurso do ICMS Ecológico (art. 1º, *caput* e §1º).

Trata-se de um documento de certificação a ser conferido ao município conforme o nível de sua gestão de recursos naturais e meio ambiente e que, uma vez adquirido, lhe garante o recebimento de parcelas da receita tributária de ICMS (art. 1º, §§ 1º e 2º).

Os municípios piauienses que obtiverem o Selo Ambiental serão classificados em três categorias, diferenciadas pela lei como “A”, “B” e “C”, de acordo com o nível da gestão ambiental desenvolvida no âmbito de cada um deles e em conformidade com os padrões de desenvolvimento sustentável e conservação da biodiversidade e dos recursos naturais igualmente especificados na Lei nº 5.813/2008[60].

Para efetivar esta classificação, será observado o cumprimento de 9 (nove) providências ambientais e, assim, ficará classificado na categoria “A” o município que efetive pelo menos 6 (seis) delas, aproximando-se do nível de conservação considerado ideal pela lei; na categoria “B”, o que efetive pelo menos 4 (quatro) delas, caminhando para uma gestão ambiental adequada; e na categoria “C”, o que cumpra apenas 3 (três) das providências, dando os primeiros passos para a implantação de uma política ambiental adequada[61].

As providências apontadas na Lei nº 5.813/2008 como critérios de classificação dos municípios habilitados nas citadas categorias foram previstas nas alíneas de seu art. 1º, §2º, inciso I, nos seguintes termos:

Art. 1º [...]

§2º [...]

I - Categoria A: gestão ambiental de acordo com os padrões de desenvolvimento sustentável e conservação da biodiversidade e dos recursos naturais, aproximando-se do que seria ideal quanto ao abordado nas alíneas abaixo, com efetivas providências pra solução de, pelo menos, seis delas:

a) ações de gerenciamento de resíduos sólidos, inclusive lixo hospitalar – coleta, transporte, tratamento e

destinação dos resíduos sólidos – aterro sanitário, incineração, reciclagem e compostagem;

b) ações efetivas de educação ambiental, na zona urbana e rural, nas escolas e grupos da sociedade organizada;

c) redução do desmatamento, recuperação de áreas degradadas – reflorestamento;

d) redução do risco de queimadas, conservação do solo, da água e da biodiversidade;

e) proteção de mananciais de abastecimento público;

f) identificação de fontes de poluição atmosférica, sonora e visual, procurando minimizá-las;

g) edificações irregulares – inadequação às normas de uso e ocupação do solo;

h) disposições legais sobre unidades de conservação ambiental – comunidades indígenas, estações ecológicas, parques, reservas florestais, hortos florestais, áreas de relevante interesse de leis ou decretos federais, estaduais ou municipais, existentes no município;

i) elaboração de legislação sobre a política municipal de meio ambiente, obedecidas as peculiaridades locais, respeitadas a legislação federal e estadual sobre o assunto.

Ao lado disso, estes critérios/providências foram detalhados no art. 3º, §1º, do Decreto nº 14.861/2012, que apresentou o alcance e a dimensão das medidas ambientais nele compreendidas, em conformidade com o quadro apresentado seguir.

Critério	Dimensão
----------	----------

Critério	Dimensão
Gerenciamento de Resíduos Sólidos	Acondicionamento, coleta e transporte, disposição final, tratamento, limpeza pública, coleta e destino final de resíduos especiais e atividades de inclusão social de catadores.
Educação Ambiental	Incentivo à capacitação de Técnicos e Gestores Municipais para a participação em eventos de capacitação em áreas correlatas ao meio ambiente, promoção de capacitação de professores, desenvolvimento de atividades de educação ambiental voltadas às escolas e implantação de Projetos de Educação Ambiental.
Redução do Índice de Desmatamento – Recuperação de Áreas Degradadas	Resultados efetivos de redução do índice de desmatamento no município.
Redução do Risco de Queimadas, Conservação do Solo, da Água e da Biodiversidade	Organização de brigadas civis de combate a queimadas e incêndios florestais e práticas de educação ambiental, propostas ou plano, programas, ou projetos de gestão do uso da água, conservação do solo e/ou biodiversidade, bem como ações efetivas de mitigação de impactos sobre o solo, os recursos hídricos e/ou biodiversidade e recuperação de espécies.
Proteção de mananciais de Abastecimento Público	Conservação ou recomposição da vegetação das áreas de recarga de lençol, conservação ou replantio das matas ciliares ou nascentes situadas ao longo dos cursos de água, destinação adequada dos esgotos sanitários, efluentes e resíduos agroindustriais e monitoramento da qualidade da água distribuída e servida.
Identificação de fontes de poluição	Existência de instrumentos legais de controle e combate à poluição sonora

Critério	Dimensão
Edificações Irregulares	Instrumentos normativos acerca do uso e ocupação do solo e estrutura institucional de controle da aplicação da referida legislação.
Disposições legais sobre as Unidades de Conservação	Avaliação da existência e qualidade da conservação das unidades de conservação, segundo seus objetivos de manejo e os meios para alcançá-los.
Política Municipal de Meio Ambiente	Avaliação da performance do município na elaboração e condução de sua Política de Meio Ambiente, em função da qualidade do planejamento, da estruturação de ações, bem como da adoção, adequação e cumprimento da legislação ambiental, entre outros.

**Fonte:** Decreto nº 14.861/2012, do Estado do Piauí.

A Lei Estadual nº 5.813/2008 traz ainda duas importantes exigências aos municípios que pretendam participar da repartição dos recursos do ICMS Ecológico.

A primeira delas é a imposição que haja, ou que seja criado, um Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente, que terá, dentre outras atribuições, a elaboração de uma “política municipal de meio ambiente, obedecidas as peculiaridades locais, respeitadas a legislação federal e estadual sobre o assunto”, na forma do *caput*, do art. 5º, da citada lei estadual. A segunda exigência é a de que exista um plano diretor municipal e nele conste um “capítulo sobre a política e ações ambientais, com objetivos a serem perseguidos”, como dispõe o parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

Quanto a esta segunda exigência, a própria lei conceitua plano diretor, no inciso III, de seu art. 7º, como “instrumento de política urbana utilizado para planejar o desenvolvimento das cidades, a distribuição espacial da população e das atividades econômicas do município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente”.



Neste ponto, vale lembrar também que a Constituição Federal somente obriga a aprovação do plano diretor, como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, pelas câmaras legislativas municipais dos municípios com mais de vinte mil habitantes[62]. Contudo, pela lei estadual piauiense, mesmo o município piauiense que possua número inferior de habitantes também deverá elaborar um plano diretor, para que seja premiado com o ICMS Ecológico. E mais, neste plano deverá ser previsto um capítulo com as ações ambientais a serem realizados no âmbito da municipalidade.

Assim, por força dos arts. 1º, §2º, inciso I, alínea “i” e 5º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 5.813/2008, já citados acima, a participação do município na repartição das receitas de ICMS Ecológico dependerá, dentre outras coisas, de atuação das câmaras legislativas municipais, na positivação das políticas ambientais do município, em legislações que tomem por base as peculiaridades locais e obedeçam as leis federais e estaduais sobre o tema.

### **3.1.3. AS ETAPAS PROCEDIMENTAIS PARA OBTENÇÃO DO SELO AMBIENTAL.**

Como regulamentado no art. 7º do Decreto nº 14.861/2012, no Piauí, a distribuição das receitas de ICMS Ecológico aos municípios que cumpram todos requisitos previsto na aludida lei estadual não se dá automaticamente, mas decorre do cumprimento de 3 fases: a primeira, de postulação e habilitação dos municípios interessados; a segunda, de análise e auditoria; e a terceira, de julgamento e divulgação dos resultados.

A postulação e habilitação dos municípios piauienses se dará na forma do art. 4º da Lei Estadual nº 5.813/2008, por meio de questionário de avaliação, elaborado anualmente pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONSEMA), abordando questões relacionadas ao cumprimento das providências ambientais previstas nas alíneas “a” a “i”, do inciso I, do §2º, do art. 1º, de tal lei [63], e tendo por base a Tabela de Avaliação que constitui anexo único do Decreto nº 14.861/2012.

Até o último dia de fevereiro, este questionário será publicado acompanhado com Edital de habilitação próprio, em que serão definidos os prazos

para o cumprimento de todas as etapas do procedimento de obtenção do Selo Ambiental pelos Municípios.

Ademais, por iniciativa das prefeituras municipais interessadas, este questionário deverá ser respondido, assinado pelo gestor municipal e encaminhado à SEMAR, instruído com a documentação comprobatória exigida, dentro do prazo previsto no edital de habilitação. Estas regras procedimentais estão previstas nos arts. 9º e 10, *caput*, do Decreto nº 14.861/2012.

Uma vez entregues à SEMAR o questionário respondido e a documentação comprobatória, opera-se o fim da primeira etapa procedimental mencionada anteriormente e o início da fase de análise e auditoria, da qual só participarão os municípios que postularam sua habilitação oportunamente, em conformidade com o art. 11, do Decreto nº 14.861/2012.

Por este mesmo dispositivo legal, caberá a uma Comissão de Avaliação de Desempenho Ambiental a realização dos trâmites para a concessão do Selo Ambiental. O principal deles é a análise do cumprimento dos os requisitos previstos na Lei Estadual nº 5.813/2008 pelos municípios que postularam o recebimento do ICMS Ecológico.

De regra, esta análise será “qualitativa” e realizada com base na aferição do atendimento aos critérios previstos na Tabela de Avaliação que constitui anexo único do Decreto nº 14.861/2012, que prevê tanto a pontuação relacionada a cada item, como os limites mínimos a serem atingidos. Entretanto, por expressa ressalva do art. 12 deste decreto<sup>[64]</sup>, excepcionalmente, tal análise poderá levar consideração critérios quantitativos.

Feito isto, a SEMAR dará início à fase de julgamento, com enquadramento dos municípios postulantes que cumpram as exigências legais em umas das categorias (“A”, “B” ou “C”), previstas no art. 1º, §2º, da Lei Estadual nº 5.913/2008, e posteriormente publicará o resultado no Diário Oficial do Estado, nos prazos estabelecidos previamente nos editais de habilitação, em conformidade com o art. 13, do Decreto nº 14.861/2012.

O município interessado poderá apresentar pedido de reavaliação de sua pontuação, no prazo de 10 (dez) dias contados da publicação do resultado,

mediante ofício fundamentado e dirigido à SEMAR, não sendo permitida, contudo, a instrução do pedido com novos documentos não apresentados durante a fase de habilitação[65].

Encerra-se a última fase procedimental de concessão do Selo Ambiental, com a publicação da avaliação definitiva pela SEMAR, no prazo fixado no edital de habilitação e respeitado o limite do último dia útil do mês de agosto de cada ano. Esta publicação resultará na atribuição, ou não, do Selo Ambiental aos municípios postulantes, nas categorias “A”, “B” ou “C”, dependendo do seu desempenho no trato das questões e dos recursos naturais, em conformidade com o §2º, do art. 4º, da Lei Estadual nº 5.813/2008 e art. 16 do Decreto nº 14.861/2012.

É preciso mencionar, por fim, que, mesmo após a concessão do Selo Ambiental a determinado município, a SEMAR fica autorizada a realizar vistorias *in loco*, no decorrer do ano, a fim de verificar o cumprimento dos requisitos legais e a autenticidade das informações prestadas pelo município e que fundamentaram a obtenção da certificação ambiental, na forma do art. 18, do Decreto nº 14.861/2012.

### 3.2. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI ESTADUAL Nº 6.581/2014.

Recentemente, em 23 de setembro de 2014, foi editada a Lei Estadual nº 6.581, que promoveu alterações na redação dos arts. 1º, 3º e 6º da Lei Estadual nº 5.813/2008. Antes de expor estas alterações de maneira individualizada, é oportuno tecer alguns outros comentários sobre a antiga redação da Lei nº 5.813/2008.

Em sua redação inicial, a lei piauiense do ICMS Ecológico previu regra de transição no que se refere à distribuição do percentual das receitas do imposto a serem distribuídas aos municípios com base nos critérios ambientais nela previstos.

Como já mencionado, em seu art. 3º, esta lei estipulou que “dos 25% (vinte e cinco por cento) constitucionais, do produto da arrecadação do ICMS,

bem como de seus acréscimos legais, 5% (cinco por cento) constituirá o ICMS Ecológico”. Entretanto, neste mesmo dispositivo, dispôs que nos primeiros anos de sua vigência não seria distribuído a integralidade deste percentual, mas, ao contrário, a repartição ira obedecer a índices progressivos, nos seguintes termos:

Art. 3º Dos 25% (vinte e cinco por cento) constitucionais, do produto da arrecadação do ICMS, bem como de seus acréscimos legais, 5% (cinco por cento) constituirá o ICMS Ecológico e deverá ser repartido, entre os municípios que satisfizerem as condições do art. 1º desta Lei, mediante aplicação progressiva de índice percentual – 1,5% (um e meio por cento) no primeiro ano, 3,0% (três por cento) no segundo ano e finalmente 5,0% (cinco por cento) no terceiro ano de distribuição do ICMS Ecológico, como dispõe esta Lei e o seu regulamento.

Do exposto, só no terceiro ano de vigência da lei estadual haveria o exaurimento da citada regra de transição, o encerramento da progressividade e passariam a ser distribuído integralmente o percentual de 5% dos 25% de receitas de ICMS pertencentes aos municípios que fizessem jus ao ICMS Ecológico.

Pelo art. 3º, §3º, da Lei nº 5.813/2008, neste terceiro ano, a referida parcela seria repartida da seguinte maneira: 2% (dois por cento) entre os municípios da categoria “A”; 1,65% (um vírgula sessenta e cinco por cento) entre os municípios da categoria “B”; e os 1,35% (um vírgula trinta e cinco por cento) restantes entre os municípios da categoria “C” [\[66\]](#).

Ocorre que, não obstante tenha feito esta previsão, a Lei nº 5.813/2008 silenciou quanto à regulação de importante questão relacionada à distribuição deste percentual, qual seja: a possibilidade, ou não, de que um mesmo município seja enquadrado em mais de uma das categorias (“A”, “B” e “C”) do ICMS Ecológico.

Esta omissão foi um dos principais pontos que o legislador estadual procurou sanar com a edição da Lei Estadual nº 6.581/2014.

Ora, a dúvida acerca da possibilidade ou não de enquadrar um município em mais de uma das categorias previstas no art. 1º, §2º, da Lei nº 5.813/2008, levava a duas possíveis conclusões.

A primeira de caráter excludente, em que os municípios só poderiam atender a uma das categorias. Por exemplo, caso um município comprovasse atender a 7 critérios ambientais previstos no art. 1º, §2º, I, da Lei nº 5.813/2008, ele seria enquadrado exclusivamente na categoria “A” e ficaria automaticamente excluído da repartição das categorias “B” e “C”.

E a segunda de caráter inclusivo, a permitir que um município poderão atender simultaneamente a mais de uma categoria do Selo Ambiental. Neste sentido, o mesmo município do exemplo anterior, que cumpre 7 dos critérios legais, poderá participar a um só tempo da repartição das recursos destinados às categorias “A”, “B” e “C”, nos percentuais definidos na lei.

Vale mencionar que, antes mesmo da alteração legislativa promovida em 2014, Janilson Rodrigues Alves, Leandro Fernandes da Silva e Leonardo Santana Pereira já alertavam para as dificuldades da adoção da concepção excludente acima mencionada, pois, caso houvesse um grande número de municípios cadastrados na categoria “A”, haveria o risco de que estes recebessem individualmente valores menores do que os outros municípios enquadrados nas demais categorias, mesmo possuindo melhores níveis de conservação ambiental.

Neste sentido, os referidos autores afirmam que:

“o caráter excludente poderia gerar problemas, como por exemplo, o desestímulo para se alcançar categorias mais elevadas, do selo ambiental, pois existiria a possibilidade de receber um valor inferior ao da categoria na qual está inserido, mesmo com o repasse total da categoria sendo superior às inferiores.”[\[67\]](#)

Assim, para evitar a ocorrência desta distorção, que se mostra contrária a própria finalidade da lei do ICMS Ecológico de premiar com maiores recursos financeiros os municípios que mais se aproximem dos padrões ideais de desenvolvimento sustentável e conservação da biodiversidade e dos recursos

naturais (na forma de seu art. 1º), a Lei Estadual nº 6.581/2014 passou a prever expressamente que o município enquadrado em uma categoria superior também participaria da repartição das receitas das categorias inferiores.

Neste sentido, com a referida modificação, o art. 3º da Lei nº 5.813/2008 teve a redação de seu inciso I, do parágrafo 3º, alterada e, além disso, nele foi incluído o §4º, *in verbis*:

Lei Estadual nº 6.581/2014:

Art. 2º. O art. 3º, da Lei nº 5.813, de 2008, passa a vigorar com alterações nas alíneas do inciso I, do §3º, e com acréscimo do §4º, com a seguinte redação:

“§3º .....

a) 2,00 % (dois por cento) para a categoria A;

b) 1,65% (um vírgula sessenta e cinco por cento) para as categorias A e B; e

c) 1,35% (um vírgula trinta e cinco por cento) para as categorias A, B e C.”

“§4º Na hipótese do §3º, a proporcionalidade dos municípios para cada um dos critérios definidos nos incisos e alíneas ali estabelecidos, será aferida na proporção direta da quantidade de ações, enumeradas nas alíneas do inc. I, do §2º, do art. 1º, que tenham adotado em seus territórios, em relação ao total do Estado, representado pela soma das quantidades de ações adotadas por todos os municípios em conjunto”.

A lei estadual de 2014 também promoveu alterações no tocante à destinação dos recursos financeiros destinados às categorias em que não fossem enquadrados nenhum município. Pela redação originária do art. 6º da Lei nº 5.813/2008, estes recursos deveriam retornar ao montante de recursos do ICMS a

serem distribuídos aos municípios, com base nos outros critérios previstos nas Leis Estaduais nº 4.257/89 e nº 5.001/98[68].

Com a modificação realizada pela Lei nº 6.581/2014, o referido dispositivo passou a prever a destinação dos recursos do ICMS Ecológico, em três hipóteses distintas: a) se nenhum município se classificar para crédito do ICMS Ecológico; b) se um ou mais município se classificarem para o crédito do ICMS Ecológico e houverem duas categorias sem município classificado; e c) se um ou mais município se classificarem para o crédito do ICMS Ecológico e houver apenas uma categoria sem município classificado.

Vale mencionar a solução legislativa dada a cada uma destas hipóteses, com a exposição da nova redação do art. 6º da Lei nº 5.813/2008:

Lei Estadual nº 6.581/2014:

Art. 3º. O art. 6º, da Lei nº 5.813, de 2008, passa a vigorar com a alteração do *caput* e acrescido do parágrafo único e incisos I e II, com a seguinte redação:

“Art. 6º Se nenhum município se classificar para crédito do ICMS Ecológico, o recurso total do ICMS Ecológico será redistribuído entre os critérios de crédito de ICMS a ser repartido entre os municípios definidos nos incisos III e IV, do art. 3º, da Lei nº 5.001, de 14 de janeiro de 1998, proporcionalmente à participação de cada um deles.”

“Parágrafo único. Se um ou mais município se classificar para o crédito do ICMS Ecológico e havendo um ou mais categorias sem município classificado, observar-se-á o seguinte:

I - Se houverem duas categorias sem município classificado, os recursos do ICMS Ecológico dessas categorias serão somados aos da categoria que tenha município classificado; e

II – Se houver apenas uma categoria sem município classificado, os recursos do ICMS Ecológico desta categoria serão redistribuídos entre as demais categorias, proporcionalmente à participação de cada uma delas no recurso total do ICMS Ecológico”

Por fim, interessa pontuar que a Lei nº 6.581/2014 também cuidou de atribuir três objetivos fundamentais ao ICMS Ecológico, que são a “promoção da defesa da cobertura vegetal”, a “preservação da água” e a “promoção do tratamento adequado do lixo”, como passou a dispor o §1º-A, incluído no art. 1º, da antiga lei do ICMS Ecológico.

### 3.3. AS DIFICULDADES PRÁTICAS NA APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 5.813/2008.

Muito embora date de 03 de dezembro de 2008, até os dias atuais a lei do ICMS Ecológico piauiense (nº 5.813) tem enfrentado dificuldades relacionadas a sua aplicação, sobretudo de ordem administrativa e política.

Mesmo com a existência da legislação própria instituindo tal método de repartição de receitas de ICMS aos municípios piauienses, até o ano de 2014 o estado do Piauí ainda não havia distribuído o ICMS Ecológico.

As dificuldades enfrentadas podem ser ilustradas, por exemplo, pela demora do poder executivo estadual em regulamentar a Lei nº 5.813/2008, por decreto, o que só veio a ocorrer em 2012, em desobediência ao próprio art. 15 desta lei, que previa um prazo de 60 (sessenta) dias para que isto fosse feito.

Ademais, o primeiro edital de habilitação e postulação de municípios, para fins de recebimento do ICMS ecológico, e o primeiro questionário de avaliação, para enquadramento no Selo Ambiental, só vieram a ser publicados no Diário Oficial nº 43, de 06 de março de 2014. É dizer, não obstante a aludida lei estadual previsse que deviam ser lançados anualmente, a partir de sua edição [69], estes só vieram a ser publicados pela primeira vez mais de 5 (cinco) anos depois.



Acrescenta-se a isso o fato de que dos 244 municípios piauienses, apenas o de Teresina se postulou oportunamente o recebimento do benefício financeiro, obteve a certificação do Selo Ambiental e foi enquadrado na categoria “A” do art. 1º, §2º, I, da Lei Estadual nº 5.813/2008, ficando habilitado para receber a repartição relativa ao exercício de 2015[70].

Mais recentemente, a constitucionalidade da Lei nº 5.813/2008 (com as alterações promovidas pela Lei Estadual nº 6.581/2014) foi questionada judicialmente, por meio da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2015.0001.000254-1, proposta pelo Prefeito do município de Parnaíba-PI e que tramita no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, sob a relatoria do Des. Hilo de Almeida Sousa. Na petição inicial dessa ação, há pedido cautelar de suspensão dos efeitos das Leis Estaduais nº 5.813/2008 e nº 6.581/2014, ainda não apreciado pelo relator[71].

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo qualificar o ICMS Ecológico como instrumento de tributação ambiental adequado para o incentivo dos municípios brasileiros à adoção de práticas de proteção ambiental, cuja adoção pelos estados federados é conveniente à luz da atual conformação constitucional. Ao lado disso, também teve como propósito descrever os contornos jurídicos dados a este instrumento, no estado do Piauí, pela Lei Estadual nº 5.813/2008 (posteriormente alterada pela Lei Estadual nº 6.581/2014).

Para isso, na primeira parte do trabalho, foi demonstrada a extrafiscalidade tributária como método de utilidade regulatória cuja utilização pode ser feita com para efetivar o dever constitucional do poder público de proteção ambiental, inclusive, a partir do estímulo à adoção de políticas e práticas ecológicas pelos municípios, mediante incentivo financeiro de recebimento de receitas de ICMS Ecológico. Em segundo lugar, foram descritos os parâmetros jurídicos sob os quais o ICMS Ecológico foi implantado no estado do Piauí,

Conclui-se que este método de repartição de parte das receitas de ICMS, pertencentes aos municípios, com base em critérios ambientais, coaduna-se com a determinação constitucional de que o poder público atue na defesa e na

proteção do meio ambiente, para as presentes e futuras gerações, na forma do art. 225, da CF/88.

Entretanto, no caso piauiense, não é possível dizer que sua adoção tenha contribuído para melhoria dos níveis de conservação ambiental no estado, sobretudo porque, mesmo com a edição da Lei Estadual nº 5.813, em 2008, que instituiu o ICMS Ecológico no Piauí, esta este método não chegou a ser efetivamente aplicado e não houve distribuição das receitas tributárias nela previstas até a presente data.

Ora, a implementação legislativa do instituto do ICMS Ecológico não é suficiente para alcançar a finalidade de desenvolvimento ambiental a que ele se destina. Ao contrário, é preciso que os instrumentos idealizados e positivados pelo legislador sejam efetivamente adotados pelo poder público competente, o que invariavelmente depende de vontade política.

No Piauí, a morosidade do poder público em cumprir os desígnios da lei estadual do ICMS Ecológico, com a operacionalização das fases procedimentais nela previstas oportunamente, e, sobretudo, em esclarecer os gestores municipais sobre os benefícios da habilitação para aquisição do Selo Ambiental tem se mostrado como principal obstáculo ao alcance de resultados ambientais positivos em decorrência desta lei, como os que já têm ocorrido em outros estados da federação que adotaram este método ecológico de repartição de receitas tributárias.

Permanece, portanto, este desafio de superar a resistência política até então evidenciada e promover o efetivo cumprimento da Lei Estadual nº 5.813/2008 e do Decreto nº 14.861/2012, especialmente com a conscientização dos prefeitos municipais acerca do ICMS Ecológico e o incentivo à melhoria dos níveis de qualidade ambiental dos municípios piauienses, para que estes possam participar do recebimento desta receita tributária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 7ª ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

ALVES, Janilson Rodrigues. SILVA, Leandro Fernandes da. PEREIRA, Leonardo Santana. **ICMS Ecológico: a geração de recursos financeiros para os municípios do estado do Piauí.** In: Revista do Tribunal de Contas do Estado do Piauí – volume 17, n. 1 – Teresina: TCE-PI, 2013.

AMARAL, Gilberto Luís do. OLENIKE, João Eloi. AMARAL, Letícia Mary Fernandes do. YAZBEK, Cristiano Lisboa. (Coord.). **Impostômetro: R\$ 1 trilhão: em arrecadação de impostos, taxas e contribuições.** Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT). 2015. Disponível em <http://libra.ibpt.org.br/campanha-impostometro-trilhao/docs/estudo-impostometro-trilhao.pdf>

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças.** Rio de Janeiro. Forense, 2004.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A função tributária: por uma efetiva função social do tributo.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n.169, jan/mar, 2006.

BECHARA, Carlos Henrique Trajan Bechara. CARVALHO, João Rafael L. Gândara de. VILLAS-BÔAS, Guilherme. **A sustentabilidade e o sistema tributário: as sete virtudes e os sete pecados.** In: CARLI, Ana Alice De. COSTA, Leonardo de Andrade. RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). **Tributação e sustentabilidade ambiental.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

BENSUSAN, Nurit e FREITAS, Analuce. **ICMS Ecológico: um incentivo fiscal para a conservação da biodiversidade. [Organizado por NURIT BENSUSAN]. Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade: como, para que e por quê.** 2ª edição. São Paulo, Pierópolis; Brasília, Distrito Federal: Editora Universidade de Brasília, 2008.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23-03-1964.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 15 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 20-10-1966.

CARDOSO, Alessandro Mendes. **O dever fundamental de recolher tributos no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 21ª ed. Saraiva, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário**. 6ª ed. Rio de Janeiro/RJ. Forense. 1994.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7ª ed. São Paulo. Malheiros. 2002.

LIMA, Edcarlos Alves. **A Regra-Matriz de Incidência Tributária do Imposto Sobre Produtos Industrializados**. RET nº 84/94-112, mar-abr/2012.

LUKIC, Melina Rocha. **Instrumentos tributários para a sustentabilidade: uma análise comparativa da destinação do ICMS pelos estados segundo critérios ambientais**. In: CARLI, Ana Alice De. COSTA, Leonardo de Andrade. RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). **Tributação e sustentabilidade ambiental**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. São Paulo: Noeses, 2012.

MENDES, Leonardo Costa Andrade. **A extrafiscalidade na tributação ambiental no Brasil**. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade

Vale do Itajaí – UNIVALI. 2008. p. 144. Disponível em [www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp097207.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp097207.pdf) Acesso em 29 nov.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente; a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário.** 7ª ed. rev., atual. E reform. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NALINI, José Renato. Poder Judiciário. In: . TRIGUEIRO, André (coord). **Meio Ambiente no século 21. 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento.** Rio de Janeiro. Sextante. 2003.

OLIVEIRA, José Joaquim Gomes. **Direito tributário e meio ambiente.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência.** 16ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2014.

PAULSEN, Leandro. MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais.** 5ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2010.

PERALTA, Carlos E.. **Reforma fiscal verde e desenvolvimento sustentável: tributação ambiental no Brasil.** In: CARLI, Ana Alice De. COSTA, Leonardo de Andrade. RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). **Tributação e sustentabilidade ambiental.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

PIAUÍ. Lei nº 5.813, de 03 de dezembro de 2008. Diário Oficial do Estado do Piauí nº 232, Poder Legislativo, Teresina, PI, 03-12-2008.

PIAUÍ. Lei nº 6.581, de 23 de setembro de 2014. Diário Oficial do Estado do Piauí nº 181, Poder Legislativo, Teresina, PI, 23-09-2014.

RIBEIRO, MAURÍCIO ANDRÉS. **O Princípio Protetor Receptor para preservar um bem natural.** Revista Eco 21. Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: <http://www.eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=495>. Acesso em 10 de maio de 2015.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A extrafiscalidade ambiental no ICMS.** In: CARLI, Ana Alice De. COSTA, Leonardo de Andrade. RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). **Tributação e sustentabilidade ambiental.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015. p.55

ROSENBUJ, Tulio. Los tributos y la protección del medio ambiente. Madrid: Marcial Pons, 1995. *Apud* TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **A Tributação como instrumento de concretização do direito ao meio ambiente: o caso do ICMS ecológico.** 8º Congresso Internacional de Direito Ambiental. Teses / Independent Papers. 2004.

SCAFF, Fernando Facury e TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação e Políticas Públicas: O ICMS Ecológico.** In: TÔRRES, Helano Taveira (Org.) **Direito Tributário Ambiental.** São Paulo, Malheiros Editores Ltda. 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica.** Forense, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica.** Forense, 2005.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva.** Malheiros, 2002.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **A Efetividade e a Eficiência Ambiental dos Instrumentos Econômico-Financeiros e Tributários. Ênfase da Prevenção. A Utilização Econômica dos Bens Ambientais e suas Implicações.** In: TÔRRES, Helano Taveira (Org.) **Direito Tributário Ambiental.** São Paulo, Malheiros Editores Ltda. 2005.

ZEOLA, Senize Freire Chacha. **ICMS – instrumento de proteção e conservação do meio ambiente.** Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 30, p. 179-197, abr./jun. 2003, p. 180. Segundo a autora, o espaço aberto pelo art. 158, IV, da CF/88 é um modo de “ampliar as características extrafiscais do ICMS”.

NOTAS:

[1] BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro. Forense, 2004. p. 04.

[2] PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 16ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2014. p. 14.

[3] MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 24.

[4] PAULSEN, Leandro. *Ob. cit.*, p. 735.

[5] MACHADO, Hugo de Brito. *Ob.cit.* p. 56-62.

[6] Art. 9º, Lei nº 4.320/64: “Tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito publico, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades”.

[7] Neste sentido: RE 138284, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1992, DJ 28-08-1992, e RE 146733, Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1992, DJ 06-11-1992.

[8] CARDOSO, Alessandro Mendes. **O dever fundamental de recolher tributos no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014. p. 195.

[9] PAULSEN, Leandro. *Ob. cit.*, p. 13.

[10] TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. Malheiros, 2002. p. 13.

[11] PAULSEN, Leandro. *Ob. cit.*, p. 12.

[12] LIMA, Edcarlos Alves. **A Regra-Matriz de Incidência Tributária do Imposto Sobre Produtos Industrializados**. RET nº 84/94-112, mar-abr/2012.

[13] MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 36/37.

[14] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Forense, 2005. p. 33.

[15] SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às agências reguladoras.** In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23.

[16] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 7ª ed. São Paulo. Malheiros. 2002. p. 174/178.

[17] BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A função tributária: por uma efetiva função social do tributo.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n.169, jan/mar, 2006.

[18] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 21ª ed. Saraiva, 2009, p. 256.

[19] STF - ADI 1276, Relatora: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/2002, DJ 29-11-2002.

[20] STF - ADI 2301 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2003, DJ 21-11-2003.

[21] CARDOSO, Alessandro Mendes. *Ob. Cit.* p. 194.

[22] MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente; a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário.** 7ª ed. rev., atual. E reform. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 184.

[23] STF - ADI 3540 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006.

[24] Cf. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

[25] BECHARA, Carlos Henrique Trajan Bechara. CARVALHO, João Rafael L. Gândara de. VILLAS-BÔAS, Guilherme. **A sustentabilidade e o sistema tributário: as sete virtudes e os sete pecados.** In: CARLI, Ana Alice De. COSTA, Leonardo de Andrade.



RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). **Tributação e sustentabilidade ambiental**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015. p.151

[26] Mais detalhes disponíveis no site da ONU na internet em: <<http://sustainabledevelopment.un.org>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

[27] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[28] BECHARA, Carlos Henrique Trajan Bechara. CARVALHO, João Rafael L. Gândara de. VILLAS-BÔAS, Guilherme. *Ob. Cit.* p.151.

[29] ÉDIS, Milaré. *Ob. cit.* p. 190.

[30] NALINI, José Renato. Poder Judiciário. In: . TRIGUEIRO, André (coord). **Meio Ambiente no século 21. 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento**. Rio de Janeiro. Sextante. 2003. p. 367.

[31] YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **A Efetividade e a Eficiência Ambiental dos Instrumentos Econômico-Financeiros e Tributários. Ênfase da Prevenção. A Utilização Econômica dos Bens Ambientais e suas Implicações**. In: TÔRRES, Helano Taveira (Org.) **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo, Malheiros Editores Ltda. 2005. p. 560.

[32] OLIVEIRA, José Joaquim Gomes. **Direito tributário e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p.11.

[33] PERALTA, Carlos E.. **Reforma fiscal verde e desenvolvimento sustentável: tributação ambiental no Brasil**. In: CARLI, Ana Alice De. COSTA, Leonardo de Andrade. RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). **Tributação e sustentabilidade ambiental**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015. p.122

[34] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 7ª ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 22.

[35] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 11ª ed., p. 367.

[36] COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário**. 6ª ed. Rio de Janeiro/RJ. Forense. 1994. p. 220-224

[37] ALEXANDRE, Ricardo. *Ob. cit.* p. 579.

[38] PAULSEN, Leandro. MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 5ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2010. p. 267/268.

[39] AMARAL, Gilberto Luís do. OLENIKE, João Eloi. AMARAL, Letícia Mary Fernandes do. YAZBEK, Cristiano Lisboa. (Coord.). **Impostômetro: R\$ 1 trilhão: em arrecadação de impostos, taxas e contribuições**. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT). 2015. Disponível em <http://libra.ibpt.org.br/campanha-impostometro-trilhao/docs/estudo-impostometro-trilhao.pdf>.

[40] RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A extrafiscalidade ambiental no ICMS**. In: CARLI, Ana Alice De. COSTA, Leonardo de Andrade. RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). **Tributação e sustentabilidade ambiental**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015. p.55

[41] ALEXANDRE, Ricardo. *Ob.Cit.* p. 638.

[42] ZEOLA, Senize Freire Chacha. **ICMS – instrumento de proteção e conservação do meio ambiente**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 30, p. 179-197, abr./jun. 2003, p. 180. Segundo a autora, o espaço aberto pelo art. 158, IV, da CF/88 é um modo de “ampliar as características extrafiscais do ICMS”.

[43] LUKIC, Melina Rocha. **Instrumentos tributários para a sustentabilidade: uma análise comparativa da destinação do ICMS pelos estados segundo critérios ambientais**. In: CARLI, Ana Alice De. COSTA, Leonardo de Andrade. RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). **Tributação e sustentabilidade ambiental**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015. p. 177/178.

[44] PERALTA, Carlos E.. *Ob. Cit.* p.126.

[45] MENDES, Leonardo Costa Andrade. **A extrafiscalidade na tributação ambiental no Brasil**. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Vale do Itajaí – UNIVALI. 2008. p. 144. Disponível em [www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp097207.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp097207.pdf) Acesso em 29 nov. 2015.

[46] YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Ob. cit.* p. 560.

[47] RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Ob. cit.* p.49.

[48] MENDES, Leonardo Costa Andrade. *Ob. cit.* p. 158.

[49] RIBEIRO, MAURÍCIO ANDRÉS. **O Princípio Protetor Recebedor para preservar um bem natural**. Revista Eco 21. Rio de Janeiro, 1998. Disponível em:

<<http://www.eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=495>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

[50] RIBEIRO, Maurício Andrés. *Ob. cit.*

[51] ROSENBUJ, Tulio. Los tributos y la protección del medio ambiente. Madrid: Marcial Pons, 1995. *Apud* TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **A Tributação como instrumento de concretização do direito ao meio ambiente: o caso do ICMS ecológico**. 8º Congresso Internacional de Direito Ambiental. Teses / Independent Papers. 2004. p. 503.

[52] YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Ob. cit.* p. 560.

[53] BENSUSAN, Nurit e FREITAS, Analuce. **ICMS Ecológico: um incentivo fiscal para a conservação da biodiversidade. [Organizado por NURIT BENSUSAN]. Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade: como, para que e por quê**. 2ª edição. São Paulo, Pierópolis; Brasília, Distrito Federal: Editora Universidade de Brasília, 2008. pp. 153-154.

[54] SCAFF, Fernando Facury e TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação e Políticas Públicas: O ICMS Ecológico**. *In*: TÔRRES, Helano Taveira (Org.) **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo, Malheiros Editores Ltda. 2005. p. 740.

[55] LUKIC, Melina Rocha. *Ob. cit.* p. 177.

[56] [http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com\\_content&view=article&id=52&Itemid=82](http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=52&Itemid=82). Acessado em 10/11/2015.

[57] Art. 1º [...] § 1º O recurso do ICMS Ecológico é prêmio ao município que conquistar o Selo Ambiental, não ficando excluído, o município, portanto, da repartição do ICMS na forma preconizada pelas Leis nº 4.257, de 06 de janeiro de 1989 e 5.001, de 14 de janeiro de 1998.

[58] Art. 8º O município poderá solicitar apoio de orientação técnica e educacional junto a Secretaria Estadual do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos – SEMAR, nos termos da Lei nº 4.854, de 10 de julho de 1996.

[59] Art. 12 A Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – SEMAR fica autorizada a firmar convênios com órgãos estaduais e municipais, visando a consecução, dos objetivos da presente Lei, principalmente treinamento aos munícipes, se julgado necessário

[\[60\]](#) Art. 1º Fica instituído o ICMS ecológico para contemplar os municípios que se destacarem na proteção ao meio ambiente e recursos naturais nos termos desta Lei e de seu regulamento. [...]

§ 2º Para viabilizar o benefício, fica instituído o Selo Ambiental que é um documento de certificação ambiental e se apresenta em três categorias: Categoria A, Categoria B e Categoria C que será conferido ao município conforme o nível de sua gestão dos recursos naturais e meio ambiente.

[\[61\]](#) Art. 1º: §2º [...]

I - Categoria A: gestão ambiental de acordo com os padrões de desenvolvimento sustentável e conservação da biodiversidade e dos recursos naturais, aproximando-se do que seria ideal quanto ao abordado nas alíneas abaixo, com efetivas providências pra solução de, pelo menos, seis delas: [...]

II - Categoria B: em relação ao grupo da Categoria A, o município está caminhando para uma gestão ambiental adequada, já tendo regulamentado e estando em funcionamento, pelo menos quatro das providências das alíneas do inciso I, § 2º deste artigo, mas ainda existem problemas a serem solucionados;

III - Categoria C: o município está dando os primeiros passos para implantar uma política ambiental adequada, que garanta seu desenvolvimento sustentável, com apenas três das providências das alíneas do inciso I, § 2º deste artigo, já mereceram atenção municipal.

[\[62\]](#) Cf. Art. 182. [...] § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

[\[63\]](#) Art. 4º Anualmente, a partir da entrada em vigor desta Lei, a SEMAR elaborará questionário a ser aprovado pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA, abordando questões relacionadas com as alíneas “a” a “i” do inciso I, § 2º, art 1º, que será submetido e respondido pela administração do município, sobre as efetivas providências e resultados obtidos na proteção ao meio ambiente e recursos naturais.

[\[64\]](#) Art. 12 - A análise das informações será qualitativa, através das respostas do Questionário de Avaliação e respectivos documentos comprobatórios apresentados, podendo, ainda, levar em consideração critérios quantitativos.

Parágrafo único – O cálculo para aferição de atendimento aos critérios se dará com base na Tabela de Avaliação, que contém a pontuação relacionada a cada item e os limites mínimos a serem atingidos.

[65] Art. 14 - A partir da publicação referida no art. 15, o responsável pelas informações do município terá até 10 (dez) dias úteis para solicitar reavaliação de sua pontuação, mediante ofício fundamentado dirigido à Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos.

Parágrafo único - Os argumentos usados pelo interessado deverão estar baseados na documentação enviada até o último dia útil do mês de maio precedente, não sendo aceita, em qualquer hipótese, a remessa de novos documentos nem a mudança das informações prestadas originalmente.

[66] Art. 3º [...] § 3º No terceiro ano consecutivo de distribuição do benefício encerra-se a progressividade, estabelecendo-se em definitivo os índices percentuais do ICMS Ecológico, segundo a avaliação da SEMAR conquistada pelo município:

I - Para os municípios distinguidos com o Selo Ambiental:

- a) Categoria A: 2,00% (dois por cento);
- b) Categoria B: 1,65% (um vírgula sessenta e cinco por cento);
- c) Categoria C: 1,35% (um vírgula trinta e cinco por cento)

[67] ALVES, Janilson Rodrigues. SILVA, Leandro Fernandes da. PEREIRA, Leonardo Santana. **ICMS Ecológico: a geração de recursos financeiros para os municípios do estado do Piauí.** In: Revista do Tribunal de Contas do Estado do Piauí – volume 17, n. 1 – Teresina: TCE-PI, 2013. p.42

[68] Art. 6º Se nenhum município classificar-se em determinada categoria, o recurso do ICMS Ecológico daquela categoria retornará ao montante de recursos do ICMS a ser distribuído aos municípios, na forma das Leis nºs. 4.257, de 1989 e 5.001, de 1998.

[69] Art. 4º Anualmente, a partir da entrada em vigor desta Lei, a SEMAR elaborará questionário a ser aprovado pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA, abordando questões relacionadas com as alíneas “a” a “i” do inciso I, § 2º, art 1º, que será submetido e respondido pela administração do município, sobre as efetivas providências e resultados obtidos na proteção ao meio ambiente e recursos naturais.

[\[70\]](#) Diário Oficial Eletrônico nº 80/15, do Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Teresina. Disponibilização: Terça-feira, 05 de maio de 2015. Publicação: Quarta-feira, 06 de maio de 2015.

[\[71\]](#) Consulta realizada no Sistema e-TJPI, em 03/12/2015, no sítio virtual <http://www.tjpi.jus.br>.

## AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

JOSE FRANCISCO BRITTO FRAGA

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 é classificada como social, trazendo diversos direito sociais. No entanto, para dar efetividade a esses direitos é necessária, muitas vezes, uma norma infraconstitucional e quando isso não ocorre surge a omissão inconstitucional, que pode ser total ou parcial.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO HISTÓRICO CONCEITO 2.3 TIPOS DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

---

### 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo expor o histórico das omissões inconstitucionais, seu conceito e seus principais tipos.

Começa-se narrando a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. Em seguida define-se a omissão inconstitucional como a inobservância de uma exigência constitucional de ação, não sendo apenas o mero dever geral de legislar. Por fim, a classificamos como total ou parcial.

O trabalho também trata, ao final, da síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

### 2. OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

#### 2.1 HISTÓRICO

As omissões inconstitucionais são, nos dizeres de Luiz Alberto Gurgel de Farias, reflexos e consequências jurídicas do próprio perfil da Carta Magna de 1988 que, enquanto, Constituição Dirigente, exige a vinculação dos poderes públicos à sua realização.

No passado, o Estado Liberal tinha a função de garantir as liberdades individuais, a propriedade e a segurança o que acarretava um dever de abstenção. Com a decadência deste, surgiu o Estado Social, de perfil predominantemente intervencionista, que exige a forte participação do poder público nas relações

econômicas e sociais. Os cidadãos passaram a exigir prestações positivas do Estado.

A passagem do Estado Liberal para o Social, intervencionista e planejador, trouxe uma nova forma ao princípio da separação dos poderes, que não se trata mais de uma rígida separação, mas de uma cooperação entre eles.

Além disso, o surgimento do Estado Social trouxe reivindicações da sociedade para além dos de natureza individuais, mas passam a abranger os direitos sociais, econômicos e culturais. Clèmerson Clève sustenta que não é suficiente afirmar juridicamente a liberdade: a sua concretização pressupõe a capacidade de fruí-la. O direito de livre expressão pressupõe a capacidade de exteriorização e de organização dos recursos intelectuais; o direito à inviolabilidade do domicílio pressupõe a prévia existência de uma casa, de uma morada, de um domicílio.

A partir dessas definições, a CF/88 pode ser definida como uma Constituição Social, já que estabelece um conjunto de princípios que busca efetivar os direitos fundamentais, exigindo a eficiência do Estado de Bem-Estar Social, intervencionista e planejador.

O reconhecimento das omissões inconstitucionais deveu-se ao surgimento deste Estado Social. Com as Constituições Dirigentes, foi atribuída ao Estado uma maior responsabilidade pela promoção do bem-estar social, devendo realizar várias tarefas e atividades voltadas à realização dos fins sociais previstos na Constituição.

Com o objetivo de garantir a realização desses fins, a ordem jurídica viu-se obrigada a instituir novos remédios processuais. Cria-se, assim, a inconstitucionalidade por omissão, sendo uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pela sua inércia e destinada a evitar a degradação da força normativa da Constituição Dirigente.

Ressalte-se que a CF/88, por ser dirigente e aberta, contém diversas normas constitucionais não exequíveis por si mesmas. Daí pode-se chegar à conclusão que a inconstitucionalidade por omissão é uma consequência jurídica da própria postura da Constituição de 1988, que vincula todos os órgãos do poder constituído.



Nesse contexto da Constituição Social, surge o problema se a concretização das normas ali previstas, que se refere à eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais será possível.

A Constituição serve de fundamento de validade de todas as outras normas encontrando-se no ápice do ordenamento jurídico de um Estado, conforme ensina Hans Kelsen. Cabe à Constituição disciplinar as normas básicas de um Estado, especialmente no que se refere à sua estrutura, organização e delimitação dos poderes, como nos ensina o mestre Pedro Lenza.

Em relação às normas infraconstitucionais, compete a disciplina de outras situações não previstas pela Lei Maior, porém sempre de acordo com os princípios e diretrizes previstos nela. Quando o legislador verifica a existência de uma omissão inconstitucional, sua eventual supressão tem como objetivo cumprir o seu dever de dar efetividade as normas constitucionais, de acordo com o princípio da supremacia da força normativa da Carta Magna.

## 2.2 CONCEITO

A omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de uma exigência constitucional de ação, não sendo apenas o mero dever geral de legislar. Sendo assim, além do dever de legislar, Canotilho afirma que as omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes.

Nessa concepção, a omissão legislativa ocorre quando o legislador, mesmo constitucionalmente obrigado, não emana normas destinadas a fazer atuar as imposições constitucionais. Isso quer dizer que o legislador violou por ato omissivo o dever de atuar concretamente, pois não cumpre o seu dever constitucional, ocorrendo uma abstenção indevida em face de uma norma constitucional certa e determinada, cuja falta de exequibilidade frustra o integral cumprimento da Constituição.

Em geral, o legislador tem a liberdade de escolha sobre a decisão de criar ou não lei sobre determinada matéria. No entanto, essa liberdade é mitigada no momento em que a Constituição impõe uma obrigação de legislar sobre

determinados assuntos, que acreditou ser melhor tratar em legislação infraconstitucional.

Dessa forma, para caracterizar a inconstitucionalidade por omissão é necessário analisar se a medida reclamada não só podia, como deveria ter sido produzida, tendo em conta a relevância e indispensabilidade da norma infraconstitucional para dar efetividade às normas constitucionais, observando-se a razoabilidade do prazo a ser estabelecido pelo Tribunal em cada caso concreto, onde será mensurada a fluência de tempo razoável para a realização do ato requisitado.

Deve-se refletir sobre a questão das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, pois há previsão explícita no Art. 5, § 1º, da Constituição Federal de 1988 que tais normas gozam de aplicabilidade imediata. Dessa forma, é reduzida consideravelmente a tolerância do prazo, diante da necessária observância do princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

## 2.3 TIPOS DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

A inconstitucionalidade por omissão pode se apresentar como total ou parcial. A omissão total ocorre quando o legislador se mantém inerte, em que ele tem o dever constitucional de integrar a norma constitucional, mas nada faz; ou seja, quando a indevida abstenção é total, consistindo, pois, no absoluto silêncio.

A omissão será parcial quando o poder público atua, mas de forma insuficiente ou deficiente, de modo que não é capaz de responder aos exatos objetivos do preceito constitucional. Assim, a omissão parcial pode estar caracterizada em uma inconstitucionalidade por ação, tendo em vista a existência de uma atividade legislativa, só que de forma incompleta.

A inconstitucionalidade pode ocorrer no caso de um direito, estendido a todos, é insuficiente como, por exemplo, a fixação de um salário mínimo que não seja capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador. Também pode ocorrer pela violação ao princípio da igualdade, sempre que for dado um tratamento mais favorável ou desfavorável a certas pessoas, em detrimento de

outras pessoas, que preenchem os mesmos pressupostos de fato e que, por isso mesmo, deveriam ser também contempladas pela medida.

Trata-se, desta forma, da inércia de uma norma constitucional decorrente de uma omissão normativa, seja ela absoluta ou parcial. É chamada de “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”.

As ações estatais podem ser comissivas ou omissivas. Quando a Constituição manda regulamentar e o legislador não o faz há uma violação à constituição, sendo chamada de síndrome da inefetividade das normas constitucionais. Isso é algo que sempre ocorreu na história do constitucionalismo brasileiro. Para tentar combater isso, a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 criou o mandado de injunção, inspirada no direito norte-americano.

## 6. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se explicar a relação das omissões inconstitucionais a partir do surgimento do Estado Social de Direito, o qual busca a concretização das normas previstas na Constituição Federal de 1988, especialmente no que concerne a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Em seguida, conceituou-se a omissão como um dever imposto pela Constituição Federal de 1988 que não é cumprido pelo legislador, caracterizando uma omissão indevida. Em regra, o legislador escolhe o momento que irá elaborar uma norma, contudo não existe essa escolha quando a própria CRFB/88 determina sua atuação.

Ao final, classificou-se a omissão inconstitucional em dois tipos: parcial e total. A primeira ocorre quando, embora o Poder Público atue para cumprir o seu dever constitucional, o faz de forma incompleta. Já na segunda o legislador se mantém totalmente inerte.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 5ª ed., São Paulo: Método, 2010.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Curso Poder Público em Juízo**. 5ª ed., São Paulo, *Juspodium*, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Aires. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

CUNHA JÚNHOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003

FERNANDEZ, F. **El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas**. In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 8, 1991

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Curso de Ações Constitucionais**. 6ª ed., São Paulo: *Juspodium*, 2012.

MENDES, G. Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Barão de. **O espírito das leis**. 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flavia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandato de injunção**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão**. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, a. 6, n. 23.

SEHN, Solon. **Mandado de injunção e o controle das omissões legislativas**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 9, n. 36, p. 236-154, julho a setembro de 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2010.

## O FENÔMENO DA LITISPENDÊNCIA INTERNACIONAL

**ALINE ANTELO MACHADO DE OLIVEIRA:**  
Procuradora da Fazenda Nacional. Advogada formada em Direito pela UERJ.

Resumo: Esse artigo visa a analisar a possibilidade de se reconhecer a ocorrência do fenômeno da litispendência entre o processo de homologação de sentença estrangeira em curso perante o STJ e um outro processo sobre a mesma questão fática em curso perante um juiz brasileiro.

Sumário: 1.Introdução 1. Conceito de litispendência. 2.Posição Doutrinária e Disciplina legal 4.Bibliografia

---

### 1.Introdução

Com a globalização, tornou-se mais frequente a situação de ser preciso que uma decisão judicial prolatada por um juiz ou tribunal estrangeiro produza efeitos no território nacional.

Essa eficácia não ocorre de forma automática sendo necessário um prévio processo de homologação da sentença estrangeira, atualmente da competência do Superior Tribunal de Justiça, por força do art. 105, i, da CF.

Questão interessante existe quando são ajuizados simultaneamente o processo de homologação de sentença estrangeira perante o STJ e uma outra demanda perante um juiz brasileiro sobre a mesma questão fática. Seria possível, com base no art. o art. 337, § 2º, do CPC, reconhecer a ocorrência de litispendência?

#### 1. Conceito de litispendência.

Duas causas são idênticas quando seus três elementos identificadores são iguais, isto é, “*os elementos ou dados que servem para individuar uma ação no cotejo com outra*”. [1] São eles: as partes, o pedido e a causa de pedir, conforme prevê o art. 337, § 2º, do CPC.

As partes são os sujeitos da relação processual, ou seja, o autor e o réu,[2] devem ser as mesmas ou atuarem na mesma qualidade, como ocorre no caso

de sucessão processual, ocupando o sucessor a mesma posição jurídica do sucedido.<sup>[3]</sup>

Já o pedido equivale à lide, ao mérito a ser decidido pela sentença. No aspecto processual, é também o pedido “*o tipo de prestação invocada (condenação, execução, declaração, cautela, etc.). Para que uma causa seja idêntica à outra, requer-se a identidade da pretensão, tanto de direito material, como de direito processual.*”.<sup>[4]</sup>

Por fim, a causa de pedir consiste no fato jurídico que fundamenta a pretensão. O elemento fático é a causa de pedir remota e a sua repercussão jurídica, a causa de pedir próxima.<sup>[5] [6]</sup>

Quando se verifica entre dois processos brasileiros a identidade dos elementos da demanda, ocorre o fenômeno da litispendência. Nesse caso, deve o segundo processo ser extinto sem julgamento de mérito, com base no art. 485, V, do CPC.<sup>[7]</sup> A questão que se coloca é se essa mesma solução seria aplicável no caso de um processo brasileiro e um processo estrangeiro com as mesmas partes, pedido e a causa de pedir.

## 2. Posição Doutrinária e Disciplina legal

Imagine-se que A ajuíza, em 2012, na Inglaterra, uma ação em face de B, pleiteando o ressarcimento de danos causados por um acidente provocado por este. Se, em 2014, a mesma questão for submetida ao juiz brasileiro, deve ele reconhecer a litispendência, extinguindo sem julgamento de mérito o processo? Responde a doutrina brasileira de forma negativa, com base no art. 90 do antigo CPC (atual art. 24 do CPC).<sup>[8]</sup> Afirma Humberto Theodoro que: “*a litispendência é um fenômeno típico da competência interna, de sorte que nunca ocorre entre causas ajuizadas no país e no exterior.*”<sup>[9]</sup> No mesmo sentido, é a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

*“(...) quis o legislador brasileiro não só permitir a repositura da demanda aqui, não-obstante a litispendência estrangeira, como ainda excluir que essa litispendência produza no Brasil qualquer dos efeitos processuais que produziria a pendência de um processo perante o juiz brasileiro.*”

*(...)Nega-se que a pendência de processo no exterior impeça a propositura da mesma demanda aqui, até porque o juiz brasileiro de primeiro grau, ao apreciar eventual defesa consistente nessa litispendência estrangeira, teria de penetrar no exame dos requisitos para a homologação da sentença que lá vier a ser proferida- o que constituiria uma antecipação do juízo de deliberação reservado ao Superior Tribunal de Justiça.”[\[10\]](#)*

À mesma conclusão chega Barbosa Moreira, apesar de criticar a redação do art. 90 do CPC:

*“Dizer que a propositura de ação perante a Justiça alienígena ‘não induz litispendência’ é dizer mais do que se precisaria; aliás, não cabe à lei brasileira, evidentemente, regular efeitos processuais que se produzam no território estrangeiro. O que se quis estatuir foi a irrelevância desses possíveis efeitos para a nossa Justiça: que a lide penda ou não perante o juiz do outro Estado, nada importa aqui.”[\[11\]](#)*

De forma diversa, entende Vicente Greco Filho. Preconiza o autor que como se admite, por meio da homologação de sentença estrangeira, a decisão do juiz alienígena sobre uma causa, também deve ser reconhecida a existência do processo em andamento que alcançaria esse resultado. Sobre esse ponto, sustenta o doutrinador:

*“Se a jurisdição estrangeira, sob determinadas condições, é reconhecida como conclusiva a respeito de determinada causa, pela mesma razão reconhecida deve ser a existência de lide pendente para os efeitos de alegação da exceção. Se a litispendência no Direito interno tem por finalidade impedir o desgaste processual desnecessário e também o escândalo de decisões contraditórias, os mesmos fundamentos valem para o Direito internacional”.[\[12\]](#)*

Apesar da relevância dos argumentos, não parece ser esse o melhor entendimento. No caso do Direito brasileiro, há a previsão expressa do art. 24 do CPC em sentido contrário. Além disso, o reconhecimento da sentença estrangeira



não é automático e depende do preenchimento dos requisitos positivos e negativos, sendo possível, inclusive, que ele seja denegado. Ainda no exemplo acima ventilado, como ficaria a situação das partes se o juiz brasileiro extinguisse o processo por reconhecer a litispendência internacional, mas a sentença inglesa, por falta de algum pressuposto, viesse a não poder ser homologada pelo STJ? Essa possibilidade é lembrada por Cândido Rangel Dinamarco:

*“Quanto ao processo instaurado fora do país, no entanto, não se sabe ainda se seu resultado poderá impor-se aqui: isso será objeto do juízo de delibação a ser feito a posteriori e com exclusividade pelo STJ. Por isso, a lei libera desde logo a propositura e prosseguimento do processo no Brasil, mesmo que em coincidência de conteúdo com algum outro já pendente no estrangeiro.”*[\[13\]](#)

A corrente defendida pela maioria da doutrina sempre foi acolhida pelo STF e, após a EC45/04, também vem sendo adotada pelo STJ. Nesse sentido, vejamos:

*“2. Sentença estrangeira, ainda que transitada em julgado, não produz qualquer efeito no Brasil, a não ser que homologada pelo Supremo Tribunal Federal. 3. A justiça brasileira é indiferente a que se tenha ajuizado ação em país alienígena, mesmo se idêntica a outra que aqui tramite.”*[\[14\]](#)

*“Comprovada a hipótese da concorrência internacional de jurisdição, resta inviável considerar a possibilidade da litispendência, porquanto "a ação intentada perante tribunal estrangeiro" não a induz, consoante expressa previsão do art. 90 do CPC.”*[\[15\]](#)

A situação, contudo, não parece ser tão simples se o país estrangeiro for um signatário do Código Bustamante[\[16\]](#), cujo artigo 394 prevê: “A litispendência, por motivo de pleito em outro Estado contratante, poderá ser alegada em matéria cível, quando a sentença, proferida em um deles, deva produzir no outro os efeitos de coisa julgada.” Nesse caso, alguns autores como Cândido Rangel Dinamarco[\[17\]](#) e Vicente Greco Filho[\[18\]](#) [\[19\]](#) entendem que o tratado prevalece no caso de processos pendentes em países participantes da Convenção de Havana,

não se aplicando o art. 90. Segundo este autor, não seria possível afirmar que o Código de Processo Civil de 1973 tacitamente teria revogado essa disposição, pois se o Estado se obrigou perante outros países, somente por meio de uma outra manifestação perante esses países- denúncia do tratado- poderá se desobrigar. Discorda desse entendimento Carmen Tiburcio, para quem o emprego da palavra litispêndência no art. 394 do Código Bustamante foi equivocado, pois a disposição trata apenas da hipótese de haver coisa julgada.[\[20\]](#)

O novo Código de Processo Civil contém disposição semelhante a do art.90 do antigo CPC, sendo ressalvada expressamente a existência de disposição em sentido contrário de tratados internacional e acordos bilaterais celebrados pelo Brasil. [\[21\]](#)

Por fim, cabe lembrar que essa questão, contudo, só se coloca nas hipóteses de competência internacional concorrente do juiz brasileiro (CPC, art. 21). Sendo um caso de competência exclusiva do juiz brasileiro (CPC, art.23), não se pode pensar em qualquer eficácia da sentença estrangeira ou do próprio processo estrangeiro no Brasil.[\[22\]](#)

#### **4.BIBLIOGRAFIA**

ARAÚJO, Nadia, **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira**, Renovar, 2006.

BARBI, Celso Agrícola, **Comentários ao Código de Processo Civil**, V.I, 6ª edição, 1991, Forense.

BUZAID, Alfredo, **Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**, 1956, Saraiva.

CÂMARA, Alexandre Freitas, **Lições de Direito Processual Civil**, V.I, 14 edição, 2006, Lumen Juris.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil** V.I, 6ª edição, 2009, Malheiros.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, V.II, 6ª edição, 2009, Malheiros.

DOLINGER, Jacob, **Direito Internacional Privado - Parte Geral**, 9ª edição, 2008, Renovar.

FILHO, Vicente Greco, **Homologação de sentença estrangeira**, 1978, Saraiva.

FRIEDE, Reis, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 1998, Forense Universitária.

GRUENBAUM, Daniel, **A Falência Decretada no Exterior como Fato no Brasil**, *Revista Semestral de Direito Empresarial*, v. 9 (2012), p. 127-158.

GRUENBAUM, Daniel, **O reconhecimento e a extensão da autoridade da sentença estrangeira**, 2009, Universidade de São Paulo, São Paulo.

LOPES, Serpa, **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**, V.II, Freitas Bastos, 1959.

MIRANDA, Pontes Francisco Cavalcanti de, **Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VI**, 1975, Forense.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 12ª edição, 2006, Forense.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 28ª edição, 2010, Forense.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Problemas e Soluções em Matéria de Reconhecimento e Execução de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros**, in **Temas de Direito Processual: quarta série**, São Paulo, Saraiva, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Relação entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro**, in: *Revista de Processo*, V.8, 1977.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de, **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, 2ª edição, 2009, Lumen Iuris.

RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil, Parte Geral**, 34ª edição, 2006, Saraiva.

ROSAS, Roberto e Paulo Cezar Aragão, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 2ª edição, 1988, Revista dos Tribunais.

SILVA, Ovídio A. Baptista da, **Comentários ao Código de Processo Civil**, V.1,2000, Revista dos Tribunais.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, V.1, 43ª edição, 2005, Forense.

TIBURCIO, Carmen, **Temas de Direito Internacional**, 2006, Renovar.

VALLADÃO, Haroldo, **Estudos de Direito Internacional Privado**, Rio de Janeiro, 1942.

#### NOTAS:

[1] JÚNIOR, Humberto Theodoro, **Curso de Direito Processual Civil**, V.1, 43ª edição, 2005, Forense, p. 72.

[2] PINHO, Humberto Dalla Bernadina de, **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, 2ª edição, 2009, Lumen Iuris, p.142.

[3] JÚNIOR, Humberto Theodoro, **Curso de Direito Processual Civil**, V.1, 43ª edição, 2005, Forense, p. 72.

[4] Idem, p. 72.

[5] Idem, p. 72.

[6] Entendem alguns autores, como José Carlos Barbosa Moreira que apenas os fatos integram a causa de pedir, sendo irrelevantes para a identificação da demanda seus fundamentos jurídicos. MOREIRA, José Carlos Barbosa, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 28ª edição, 2010, Forense, p. 17.

[7] Humberto Theodoro Júnior, **Curso de Direito Processual Civil**, V.1, 43ª edição, 2005, Forense, p. 345.

[8] Art. 90: A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.

[9] JÚNIOR, Humberto Theodoro, **Curso de Direito Processual Civil**, V.1, 43ª edição, 2005, Forense, p. 346.

[10] DINAMARCO , Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, V.I, 6ª edição, 2009, Malheiros, p.356-357.

[11] MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Relação entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro**, in: **Revista de Processo**, V.8, 1977, p.01-02.

[12] FILHO, Vicente Greco, **Homologação de sentença estrangeira**, 1978, Saraiva, p.78.

[13] DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, V.I, 6ª edição, 2009, Malheiros, p.358.

[14] STF, SEC 6971, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ 14.02.2003.

[15] STJ, SEC 2.958/EX, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Corte Especial, DJe 14.10.11.

[16] O Código Bustamante foi promulgado, no Brasil, em 13.08.1929, pelo Decreto-Lei nº 18.871/29.

[17] DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, V.I, 6ª edição, 2009, Malheiros, p. 358.

[18] FILHO, Vicente Greco, **Homologação de sentença estrangeira**, 1978, Saraiva, p.82-83.

[19] No mesmo sentido, BARBI , Celso Agrícola, **Comentários ao Código de Processo Civil**, V.I, 6ª edição, 1991, Forense, p.244-245.

[20] TIBURCIO ,Carmen, **Temas de Direito Internacional**, 2006, Renovar, p.509.

[21] Art. 23: A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

[22] Cândido Rangel Dinamarco, **Instituições de Direito Processual Civil**, V.I, 6ª edição, 2009, Malheiros, p. 358.

## DESVENDANDO A SÚMULA VINCULANTE Nº 20

**CLÓVIS DOS SANTOS ANDRADE:** Advogado e jornalista. Formado, em ambos os casos, pela Universidade Católica de Pernambuco. Ex-editor-assistente de Brasil/Internacional do Jornal do Commercio. Atualmente exerce a advocacia.

### 1. Introdução

Todos que se propõem a prestar concursos públicos na área jurídica, ou até mesmo profissionais que já trabalham com o Direito, precisam se manter atualizados em relação à Jurisprudência das cortes superiores. E não há nada que represente melhor a estabilidade de um posicionamento pretoriano do que uma Súmula Vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, conhecer os e compreendê-los é um passo fundamental para se obter sucesso em uma seleção pública concorrida, ou no disputado mercado da advocacia privada.

Entretanto, dentre os atuais 56 enunciados editados pelo *Pretorio Excelso*, nem todos são de tão fácil compreensão. Principalmente alguns que tratam de matérias muito específicas, cuja aplicação em casos concretos se limita a campos muito restritos de atuação.

E um dos melhores exemplos disso é a Súmula Vinculante número 20. Diante da sua complexidade, não é raro que o concurseiro, que precisa absorver uma quantidade tão grande de informações no curto período de tempo entre a publicação do edital e a prova, esquive-se de apreciar o verbete citado com calma, ou de buscar entender as razões pelas quais ele foi redigido.

O presente trabalho, portanto, propõe-se a auxiliar na compreensão da súmula em questão. E o primeiro passo nesse sentido é conhecer bem o instituto da súmula vinculante.

### 2. Considerações gerais sobre a súmula vinculante

As primeiras discussões sobre a criação de instrumentos de vinculação das decisões do Poder Judiciário no Brasil não são novas. Desde a segunda metade do século passado, doutrinadores, magistrados e legisladores já debatiam acerca de maneiras de dar à atuação da Justiça um caráter mais isonômico, resguardando a segurança jurídica e desafogando as cortes do mar de recursos interpostos pelas partes litigantes.

Foi então que a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao promover a chamada Reforma do Judiciário, criou o instituto jurídico da súmula vinculante, cuja edição, revisão e cancelamento são regulamentados pela Lei 11.417/2006.

#### 2.1. A Súmula Vinculante na Constituição e na Lei 11.417/2006

Na Constituição de 1988, a súmula vinculante está prevista no art. 103-A e seus parágrafos, que dão ao Supremo Tribunal Federal (STF) o poder de editar o texto sumular, revisá-lo ou mesmo de cancelá-lo. *In verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Da leitura do artigo tiram-se algumas conclusões. A primeira delas é que o objeto da súmula vinculante será obrigatoriamente matéria constitucional. Ou, melhor dizendo, a interpretação de normas infraconstitucionais em face da Carta Magna, de forma a dar-lhes uma aplicação dentro dos parâmetros constitucionais ou até mesmo lhes negar eficácia.

A segunda conclusão é a de que existem alguns requisitos que não podem deixar de ser observados para a edição de uma súmula com efeitos vinculantes:

- 1) O texto terá de ser aprovado, em sessão plenária, por dois terços dos 11 ministros do STF, ou seja, oito (*caput*);
- 2) A súmula só será editada após reiteradas decisões da Corte nesse sentido, em casos de idêntica problemática (*caput*);
- 3) Terá de existir controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública acerca do objeto da súmula (§ 1º);
- 4) Essa controvérsia deverá ter causado grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (§ 1º).

Para o cancelamento ou revisão do texto, contudo, bastará que haja concordância de dois terços dos membros do Supremo.

A terceira conclusão a que se chega é a de que o STF poderá editar a súmula vinculante de ofício, mas existem alguns outros agentes legitimados a propô-la, os mesmos que detêm a faculdade de ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade, o que nos remete ao *caput* do art. 103 da CF/88 e seus incisos:

- I – o Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;



IV – a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A Lei 11.417/2006, em seu art. 3º, acrescentou à lista de legitimados para propor a edição da súmula vinculante o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Tribunais Militares e, por fim, o Município. Este último, porém, só poderá exercer essa prerrogativa, segundo o § 1º do mesmo dispositivo legal, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, sem que a propositura do texto sumular acarrete a suspensão da lide.

Por fim, a quarta e última conclusão que se tira da leitura do art. 103-A da CF/88 depreende-se do § 3º. A bem dizer, este dispositivo – que é reforçado pelo art. 7º da Lei 11.417/2006 – é o que assegura o caráter vinculante da súmula, dotando de cogência a sua observância, ao prever a possibilidade de reclamação ao STF por parte de quem se sentir prejudicado por ato administrativo ou decisão judicial que contrariar ou aplicar erroneamente o teor do texto sumular. Caso o Supremo julgue procedente tal reclamação, anulará o ato ou cassará o veredicto do juiz ou tribunal, determinando que nova decisão seja proferida pelo mesmo órgão.

Afora os ditames constitucionais, alguns outros aspectos devem ser observados no processo de edição, revisão ou cancelamento de uma súmula vinculante, por exigência da Lei 11.417/2006. O art. 2º, em seu § 2º, por exemplo, exige sempre a manifestação do Procurador-Geral da República nas propostas de súmula que ele mesmo não houver formulado.

Via de regra, a súmula do art. 103-A da CF/88 tem efeito vinculante e imediato. Ela terá eficácia a partir de sua publicação, que

deverá se dar no prazo de dez dias a contar da sessão que a editar (art. 2º, § 4º da Lei 11.417). Portanto, terá efeitos *ex nunc*, quer dizer, não retroagirá para influir sobre causas julgadas anteriormente à sua vigência.

Porém, pelo voto de dois terços de seus membros, segundo prevê o art. 4º da Lei 11.417, o STF poderá restringir os efeitos vinculantes do instrumento sumular ou determinar que só passe a ter eficácia em momento posterior, desde que, para isso, concorram razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, reconhecidas pelo quórum qualificado do Supremo.

Ademais o STF detém o poder-dever de promover, de ofício ou por provocação de um dos entes legitimados para tanto, a revisão ou cancelamento da súmula vinculante em caso de revogação ou modificação da lei na qual aquela se fundou. A exigência é imposta ao Pretório Excelso pelo art. 5º da Lei 11.417.

## 2.2. A súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro:

A EC nº. 45, ao introduzir na Constituição Federal o art. 103-A, não só criou a súmula vinculante. Ela também inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro um conceito novo, o da obrigatoriedade de observância de precedentes jurisprudenciais pelas instâncias inferiores.

No mundo ocidental, existem basicamente dois sistemas jurídicos: o romano-germânico, no qual as decisões judiciais são guiadas principalmente pela lei escrita, também conhecido como sistema da *civil law*; e o anglo-saxônico, baseado nos costumes, mais habitualmente chamado de sistema da *common law*.

No primeiro sistema, no qual as leis procuram prever e regular o mais vasto leque de situações jurídicas possível, os costumes, assim como a jurisprudência, são tradicionalmente tratados como fontes secundárias do Direito. O juiz, ao dar seu veredicto, baseia-se primordialmente na Constituição e na lei, *lato sensu*. A jurisprudência apenas lhe serve de referência no exercício do dever de interpretar os diplomas legais e pode até exercer papel fundamental em seu convencimento, mas não é dotada de coercitividade. No grupo de nações que adotam essa sistemática se encontram o Brasil, demais países latino-americanos e a maioria dos países da Europa Continental.

Ao passo que em nações nas quais impera o sistema da *common law* (como os Estados Unidos e a Grã-Bretanha) não predominam os códigos e os vastos textos de lei. A lei escrita, que não é a regra, muitas vezes contém apenas princípios básicos, norteadores. Assim sendo, as decisões das cortes superiores, baseadas primordialmente nos costumes, cumprem papel fundamental na integração do direito. Elas são tidas como verdadeiras normas, de observância obrigatória pelas instâncias inferiores, de modo a impedir que juízes singulares ou tribunais inferiores decidam sempre segundo sua própria interpretação acerca das normas costumeiras aplicáveis a determinado caso concreto, o que geraria um ambiente de grave insegurança jurídica.

De fato, fica claro que o Brasil deu, com a introdução da súmula vinculante em seu ordenamento, um passo de aproximação ao sistema da *common law*, flexibilizando, assim, sua tradição romanística.

O conceito de súmula, na verdade, não é novo no País. Surgiu com a emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal ocorrida em 28 de agosto de 1963, que instituiu a Súmula da Jurisprudência Predominante do STF. O instrumento tinha como meta organizar em pequenos enunciados o entendimento da Suprema Corte acerca de determinados assuntos, formado a partir de decisões reiteradas e conexas. Até hoje, já foram editadas centenas delas pelo Supremo e por praticamente todos os tribunais do País, como forma de expressar a posição consolidada da maioria qualificada ou da unanimidade de seus membros acerca de determinados temas.

Mas essas súmulas nunca tiveram o poder de vincular magistrados e tribunais de instâncias mais baixas. Sempre lhes serviram apenas como orientação no dever de interpretar as normas e de aplicá-las ao caso concreto. São, por isso, chamadas pela doutrina de “súmulas persuasivas”. Já a súmula com efeitos vinculantes, esta sim de observância obrigatória por órgãos do Judiciário e pelo Poder Público, só surgiu com a EC nº. 45 de 2004, que constitucionalizou a ideia de súmula, até então contemplada apenas por regimentos internos dos tribunais.

### 3. A Súmula Vinculante nº 20

Feitas considerações iniciais acerca do instituto da súmula vinculante, é necessário afirmar que a Súmula Vinculante nº 20 procurou pacificar um tema em torno do qual havia uma enorme divergência. Qual

seja, a possibilidade de pagamento a servidores inativos da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa (GDATA), e os moldes em que ele deve ocorrer.

Referida vantagem foi criada pela Lei 10.404, de 9 de janeiro de 2002, prevendo o art. 1º do diploma que seria paga aos servidores que não recebessem outra gratificação do gênero. É dizer, seria uma gratificação geral, distinta daquelas que eram pagas a carreiras específicas. O intuito de sua criação foi incentivar a produtividade no funcionalismo público federal, em observância ao princípio da eficiência, introduzido no caput do art. 37 da CF/88 pela EC 19/1998.

Em princípio, por ser variável, quantificada a partir do desempenho de cada agente público, seria de se imaginar que ela havia sido arquitetada para remunerar o esforço dos servidores ativos, efetivos ou ocupantes de cargos em comissão. Entretanto, pautado pelo princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, e art. 40, § 8º, da Constituição), o Supremo Tribunal Federal, após acirradas discussões sobre o tema, firmou entendimento segundo o qual a GDATA teria também de ser paga aos inativos e pensionistas.

Porém, restava um problema: se os servidores inativos e os pensionistas não mais produzem, não possuem desempenho a ser avaliado, como aferir o valor a eles devido a título da gratificação?

Tal celeuma foi (quase) definitivamente solucionada pela edição da Súmula Vinculante nº 20. *In verbis*:

Súmula Vinculante nº 20 - A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória no 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.

Repare-se que, diferentemente do primeiro período do qual trata a súmula (fevereiro a maio de 2002, no qual a GDATA deve ser concedida em 37,5) e do terceiro (a partir da conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o art. 1º da MP 198/2004, quando a pontuação passaria a ser 60), o verbete não foi expreso quanto à pontuação incidente no período intermediário (entre junho de 2002 e julho de 2004). E é sobre esse ponto que ainda hoje paira alguma controvérsia.

Desde já, é necessário frisar que o pagamento da GDATA deve observar o patamar de 37,5 pontos de 1/2/2002 a 31/5/2002; 10 pontos entre 01/06/2002 a 15/07/2004; e 60 pontos no período de 16/07/2004 a 30/06/2006.

O patamar estipulado para o primeiro período decorre da própria lei que instituiu a vantagem, que assim diz em seu art. 6º:

Art. 6º Até 31 de maio de 2002 e até que sejam editados os atos referidos no art. 3º, a GDATA será paga aos servidores ocupantes de cargos efetivos ou cargos e funções comissionadas e de confiança, que a ela fazem jus, nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos por servidor.

Ou seja, de início, a GDATA era paga em um patamar fixo incidente sobre os vencimentos. Sendo assim, fica fácil concluir que os inativos fariam jus ao mesmo patamar que os ativos, pois este não variaria conforme o desempenho individual de cada um.

Já quanto ao segundo período, para entender o porquê dos 10%, é necessário se debruçar sobre o precedente representativo que resultou na redação da Súmula Vinculante nº 20 pelo Supremo. *In verbis*:

“Da leitura dos dispositivos legais, percebe-se claramente que se trata de uma gratificação paga em razão do efetivo exercício do cargo e variável conforme critérios de avaliação da instituição e do servidor; mas, essas características não comportam a totalidade da

GDATA. Pelo só fato de o servidor estar em atividade foi-lhe garantida a percepção da vantagem no valor mínimo correspondente a 10 (dez) pontos (art. 2º, II). Aos aposentados e pensionistas foi garantido, inicialmente, o valor correspondente a 10 (dez) pontos, o que atenderia a exigência do §8º do art. 40 da Constituição, na redação da EC 20/1998, uma vez que, razoável ou não, o dispositivo constitucional obriga a Administração Pública a estender aos servidores inativos apenas a parcela deferida aos servidores ativos pelo só fato de se encontrarem em atividade. (...) No entanto, sendo a gratificação, como é, de natureza *pro labore faciendo*, é óbvio que aos inativos somente será devida parcela fixa garantida a todos, porquanto os demais depende de avaliação dos servidores em atividade, que, além disso, não têm garantias do *quantum* lhes será permitido levar para a inatividade." ([RE 476279](#), Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento em 19.4.2007, DJ de 15.6.2007)

Compreendeu o STF que, se não é possível aferir a produtividade de um inativo, ele faz, então, jus ao mínimo pago aos que estão na ativa. E esse mínimo estava expresso não só na redação original do art. 2º, II, da Lei 10.404/2002, citado pelo *decisum*, como no art. 4º do Decreto 4.247, de 22 de maio de 2002, que regulamentou a lei instituidora da GDATA. *In verbis*:

Art. 4º A GDATA terá como limites:

- I - máximo, cem pontos por servidor; e
- II - mínimo, dez pontos por servidor.

A partir dos dispositivos, o *Pretorio Excelso* interpretou que a única forma de assegurar a percepção da GDATA pelos inativos no período entre 01/06/2002 e 15/07/2004 seria pelo patamar de 10 pontos, o mínimo garantido a todo e qualquer servidor, independentemente de sua produtividade.

O decreto, editado conforme previsão do já reproduzido art. 6º da Lei instituidora, também se pautava pelo art. 5º, II, da Lei 10.404/2002, que, entretanto, foi alterado pela MP 198, de 15 de julho de 2004 (depois convertida na lei 10.971/2004), que modificou o percentual de aferição da GDATA.

Ela passou a ser paga, então, a todos os servidores no patamar de 60 pontos, de acordo com o art. 1º da MP, que previa que a situação perduraria “até que seja instituída nova disciplina para a aferição de avaliação de desempenho individual e institucional e concluídos os efeitos do último ciclo de avaliação”.

Observe-se que o limite final para o pagamento da GDATA em 60 pontos seria a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação, que, porém, jamais foi posto em prática. Antes dos realizarem-se os referidos ciclos, foi editada a Medida Provisória 304, de 29 de junho de 2006 (convertida posteriormente na Lei 11.357/2006), que instituiu a Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa e de Suporte - GDPGTAS, que substituiu e extinguiu a GDATA. E é essa a razão pela qual a Súmula Vinculante nº 20 impõe como marco derradeiro da percepção da GDATA pelo funcionalismo público federal.

No rastro da Súmula Vinculante, a Advocacia-Geral da União reconheceu ser a GDATA devida aos servidores inativos e pensionistas cujos benefícios originaram-se de data anterior à instituição da gratificação, no mesmo período fixado pelo STF, por meio da sua Súmula 43, que assim prega:

“Os servidores públicos inativos e pensionistas, com benefícios anteriores à edição da Lei n.º 10.404/2002, têm direito ao pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA nos valores correspondentes a:

- (i) 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 (art. 6º da Lei n.º 10.404/2002 e Decreto n.º 4.247/2002);
- (ii) 10 (dez) pontos, no período de junho de 2002 até a

conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o art. 1º da Medida Provisória n.º 198/2004 (art. 5º, parágrafo único, da Lei n.º 10.404/2002, art. 1º da Lei n.º 10.971/2004 e 7º da Emenda Constitucional n.º 41/2003); e (iii) 60 (sessenta) pontos, a partir do último ciclo de avaliação de que trata o art. 1º da Medida Provisória n.º 198/2004 até a edição da Lei n.º 11.357, de 16 de outubro de 2006."

Com fulcro em referido verbete, a própria União tende a pagar os valores nos moldes e períodos citados. Isso, somado à existência de súmula vinculante sobre o tema, deveria ser suficiente para que não mais existisse divergência acerca do assunto. Entretanto, quiçá em virtude da complexidade do assunto, a GDATA segue sendo objeto de processos no Judiciário.

#### Referências:

Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20ª Edição revisada, atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da (1999). Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton (2009). Direito Processual Constitucional. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva.