BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 868

(Ano X)

(25/08/2018)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2018

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

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: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

24/08/2018 Luiz Flávio Gomes
» Advocacia técnica, tecnológica ou multiresolutiva?

ARTIGOS

24/08/2018 Rodrigo Queiroz de Araújo
» A aplicação do dano moral de acordo com a jurisprudência do STJ

24/08/2018 Raísa Bakker de Moura

» Audiências de custódia: um caminho para a humanização do processo penal

24/08/2018 Tamires Menezes

» Trajetória histórico-legislativa da adoção no Brasil - uma síntese crítica sobre os aspectos psicossociais na contemporaneidade

23/08/2018 Mariana Atala Testoni

» O caso Brown vs. Board of Education e o direito como integridade

23/08/2018 Thaís Oliveira Maia

» A defesa técnica no processo administrativo disciplinar

23/08/2018 Likem Edson Silva de Jesus

» A reparação do dano ambiental como obrigação propter rem nas reservas legais: uma análise à luz da tutela jurídica do meio ambiente e da função socioambiental da propriedade

22/08/2018 Samuel Hebron

» A teoria da causa madura

22/08/2018 Nathiane Leivas Vaz

» Homicídio sem cadáver

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

22/08/2018 Rodrigo Queiroz de Araújo

» O dano moral e a responsabilidade civil do Estado pelos atos praticados por seus agentes

22/08/2018 Benigno Núñez Novo

» Controle da Administração Pública

21/08/2018 Letícia Carvalho Ribeiro Morley

» A cooperação jurídica internacional para recuperação de ativos tributários como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais

21/08/2018 Alexandre Santos Sampaio

» Considerações sobre a Liberdade de imprensa e Direitos de Personalidade

21/08/2018 Samuel Hebron

» O negócio jurídico processual e os direitos indisponíveis

21/08/2018 Júlia Reis Mendonça

» A universalidade do direito à saúde e a escassez de recursos

20/08/2018 Valter Pedroso Vitelli

» A responsabilidade civil dos juízes: uma análise do Agravo Regimental no RE 429.518-1/SC

20/08/2018 Clarindo José Lúcio Gomes Junior

» A questão da eficácia territorial da sentença nas ações coletivas

20/08/2018 Julia Gomes Cavalcante

» A intervenção do direito na economia à luz da análise da incorporação de novas tecnologias pelo Estado com base no caso UBER

20/08/2018 Joana Karen Wanderley Pinto

» Embargos de declaração no processo civil brasileiro

MONOGRAFIAS

24/08/2018 Andre Bartholomeu
» Liberdade Provisória: Cerceamento de preceito fundamental

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ADVOCACIA TÉCNICA, TECNOLÓGICA OU MULTIRESOLUTIVA?

LUIZ FLÁVIO GOMES: é professor e jurista, Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri e Mestre em Direito Penal pela USP. Exerce o cargo de Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Atuou nas funções de Delegado, Promotor de Justiça, Juiz de Direito e Advogado. Atualmente, dedica-se a ministrar palestras e aulas e a escrever livros e artigos sobre temas relevantes e atuais do cotidiano.

Todo 11/8 comemoramos no Brasil o dia da advocacia, porque foi nessa data em 1827 que foram criados os dois primeiros cursos de Direito (em Olinda e em São Paulo). Já foram 191 comemorações.

Nas seis primeiras gerações o exercício da advocacia foi eminentemente técnico e artesanal. Sobressaía, particularmente, o conhecimento das regras processuais. As faculdades, para prepararem os profissionais do direito, davam ênfase ao ensino do processo penal, processo civil, processo constitucional, processo tributário, processo do trabalho, processo administrativo etc.

O problema é que o processo foi inventado para (da forma mais civilizada possível) guerrear, litigar, disputar. É o instrumento norteador do provecto modelo conflitivo de Justiça, que surgiu para substituir a vingança privada.

Como vivemos sob o império de uma sociedade formada pela corrupção e pelo feudalismo (da Idade Média), pouco instruída, que aprendeu poucas ou nenhuma técnica dialogal, a mentalidade predominante é a do litígio.

Faz parte da nossa cultura (herança) medieval a priorização da conflitividade, da litigiosidade, tendo como palco decisional no Estado moderno o Poder Judiciário (que está falido, com mais de 120 milhões de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

processos aguardando decisões). Há poucos dias um advogado me contava que já tem juiz marcando a primeira audiência dos processos para 2020.

A sétima geração de advogados e advogadas vem experimentando profundas mudanças no exercício da profissão em virtude da chegada da Era Digital (iniciada em 1990 com a 3ª Revolução Industrial e incrementada com a 4ª Revolução, de 2010 para cá). A advocacia se tornou técnica e tecnológica, ao mesmo tempo.

Já é coisa do passado o velho jeito artesanal de se advogar (um único profissional cuidava de tudo e fazia tudo: angariava cliente, fazia o trabalho técnico, litigava, cuidava da execução da sentença, cobrava o cliente etc.). Essa advocacia ainda existe, mas é claro que está virando peça de museu.

Robotização, inteligência artificial, Advocacia 3.0, Blockchain, processo eletrônico, intimações por WhatsApp, softwares e aplicativos cada vez mais sofisticados e multifuncionais, advocacia à distância, tecnologia móvel, aplicativos de Vade Mecum, mensagens instantâneas, vídeo chamada... tudo isso está impactando fortemente o exercício dessa nobre profissão. Chegou a advocacia tecnológica. Todo local é local de trabalho para o advogado 3.0. Toda hora, teoricamente, é hora de trabalhar.

Não há como negar que as duas últimas Revoluções Industriais (1990 e 2010) estão mudando ou eliminando muitas profissões. Mas o maior impacto na atuação da advocacia vai ocorrer quando esses vocacionados profissionais descobrirem a advocacia multiresolutiva, que não dispensa a técnica nem a tecnologia, mas prioriza a resolução dos conflitos por meio de várias outras formas alternativas frente ao velho processo judicial. A porta do Judiciário não é a única porta para se resolver conflitos.

Negociação (sobretudo no campo criminal), conciliação, mediação (a busca de pacificação entre os conflitantes), juízo arbitral e tantas outras novas "portas" estão se abrindo para que o escritório de advocacia cumpra seu papel de resolver problemas sem se valer (necessariamente) do falido Poder Judiciário, que deveria ser reservado apenas para medidas urgentes ou cautelares.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A função social e humanista da advocacia vai se engrandecer, sem prejuízo do conhecimento da técnica. Todo escritório, de acordo com a nova perspectiva multiresolutiva, vai funcionar como uma parabólica. Atrairá, como se fosse um imã poderoso, todos os conflitos para dentro do escritório.

O movimento avassalador em curso é o de expulsar os conflitos dos escritórios de advocacia (posto que os advogados e advogadas são vistos como dependentes do velho paradigma da litigiosidade judicial). O Judiciário está entupido de processo. Se a advocacia continuar insistindo na mesma tecla da litigiosidade judicial, cada vez mais o Judiciário vai procurar tirar da advocacia a resolução dos conflitos.

Nesse sentido, é público e notório que o Judiciário tem feito articulações e gestões para reduzir a velha função processualística da advocacia. Seja por meio dos Cejuscs (que se caracteriza pela ausência da advocacia), seja canalizando incontáveis conflitos para fora da advocacia (inventário, usucapião, divórcio, mediação etc.). Resolução do CNJ de fevereiro de 2018 permite que os cartórios façam qualquer tipo de mediação.

A continuar assim, dentro de pouco tempo é o próprio advogado que estará em busca de assistência judiciária para reivindicar as últimas migalhas de uma aposentadoria privada que os governos estão cortando sem dó nem piedade.

Esse quadro de desolação não condiz com a relevância ímpar da função da advocacia em um Estado Democrático de Direito, que existe para exercitar a nobre tarefa de defender os direitos dos cidadãos e sub-cidadãos. É hora de reagir. É hora de união. A advocacia merece respeito e atenção. Mas falta-lhe acordar mais rapidamente para a realidade. Há mil formas alternativas de se resolver conflitos. A porta do Judiciário não é a única e, muitas vezes, nem a melhor. Há muita luz no fim do túnel. Vamos juntos caminhar nessa direção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A APLICAÇÃO DO DANO MORAL DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

RODRIGO QUEIROZ DE ARAÚJO: Bacharel em Direito, e Especialista em Direito Previdenciário.

RESUMO: Embora seja um instituto amplamente debatido pela doutrina, o dano moral sempre careceu de um entendimento consensual com relação aos critérios a serem utilizados para sua quantificação, sendo assim é de fundamental importância se estudar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça como suporte lógico para sua aplicação, a fim de se tentar unificar o entendimento sobre este tema tão polêmico.

Palavras-chaves: Dano moral. Quantificação. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência.

ABSTRACT: Although it is an institute widely debated by the doctrine, moral damage has always lacked a consensual understanding with regard to the criteria to be used for its quantification, so it is of fundamental importance if we study the position of the Superior Court of Justice as a software for its application, in order to try to unify the understanding on this controversial subject.

Keywords: *Moral damage. Quantification. Superior Justice Tribunal. Jurisprudence.*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Prova do Dano Moral – 3. Titularidade do Direito à Reparação – 4. Caráter Compensatório e Punitivo do Dano Moral – 5. Critérios para Avaliação do Dano Moral – 6. Critérios para a Quatificação do Valor do Dano Moral – 6.1 Extensão do Dano – 6.2 Grau de Culpa do Lesante – 6.3 Punição do Ofensor e Exemplaridade – 6.4 Culpa concorrente da vítima – 6.5 Situação Econômica do Ofensor e do Ofendido – 6.6 Proporcionalidade - 7. Conclusão – 8. Bibliografia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

1. INTRODUÇÃO

Para que o dano moral seja indenizável deve ser anormal e de intensidade relevante, excluindo-se assim a possibilidade de reparação dos meros aborrecimentos da vida cotidiana, pois são inerentes a vida humana em sociedade.

Sérgio Cavalieri (2001, p.78), argumenta que "só deve ser reputado como dano moral, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar". Adverte ainda que "o mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo" (CAVALIERE, 2001, p. 78).

Percebe-se grande esforço da jurisprudência em caracterizar o dano moral, conforme consta na ementa do acórdão unânime da lavra do Min. Barros de Monteiro, que resultou do julgamento, em 18 de fevereiro de 1992, do REsp 8.768/SP[1], "sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização". Verifica-se assim que a reparação do dano moral pressupõe a prova de sua ocorrência.

2. A PROVA DO DANO MORAL

A questão da prova do dano moral traz polêmicas, entretanto é nítida a tendência, na doutrina e na jurisprudência, de se mitigar o ônus da prova da lesão, admitindo-se que o dano moral decorre da própria conduta ofensiva. Sérgio Cavalieri (2001), sustenta que o dano moral existe *in re ipsa*:

> Neste ponto, a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral" (CAVALIERE, 2001, p. 80)

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 389.879/MG[2], adotou o entendimento no sentido de que "protesto indevido de duplicata enseja indenização por danos morais, sendo dispensável a prova do prejuízo" conforme decisão em 16/04/2002, da Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

A posição do Min. Barros Monteiro, no REsp 8.768/SP[3], ao amparar-se nas lições de Yussef Said Cahali, Teresa Ancona Lopez, Caio Mário da Silva Pereira e Irineu Antônio Pedrotti, é de que "a sensação dolorosa de que padeceu o autor, resultante do protesto indevido, não carece de uma demonstração específica, porquanto ela é inerente ao próprio evento retratado na lide".

Observa-se assim que para o STJ o que há é tão somente a necessidade da comprovação da existência do fato ofensivo, sendo desnecessária a existência de prova para a imputação do dano moral.

3. TITULARIDADE DO DIREITO À REPARAÇÃO

Não existe qualquer dificuldade em se reconhecer a legitimidade quando o próprio ofendido comparece em juízo para demandar a reparação de dano moral decorrente de lesão que atingiu bens inerentes à sua pessoa, o problema surge quando terceiros decidem postular a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

reparação de danos morais acarretados, reflexamente, por lesão que atingiu outra pessoa.

Neste sentido preleciona Carlos Alberto Bittar que "por dano direto, ou mesmo por dano indireto, é possível haver titulação jurídica para demandas reparatórias" (BITTAR, 1999, p. 155). Segundo o autor, titulares diretos "são, portanto, aqueles atingidos de frente pelos reflexos danosos, enquanto indiretos os que sofrem, por consequência, esses efeitos (assim, por exemplo, a morte do pai provoca dano moral ao filho, mas o ataque lesivo à mulher pode ofender o marido, o filho ou a própria família, suscitando-se então, ações fundadas em interessas indiretos)[4]".

Wilson Melo da Silva (1999), sistematiza muito bem o tema, ao externar sua posição, afirmando que "todos aqueles que em tese, sofreram os danos morais têm direito de reclamá-lo". Existindo dentre os lesados, a existência de duas classes: "a dos membros da família do ofendido (além do próprio ofendido) e a dos que fossem a ele ligados por laços de parentesco ou simplesmente afetivos".Assevera ainda o ilustre autor que as pessoas da família "no restrito sentido do lar, é composta apenas dos cônjuges, dos filhos e dos irmãos". Em favor desses "haveria, sempre, uma presunção de dano moral, presunção *juris tantum*, em caso de ofensas a seus membros" (SILVA,1999, p.674-675).

Para os componentes da segunda classe, ou seja, demais parentes, amigos, companheiros, a legitimidade para postular indenização por dano moral estaria a depender de prova, conforme leciona Wilson Melo da Silva:

> Perfeitamente delimitados, em dois grupos distintos, estariam aqueles que tivessem direito ao ressarcimento do dano moral: o ordinário, do entourage doméstico da vítima, em favor de cujos membros militaria sempre a presunção juris tantum do dano, e o extraordinário, envolvendo todas as demais pessoas com direito a essa mesma ressarcibilidade e às quais caberia provar, convicentemente, em cada caso, o dano moral porventura sofrido e alegado. (SILVA, 1999, p. 675)

O Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em voto proferido por ocasião do julgamento do REsp 239.009/RJ[5], argumentou que "não há razão para impedir, em princípio, que qualquer parente, seja ele ascendente,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

descendente ou colateral, postule a indenização por danos morais, independentemente de haver ou não dependência econômica com a vítima". O que se interessa, afirma, "para o recebimento da indenização, é a demonstração de que a parte veio a sofrer intimamente com o acontecimento, sendo certo, de outro lado, que se poderá provar que o convívio familiar entre os parentes não era de muita proximidade, cabendo ainda ao julgador sopesar todos os elementos dos autos para os fins de quantificação indenizatória".

Os aspectos relativos ao caso concreto sob análise foram assim sintetizados pelo relator:

> Na espécie, consoante assentado no acórdão que julgou a apelação, a vítima era o filho mais velho e residia em companhia dos pais, irmãos e sobrinhos. Tais fatos, a meu ver, seriam suficientes por si só para caracterizar a dor sofrida pelos autores, sendo ainda de notar-se que essa demonstração estava afeta às instâncias ordinárias.

No julgamento, por maioria, destaca-se o voto vencido do Min. Cesar Asfor Rocha, em sentido mais restritivo a respeito da legitimidade, por sugerir a adoção, em linhas gerais, dos parâmetros da lei para a disciplina da vocação hereditária, com a exclusão dos parentes mais distantes pelos mais próximos:

> ...concordo com a afirmação do Sr. Ministro Relator de que a legitimidade para se postular pela reparação por dano moral não tem nenhuma vinculação com relação à dependência econômica que poderia ter existido entre quem postula a reparação e a vítima quando este pedido decorre de falecimento de alguém. Admito até, em tese, que pessoas que não guardam nenhuma relação de parentesco possam, em excepcionais situações, postular pela reparação por danos morais. Mas também não é o só fato de alguém ser parente de quem morre que confere àquele o direito de postular reparação por dano moral.
>
> Até entendo que poderíamos, em um labor construtivo, conceder a parentes mais distantes a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> possibilidade de postularem reparação por dano moral, decorrente de morte. Seria, talvez, o caso, de seguir, mais ou menos, os parâmetros que são postos na lei quando cuida da vocação hereditária. Assim, os parentes mais próximos, afastariam os mais distantes. Caso contrário, os mais próximos, que são aqueles que – no comum das vezes – mais sofrem, seriam prejudicados pela pretensão daqueles mais distantes. Isso porque o valor da indenização por dano moral não será fixado em razão do número de pessoas a serem contempladas.
>
> No caso, considerando as peculiaridades da hipótese, vou divergir, com a devida vênia, dos eminentes ministros que me antecederam. Como entraram conjuntamente os pais, os irmãos e os sobrinhos, ainda que tendo como absolutamente certa a palavra do eminente advogado de que eles viviam sob o mesmo teto, mesmo assim entendo que a presença dos pais afasta, no mínimo, os sobrinhos...

O Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em voto proferido no REsp 403.940/TO, entendeu que "os danos morais, no caso de perda de parente, traduz-se em abrandamento da dor emocional sofrida pela parte".

4. CARÁTER COMPENSATÓRIO E PUNITIVO DO DANO MORAL

A doutrina e a jurisprudência reconhecem a função compensatória da indenização do dano moral, entretanto existe divergência entre os que aceitam ou desaprovam a função punitiva.

Entre os que defendem o dúplice caráter da reparação do dano moral, encontra-se Caio Mário da Silva Pereira (2002), o qual ressalta que, quando "se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório, para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido" (PEREIRA, 2002, p. 55).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 63), ao explicitar seu posicionamento, acrescenta que com "equidade haverá de ser arbitrada a indenização, que tem institucionalmente o propósito de compensar a lesão e nunca de castigar o causador do dano e de premiar o ofendido com enriquecimento sem causa". Argumenta ainda o ilustre autor:

> Tem-se, é claro, que levar em conta na estimativa da reparação do dano moral, as condições sócio-econômicas da vítima e do ofensor. Nunca, porém, para isolar a situação do agente e, por causa de seu mais avantajado patrimônio, transformar a indenização num prêmio lotérico capaz de mudar a sorte econômica do ofendido. Não é possível imaginar que, pela dor moral, alguém tenha condição de transformar-se de pessoa humilde em potentado, somente porque o agente da ofensa foi uma pessoa de recursos.
>
> Não cabe ao juiz civil transmudar o julgamento da ação de responsabilidade civil num instrumento de aplicação de pena ao infrator, se nenhuma lei expressamente o autorizou a tanto. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 65)

Observa ainda o renomado autor que, no sistema constitucional brasileiro. "só a lei pode instituir pena aplicável ao agente de ato dito ilícito", sendo assim, se "nenhuma norma legal cogita de instituir ou cominar pena para determinado ato lesivo, ao juiz civil somente toca impor ao agente o dever de indenizar o prejuízo acarretado à vítima". Por fim, argumenta que não se pode "deixar de atentar para o fato de que o enriquecimento sem causa é repudiado por todos os tipos de ordenamento jurídico e, mais do que simples regra positiva, ostenta a natureza de princípio geral do direito[6]".

O Min. Costa Leite, do Superior Tribunal de Justiça, reforça a corrente doutrinária que aceita a dúplice função, asseverando que não se pode perder de vista "que à satisfação compensatória soma-se também o sentido punitivo da indenização, de maneira que assume especial relevo na fixação do quantum indenizatório a situação econômica do causador do dano[7]". Observamos no REsp, 332.589/MS o entendimento que a indenização "por

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

dano moral sofrida pela vítima, visa punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza[8]". Idêntico teor encontra-se na decisão do REsp 337.739/SP[9] de relatoria do mesmo ministro.

Ainda no âmbito do STJ, também o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira já decidiu no sentido de admitir o caráter punitivo. Consta da ementa do acórdão relativo ao REsp 389.879/MG[10] que: "A indenização pelo protesto indevido de título cambiariforme deve representar punição a quem indevidamente promoveu o ato e eficácia ressarcitória à parte atingida".

No REsp 173.366/SP[11] o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira adotou o mesmo entendimento, em caso de recurso interposto pelo lesado que, alegando dissídio jurisprudencial, não se conformou com a indenização por dano moral fixada em valor correspondente ao dobro do valor atualizado do título indevidamente protestado, pois tal valor, de acordo com o entendimento do relator não tinha "o recomendável caráter punitivo à empresa que indevidamente protestou o título, nem terá eficácia ressarcitória à parte atingida ato ofensor, sequer cobrindo as despesas que certamente teve a parte recorrente, e que ainda poderá ter".

Ao julgar o REsp 427.560/TO[12] a Primeira Turma do STJ deliberou que a "fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do quantum e na capacidade econômica do sucumbente".

5. CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DO DANO MORAL

A da avaliação do dano é uma fase das mais difíceis, e deve ser realizada após ser configurada a obrigatoriedade de indenizar, conforme demonstra Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 29), ao afirmar que "cabe ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e da jurisprudência, a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia".

Bittar (1999, p. 279), classifica os sistemas em tarifados e abertos, defendendo que a doutrina e algumas leis do exterior têm: "delineado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

parâmetros para a efetiva determinação do quantum, nos sistemas a que denominamos de abertos, ou seja, que deixam ao juiz a atribuição".

Nos sistemas tarifados, os valores são predeterminados em lei ou na jurisprudência, o qual foi adotado em raras hipóteses, tais como o Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei de Imprensa e Código Eleitoral. Verifica-se ainda que a jurisprudência do STJ é farta em decisões que consideram não recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 as normas que disciplinam, de forma pré-estabelecida, a avaliação do dano moral.

Entretanto, Guilherme Couto de Castro (2000, p. 26-27) argumenta que "devem ser adotadas, como ponto de partida, normas legais que estabeleçam algum critério", sendo "válido e recomendável o recurso analógico à Lei de Imprensa ou ao já revogado Código Brasileiro de Telecomunicações, que trabalham com piso e teto para fixar, apuradas as circunstâncias, o dano moral em casos específicos de lesão à honra".

Em contrapartida, como já observado, o STJ tem repudiado a aplicação do sistema tarifado, tanto nos próprios casos específicos disciplinados na legislação, previstos em leis promulgadas antes do advento da Constituição Federal de 1988, bem como nas hipóteses de aplicação analógica adotada pelas instâncias inferiores.

Em relação ao sistema aberto, Carlos Bittar (1999), afirma que a denominação é utilizada para se referir à opção, pelo legislador ou pela jurisprudência, de se atribuir ao Magistrado a atividade discricionária de fixar, de acordo com as características do caso concreto, o valor da indenização. Sendo este o critério preferido pela doutrina e jurisprudência, especialmente do STJ.

O Min. Eduardo Ribeiro assevera que "a fixação de critérios objetivos, conducentes a uma importância preestabelecida, não propicia bons resultados[13]", tal a variedade de ofensas que podem ser objeto de apreciação judicial.

6. CRITÉRIOS PARA A QUATIFICAÇÃO DO VALOR DO DANO MORAL

Atualmente a questão mais difícil no âmbito do estudo da responsabilidade civil por dano extrapatrimonial, se encontra justamente na identificação dos critérios para o arbitramento do dano moral.

O Código Civil de 2002 deixa integralmente a cargo do juiz o arbitramento do valor da indenização, no mesmo sentido entende o STJ,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

rejeitando reiteradamente o sistema tarifado por considerá-lo em desacordo com a Constituição Federal de 1988. A jurisprudência do STJ se inclina no sentido da consolidação de alguns critérios que servem de parâmetros para que a decisão judicial não seja arbitrária. A partir do julgamento do REsp 135.202/SP, sob relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, a jurisprudência do STJ tem adotado, com variações pouco significativas, o entendimento segundo o qual, na indenização por danos morais, é "recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso[14]".

Encontra-se no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência do STJ, parâmetros para a avaliação do dano moral, os quais não podem ser considerados definitivos, haja vista que a avaliação do dano moral é um tema que se encontra em constante evolução no direito pátrio.

6.1 A extensão do dano

A extensão do dano é, atualmente, o critério fundamental previsto no Código Civil de 2002, conforme disposto no *caput* do art. 944, ao estabelecer que "a indenização mede-se pela extensão do dano", trata-se de critério principal, mas não único, pois o próprio texto legal o adota com moderações, ao prever, no parágrafo único do art. 944, a possibilidade de que, diante de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz venha a reduzir, equitativamente a indenização.

Regina Beatriz Tavares da Silva (2002) entende que o dispositivo previsto no art. 944, caput do Código Civil de 2002 é insuficiente, aplicando-se apenas no caso de reparação do dano material, o qual possui caráter ressarcitório, já que na reparação do dano moral não há ressarcimento, por ser praticamente impossível a restauração do bem lesado. Defende a doutrinadora, com base nas lições de Carlos Alberto Bittar, a adoção dos critérios da compensação do lesado e o desestímulo ao lesante, inserindo-se "nesse contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito[15]".

Contudo, parece perfeitamente possível superar a apontada dificuldade em se aplicar ao dano moral o dispositivo conforme se encontra redigido, sendo perfeitamente aceitável a idéia de que a extensão do dano varia conforme a dimensão da lesão perpetrada.

Observamos no AgRg no Ag: 1240404/SP, sob relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, a redução do valor da indenização haja vista não existir motivos que justifiquem o valor exorbitante aplicado anteriormente, de acordo com a extensão do dano sofrido pela vítima, conforme se segue:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA. INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM 100 VEZES O VALOR DO APONTAMENTO INDEVIDO, QUE ALCANÇA A CIFRA DE MAIS DE MEIO MILHÃO DE REAIS. VALOR DESPROPORCIONAL COM A EXTENSÃO DO DANO. ACÓRDÃO RESCINDIDO. FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO CONSONANTE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A ação rescisória é o instrumento processual hábil à desconstituição da coisa julgada quando a decisão rescindenda violar literal disposição de lei. 2. Na espécie, houve a condenação em danos morais por indevida inscrição da ora agravante em cadastros de devedores inadimplentes em valor que alcança R$ 575.400,06, sem que tenha sido apontada qualquer excepcionalidade que justifique uma quantia tão elevada e desproporcional. 3. Assim, rescindido o julgado, a fixação da indenização por danos morais em R$ 25.500,00, à luz dos contornos fáticos da lide, guarda consonância com a jurisprudência desta Corte Superior em hipóteses semelhantes. 4. Agravo regimental não provido[16].

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Guilherme Calmon Nogueira da Gama demonstra a importância de se considerar à escala de valores quanto aos bens jurídicos tutelados, a exemplo do que ocorre na atribuição de responsabilidade penal:

> Um primeiro passo na tarefa da fixação de parâmetros é exatamente observar a escala de valores quanto aos bens jurídicos tutelados no âmbito constitucional em perfeita coerência com as normas penais incriminadoras existentes. Não é sem razão, por exemplo, que a maior cominação de sanção penal se refira à prática delituosa consistente na violação do direito à vida, ou seja, ao crime de homicídio[17].

No que se refere a gravidade da lesão, parece que em tese, a lesão mais grave é a que atinge a própria vida, sendo o evento morte correspondente ao dano de maior magnitude, e portanto, ensejador das indenizações mais elevadas.

No caso da ocorrência da indenização por morte de irmã menor, o STJ "considerando as suas peculiaridades e o quantum já arbitrado em relação à autora-mãe", arbitrou "a indenização por dano moral em igual valor (duzentos salários mínimos), a ser dividido entre os dois irmãos" gerando uma condenação total a ré de quatrocentos salários mínimos, a título de reparação do dano moral dos integrantes da família, conforme REsp 160.125/DF[18].

Observa-se ainda a aplicação de idêntico valor por ocasião do REsp 418.502/SP[19] nos autos de ação de indenização ajuizada em face do Estado de São Paulo, "em virtude de circunstâncias que envolveram o óbito do filho da autora, nas dependências do pronto socorro do Hospital Geral de Taipas". Conforme consta do relatório do recurso especial, o de cujus "sofria de infecção urinária, motivo pelo qual foi levado ao hospital com febre alta e crise hepática". Sendo assim, em razão de estar o de cujus debilitado e impossibilitado de medir as consequências de seus atos "passou pela janela para o lado de fora do prédio e não conseguindo equilibrar-se, caiu da altura de dois andares até a laje do 3º andar". Ao fixar o quantum debeatur, argumentou o relator que "o valor da indenização a ser fixada na ação de indenização por danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica fática do réu, pois a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

condenação a título de danos morais fixados no acórdão recorrido no importe de 400 salários mínimos".

Em um segundo degrau decrescente de gravidade, a lesão de maior magnitude corresponde ao dano na saúde física, haja vista que vem sempre acompanhado de sofrimento, razão que faz existir um dano mais amplo e complexo, em grau inferior somente a irreversível lesão à vida, com consequente evento morte.

Observamos que lesões à honra, à liberdade pessoal e à imagem estarão presentes apenas em um terceiro degrau decrescente em relação às lesões à vida e à saúde física.

6.2 Grau de culpa do lesante

Deve-se considerar o grau de culpa do causador do dano na avaliação do dano moral, conforme entendimento majoritário da doutrina, tratando-se de um parâmetro previsto no parágrafo único do art. 944 do Código Civil[20].

O ilustre Guilherme Couto de Castro (2000, p. 26-27), ensina que, "em face do seu caráter punitivo, a verba deve levar em conta a intensidade do dolo e o grau de culpa do responsável, bem como sua situação econômica".

A culpa exerce papel fundamental quando se tratar de responsabilidade subjetiva, sendo dispensada a sua existência quando estivermos diante de uma responsabilidade objetiva.

No REsp 135.202/SP, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo, defende-se ser recomendável que "na fixação da indenização por danos morais, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso[21]"

O grau de culpa do causador do dano e o nível do sofrimento do lesado foram considerados no julgamento do recurso especial nos autos de ação ajuizada para postular indenização pela falecimento de filho recém-nascido, tendo o STJ decidido no REsp 402.874/SP que "a quantia encontrada pelas instâncias ordinárias não se mostra abusiva", ao contrário,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

segundo o argumento do relator, "mostra-se moderada, a contar sobretudo a negligência dos réus e o sofrimento pela perda de um filho recém-nascido em decorrência do parto[22]".

Sendo observado ainda tal fato no REsp 401.592/DF, quando o STJ arbitrou em cinco mil reais o valor da indenização por dano moral em decorrência de exame laboratorial equivocado em que constou resultado positivo de HIV, sendo considerado neste caso " o ambiente de sofrimento e angústia que surgiu na família e no círculo de suas amizades e também a ressalva constante do laudo apresentado, que é fator de redução de responsabilidade[23]".

6.3 Punição do ofensor e exemplaridade

Miguel Reale (1992, p. 25-26), argumenta que "a fixação do valor da indenização, por dano moral, não pode deixar de atender à situação econômica do agente do dano, sob pena de ser apenas aparentemente ou ilusória a sanção penal que integra também a reparação exigível".

Entende ainda Guilherme Couto Castro (2000, p. 69), que "a verba não deve ser fixada em valor vil, inexpressivo, não atendendo sequer a seu fim compensatório, mas também não deve ser transformada em fonte de enriquecimento, descaracterizando sua finalidade", afirmando ainda o renomado doutrinador que "o montante, também em razão do caráter punitivo, deve ser fixado de modo a não admitir que o agente saia lucrando ou plenamente satisfeito com a ilegal conduta".

Verificamos que o caráter punitivo pode ser substituído pelo princípio da exemplaridade adotado pela jurisprudência do STJ, pois o caráter punitivo, por ser próprio do direito penal, é recepcionado com muita cautela pela doutrina, sendo menos controverso o princípio da exemplaridade, haja vista não existir dificuldade em se admitir a reparação do dano moral com um caráter dissuasório de práticas semelhantes, por todos aqueles que tomem conhecimento da decisão.

O dicionário Aurélio (Ferreira, 2006) entende exemplaridade como algo com "qualidade ou caráter exemplar", e exemplar como aquilo "que serve ou pode servir de exemplo, de modelo". Sendo assim, o critério de exemplaridade oferece a vantagem de se moldar com maior grau de adequação ao ordenamento jurídico pátrio sem o inconveniente de ensejar uma pena sem prévia cominação legal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

No REsp 776732/RJ, de relatoria do Min. Humberto Martins, observamos de maneira brilhante a aplicação da exemplaridade, conforme se segue:

> ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DECISÃO CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO - LIQUIDAÇÃO - EXTENSÃO DOS DANOS - PRETENSÃO DE REVISÃO DAS PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ - CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE DA INDENIZAÇÃO. 1. Hipótese em que o cidadão (vítima) em 7.7.1984 foi arbitrariamente detido por oficiais da Marinha do Brasil em razão de simples colisão de seu veículo com outro conduzido por aspirante daquela Arma. Após colidir, a vítima sofreu agressão física e verbal e foi ilegalmente preso por seis dias em cela da Marinha. Ficou incomunicável e sem cuidados médicos, comprovadamente diante do acórdão transitado em julgado no processo de cognição plena. O fato resultou em danos físicos e morais, e causou-lhe a deterioração da saúde. Devido o desenvolvimento de isquemia e diabetes, teve, inclusive os dedos dos pés amputados. 2. Ato ilícito, nexo direto e imediato, bem como danos comprovados e ratificados na instância ordinária. Liquidação de sentença que reconheceu pormenorizada e fundamentadamente a extensão dos abalos psíquicos sofridos pela vítima. Valor arbitrado de forma fundamentada, incluindo-se juros de 0,5% ao mês a partir da sentença de liquidação, no montante de R$ 72.600,00 (setenta e dois mil e seiscentos reais), mais honorários advocatícios no montante de R$ 3.630,00 (três mil, seiscentos e trinta reais). 3 Em casos excepcionais, a jurisprudência do STJ tem entendido, diante da abstração das teses, ser possível a revisão do montante arbitrado a título de danos morais, quanto teratológica a fundamentação da decisão condenatória ou absolutamente

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> desarrazoado o valor, desde que não implique revisão do acervo fático-probatório. 4. No caso dos autos, ao revés, a peculiaridade é justamente a dor, a tristeza e o sofrimento vividos pela vítima, não havendo razão para tachar a condenação de desarrazoada, também não se pode ir além para revolver, como pretende a União, o substrato fático dos autos, por óbvio óbice da Súmula 07/STJ. 5. Razoável o quantum indenizatório devido a título de danos morais, que assegura a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplaridade e da solidariedade. Recurso especial improvido[24].

Em acórdão[25] de relatoria do Min. Luiz Fux, o STJ adotou expressamente o princípio da exemplaridade, ao estipular que "a fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do *quantum* e na capacidade econômica do sucumbente".

6.4 Culpa concorrente da vítima

O Código Civil em seu art. 945 estipula que "se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor".

Verificamos que mesmo diante da culpa concorrente da vítima, não se pode eximir o autor, nos casos em que houver a culpa concorrente entre concessionária do transporte ferroviário e a vítima, pois diante destes casos no entendimento do STJ, a empresa, para que ocorra o acidente deve agir de maneira negligente, se tornando também responsável pelo sinistro, observamos tal posicionamento no REsp 1139997/RJ, sob a relatoria na Min. Nancy Andrighi, abaixo exposto:

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. CULPA CONCORRENTE.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. O STJ firmou entendimento no sentido de que há culpa concorrente entre a concessionária do transporte ferroviário e a vítima, seja pelo atropelamento desta por composição ferroviária, hipótese em que a primeira tem o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais de adensamento populacional, seja pela queda da vítima que, adotando um comportamento de elevado risco, viaja como "pingente". Em ambas as circunstâncias, concomitantemente à conduta imprudente da vítima, está presente a negligência da concessionária de transporte ferroviário, que não se cerca das práticas de cuidado necessário para evitar a ocorrência de sinistros. 2. Por não se enquadrar como excludente de responsabilidade, a concorrência de culpas não é suficiente para afastar o dever da concessionária de transporte ferroviário de indenizar pelos danos morais e materiais configurados. 3. A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição e a vedação do enriquecimento ilícito, levando-se em consideração o critério da proporcionalidade, bem como as peculiaridades de cada espécie. Precedentes. 4. A pensão mensal fixada, a título de danos materiais, à luz do disposto no art. 945 do CC/02, é devida a partir da data do evento danoso em se tratando de responsabilidade extracontratual, até a data em que o beneficiário - filho da vítima - completar 25 anos, quando se presume ter concluído sua formação. Precedentes. 5. A incidência do 13º salário e das férias remuneradas acrescidas de 1/3 na indenização pelos danos materiais somente é viável ante a comprovação de que a vítima fazia jus a esses benefícios na época do sinistro. Precedentes. 6. Sendo a União sucessora da recorrida, é desnecessária a constituição de capital

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> para garantir o pagamento das prestações vincendas do pensionamento, desde que incluído o beneficiário em folha de pagamento. 7. Os juros moratórios de 6% ao ano são devidos a partir da data do evento danoso, na forma da Súmula 54 do STJ, observando-se o limite disposto nos arts. 1.062 e 1.063 do CC/16, até janeiro de 2003, momento a partir do qual passa a vigorar a disposição contida no art. 406 do CC/02, nos moldes do precedente da Corte Especial, que aplica a taxa SELIC. 8. A correção monetária, também incidente a partir do evento danoso e que deve ser alcançada mediante a aplicação de índice que reflita a variação de preços ao consumidor, terá sua incidência cessada a partir do momento em que iniciada a da taxa SELIC, sob pena de bis in idem. Precedente. 9. Recurso especial parcialmente provido, com o afastamento da incidência da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC[26].

Observamos com tal preceito que a culpa concorrente da vítima não afasta o dever de indenizar, mas terá influência no arbitramento do valor da indenização, que deverá ser proporcional à participação do lesante no evento.

6.5 Situação econômica do ofensor e do ofendido

O poder econômico do ofendido e do ofensor tem sido considerado como critério orientador do arbitramento judicial do valor da reparação por dano moral, especialmente nas lesões à honra, onde constantemente para a avaliação do dano extrapatrimonial, observa-se a posição social do lesado.

Carlos Edison Monteiro Filho (2000), aceita apenas a consideração da capacidade econômica do ofensor, por considerar que o princípio da isonomia leva à rejeição do critério segundo o qual se deve investigar a situação em que vive a vítima:

> Faz-se mister separar a capacidade econômica do ofensor, que evidentemente deve ser tomada em consideração pelo juiz, a fim de evitar uma indenização impraticável ou irrisória em face do caso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> concreto, da situação em que vive a vítima, que por si só não determina uma diferenciação de grau na apuração do valor do ressarcimento, vale dizer, não possui o condão de apontar um valor maior ou menor da reparação. Procedendo-se assim se atende não somente a razões mais objetivas, como também de justiça, já que como todos são iguais perante a lei, não há que se falar em reparação maior para o mais rico e menor para o mais pobre, em tema de dano moral. (MONTEIRO FILHO, 2000, p. 150).

Contudo, observamos no AgRg no AREsp 442471/GO processo que versava sobre prisão por estupro e atentado violento ao pudor, que o STJ, para deferir sua decisão, levou em consideração a condição econômica do ofensor e do ofendido, conforme exposto abaixo:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO POR ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO DIANTE DE COMPROVAÇÃO DA NÃO AUTORIA POR EXAME DE DNA. RECOLHIMENTO AO CÁRCERE POR 6 MESES. DANOS MORAIS. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA COM RAZOABILIDADE (R$ 60.000,00). IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A revisão do valor fixado a título de danos morais em razão de prisão indevida por estupro e atentado violento ao pudor encontra óbice na Súmula 07/STJ, uma vez que fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, a exemplo, da capacidade econômica do ofensor e do ofendido, a extensão do dano, o caráter pedagógico da indenização. 2. Somente é possível rever o valor a ser indenizado quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa no presente caso. 3. Agravo Regimental do Estado de Goiás desprovido[27].

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Verificamos ainda que a posição social do ofensor e do ofendido foi critério considerado com destaque no AgRg no AREsp 459026/AC, sob relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, na decisão da Terceira Turma do STJ, que acompanhou o voto do ilustre ministro por unanimidade, conforme se segue:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TROCA DE BEBÊS EM MATERNIDADE PÚBLICA. DANO MORAL. REVISÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VERBA FIXADA COM RAZOABILIDADE (R$ 15.000,00 PARA O MENOR E R$ 50.000,00 PARA A GENITORA). IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A revisão do valor fixado a título de danos morais em razão da troca de bebês em maternidade pública encontra óbice na Súmula 7/STJ, uma vez que fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, a exemplo, da capacidade econômica do ofensor e do ofendido, a extensão do dano, o caráter pedagógico da indenização. 2. Somente é possível rever o valor a ser indenizado quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa no presente caso. 3. Agravo Regimental do Estado do Acre desprovido[28].

Observamos a importância da avaliação da capacidade econômica das partes em inúmeros julgados do STJ, objetivando assim a aplicação de um valor justo à indenização, que nem seja irrisório, a fim de se evitar novas ocorrências, bem como que também não seja exorbitante o que poderia ocasionar o enriquecimento sem causa do ofendido.

6.6 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da vedação de excesso, tem forte presença no Direito Constitucional, estando presente também no Direito Administrativo, com o intuito de vedar o excesso por parte do administrador, é um princípio que ilumina o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

exercício de qualquer função pública, sendo aplicável também na função jurisdicional como princípio orientador da atividade de interpretar e aplicar o direito.

A utilização do princípio da proporcionalidade é empregado reiteradamente pelo STJ, no campo da responsabilidade civil, busca fazer com que a indenização não seja ínfima, mas também não cause enriquecimento sem causa para a vítima nem gravame excessivo para o causador do dano.

Observamos a utilização do princípio da proporcionalidade no REsp 1042208/RJ, sob relatoria da Min. Nancy Andrighi, conforme abaixo exposto:

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALSA IMPUTAÇÃO DE FURTO. CONSTRANGIMENTO E HUMILHAÇÃO A QUE É SUBMETIDO O CONSUMIDOR, EM VIA PÚBLICA, PARA RETORNAR AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL E SER REVISTADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E PREQUESTIONAMENTO AUSENTES. VEDAÇÃO DO REVOLVIMENTO DO SUBSTRATO FÁTICO E PROBATÓRIO EM RECURSO ESPECIAL. VALOR DOS DANOS MORAIS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. - Não padece de omissão o acórdão recorrido se o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões pertinentes à resolução da controvérsia, embora sem adentrar expressamente na análise de dispositivos de lei invocados pelo recorrente, notadamente porque o julgador não está adstrito a decidir com base em teses jurídicas predeterminadas pela parte, bastando que fundamente suas conclusões como entender de Direito. - Se o Tribunal de origem atesta a presença dos pressupostos para a configuração da responsabilidade civil: (i) o fato, consubstanciado no comportamento do preposto da recorrente; (ii) o dano, caracterizado pela humilhação e situação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> vexatória a que foi submetido o recorrido, ao ser instado, em via pública a retornar ao estabelecimento comercial para ser revistado por falsa imputação de furto; (iii) o nexo de causalidade entre a conduta da recorrente e o constrangimento experimentado pelo consumidor, não há como revolver, na via especial, o substrato fático e probatório colhido no processo e delineado no acórdão recorrido. - O valor dos danos morais, indiscutivelmente sofridos pelo consumidor, fixado em R$ 7.000,00, não destoa da jurisprudência do STJ, em julgamentos de situações similares, que manteve a condenação em patamares inclusive superiores ao estabelecido no acórdão impugnado. Houve, portanto, razoabilidade e proporcionalidade no arbitramento da condenação, consideradas as peculiaridades do processo. - A não demonstração da similitude fática entre os julgados confrontados, afasta a apreciação do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional. Recurso especial não conhecido[29].

O art. 127 do Código de Processo Civil que diz "o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei", entendendo o STJ no REsp 48.176-7/SP, de relatoria do Min. Eduardo Ribeiro, que:

> A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução.

No julgamento do REsp 50.940/SP, a Quarta Turma do STJ acolheu o entendimento do relator, Min. Barros Monteiro, no sentido de que, inexistindo "um parâmetro próprio, há o Juiz de lançar mão dos princípios de equidade, do bom senso, recorrer, em suma, ao *arbitrium boni viri*".

Tendo em vista a ausência de critérios objetivos definidos em lei para a avaliação do dano moral, tem-se campo fértil para o julgamento por

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

equidade. Trata-se de tarefa desafiadora e difícil, que constitui valorosa oportunidade para que o magistrado exercite sua habilidade de descortinar o Direito sem solução pré-fabricada pelo legislador.

7. CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a admissibilidade do dano moral deixou de ser tema controverso, não gerando desde então maiores discussões na doutrina e na jurisprudência. Surgindo sob a égide da atual Constituição leis infraconstitucionais que prevêem a reparação do dano moral sem estabelecer critérios objetivos ou limites para a fixação da indenização, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Direitos Autorais e do Código Civil de 2002. Sendo assim, a polêmica atual se concentra nos aspectos relativos à configuração, à prova, à titularidade do direito à reparação, e em especial à avaliação do dano moral.

Em contraste com a operação mental utilizada para se aferir o valor do dano material, o raciocínio necessário para se alcançar o *quantum debeatur* na indenização do dano moral é mais difícil e sofisticado, lidando nesse aspecto o operador do direito com uma margem de discricionariedade, a qual, contudo não pode servir de pretexto para se negar a ampla tutela dos direitos da personalidade.

O direito positivo brasileiro estabelece em raras hipóteses parâmetros objetivos para a aferição do valor da indenização, paralelamente, a jurisprudência do STJ tem considerado não recepcionados pela Constituição Federal os limites estabelecidos na legislação infraconstitucional, a exemplo do que ocorre com a lei de imprensa.

Observa-se que em raras oportunidades o ordenamento jurídico confere aos magistrados poderes tão amplos, como ocorre na apreciação do dano moral, o que aumenta a sua responsabilidade social e institucional, reforçando assim o papel da jurisprudência como fonte de direito. Sem amparo em limites objetivos e impessoais da lei, o Poder Judiciário fica mais exposto às críticas da mídia, da sociedade e das instituições essenciais à função jurisdicional do Estado. Nessa seara, o Superior Tribunal de Justiça desempenha papel destacado, por ser o órgão jurisdicional com vocação constitucional para zelar pela uniformidade da interpretação do direito objetivo federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Na avaliação do dano moral, a extensão do dano, apreciada com base na gravidade da lesão, revela-se como critério preponderante, tratando-se de um parâmetro previsto no art. 944 do Código Civil e respaldado na jurisprudência do STJ, a qual considera relevante o tipo de lesão perpetrada para a fixação do valor da indenização. Posteriormente, para a adequada fixação do quantum debeatur, deve-se considerar a conduta do agente causador do dano, a fim de que o valor da indenização seja compatível com o grau de culpa do lesante e a exemplaridade da condenação. A culpa concorrente da vítima e a situação econômica das partes envolvidas devem também ser observadas e ponderadas à luz da equidade. O princípio que iluminara todo o processo decisório é o da proporcionalidade, buscando a solução mais correta, justa e adequada possível, que deverá ter uma fundamentação que se baseie em razões consistentes, capazes de sustentar a legitimidade que se espera da prestação jurisdicional.

Diante da ausência de disciplina legal sistemática que cuide do arbitramento do dano moral, a fixação da indenização realiza-se mediante a avaliação dos critérios estipulados pela doutrina e pela jurisprudência, buscando-se uma uniformização das decisões judiciais, observando com isto o princípio da igualdade, preservando a boa imagem e a credibilidade do judiciário, e evitando-se proferir decisões discrepantes, as quais distanciem o Poder Judiciário dos ideais de justiça que justificam a sua existência.

8. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Dano moral à pessoa e sua valoração**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

AUGUSTIN, Sérgio. **Dano moral e sua quantificação**. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por dano morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Avaliação do dano moral e discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, volumes I e II.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2006.

FONTOURA, Iara P.; SABATOVSKI, Emílio. **Dano moral nos tribunais**. Curitiba: Juruá, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios para a fixação da reparação do dano moral. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade**: dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GEORGES, Ripert. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. **Temas de Direito Positivo**. São Paulo: RT, 1992.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 4.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; FIÚZA, Ricardo. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SINDON, Maria José Othon. **Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

NOTAS:

[1] Publicado no D.J.,em 06 de abril de 1992, p. 4.499.

[2] Publicado no D.J., em 02 de setembro de 2002, p. 196.

[3] RSTJ 34/284.

[4] BITTAR, 1999, Op.cit., p. 155

[5] RDTJRJ 45/89.

[6] THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 65

[7] Dano moral no direito brasileiro, in RDR nº 8, p.4.

[8] Acórdão unânime da Terceira Turma, rel. Min. Costa Leite, publicado no D.J. em 15/04/2002, p. 216

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

[9] Publicado no D.J. 08/04/2002, p. 213.

[10] Acórdão da Quarta Turma, publicado no D.J. em 02/09/2002, p. 196.

[11] Acórdão unânime da Quarta Turma, em 03/12/88. Publicado no D.J. em 03/05/99.

[12] Acórdão da lavara do Min. Luiz Fux, publicado no D.J. em 30/09/2002, p. 204.

[13] Dano moral, RDR, nº 7, p. 10.

[14] Acórdão unânime da Quarta Turma, publicado no D.J. em 03/08/98, p. 244.

[15] SILVA, 2002, Op. cit., 841

[16] STJ - AgRg no Ag: 1240404 SP 2009/0197160-2, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 14/05/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2013

[17] Critérios para a fixação da reparação do dano moral. Grandes temas da atualidade: dano moral, p. 236.

[18] Acórdão sob relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no D.J. em 24/05/99, p. 172.

[19] Acórdão da Primeira Turma, rel Min. Luiz Fux, publicado no D.J. em 30/09/02.

[20] Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

[21] REsp 135.202/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 19-5-98

[22] Acórdão da Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no D.J. em 01/07/2002, p. 351.

[23] Acórdão da lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no D.J. em 02/09/2002, p. 197.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

[24] STJ , Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 08/05/2007, T2 - SEGUNDA TURMA

[25] REsp 427.560/TO, acórdão unânime de Primeira Turma, publicado no D.J. em 30/09/2002.

[26] STJ - REsp: 1139997 RJ 2009/0091125-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/02/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2011

[27] STJ - AgRg no AREsp: 442471 GO 2013/0397303-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 24/04/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2014

[28] STJ - AgRg no AREsp: 459026 AC 2014/0001914-9, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 24/04/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2014

[29] STJ - REsp: 1042208 RJ 2008/0063204-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/08/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/09/2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: UM CAMINHO PARA A HUMANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

RAÍSA BAKKER DE MOURA:
Bacharela em Direito e Advogada.

MONIQUE FALCÃO
(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho exsurge de uma visão crítica acerca resistência de algumas classes das instâncias judiciária e acadêmicas no que tange a implantação das audiências de custódia no âmbito penal. Em tese, estas deveriam ser as primeiras parcelas da sociedade a defender um modelo mais humanizado, como se apresenta em tal proposta. O sistema jurídico de aplicação do direito penal, tendo no processo a sua instrumentalidade, vem sofrido uma grande ascensão de ordem negativa, fruto do grande encarceramento em massa e do crescente *estado de policização*[1]. Soterram-se os princípios constitucionais que se irradiam na esfera penal: dignidade da pessoa humana, presunção de inocência[2] e da *ultima ratio***[3]**visando satisfazer uma falsa sensação de segurança, para o êxtase da população leiga. Medidas arbitrárias e, muitas das vezes, completamente desnecessárias, mostram-se um terreno fértil para violação de direitos individuais. A situação se agrava diante do fato de que a previsão de tal procedimento humanizador, qual seja, as audiências de garantia, já possuem fundamento em tratados e convenções nos quais o Brasil é signatário – o que demonstra a falta de efetividade e preocupação com a implantação do mencionado instituto. A pesquisa, que inicialmente, traz o cenário brasileiro como palco para as explanações primárias, buscou no âmbito internacional da proteção aos direitos humanos, sua fonte maior de sustentação. Neste diapasão, vislumbrando-se a ascensão do cárcere, bem como a necessidade de ser reformular as políticas públicas no âmbito penal, importante se faz a reflexão acerca de medidas que visam "lançar luzes" no processo penal como um todo (tal conceito não se adstringe ao processo literal, mas, sim, transcende a esfera judicial e alcança até mesmo os procedimentos ostensivos de policiamento), abrindo-se para um debate racional, dentro das instâncias acadêmicas e indo ao encontro dos espaços de aplicação do direito, *in loco*.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Palavras-chave: Direitos Humanos. Processo Penal. Criminologia. Política Criminal

ABSTRACT: The present work exsurges from a critical view about resistance of some classes of the judicial and academic instances regarding the implantation of custody hearings in the criminal area. In theory, these should be the first parts of society to defend a more humanized model, as presented in such a proposal. The legal system of application of criminal law, having in the process its instrumentality, has undergone a great rise of negative order, fruit of the great incarceration in mass and the increasing state of policization. The constitutional principles that radiate in the criminal sphere are dampened: dignity of the human person, presumption of innocence and the ultima ratio in order to satisfy a false sense of security, to the ecstasy of the lay population. Arbitrary measures, and often completely unnecessary, are fertile grounds for violation of individual rights. The situation is exacerbated by the fact that the prediction of such a humanizing procedure, that is, guarantee hearings, is already based on treaties and conventions in which Brazil is a signatory - which demonstrates the lack of effectiveness and concern with the implementation of the said institute. The research, which initially brings the Brazilian scenario as the stage for primary explanations, sought in the international scope of the protection of human rights, its greatest source of support. In this context, with a view to the rise of the prison, as well as the need to reformulate public policies in the criminal sphere, it is important to reflect on measures aimed at "shedding light" on the criminal process as a whole. ascribes to the literal process, but rather transcends the judicial sphere and reaches even the ostensible procedures of policing), opening itself to a rational debate, within the academic instances and going to meet the spaces of application of law.

Keywords: Human Rights. Criminal proceedings. Criminology. Criminal Policy

SUMÁRIO: Introdução. 1. Prisão e o Contexto Brasileiro. 1.1. Um Processo Penal Constitucional. 1.2. Um Passeio Pela Criminologia Crítica. 1.3. A Prisão Como Atriz Principal. 1.4. O "Superpoder" Judiciário.2. Audiências de Custódia.2.1. Do Direito Internacional ao Direito Interno 2.2. O Processo Penal e o Controle de Convencionalidade. 2.3. Primeiros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Passos e a Dinâmica do Rito. 2.4. As vantagens, Características e Regramento Jurídico Interno. 2.4.1. Citação necessária: a implantação das audiências de custódia como recomendação no relatório final da Comissão da Verdade. 3. A quebra de paradigma. 3.1. Caso Ueslei - São Gonçalo/RJ. 3.2. Reações dos Personagens do Jogo. 3.3. O Pioneirismo da Defensoria Pública. 3.4. Regulamentação no Estado do Rio de Janeiro. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Historicamente, a temática que circunscreve as audiências de custódia, inobstante, a princípio, ser um assunto novo no cenário jurídico brasileiro, já é abordada há certo tempo, após o advento da promulgação da Carta Política de 1988, no âmbito dos tratados internacionais, ora celebrados. Porém, sem a denominação utilizada atualmente. Mais precisamente na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aderida pelo Estado Brasileiro em 1992, tendo sido promulgada e internalizada pelo Dec. 678.

Nesse sentido, a previsão em tratados e convenções internacionais de direitos humanos, nos quais o Brasil tornou-se signatário, pressupõe uma fonte normativa de controle e, principalmente, aplicação das normas domésticas. Diante disso, diversas searas do direito são irradiadas por essas normas, e entre estas, principalmente, encontra-se o processo penal. Não seria equivocado, pois, afirmar, diante do raciocínio que, atualmente, para se alcançar um devido processo legal, este deve ser não apenas legal e constitucional, mas também convencional.

Busca-se com a presente monografia, demonstrar o quão necessário se faz a implantação das audiências de custódia, inobstante as diversas críticas, seja por parte de operadores do direito, seja por membros dos setores políticos, que se reservam a considerar apenas o ônus e não o bônus. Esta resistência coloca a questão carcerária brasileira em cheque, independente da deterioração de direitos e garantias fundamentais do ser humano, o que traduz um processo penal deficiente de real

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

correspondência com os Direitos Humanos, sendo tal rito já é encarado pela doutrina[4] como uma verdadeira "*cerimônia fúnebre*".

Aprioristicamente, tal trabalho poderia se limitar à seara processual e criminológica. No entanto, buscou-se ir *aquém* de tais pontos científicos, prosseguindo tal pesquisa a uma margem investigativa internacional e humanitária, em razão da previsão originária do instituto em comento.

Faz-se, de início, um breve passeio pelos conceitos da prisão, criminologia crítica e Poder Judiciário, sendo este último traduzido no atual contexto brasileiro em uma constante ascensão. O objetivo é demarcar os pontos fundamentais da realidade brasileira, no âmbito criminal, com o fito de justificar as reais necessidades de mudanças nesse ponto tão sensível do poder estatal. Nesse diapasão as audiências de custódia se encaixam em tal proposta modificativa, pelos fundamentos repartidos em três capítulos, trazendo-se, à baila, do controle de convencionalidade até as divergências entre o implantar e o não implantar.

A real importância de um debate democrático acerca das possibilidades de se efetivar tal medida é de um valor imensurável em termos científicos. Tendo em vista que para se chegar a uma defesa, no que tange a temas polêmicos (como se extrai no presente trabalho), necessário se faz ouvir "os dois lados da história". Nesta parte, consignou-se, no presente, um capítulo especial para enumerar os pós e contras dentro das relações travadas pelos personagens do jogo (ou operadores do direito, tradicionalmente), seja no âmbito da magistratura, seja no âmbito da Defensoria Pública. O ir além é um dos fundamentos teóricos deste tema, escolhido a partir de uma aula ministrada na Fundação da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Exsurge, a partir disto, o retrato fiel de um judiciário cerceado pelo tradicional formalismo, mas que, por outro lado, vive um momento de ruptura em termos de interpretação e aplicação do direito (além da letra que se lê).

1 PRISÃO, CONTEXTO BRASILEIRO E OS PRIMEIROS PASSOS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A história prisional brasileira encontra-se em seu *clímax* nos tempos atuais. Nunca se prendeu tanto, nunca se falou tanto em punição. A necessidade de segurança pressupõe a necessidade do encarceramento como garante de uma falsa paz social. A prisão como protagonista, consoante se demonstra em pesquisas recentes[5], fez o Brasil alçar o terceiro lugar no *ranking* mundial de países com a maior população carcerária do mundo.

A prisão, nos dizeres de Luigi Ferrajoli[6], tem se convertido no sinal mais evidente a crise da jurisdicionalidade, da tendência de administrativização do processo penal e, sobretudo, da sua degeneração num mecanismo diretamente punitivo.

Nessa esteira, a medida de maior restrição que incide diretamente na vida do indivíduo, encontra-se no epicentro de todo o sistema de medidas cautelares existentes em nosso sistema processual, o que torna quase que inócuo o uso destas outras.

A função do direito processual penal, nos dizeres de Aury Lopes Jr.[7]deve ser pensada à luz de uma concepção constitucional, como instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias da Constituição:

> *Não vejo alternativa em meio a uma democracia. Ao mesmo tempo em que o Processo Penal é regido pelo princípio da necessidade, pois não existe pena sem prévio Processo Penal (nulla poena sine iudicio), não pode ele ser desconectado do regime de garantias individuais da Constituição. É o processo penal um limite ao poder punitivo do Estado, um caminho legitimador da pena. Não há incompatibilidade entre garantir e punir. Podemos (e devemos) respeitar as regras do processo e punir ao final, se for o caso.*

Ao se falar de prisão não se pode deixar de citar as lições de Michel Foucault [8]que com maestria e munido de toda a razão admite

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

que: "*conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto não 'vemos' o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.*".

Nesse sentir, em meio à problemática que transita entre a punição e a sensação de insegurança, a intervenção penal — como última instância procedimental de apuração e concessão de respostas aos que saem dos padrões de segurança social —, deve encontrar a primeira barreira para o intervencionismo desenfreado, seja no âmbito doméstico, seja nas cortes internacionais: o princípio da presunção de inocência[9]. Como pensar uma democracia de garantias e direitos sem tal axioma?

Tal princípio, consubstanciado positivamente em nossa Constituição Federal de 1988[10], no notório rol de direitos e garantias fundamentais, é parte de todo o sistema que norteia as relações, norteando, assim, uma matriz de segurança a qualquer um que venha a ser processado, perante um poder imparcial e munido das proteções necessárias para realizar um julgamento justo e dentro das conformidades constitucionais e convencionais[11].

No entendimento de Larenz[12], os princípios devem fincar o marco em que se desenvolverá essa regulação, possuindo uma função positiva, para determinar os valores que devem entremear o processo de regulação jurídica. Em contraposição, em sua função negativa, os princípios excluem os demais valores opostos e as regras que deles derivem. Os princípios são pensamentos diretores que orientam a regulação jurídica na direção do "justo" e, nesse sentido, formam a representação jurídico-positiva dos princípios do Direito Justo.

Partindo desse ponto, é importante fixar os contornos que circunscrevem os princípios, o que nos remete, diretamente, às lições preciosas de Robert Alexy[13], que magistralmente professa:

> *Los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades jurídicas y reales existentes. El ámbito de*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas ono. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre regias y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.*

Contornadas tais premissas que orientam o raciocínio que aqui se deseja passar, é evidente que estamos diante de mudanças paradigmáticas quando estamos diante dos assuntos criminais, principalmente, na esfera da liberdade. O Brasil caminha em passos lentos para a expansão de um processo penal "do amigo[14]" e não do inimigo.

Por isto, é de suma importância pensar todo o arcabouço pratico e teórico no que concerne às esferas do poder punitivo dentro de um viés constitucional-principiológico. Até aqui, o limite será a Constituição Federal, no entanto, para sustentar o tema que aqui será trabalhado, haverá uma transcendência nas fontes para buscar o fundamento humanitário de toda a exposição.

Nesse sentido, há a necessidade da valoração de todo o sistema que compactua e subscreve a o fortalecimento da Dignidade da Pessoa Humana, tendo como parâmetros normas além daquilo que é elaborado pelo legislador nacional. Esse "*passeio normativo*" não se baseia apenas na letra da lei, consoante a moderna doutrina defende. Temos aqui o Princípio da Juridicidade[15], que é considerado um dos espeques da moderna doutrina administrativista[16]. Tal axioma se traduz em legítima ampliação de interpretação, do método hermenêutico, indo *aquém* da letra lei, ou, do princípio da legalidade. Sendo consequência da Juridicidade a visão de que o império da lei deixou de ser o único elemento legitimador. Não cabe aqui um maior aprofundamento, até pelo objeto do trabalho, inobstante a tentação de se falar mais a respeito.

1.1 Um Processo Penal Constitucional

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Partindo das lições da sociologia em Émile Durkheim "*a violência é um subproduto social decorrente de falhas no processo de socialização das pessoas e da ineficiência das instituições sociais modernas*". Nesta linha, o objeto do rito processual penal é a própria violência em seu sentido amplo e estrito, tida como forma de descompasso com a ordem social vigente, ou, em outras palavras, a as condutas padronizadas tendo como parâmetro o homem médio[17].

Essa violência, muitas das vezes, é a justificativa para usurpar as competências estatais, criando-se um direito processual do inimigo, o que não compactua com as diretrizes da mais moderna doutrina e condução evolutiva das sociedades. Aqui não cabe espaço para justificativas vãs. A Constituição será sempre a viga mestra, consoante os ensinamentos de renomados juristas no assunto. Essa evolução de pensamento e de conduta nos eleva ao conceito de Processo Penal Constitucional.

Para se chegar a esta construção Constitucional devem ser considerados limites bem elaborados e, muitas das vezes, fora do senso comum. O fundamento do seu papel nos dias atuais demanda o manuseio de perspectivas contemporâneas para uma (re)discussão do fundamento da existência do próprio processo: À quem este serve?

Igualmente, a leitura que aqui se faz e que fundamenta a existência do processo penal contemporâneo, são as linhas emanadas pela Constituição Federal de 1988. Nos ensinamentos de J. Goldschmidt, em uma de suas mais brilhantes conclusões, *in verbis*:

> *Os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa do que o segmento de sua política estatal em geral; e o processo penal de uma nação não são outra coisa do que o segmento de sua política estatal em geral; e o processo penal de uma nação não é se não um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição. Neste diapasão, se estivermos diante de uma Constituição democrática, como a nossa, o processo penal que se dará de forma correspondente será o*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> *mais democrático possível sendo este um meio, um verdadeiro instrumento para a efetivação garantias constitucionalmente atribuídas ao indivíduo.**[18]***

Para se responder a anterior pergunta (a quem está a serviço o processo penal?), é de se pensar, quem são os participantes do jogo processual ali envolvido. Porém, antes de delimitar o aspecto mais subjetivo do presente estudo, e por inegáveis razões de justiça acadêmica, é de se rechear a narrativa com os magistrais ensinamentos do Prof. Juarez Tavares, no qual ensina que a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência. [19]

Na mesma esteira, Geraldo Prado destaca a importância da Constituição na perspectiva de fixar "com clareza as regras do jogo político e de circulação do poder e assinala, indelevelmente, o pacto que é a representação da soberania popular e, portanto, de cada um dos cidadãos[20]".

Pelo exposto até aqui, é de suma importância a ratificação do papel irradiador da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 na seara Processual Penal. Um Estado que se diz "de Direito", e possui um dos maiores diplomas constitucionais do Mundo, quando o assunto é o extenso e analítico rol de direitos e garantias, não pode conceber dentro do seu sistema jurídico um distanciamento do seu sistema jurídico dos ditames da Lei Maior. Nesse diapasão, conclui-se que a produção legislativa processual penal, bem como todo arcabouço vigente, anterior à promulgação da Constituição da República, devem observar os preceitos e princípios — que possuem sua força normativa e otimizadora, consoante o defendido anteriormente[21] — emanados do Constituinte Originário. É fundamental para a evolução do que conhecemos como Processo Penal.

1.2 Um Passeio pela Criminologia Crítica

> *Existe uma representação simbólica profunda, que acompanha a história da civilização e do controle social, e que subjaz a estruturas e organizações culturais do*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *nosso tempo (como belicismo, capitalismo, patriarcalismo, racismo) e através delas se materializa, potencializando, com seu tecido bélico, específicas bipolaridades: esta representação é o 'maniqueísmo', uma visão de mundo e da sociedade dividida entre o bem e o mal [...]* ***[22]***

Todas as definições advindas da criminologia crítica, como uma ciência plúrima que incide em diversos fatores dentro do conceito de crime, trazem o aspecto objetivo e subjetivo. A primeira engloba as instituições de controle social e, a egunda, os agentes envolvidos com o fato crime, bem como a sua prevenção: as esferas políticas (parlamentares — estes que possuem o *múnus* de formular os textos legais, com os devidos comandos criminalizantes), e as agências de criminalização secundária (policiais, promotores, juízes, advogados agentes penitenciários) — as quais traduzem a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que se desenvolve desde a prevenção ostensiva, indo para a investigação policial e, finalmente, adentrando-se à seara judicial, no decorre do processo como um todo. [23]

Todo esse trajeto é campo fértil para o estudo da criminologia, e aqui, mais precisamente, a criminologia crítica.

Eugenio Raul Zaffaroni, renomado jurista latino-americano, aproxima, em bela exposição, a criminologia ao "saber a arte de despejar discursos perigosistas" e nada mais do que o "curso dos discursos sobre a questão criminal.".[24]

Nesta narrativa, falar em Criminologia Crítica é falar nas lições de Alessandro Baratta que traz as diretrizes do objeto que a fundamenta. Em sua obra *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*[25], o Autor traz à *lumen* a luta por um estudo criminológico independente, fruto da grande influência das ciências sociais no estudo político-jurídico. Aliás, o direito em si, é uma ciência social. Distanciar esses institutos é aumentar as distâncias entre o que diz o Direito e a realidade que o cerca.

Consoante às lições extraídas do citado Autor, a ideia é de uma tarefa fundamental outorgada à criminologia em realizar uma teoria crítica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

da realidade social do direito, na perspectiva de um modelo integrado de ciência penal. Para ele, o jurista seria um cientista social que domina uma técnica jurídica.

A criminologia crítica, que sustenta que o sistema penal é na verdade quem constrói a criminalidade ao etiquetar a clientela preferida da prisão (pobres, negros, estrangeiros e marginalizados em geral). Esse sistema de controle social acarreta a manutenção das estruturas quando, em verdade, deveria proteger os sujeitos, a dignidade de todos, independente do lado que figura na dinâmica do crime.

Conforme o citado por Juarez Cirino dos Santos, a maior parte da criminologia, especialmente em instituições ligadas à realidade oficial, concentrada em pesquisas sobre reincidência, métodos de prevenção, regimes penitenciários segue o esquema liberal e não o criminológico crítico[26] no enfoque do sistema penal. Todas estas teorias da criminologia liberal e da dogmática penal que traduzem as funções declaradas da pena — para conter a criminalidade de sujeitos perigosos — se opõem então ao enfoque da criminologia crítica que vê a pena como parte essencial do sistema capitalista e não apenas como uma busca pela segurança da sociedade, mas sim como uma verdadeira construção social da criminalidade.

Para Baratta (ao comentar as funções da pena, segundo Foucault), o sistema punitivo tem uma função direta e indireta. A função indireta é a de golpear uma ilegalidade visível para encobrir uma oculta; a função direta é a de alimentar uma zona de marginalizados criminais, inseridos em um verdadeiro e próprio mecanismo econômico ('indústria' do crime) e político (utilização de criminosos com fins subversivos e repressivos).[27]

A ressignificação do poder punitivo é o principal objeto da criminologia crítica, que foge do convencionalismo "Lombrosiano" no que se refere ao estudo do crime e de suas causas. Tal ciência traz a aproximação dos fatores incidentes na realidade social e que, fortemente, incidem nas causas e nas consequências do fato social conhecido como crime. Nos ensinamentos de Vera Malaguti Batista:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> *Como recebemos e digerimos as teorias do centro hegemônico. É esse o dilema da reconstrução das criminologias críticas, suas traduções traidoras, seus objetos transplantados, suas metodologias reinventadas. De que maneira a criminiologia faz parte da grande incorporação colonial do processo civilizatório? Quantas rupturas criminológicas serão necessárias para reconstruir nosso objetivo, nossa metodologia, a nosso favor?**[28]***

Ao se analisar a passagem do sistema inquisitorial para o acusatorio, constata-se a importância, dentro desta "evolução ", da definição dos papeis exercidos por cada "*parte*" no jogo processual penal:

> *É Foucault quem aponta a crítica das Luzes ao modelo inquisitorial através dos conceitos de oficialidade, imparcialidade, presteza e publicidade. O utilitarismo vai propor utilidade e eficiência. As codificações deverão ser limitadoras e fundamentadoras, o castigo vai ser racionalizado e o objetivo não é vingar, nem punir menos, mas punir melhor. **[29]***

A crítica das luzes traz a referência ao pensamento iluminista, que, há época, já concebia rejeição pela prática da tortura, tendo as provas para a conclusão da verdade, ganhado a sua força. A mera suspeita perde força, diferentemente do que ocorria no sistema antigo[30] (idade média), em que se bastava um achismo para desencadear uma condenação.

Nessa progressão temporal, conclui-se que viver em coletividade social, é nunca ser inteiramente livre, e para garantir o cumprimento dos direitos o Estado Moderno tomou para si o monopólio da aplicação da justiça nos casos de conflito e de perturbação do meio social humano.[31] A grande questão é: O Estado é capaz de desenvolver tal dinâmica dentro dos ditames garantistas nos quais pactua em seu ordenamento jurídico? As instituições têm real legitimidade de acordo com a valoração da pessoa humana? A dicotomia que circunscreve o crime, entre o bem e o mal, com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

uma comum interpretação maniqueísta do estado das coisas, faz surgir a criminologia crítica, como ciência social de resistência.

A esta dita resistência que circunscreve a teoria criminológica é um verdadeiro convite à mudança de pensamento. Aos que pensam ser uma ciência equidistante e disposta apenas a analisar o crime em si, a criminologia crítica se faz presente em toda a forma de estudo das instituições jurídicas e legais que fazem parte da seara criminal, trazendo um pouco de realidade às falidas instituições do Estado Policial não cumpridor de seus deveres com a dignidade da pessoa humana.

1.3 A prisão como atriz principal

Em meio ao Estado Democrático de Direito, incluindo neste, o papel do legislador no sentido de produção de leis que visem ratificar e efetivar o que se entende por *ultima ratio* da imposição constritiva de prisão vislumbra-se um verdadeiro "império das grades".

O Estado Brasileiro admite duas formas de prisão –em âmbito penal- a saber: i) a *prisão penal*, também chamada de *carcer ad poenam* e ii) a *prisão cautelar*;também chamada de *carcer ad custodiam*. O destaque do presente trabalho, devido a temática das audiências de custódia, é a prisão em flagrante (objeto e razão de tal proposta).

A prisão pode ser entendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere em virtude de flagrante delito ou ordem fundamentada do juiz competente[32]. Em outras palavras, consoante às lições de Greco Filho:

> *Prisão pena é a que resulta da condenação transitada em julgado, conforme previsão do Código Penal. Prisão processual é a que resulta do flagrante ou de determinação judicial [...] com os pressupostos de medida cautelar* [33]

No que tange a prisão cautelar, que é uma das opções à disposição do juiz após o flagrante, a doutrina processual penal muito se digladiou a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

respeito dos pressupostos para decretação dessa espécie constritiva. Com o advento da Lei n° 12.403/2011 o legislador trouxe requisitos mais objetivos para a privação de liberdade do indiciado/acusado durante a persecução penal.

A reforma também criou uma série de medidas cautelares diversas da prisão, isto é, afastaram-se as únicas duas possibilidades abertas para o juiz diante de uma prisão em flagrante; antes do citado diploma legal, a atuação do magistrado era traduzida no binômio liberdade provisória/prisão preventiva.

Após a mudança, o artigo 319 do Código de Processo Penal passou a elencar uma série de medidas cautelares as quais, muitas das vezes, são suficientes para proteger a eficácia do processo ou evitar o cometimento de novos delitos.

Desta forma, hodiernamente, além da presença dos clássicos *fumus comissi delicti* e *periculum in libertatis*, para decretação da prisão preventiva, deve-se observar seu caráter de *ultima ratio*, isto é, a prisão cautelar só deve ser decretada quando revelada a ineficácia ou insuficiência das medidas cautelares diversas. Para uma conclusão tão delicada destas, mister se faz ter o máximo de dados possíveis.

Nesse prosseguimento, o *fumus comissi delicti* entende-se a plausibilidade do direito de punir, evidenciado pela prova da existência do crime – materialidade – e indícios suficientes de autoria. O *periculum in libertatis*, no caso da prisão preventiva, está evidenciado no art. 312 do CPP, nos casos de garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência – leia-se necessidade- da instrução criminal e asseguração da aplicação da lei penal.

Historicamente, não é característica do século XXI o uso, por parte do Estado, de instrumentos punitivos como forma de mostrar à sociedade que algo está sendo feito no combate à criminalidade. Essa prática remonta à idade média e fora amplamente utilizada em épocas como a Santa Inquisição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com efeito, o Estado valia-se, inclusive, da tortura para obter confissões dos acusados. Entretanto, esta prática fora incisivamente combatida pelos iluministas a partir do século XVIII. Na Vanguarda daqueles tempos, Césare Beccaria defendia uma humanização das penas, consoante se depreende do seu estudo:

> *É monstruoso e absurdo exigir que um homem acuse-se a si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade por meio dos tormentos, como se essa verdade estivesse nos músculos e nas fibras do infeliz!* [34]

É evidente que os instrumentos modificaram-se ao passo que na antiguidade torturavam, queimavam ou enforcavam pessoas em praças públicas, atualmente prende-se, valendo-se dos meios modernos para a competente divulgação do "*excelente*" trabalho estatal.

No seio do Estado brasileiro, ao contrário do que é comumente divulgado em meio aos grandes veículos de comunicação, bem como nas redes sociais — que podem ser consideradas, atualmente, o principal meio de propagação instantânea de informações, inclusive as inverídicas — há um imenso percentual de processos em trâmite na justiça criminal, bem como, rotineiramente, há uma crescente estimativa das prisões realizadas, seja na fase processual, seja na fase executiva.

Em verdade, consoante o já destacado, não há discurso punitivo, que adentre nesse sentido que se mantenha estabilizado diante dos reais números que — parcialmente — tentam descrever o quanto "prendemos muito". Aos que preferem se basear em montagens e sensacionalismos, os dados estão em razão do princípio da publicidade — um dos pilares de um Estado Democrático de Direito —, à disposição de todos.

No decorrer da lapidação do ensino jurídico, onde se é fundamental quebrar paradigmas, muitas das vezes, torna-se árdua a tarefa de desconstruir [35]as obviedades. Conforme se defende nesta narrativa, olhar para a prisão como um último recurso, principalmente, quando estamos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

diante de um cenário permeado por medidas cautelares diversas da prisão, requer um exercício de racionalidade e reflexão.

Da situação de flagrância ao desmembramento do caso, em sede judicial, há uma verdadeira *via crucis,* tanto para o acusado, quanto para todos os sujeitos envolvidos por laços afetivos a este quanto à vítima do fato. É importante alimentar uma visão crítica, principalmente, por parte do operador do direito, seja os em fase de graduação, seja os que já militam nas diversas esferas profissionais da seara jurídica — principalmente na seara criminal. Somente a quebra de paradigma pode desencadear uma nova forma de enxergar a prisão — e aqui, não como uma suprema solução dada a qualquer sorte, mas, sim, como uma medida adequada e tendo como premissas o caso, a gravidade e a real necessidade.

1.4 O "superpoder" judiciário

> *Fazer justiça a essa necessidade significa reconhecer que, em uma oposição filosófica clássica, nós não estamos lidando com uma coexistência pacífica de uma face a face, mas com uma hierarquia violenta. Um dos dois termos comanda (axiologicamente, logicamente etc.), ocupa o lugar mais alto. Desconstruir a oposição significa, primeiramente, em um momento dado, inverter a hierarquia.**[36]***

Em uma leitura sistêmica, é comum ouvir referências ao poder judiciário como uma verdadeira mãe disposta a dar aos seus filhos tudo o que for pedido, tudo o que for possível.

O protagonismo do Judiciário — e aqui não cabe apenas pensar na esfera criminal — é motivado pela grande crise que assola os Poderes Executivo e Legislativo, no que concerne às suas representações. A falência e o descrédito acabam por transferir toda a carga valorativa, toda a esperança em um futuro um pouco melhor, para os "homens de toga".

Com efeito, esse clamor público acaba por desenhar, dentro dos simbolismos já existentes na "cultura judiciária", verdadeiros personagens,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

consubstanciados em legítimos justiceiros que, sob a alegações prematuras, ainda que *prima facie* sejam justas, não estão lastreadas por um mínimo conteúdo probatório.

O popular vê no judiciário a figura do corretor social, de verdadeiro pai, já que é órfã do legislativo e executivo. O somatório desse cenário não tem alicerce para se tornar algo positivo, justamente pela falta de equilíbrio em que se enxerga um poder. Como em tudo na vida demanda certo equilíbrio, com questões políticas, judiciárias e legislativas, não poderia ser diferente.

Neste diapasão, quando o assunto é Direito Penal, pouco importa à sociedade se a decisão está de acordo com o direito positivo, se o juiz observou os ditames da Constituição e da legislação infraconstitucional; se a sentença ou acórdão não atender ao que se espera do Poder-Pai- que é fazer o que é certo do ponto de vista cultural, ético, dos bons costumes e (por que não?) religioso - a decisão é errada e, portanto, injusta.

Espera-se do judiciário um castigo exemplar àqueles que violam o que é tido como certo; entretanto, filosoficamente, e sem sair do enredo... O que seria o certo? Aqui não nos cabe aprofundar em tais considerações, inobstante serem tentadoras.

O cidadão comum — e aqui não cabe qualquer tipo de leitura pejorativa nessa adjetivação — espera do judiciário sempre o melhor (o que *per si* já se pressupõe um aspecto subjetivo, o que vai ao encontro da psicologia), e não no que está amparado nas provas colidas, dentro dos limites constitucionalmente delimitados. Essa submissão, ainda que indireta, das esferas "da justiça" ao clamor geral, tem levado ao judiciário verdadeiras crises de divergências. Entre o que é certo, dentro dos limites legais e sustentado pelas provas e o que a maioria espera.

Igualmente, o desprestígio evidente dos outros poderes da República, consoante o já destacado, realizou uma grande canalização de energia e, sobretudo, de esperança às "instâncias togadas pertencentes à Deusa da Justiça". Porém, é importante transmitir a mensagem de que, assim como o Executivo e Legislativo, dentro de suas atribuições próprias e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

impróprias, não se pode esquecer que, dentro dos parâmetros constitucionais e, também, convencionais, não se pode trabalhar com emoções dentro de delicadas situações, principalmente, quando o assunto é presunção de inocência, liberdade e direito.

A sociedade brasileira deve saber como funciona o sistema penal para, assim, discuti-lo e, se achar necessário, modifica-lo, através de representações legitimamente eleitas. Ou, para os mais ousados, adotar a alternativa de filiar-se a um partido e "*tentar a sorte*" na "*grande festa da democracia*" — leia-se eleições.

Para corroborar e não ousando escapar do que se sustenta até aqui, é de se destacar que os juízes devem aplicar a lei, os princípios, e não receitas de bolo indiscriminadas com base no tal "livre convencimento de tudo". Por essa razão os magistrados devem entender o motivo pelo qual gozam de tantas garantias constitucionalmente estabelecidas; justamente para se blindarem de fatores externos. Aliás, tal sugestão se direciona à todos os sujeitos que trabalham com vidas, quando o assunto é Direito. Isto é uma responsabilidade de todos, até dos estudantes.

Para ilustrar e já adjetivando como uma forma corajosa de manifestação pública, após diversos percalços fruto de uma influência popular massiva no seio dos tribunais, no deslinde de processos criminais, em entrevista concedida ao jornal O Globo[37], o Ministro Luís Roberto Barroso, baluarte da doutrina constitucional brasileira, asseverou, em brilhante síntese e indo ao encontro do que se defende na presente exposição, que:

> *É justamente quando esses sentimentos afloram na sociedade que você precisa de um juiz corajoso para fazer o que é certo [...] sirvo à justiça e não à opinião pública. Um juiz digno desse nome não joga para a plateia.*

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

2.1 Do direito internacional ao direito interno

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Preambularmente, ao contrário do que se poderia imaginar, a previsão das audiências de custódia tem amparo normativo há mais tempo do que se poderia imaginar. Após o advento da Constituição cidadã, o Brasil aderiu à Convenção Americana em 1992, tendo-a promulgado, aqui, pelo Dec. 678, em 6 de novembro daquele ano. Igualmente, nosso país também aderiu aos termos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) naquele mesmo ano, tendo promulgado pelo Dec. 592. Ambos os diplomas internalizados, possuem traços em comum:[38]Dispõe o art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (também denominada de Pacto de São José da Costa Rica), que:

> *Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais.*

No mesmo sentido, assegura o art. 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que:

> *Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais.*

Nessa narrativa, mister se faz compreender a eficácia desses diplomas no direito doméstico brasileiro, no que tange a aplicação de tais disposições convencionais. Aqui, adota-se a doutrina do apoio à supremacia do produto normativo constante daqueles tratados internacionais de direitos humanos, consoante o disposto no parágrafo 2.º do art. 5.º, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

> *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Indo de encontro ao que se propaga, de forma majoritária, no Pretório Excelso[39], no sentido de que tais normas integrariam a o núcleo supralegal e partindo do entendimento de que os direitos expostos nos diplomas internacionais foram incorporados, de forma que possuem hierarquia constitucional, corrobora-se com o entendimento da Prof.ª Flávia Piovesan que, assim, sustenta:

> *Quando a Carta de 1988 no citado art. 5.º, § 2.º, está ela a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.*

E conclui a ilustre Procuradora do Estado de São Paulo:

> *Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos.* [40]

Assim, ao incorporar em seu texto esses direitos internacionais, está a Constituição atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, "a natureza de norma constitucional", os quais passam a integrar, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, interpretação esta consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. De forma que não há falar-se que os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte têm caráter de norma infraconstitucional. (22) A própria função do Estado de proteger e promover a dignidade da pessoa humana já indica esta tal impossibilidade[41].

Diante desse cenário, indaga-se: passados, então, mais de vinte anos da incorporação ao ordenamento jurídico interno dos citados diplomas internacionais de direitos humanos, por que a relutância em cumpri-los?

2.2 O Processo penal e o controle de convencionalidade

Primeiramente, cabe salientar a significação de convencionalidade, em sede de parâmetro de controle. Nas preciosas lições de Alice Bianchini e Valério de Oliveira Mazzuoli:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *Para os cultores do Direito clássico, a validade de uma lei (e sua consequente eficácia) depende do exame de sua compatibilidade exclusivamente com a Constituição do Estado. Hodiernamente, verificar a adequação das leis com a Constituição (controle de constitucionalidade) é apenas o primeiro passo a fim de se garantir validade à produção do Direito doméstico. Além de compatíveis com a Constituição, as normas internas devem estar em conformidade com os tratados internacionais ratificados pelo governo e em vigor no país, condição a que se dá o nome de controle de convencionalidade.**[42]***

Percebe-se, dentro desse diálogo de fontes, que entre o direito internacional e o direito interno — mais precisamente o direito processual penal — não há um esgotamento sob o aspecto constitucional. Há, em verdade, uma transcendência que sustenta, por força do sistema adotado, no que se refere aos direitos humanos, transformando os tratados e convenções em fontes de sintonia na aplicação e elaboração de normas internas. Podemos fazer uma analogia com uma barreira de contenção, sempre dentro dos parâmetros de soberania inerentes ao Estado Brasileiro.

Neste diapasão, e indo ao encontro do que se sustenta no presente trabalho, não seria exagero falar, atualmente, que para se alcançar um devido processo, esse deve ser, não apenas legal e constitucional, mas também convencional. Nesse sentido, Nereu Giacomolli tem absoluta razão quando afirma que:

> *Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em*

processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo. [43]

Parece-nos possível identificar, na superação deste enclausuramento normativo que somente tem olhar para o ordenamento jurídico interno, o surgimento, talvez, de uma nova política-criminal, orientada a reduzir os danos provocados pelo poder punitivo a partir do diálogo (inclusivo) dos direitos humanos. É imprescindível que exista uma mudança cultural, não só para que a Constituição efetivamente constitua-a-ação, mas também para que se ordinarize o controle judicial de convencionalidade.[44]

Indo ao encontro do que até o momento se defende na presente exposição, o controle de convencionalidade já se apresentou em nosso judiciário, mais precisamente, em nosso órgão de cúpula, pela via difusa: (Usando como exemplo o julgamento dos HC 87.585-TO e RE 466.343-SP), Inobstante ter sido voto vencido, o Min. Celso de Mello lhes conferiu valor constitucional a estes diplomas que versam sobre direitos humanos, ora internalizados, após ratificação. Porém, por cinco votos a quatro, foi vencedora (por ora) a primeira tese liderada pelo Min. Gilmar Mendes em uma das decisões mais históricas de toda sua jurisprudência. Conferindo hierarquia supralegal.

Em verdade, ambas as teses podem ser usadas como sustentáculo ao argumento da máxima efetividade, independente de posição constitucional ou supralegal. A CADH é sim um paradigma a ser observado e levado em consideração. Quando se adentra na seara da dignidade da pessoa humana, a aplicação de tratados e convenções deve se dar com a máxima efetividade.

2.3 Primeiros passos e a dinâmica do rito

Consoante o veiculado no site do Supremo Tribunal Federal, o Projeto Audiência de Custódia consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere.[45]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Em 15 de janeiro de 2015, houve a aprovação deste pelo Senhor Ministro Presidente do STF e do Conselho Nacional de Justiça, Ricardo Lewandowski. Ainda em 09 de abril de 2015 o Ministro Lewandowski assina acordo para incentivar aplicação de medidas alternativas cautelares, concluindo, dentro desde pacto que, as audiências de custódia podem reduzir o número de detentos encarcerados, o que, no seu entender, contribui para resolver o problema do sistema penitenciário brasileiro, que é deficiente, anacrônico, gerador de violência e de violação de direitos humanos, segundo afirmou o ministro. Algumas unidades prisionais podem ser comparadas a "*masmorras medievais, verdadeiras escolas do crime*", concluiu o ministro da Justiça.[46]

Tal proposta visa efetivamente garantir que, em até 24 horas, o preso seja apresentado e entrevistado pelo Magistrado, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

Durante a audiência, será analisada a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, além de eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades, o que, de pronto, já nos remete ao viés eminentemente transparente e garantista do procedimento a ser implantado.

Importante se faz estabelecer uma interação preso x Estado-Juiz, no sentido de fornecer aos participantes do rito de custódia dados sobre possíveis arbitrariedades. Infelizmente, temos que trabalhar com uma realidade em que nem sempre o desenvolver dos trabalhos pelas agências policiais, no que tange as esferas da flagrância é realizado com probidade e respeito aos direitos e garantias fundamentais.

2.4 As vantagens, características e regramento jurídico interno.

A questão da demora na apresentação do preso perante a autoridade judiciária traduz um dos maiores desafios no que se refere à efetivação de direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Nesse

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

ínterim, o *novel* procedimento (que aqui está, também, sendo denominado de "*audiência de garantia*"), traz um novo elo de ligação entre os atores participantes do jogo processual penal: juízes, promotores, defensores ou advogados.

A legalidade e a eficiência serão ratificadas como verdadeiros *standards* de conduta a serem observados por tais figuras. Pode-se pensar que além de uma mudança jurídica, trata-se de um legítimo marco cultural, em decorrência do modo diferenciado em que deverá ser visualizado os ritos preparatórios no âmbito processual penal.

Consoante o trabalho realizado por Aury Lopes e Caio Paiva, *in verbis:*

> *A mudança cultural é necessária para atender às exigências dos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também para atender, por via reflexa, a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5.º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3.º, do CPP. Em relação a essa última garantia – contraditório – é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual.**[47]***

Quando se falar em vantagens, podemos citar, além do já exposto em relação a própria consonância com os textos internacionais, corroborando, nesse sentido, com toda a sistemática constitucional, que o encontro entre juiz e preso causa uma quebra do paradigma da "fronteira de papel", trazendo uma aproximação maior entre tais sujeitos.

Além disso, e partindo para um viés no que tange reducionismo carcerário, a implantação das audiências de custódia é um grande marco na valoração de outras medidas cautelares diversas da prisão (conforme o que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

consta no art. 319 do código de ritos penais[48]). O que varia de acordo com o caso concreto, dentro do que o juiz de garantia vislumbra, dentro de uma confrontação dos depoimentos do acusado e de outros sujeitos envolvidos.

Partindo para o viés do regramento interno, mais precisamente, com a questão do PL 554/2011, inobstante os argumentos esposados na defesa e uma aplicação direta dos tratados e convenções internacionais, é de se destacar a importância normativa para a promoção do novo modelo de apresentação do preso em juízo. Nesse sentido, o projeto de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

> *Art. 306. (...)*
>
> *§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.*

No entanto, sofreu a incidência de emendas quando foi apreciado pela Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), advindas do Senador João Capiberibe, a qual, devidamente aprovada – por unanimidade – naquela Comissão, alterou o projeto originário, conferindo-lhe a seguinte redação:

> *Art. 306. [...]*
>
> *§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

se estão sendo respeitados os seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2.º A oitiva a que se refere o § 1.º não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 3.º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 4.º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 2.º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

É de se notar que a partir do projeto originalmente apresentado, até a elaboração das emendas, houve uma verdadeira regulamentação do instituto, fechando os conceitos muitas das vezes passíveis de interpretações equivocadas. Podemos citar os delineamentos que vão desde a autoridade responsável pela cerimônia judicial (Juiz), até no que tange o prazo em que tal medida deve ser viabilizada (em até vinte e quatro horas da prisão), além de cercar a realização da audiência de custódia das garantias do contraditório e da ampla defesa quando prevê a imprescindibilidade da defesa técnica no ato.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Posteriormente, o PLS 554/2011 passou e foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) em 26.11.2013, chegando, depois, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), onde foi distribuído para o Senador Humberto Costa (relator) e recebeu, em 25.06.2014, uma emenda substitutiva de autoria do Senador Francisco Dornelles, que se limita basicamente a alterar a versão original do PLS para nele estabelecer que a audiência de custódia também possa ser feita mediante o sistema de videoconferência. Eis a redação deste substitutivo:

> *Art. 306. [...]*
>
> *§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, pessoalmente ou pelo sistema de videoconferência, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.*

O Eminente Senador justifica tal mudança em razão da prevenção de riscos a segurança pública, defendendo a diminuição da circulação de presos pelas ruas da cidade e nas dependências do poder judiciário.

Com todo o respeito ao Parlamentar autor de tal emenda, mas tal substitutivo distancia a *ratio legis* da proposta originária ao defender um distanciamento, ainda que físico, em uma circunscrição tão sensível como o rito processual penal. É de suma importância levar em consideração que tal proposta visa propiciar uma maior aproximação, como a já citada superação da fronteira de papel. Trata-se de uma das mais graves manifestações de poder do Estado.

Visto isto, não prosperam, também, os argumentos no sentido econômico que tentam rechaçar a implantação e efetivação de tal direito fundamental. Em uma ideologia economicista, o Estado se usa, rotineiramente, de argumentos do tipo para se afastar de funções

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

essencialmente participativas. Como nos exemplos, infelizmente corriqueiros, da falta de juízes que presidem audiências.

Essa virtualidade em matéria criminal só tem a gerar uma imensa insegurança, juntamente com outras percepções como insensibilidade e indiferença (sendo que estas duas últimas já são corriqueiras nos corredores e salas de audiências das varas criminais). O princípio da eficiência, aqui usado como um dos pontos fortes dessa alteração, não possui motivos fortes para se fazer resistir, pois a verdadeira eficiência em matéria criminal é proceder e fazer prosseguir um processo legal e, acima de tudo, constitucional. Garantindo a verdadeira paridade de armas.

Como um verdadeiro processo de desumanização, este não deve prosperar, sendo um dos pontos que precisam ser drasticamente trabalhados pelos gestores públicos quando o argumento aventado é o da economia e da celeridade (mesmo ao se passar por cima de vidas, e, em alguns casos, inocentes que ali figuram como réus).

Como podemos aceitar audiências presididas de forma precária, muitas das vezes sem nem ao menos contar com a participação de um Defensor Público de carreira? Infelizmente, prática e teoria não têm andado de mãos dadas no fantástico mundo judicante. Mas enquanto houver resistência, haverá permanência da luta pelo óbvio.

2.4.1 Citação necessária: a implantação das audiências de custódia como recomendação no relatório final da Comissão da Verdade

Antes de tudo, cabe expor o comando legal dos objetivos da Comissão Nacional da Verdade[49]:

> *Artigo 3º – São objetivos da Comissão Nacional da Verdade*
>
> *VI – **recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos,** assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional;*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> *Artigo 11 – A Comissão Nacional da Verdade terá prazo até 16 de dezembro de 2014, para a conclusão dos trabalhos, e deverá apresentar, ao final, relatório circunstanciado contendo as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e as recomendações.*

Tal comissão realizou, nos últimos anos, a partir da promulgação de sua lei instituidora, um trabalho de reconstrução das graves violações aos direitos humanos perpetradas no período de conflito institucional pelo qual o Brasil atravessou nas décadas subsequentes ao reestabelecimento da ordem democrática, com o advento da Emenda Constitucional nº 26[50].

Nesse diapasão, com a quebra de ruptura do regime ditatorial e a solidificação de um Estado Democrático, temos o que as modernas doutrinas do Direito Internacional e dos Direitos humanos denominam de Justiça de Transição[51], que, consoante o exposto no trabalho realizado sobre o tema pela *International Center of Transicional Justice*[52]:

> *Justiça de transição é definida como todo aparato de resposta as violações aos direitos humanos ocorridas em determinado território que se desenvolve por meio da reparação das vítimas, promoção da paz, reconciliação e democratização. Não se trata da uma forma especial de justiça, mas uma adaptação desta às sociedades em reconstrução após as referidas violações.*

A C.N.V. se apresente relacionada com esse conceito transicional, no sentido de que se acopla a estes mecanismos de resposta a tais violações, como uma janela para o passado. O que vai ao encontro do seu papel legitimador de recomendações para a efetivação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Após as pesquisas e colhimento de dados, consoante se depreende de suas atribuições, há uma compilação de recomendações[53], consoante o exposto no documento publicado pelos agentes envolvidos em tal organização:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> *RECOMENDAÇÕES 10. Levando em conta as conclusões acima expostas e com o intuito de prevenir graves violações de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover o aprofundamento do Estado democrático de direito, CNV recomenda a adoção de um conjunto de dezessete medidas institucionais e de oito iniciativas de reformulação normativa, de âmbito constitucional ou legal, além de quatro medidas de seguimento das ações e recomendações da CNV. Esse rol de 29 recomendações foi concebido a partir, inclusive, de sugestões emanadas de órgãos públicos, entidades da sociedade e de cidadãos, que as encaminharam por intermédio de formulário especificamente disponibilizado com essa finalidade no site da CNV. Por meio desse mecanismo de consulta pública, foram encaminhadas à CNV, em agosto e setembro de 2014, 399 propostas com sugestões de recomendação.*

Em seu relatório final, o objeto do presente estudo é apresentado na parte V, capítulo 18 do relatório final da C.N. V, enumerado como uma das 29 recomendações, constando na de n º 25:

> *Recomendação nº 25 - **Introdução da audiência de custódia, para prevenção da prática da tortura e de prisão ilegal (negrito no original)".***
>
> *44. Criação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro para garantia da apresentação pessoal do preso à autoridade judiciária em até 24 horas após o ato da prisão em flagrante, em consonância com o artigo 7o da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), à qual o Brasil se vinculou em 1992.*

Logo, conclui-se que tal adequação se faz mais que necessária, tornando-se até mesmo um alvo das recomendações da referida Comissão,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

como uma das premissas preventivas e de fortalecimento democrático, para que não haja repetição de falhas históricas, que possam vir a propiciar novas violações aos direitos humanos.

3 A QUEBRA DE PARADIGMA

No tocante a condução da tentativa de efetivação, tem-se um evidente rompimento com os modelos convencionais de justiça criminal. Indo por este caminho, no momento em que o projeto Audiências de Custódia foi anunciado, o que parecia ser um grande marco positivo, com o fito de aproximar à realidade o que já está positivado em tratados e convenções internacionais, foi tratado como um grande "*peso*" pelos sujeitos que fazem parte do jogo processual penal. Como se verá a seguir, a ausência de uma alteração formal da legislação doméstica ainda é vista como marco essencial para efetivação de direitos e garantias fundamentais, inobstante todo o arcabouço teórico e legislativo consagrando a aplicação de tratados que tratam da pessoa humana como centro de todo um arcabouço de proteções e garantias.

3.1 Caso Ueslei - São Gonçalo/RJ

Preambularmente, cabe destacar que o que será exposto, em termos de casos reais e emblemáticos no que se refere a implantação das Audiências de Custódia, tem aqui o condão de levantar a reflexão a partir do que se interpreta na leitura dos casos que serão apresentados. Aqui não caberá adentrarmos no mérito, porém, apenas extrair dos argumentos em jogo, o cerne a discussão que encontra toda a carga teórica trazida até então.

Em janeiro de 2015, foi proferida decisão pelo juízo da 3ª Vara Criminal de São Gonçalo, no sentido de não concessão de relaxamento de prisão, nos termos da invocação da realização de tal audiência preliminar, consoante o que a seguir se expõe:

> *Quanto ao requerimento de relaxamento da prisão, com fundamento na audiência de custódia, não assiste a razão à defesa ante ausência de previsão*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *no CPP e na lei especial. Ressalte-se que o Pacto São José da Costa Rica exige que o preso seja apresentado à autoridade judicial sem qualquer fixação de prazo para esta ocorrência. Ademais o mencionado Pacto não dispõe acerca de qualquer ilegalidade relativa a não apresentação do preso no momento pretendido pela defesa, o que se coaduna com a realidade, eis que absolutamente inviável a realização da audiência imediatamente após a prisão de cada réu. Por todo exposto, indefiro o pedido de relaxamento da prisão preventiva dos acusados.**[54]***

Em momento posterior, após impetração de Habeas Corpus com pedido liminar em favor de *Ueslei, Herculano Azevedi* (réu), pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, houve decisão emanada da E. 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na pessoa do Desembargador Relator Luiz Noronha Dantas, rebatendo todas as teses que diminuíssem o que se sustenta sobre as Audiências Custódia, como um mero marco prospectivo, sem eficácia presente, em razão da falta de regramento interno de cunho legislativo, consoante a seguir se expõe:

> *A mais do que absurda linha argumentativa, desenvolvida pelo Juízo de piso, segundo a qual "o mencionado Pacto não dispõe acerca de qualquer ilegalidade relativa a não apresentação do preso no momento pretendido pela defesa" (???!!!). Ora, o descumprimento de um primado afeto à garantia dos direitos humanos, contido em acordo internacional e cujo teor foi ratificado pelo Brasil, repise-se, ostenta hierarquia equivalente àquela concernente aos princípios constitucionais, parecendo incabível ingenuidade crer-se que o seu descumprimento restará impune e sem gerar consequências processuais imediatas. Por último, mas não menos importante, cabe descartar o argumento final e metajurídico, sustentado pelo primitivo Juízo, a partir*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *do qual, considerou que a realização deste imprescindível ato não "se coaduna com a realidade, eis que absolutamente inviável a realização da audiência imediatamente após a prisão de cada réu" (???!!!). Este, permissa venia, é o absurdo dos absurdos!!![55]*

Tal decisão corrobora com todo o entendimento aqui esposado, além de ser um marco na desconstrução do comum argumento de que apenas a lei interna, em sentido formal é capaz de criar direitos e obrigações. Se assim fosse, de que e para que serviriam tais diplomas de natureza internacional? É teratológico pensar que direitos podem ser suprimidos em razão de um entendimento que de circunscreve ao regramento interno. Esquecendo-se, assim, da vinculação dos tratados que versam sobre direitos humanos e alcançam o Estado Brasileiro em suas ações e, até, omissões.

3.2 Reações dos Personagens do Jogo

O Bairro de Barra Funda em São Paulo/SP protagoniza o projeto piloto de inclusão das audiências de custódia, no Fórum Ministro Mário Guimarães. Inobstante a parceria composta pelo CNJ e TJSP, houve resistência por parte do Ministério Público Estadual. [56]Nesse diapasão, tal órgão essencial na constituição de uma justiça democrática, recusou-se, na pessoa do seu representante, o Procurador-Geral de Justiça Márcio Elias Rosa, a assinar o termo de cooperação entre o Judiciário e Executivo.

Nas trincheiras entre o *ser* e o *dever-ser,* é evidente que a proposta não agradaria a todos. No entanto, os argumentos apresentados, no que concerne ao deslocamento de promotores, acabam indo de encontro à necessidade de efetivação da letra normativa. Eis um dos grandes paradoxos do direito.

Indo pelo mesmo caminho, a ADEPOL (Associação dos Delegados de Polícia do Brasil) se manifestou perante o STF no sentido de impugnar a forma normativa com a qual o TJSP regulou o procedimento e a questão da obrigatoriedade de apresentação do preso às instâncias judiciais em prazo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

determinado. A via escolhida para tal impugnação perante a Corte Constitucional foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade, recaindo-se esta em face do Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo. O formalismo como se posiciona tal Entidade ao defender o princípio da legalidade formal e material, indo de encontro ao Princípio da Juridicidade, ora citado para fins de discussão acerca da necessidade de lei em sentido estrito, consoante a moderna doutrina sustenta.

A *contrario sensu* da defesa de tais audiências e no prosseguimento das reações contrárias, o Ministério Público sustenta que tal momento de apresentação do preso em juízo, poderia se transformar em uma fase de produção de prova, o que exorbita a essência da fase em que a marcha da persecução penal se encontra. O fundamento é que a reunião de tantos representantes em um momento que antecede a abertura do rito em fase judicial traz a ideia de verdadeira fase processual e não mero rito com fito de filtrar ilegalidades e demarcar cautelares ou, quiçá, o relaxamento de prisão, dependendo do caso.

No mais, a APMP (Associação Paulista do Ministério Público), em fevereiro de 2015 seguiu na linha da oposição, ao levantar a necessidade de lei federal para se fundamentar tal projeto. Indo contra a forma de provimento, ora estabelecida pelo TJSP, corroborando, assim, com o entendimento esposado pela ADEPOL.

Por fim, a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), inobstante as divergências iniciais no que tange o apoio às inovações resultantes da implantação do procedimento em comento, se posicionou, em Março de 2015, favoravelmente[57]. Tendo em vista o papel fundamental do Magistrado na presidência de tais audiências e a expectativa de que, com tal rito, esteja-se dando maior efetividade aos Direitos Humanos. Ante o exposto, a Magistratura se coloca na contramão do que até então é levantado pelos entes de representação dos operadores do Direito, com a exceção ilustre da Defensoria Pública, seja da União, seja de diversos Estados da Federação.

3.3 O pioneirismo da Defensoria Pública

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Entre mortos e feridos, é mais que necessário, no presente trabalho, consignar e reforçar o brilhante papel da Defensoria Pública, como função essencial à justiça, no que se refere à luta pelos direitos e garantias fundamentais, em especial, os pertencentes aos necessitados. Quando se adentra na seara dos direitos humanos no âmbito criminal, tal instituição não se torna indiferente às necessárias mudanças que precisam ser efetivamente implantadas.

Tal pioneirismo se justifica pelo real interesse de se ter uma justiça criminal mais humanizada, e as ferramentas utilizadas pela Instituição vão desde audiências públicas até boletins informativos [58]expedidos pela mesma, com o fito de elucidar as dúvidas que permeiam as mentes ainda leigas quando se está em debate tal procedimento.

A Defensoria Púbica, dentro do jogo processual penal, se mostrou, até o presente, a única instituição capaz de defender a ideia em sua completude, levando a informação aos que dela necessitam e colocando os argumentos contrários em cheque. Consoante o exposto pela I. Defensora Dra. Elisa Cruz Ramos, em evento realizado pela OAB/Piauí:

> *A Audiência foi muito positiva. Pudemos discutir, sob a ótica da defesa, os reflexos que a Audiência de Custódia trará para o preso, que hoje é autuado sem qualquer assistência, muitas vezes. Estamos esperançosos que com a implementação da Audiência possamos diminuir a quantidade de conversões de prisão em flagrante em preventiva, lutando para que as alternativas à prisão sejam, de fato, "enxergadas" e aplicadas pelos magistrados.*

A atuação do Ilustre Órgão de Defesa Pública, em termos de decisões judiciais nos feitos nos quais intervém, tendo como objeto a matéria, aqui pesquisada, teve resultados que se traduziram em precedentes favoráveis, como na Justiça Federal de Cascavel/PR [59] e na 2.ª Turma Especializada do TRF-2.ª Região[60], merecendo destaque, ainda, a ação civil pública ajuizada pela DPU/Manaus.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Dentro desse cenário, é evidente a luta por uma mudança de mentalidade, seja do próprio Poder Judiciário, seja daqueles que ali operam e que possuem papel fundamental dentro da dinâmica criminal. O senso comum, que traduz um receio, um medo e, até mesmo, um comodismo em se superar o *status quo*, se torna uma arma nas mãos daqueles que desejam manter um modelo de poder, em especial, a forma como se portam as agências policiais e judiciais.

O pioneirismo de uma Instituição como a Defensoria Pública, no que tange a defesa de tal projeto, só tem a demonstrar como um importante personagem do jogo processual penal, qual seja, o Defensor Público, pode e deve, pensar todo o arcabouço prático que circunda o ato de apresentação do preso em juízo sob o amparo do respeito aos direitos humanos, o que, infelizmente, não foi/é levado em consideração por outros operadores. Não há relevantes argumentos que obstem a efetivação de Direitos Humanos, não há motivos fortes para se impedir que o preso vá até "a corte", seja para responder pelos atos (apenas), seja para relatar uma ilegalidade/abuso.

3.4 Procedimento no âmbito fluminense e efeitos prospectivos

Consoante se extrai da Constituição Federal de 1988, em seu art. 24, os Estados podem legislar, concorrentemente com outros entes da federação, a respeito de procedimento em matéria processual. [61]

Tendo em vista tal previsão, o Estado pode regular no âmbito de suas respectivas justiças, o modo como se darão os atos relacionados aos processos que tramitam em suas jurisdições, em harmonia, é claro, com as previsões processuais de âmbito nacional. Processo e procedimento são conceitos distintos e as audiências de custódia, se encaixam neste segundo, o que vai ao encontro do argumento favorável à regulamentação regional, dentro das respectivas justiças estaduais para a fiel implantação de tal rito pré-processual.

No Estado do Rio de Janeiro, mais precisamente na Assembleia Legislativa, O presidente da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania, Deputado Marcelo Freixo (PSOL), apresentou àquele órgão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

legislativo indicação legal a ser destinada aos Poderes Judiciário e Executivo.

Constatou-se, no cenário fluminense, que 63% dos presos provisórios recebem a liberdade após serem ouvidos pelo juiz. De acordo com Freixo, a audiência de custódia garante ao preso em flagrante o contato com um juiz em menos de 24 horas a partir da prisão. *"Esta é uma forma de avaliar a análise da legalidade do ato da prisão, de sua real necessidade, e de prevenir e combater a tortura"* (grifos meus). Foi realizada uma audiência pública para debater e expor a implantação de tal rito no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

A Representante do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, Taiguara Souza lembrou que o Estado de São Paulo já adotou as audiências de custódia e os resultados foram positivos. "No primeiro mês, houve redução de 43% no número de presos provisórios".[62]

CONCLUSÃO

Com este trabalho buscou-se evidenciar e demonstrar — inobstante ser um tema que, no primeiro momento, poderia ser considerado estritamente relacionado com processo penal — que a força normativa advinda dos tratados e convenções internacionais nos quais o Brasil se consagrou signatário, traduz uma aplicabilidade interna e imediata destes, conforme o observado nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, o que fundamenta a defesa de uma (ainda que inicial) intepretação pela não dependência de regramento normativo interno, formalmente constituído, para a materialização de um direito.

O óbice à implantação das audiências de custódia, que não deixam de ser uma política pública, sob o argumento (infelizmente muito comum) de que não há suporte financeiro para viabilizar a efetivação de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, é o retrato fiel de um Estado que precisa aprimorar sua mentalidade e honrar os pactos normativos que ora ratifica, ora elabora.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Cabe à Administração Pública, em todas as suas esferas, planejar e centralizar, dentro de suas prioridades, subsídios financeiros para a manutenção de setores mais sensíveis, dentre eles a saúde, educação e, com toda a certeza, a seara criminal em suas instâncias policial, judicial e carcerária. O gestor público tem um compromisso, inegável, com a Constituição da República, ainda que isso vá de encontro com outros projetos a serem alçados pelo ente no qual atua.

Em passos lentos, há, também, uma ruptura com o Estado das Leis em seu sentido formal. O que, ao contrário do defendido por alguns setores contrários a implantação das audiências de custódia, por esta não ter, ainda, previsão normativa interna de cunho legal, a mera previsão em tratado ratificado pelo Estado Brasileiro já, *per si*, já nos remete ao comando positivo para tal internalização no mundo dos fatos. A mera falta de lei não pode obstar a efetivação de direitos fundamentais.

Dentro desse pensamento, estudar tal tema ligado ao processo penal tupiniquim, sob o viés dos direitos humanos, é sair do senso estritamente legalista que poderia circunscrever o trabalho, indo, assim, *aquém*, da mera necessidade de normatização legal doméstica de cunho formal, encontrando amparo no conjunto normativo internalizado, bem como nos princípios consagrados, transcendendo uma hermenêutica literal do estado das coisas. A falta de lei interna não deve ser uma "pedra" no árduo caminho da efetivação de direitos.

As audiências de custódia trazem um novo marco para o *modus* como os flagrantes serão conduzidos na esfera judicial, sendo, inclusive, uma verdadeira revolução dentro da dinâmica da Justiça Criminal, que se inicia com o trabalho das agências policiais (civil e militar), indo até ao momento em que defensores, advogados, promotores e juízes apreciam os fatos e as provas, primariamente, produzidas. Estas, colhidas em tal audiência, não influenciarão a dinâmica do processo que se seguirá, a *posteriore.*

Nesse sentir o excesso de formalismo, que acarreta a burocratização, só tem a demonstrar a triste e fraca compreensão da Constituição Federal e dos tratados sobre direitos humanos, tendo estes papéis fundamentais e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

irradiadores da aplicação, elaboração de normas e de efetivação de políticas relacionadas com o âmbito criminal (*lato sensu).* Traduzem-se, outrossim, como legítimas fontes de controles de constitucionalidade e convencionalidade, respectivamente. Por fim, é de se ressaltar que não se defende, apenas, uma inovação, mas, a efetivação do que já, há muito, se previu.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo X cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização* / Vera Regina Pereira de Andrade. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3º edição. Ed. Revan, Rio de Janeiro, 1999.

BATISTA, Vera Malagutti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. 2 eds. Rio de Janeiro. Revan. 2012.

BECCARIA, Cesare. (2007). BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. 38ª Ed. (T. Guimarães, Trad.) São Paulo: Martins Claret.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARBONELL, Miguel. (2006). *Los Derechos Fundamentales en México*. México: Porrua.

CARNELUTTI, Francesco. (1959). *Las misérias del processo penal*. Buenos Aires, Argentina: EJEA.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia radical / Juarez Cirino dos Santos. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do Nada: Quem São os Traficantes de drogas?* Rio de Janeiro. Revan. 2007. 3ª Ed, agosto de 2011

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. (2012). *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.* São Paulo: Atlas, 2014

LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas; 2001.

LIMA, Renato Brasileiro. (2014).*Manual de Processo Penal.* 2 Ed. São Paulo: Juspodivm.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório, A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4 Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología: *Uma Aproximación Desde um Margen*. Bogotá: Temis, 1998

NOTAS:

[1] Tal conceito foi aplicado, aqui, conforme o exposto pela Prof.ª Vera Malaguti Batista . Disponível em <http://comunicacao.fflch.usp.br/sites/comunicacao.fflch.usp.br/files/Adesaosubjetivaabarbarie.pdf>. Acesso em 20.05.2015.

[2]Art. 5º, LVII. Constituição da República Federativa do Brasil

[3]O Direito Penal só deve preocupar-se com os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade. Conforme leciona Muñoz Conde: "O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima.". (Muñoz Conde, Francisco. Introducción al derecho penal, p. 59-60).

[4]CARNELUTTI, Francesco. Las misérias del processo penal. Buenos Aires: EJEA, 1959. P.112.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[5] Disponível em < http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2015.

[6] Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón – Teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Boyón Mahino, Juan Terradillos Bosoca e Rocio Cantarero Bondrés. Madrid: Trotta, 2001. p. 770.

[7] Disponível em http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/122-ENTREVISTA. Acesso em: 30 de março de 2015.

[8] Foucault, Michel. Vigiar e punir. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 218

[9] Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Sentença de 24.06.2005. No mesmo sentido, cf. também Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentença de 30.10.2008; Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentença de 18.09.2003; Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México. Sentença de 26.11.2010; Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Sentença de 21.11.2007; Caso Fleury e outros Vs. Haiti. Sentença de 23.11.2011; Caso García Asto e Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentença de 25.11.2005.

[10] Art. 5º LVII da CRFB/1988

[11] Aqui me refiro não apenas ao controle de constitucionalidade, mas também ao controle de convencionalidade. O presente trabalho não se encerrará em nosso diploma maior, mas, de igual forma, será circunscrito aos tratados e convenções ligados aos Direitos Humanos, nos quais o Brasil é signatário.

[12] LARENZ,Karl. Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas; 2001, p.33.

[13] ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86, (tradução minha):"[...] os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Por outro lado as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não.

Se uma regra é válida, então deve se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Por tanto, as regras contêm determinações no âmbito da fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio".

[14] Conceito exposto em sentido de contrastar com o Direito Penal do Inimigo.

[15] BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 137-139

[16] Inobstante ser um tema corriqueiro e originário da seara administrativista, é de suma importância realizar um cotejamento do que aqui se defende com o que tal princípio se baseia. Justamente por essa fuga do império da lei. Nesse sentido, não poderia deixar de citar a grande influência de Gustavo Binenbojm.

[17] Aqui se usa tal expressão como o delineado nos contornos de não harmonia com a realidade, de maneira crítica, através d a desconstrução de conceitos de "mulher honesta", que são mistificados pelo legislador. Inspirado no texto de Alexandre Moraes da Rosa e Salah H. Khaled Jr. Disponível em < http://justificando.com/2014/09/30/o-mito-legislador-louvai-o-papai-da-mulher-honesta-e-o-ceu-sera-sua-recompensa-oh-homem-medio/>. Acesso em: 31.04.2015.

[18] GOLDSCMIDT, James. Problemas Jurídicos y Políticos del Processo Penal, Barcelona. Bosh, 1935. p. 67.

[19] TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3 ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 162.

[20] PRADO, Geraldo. Sistema acusatório, A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. P.16.

[21] LIMA, André Canuto de F.. A teoria dos princípios de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4078, 31 ago. 2014. Disponível em: . Acesso em: 1 abr. 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

[22] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo X cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização / Vera Regina Pereira de Andrade. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. P 20.

[23] D'Elia Filho, Orlando Zaccone. Acionistas do Nada: Quem São os Traficantes de drogas? Rio de Janeiro. Revan. 2007. 3ª Ed, agosto de 2011.

[24] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología: Uma Aproximación desde um margen. Bogotá: Temis, 1998.

[25] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal / Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos, 3ª ed. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro: Editora Revan: 2002.

[26] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia radical / Juarez Cirino dos Santos. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006. p 4.

[27] Ibidem. P 190.

[28] BATISTA, Vera Malagutti, op. cit., p. 17 et seq.

[29] Idem

[30] O sistema penal anterior, utilizado na Idade Média, era o chamado sistema de provas legais.

[31] VIEIRA, Fernando Zan. A Humanização do Direito Penal. Revista de Ciências Jurídicas. http://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar/article/viewFile/1649/1255 P 01.

[32] LIMA, Renato Brasileiro. (2014). Manual de Processo Penal. *Manual de Processo Penal, 2*, 804. São Paulo: Juspodivm.

[33] GRECO FILHO, Vicente. (2012). Manual de processo penal. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva.

[34] BECCARIA, Cesare. (2007). BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 38. (T. Guimarães, Trad.) São Paulo: Martins Claret.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[35] Não poderia falar em desconstrução sem citar Jean Jaques Derrida, que de alguma forma me influenciou na parte final da graduação: "A desconstrução não é simplesmente uma neutralização de oposições, como poderia parecer à primeira vista, de acordo com as premissas da "différance". Naturalmente, a desconstrução começou não só com o logocentrismo, como também pelo fonocentrismo. Como afirma Derrida, desconstruir a oposição significa, num dado momento, inverter a hierarquia." Derrida, J. (2005). Moscou aller – retour. Paris: Éditions de l'Aube.P. 108

[36] DERRIDA, Jaques. Posições. BH. Autêntica. 2001. p. 48.

[37] www.conjur.com.br/2014-nov-16/juiz-digno-nome-nao-joga-plateia-barroso

[38] (Além de contar com previsão normativa nos sistemas global e interamericano de direitos humanos, a audiência de custódia também está assegurada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cujo art. 5.º, 3, dispõe que "Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no § 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais (...)"

[39] Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal par aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel." RE 466.343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, *DJe* de 5.6.2009.

[40] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 3.ª ed. 3. São Paulo: Max Limonad, 1997.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[41] WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros Editores, 1999

[42] BIANCHINI, Alice. MAZZUOLI, Valério. Controle de convencionalidade da Lei Maria da Penha . Disponível em: http://www.lfg.com.br - 09 de março de 2011.

[43] Giacomolli, Nereu José. O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

[44] Disponível em http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209#_ftn8 Acesso em 06.04.2015.

[45] Disponível em < http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/160776698/a-audiencia-de-custodia-o-cnj-e-os-pactos-internacionais-de-direitos-humanos> Acesso em 06 de abril de 2015.

[46] O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Ricardo Lewandowski, o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, e o presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Augusto de Arruda Botelho, assinaram nesta quinta-feira (9) três acordos de cooperação técnica para facilitar a implantação do projeto "Audiência de Custódia" em todo o Brasil e para viabilizar a aplicação de medidas alternativas cautelares, como o uso de tornozeleiras eletrônicas.

Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289056. Acesso em 10 de abril de 2015.

[47] Disponível em http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209 Acesso em 07 de abril de 2015.

[48] Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

[49] Comissão Nacional da Verdade foi criada pela Lei 12528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012. A CNV tem por finalidade apurar graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988. Conheça abaixo a lei que criou a Comissão da Verdade e outros documentos-base sobre o colegiado. Em dezembro de 2013, o mandato da CNV foi prorrogado até dezembro de 2014 pela medida provisória nº 632.Disponível em http://www.cnv.gov.br/index.php/institucional-acesso-informacao/a-cnv. Acesso em 08 de abril de 2015.

[50] EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26 Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte.

[51] O tema é por demais interessante, sendo imprescindível fazer uma ligação entre o tema aqui estudado e a previsão do mesmo como uma das recomendações da CNV, sendo esta instituída para fins de desconstrução do passado. Defendo aqui que, em consequência dessa recomendação, as audiências de custódia são parte da transição pós-ditadura, como mais um mecanismo de efetivação de uma verdadeira democracia constitucional.

[52] ICTJ (International Center of Transicional Justice). What is Transicional Justice? Disponível em: www.ictj.org. Acesso em 08 de abril de 2015.

[53] op. cit. p. 964

[54] 3ª Vara Criminal. Comarca de São Gonçalo. Processo nº 0049609-47.2014.8.19.0004. Decisão de 09/01/2015. M.M. Juíza Fernanda Magalhães Freotas Patuzzo.

[55] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Habeas Corpus nº 0064910-46.2014.8.19.0000 julgado em 25 de janeiro de 2015. 6ª Câmara Criminal. Relator: Des. Luiz Noronha Dantas.

[56] Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/audiencia-custodia-comeca-resistencia-ministerio-publico> Acesso em 24 de abril de 2015.

[57] Disponível em:< http://novo.amb.com.br/?p=20580> Acesso em 11 de maio de 2015.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[58]http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/Custodia_folder_final2.pdf

[59] Cf. Audiência de custódia contribui para revogação de prisão preventiva: Disponível em: >.

[60] Cf. DPU ajuíza ação cobrando implantação da audiência de custódia no Brasil: Disponível em: >. A íntegra da ACP foi disponibilizada no *blog* do juiz **Marcelo Semer**: Disponível em: <http://blog-sem-juizo.blogspot.com.br/2014/06/dpu-pede-audiencia-de-custodia-para.html>.

[61] Art. 24, inciso XI da CRFB/1988.

[62] Disponível em < http://www.alerj.rj.gov.br/escolha_legenda.asp?codigo=48741> Acesso em 20 de Maio de 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

TRAJETÓRIA HISTÓRICO-LEGISLATIVA DA ADOÇÃO NO BRASIL - UMA SÍNTESE CRÍTICA SOBRE OS ASPECTOS PSICOSSOCIAIS NA CONTEMPORANEIDADE

TAMIRES MENEZES: Advogada, Pós-Graduada em Direito Público: Constitucional e Administrativo pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

RESUMO: O diálogo sobre a trajetória histórica da legislação da adoção no Brasil importa à compreensão relativo aos aspectos psicossociais deste contexto na contemporaneidade. O presente artigo visa apresentar breve discussão teórica sobre a legislação da adoção desde o período colonial até os dias atuais, com a promulgação da Lei 13.509 de 22 de novembro de 2017. O texto apresenta, em forma de síntese crítica, a contextualização histórica dos processos de institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil e de como a legislação da adoção evoluiu nesse contexto. A principal crítica apresentada no presente estudo refere-se aos efeitos negativos provocados ao desenvolvimento de crianças e adolescentes em função dos processos de internação. Ademais, pontua-se questões relativas às novas perspectivas do cenário contemporâneo da adoção no Brasil, buscando trazer reflexões psicossociais sobre as possibilidades e desafios neste cenário.

Palavras-chave: Adoção, Trajetória histórico-legislativa, Psicologia Jurídica.

ABSTRACT: The dialogue about the historical trajectory of the legislation of the adoption in Brazil matters to the understanding regarding the psychosocial aspects of this context in the contemporaneity. The present article aims to present a brief theoretical discussion about the adoption legislation from the colonial period to the present day, with the enactment of Law 13,509 of November 22, 2017. The text presents, in a critical synthesis, the historical contextualization of the processes of institutionalization of children and adolescents in Brazil and how adoption

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

legislation has evolved in this context. The main criticism presented in the present study refers to the negative effects caused to the development of children and adolescents due to hospitalization processes. In addition, questions are raised regarding the new perspectives of the contemporary scenario of adoption in Brazil, seeking to bring psychosocial reflections on the possibilities and challenges in this scenario.

Keywords: Adoption, historical-legislative trajectory, Legal Psychology.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. TRAJETÓRIA HISTÓRICO-LEGISLATIVA DA ADOÇÃO NO BRASIL – 3. CONCLUSÃO – 4. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo central apresentar uma breve discussão teórica relativo aos aspectos históricos da legislação da adoção no Brasil. A importância em ampliar este estudo encontra-se no sentido de compreender a trajetória que resultou na formulação da lei que atualmente está em voga, Lei 13.509/2017, que cria mecanismos para acelerar o processo de adoção no Brasil. Através da presente síntese crítica, busca-se apresentar sobretudo as implicações nos aspectos psicossociais observados no panorama histórico e social da lei.

2 TRAJETÓRIA HISTÓRICO-LEGISLATIVA DA ADOÇÃO NO BRASIL

Até meados do século XX, o Brasil não dispunha de uma regulamentação jurídica para a adoção. A prática de adotar uma criança era permitida exclusivamente a casais que não tinham filhos biológicos. Para contextualizar os processos de institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil, será apresentado um panorama histórico dos modelos de abrigamento e acolhimento perpassando pelo período colonial chegando até os dias atuais.

A leitura de Cagnani (2016) aponta que no período colonial no Brasil, até meados do século XVIII foi a chamada **fase caritativa**, nos conventos e colégios de órfãos; o que prevalecia era o sentimento de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

fraternidade, a maioria com iniciativa religiosa e sem intenção de promover mudanças sociais.

Posteriormente, na metade do século XIX até parte do século XX, a autora sinaliza para a **fase filantrópica**, pontuando sobre os novos modos de assistência em creches, asilos, internatos. Nesse contexto, as crianças e adolescentes institucionalizados passaram a ser alvo de intervenções de caráter formador/reformador do Estado e de setores ligados à religião e à filantropia.

Importa dialogar com Rizzini e Rizzini (2004), em que os autores criticam a queda do modelo de internato nessa fase, em que as camadas burguesas abriram mão dessa modalidade enquanto que para as famílias pobres o modelo permanece até a contemporaneidade.

Somente em meados do século XIX e início do século XX é que iniciam as novas formulações de políticas públicas voltadas à proteção das crianças. Neste cenário, a primeira legislação sobre adoção é promulgada: Lei 3.071 de 1916, no Código Civil Brasileiro, dentro do direito de família. Esta lei preconizava que a adoção poderia ser realizada apenas para pessoas ou casais sem filhos, com idade mínima de 50 anos, restringindo, desta forma, as adoções para pessoas que não tiveram filhos biológicos. Além disso, deveria haver uma diferença de idade entre os adotantes e os adotados de 18 anos; o adotante poderia ser uma única pessoa, mas caso fosse um casal, deveriam ser civilmente casados.

A adoção poderia ser desfeita após a maioridade da criança adotada, se ela e o(s) adotante(s) assim quisessem, ou então quando o adotado cometesse ingratidão contra o adotante, sem que fosse explicitado na lei do que se tratava exatamente. A regulamentação se dava através de escritura, ou seja, era feito um contrato e o Cartório emitia o documento da adoção sem que houvesse um processo judicial. Como na maioria das vezes a família biológica estava de acordo com a adoção, a lei não interferiu nos direitos destes sobre a criança, não ocorrendo a destituição desse poder.

Por volta do início do século XX, em meio a pedidos de ações mais centralizadas de assistência por parte do poder público de forma que a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

evolução nessa área seguisse os avanços da ciência, em 1927 foi aprovado o **Código de Menores**, prevendo medidas de assistência e proteção à infância, fazendo com que o Brasil pudesse adotar medidas de vigilância e controle da criança e do adolescente abandonados e em conflito com a lei. Em 1941 foi criado o Serviço de Assistência ao Menor – SAM, que tinha o objetivo de atender crianças e adolescentes autores de atos infracionais com o uso de um modelo tipicamente correcional e repressivo (CAGNANI, 2016).

Decorreram 40 anos para que novas mudanças fossem efetivadas visando estimular as adoções. A Lei 3.133 de 1957 diminuiu a idade mínima do adotante para 30 anos e a diferença entre o adotante e o adotado para 16 anos, colocando como requisito aos pretendentes que fossem um casal, que tivessem pelo menos 5 anos de relacionamento oficial. A adoção também deixa de ser exclusividade de casais sem filhos biológicos. Um incremento interessante dessa lei foi a possibilidade do adotado, a seu critério, manter o sobrenome da família de origem e/ou acrescentar o sobrenome da família adotante.

Desde a primeira lei, o adotado deveria consentir com a adoção. Em sendo um bebê, a concordância deveria ser dada por seu representante legal – tutor, curador, mãe ou pai. A partir do incentivo da lei de 1957 os juízes da infância (denominados na época como juízes de menores) passaram a pressionar os Cartórios para que somente regularizasse a escritura da adoção de bebês mediante uma autorização judicial. É neste momento que o poder judiciário começa a intermediar a prática da adoção

Com a criação da Política Nacional de Bem-Estar do Menor – PNBEM, a autora critica a proposta claramente assistencialista, pontuando que a partir da década de 1960, tem-se a fase do Estado do Bem-Estar do Menor por meio da Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor – FUNABEM e suas instituições popularmente chamadas de "FEBEM".

Em 1965, uma nova lei é promulgada, Lei 4.655 e a questão mais inovadora desta lei foi a criação da "**legitimação adotiva**". Por meio de uma decisão judicial as crianças que estavam em "situação irregular" passaram a ter os mesmos direitos dos filhos biológicos. Tais situações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

foram descritas na legislação como filhos de pais desconhecidos ou pais que declararam por escrito a concordância com adoção. Para as crianças menores de 7 anos, também foram consideradas situações em que os pais perderam os direitos legais sobre os filhos e nenhum outro familiar reivindicou sua guarda; já para as maiores de 7 anos, foi prevista a legitimação adotiva para as crianças que já estavam sob os cuidados dos adotantes, como no caso de viúvos(as) ou desquitados(as).

Esta legislação de 1965 pontua outras questões que são mantidas até os dias atuais: a) o rompimento definitivo da criança com a família de origem por meio de formalização do registro de nascimento, fazendo constar o nome dos pais e avós adotantes, suprimindo o nome da família biológica e, por conseguinte, b) a irrevogabilidade da adoção, isto é, ela não poderia ser mais desfeita.

Décadas mais tarde, a realidade das instituições começou a orientar-se para novas configurações com a abertura democrática, a legislação e políticas se voltavam para as crianças e adolescentes. Dessa forma, a trajetória histórica do processo de desenvolvimento político-econômico-social do Brasil encontrava-se relacionada à institucionalização de crianças e adolescentes.

Ademais, os processos de internação provocavam efeitos negativos aos seus desenvolvimentos, em razão da realidade dessas instituições implicar em uma estranheza à vida desses sujeitos, causando desajustes no contexto ambiental, social, familiar, escolar dentre outros.

As atenções do poder público continuaram voltadas para a infância, e a Lei de 1979, Código de Menores, traz grandes alterações quanto à "assistência, proteção e vigilância" de crianças menores de idade. No que diz respeito à adoção, esta passa a ser incluída agora como uma medida protetiva da infância – e não mais dentro do direito de família.

O Código de Menores estabelecia que os adotantes deveriam comprovar por meio de documentos as seguintes qualificações: estabilidade conjugal, comprovação de idoneidade moral, atestado de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

sanidade física e mental e adequação do lar. Tais documentações tornaram-se obrigatórias nos processos de adoção.

A legislação, nesses novos moldes, pontuou dois tipos de adoção: simples e plena. A adoção simples visava a regulamentação da situação irregular que algumas crianças se encontravam, intermediando o acordo entre famílias, seguindo um rito semelhante ao descrito anteriormente. Já na adoção plena, dissolvia as diferenças entre os direitos de filhos biológicos e filhos por adoção, e explicitou o rompimento de qualquer vínculo entre o adotado e a família de origem. Pela primeira vez, a lei passa a ordenar parâmetros para a adoção internacional: os estrangeiros só podiam realizar a adoção simples.

Com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, em 1990, na lei 8.069 o país testemunhou importante passo na garantia de direitos e mudanças nos moldes desses serviços. Neste contexto, o abrigo passa a ser considerado uma medida protetiva de caráter excepcional e provisório, que deve atender crianças e adolescentes sob medida protetiva de abrigo (Art. 101, ECA), ou seja, em situação de vulnerabilidade social, abandono ou afastados do convívio familiar pela autoridade competente.

Portanto, as instituições e o Estado passaram a ter seu compromisso pautado na contraposição às antigas práticas, sendo necessário romper com o modelo institucional mantido até então, como orfanatos, internatos e abrigos de longa duração; e assim, nessa nova configuração, importaria preservar os vínculos familiares ou integrar em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção da família de origem. A intermediação e autorização das adoções pelo poder judiciário passa a ser imperiosa no caso de crianças e adolescentes, deixando de existir a modalidade de adoção simples.

O ECA propõe uma crítica aos modelos antecedentes, que eram pautados no confinamento em instituições totais, passando a defender que a pobreza se trata de uma problemática estrutural exigindo, por sua vez, novas perspectivas de tratamento, valorizando a permanência de crianças e adolescentes com suas famílias (CASTEL, 2003). Esta é apontada como a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

perspectiva na qual as crianças e adolescentes passam a ser vistos como sujeitos que tiveram seus direitos violados ou ameaçados.

A leitura de Paiva (2004) é esclarecedora no tocante aos significados e possibilidades da adoção. A autora pontua que as principais inovações do ECA relativamente à adoção de crianças e adolescentes referem-se a:

> "redução da idade mínima do adotante para 21 anos; a desvinculação da adoção do estado civil do adotante; a impossibilidade de avós e irmãos adotarem; a introdução e regulamentação das adoções unilaterais (um dos cônjuges ou concubinos podendo adotar o filho do outro); a adoção póstuma (que se concretiza mesmo se o adotante falecer durante o processo de adoção); a regulamentação das adoções internacionais (...)" (p. 46).

Num panorama mais recente, ainda dentro do histórico das mudanças e avanços no cenário da adoção no Brasil, em 2009 foi sancionada a lei 12.010, conhecida como Nova Lei da Adoção que veio com a intenção de modernizar, organizar e aumentar o sistema protetivo da criança e do adolescente, dando prioridade ao convívio familiar e comunitário, ressaltando a importância da acessibilidade e consideração à história de vida no processo (BRASIL, 2012). Esta legislação versa sobre outros aspectos da proteção da infância, objetivando o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes.

A adoção continua sendo analisada como uma modalidade de colocação da criança em família substituta, mas introduz a noção de excepcionalidade. Preconiza que quando um direito da criança ou adolescente está sendo violado ela pode ser protegida por meio do acolhimento institucional.

O primeiro objetivo a ser realizado pela rede de proteção (serviços de acolhimento, equipamentos do Sistema Único de Assistência Social - SUAS e Sistema Único de Saúde - SUS, vara da infância) deve ser o retorno

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

à família de origem (pais biológicos ou família extensa). Quando esse retorno não se faz possível, o objetivo passa a ser a colocação em família adotiva.

Ora, segundo a legislação atualmente em vigor, é preciso que os pais biológicos tenham perdido todos os direitos legais sobre a criança ou adolescente para que a adoção possa ser efetivada. A ação de destituição do poder familiar dos pais acontece em um processo independente – portanto, tem ritos processuais próprios

Embora a legislação e as orientações técnicas que regulam os serviços de acolhimento indiquem haver necessidade de se assemelhar à dinâmica de uma residência, atendendo pequenos grupos e mantendo vínculos fraternos, possibilitando um ambiente acolhedor e permitindo com que as crianças e adolescentes se desenvolvam, respeitando sua individualidade, Cagnani (2016) critica que o acolhimento institucional, tal como se configura nos dias atuais, não consegue desempenhar suas funções satisfatoriamente nos serviços em função de se tratar de um contexto estranho ao adolescente, que se depara com outras configurações de ambiente, rotina, regras, pessoas e relações.

De acordo com as orientações técnicas para os serviços de abrigamento (CONANDA/CNAS, 2009), os serviços de acolhimento, a partir do ECA, devem se estruturar em torno dos seguintes princípios: *a)* excepcionalidade do afastamento do convívio familiar; *b)* provisoriedade do afastamento do convívio familiar; *c)* preservação e fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários; *d)* garantia de acesso e respeito à diversidade e não-discriminação; *e)* oferta de atendimento personalizado e individualizado; *f)* garantia de liberdade de crença e religião; e *g)* respeito à autonomia da criança, do adolescente e do jovem.

O funcionamento dos serviços de acolhimento não se dá apenas por uma imposição legal, mas pelos efeitos que produz nos espaços sociais. Conforme pontua Cruz Lima (2011), o que se observa é um enorme descompasso entre as medidas jurídicas e a realidade desses serviços de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

acolhimento para crianças e adolescentes no Brasil, mantendo a existência de um hiato entre o discurso e a prática cotidiana.

Os dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA/CONANDA, 2003), juntamente com investigações científicas (MENEZES, 2018; HIRATA E GUIMARÃES, 2012; CRUZ LIMA, 2011; YUNES, MIRANDA, CUELLO E ADORNO, 2002) desvelam o cenário dos abrigos no Brasil, dando visibilidade às práticas vivenciadas nessas instituições e apontam para a precariedade que parece caracterizar este universo institucional desde suas condições materiais até sua estrutura de trabalho.

Atualmente, com a Lei 13.509 de 22 de novembro de 2017, novas perspectivas relativas a adoção estão sendo discutidas no Brasil. A lei em questão cria dispositivos que visam dar mais celeridade ao processo de adoção no país. Com a nova legislação, crianças e adolescentes com deficiência, doença crônica ou necessidades específicas de saúde, e grupos de irmãos terão prioridade na adoção.

O novo texto estabelece que pais adotivos tenham os mesmos direitos trabalhistas de pais sanguíneos, como licença-maternidade, estabilidade provisória após adoção e direito de amamentação — este garante que, até o filho completar seis meses, a mãe tem dois descansos especiais de meia hora no trabalho.

Nessa nova configuração, a justiça tem até quatro meses, prorrogáveis por mais quatro, para concluir a habilitação da adoção. O estágio de convivência, por sua vez, que antecede a adoção não poderá passar de três meses. Nas adoções internacionais, o estágio de convivência fica entre 30 e 45 dias, prorrogável pelo mesmo período por somente uma vez. Além de modificar trechos ECA e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, a lei 13.509/2017 altera, também, o Código Civil. Foi acrescentado mais um caso em que o pai ou a mãe perde o poder familiar: entregar irregularmente o filho para ser adotado.

A expectativa das famílias, crianças e adolescentes, na agilidade dos processos de adoção decorrentes da última legislação não foi alcançada. É notório que entidades ligadas à adoção têm se dedicado a intensos debates

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

que visam dialogar acerca das dificuldades enfrentadas e das possibilidades a serem alcançadas.

3 CONCLUSÃO

O presente texto teve como objetivo principal apresentar breve discussão teórica relativo aos aspectos históricos da legislação da adoção no Brasil. A compreensão do panorama histórico e social do contexto da adoção na legislação brasileira pode dar subsídio para compreender de onde parte, onde encontra-se e busca ajudar na reflexão de onde se quer chegar. A intenção foi despertar a reflexão acerca das possibilidades e desafios observados neste cenário. Para conhecer essas questões atuais, é preciso (re)conhecer a trajetória histórica e refletir sobre o que reverbera na contemporaneidade.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):** Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Brasília, Diário Oficial, 2012.

BRASIL, **Lei Federal n 3.071,** 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União - Seção 1 - Página 133, Brasília, 1916.

BRASIL, **Lei Federal n 3.133,** 8 de maio de 1957. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Coleção de Leis do Brasil, Página 18 Vol. 3, Brasília, 1957.

BRASIL, **Lei Federal n 4.655,** 2 de junho de 1965. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Coleção de Leis do Brasil, Página 67 Vol. 3, Brasília, 1965.

BRASIL, **Lei Federal n 12.010,** 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre a adoção. Diário Oficial, Brasília, 2010.

BRASIL, **Lei Federal n 13.509,** 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e a Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Diário Oficial, Brasília, 2017.

CAGNANI, L. J. R. P. **O trabalho do psicólogo no abrigo institucional.** 1 Ed. Zagodoni, São Paulo, 2016.

CASTEL, R. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário.** 4ª Ed, Vozes, Petrópolis, RJ. 2003

Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) (Coord) **Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes.** Brasília, DF. 2009

CRUZ LIMA, S. C. **Coletivo de trabalho e reconhecimento: Uma análise psicodinâmica dos cuidadores sociais.** Tese Doutorado. UNB – Programa de Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações. Brasília, 2011.

HIRATA, H.; GUIMARÃES, N. A.; (Orgs). **Cuidado e cuidadoras: as várias faces do trabalho do *care*.** Atlas, São Paulo, 2012.

LIMA, J. C. et al. *As novas institucionalidades do trabalho no setor público: os agentes comunitários de saúde.* Trabalho, Educação, Saúde. 2009. IN: HIRATA, H.; GUIMARÃES, N. A.; (Orgs). **Cuidado e cuidadoras: as várias faces do trabalho do *care*.** Atlas, São Paulo, 2012

PAIVA, L. D. **Adoção: significados e possibilidades**. Casa do Psicólogo, São Paulo, 2004.

RIZZINI, I.; RIZZINI, I. *A institucionalização de Crianças no Brasil: Percurso histórico e desafios do presente.* Ed. PUC-Rio; Loyola; São Paulo, SP, 2004. IN: CAGNANI, L. J. R. P. **O trabalho do psicólogo no abrigo institucional.** 1 Ed. Zagodoni, São Paulo, 2016.

MENEZES, T. **Vivências subjetivas no trabalho de cuidadores sociais na cidade de Manaus-AM.** 2018. 90 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

YUNES, M.A.; MIRANDA, A.T.; CUELLO, S.S**.** *Um olhar ecológico para os riscos e as oportunidades de desenvolvimento de crianças e adolescentes institucionalizadas.* IN: KOLLER, S.H., **Ecologia do desenvolvimento humano: pesquisa e intervenções no Brasil.** Casa do Psicólogo. São Paulo, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O CASO BROWN VS. BOARD OF EDUCATION E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

MARIANA ATALA TESTONI: Bacharelanda em Direito na UnB - Universidade de Brasília.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar o caso *Brown vs. Board of Education* - o qual estabeleceu que a segregação racial nas escolas públicas é inconstitucional - sob a perpectivida da teoria interpretativa de Dworkin, mais especificamente, o direito como integridade. Explicará a complexa estrutura da interpretação jurídica por meio da figura imagética do juiz Hércules, o qual analisou e decidiu ficcionalmente o caso *Brown* aplicando os aspectos da teoria de Dworkin.

Palavras-chaves: Dworkin, interpretação, integridade, segregação racial

ABSTRACT: This article aims to analyze the *Brown vs. Board of Education case* - which established that racial segregation in public schools is unconstitutional- from the perspective of Dworkin's interpretive theory, more specifically, the Law as integrity. It will explain the complex structure of legal interpretation by the fictional role of judge Hercules, who has reviewed and decided fictionally the *Brown* case applying the aspects of Dworkin's theory.

Key words: Dworkin, interpretation, integrity, racial segregation

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O caso Brown vs. Board of Education 3. A teoria de Ronald Dworkin e o caso Brown vs. Board of Education 3.1. O caso Brown vs. Board of Education, a cadeia do direito e a interpretação construtiva 3.2. O direito e o tempo 3.3. A análise do juíz Hércules ao caso Brown vs. Board of Education 4. Considerações finais 5. Referências Bibliográficas

1. Introdução

Ronald Dworkin introduziu a ideia de uma teoria do direito como integridade, contrariando as teorias positivistas que vigoravam

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

anteriormente. Em 1954, o caso *Brown vs. Board of Education*, decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial realizada pelo Estado, baseada em uma interpretação da Décima Quarta Emenda, a qual estabelece o tratamento igualitário a todos perante a lei. Tal caso é, para Dworkin, classificado como um caso difícil, e, por meio da figura fictícia e ideal do juíz Hércules, analisaremos a sentença do caso supracitado.

Desse modo, examinaremos o caso *Brown vs. Board of Education* a partir da obra de Dworkin, O Império do Direito, relacionando-o, principalmente, aos conceitos presentes nos capítulos VII e X. Por fim, a análise em questão desenvolverá as conceituações teóricas de Dworkin como, por exemplo, a questão dos casos difíceis, a questão da interpretação, o direito em cadeia e o direito como integridade

2. O caso Brown vs. Board of Education

O caso *Brown vs. Board of Education* foi o nome dado ao conjunto de cinco (5) casos distintos ouvidos e julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA) que diziam respeito ao problema da segregação racial nas escolas públicas do país. Os casos se deram em condições e em Distritos diferentes dos EUA, contudo, todos eles apresentavam um problema comum e principal: a infeliz constitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas. Foram eles: *Brown vs. Board of Education of Topeka*, *Briggs vs. Elliot, Davis vs. Board of Education of Prince Edward County (VA.)*, *Boiling vs. Sharpe,* e *Gebhart vs. Ethel.*

Quando os casos chegaram aos juízes de primeira instância, estes decidiram contra a comunidade negra, o que fez com que Thrugood Marshall e a NAACP Legal Defense and Education Fund apelassem para a Suprema Corte americana. Dessa forma, o litígio alcançou a Suprema Corte em 1952, a qual consolidou-o sob o nome de *Brown vs. Board of Education.* O principal argumento defendido por Marshall perante a Corte era o de que, mesmo que os dispositivos para a aprendizagem nas escolas separadas pelo critério racial fossem iguais (os quais, na prática, não eram), a segregação racial nas escolas públicas era inerentemente desigual, o que violava de forma clara a Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos – cuja interpretação garante igual proteção a todos cidadãos. Além disso, com base nos experimentos realizados pelo psicólogo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

social e educador Kenneth Clark - que consistia na escolha por crianças negras da boneca mais bonita ou melhor (branca ou negra) -, constatou-se que 65% das crianças escolheram a boneca branca em detrimento da boneca negra. Clark afirmou que o resultado provou que as crianças negras eram prejudicadas pelo sistema segregado, pois a segregação causava uma confusão no tocante à autoestima e à identidade delas. Não só as crianças negras, mas as crianças brancas também foram prejudicadas pela segregação. Tal prática implicava uma confusão moral nessas ultimas, visto que as mesmas pessoas que as ensinam valores como a democracia e o amor ao próximo, também as ensinam a segregar e discriminar. Os argumentos de Thrugood Marshall iam totalmente contra o precedente fixado pela Corte no caso *Plessy vs. Ferguson*, cuja decisão instalou o princípio de "separados mas iguais''. No que tange ao precedente *Plessy vs. Fergunson*, considerando o princípio de *Stare Dec*isis que vigora nos EUA, foi vinculada a doutrina de "separados mas iguais'', em que a Corte Americana decidiu que as instituições separadas pelo critério da raça, se tratadas como iguais, não violavam a Constituição dos EUA. Segundo a Suprema Corte, segregação não era discriminação.

O advogado John W. Davis, favorável à segregação racial nas escolas públicas, argumentou no sentido de que, em 1866, o parlamento promulgou a Décima Quarta Emenda e, depois de um mês, criou a lei das escolas separadas por raça. Desde então, o Congresso não revisou tal política pública por não acreditar que a segregação das escolas seja contrária à Constituição. Quando perguntado pelo juiz da Suprema Corte se a lei não deveria se adequar ao novo contexto a qual está inserida, por se tratar de uma "living *constitution"*, ele responde que a mudanças das condições não expande a linguagem que foi empregada pelos criadores da Constituição. É inconcebível que o Congresso que aprovou a Décima Quarta Emenda teria proibido o estado de empregar o plano educacional que o próprio Congresso usava no Distrito de Columbia.

No entanto, os juízes da Suprema Corte não conseguiram chegar a uma solução no prazo estabelecido (junho de 1953), devido ao fato de que eles estavam extremamente divididos no que tange à questão levantada. Desse modo, a Corte decidiu ouvir novamente os argumentos de ambas as

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

partes do caso em Dezembro de 1953. Todavia, entre Junho e Dezembro desse mesmo ano, um dos juízes da Suprema Corte veio a falecer, sendo substituído pelo Governador da Califórnia Earl Warren, o qual foi essencial para decisão que a Corte viria a tomar. Isso porque, após a sessão de Dezembro, Warren foi capaz de fazer com que os outros Juízes apoiassem de forma unânime a decisão que declarava inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas. A decisão, escrita pelo próprio Earl Warren, declarava que a doutrina de "separados mas iguais'', estabelecida pelo caso *Plessy vs. Fergusson*, não era mais válida e que, a separação das escolas públicas pelo critério racial ia contra o que estabelecia a Constituição Americana na sua Décima Quarta Emenda, visto que a segregação nas escolas era inerentemente desigual e ninguém deveria ser privado da igual proteção perante a lei.

Haja vista que a doutrina de "separados mas iguais'' vigorou por quase sessenta (60) anos, já era esperado algum tipo de oposição, principalmente nos estados do Sul. Ciente desse fato, a Suprema Corte não impôs diretamente as condições para implementação dessa nova medida. Ao invés disso, pediu para que os advogados gerais de cada estado que admitiam a segregação racial nas escolas que apresentassem planos concernentes ao fim de tal segregação. Apenas em maio de 1955, a Corte apresentou o plano a ser seguido, o qual, segundo ela, deveria ser feito com *"all deliberate speed''*, isto é, a toda velocidade deliberada. Mesmo que o fim da segregação nas escolas públicas tenha levado tempo, o caso *Brown vs. Board of Education* foi extremamente importante na iniciação do processo.

3. A teoria de Ronald Dworkin e o caso Brown vs. Board of Education

A grande contribuição de Ronald Dwokin para a Teoria do Direito é a ideia de integridade. No capítulo VII da sua principal obra, O Império do Direito, o autor trata da integridade no direito. Dworkin refuta as teorias semânticas e defende uma teoria interpretativa. Para ele, o direito como integridade "é tanto um produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração'' (DWORKIN, R., 1999, pp. 273).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O caso *Brown vs. Board of Education* é um típico exemplo do que Dworkin chama de **casos difíceis**, isto é, casos em que as regras estabelecidas não conseguem, por si só, apontar uma resolução específica e clara. A partir de uma perspetiva do direito como integridade, pode-se dizer que os juízes que decidem casos difíceis devem realizar tal programa de forma essencialmente interpretativa, continuando a interpretar aquilo que até ele próprio afirmou ter interpretado com sucesso. Para Dworkin, o papel do judiciário, nesse sentido, é realizar um exercício hermenêutico de pesquisa dentro dos princípios, para garantir uma resposta eficiente. Assim, não é possível assumir uma visão mecânica e cognitivamente fechada, ignorando os princípios – os quais, para ele, são a base do ordenamento. A atuação dos juízes, nesses casos, funciona na ótica de intérprete e de autor, pois durante esse processo há a formulação de uma nova interpretação para chegar a decisão (DWORKIN, R., 1999).

"Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direito e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e doutrina jurídica comunidade.'' (DWORKIN, R., 1999, pp. 305). Dessa forma, analisaremos o caso supracitado com base na teoria de Ronald Dworkin.

3.1.O caso Brown vs. Board of Education, a cadeia do direito e a interpretação construtiva

Na obra *O Império do Direito*, Dwokin cria um gênero literário artificial, o qual chama de romance em cadeia. É um romance escrito por diversos autores, em que cada autor deve interpretar os capítulos que recebeu para escrever um novo e assim acrescentar - isto é, realizar uma interpretação construtiva. Os autores devem tentar criar o melhor romance possível, como se fosse obra de um único escritor e não como um produto de diversos pensamentos. O teórico compara tal ato com a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. Para ele, os juízes são, ao mesmo tempo, autores e críticos, e, quando decidem um caso como *Brown*, adicionam aspectos à tradição interpretada, sendo que, os futuros juízes usufruirão da nova tradição a qual inclui a decisão dos primeiros. No direito como integridade, as proposições jurídicas são

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

verdadeiras e válidas se derivam de princípios de equidade, justiça e devido processo legal, devendo apresentar a melhor interpretação construtiva, na qual há a atribuição de propósitos às normas e às práticas jurídicas afim de que essas sejam interpretadas sob sua melhor luz (DWORKIN, Ronald, 1999).

A decisão do caso *Brown vs. Board of Education* revogou o precedente anteriormente vinculado por *Plessy vs. Fergunson*. Assim, quando a Suprema Corte norte-americana determinou que a segregação racial nas escolas públicas era inconstitucional, criou-se uma nova tradição a qual será seguida e respeitada pelos novos juízes. Dessa forma, a metáfora que relata esse funcionamento do direito é justamente a comparação com o romance em cadeia. Para Dworkin a história da jurisprudência é a historia de uma comunidade politica personificada, não significa uma só uma mente, um só corpo de valores. É a ideia de imaginar uma pessoa redigindo a história como um grande romance, onde os capítulos são escritos olhando para o passando, deixando aberto para o futuro e olhando o presente.

3.2.O Direito e o tempo

Dworkin possui uma visão exigente do direito. Para ele, so há uma resposta correta para os casos jurídicos, apenas uma decisão será justa, isto é, ou a decisão produz justiça ou não produz algo constitucional. Tal exigência, aplicada na interpretação, se faz presente no modo como lidamos com a tensão entre direito e tempo. Desse modo, Dworkin propõe uma forma de enfrentar essa questão. No exercício da interpretação, o intérprete deve considerar os três elementos temporais: passado, presente e futuro. Ao analisar o passado, ele deve levar em consideração o fato de que, nesse encadeamento temporal, existe uma narrativa sobre o que aconteceu com a aplicação da norma no passado, e, para que se possa produzir uma interpretação legítima, deve-se refletir sobre tal aplicação. Ao realizar a interpretação, o intérprete da lei deve também efetuar uma interpretação no que tange às consequências da sua decisão, isto é, deve haver uma visão para o futuro. A problematização do tempo se faz em uma forma hermenêutica, mergulhando o interprete no drama da causa, ou seja, analisando o tempo presente. Para Dworkin, não existe neutralidade. A única imparcialidade possível é a parcialidade total. O intérprete deve

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

imergir por completo no drama humano que o caso revela, afim de entender sua complexidade.

Com isso, percebe-se que os giros interpretativos que o direito faz só são incoerentes se ignorarmos a relação entre direito e tempo. Tomemos como exemplo o caso que estamos analisando. Anteriormente à decisão do caso *Brown vs. Board of Education,* a segregação racial era vista, para o direito, como algo constitucional. Entretanto, essa visão mudou e tal mudança só faz sentido se observarmos essa tensão entre o direito e o tempo que Dworkin propôs.

3.3.A análise do juíz Hércules ao caso Brown vs. Board of Education

Na tentativa de explicar a complexa estrutura da interpretação jurídica, Ronald Dworkin cria a figura de Hécules - um juiz fictício, com paciência e capacidade sobre-humanas, o qual utiliza e aceita o direito como integridade. Hércules assume a figura de um juiz ideal, o qual não possui a preocupação com o tempo, com a urgência do caso e com os demais casos que um juiz real teria que resolver. Além disso, Hércules é livre para concentrar-se nas questões de princípio as quais formam o direito constitucional para o direito como integridade (DWORKIN, R., 1999). No capítulo X do livro *O Império do Direito,* Dworkin vai descrever uma situação hipotética na qual o juíz Hércules, que, novamente, aceita o direito como integridade, é membro da Suprema Corte norte-americana e decidirá o caso *Brown vs. Board of Education*.

Para o desenvolvimento do caso, Hércules fará uma interpretação da Constituição estadunidense. No que tange à cláusula de igualdade perante a lei, ele afirma (DWORKIN, R., 1999, pp. 456):

> A Constituição estabelece que cada jurisdição aceite o princípio abstrato igualitário de que as pessoas devem ser tratadas como iguais, portanto, cada um deve respeitar alguma concepção plausível de igualdade em cada uma de suas decisões sobre a propriedade e outras questões políticas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Sobre a questão dos direitos individuais constitucionais acima de qualquer justificativa coletiva, Hécules afirma que, mesmo que a Constituição deixe em aberto para os estados escolherem suas prerrogativas políticas (com algumas restrições), cada estado tem a obrigação de reconhecer certos direitos, "limitando qualquer justificativa coletiva que venha a utilizar, qualquer ponto de vista que possa ter sobre o interesse geral'' (DWORKIN, R., 1999, pp. 456).

Hércules, então, realiza três descrições de um direito contra a discriminação racial, para depois interpretá-las sob a ótica da Décima Quarta Emenda da Constituição Americana. A primeira ele nomeia de *classificações suspeitas*, a qual consiste na teoria de que o direito contra a discriminação racial não é um direito específico, é apenas uma consequência do direito geral do igual tratamento à todas as pessoas, e que o bem-estar e as preferências de cada cidadão devem ser consideradas em níveis iguais. A segunda é chamada de *categorias banidas*, cuja interpretação consiste no fato de que "a Constituição reconheça um direito preciso contra a discriminação como um triunfo sobre a concepção do interesse geral de qualquer Estado'' (DWORKIN, R., 1999, pp. 458). A terceira e última descrição são as *fontes banidas*, que, ao contrário da primeira, defendem um direito especial contra a discriminação racial. Dessa forma, Hércules realiza um teste com essas três análises do direito constitucional, questionando-se qual delas melhor se ajusta à estrutura e às praticas constitucionas dos Estados Unidos e, as justifica, por meio de uma justificação plausível e aceitável (DWORKIN, R., 1999).

Ele descarta a primeira descrição, afirmando que a postura favorável ou não favorável à discriminação racial não se resumia à questão de preferências. Como as análises de Hércules precisam apenas possuir os detalhes necessários para decidir o caso *Brown vs. Board of Education*, não seria necessário escolher entre as duas últimas descrições, visto que ambas condenam a segregação racial nas escolas públicas, estão em conformidade com o modelo de decisões adotado pela Suprema Corte no passado e com a Constituição. Segundo Hércules, ambas eram coerentes na época em que o caso ocorreu, em 1954 (DWORKIN, R., 1999).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Muitos defensores da segregação racial nas escolas públicas argumentavam que os congreguistas que realizaram a Décima Quarta Emenda não consideravam a segregação racial imposta pelo Estado como inconstituicional. Entretanto, na visão de Dworkin "a velha história legislativa não é mais um ato da nação personificada declarando algum propósito público contemporâneo'' (DWORKIN, R., 1999, pp. 463). Para Hércules, só há como chegar a uma decisão: "as escolas públicas segregadas não tratam os alunos negros como iguais sob nenhuma interpretação competente dos direitos que a Décima Quarta Emenda apresenta em nome da igualdade racial, e a segregação oficial é, portanto, inconstitucional'' ((DWORKIN, R., 1999, pp. 456).

Antes de decidir a favor dos pleitantes e tornar a segregação racial imposta pelo Estado como matéria inconstitucional, há a necessidade de analisar as consequências dessa decisão. Deve-se considerar o fato de que uma decisão que estabeleça a imediata abolição das escolas segregadas pode levar ao caos devido às reações adversas, tendo em vista que não é possível reverter as principais estruturas institucionais das escolas em um período muito curto de tempo. Desse modo, Hércules defende uma decisão a qual prescreva um processo de mudança mais gadrual. Mesmo assim, as decisões da Suprema Corte devem estabelecer o cumprimento mais imediato e eficaz dos direitos constitucionais das pessoas que os reivindicam, de forma a não acomodar os interesses daquelas que estão violando tais direitos. Nesse contexto, Dworkin critica a fórmula de cumprimento da sentença adotada pela Corte no real caso *Brown.* A Suprema Corte estabeleceu que dessegregação oficial deveria ser realizada ''a toda velocidade deliberada'', o que, segundo Dworkin, deu espaço para a obstrução e demora. Para ele, a Corte deveria ter fornecido uma programação mais detalhada em sua decisão, afim de garantir uma melhor proteção para as crianças negras segragadas que buscam uma educação integrada (DWORKIN, R., 1999).

4. Considerações finais

O trabalho apresentado analisou o caso *Brown vs. Board of Education* sob a perpectivida do direito como integridade de Ronald Dworkin. Além disso, tentou-se explicar a complexa estrutura da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

interpretação jurídica por meio da figura imagética do juiz Hércules, o qual analisou e decidiu ficcionalmente o caso *Brown* aplicando os aspectos da teoria de Dworkin. É de suma importância lembrar que o juíz Hércules assume um caráter de juiz ideal, suas capacidades são sobre-humanas e, logicamente, não alcançáveis por juízes verdadeiros. Porém, a figura de Hércules deve servir como parâmetro para enxergar quais soluções de compromisso os juízes verdadeiros devem considerar necessárias enquanto compromissos com o direito.

A contribuição de Ronald Dworkin para o mundo jurídico é evidentemente importante, principalmente no que diz respeito a visão do direito como integridade. Dworkin trabalha com o conceito de integridade pensando em uma forma de exergar o direito que lide diretamente com a questão da indeterminação da linguagem, não como um problema a ser resolvido, mas sim como um risco a ser abraçado. Para ele, deve-se lidar com o direito aberto em seu sentido pois a indeterminação da linguagem é parte da linguagem humana. Se não fosse a natureza indeterminada da linguagem e a questão principiológica, o direito teria pouca aplicabilidade em uma uma sociedade complexa como a nossa. Desse modo, é preciso que o direito seja aberto para o tempo, assim, a indeterminação pode ser encarada como algo positivo, porque permite o funcionamento do direito numa sociedade pós-convencional.

5. Referências Bibliográficas

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

UNITED STATES COURTS. History - Brown v. Board of Education Re-enactment. Disponível em: < http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>. Acesso em: 23 jun. 2016.

RODRIGUES, Fernando. *Crítica ao positivismo e interpretação*. Revista Direito e Práxis. Vol. 4, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

THAÍS OLIVEIRA MAIA: Advogada, pós-graduanda em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas.

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar a importância da observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, no âmbito administrativo e judicial por meio da defesa técnica elaborada por um Advogado. Nesse seguimento, aponta os princípios que norteiam o Processo Administrativo, bem como a relevância da sua aplicação no âmbito do PAD e a edição da súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, que visou garantir a eficácia dos referidos princípios. Em contraponto ao objetivo traçado pelo Superior Tribunal de Justiça, imperioso destacar a edição da Súmula Vinculante nº 5 pelo Supremo Tribunal Federal e os intensos debates quanto a sua suposta inconstitucionalidade, a qual foi objeto de pedido de cancelamento pelo Conselho Federal da Ordem os Advogados do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios Constitucionais. Processo administrativo Disciplinar. Devido Processo Legal. Possível Inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate the importance of the effective applicability of constitutional principles to the defendants, whether in the administrative or judicial sphere, through defense prepared by a duly authorized lawyer. In addition, it is relevant to demonstrate the issuance of the summary number 343 of the Superior Court of Justice, which sought to ensure the effectiveness of the respective principles. As a counterpoint to the objective set by the Superior Court of Justice, it is relevant to demonstrate the publication of the Binding Precedent No. 5 by the Federal Supreme Court the debates on its alleged unconstitutionality, which was the subject of a request for cancellation by the Federal Council of the Brazilian Bar Association

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

KEYWORDS: Constitutional principles. Disciplinary administrative process. Due Process Legal. Possible Unconstitutionality of Binding Precedent No. 5 of STF.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO 1.-PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. 1.1 ASPECTOS GERAIS. 1.2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1.2.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. 1.2.3 PRINCIPIO DA MORALIDADE. 1.2.4 PRINCIPIO DA PUBLICIDADE. 1.2.5. PRINCIPIO DA EFICIÊNCIA. 1.2.6 PRINCIPIO DO CONTRADITORIO E AMPLA DEFESA. CAPÍTULO 2. A DEFESA TÉCNICA NO PAD E SÚMULA 343 DO STJ. CAPÍTULO 3. A SÚMULA VINCULANTE Nº5 E O RETROCESSO AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A Carta de 1988 trouxe no rol de direitos e garantias fundamentais, o direito ao devido processo legal, especificamente no art. 5º, LV.

Ao interpretar a Constituição depreende-se que o Legislador visou proteger de igual forma os investigados no âmbito administrativo e judicial, trazendo direitos que devem ser observado pelo agente público judicante em qualquer âmbito.

Os princípios que norteiam o PAD constituem uma garantia constitucional processual e visam o bom deslinde do processo para ambas as partes. A ampla defesa constitui garantia, que no decorrer do processo as partes poderão produzir todas as provas admitidas e previstas em direito. Já o contraditório garante às partes o direito de contradizer, produzir provas, contra tudo àquilo que está sendo acusado a elas no decorrer do processo, sendo assim imprescindíveis de observância para observância do devido processo legal.

Sabe-se que é dever do administrador público instaurar um procedimento administrativo disciplinar sempre que se deparar com falta grave cometida pelo servidor público no exercício da função, sendo um ato vinculado, porém, ao processado são garantidos todos os direitos constitucionais, logo, podendo e devendo ser processado, mas com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

observância de todos os direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico, seja no plano Constitucional ou infraconstitucional.

Vale ressaltar ainda, que além dos princípios supracitados, são assegurados a estes uma defesa plena, englobando também a defesa técnica, a vista dos autos que decorre do princípio da publicidade, a produção de provas e a garantia de revisão das decisões exaradas pela comissão processante pelo poder judiciário.

Entretanto, o STF ao editar a súmula vinculante nº 05, que contrapôs todo entendimento firmado no âmbito do STJ (súmula 343) tornou facultativa a defesa técnica do servidor nos autos do Processo Administrativo Disciplinar, no mínimo fragilizou, senão, mitigou o princípio do contraditório e ampla defesa neste âmbito, ferindo a Constituição Federal.

Por fim, o objetivo do presente artigo é demonstrar os motivos que levam a elaboração de uma defesa técnica ser imprescindível no Processo Administrativo Disciplinar como um meio de garantir o devido processo legal ao acusado. Além disso, cogita-se a possibilidade de inconstitucionalidade dos fundamentos que ensejaram a edição da Súmula Vinculante n° 5 do Supremo Tribunal Federal.

1 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

1.1 Aspectos gerais

O processo Administrativo Disciplinar é conceituado por Couto (2012, p 61) como "uma série de atos concatenados, praticados extrajudicialmente pelas partes, em contraposição, tendentes a um ato final de aplicação de qualquer das funções ou de absolvição".

E ainda, o artigo 148 da Lei nº 8.112/1990 define o Processo Administrativo Disciplinar senão vejamos:

> Art. 148. O Processo Disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Já Gasparini (2014, p.226) define processo administrativo como "o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia de natureza administrativa".

O processo Administrativo Disciplinar tem com objetivo apurar a responsabilidade por falta grave cometida pelo servidor praticada no exercício de suas atribuições ou que tenha relação com as atribuições do cargo investido conforme preceitua o art. 146 da Lei 8112/90. *Ipsis Litteris*

> Art. 146. Sempre que o Ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 dias, de demissão, cassação, de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.

É relevante reafirmar que tal conduta deve ser praticada no exercício de suas atribuições, conforme Couto (2012, p.54), "o artigo 124 da Lei 8.112/90 afirma que a responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função".

No que cerne ao objetivo do PAD, nos dizeres de Marinela, (2015, p.1069).

> O Processo Administrativo disciplinar é composto por um conjunto de atos que servem de instrumento para apuração de ilícitos administrativos com a consequente punição de faltas graves praticas por servidores públicos. Tal processo administrativo tem como principais objetivos: a) a apurar ação ou omissão do servidor público, desde que punível disciplinarmente; b) promover o deslinde de anormalidade prejudicial ao bom desempenho dos serviços públicos; c)evitar que autoridades, com base tão somente no poder discricionário, condenem seus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> administrados, afastando-os da fundamental ampla defesa; d) oferecer ao servidor a oportunidade de provar sua inocência, corolário do direito de ampla defesa. Que seve como mecanismo para evitar atitudes arbitrárias; e) funcionar como mecanismo que viabiliza o controle da atividade da Administração Pública; f) ser utilizado como mecanismo de legitimação e fundamentação da atividade estatal.

Cumpre inferir, o conceito de Servidor Público para que seja possível compreender quem poderá integrar a parte passiva no Processo Administrativo Disciplinar. Conforme preceitua a lei 8.112/90, no art. 2º, "Para efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.".

O PAD assim como um processo judicial tem suas fases, conforme demonstra Di Pietro, (2011, p.224) "O processo desenvolve-se nas seguintes fases: instauração, instrução, defesa, relatório e decisão", as quais não serão o objeto de aprofundamento.

O PAD encontra amparo legal em várias leis infraconstitucionais, conforme Marinela (2015, p.1069).

> O fundamento legal para o processo administrativo disciplinar está previsto em várias leis, tendo o ente político autonomia para legislar o seu estatuto funcional e definir suas regras quanto à tramitação do processo disciplinar, à competência, aos prazos, às formalidades específicas e às possíveis sanções. Portanto ao contrário da via judicial, não há um padrão, não há uniformização de regras.

Pode-se citar como exemplo o Estatuto dos Servidores Púbicos do Estado do Amazonas, o qual dispõe no art. 179 parágrafo único: "No inquérito administrativo é assegurado o amplo e irrestrito exercício do direito de defesa". (1986, p.11). Logo é possível constatar que cada ente positiva o procedimento processual administrativo, mas deve sempre

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

observar a Constituição Federal em observância ao princípio da Simetria Constitucional.

Uma vez instaurado o Processo administrativo disciplinar, em suma, o agente público poderá ser responsabilizado na esfera cível, penal e administrativa pelo exercício irregular de suas atribuições. Todavia, sendo o PAD o instrumento adequado para o processamento e julgamento do servidor no âmbito interno da Administração Pública, nada obsta que a decisão seja revista no âmbito judicial, situação que ocorre, principalmente, quando há violação dos princípios Constitucionais Administrativos aplicáveis no Processo Administrativo Disciplinar.

1.2 Princípios Constitucionais Administrativos Aplicáveis ao PAD

Os princípios são, conforme dispõe Marinela, (2012, p.25).

> Princípios são mandamentos de otimização, normas que ordenam a melhor aplicação possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, portanto, a sua incidência depende de ponderações a serem realizadas no momento de sua aplicação.

Com a criação da Constituição de 1988 o legislador enumerou um rol de direitos e garantias, visando assim coibir, limitar o poder do Estado que em suas diversas formas de atuação sempre deteve o poder de império na figura da máquina estatal.

Desta forma, Marinela, (2012.p.2072)

> A Constituição de 1988 desenhou um novo processo administrativo mais democrático, seguro e com ampla garantia de contraditório e ampla defesa, o que não ocorria nos textos anteriores. Tal garantia, como todos os recursos cabíveis, significa dar a mesma tutela jurídica dos processos judiciais à via administrativa, o que depende da garantia de informação, do ato praticado no processo e de seu conteúdo; direito a manifestação e à certeza de ver

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

seus argumentos sendo considerados pelo julgador, além de outros desdobramentos.

Ademais, muitos foram os excessos por parte do poder público na figura de seus agentes desde os primórdios, porém, com as revoluções sociais e por consequência a evolução da sociedade e do direito, houve a criação de limitações ao poder do Estado, os quais são chamados de princípios.

"Para o Processo Administrativo aplicam-se todos os princípios definidores do Direito Administrativo, além dos princípios específicos previstos no texto constitucional." conforme dispõe, Marinela, (2012, p. 1072). Desta forma, sendo tais princípios resguardados no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar, que é um procedimento administrativo, onde o servidor faz jus a todos os direitos e garantias assegurados pela Constituição e a legislação infraconstitucional que tutele sua função.

De acordo com Couto, (2012,p. 5) "não há princípios exclusivos do Processo Administrativo Disciplinar e da sindicância punitiva, pois todos os princípios gerais do direito administrativo e todos os princípios do processo administrativo geral, previstos na Lei. 9784/1999, ser-lhes-ão aplicáveis"

Sendo assim, serão aplicáveis os Princípios Constitucionais Administrativos ao processo Administrativo Disciplinar, os quais serão destaque neste, o princípio do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, e os expressos de forma explícita no rol do art.37 da Constituição Federal de 1998, os quais são, Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade Eficiência.

1.2.1 Princípio Legalidade

O princípio da Legalidade esculpido no rol de princípios expressos no caput do art. 37 da Constituição Federal traz um dos princípios basilares do Estado de Direito, o qual seja, o princípio da Legalidade.

A formulação mais abrangente de tal princípio encontra-se no art. 5º, inciso II, neste se inserindo alguns dos mais importantes direitos e garantias fundamentais do nosso ordenamento jurídico, senão vejamos: "ninguém

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, sendo lícito aos particulares fazer tudo aquilo que a lei não proíba." No entanto, a aplicação de tal princípio na seara do direito administrativo possui aplicação restritiva, uma vez que o administrado não pode atuar conforme o princípio da autonomia da vontade, como no direito civil, mas sim deve observar apenas o que a lei determina em seu sentido literal.

Segundo Alexandrino:

> Em suma a administração, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei (a atividade administrativa não pode ser *contra legem* nem *praeter legem*, mas apenas *sucundum legem*). Os atos eventualmente praticados em desobediência a tais parâmetros são atos inválidos e podem ter sua invalidade decretada pela própria Administração que os haja editado. (Alexandrino, Marcelo pg. 192).

Nos dizeres de Mazza, (2012, p. 84) "O exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas deve obrigatoriamente respeitar a vontade da lei."

Sendo assim, o princípio da legalidade para a Administração pública delineia os passos do administrado, devendo este observar estritamente todos os seus ditames para que todos os atos praticados em nome do poder público sejam válidos.

1.2.2 Princípio da Impessoalidade

"O princípio da Impessoalidade estabelece um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações e privilégios indevidamente dispensados a particulares no exercício da função administrativa.", conforme Mazza, (2012, p.90)

Ademais, o princípio da impessoalidade veda que o ato seja praticado visando o interesse do agente publico ou de terceiros, devendo assim, se ater aos ditames previstos em lei, sob pena de nulidade por desvio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

de finalidade. O legislador visou coibir o favorecimento pessoal dentro da administração pública e a "troca" de favores entre os administradores públicos. Segundo Nohara, (2011,p.308).

> Impessoalidade é o princípio que demanda do agente público conduta imparcial, isto é, afastada de favoritismos. Relaciona-se com a moralidade, uma vez que exige da Administração atuações que se distanciem da busca por interesses próprios dos agentes públicos ou de terceiros. Conduta impessoa, portanto, aquela na qual não há intenção de beneficiar ou prejudicar pessoas ou empresas.

Em suma, tal princípio deve ser observado para o cumprimento do interesse público sem que haja qualquer interesse do administrado, sem que esse opere a máquina estatal e seus recursos em seu benefício.

1.2.3. Princípio da Moralidade

O princípio da Moralidade no direito administrativo tem como objetivo tornar ética a atuação do administrador público, com isso tornando jurídica a moralidade, e por conseguinte, tornando passível de invalidação todos os atos jurídicos praticados sem a observância de tal princípio. O respectivo princípio constituiu requisito de validade do ato administrativo, logo um ato praticado sem observância deste, será declarado nulo.

Marinela, (2012,p/39) conceitua o princípio da moralidade:

> O princípio da moralidade exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com principio éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a ideia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Desta forma, é notável a relevância da observância de tal princípio para a eficácia do serviço público cumprindo a finalidade e satisfação do interesse público.

1.2.4. Princípio da Publicidade

O princípio da Publicidade é definido nos dizeres de, Gasparini, (2010, p. 65) "Este princípio torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, para conhecimento, controle e início de seus efeitos." .

Ademais, tal princípio também versa sobre o enfoque da exigência de transparência da atuação administrativa, conforme previsto no art. 5., inciso XXXIII, da Constituição, o qual preceitua " XXXIII- todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível a segurança da sociedade e do Estado.

Pode-se verificar como exemplo da eficácia de tal princípio a alteração da Lei de Responsabilidade Fiscal, no ano de 2009, trazendo novas regras relacionadas a este princípio. Nesse sentido, Gasparini, (2010, p.68).

> Dentre outras importantes inovações, foi determinado às entidades e órgãos públicos que assegurem a transparência mediante liberação, ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso ao público.

Este princípio torna-se, portanto, imperativo ao Administrador Público, por força da previsão Constitucional e sua relevância ao aplicar no serviço público.

1.2.5 Princípio Eficiência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

O princípio da Eficiência, conceituado por Marinela, (2012,p.44) "Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que aqui, o lucro é do povo."

E, Nohara, (2011, p.88) conceitua o princípio da eficiência nestes termos: "A eficiência impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabe ao Estado alcançar."

Desta forma, o princípio da eficiência assegura a eficácia da celeridade processual, da probidade administrativa com enfoque na otimização da gestão pública e na melhor qualidade na relação entre administração pública e administrado.

"Assim, o conteúdo jurídico do princípio da eficiência consiste em obrigar a Administração a buscar os melhores resultados por meio da aplicação da lei.", Mazza, (2012, p. 104)

1.2.6 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa e a Constituição de 1988.

A constituição de 1988 inovou ao equiparar os processos judicial e administrativo, garantindo a estes os mesmos princípios de um procedimento ao outro, nesse sentido, Marinela, (2012, p. 1071).

> A Constituição de 1988 desenhou um novo processo administrativo mais democrático, seguro e com ampla garantia de contraditório e ampla defesa, o que não ocorria nos textos anteriores. Tal garantia, com todos os recursos cabíveis, significa dar a mesma tutela jurídica dos processos judiciais à via administrativa, o que depende da garantia de informação do ato praticado no processo e de seu conteúdo; direito à manifestação e à certeza de ver seus argumentos sendo considerados pelo julgador, além de outros desdobramentos.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O contraditório e a ampla defesa, bem como o devido processo legal, por vezes são equiparados, senão confundidos, porém há distinções de cada instituto, bem como conceitos trazidos pela doutrina. O contraditório, segundo Nohara, (2011, p.252).

> O contraditório implica bilateralidade do processo, que se resume na expressão *audiatur et altera pars* (ouça-se também a outra parte). Compreende, via de regra, a oportunidade dada à parte de conhecimento daquilo que lhe é imputado, acrescido do direito à reação ou a resposta.
>
> O contraditório é um dos meios de garantia da ampla defesa. Dessa forma, além de a ampla defesa englobar a possibilidade de os interessados sustentarem suas razões, de produzirem provas e de influírem na formação do convencimento de quem decide, exige ainda,: aspectos de regularidade do processo, a presença de defesa técnica, a imparcialidade de quem decide, justiça nas decisões estatais, que consubstancia o devido processo substantivo. Sendo assim, ampla defesa é noção mais abrangente que contraditório.

Já a ampla defesa, nos dizeres de Marinela, (2012.p. 1075), "Esse princípio é inerente ao direito de ação, à garantia à tutela jurisdicional, uma consequência do devido processo legal, porém tem características próprias." Para a referida autora, a ampla defesa depende de algumas exigências para que seja eficaz.

Os desdobramentos citados por Marinela, (2012.p.1075).

> O primeiro aspecto é o caráter prévio da defesa (...) "Exige-se ainda a total observância ao direito de informação geral (...), "No que tange a produção de provas esse direito não pode apenas se apresentar como uma condição formal. A parte tem direito à produção das provas que entender necessárias a sua defesa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Por fim, o princípio do Devido Processo Legal, também conceituado por Marinela, (2012,p. 1073).

> Representa um superprincípio norteador de todo ordenamento jurídico. Um direito fundamental previsto no art. 5, inciso LIV, da CF, segundo o qual: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", regra imune à alteração constitucional e de aplicabilidade imediata. Fazer processo conforme determina a lei é um princípio que rege todo o sistema jurídico, fundamentado no principio da legalidade, que informa a maneira de serem realizados todos os procedimentos judiciais, assim como os administrativos. O processo, conforme estabelece a previsão legal, assegura que as relações estabelecidas pelo Estado sejam participativas e igualitárias. Traz a certeza de que o processo de tomada de decisão pelo Poder Público não seja um procedimento arbitrário, mas um meio de afirmação da própria legitimidade e de afirmação perante o individuo. O processo, conforme estabelece a previsão legal, assegura que as relações estabelecidas pelo Estado sejam participativas e igualitárias. Traz a certeza de que o processo de tomadas de decisão pelo Poder Público não seja um procedimento arbitrário, mas um meio de afirmação da própria legitimidade e de afirmação perante o indivíduo.

Cumpre salientar, que ao equiparar o processo judicial e administrativo a Constituição de 1988 deixou evidente e indiscutível que a Administração pública deve observar tais princípios no âmbito do PAD, nesse diapasão, Marinela, (2012,p. 1073), "Portanto, hoje não resta dúvida de que a Administração Pública para praticar os seus atos deve atender à exigência de processo administrativo prévio cuja realização se deve observar o devido processo legal."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Sendo assim, pode-se verificar a exigência e importância do legislador ao resguardar os princípios constitucionais ao Processo Administrativo e Judicial, devendo estes ser observados e garantidos da melhor forma, ou seja, através de uma defesa técnica elaborada por advogado previamente constituído pelo processado.

2 A DEFESA TÉCNICA E A SÚMULA 343 DO STJ.

A defesa técnica como garantia do devido processo legal foi reconhecida há tempos pela doutrina do direito Administrativo, sendo firmado entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça em 2007, reforçando o posicionamento da corte e com objetivo de unificar o entendimento em relação aos casos futuros, foi editada a Súmula n° 343, STJ, com a seguinte redação "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar." Sobre tal posicionamento, Marinela, (2012, p. 1077),

> Com o passar dos anos, o fortalecimento das garantias constitucionais, o reconhecimento e a necessidade de aplicação do princípio da ampla defesa levaram o Superior Tribunal de Justiça a reconhecer a importância da defesa técnica nesses processos. Para o STJ, a presença do advogado colabora com a regularidade do processo, garantindo o equilíbrio entre as partes e a segurança jurídica. Consolidada a orientação nesse Tribunal, a matéria foi objeto de súmula, a Súmula nº 343, que estabelece: "É obrigatória a presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

O Superior Tribunal de Justiça no ano de 2007 aprovou por unanimidade a súmula n. 343, a referida decisão teve como precedente as seguintes decisões, MS 7.078-DF (3ª S, 22.10.2003 – DJ 09.12.2003) MS 9.201-DF (3ª S, 08.09.2004 – DJ 18.10.2004) MS 10.565-DF (3ª S, 08.02.2006 – DJ 13.03.2006) MS 10.837-DF (3ª S, 28.06.2006 – DJ 13.11.2006) RMS 20.148-PE (5ª T, 07.03.2006 – DJ 27.03.2006) e os artigos Lei n. 8.112/1990, arts. 153, 163 e 164 e ainda Lei n. 8.112/1990, arts. 153, 163 e 164.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A princípio é relevante que seja exposto o conceito de defesa técnica na visão doutrinária para que, por conseguinte, seja compreendido os fundamentos da edição da súmula 343 do STJ.

Segundo Medauar, apud Bacelar Filho,2003,p. 311:

> A defesa técnica é aquela realizada pelo procurador do interessado, o advogado. Exigência ou mera possibilidade? No processo disciplinar de que resulte pena grave, Odete Medauar posiciona-se pela necessidade da defesa técnica, cabendo à Administração o dever de nomear defensor dativo quando o servidor estiver desassistido ou se verificar a revelia.

A defesa técnica elaborada por um procurador devidamente constituído e habilitado para tal função, juntamente com a interpretação do art. 133 da Constituição Federal, o qual prevê: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei", foram conjuntamente, a mais forte fundamentação para a edição da Súmula n° 343 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, Manifesto da OAB – seccional SP EM APOIO AO PROCESSO DE CANCELAMENTO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5, (2008, p.5):

> Com a redação que o Legislador imprimiu no inciso LV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, o direito de defesa ampla e contraditório, corolário do devido processo legal, não poderia mais ser negado aos acusados em geral e aos litigantes em processo judicial e administrativo, mas só isso não bastava, eis que ainda se indagava no que consistiria a extensão da amplitude desse direito de defesa, e foi interpretando essa extensão jurídica que alguns doutos decidiram vinculá-lo a outra inovação da Carta Política de 1988, ou seja, a do seu artigo 133, onde

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> consta o seguinte: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

Nos autos do MS 7.078- DF, umas das decisões que fundamentaram a edição da respectiva súmula, O Sr. Ministro Hamilton Carvalho (Relator), antes de conceder a segurança, expôs a visão que foi apoiada por unanimidade pelos demais Ministros, senão vejamos.

> No que diz respeito à ocorrência de cerceamento de defesa, é de se reconhecer que durante a instrução do inquérito, a impetrante não se viu acompanhar de defensor constituído, que, a nosso ver, é imperativo constitucional, com o qual não se compatibiliza a autodefesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito. É que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, estabelece que "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;" (nossos os grifos). O artigo 133, também da Carta Magna, por sua vez, preceitua que "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." (nossos os grifos). E o Excelso Supremo Tribunal Federal já decidiu que ampla defesa significa dar ao réu todas as oportunidades e meios que a lei lhe propicia para defesa (RT 688/384). A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, por óbvio, é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. Tenho, assim, como configurada, na espécie, a ocorrência de cerceamento de defesa da impetrante, eis que não se viu acompanhada de advogado, conforme a própria Administração afirmou,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> nem lhe foi designado defensor dativo, mostrando-se caracterizadas a violação da garantia constitucional da ampla defesa e, consequentemente, a nulidade do processo administrativo que produziu a demissão da impetrante.

Ademais, importante decisão exarada pela Ministra Laurita Vaz, relatora, nos autos do MS n. 9.201- DF, que de igual forma integrou o rol de decisões que embasaram a edição da respectiva Súmula, demonstra a importância da defesa técnica elabora por advogado no âmbito do processo administrativo disciplinar.

> Na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, circunstância, que, a luz dos precedentes desta Corte de Justiça, elementar à garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. Precedente desta Corte. Conclusões Os processos administrativos são, segundo o critério da juridicidade, de natureza contenciosa ou graciosa e a atuação do administrado é delimitada pela natureza do processo; Nos processos administrativos de natureza contenciosa há que se proporcionar ao envolvido, oportunidade de exercício da ampla defesa, nos termos preconizados pela Constituição Federal; O exercício da ampla defesa, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal, não se limita ao princípio do contraditório, pois, se traduz na ampla participação do administrado, no processo, segundo os princípios do direito processual. Finalizando, embora inexistente, em nosso regramento, normas específicas para disciplinar o processo administrativo, encontramos em nossa legislação e, agora, com mais atenção, nos princípios

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> constitucionais erigidos na atual Carta, todos os meios assecuratórios de ampla defesa no processo administrativo. Basta exercitá-los. A inscrição constitucional desse direito, além de conferir cogência para aplicação em todas as esferas da Administração, ante a relevância da matéria, não inibe o controle judicial da ampla defesa, até a mais Alta instância. (José Carlos Peres de Souza, Leili Odete Campos Izumida de Almeida, Procuradores do Município de São Paulo, in RT 695/81-82).

Pode-se notar, após a análise dos respectivos precedentes que ensejaram a edição da súmula n 343 do Superior Tribunal de Justiça, que o objetivo do entendimento sumulado a respeito da matéria, é que a ampla defesa e o contraditório fossem assegurados mesmo no âmbito do processo administrativo disciplinar, em consonância com o texto constitucional. Com objetivo de que fossem concretizadas tais garantias através da constituição de um profissional devidamente qualificado, o advogado, o qual poderia resguardar o processado, contra qualquer arbitrariedade que possa ser cometida pela comissão processante. Desta forma, tal súmula visava a eficácia prática e plena dos direitos aos acusados mesmo no âmbito do processo Administrativo disciplinar, respeitando a expressa previsão constitucional.

3 SÚMULA VINCULANTE Nº 5 E O RETROCESSO AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 5 em 12 de setembro de 2008, se opondo de forma expressa e trazendo um marco do retrocesso da garantia constitucional do contraditório e ampla defesa, princípios até então assegurados no bojo da súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 2007, a qual assegurava a defesa técnica e a presença do advogado no PAD, constituindo verdadeira eficácia dos direitos inerentes ao devido processo legal.

Ao prevê no texto da súmula "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Constituição" suscitou inúmeros debates sobre a sua validade e eficácia no ordenamento jurídico por sua aparente Inconstitucionalidade, uma vez que dispõe literalmente de maneira diversa dos princípios previstos no rol do art. 5º da Constituição Federal.

Ocorre que, o desrespeito a um princípio Constitucional invalida todos os atos decorrentes deste, ofendendo ainda todo o sistema jurídico. Nesse sentido, Mello (2009, p. 53):

> Reconhecida a força coercitiva dos princípios que regem o ordenamento jurídico, considerando a importância enquanto mola propulsora para as demais regras dos sistema, a inobservância a um princípio gera uma ofensa a todo o sistema de comando e não somente a um mandamento obrigatório específico. Essa desatenção é a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, porque representa uma agressão contra todo o sistema, uma violação dos valores fundamentais, gerando uma corrosão da sua estrutura mestra.

A discussão foi amplamente debatida pela Ordem dos Advogados do Brasil, a qual ajuizou uma ação tendo como objeto o pedido de revogação da respectiva súmula, processo ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal sob o número PSV 58. E ainda, alvo de duras críticas por renomados doutrinadores de direito Administrativo e Constitucional, os quais consideram tal medida um verdadeiro retrocesso no direito brasileiro e uma inconstitucionalidade legalizada pelo Supremo, senão vejamos, conforme Marinela, (2012, p. 1077).

> Infelizmente a edição dessa nova súmula vinculante representa um retrocesso na evolução dos princípios constitucionais e na consolidação do direito de ampla defesa. Aparentemente a medida respaldou-se mais em fins econômicos do que jurídicos propriamente ditos. Quando do julgamento, o Advogado- Geral da União, José Antônio Dias Toffoli,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> advertiu quanto aos riscos da consolidação do entendimento do STJ, alertando para os custos que isso iria gerar para o Estado. Na verdade, não se pode desconsiderar o fato de que, com a orientação da Súmula n º 343, muitos servidores demitidos do serviço público, sem a presença do advogado em seus processos, teriam o direito de voltar a seus cargos com reconhecimento da nulidade, o que representaria um prêmio aos servidores infratores. Entretanto, acredita-se que essa situação poderia ser evitada com a edição de uma súmula vinculante que determinasse um limite temporal para a aplicação dessa garantia, mas infelizmente não foi isso que ocorreu. Diante de tal cenário, a Súmula n. 343 perde o seu sentido, considerando que a Súmula Vinculante nº 5 obriga todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

De igual forma, Manifesto da OAB – seccional SP EM APOIO AO PROCESSO DE CANCELAMENTO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5, (2008, p.5):

> O argumento que deu suporte à edição do Sumulado Vinculante nº 5, do C.STF, a tudo isso negaceou, fez-nos volver aos idos tempos da exceção em tema de Direito Administrativo Disciplinar, e constitui-se em verdadeiro retrocesso. Para profligar os efeitos salutares da Súmula nº 343/STJ, a União, nos autos do RE 434059, sustentou que a manutenção da súmula em tela provocaria sangria nos cofres públicos, eis que permitiria a reintegração de enorme quantidade de servidores que retornariam ao serviço público premiados com exorbitante indenização. O argumento foi acatado e a Súmula Vinculante nº 5 editada, ao arrepio de todo o esforço de mais de um século para modernizar as instituições brasileiras. Assim, quem se viu premiada com sua incúria e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> arbítrio foi a Administração Pública que não se modernizou.

A edição da Súmula Vinculante nº 5 pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 07 de maio de 2008, teve como precedentes: o RE 434.059 (publicação: Dje nº 172/2008, 12.09.2008), o AI 207. 197 Agr. (publicação: DJ : 24.03.1998), o RE 244.027 AgR (publicação: DJ 28.05.2002) e o MS 24.961 (Publicações: DJ: 04.03.2005, RTJ: 193/347.

Apesar das "reiteradas" decisões supracitadas, há posições controversas de que tal súmula seria inconstitucional por vício de forma, ante a inobservância do art. 2º da Lei Nº 11.417/ 2006, a qual dispõe:

> O Supremo Tribunal Federal, poderá de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista em Lei.

Ao apresentar proposta de cancelamento da respectiva súmula, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, órgão legitimado nos termos do art. 3º, inciso V, da Lei 11.417/2006 infere sobre a inconstitucionalidade quanto a edição da súmula, conforme infra exposto: Proposta de cancelamento de Súmula vinculante nº 58 Distrito Federal. (PSV 58/DF).

> Resta evidente a ausência do primeiro requisito, qual seja, a existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria objeto da súmula. Insta observar que além do acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434059, que acabou por render ensejo à edição da Súmula Vinculante nº 5, o Supremo Tribunal Federal indicou apenas outros três julgados que, supostamente,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> configurariam as "reiteradas decisões" acerca da mesma matéria (AG nº 207197, RE nº 244027, MS nº 24961). Todavia, é imperioso destacar que a decisão exarada no MS nº 24961 não encerrou posicionamento semelhante ao conteúdo da Súmula Vinculante nº 5. Como se depreende da leitura do enunciado, a matéria que se pretendeu cristalizar sob a forma de súmula diz respeito à obrigatoriedade ou não de defesa técnica no processo administrativo disciplinar. No MS nº 24961, no entanto, restou consignado que a matéria sob exame não cuidava de processo administrativo disciplinar, mas sim de procedimento administrativo de tomada de contas.

Pode-se constatar o claro retrocesso que o Supremo Tribunal Federal causou ao sumular tal entendimento, vinculando a Administração Pública Direta, Indireta, Fundacional e Autárquica. Dessa maneira, mitigou a relevância de defesa técnica e da presença do advogado no PAD tornando as garantias de eficácia real do devido processo legal, contraditório e ampla defesa reduzidíssimas, senão inexistentes, no âmbito administrativo, ensejando um desrespeito ao disposto na Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, é possível concluir que com a edição e publicação da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal, pode-se constatar um verdadeiro retrocesso ao rol de garantias Constitucionais, situação que enseja a necessidade de revisão do entendimento vinculante.

Ora, o legislador ao prever na Constituição Federal a garantia a todos no âmbito administrativo e judicial uma defesa plena, visou atingir de maneira real e imediata a aplicação do contraditório e ampla defesa, bem como o devido processo legal aos acusados no âmbito administrativo.

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal ignorou tais garantias mesmo com previsão expressa no texto Constitucional, situação que levou o respectivo tribunal a sumular o entendimento apenas analisando os casos levados a corte, abordando tão somente os aspectos econômicos e mais

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

viáveis a Administração Pública, ignorando aquilo que fora positivado pelo Legislador Originário e sequer analisando de forma prática o que este entendimento afetaria no mundo jurídico.

O Principal fundamento da edição da respectiva Súmula foi, conforme pronunciamento do Advogado Geral da União a época, José Antônio Dias Toffoli, os riscos que a Súmula 343 do STJ poderiam causar a Administração Pública, uma vez que vários servidores demitidos e que não foram acompanhados por um advogado poderiam ingressar com a ação requerendo anulação da decisão, requerendo ainda, as diferenças que faziam jus pelo tempo de afastamento de suas respectivas funções, ou seja, prejuízo para os cofres públicos. A respectiva problemática poderia ser sanada com a edição de uma súmula reiterando a necessidade de defesa técnica no âmbito administrativo, devendo apenas determinar o período de sua eficácia para os processos a partir da data da publicação, logo, tal fundamentação padeceu de fragilidade para sustentação da edição da Súmula Vinculante n°5.

Cumpre inferir que o Supremo por ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário e o guardião da Constituição Federal tem como dever a análise da Constituição Federal, no mínimo, sob a ótica do legislador originário que elaborou um rol extenso de direitos aos cidadãos visou que estes fossem eficazes e aplicáveis de maneira plena e imediata a todos, para que posteriormente firmasse um entendimento e o sumulasse. Entretanto, não foi esse o caminho adotado pela Suprema Corte, a qual firmou entendimento fundamentado em aspectos puramente políticos e vantajosos ao Estado, violando de forma clara a Constituição Federal, e de maneira mais grave, obrigando a todos a aplicação de tal entendimento.

Por fim, resta evidente que a solução para a cessação dos efeitos da Súmula Vinculante nº 5 seria a sua revisão ou revogação, e a partir disso a suscitação de um novo entendimento no âmbito da Corte, o qual de fato visasse todos os direitos e garantias inerentes aos acusados em geral no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar.

REFERÊNCIAS

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ALEXANDRINO, Marcelo. Paulo, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado Método**. São Paulo, 2012.

BARBOSA, Washington. **A (in) constitucionalidade da Súmula Vinculante n° 5 do STF.** Disponível em: www.viajus.com.br.php?pagina=artigos&id-3454&idAreaSel=1&seeArt=yes>

Constituição Federal. **Vade Mecum 2015**. Saraiva. São Paulo, 2015.

COUTO, Reinaldo. **Curso Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**. Atlas S.A. São Paulo, 2012.

Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Amazonas. **Vade Mecum 2015**. Saraiva. São Paulo, 2015.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**.Saraiva. São Paulo, 2012.

Lei 11.417/2006, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006. **Vade Mecum 2015**. Saraiva. São Paulo, 2015.

MANIFESTO DA SECCIONAL DA OAB/SP EM APOIO AO PROCESSO DE CANCELAMENTO DE SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO COLENDO PRETÓRIO EXCELSO PROMOVIDO PELA OAB FEDERAL. Pesquisa feita dia 12 de maio de 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Impetus. Niterói, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. Saraiva. São Paulo, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Saraiva. São Paulo, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Editora Malheiros. São Paulo, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

NOHARA, Patricia Irene. **Direito Administrativo**. Atlas. S.A. São Paulo, 2011.

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE N 58 – DF. Pesquisa feita dia 12 de maio de 2015.

Supremo Tribunal Federal, Súmulas na Jurisprudência. Pesquisa feita dia 15 de maio de 2015. Disponível em:

Superior Tribunal de Justiça, revisa eletrônica . Pesquisa feita dia 28 de abril de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas 2012_29_capSumula343.pdf>

WAGNER, José. **Regime Jurídico Único versão historiada da Lei. 8112/90**. Método. São Paulo, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL COMO OBRIGAÇÃO PROPTER REM NAS RESERVAS LEGAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE E DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

LIKEM EDSON SILVA DE JESUS:

Resumo: O objetivo do presente artigo é demonstrar juridicamente em que consiste a responsabilidade ambiental, relacionando-a com a função social da propriedade, esclarecendo o caráter *propter rem* das obrigações daí advindas, notadamente quanto ao instituto da reserva legal. Ademais, busca-se explicar a tutela civil do meio ambiente, justificando a adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro da teoria objetiva da responsabilidade na modalidade do risco integral; apontar a relação entre o interesse público na função social da propriedade e a obrigação *propter rem* na reparação do dano ambiental; e analisar o instituto da reserva legal à luz dos conceitos de responsabilidade civil, obrigação *propter rem* e função socioambiental da propriedade. Concluiu-se que o reconhecimento na ordem jurídica brasileira de que a mantença da preservação nas propriedades privadas, notadamente no que se refere à reserva legal, possui natureza jurídica de obrigação *propter rem*, entendimento amplamente ratificado pelos Tribunais Superiores brasileiros, alterou as características da relação responsabilidade, propriedade e função social, consolidando o sistema de responsabilidade objetiva na modalidade do risco integral. Para tanto, tomou-se por base metodológica a utilização de pesquisa documental e bibliográfica, apoiando-se no método dedutivo, contando com o amparo da jurisprudência brasileira, que debate e ratifica os posicionamentos abordados e dos doutrinadores especializados que reconhecem a obrigação *propter rem* no sistema de responsabilização civil pelo dano ao meio ambiente, servindo este instituto, inclusive, como garantidor da função social da propriedade.

Palavras-chave: direito ambiental; função social da propriedade; obrigação *propter rem*; reserva legal; responsabilidade civil ambiental.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Meio ambiente ecologicamente equilibrado, um dever de todos. 1.1 A proteção ao meio ambiente na ordem constitucional brasileira. 1.2 A tutela civil do meio ambiente. 1.3 As teorias de aplicação da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

responsabilidade civil no direito ambiental. 2 A ecologização da propriedade. 2.1 O valor da proteção e o valor do desenvolvimento. 2.2 A função socioambiental da propriedade. 3 Reparação do dano ambiental como obrigação *propter rem*. 3.1 A reparação do dano ambiental. 3.2 O caráter *propter rem* da responsabilidade ambiental. 3.3 Uma análise efetiva: a reserva legal e a função socioambiental da propriedade. Considerações finais. Referências**.**

INTRODUÇÃO

A Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, definiu meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Ao conceituar nestes moldes o instituto, entendeu-se a natureza de um modo interativo e integrativo. Com isso, a lei finalmente encampou a ideia de ecossistema, que é a unidade básica da ecologia, ciência que estuda a relação entre os seres vivos e o seu ambiente, de maneira que cada recurso ambiental passou a ser considerado como sendo parte de um todo indivisível, com o qual se relaciona mutuamente e depende de forma direta.

Atribui-se, ainda, ao bem ambiental, uma natureza jurídica difusa, pautada nos direitos transindividuais, isto é, transcendendo o direito subjetivo privado e se estendendo pelo público, de modo a constituir um interesse comunitário de natureza cultural, não corporativo.

Nesse sentido, em respeito à definição jurídica do meio ambiente e sua natureza, apreende-se que tutela deste bem se propõe a resguardar não apenas a vida humana, mas o equilíbrio ecológico e todos os seus componentes. Não pode o homem, desta forma, subjugar a natureza apenas fazendo uso dos bens ambientais, sem levar em consideração o dever jurídico de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A par disso, a Constituição brasileira asseverou a conservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, qualificando-o como bem de uso comum do povo e elemento essencial à sadia qualidade de vida. Diante

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

das eventuais ameaças a esse direito, foi necessária a criação de um sistema de responsabilidade civil ambiental, cujas normas distinguem-se daquelas atinentes a responsabilidade civil clássica.

Isso só foi possível a partir do comprometimento do Direito com os valores consagrados pela sociedade que, admitindo a simbiose entre princípios e normas para determinar as regras de conduta social, permite ao legislador atribuir a responsabilidade civil objetiva – cujos elementos são: uma conduta (positiva ou negativa), também chamada de evento danoso, o dano propriamente dito e o nexo de causalidade entre eles, não se avaliando a culpa – para os prejuízos causados ao patrimônio ambiental, considerando que tais danos, uma vez executados, são sofridos por toda coletividade, além da insegurança material e jurídica consequente da dificuldade em se demonstrar a conduta culposa do causador das lesões.

Tais medidas foram adotadas em função da necessidade de se equilibrar a crise ambiental decorrente do processo de industrialização da sociedade, que provocou um sensível aumento na degradação da natureza. Salta aos olhos que o interesse público, neste caso, é superior ao do particular que violou o meio ambiente para obter proveitos ou benefícios de qualquer espécie.

A obrigação correspondente à responsabilização pelo dano ambiental consiste, preferencialmente, na restauração, recuperação e correção do meio degradado, iniciando-se esse processo com a cessação da atividade lesiva. A moeda que quita este tipo de débito com a sociedade de imediato, não é a de cunho monetário e apenas quando o dano ambiental, do ponto de vista ecológico, é irreversível, admite-se a reparação pecuniária. Isso se deve ao fato de que a ofensa não é à ordem econômica e nem a um valor abstrato, mas sim a um bem concreto e que para cumprir sua função social, necessita ser recuperado. Ressalte-se que este entendimento se aplica independente do infrator ser uma grande empresa ou um pequeno proprietário rural.

Neste particular, nota-se que o cumprimento da função social da propriedade necessita estar em paridade com a preservação do meio ambiente, a fim de possibilitar o equilíbrio fundamental para garantir a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

dinâmica da vida em comunidade. Fala-se, então, em função socioambiental da propriedade, que não é uma mera proibição de se lesar o meio ambiente, mas sim a adequação das atividades exercidas pelos particulares à manutenção dele.

Ao se tratar de dano ecológico, não se pode pensar em outra forma de responsabilidade objetiva que não seja a do risco integral, pois ela é a que permite a mais eficiente responsabilização de prejuízos ambientais, ao exigir para a sua caracterização tão somente a configuração do evento danoso e do nexo causal. Tal posicionamento legal viabiliza, ainda, o cumprimento da função socioambiental da propriedade e sua respectiva exigência.

Diante de toda a proteção jurídica ambiental, bastante relevante doutrinaria e jurisprudencialmente é a discussão acerca da natureza real *propter rem* da obrigação de promover a reparação de uma área degradada. Em razão dela, o novo proprietário de um imóvel que tenha sofrido dano ambiental também é responsável por ele, ainda que a referida lesão tenha sido causada pelo antigo proprietário. Com isso, tenta-se evitar que o novo responsável deixe de adotar as providências necessárias a permitir o retorno do equilíbrio ambiental, sob o argumento de não ter sido o causador do dano ou de não o ter iniciado.

Daí, surge a indagação acerca da consistência e amplitude da responsabilização do adquirente de uma propriedade eivada de danos ambientais, considerando o caráter *propter rem* relativo a essa obrigação e a função socioambiental da propriedade.

Esta indagação é o ponto de partida deste trabalho, que tem por objetivo geral, em razão disso, demonstrar juridicamente em que consiste a responsabilidade ambiental, relacionando-a com a função social da propriedade, além de esclarecer o caráter *propter rem* das obrigações daí advindas. Buscando, ainda explicar a tutela civil do meio ambiente, justificando a adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro da teoria objetiva da responsabilidade na modalidade do risco integral; apontar a relação entre o interesse público na função social da propriedade e a obrigação *propter rem* na reparação do dano ambiental e analisar o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

instituto da reserva legal à luz dos conceitos de responsabilidade civil, obrigação *propter rem* e função socioambiental da propriedade desenvolvidos na pesquisa.

Para tanto, será tomado por base metodológica a utilização de pesquisa documental e bibliográfica, contando com o amparo da jurisprudência brasileira, que ratifica os posicionamentos abordados e dos doutrinadores do Direito Ambiental que reconhecem a obrigação *propter rem* no sistema de responsabilização civil pelo dano ao meio ambiente, servindo este instituto, inclusive, como garantidor da função social da propriedade.

1 MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, UM DEVER DE TODOS

1.1 A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito Ambiental tem como principal fonte formal a Carta Magna de 1988. Entretanto, essa é uma novidade em nosso sistema normativo constitucional, que durante muito tempo deixou desamparado o meio ambiente, não reconhecendo a necessidade de proteção a esse fundamental bem jurídico, nem regulamentando o seu uso racional. Com a atual Constituição Federal, a fruição de um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado foi elevada ao patamar de direito fundamental, possibilitando a criação de um conjunto de garantias da qualidade de vida dos cidadãos e de desenvolvimento econômico com respeito ao meio ambiente.

Neste documento legal, há a definição de um sistema que ultrapassa meras disposições esparsas, tendo em vista a existência de um capítulo próprio para as questões ambientais e outros diversos artigos que disciplinam as obrigações da sociedade e do Estado brasileiro com o meio ambiente. Há um enorme progresso entre a atual Carta Magna brasileira e as anteriores no tocante a proteção ambiental, sendo ela chamada, por muitos, inclusive de “constituição verde”.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A complexidade da norma constitucional ambiental é abordada por Paulo de Bessa Antunes:

> Em 1988 buscou-se estabelecer uma harmonia entre os diferentes dispositivos voltados para defesa do meio ambiente. A norma constitucional ambiental é parte integrante de um complexo mais amplo e podemos dizer, sem risco de errar, que ela faz a interseção entre as normas de natureza econômica e aquelas destinadas à proteção dos direitos individuais. Decorre daí parte da grande complexidade do Direito Ambiental e de sua aplicação prática e concreta.[1]

Infere-se, pois, que a aplicação e interpretação das normas constitucionais relativas ao meio ambiente deve se concretizar a partir da análise das diferentes ligações que elas guardam entre si e entre outros ramos do direito, além da sensibilidade social. O artigo constitucional que representa a referida proteção é o 225 que estabelece em seu *caput*: "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".[2]

Dele, se extrai que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é universal, o que confirma o status de importância desse bem jurídico na sociedade. Verifica-se também a obrigação compartilhada entre as esferas pública e privada para sua conservação e defesa. Deste comando emergem duas obrigações distintas: a de não degradar e a de promover a recuperação das áreas já deterioradas, salientando o caráter dinâmico da predita conservação. Este é o entender de Antunes, ao escrever:

> [...] Isto porque não estamos diante de um bem que possa ser incluído dentre aqueles pertencentes a uma ou outra pessoa jurídica de direito público, pelo contrário, o meio ambiente é integrado por bens pertencentes a diversas pessoas jurídicas, naturais ou não, públicas ou privadas. O que a Constituição fez foi criar uma categoria jurídica capaz de impor, a todos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> quantos se utilizem de recursos naturais, uma obrigação de zelo para com o meio ambiente. Trata-se de uma modalidade de intervenção econômica que visa garantir a todos o acesso aos bens ambientais. Não se olvide, contudo, que o conceito de uso comum de todos rompe com o tradicional enfoque de que os bens de uso comum só podem ser bens públicos. Não, a Constituição Federal estabeleceu que, mesmo no domínio privado, podem ser fixadas obrigações para que os proprietários assegurem a fruição, por todos, dos aspectos ambientais de bens de sua propriedade.[3]

Um meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui, portanto, não apenas um direito de todos, mas também um dever.

1.2 A TUTELA CIVIL DO MEIO AMBIENTE

Como visto, na atual conjectura constitucional jurídica brasileira, em se tratando de matéria ambiental, não há falar-se em irresponsabilidade, tendo em vista o contido no art. 225 da Constituição Federal. No entanto, antes da promulgação da Carta Magna vigente, dispositivo anterior cuidou de disciplinar a tutela civil ambiental, a Lei nº 6.938/81 (PNMA), ainda em vigor, cujo art. 14, § 1º, fundamentando a responsabilidade no risco da atividade, dispõe:

> Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.[4]

Entretanto, para que a conduta lesiva ao meio ambiente fosse disciplinada, necessária foi a evolução no pensamento jurídico sobre a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

responsabilidade civil. De modo geral, o desenvolvimento da vida em sociedade pressupôs o disciplinamento do uso (e do abuso), tanto dos bens individuais, quanto dos que pertenciam e interessavam a coletividade, através de um sistema de regras que indicasse condutas e que tornasse possível a aferição da responsabilidade do sujeito infrator, sobretudo quando a consequência era a perturbação social.

Partindo disso, elaborou-se a teoria da responsabilidade subjetiva, que tornava imprescindível a apuração da culpa e da existência da lesão, avaliando o nexo de causalidade entre eles a fim de promover a reparação do dano por quem a este tivesse dado causa. Daí é que, doutrinariamente, classifica-se o dever genérico de não lesionar direito de outrem como matriz originária do dever jurídico, do qual decorre a responsabilidade.

A teoria subjetiva da responsabilidade, corrente vigorante no direito tradicional e também adotada pela legislação civil pátria, defende que a reparação por conduta ilícita só pode ser atribuída ao agente após a aferição da vontade deste em cometer o ato, enquadrando-a nos critérios do dolo (consciência e vontade livre de praticá-lo) ou da culpa em sentido estrito (em que deve ser observado se infrator agiu com negligência, imprudência ou imperícia, omitindo-se no cumprimento do dever de cuidado, que causou danos a outrem).

Entendendo a responsabilidade civil como uma importante arma de defesa dos interesses coletivos, manifesta-se precisa a sua relação com a preservação do meio ambiente, considerando que a degradação dos recursos naturais constitui um grave prejuízo patrimonial, tanto do ponto de vista particular, como do coletivo, constituindo, nítida e inegavelmente, um dano e gerando, consequentemente, a obrigação de repará-lo. Constata-se, pois, que a responsabilização civil necessita ser a reação ao cometimento de um dano ambiental.

Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin defende a necessidade da referida responsabilização, identificando as razões que justificam a aplicação do instituto neste campo:

> a) A transformação do ambiente de recurso infinito e inesgotável (por isso mesmo *res communis*)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> em recurso crítico e escasso, daí valorizado, b) a percepção de que a intervenção solitária do Estado, via comando-e-controle (ou seja, Direito Público), não protegia suficientemente o meio ambiente, c) a compreensão de que, por melhores que sejam a prevenção e a precaução, danos ambientais ocorrerão, na medida em que "os acidentes são normais em qualquer atividade", d) o caráter contraditório da mensagem enviada pelo ordenamento ao mercado, colocando seu exército sancionatório penal e administrativo em combate e, ao mesmo tempo, isentando o bolso (o "orgão" mais sensível do ser humano) do poluidor, ao afastar a possibilidade de sua responsabilização civil, e) o surgimento de novos direitos subjetivos , até constitucionalizados (art. 225, da Constituição brasileira, p. ex.), a exigir submissão das condutas anti ambientais a duplo controle, público (centralizado) e privado (descentralizado), f) uma maior sensibilidade do Direito para com a posição da vítima (*favor victimae*), própria do *Welfare State*.[5]

Nota-se, portanto, que o Direito Ambiental necessita da reparação aliada a prevenção e precaução para que possa alcançar a efetividade no cumprimento daquilo que tutela. Até mesmo porque admite-se inevitável a ocorrência de eventos que prejudiquem o equilíbrio ambiental, posto que qualquer atividade que sofre interferência humana está sujeita a acidentes.

Diante disso, ao resguardar a natureza, o instituto da responsabilidade civil precisa seguir por outra vertente, beber em novas fontes que conservem paridade com princípios e objetivos próprios do Direito Ambiental e que honrem a magnitude deste bem jurídico, viabilizando também a superação dos obstáculos que se apresentam frente à regulamentação desta proteção.

Nesta linha de entendimento, pode-se afirmar que a questão que permeia a reparação do dano ambiental não é a de se verificar a intenção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

ou a culpa do agente, mas sim a ocorrência, a causalidade do prejuízo. Tal preceito encontra azo na teoria objetiva da responsabilidade, que se baseia na abstração do elemento culposo, imputando-se o dever de indenizar a quem cause dano a outrem, independentemente da subjetividade presente na conduta seguida. Isto é, a responsabilidade surge do próprio fato que causou o prejuízo ao violar o direito de alguém, tornando dispensável a avaliação da culpabilidade do agente. É suficiente apurar se houve o dano, vinculado a um fato qualquer, para assegurar a vítima uma indenização.

Daí se depreende que os elementos da responsabilidade objetiva são: uma conduta (positiva ou negativa), também chamada de evento danoso, o dano propriamente e o nexo de causalidade entre eles. Diga-se de passagem, esses são os mesmos da teoria subjetiva, na qual se acrescenta a culpa.

Em se tratando do meio ambiente, o evento danoso é toda e qualquer conduta, positiva ou negativa que possua o condão de prejudicar as condições naturais do meio e dos seus componentes, poluindo-o, degradando-o ou lesando-o, independentemente de eventuais investigações quanto à inobservância de regras ou padrões específicos. Vale destacar que pouco importa a licitude da atividade ou se ela está amparada por licenças ou autorizações expedidas pelo Poder Público para o seu exercício, uma vez que a lesividade é bastante para a provocação da tutela jurisdicional.

O dano ambiental, ao seu turno, é a consequência do evento danoso, já demonstrado acima, constituindo a ofensa a um bem comum que anteriormente era passível de uso e fruição pelas vítimas. Ele se traduz na violação da paz pública e no desequilíbrio social.

O último elemento da responsabilidade objetiva, qual seja, o nexo de causalidade, representa a relação de causa e efeito entre a atividade e o dano por ela produzido. É analisada a atividade em busca de se descobrir se o dano foi causado em decorrência de seu exercício, para se concluir que o risco que lhe é inerente é suficiente para estabelecer o dever de reparar o prejuízo. Isto é, interliga-se um comportamento a um evento, a fim de se demonstrar a existência do dano.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Salienta-se que o dano, em algumas hipóteses, pode não ter sido causado imediatamente por uma atividade, mas sua execução criou o risco sem o qual não haveria prejuízo. Trata-se de uma causalidade jurídica. Sobre o tema, assevera Laurício Alves Carvalho Pedrosa:

> Deve, por conseguinte, ser reconhecido o nexo de causalidade pelo dano ambiental quando o exercício de uma atividade de risco, ainda que associado a um outro evento, tenha sido essencial para a configuração de um prejuízo ao meio ambiente, desde que não se regrida ao infinito na busca pelo nexo causal entre atividades e o dano, como permite a teoria da *conditio sine qua non*. Como o risco de causar danos ao meio ambiente é inerente ao exercício de atividades econômicas, as conhecidas excludentes de responsabilidade dificilmente afastam o nexo causal nas hipóteses de prejuízos ambientais, pois, em verdade, verifica-se que houve mais de uma causa contribuindo para o resultado lesivo.[6]

Delineados os elementos da teoria objetiva da responsabilidade civil, averigua-se que a sua adoção tem, ainda, a função de equilibrar a crise ambiental decorrente do processo de industrialização da sociedade, que provocou um sensível aumento na degradação do meio ambiente. Segundo Pedrosa[7], o surgimento de novos processos e técnicas de produção, vinculados à modificação das relações de apropriação econômica dos bens produtivos, aliados à tecnicização dos processos de gestão e legitimação do conhecimento, caracterizaram o novo perfil do capitalismo e provocaram profundas modificações na forma de organização das relações econômicas e sociais, bem como na forma de legitimação do poder e do seu exercício.

Esse novo modelo de sociedade conhecido como sociedade de risco, marcado pelo consumo em massa e pela desenfreada (in)utilização dos recursos naturais, que sujeita a coletividade à ameaças de diversas fontes que, por muitas vezes, só podem ser aferidas após a concretização do dano, tornou necessária a busca por formas de evitar, minimizar e, sobretudo, reparar as lesões e perigos que eram produzidos para que se alcançassem demandas econômicas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Daí, mais uma vez, nítida a importância de um sistema de responsabilidade civil pelo dano ambiental pautado na objetividade, que diferisse daquele defendido no sistema civilista privado tradicional, uma vez que aquele garante maior segurança à coletividade e permite uma compensação entre os problemas ambientais e a sociedade que os causa.

Os objetivos do Direito Ambiental são essencialmente preventivos, razão pela qual a reparação constitui uma atividade menos valiosa se comparada à prevenção. Enquanto a reparação cuida do dano já causado, a prevenção atém-se ao mero risco. Uma se baseia na ação inibitória, a outra no remédio ressarcitório. Ratificando o entendimento, Fábio Feldmann diz:

> É essa – a prevenção – a ótica que orienta todo o Direito Ambiental. Não podem a humanidade e o próprio Direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu sob a violência do corte raso? Como purificar um lençol freático contaminado por agrotóxicos?[8]

Nestes termos, pode-se afirmar que o princípio da prevenção não deve ser deixado de lado, nem mesmo na aplicação do instituto da responsabilidade civil. Isso se verifica, por exemplo, quando do ajuizamento de ação civil pública, situação em que os legitimados para tanto não estão obrigados a aguardar a consumação do dano ambiental para agir. Ao revés, o remédio processual deve ser usado para conter práticas que, conforme ressalva de Édis Milaré[9], apresentem mera potencialidade de dano, obrigando os responsáveis por essas atividades a ajustarem-se às normas técnicas aplicáveis, de modo a mitigar o risco a elas inerentes.

Já o princípio do poluidor-pagador se relaciona com a responsabilidade na medida em que visa afastar o ônus financeiro dos ombros da sociedade, direcionando-o diretamente ao usuário do recurso ambiental que causou o dano.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Não há aqui a pretensão de recuperar um bem ambiental lesado, mas sim de estabelecer um mecanismo econômico que coíba o desperdício de recursos ambientais, internalizando os custos decorrentes das externalidades negativas causadas. Ora, cada vez que um recurso ambiental é degradado, ainda que involuntariamente, gera-se um custo público para sua revitalização que é suportado por toda a coletividade. O princípio do poluidor-pagador busca a minimização dessa despesa pública. Completando o raciocínio, vale a explicação de Cristiane Derani:

> O verdadeiro custo está numa atuação preventiva, consistente no preenchimento da norma de proteção ambiental. O causador pode ser obrigado pelo Estado a mudar o seu comportamento ou adotar medidas de diminuição da atividade danosa. Dentro do objetivo estatal de melhora do ambiente deve, então, participar ativamente o particular [...] Esse princípio é um meio de que se vale tanto o aplicador da legislação, especialmente na formação de políticas públicas, como o legislador, ma elaboração de textos destinados a uma proteção mais eficiente dos recursos naturais.[10]

O princípio da reparação integral, que é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, significa que o agente é obrigado a reparar todo o dano, sob pena de incorrer em impunidade, de modo que qualquer norma jurídica que disponha em razão diversa ou imponha limite ao montante indenizatório é considerada inconstitucional. O dano ambiental provoca um desequilíbrio social tamanho, que só pode ser reestabelecido com a reparação integral do prejuízo ou com o que mais se aproxime disso. Seu próprio conceito (e seu próprio nome) demonstra a cristalina relação com a tutela civil do bem ambiental.

É possível afirmar que a adoção da responsabilidade civil objetiva na tutela do direito ambiental, ao determinar o ressarcimento do dano sem discutir a culpa e restringindo a investigação dos prejuízos aos limites do nexo causal, visa conferir ampla proteção ao meio ambiente e a segurança de que a coletividade terá preservado o seu direito constitucional de viver em equilíbrio com a natureza.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Além disso, fere abertamente o princípio da equidade a imposição à toda sociedade não causadora do evento danoso o seu peso, em virtude da dificuldade de se demonstrar a culpa do agente responsável. Foi essa a preocupação do legislador brasileiro ao atribuir desde a Política Nacional do Meio Ambiente, o caráter objetivo à responsabilidade civil por lesão ambiental.

1.3 AS TEORIAS DE APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO AMBIENTAL

Para a efetiva proteção do meio ambiente e para atender as demandas coletivas neste sentido em um contexto de desenvolvimento da sociedade industrial e tecnológica e os perigos inerentes ao exercício das atividades econômicas, somente a responsabilização objetiva pelos danos ambientais não é o suficiente. Por essa razão, entendeu-se o risco como um fator integrante da sociedade e das práticas humanas, fator esse que provoca incerteza e indeterminação na busca por soluções dos conflitos levados à apreciação do Judiciário.

A conexão estabelecida pela lei foi a da responsabilidade ambiental à teoria do risco integral, que defende a reparação do dano ainda que involuntário, recaindo a responsabilidade do agente por todo e qualquer ato que cause lesão ao patrimônio natural. Tal vinculação deixa clara a preocupação em se definir um sistema de responsabilidade o mais rigoroso possível, ante o nítido quadro de degradação ambiental que se percebe no Brasil. Aqui, tem-se que qualquer fato culposo ou não que tenha causado danos, enseja a reparação.

Nessa linha de entendimento, interessante o posicionamento pioneiro de Sérgio Ferraz, que em 1979, mesmo antes da Política Nacional do Meio Ambiente, defendia a adoção da teoria do risco integral:

> Em termos de dano ecológico, não se pode pensar em oura colocação que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha que não seja a malha realmente bem apertada, que possa, na primeira jogada da rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental. É

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> importante que, pelo simples fato de ter havido omissão, já seja possível enredar agente administrativo e particulares, todos aqueles que de alguma maneira possam ser imputados ao prejuízo provocado para a coletividade.[11]

Dentre as consequências da objetivação da responsabilidade civil fundada na teoria do risco integral, salientam-se: a prescindibilidade de investigação de culpa, conforme clara previsão do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81: "é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causador ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade"[12]; a irrelevância da licitude da atividade, uma vez que tão somente a lesividade é suficiente para a responsabilização do poluidor, sendo objeto de consideração a potencialidade do dano que a atividade possa trazer aos bens ambientais; e a inaplicabilidade das excludentes de responsabilidade: caso fortuito, força maior e fato de terceiro.

Nesse diapasão, salienta-se que conforme inteligência da Lei nº 6.938/81, a solidariedade passiva foi expressamente acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois ainda que o indivíduo tenha apenas contribuído de alguma forma para o dano ambiental, ele poderá ser responsabilizado integralmente, já que sua responsabilidade é solidária. A ele, caberá posteriormente, caso queira, em ação própria, exigir o seu direito de regresso.

Ademais, admite-se que em razão da responsabilidade objetiva aqui tratada, a jurisprudência pátria firmou entendimento no sentido de que o dever de proteção ao meio ambiente, bem como as responsabilidades daí decorrentes devem se transferir, automaticamente, com a alteração do domínio do bem lesado, o que significa que sua reparação poderá também ser exigida do novo proprietário. Isto é, a degradação preexistente não pode ser aceita como desculpa utilizada pelo atual proprietário de um determinado bem.

2 A ECOLOGIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

2.1 O VALOR DA PROTEÇÃO E O VALOR DO DESENVOLVIMENTO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

As mudanças na ordem jurídica brasileira acerca da proteção do meio ambiente são fruto de uma mudança na concepção axiológica do bem ambiental. Isso é consequência do fato de que todas as instituições sociais são constituídas de valor, cabendo ao direito tutelar o que é relevante para a coletividade. A compreensão da vida social e as relações advindas da atitude humana tornam possível perceber de forma plena as disposições valorativas que impulsionaram o exercício da práxis jurisdicional ao longo do tempo.

O fundamento do direito é o próprio valor. Ao rever uma estrutura normativa é preciso imergir no universo axiológico, para assim determinar a sua positivação em consonância com a realidade social. O conteúdo valorativo da ordem jurídica permite conceber diversos modelos ideais de sociedade, que se distribuem conforme os processos de atualização dos valores e as preferências de cada tempo e civilização.

Seja como valor social ou jurídico, o direito representa importante papel social, na medida em que é um instrumento de organização da sociedade. Como afirma Reale, "toda sociedade obedece a uma tábua de valores, de maneira que a fisionomia de uma época depende da forma como seus valores se distribuem ou se ordenam."[13] O direito aproveita desta característica para fortalecer seu poder e sua aceitação social.

A compreensão valorativa do bem ambiental foi o que proporcionou a ruptura pela atual Carta Magna do tratamento dado ao meio ambiente pelas Constituições brasileiras antes de 1988, cuja proteção ambiental servia exclusivamente aos interesses econômicos da elite, inexistindo em nossa legislação qualquer mecanismo que oferecesse efetiva proteção à natureza.

O bem ambiental passou a ser compreendido não somente como fonte geradora de riquezas, da qual se pode explorar incessantemente seus elementos, mas também como fonte necessária para manutenção da vida em todas as suas formas. O meio ambiente é um recurso produtivo, mas o valor de sua preservação é imensurável, até mesmo porque somente o dinheiro não é capaz de reparar os danos causados a ele.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

O desafio do legislador e de toda sociedade é justamente o de integrar a preservação do meio ambiente ao desenvolvimento econômico, reconhecendo a sua importância enquanto elemento que possibilita a vida e também como elemento que integra a ordem econômica. Por essa razão, também foi inserida em nossa Constituição a defesa do meio ambiente como princípio geral da atividade econômica, no artigo 170.

Todo esse cuidado faz-se necessário, uma vez que os recursos ambientais são esgotáveis. Se exauridos, rompe-se a rede da vida terrestre e é inaceitável que as atividades econômicas se desenvolvam alheias a esse fato. Os eventos da natureza são cíclicos, enquanto que a economia se comporta de maneira linear. Um impacto provocado pelo homem poder fazer um efeito cascata em toda a cadeia, afetando inclusive o próprio homem, pela interdependência e interconexão dos seres vivos e os elementos do planeta.

O princípio do desenvolvimento sustentável tem como substância a conservação dos alicerces da produção e reprodução do homem e suas atividades, conciliando o crescimento econômico e a conservação do meio ambiente, numa relação harmônica entre os seres humanos e os recursos naturais para que as futuras gerações tenham também oportunidade de ter os recursos que temos hoje, em seu equilíbrio dinâmico. A legislação ambiental também funciona como instrumento de intervenção na ordem econômica, justamente para provar que o seu valor está muito além do aspecto financeiro.

2.2 A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

Com tantos dispositivos relacionados ao meio ambiente em nossa Constituição, fruto da nova concepção valorativa atribuída ao bem ambiental e da necessidade de efetiva proteção a esse bem, o que justifica, ainda, o sistema de responsabilização civil pelo dano ao meio ambiente adotado pela legislação brasileira, que também é ratificado pelo art. 225 da Carta Magna atual, Benjamin afirma que houve não somente *ecologização da constituição brasileira*, mas uma *ecologização da propriedade*. Sobre o tema, o autor discorre:

> A ecologização da Constituição, portanto, teve o intuito de, a um só tempo, instituir um regime de exploração limitada e condicionada (= sustentável) da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> propriedade e agregar à função social da propriedade, tanto urbana como rural, um forte e explícito componente ambiental. Os arts. 170, VI, e 186, II, da Constituição brasileira, inserem-se nessa linha de pensamento de alteração radical do paradigma clássico da exploração econômica dos chamados bens ambientais. Com novo perfil, o regime da propriedade passa do direito pleno de explorar, respeitado o direito dos vizinhos, para o direito de explorar, só e quando respeitados a saúde humana e os processos e funções ecológicos essenciais. A tutela expressa do meio ambiente nas Constituições mais recentes, por poder constituinte originário ou derivado, reitera a função social da propriedade, ou, para utilizar a expressão de Guilherme Purvin, enfatiza a "dimensão ambiental da função social da propriedade". Também relegitima, numa perspectiva mais ampla e profunda, direitos que, de uma forma ou de outra, os indivíduos e a coletividade, não obstante o silêncio do texto constitucional, sempre foram considerados detentores, na medida em que correlates a limites intrínsecos do direito de propriedade privada, justificados sob o império da preservação da vida e de suas bases naturais.[14]

Neste sentido, vale ressaltar que o constituinte de 1988 ressalvou dentre as garantias fundamentais, o direito de propriedade, conforme se observa do art. 5º, XXII, indicando no inciso seguinte que a propriedade também deverá atender sua função social. Este princípio se coaduna tanto com a manutenção da ordem econômica, como com a proteção ao meio ambiente.

O que se infere desta disposição constitucional é que a propriedade deixou de ser vista sob a óptica privada, da mesma maneira que o exaustivamente mencionado “meio ambiente” deixou de ser percebido como aquele composto apenas por grandes florestas, montanhas, vales,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

rios, mares, entre outros elementos comumente entendidos como geograficamente distantes da civilização, sendo formado também por pequenas propriedades, a quais estamos integrados em todos os aspectos, que devem servir não somente ao seu dono, mas também funcionar de forma ambientalmente regular, a fim de atender aos anseios da vida em comunidade ou, noutras palavras, cumprindo com sua função social.

Nesse sentido, é possível afirmar que a função social da propriedade constitui o alicerce estrutural e nuclear do conceito de propriedade, qualificando-o e modificando sua natureza, de forma que ela não pode mais ser compreendida no aspecto individual e privatista, mas também no coletivo, público e social. Ao estabelecer que a propriedade deverá atender a sua função social, o constituinte não estava simplesmente impondo limitações e obrigações ao proprietário privado, mas adotando um princípio de transformação de tal direito, um preceito que condiciona a propriedade como um todo, não apenas em seu exercício, mas aos modos de aquisição em geral. O que há aqui é a vinculação entre o interesse privado e a necessidade coletiva, uma vez que a propriedade está inserida em um universo muito maior do que aquele limitado pelas aspirações de seu dono.

Vale lembrar o tratamento constitucional dado ao meio ambiente pelo art. 225, que o definiu em seu *caput* como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida do qual todos têm direito e impôs ao poder público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Relacionando os conceitos e dispositivos acima expostos, percebe-se que, constitucionalmente, o direito de propriedade está ambientalmente qualificado, sendo essa característica um critério para aferição do cumprimento de sua função social. Não por outra razão, o atual Código Civil brasileiro proclama em seu artigo 1.228 que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.[15]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A inclusão do respeito ambiental dentre os indicadores de cumprimento da função social da propriedade se deve ao fato de que o meio ambiente é considerado um "macro bem", pertencente a toda coletividade e, como é cediço, seu equilíbrio é fundamental para a garantia da própria existência da vida e, consequentemente, para a manutenção e o exercício pleno dos demais direitos individuais. Fala-se, então, em função socioambiental da propriedade, que não é uma mera proibição de se lesar o meio ambiente, mas a adequação das atividades exercidas pelos particulares à preservação ambiental, cujos efeitos serão benéficos para todos.

3 REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL COMO OBRIGAÇÃO PROPTER REM

3.1 A REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

Mas afinal, em que consiste a reparação do dano ambiental? O conceito literal da palavra "reparação" se traduz em vários sinônimos: consertar, refazer, restabelecer, retornar, remediar, corrigir. Gilberto Passos de Freitas ensina que, jurídica e ambientalmente, a reparação constitui forma de reposição patrimonial dos bens lesados. [16]

Nesse sentido, observa-se que a reparação do dano decorre precipuamente do princípio do poluidor-pagador, que impõe aquele que provocou a lesão o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição. Neste particular, interessante destacar que a colocação gramatical do termo "poluidor-pagador" não resulta em confusão ou ambiguidade em sua interpretação, pois, não se trata de afirmar que se pagou, pode poluir, mas sim que se poluir, arcará com o dano.

Além disso, a Política Nacional do Meio Ambiente possui previsão no sentido de engajar a legislação a fim de impor a reparação do dano como forma supra de acoimar o poluidor, ou seja, constitui um meio coercitivo eficaz, para que se veja o transgressor punido por um ato ilícito ou não que venha a degradar o meio ambiente.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É sabido que tendo ocorrido um dano, surge para o lesado a pretensão de reparação ou punição do agente causador dele, uma pretensão autônoma correspondente a cada responsabilidade. Ante o princípio da legalidade, insculpido em nossa Constituição Federal no art. 5º, II, somente haverá responsabilidade quando houver disposição legal expressa. Tendo em vista ser objetiva a responsabilidade pela reparação do dano ambiental, a obrigação de reparar integralmente os danos ambientais causados pelo agente decorre da própria Constituição, art. 225, § 3º, bem como da Lei nº 6.938/81 (PNMA), art. 14, § 1º, que consagra o posicionamento pela objetividade quanto à responsabilização dos danos ambientais.

Em linhas gerais, através da reparação do dano, busca-se uma recomposição daquilo que foi destruído, quando possível. A Política Nacional do Meio Ambiente estabelece que há duas formas de reparação do dano ambiental: a recuperação do meio ambiente degradado ou o pagamento de indenização em dinheiro levando-se em conta, conforme entendimento de Álvaro Luiz Valery Mirra, que apesar de, em certas hipóteses, o dano ambiental ser irreversível do ponto de vista ambiental e ecológico, jamais é irreparável do ponto de vista jurídico, pois uma compensação *in natura* ou pecuniária deverá ser concedida para a recomposição do ambiente degradado ou substituição equivalente.[17]

Ressalte-se que a preferência sempre será para a recuperação do patrimônio natural iniciando-se pela cessação da atividade lesiva, ainda que essa opção se configure mais onerosa, tendo em vista que o valor econômico não é capaz de substituir a existência e fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O dano ao meio ambiente atinge toda a coletividade, na medida em que se trata de um bem difuso, isto é, de titularidade indeterminada, indivisível em relação ao objeto, que possui uma nítida dimensão social. Não é o patrimônio particular que está sendo dilapidado e nem a honra ou imagem de alguém que está sendo maculada ou manchada, mas sim um bem coletivamente relevante, que uma vez degradado, não retorna ao estado anterior à ocorrência do dano. Por essa razão, a reparação busca

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

aproximar-se o máximo possível da situação anterior ao prejuízo. Na esteira dessa raciocínio é o entendimento de Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA - DANO AMBIENTAL - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA - REPOSIÇÃO NATURAL: OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO - CABIMENTO. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. **2. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil ambiental assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano. 3. A condenação do poluidor em obrigação de fazer, com o intuito de recuperar a área degradada pode não ser suficiente para eximi-lo de também pagar uma indenização, se não for suficiente a reposição natural para compor o dano ambiental. 4. Sem descartar a possibilidade de haver concomitantemente na recomposição do dano ambiental a imposição de uma obrigação de fazer e também a complementação com uma obrigação de pagar uma indenização, descarta-se a tese de que a reposição natural exige sempre e sempre uma complementação.** 5. As instâncias ordinárias pautaram-se no laudo pericial que considerou suficiente a reposição mediante o reflorestamento, obrigação de fazer. 6. Recurso especial improvido. G.N 6 (grifos próprios)[18]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Na reparação do dano ambiental é imposto ao poluidor um custo, cuja finalidade é oferecer uma resposta econômica ao lesado e dissuadir comportamentos semelhantes do agente degradador e de terceiros.

3.2 O CARÁTER *PROPTER REM* DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

Bastante interessante e relevante doutrinaria e jurisprudencialmente é a discussão acerca da natureza real *propter rem* da obrigação de promover a reparação de uma área degradada. Em linhas gerais, a obrigação *propter rem* (ou *ob rem*) é aquela que recai sobre uma pessoa por força de determinado direito real, só existindo em razão da situação jurídica do obrigado, de titular do domínio ou de detentor de determinada coisa. Para Sílvio de Salvo Venosa: "A terminologia explica bem o conteúdo dessa obrigação. *Propter*, como preposição, quer dizer 'em razão de', 'em vista de'. A preposição *ob* significa 'diante de', 'por causa de'. Trata-se, pois, de uma obrigação relacionada com a coisa" [19].

Em resumo, tal modalidade de obrigação pode ser classificada como de contexto híbrido, haja vista a sua característica, já denominada de acessória e mista. Acessória, pois estará sempre vinculada a um direito real e mista, por se constituir de diversas características de direitos pessoais e reais.

Para o Direito Ambiental, trata-se de questão que envolve a situação em que o adquirente de uma área degradada assume a obrigação de recompor a violação ao meio ambiente, restituindo a higidez ambiental ao local. O ponto culminante da discussão é que o referido adquirente não provocou o dano, isto é, não se enquadra na condição de "poluidor" estabelecida pela Lei nº 6.938/81, em seu art. 3º, IV [20], entretanto, apesar disso, ele responde pela reparação, ficando obrigado a restituir as condições ambientais anteriores, o máximo possível.

Relevante notar que a solução apontada para esse tipo de reparação de dano ambiental apresenta, aparentemente, radical afastamento de um dos requisitos fundamentais da teoria clássica da responsabilidade civil, qual seja, o nexo de causalidade. Com efeito, mesmo que determinada pessoa não tenha provocado a degradação, responde por

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ela, pela única condição de proprietária ou possuidora do *locus* objeto da lesão.

O fato é que os atuais proprietários possuem responsabilidade direta sobre as atividades executadas na área, bem como pelas lesões ambientais que se consolidaram antes do imóvel integrar o seu patrimônio pessoal ou tiveram continuação por sua ação ou mesmo omissão. Ora, carece de fundamentação sólida, levando em conta tudo quanto exposto acerca da tutela civil do meio ambiente e do necessário cumprimento da função social da propriedade, qualquer argumento utilizado para excluir a sua responsabilidade civil reparatória. A restauração do dano, conforme o sistema legislativo vigente, configura-se verdadeira obrigação imposta ao proprietário ou possuidor da área degradada.

O reconhecimento do caráter *propter rem* da reparação do dano ambiental tem reconhecimento firme na jurisprudência brasileira, tendo julgado mais de uma vez o Superior Tribunal de Justiça nos seguintes termos:

> ADMINISTRATIVO - DANO AO MEIO-AMBIENTE - INDENIZAÇÃO - LEGITIMAÇÃO PASSIVA DO NOVO ADQUIRENTE. 1. A responsabilidade pela preservação e recomposição do meio-ambiente é objetiva, mas se exige nexo de causalidade entre a atividade do proprietário e o dano causado (Lei 6.938/81). 2. Em se tratando de reserva florestal, com limitação imposta por lei, o novo proprietário, ao adquirir a área, assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para devastá-la. 3. Responsabilidade que independe de culpa ou nexo causal, porque imposta por lei. 4. Recursos especiais providos em parte. [21]

Se não fosse atribuído o caráter *propter rem* a reparação do meio ambiente lesionado, a higidez ambiental raramente seria reestabelecida, uma vez que para a concretização e legitimação do dano sem qualquer ônus ou responsabilidade, bastaria o indivíduo desfazer-se do bem lesado após a degradação. A obrigação de reparação ser *propter rem*, noutras

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

palavras, seguir a coisa independentemente do atual titular do domínio ou posse apresenta-se como uma barreira frente a esse tipo de burla.

Diante disso, caso o domínio de determinada atividade poluidora ou propriedade que esteja em desacordo com as leis ambientais seja transferido a terceiro, será este responsável de forma solidária pela sua regularização, assim como pela recuperação dos danos causados. Com isso, se pretende evitar que o novo responsável deixe de providenciar as medidas cabíveis a permitir o retorno do equilíbrio ambiental.

Em verdade, é forçoso reconhecer que a omissão do novo proprietário/possuidor acerca da necessária regularização ambiental já é o bastante para consolidar o nexo causal. Sem contar que, sua ação ou omissão, além de não promover a reparação que se objetiva, irá possibilitar o prosseguimento do dano ambiental já existente e por outrem iniciado. Caracteriza-se, então, a responsabilidade civil.

3.3 UMA ANÁLISE EFETIVA: A RESERVA LEGAL E A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

Um importante exemplo de intervenção estatal na propriedade, notadamente nos imóveis rurais, de modo a destiná-la socioambientalmente é a reserva legal. Tal instituto ratifica, ainda, tudo o que foi estudado no presente artigo acerca da responsabilidade civil objetiva pelo dano ambiental e a natureza *propter rem* dessa obrigação. Vejamos.

A reserva legal constitui um grupo especialmente protegido pela legislação brasileira, onde pode se enquadrar também as áreas de preservação permanente. Ao contrário das unidades de conservação, que objetivam a conservação ou a preservação de áreas maiores ou menores de um determinado ecossistema dentro de um bioma, a reserva legal, que possui esta mesma função protetiva, está disseminada por todas as propriedades rurais do país. Por conseguinte, por mais que o poder público se esforce na criação de unidades de conservação (que demandam verbas para sua constituição e cuidado), nunca será capaz de criar tantos desses espaços territoriais quanto o necessário para a manutenção da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

biodiversidade e do equilíbrio ecológico no Brasil. Nisso reside a necessidade da reserva legal.

Como visto, o artigo 225 da Constituição Federal, em seu *caput*, declara que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito e dever de todos. A reserva legal, enquanto faceta da função social da propriedade, constitui-se em efetiva limitação desse direito em benefício da coletividade, podendo ser analisada, ainda, como instrumento de garantia à conservação da biodiversidade. Neste sentido, a definição do atual Código Florestal, em seu art. 3º:

> Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...] III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa; [22]

Em outras palavras, a Reserva Legal é a área do imóvel rural que, coberta por vegetação natural, pode ser explorada com o manejo florestal sustentável, nos limites estabelecidos em lei para o bioma em que está localizada a propriedade. Por abrigar parcela representativa do ambiente natural da região onde está inserida, esses espaços se tornam necessários à manutenção da biodiversidade local.

No Brasil, a Constituição da República garante a todos o direito tanto a um meio ambiente diverso e sustentável, como o direito ao desenvolvimento econômico. Não é difícil perceber que a busca da realização de um destes direitos pode vir a conflitar com o outro. O instituto da Reserva Legal é mais um dos instrumentos pelos quais o legislador brasileiro busca criar uma ponte entre estes dois interesses fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

O primeiro conceito de Reserva Legal surgiu em 1934, com o primeiro Código Florestal. Foi atualizado em 1965, na Lei Federal nº 4.771 (o Código Florestal recentemente revogado) que dividia as áreas a serem protegidas de acordo com as regiões, e não pelo tipo de vegetação como é no atual Código. Fixava um mínimo de 20% a ser mantido nas "florestas de domínio privado" na maior parte do país, ressalvando uma proibição de corte de 50% nas propriedades "na região Norte e na parte Norte da região Centro-Oeste".

Hoje o conceito é mais restritivo. A Reserva Legal, que junto com as Áreas de Preservação Permanente, tem o objetivo de garantir a preservação da biodiversidade local, é um avanço legal na tentativa de conter o desmatamento e a pressão da agropecuária sobre as áreas de florestas e vegetação nativa. Ambientalistas defendem a sua preservação, enquanto o setor produtivo argumenta se tratar de intromissão indevida do Estado sobre a propriedade privada, o que diminuiria a competitividade da agricultura e a capacidade de produção do país. Contudo, certo é que o direito difuso de proteção ao interesse social coletivo se sobrepõe ao interesse individual de explorar integralmente a propriedade, mesmo que haja, com tal exploração, benefício social e econômico para a sociedade. Clara aqui, a presença da função social da propriedade, quando da exigência da reserva legal. Nesse sentido, Antunes:

> A reserva legal caracteriza-se por ser necessário ao uso sustentável dos recursos naturais. Como se sabe, uso sustentável dos recursos naturais pode ser assim definido: a) aquele que assegura a reprodução continuada dos atributos ecológicos da área explorada, tanto em seus aspectos de flora como de fauna. É sustentável o uso que não subtraia das gerações futuras o desfrute da flora e da fauna, em níveis compatíveis com a utilização presente; b) recursos naturais são os elementos da flora e da fauna utilizáveis economicamente como fatores essenciais para o ciclo produtivo de riquezas e sem os quais a atividade econômica não pode ser desenvolvida.[23]

O percentual da propriedade que deve ser cadastrado como Reserva Legal vai variar de acordo com o bioma e a região em questão,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

sendo: 80% em propriedades rurais localizadas em área de floresta na Amazônia Legal; 35% em propriedades situadas em áreas de Cerrado na Amazônia Legal, sendo no mínimo 20% na propriedade e 15% na forma de compensação ambiental em outra área, porém na mesma microbacia; 20% na propriedade situada em área de floresta, outras formas de vegetação nativa nas demais regiões do país; e 20% na propriedade em área de campos gerais em qualquer região do país, conforme art. 12 do atual Código Florestal, Lei nº 12.651/2012.

Cumpre destacar que a não obediência ao percentual legal ou a degradação da reserva legal implica em responsabilização do proprietário do imóvel, não necessariamente do agente lesivo – nos moldes definidos em lei para a lesão ao bem ambiental (responsabilidade objetiva, na modalidade do risco integral) – isto porque analisando as reservas legais em relação ao proprietário ou possuidor rural, verifica-se que a natureza desse instituto jurídico é de obrigação em razão da coisa, ou *propter rem*, conforme raciocínio desenvolvido no tópico anterior.

Consigne-se, por fim, que os entendimentos jurisprudenciais consolidados a esse respeito foram objeto de expressa incorporação no Código Florestal, nos termos de seu art. 2º, que dispõe:

> art. 2º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem. § 1º Na utilização e exploração da vegetação, as ações ou omissões contrárias às disposições desta Lei são consideradas uso irregular da propriedade, aplicando-se o procedimento sumário previsto no inciso II do art. 275 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sem prejuízo da responsabilidade civil, nos termos do § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e das sanções administrativas, civis e penais. § 2º As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural. [24]

Interessante destacar, por fim, que quanto à reserva legal, o Superior Tribunal de Justiça entende que a obrigação de reparar o dano na área degradada independe de ter sido a alienação onerosa ou gratuita, isso com fundamento nos princípios do poluidor-pagador, do desenvolvimento sustentável e da função social da propriedade, uma vez que a reparação efetiva do dano é necessária para se cumprir o desejo constitucional de se conservar os bens ambientais para as presentes e futuras gerações. Nesse diapasão, o Recurso Especial nº 948.921 elucida com precisão que a reserva legal é passível obrigatoriamente de reparação, não importando saber a origem do domínio/posse ou da propriedade:

> PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 282 DO STF. FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE E DA POSSE. **ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO DANO AMBIENTAL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM**. DIREITO ADQUIRIDO DE POLUIR. [...] **3. Décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente.** [...] **6. Descabe falar em culpa ou nexo causal, como fatores determinantes do dever de recuperar a vegetação nativa e averbar a Reserva Legal por parte do proprietário ou possuidor, antigo ou novo, mesmo se o imóvel já estava desmatado quando de sua aquisição. Sendo a hipótese de obrigação propter rem, desarrazoado perquirir quem causou o dano**

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> **ambiental in casu, se o atual proprietário ou os anteriores, ou a culpabilidade de quem o fez ou deixou de fazer. Precedentes do STJ.** 7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (grifos próprios) [25]

A finalidade na imposição da cláusula *propter rem* para se reparar os danos causados nessa espécie de vegetação, é o simples dever de cumprir o princípio da função social da propriedade a fim de viabilizar o equilíbrio ecológico. Justifica-se aí a obrigatoriedade em fazer o adquirente constar na matrícula do imóvel, devidamente registrado no cartório competente, o cadastro da reserva legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É difícil pensar em uma forma mais eficaz de se responsabilizar quem degrada o meio ambiente do que aquela que é sustentada em nosso ordenamento jurídico. A inclusão do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado no rol de garantias fundamentais pela Carta Magna brasileira e o reconhecimento coletivo da importância do bem ambiental enquanto matriz vital da existência e sobrevivência humana evidenciam o tratamento dado pelo legislador à sua proteção.

Somando-se ao sistema de responsabilização civil ambiental, que assume a modalidade objetiva e do risco integral, está a exigência do atendimento da função social da propriedade, que abarca o aproveitamento racional e adequado dela, a utilização equilibrada dos recursos naturais e a preservação do patrimônio natural, o que juntamente com o disposto na Constituição brasileira acerca do meio ambiente, justificam os ônus do adquirente de uma propriedade que desrespeite os padrões legais referentes a seu uso e manutenção, ainda que a este dano não tenha dado causa, atribuindo a esta obrigação o caráter híbrido de *propter rem*, em atenção a máxima proteção ao patrimônio ambiental, o que ultrapassa o caráter econômico e o princípio da função social da propriedade.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É constatado que ainda que o referido adquirente não tenha provocado o dano, isto é, não se enquadre na condição de "poluidor" estabelecida pela Política Nacional do Meio Ambiente, ele responde pela reparação, ficando obrigado a restituir as condições ambientais anteriores, o máximo possível.

Relevante notar que a solução apontada para esse tipo de reparação de dano ambiental não guarda proximidade com um dos requisitos fundamentais da teoria clássica da responsabilidade civil, o nexo de causalidade. Entretanto, levando em conta tudo quanto exposto acerca da tutela civil do meio ambiente e do necessário cumprimento da função social da propriedade, não há escusas para excluir a sua responsabilidade civil reparatória. A restauração do dano, conforme o sistema legislativo vigente, configura-se verdadeira obrigação imposta ao proprietário ou possuidor da área degradada.

Diante de tudo isso, percebe-se nas Reservas Legais características que se coadunam com os princípios do desenvolvimento sustentável e da função social da propriedade, na medida em que o instituto que se apresenta como instrumento de efetivação da sustentabilidade por garantir que a propriedade rural dedique uma parcela de seu espaço à proteção ambiental e manutenção do equilíbrio ecológico, devendo o imóvel manter área com cobertura de vegetação nativa. Além disso, representam a interferência estatal nos imóveis privados, de modo a condicionar o seu uso aos preceitos ambientais definidos em lei.

Cumpre destacar que a não obediência ao percentual legal ou a degradação da reserva legal implica em responsabilização do proprietário do imóvel, não necessariamente do agente lesivo – nos moldes definidos em lei para a lesão ao bem ambiental (responsabilidade objetiva, na modalidade do risco integral) – isto porque analisando as reservas legais em relação ao proprietário ou possuidor rural, verifica-se que a natureza desse instituto jurídico é de obrigação em razão da coisa, ou *propter rem.*

A subordinação entre a obrigação *propter rem* de reparação do dano ambiental e o interesse público na função social da propriedade, que ultrapassa o caráter meramente econômico ou produtivo do imóvel, deixam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

claro qual foi a concepção do legislador ao estabelecer os ditames legais para a preservação do meio ambiente. A concepção valorativa do direito permite que se enxergue além da norma e além do fato, tornando possível a consolidação de um sistema que considere os anseios coletivos e a perspectiva de desenvolvimento economicamente sustentável da sociedade.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, p.5-1, jan/mar. 1998.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acessado em: 05 de set. de 2017.

_____. Código Civil (2002). Publicado no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br. Acessado em 23 de set. de 2017.

_____. Lei 6.938/81, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br. Acessado em: 28 de set. de 2017.

_____. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 (Código Florestal). Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br. Acessado em: 28 de set. de 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1165281/MG. Rel. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 06/05/2010. Publicado em DJe 17/05/2010. Disponível em: http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9272128/recurso-especial-resp-1165281-mg-2009-0216966-6. Acesso em: 25 de set. de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 327.254/PR. Relator(a): Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgamento: 03/12/2002. Publicação: DJ 19/12/2002. Disponível em: http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7524627/recurso-especial-resp-327254-pr-2001-0064980-4. Acesso em: 09 de out. de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 948921 SP 2005/0008476-9. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 23/10/2007. Publicação: DJe 11/11/2009. Disponível em: http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915927/recurso-especial-resp-948921-sp-2005-0008476-9-stj. Acesso em: 09 de out. de 2017.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FELDANN, Fábio. Apresentação. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e (Coord.) **Dano ambiental**: preservação, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FERRAZ. Sérgio. Responsabilidade civil pelo dano ecológico. **Revista de Direito Público**, São Paulo, vol. 49-50,1979.

FREITAS, Gilberto Passos de. Ilícito Penal Ambiental e Reparação do Dano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 32, p. 69-82, out./dez. 2003.

PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. Responsabilidade civil objetiva: perspectivas diante do exercício de atividades de risco e de danos ao meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2011.

REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. São Paulo: Saraiva, 26. ed., 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direto Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOTAS:

[1] ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 9. ed. 2006. p. 57.

[2] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 225.

[3] ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 9. ed. 2006. p. 60-1.

[4] BRASIL. Lei 6.938, de 31.08.1981, art. 14, § 1º.

[5] BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, p. 5-1, jan/mar. 1998. p. 80.

[6] PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. Responsabilidade civil objetiva: perspectivas diante do exercício de atividades de risco e de danos ao meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2011. p. 169.

[7] PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. Responsabilidade civil objetiva: perspectivas diante do exercício de atividades de risco e de danos ao meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2011. p.122.

[8] FELDANN, Fábio. Apresentação. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e (Coord.) **Dano ambiental**: preservação, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 05.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

[9] MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2001. p. 829.

[10] DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 158 e 164.

[11] FERRAZ. Sérgio. Responsabilidade civil pelo dano ecológico. **Revista de Direito Público**, São Paulo, vol. 49-50,1979, p. 38.

[12] BRASIL. Lei 6.938, de 31.08.1981, art. 14, § 1º.

[13] REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. São Paulo: Saraiva, 26. ed., 2002, p. 191

[14] BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Constitucionalização do meio ambiente e ecologização da constituição brasileira.In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.).**Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 72.

[15] BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10.01.2002, art. 1.228.

[16] FREITAS, Gilberto Passos de. Ilícito Penal Ambiental e Reparação do Dano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 67.

[17] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 32, p. 69-82, out./dez. 2003.

[18] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1165281/MG**. Rel. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 06/05/2010. Publicado em DJe 17/05/2010. Disponível em: http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9272128/recurso-especial-resp-1165281-mg-2009-0216966-6. Acesso em: 06/10/2014.

[19] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direto Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 60.

[20] art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

[21] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 327.254/PR. Relator(a): Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgamento: 03/12/2002. Publicação: DJ 19/12/2002. Disponível em: http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7524627/recurso-especial-resp-327254-pr-2001-0064980-4. Acesso em: 09/10/2014.

[22] BRASIL. Código Florestal. Lei nº 12.651, de 25.05.2012, art. 3º.

[23] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 9. ed. 2006. p. 533-534.

[24] BRASIL. Código Florestal. Lei nº 12.651, de 25.05.2012, art. 2º.

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 948921 SP 2005/0008476-9. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 23/10/2007. Publicação: DJe 11/11/2009. Disponível em: http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915927/recurso-especial-resp-948921-sp-2005-0008476-9-stj. Acesso em: 12/10/2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

www.conteudojuridico.com.br

A TEORIA DA CAUSA MADURA

SAMUEL HEBRON: Analista jurídico da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, Formado em Direito pela Universidade Martha Falcão-DEVRY, Pós-graduando em Direito Processual Pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas.

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar a aplicabilidade da teoria da causa madura a outras espécies recursais, especialmente ao agravo de instrumento, tendo como base o entendimento do Superior Tribunal de Justica. Analisará decisões divergentes provenientes do mesmo tribunal acerca do tema, procurando entender as justificativas e os argumentos de cada posicionamento. Apesar de não ser instituto recente, a teoria ganha novas cores a partir do advento do Novo CPC. Criaram-se novas hipóteses de aplicação, houve o aperfeiçoamento do texto legal, entre outras novidades. Mediante pesquisa bibliográfica, pretende-se demonstrar a finalidade e os requisitos do instituto à luz da doutrina e da legislação pertinente.

Palavras-chave: Teoria da causa madura. Extensão do instituto a outras espécies recursais. Requisitos de aplicação.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 APRESENTAÇÃO DO CASO; 2.1 SOLUÇÃO DADA PELO TRIBUNAL. 3 ANÁLISE DE DECISÕES DIVERGENTES. 4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO. 5 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À MATÉRIA. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como finalidade analisar a teoria da causa madura à luz do entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça.

O instituto que veio como forma de romper com os velhos paradigmas processuais – excesso de formalismo e falta de eficiência processual – não foi usado em todo seu potencial pelos órgãos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

jurisdicionais, os quais, muitas das vezes, restringiam em demasia sua aplicação, com base em uma interpretação puramente gramatical do art. 515, § 3o, do CPC de 1973.

Recentemente, a teoria da causa madura recebeu novas cores com o Novo Diploma Processual, tendo sido criadas novas hipóteses para sua aplicação e seu texto aperfeiçoado.

Neste sentido, o tribunal deve decidir desde logo o mérito, se o processo estiver em condições de imediato julgamento, quando incida alguma das quatro situações dispostas no art. 1.013, §3º, do CPC.

Em assim sendo, pretende-se perquirir o âmbito de incidência, requisitos e limitações, enfim, a forma como o instituto é enxergado e utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, mormente no REsp 1.215.368-ES, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 1/6/2016, DJe 19/9/2016, fazendo o cotejo entre o entendimento da corte cidadã, a Doutrina especializada no tema e as repercussões decorrentes do Novo Diploma Processual.

Desse modo, este estudo objetiva demonstrar que a aplicação da teoria da causa madura é benéfica à boa prestação jurisdicional, atendendo aos anseios constitucionais, como o da razoável duração do processo, prevista no art. 5, LXXVIII, da CF, sem desrespeitar as garantias fundamentais do devido processo legal.

2 APRESENTAÇÃO DO CASO

O acórdão a ser analisado, como exposto alhures, é o REsp 1.215.368-ES, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 1/6/2016, DJe 19/9/2016.

A causa de pedir remota da ação originária dizia respeito à prática de atos de improbidade administrativa. O Ministério Público do Estado do Espírito santo, em sede de Ação Civil Pública, visou responsabilizar diversos sujeitos envolvidos em licitações superfaturadas de medicamentos e materiais hospitalares da Prefeitura Municipal de Cachoeiro do Itapemirim.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Para salvaguardar o erário, o autor requereu na petição inicial a indisponibilidade de bens, medida que foi deferida pelo Juiz de 1.º grau.

Essa espécie de tutela de evidência encontra-se prevista no art. 7º da Lei de improbidade administrativa e, contra o seu acatamento, cabe a interposição de Agravo de Instrumento, o que foi feito pelos réus, que alegaram ausência de fundamentação e não comprovação do perigo da demora.

Diante disso, o órgão fracionário do Tribunal reconheceu que assistia, em parte, razão aos recorrentes, no que diz respeito à apresentação de argumentos genéricos utilizados pelo juízo *a quo* para o deferimento da tutela provisória, contudo, aplicando analogicamente o art. 515, § 3o, do CPC de 1973, admitiu-se que eventual vício poderia ser suprido em razão do efeito substitutivo do julgamento pelo Tribunal, em decisão fundamentada.

Desse modo, ao invés de anular a decisão por falta de fundamentação e remeter os autos para o juízo de piso refazer sua decisão, consertando o erro de procedimento, qual seja, o dever de fundamentação imposto pela constituição ao poder judiciário, o próprio Tribunal, atendendo aos postulados da celeridade, economia processual e da efetividade do processo, proferiu nova decisão, mantendo a indisponibilidade dos bens.

Pela importância do teor do Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, cumpre ressaltar seu teor, *in verbis*:

O Acórdão do respectivo Agravo Regimental foi assim ementado:

> AGRAVO INTERNO - PROCESSUAL CIVIL - TEORIA DA CAUSA MADURA - APLICACÃO EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - POSSIBILIDADE - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVO - PERICULUM IN MORA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> 1. Estando a matéria fática-probatória devidamente instruída pela prova pré-constituída

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

juntada na inicial do agravo de instrumento, deve ser aplicada à espécie a Teoria da Causa Madura, consagrada no art. 515, §3o, do CPC, prestigiando-se, assim, os princípios da celeridade, da economia processual e da efetividade do processo, informadores do Direito Processual Civil Moderno;

2. A exordial de origem ao apontar a possibilidade de existência de superfaturamento em medicamentos adquiridos em procedimentos licitatórios, envolvendo o Município de Cachoeiro de Itapemirim, faz expressa alusão ao nome da agravante (na condicão de chefe do setor de compras do Município de Cachoeiro de Itapemirim), como sendo peça chave do esquema de fraude;

3. Não se mostra injustificada a medida objurgada na medida em que, aliada à imperatividade da estipulação contida no §4o do art. 37 da Constituição Federal, decorrem também as previsões contidas nos dispositivos contidos na LIA (Lei n. 8.429/92).

4. A decretação da indisponibilidade de bens em decorrência da apuração de atos de improbidade administrativa deve observar o teor do art. 7, parágrafo único, da Lei 8.429/92, limitando-se a constrição aos bens necessários ao ressarcimento integral do dano, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade.

5. Recurso conhecido e improvido (fl. 234/STJ).

Os Embargos de Declaração foram desacolhidos, tendo em vista ser recurso de fundamentação vinculada e, no caso, inexistir as hipóteses autorizadoras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A recorrente, no que pertine ao objeto deste estudo, alega violação do art. 515, § 3°, do CPC. Assevera que o ato normativo se aplica somente às sentenças, vedado seu uso em Agravo de Instrumento. Importante ressaltar que a insurgente não alegou outras matérias, dando a entender que não teve seus direitos violados, irresignando-se, tão somente, com a aplicação equivocada do mencionado artigo.

Contrarrazões recebidas no mesmo sentido do parecer do nobre Ministério Público: não conhecimento do Recurso Especial e, no mérito, pelo seu desprovimento.

2.1 Solução dada pelo tribunal

De início, cumpre ressaltar que o juízo de admissibilidade do recurso foi positivo, inclusive no que pertine à exigência do prequestionamento, permitindo o avanço para a análise do mérito recursal.

A problemática gira em torno, em síntese, se é possível ou não a aplicação da teoria da causa madura em sede de Agravo de Instrumento. Isto porque, tanto o art. 1.013, §3º, do CPC de 2015 quanto o art. 515, § 3o, do CPC de 1973, preveem a citada teoria em artigos que dizem respeito à apelação.

Nesse contexto, o próprio relator admite que esta seria a concepção literal do dispositivo, em suas palavras:

> Traçadas as premissas, não se pode descurar que, em sua concepção literal, a aplicação do art. 515, § 3o, do CPC pressuporia extinção de processo sem julgamento de mérito por sentença e existência de questão de direito em condições de imediato julgamento.

No entanto, seguindo a doutrina processual, propõe o relator análise mais profunda da questão, com vistas a atender o espírito da reforma perpetrada pela Lei 10.352/2001. Desse modo, ressalta que, embora situado no capítulo da apelação, o novo §3o do art. 515 (julgado realizado à época de vigência do CPC/73) não se refere a essa espécie recursal, tampouco

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

determina que sua técnica se restrinja a ela, sendo mais adequado que se integre à teoria geral dos recursos.

Diante disso, o julgador competente traz certas premissas sobre a norma que regula a teoria da causa madura, asseverando: que a técnica apresenta um atalho da atividade jurisdicional, rompendo a ideia do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional; que a aplicação da teoria não pode esvaziar as garantias da ampla defesa e do contraditório; que, por não ser norma direcionada à apelação, com base em uma interpretação teleológica, mostra-se possível aplicá-la em Agravo de Instrumento, mormente quando versar sobre tutelas provisórias ou assuntos instrutórios.

Por sua vez, não se limitando às premissas abstratas mencionadas, o relator fundamentou concretamente, com base nas características do caso concreto, o porquê de estar convencido pela aplicabilidade da extensão do artigo objeto deste artigo ao Agravo de Instrumento.

Ressalta-se, a título de exemplificação, que a decisão de 1° grau não foi de toda omissa, pois, apesar de genérica, indicou minimamente as razões que motivaram o deferimento da tutela de evidência, nos termos do art. 7 da lei 8.429/92.

Além disso, o Tribunal de origem corrigiu o vício de fundamentação, uma vez que, por meio do efeito substitutivo, proferiu motivação minuciosa e justificadora da medida.

Nesse contexto, reforça esse argumento o fato de os réus, após o acórdão ter saneado a pretensa nulidade de fundamentação, não terem alegado qualquer ofensa à ampla defesa ou ao contraditório.

Sobre a maturidade da causa, entende-se que ela se encontra caracterizada pela limitação de cognição inerente às tutelas provisórias, fundada em juízo sumário, bem como o tribunal de origem ter tido acesso à cópia integral dos autos, permitindo-lhe o conhecimento da causa de pedir.

Decorre desse fato que a parte não teve sua produção de provas prejudicada de forma exauriente, tendo em vista a precariedade da decisão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

emitida pelo magistrado, quando analisa o recebimento inicial da Ação de Improbidade e determina a medida de indisponibilidade dos bens, já que se fundamenta somente nos documentos juntados na inicial, sem obstar a produção de prova em contrário no decorrer do procedimento.

Conjuntamente, o ministro aduz que, pensar de modo diverso, importaria em uma repetição indevida de atos processuais para chegar-se na mesma solução e na mesma fase processual, após, é claro, o desperdício de precioso lapso temporal.

Representaria, portanto, em suas palavras, um "desserviço à premissa de outorga tempestiva de decisões em atividade jurisdicional, sem qualquer benefício às partes do processo."

Por fim, dada a importância do julgado, importante sua transcrição:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO DE LIMINAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEORIA DA CAUSA MADURA (ART. 515, § 3º, CPC). APLICABILIDADE.
>
> 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública movida contra diversos sujeitos alegadamente envolvidos em licitações superfaturadas de medicamentos e material hospitalar em que está implicada a Prefeitura Municipal de Cachoeiro do Itapemirim. A indisponibilidade de bens requerida na Petição Inicial foi deferida pelo Juízo de 1º Grau e submetida a Agravo de Instrumento.
>
> 2. O Tribunal de origem reconheceu a apresentação de argumentos genéricos, mas aplicou a teoria da causa madura (CPC, art. 515, § 3º), supriu o vício de fundamentação e manteve a decisão recorrida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

3. A recorrente sustenta impossibilidade de o Tribunal a quo aplicar o art. 515, § 3º, do CPC em Agravo de Instrumento, amparando-se em precedentes do STJ que tratam da matéria de forma sucinta.

4. A decisão proferida no AgRg no Ag 867.885/MG (Quarta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJe 22.10.2007) examina conceitualmente o art. 515, § 3º, com profundidade. Ali, consignou-se: 4.1. "A novidade representada pelo § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil nada mais é do que um atalho, legitimado pela aptidão a acelerar os resultados do processo e desejável sempre que isso for feito sem prejuízo a qualquer das partes; ela constituiu mais um lance da luta do legislador contra os males do tempo e representa a ruptura com um velho dogma, o do duplo grau de jurisdição, que por sua vez só se legitima quando for capaz de trazer benefícios, não demoras desnecessárias. Por outro lado, se agora as regras são essas e são conhecidas de todo operador do direito, o autor que apelar contra a sentença terminativa fá-lo-á com a consciência do risco que corre; não há infração à garantia constitucional do due process porque as regras do jogo são claras e isso é fator de segurança das partes, capaz de evitar surpresas" (DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova Era do Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 177/181). 4.2. "Diante da expressa possibilidade de o julgamento da causa ser feito pelo tribunal que acolher a apelação contra sentença terminativa, é ônus de ambas as partes prequestionar em razões ou contrarrazões recursais todos os pontos que depois pretendam levar ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Eles o farão, do mesmo modo como fariam se a apelação

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

houvesse sido interposta contra uma sentença de mérito. Assim é o sistema posto e não se vislumbra o menor risco de mácula à garantia constitucional do due process of law, porque a lei é do conhecimento geral e a ninguém aproveita a alegação de desconhecê-la, ou de não ter previsto a ocorrência de fatos que ela autoriza (LICC, art. 3º)" (DINAMARCO. Idem).

5. A doutrina admite aplicação do art. 515, § 3º, do CPC aos Agravos de Instrumento (Dinamarco, Cândido Rangel. A reforma da reforma, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 162-163; Wambier, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro, 4ª ed., São Paulo: RT, 2006, pp. 349-350; Rogrigues, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil, 5ª ed., São Paulo, RT, pp. 643-644; Alvim, J. E. Carreira. Código de Processo Civil reformado, 7ª ed., Curitiba, Juruá, 2008, p. 351).

6. Particularidades do caso concreto recomendam a aplicação da teoria, sem que haja prejuízo ao contraditório, à ampla defesa e ao dever de fundamentação: a) não se pode dizer que a decisão de 1º grau foi, em tudo, omissa. No que diz respeito ao fumus boni iuris, ela faz referência à "farta documentação em anexo consubstanciada na investigação procedida pelo Ministério Público" e ao fato de que "a fraude ocorrida se encontra em destaque". Em relação ao periculum in mora, afirmou: "certo é que se houver notícia aos envolvidos de que tramita ação civil pública em seus nomes, haverá o grande risco de ineficácia de uma possível sentença de procedência" (fls. 57-58/e-STJ); b) por ter aplicado o art. 515, § 3º, do CPC, o Tribunal de origem trouxe, em motivação mais minuciosa, as razões pelas quais a providência acautelatória efetivamente deveria ter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

sido concedida. Ou seja, a partir do efeito substitutivo, o vício de fundamentação foi sanado, eliminando eventual prejuízo à parte; c) é possível cogitar que o Tribunal a quo tenha se valido inclusive da interpretação sistemática do art. 515, § 4º, do CPC, que outorga ao Magistrado a possibilidade de saneamento de nulidade por meio da realização de ato processual - aqui, consistente na outorga de fundamentação suficiente a um ato de império. Corrobora esse raciocínio o fato de que, após a motivação expressa no acórdão do Agravo, a recorrente optou por não alegar qualquer ofensa à ampla defesa, limitando-se à questão processual posta; d) não houve prejuízo ao contraditório e à ampla defesa porque a manifestação do Tribunal local se deu a partir de Agravo de Instrumento interposto pela própria parte prejudicada pela decisão liminar - oportunidade suficiente para que se insurgisse contra a decisão que deferiu a indisponibilidade de bens; e) a maturidade da causa está na própria limitação de cognição outorgada no exame de tutelas de urgência: modula-se a exigência de profundas investigações, especialmente quando já exercido efetivo contraditório. Some-se ainda a circunstância de ter sido juntada cópia integral dos autos, o que permitiu o conhecimento dos fatos e dos fundamentos jurídicos da pretensão da parte - dentro do razoável ao momento processual e no âmbito da questão posta; f) a temática do periculum in mora para deferimento da indisponibilidade de bens foi tratada nos termos da jurisprudência da Primeira Seção (REsp 1.319.515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 21.9.2012). Até mesmo a decisão de 1º grau, a despeito de sucinta, não destoa da ideia de que não se devem esperar dados

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

concretos de insolvência para determinar medida destinada a evitá-la; g) entendimento diverso do aqui esposado levaria à seguinte providência: o provimento do recurso para anular o acórdão e determinar que o juízo de 1º grau proferisse nova decisão. Considerando o teor de sua fundamentação, é razoável pressupor a ratificação da decisão de piso (ainda que mais robusta), a repetição do Agravo de Instrumento, a repetição do respectivo acórdão e a manutenção do status atual (afinal, a recorrente não se insurgiu contra nenhum outro fundamento do decisum ora atacado). Tratar-se-ia de manifesto prejuízo à celeridade, economia processual e efetividade do processo; um desserviço à premissa de outorga tempestiva de decisões em atividade jurisdicional, sem benefício algum às partes do processo.

7. Por fim, de essencial relevância destacar que a jurisprudência do STJ admite a não aplicação da teoria da causa madura quando for prejudicada a produção de provas pela parte de forma exauriente, o que não acontece na presente hipótese, já que se trata de recebimento da inicial da Ação de Improbidade e de determinação cautelar da medida de indisponibilidade dos bens, situações em que o juízo exara provimento de exame precário das provas juntadas com a inicial, sem prejuízo de prova em contrário no curso da ação.

8. Recurso Especial não provido. (REsp 1215368/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2016, DJe 19/09/2016)

3 ANÁLISE DE DECISÕES DIVERGENTES

O tema de fundo das decisões divergentes não é pertinente para o presente estudo. Apenas a título de informação, o RECURSO ESPECIAL N°

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

530.053 – PR objetiva a inclusão dos expurgos inflacionários relativos ao IPC dos meses de maio e fevereiro de 1991 e pelo IGPM quanto a julho e agosto de 1994, bem como requer a inclusão dos juros de mora sobre a verba honorária.

O cerne da questão – e o relevante para este trabalho – é que um dos objetos de irresignação da parte recorrente foi o da violação do art. 515 do CPC, por o Tribunal de Origem não ter aplicado a teoria da causa madura.

No entanto, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua segunda turma, afastou a aplicação daquele dispositivo ao Agravo de Instrumento, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 515 DO CPC. INAPLICABILIDADE. ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. INCLUSÃO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. Não evidenciada a violação ao art. 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido apreciou todas as questões relevantes para o deslinde da causa, postas em julgamento.
>
> 2. Descabida a alegação de violação ao art. 515 do CPC, visto não ser aplicável em acórdão proferido em agravo de instrumento, mas sim em apelação.
>
> 3. A Primeira Seção já pacificou o entendimento de que é impossível a inclusão dos expurgos inflacionários no momento da expedição de precatório complementar, sob pena de ferimento aos princípios da preclusão e da coisa julgada (EREsp 232.140/CE,Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 21.10.2002).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> 4. Recurso especial improvido. Brasília, 21 de setembro de 2004 (data do julgamento), RECURSO ESPECIAL No 530.053 - PR (2003/0041546-1) rel. Ministro Castro Meira - sem grifos no original

Em seu voto, o relator argumentou o seguinte: "Primeiro, porque o acórdão recorrido foi proferido em agravo de instrumento, não sendo aplicável o art. 515 do CPC, sujeito apenas no âmbito da apelação, consoante tem decidido esta Turma."

Em outro precedente da mesma turma do STJ, percebe-se a mesma argumentação:

> PROCESSO CIVIL - PRECATÓRIO COMPLEMENTAR - JUROS DE
>
> MORA - ERRO MATERIAL - TERMO A QUO E PERCENTUAL.
>
> 1. Prequestionada implicitamente a tese, fica prejudicado o exame de violação ao art. 535 do CPC.
>
> 2. Dissídio jurisprudencial não configurado, porquanto não demonstrada a similitude fática entre acórdão recorrido e paradigmas (art. 266 c/c 255, §§ 1o e 2o do RISTJ).
>
> 3. Não se aplica o art. 515 do CPC no julgamento de agravo de instrumento.
>
> 4. (...)
>
> 5. (...)
>
> 6. Recurso especial conhecido em parte e improvido (REsp 445.470/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 1o.09.03) – sem grifos no original

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Do voto da eminente ministra Eliana Calmon, extrai-se o seguinte trecho:

> No que se refere à alegação de ofensa ao art. 515 do CPC, deixo de analisá-la porquanto o dispositivo somente é aplicável no julgamento da apelação e não de agravo de instrumento, como na hipótese dos autos.

Diante das decisões divergentes, constata-se que o principal fundamento para a não aplicação da causa madura residia na localização topográfica do dispositivo no código.

Por tal razão, *a priori*, não seria de todo errado compreender que a teoria da causa madura é aplicada somente à apelação, lançando-se mão de uma interpretação gramatical.

Além disso, quando da inserção da teoria pela lei 10.352/2001, o legislador, se assim quisesse, poderia estender a possibilidade de imediato julgamento pelo tribunal, em determinadas hipóteses, para outras espécies recursais, mas não o fez. Estar-se-ia diante de um silêncio eloquente?

Com o advento do novo CPC, tais indagações continuam pertinentes, com ainda mais razão, uma vez que, além de ter-se mantido o dispositivo que trata sobre a teoria no capítulo pertinente à apelação, o legislador previu expressamente uma regra de extensão do instituto ao Recurso Ordinário, nos termos do art. 1.027, § 2º, do CPC, não o fazendo, porém, para o Agravo de Instrumento.

Contudo, conforme analisado na solução dada pelo tribunal no caso paradigmático, percebeu-se que a interpretação literal seria superficial, sendo a busca da finalidade da norma o caminho mais seguro para potencializar e assegurar os valores protegidos pela técnica da causa madura, quais sejam, a primazia do julgamento do mérito, a celeridade, a razoável duração do processo, entre outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Logo, a solução não deve ser tão simplista quanto tratada pelas decisões divergentes.

Pelo contrário, a resposta deve passar pelo argumento que a técnica objeto deste estudo enquadra-se na teoria geral dos recursos e, a partir daí, é possível aplicá-la a outras espécies recursais, desde que o tribunal demonstre analiticamente que os seus requisitos, que serão explorados com mais detalhes na análise doutrinária, encontram-se presentes no caso analisado, autorizando, alfim, que o órgão competente decida, quando do provimento do recurso, diretamente o mérito recursal, nos termos artigo. 1.013, §3.º, do CPC, mesmo que não se trate de uma apelação.

4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

A doutrina revela-se como importante fonte do direito, contribuindo para sua constante evolução, oxigenação e adequação às novas realidades fáticas e sociais.

Ultrapassadas as análises feitas pela jurisprudência, cumpre ressaltar que a doutrina é quase uníssona na aplicação da teoria da causa madura a outras espécies recursais, como o Agravo de Instrumento.

Nesse contexto:

> (...) Está aí, portanto, a questão da dimensão do disposto pelo novo parágrafo do art. 515 - se ele abrange apenas o recurso de apelação, ou também outros. Figure-se a hipótese da decisão interlocutória com que o juiz determina a realização de uma prova e a parte manifesta agravo de instrumento com o pedido de que essa prova não seja realizada: se o tribunal aceitar os fundamentos do recurso interposto, para que a prova não se realize, e entender também que nenhuma outra existe a ser realizada, é de rigor que passe desde logo ao julgamento do *meritum causae*, porque assim é o espírito da Reforma - acelerar a oferta da tutela jurisdicional, renegando mitos seculares, sempre que isso não importe prejuízo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> à efetividade das garantias constitucionais do processo nem prejuízo ilegítimo às partes (...)" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 162-163).
>
> "Inclinamo-nos pela admissibilidade de aplicação do art. 515, §3º também ao agravo de instrumento. (...)" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 350).
>
> "Cumpre esclarecer que o §3º do art. 515 não se restringe ao âmbito do recurso de apelação, sendo comum a todos os meios de impugnação, tendo em vista que, salvo exceções, a modificação legislativa não é restritiva, mas sim extensiva a todo o sistema recursal." (ROGRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª ed., São Paulo, RT, p. 644).
>
> Numa interpretação estritamente literal, o §3° do art. 515 aplicar-se-ia apenas ao recurso de apelação, de que trata o art. 513, mas, numa interpretação finalística, poderá o citado preceito ter o seu âmbito de incidência ampliado em homenagem aos modernos princípios da instrumentalidade, da efetividade e da utilidade do processo (ALVIM, J. E. Carreira. *Código de Processo Civil reformado*, 7a ed., Curitiba, Juruá, 2008, p. 351).

Assim, há divergência tão somente acerca dos requisitos e dos erros judiciais que ensejam a aplicação da teoria.

Por isso, faz-se necessário explicar os principais requisitos do instituto, assim como expor os pontuais conflitos entre os doutrinadores, mormente aqueles que possuem relevância prática.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Haverá, em suma, a necessidade do provimento do recurso, da presença de alguma das descrições do art. 1.013, §3.º, do CPC, e que o processo esteja pronto para imediato julgamento.

Sobre este último requisito, conquanto essa diferenciação seja apontada também na parte da legislação comparada, destaca-se, desde logo, a infelicidade da expressão exclusivamente de direito, disposta no código processual revogado.

Aplicando ao pé da letra, chegar-se-ia a desarrazoada interpretação de que a teoria só seria aplicada nas demandas que não houvesse necessidade de produção probatória, ou seja, aquelas que estivessem cabalmente comprovadas por provas pré-constituídas.

No entanto, na verdade, a técnica é aplicável a todas as causas que estejam prontas para imediato julgamento, isto é, com o réu citado e o acervo probatório completo, pouco importando se são exclusivamente de direito, desde que o Tribunal competente tenha condições de julgá-las, seja por as provas já terem sido produzidas, seja por serem reputadas desnecessárias.

No caso das tutelas provisórias, como visto na análise da decisão paradigmática, a sua própria natureza corrobora para preencher o requisito de causa "madura", já que sua análise dá-se de modo sumário, provisório, sem aprofundamentos exaurientes e sem prejuízo da ampla defesa do sucumbente no desenrolar procedimental.

Além disso, é claro, faz-se necessário o provimento pelo tribunal da impugnação. Esse pressuposto lógico revela-se até como antecedente à análise das condições de imediato julgamento.

Ou seja, em uma apelação, por exemplo, o cabimento da técnica só será levado em consideração, quando o Tribunal der provimento ao recurso e o caso tratar-se de uma sentença fundada no art. 485 do CPC, por exemplo.

Desta feita, Didier e Cunha (2016) defendem que o julgamento do mérito diretamente pelo tribunal não é consequência do efeito devolutivo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

do recurso, já que este incide anteriormente ao julgamento do recurso, quer seu aspecto horizontal quer o vertical[1].

Fato é que há algum efeito que permite esse julgamento e que ele é posterior ao julgamento e provimento do recurso da apelação (sem prejuízo de ser outra espécie recursal, como exaustivamente defendido).

LOPES Jr. (2007) denomina esse efeito de "desobstrutivo do recurso[2]".

O aspecto pertinente diz respeito a se a utilização da técnica da causa madura depende ou não de expresso requerimento da parte, pois, a depender da resposta, serão prestigiados ou o princípio dispositivo e a autonomia das partes ou o impulso oficial.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar as lições de Didier e Cunha (2016), os quais entendem que seja necessário o pedido expresso da parte:

> Mesmo que esse julgamento não decorra diretamente do efeito devolutivo do recurso, é certo que o § 3° do art. 1.013 amplia o *thema decidendum* na instância recursal.
>
> Razões de ordem sistemática aconselham que se exija a formulação de requerimento do recorrente para a aplicação da regra, tendo em vista que a delimitação "daquilo que tem de ser decidido" pelo órgão jurisdicional é, no ordenamento brasileiro, matéria adstrita ao princípio dispositivo e, pois, à provocação da parte interessada.
>
> Assim, para que seja aplicada a regra do § 3º do art. 1.013 do CPC, é preciso que o recorrente, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal de provimento à apelação e, desde logo, aprecie o mérito da demanda. Caso o apelante requeira que, após o provimento do recurso, sejam os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> autos devolvidos ao juizo de primeira instância para análise do mérito, não poderá o tribunal, valendo-se do § 30 do art. 1.013 do CPC, adentrar o exame do mérito, sob pena de proferir decisão extra petita. (DIDIER e CUNHA, 2016).

Logo, conforme os renomados autores, haveria três pressupostos para aplicação da multicitada técnica : a) expresso requerimento, já que cabe ao recorrente delimitar o que tem de ser decidido pelo tribunal; b) provimento da apelação, pressuposto lógico e antecedente, na visão deste articulista; e c) o processo estiver em condições de imediato julgamento.

Contudo, Lopes Jr. (2007) elenca só os últimos dois pressupostos, asseverando que a atribuição dos tribunais não se limita à competência recursal, podendo, em certos casos – e aqui não se fala somente da competência originária – ser a demanda apreciada pela primeira vez, após o reconhecimento de eventual erro cometido pelo juízo de 1° grau. É esse o caso da teoria da causa madura, fundada, além de expressa previsão legal, no princípio do impulso oficial. Transcreve-se as preciosas lições do autor:

> Na verdade, quando o tribunal aprecia o objeto de uma causa, sem que o a quo o tivesse feito, de forma total ou parcial, não está propriamente julgando o recurso, mas sim fazendo o que o juízo inferior faria se os autos lhes fossem devolvidos. Nestes casos, o recurso funciona, apenas, como instrumento de eliminação de empecilho criado pelo 10 grau ao julgamento, no momento adequado, do fundo do litígio. Talvez a compreensão do que propomos não seja fácil, até porque a ideia que sempre tivemos é que toda e qualquer atividade desempenhada pela 2ªinstância, nos feitos que não conhece originariamente, dá-se no exercício de competência recursal. Tal ideia deve ser superada, inclusive para que o instituto possa ser bem compreendido e aproveitado. Deveras, se esquecemos qualquer suposta relaçãodo julgamento per saltum

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> com o efeito devolutivo do recurso, conseguimos entender tal atividade como simples decorrência do princípio do impulso oficial, que, para ser exercitado, independe da vontade e do requerimento das partes. Além disso, colocamos os princípios dispositivo e da vedação da reforma para pior nos seus devidos lugares, permitindo ao tribunal julgar por salto de instância de forma contrária, inclusive, aos interesses da parte recorrente. Assim é que o requerimento da parte não é exigido para o salto julgarnental, que tem como pressupostos, apenas, a interposição e o conhecimento de um recurso; o seu provimento ou a anulaçãoda sentença e a maturidade da causa (LOPES Jr., 2007).

Neves (2016), na mesma direção e em interessante posicionamento, assevera que é o efeito translativo, aquele que permite ao tribunal conhecer de matérias de ofício no julgamento do recurso, mesmo que não impugnadas pelos sujeitos processuais, que justifica a aplicação da teoria da causa madura, mesmo sem pedido expresso das partes.

Elucida o autor, para tanto, que o objetivo da norma não é a proteção do interesse particular do recorrente, e sim a otimização do julgamento de processos, visando à celeridade e economia processual. O propósito da norma é a tutela jurisdicional em menor tempo e de melhor qualidade, sendo, portanto, matéria de ordem pública[3].

Outro ponto importante é se, já que não há a necessidade de requerimento expresso da parte, conforme parcela da doutrina, o tribunal, ao entender pela aplicação da técnica de atalho procedimental, seria obrigado a intimar as partes para o exercício de contraditório.

Consoante as lições de Dinamarco (2007), a resposta é negativa:

> Por outro lado, se agora as regras são essas e são conhecidas de todo operador do direito, o autor que apelar contra a sentença terminativa fá-lo-á com a

> consciência do risco que corre; não há infração à garantia constitucional do due process porque as regras do jogo são claras e isso é fator de segurança das partes, capaz de evitar surpresas[4](DINAMARCO, 2007).

Da mesma forma, o renomado doutrinador afirma que as partes, sabendo desse risco, também já devem observar a necessidade de prequestionamento no recurso interposto, mesmo que se trate de decisões terminativas, já que pode haver o uso da teoria da causa madura e o julgamento imediato pelo tribunal. Além disso, aponta que não há violação do duplo grau de jurisdição nem indevida supressão de instância.

Em suas palavras: "Representa, assim, a ruptura com um velho dogma, o do duplo grau de jurisdição, que por sua vez só se legitima quando for capaz de trazer benefícios, não demoras desnecessárias" (DINAMARCO, 2007).

Contudo, caso adotem a visão de Neves (2016) e de LOPES JR (2007), os que defendem a utilização do instituto de ofício, parece-me que seria desejável a possibilidade de manifestação das partes, especialmente pelo disposto no art. 9 e 10 do CPC, assim como a vontade do código atual em erigir o contraditório a pedra de toque processual.

Os artigos, assim, dispõem:

> Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
>
> 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.

Sendo mais específico, o artigo 933 do CPC determina ao relator a proibição de decisão surpresa em tribunal, corroborando ainda mais para a tese da observância do contraditório, senão vejamos:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

Por fim, como é sabido, o novo CPC estabeleceu novas situações de cabimento.

A primeira delas, constante no I do §3º do art. 1.013 refere-se a decisões que não resolvem o mérito, como por exemplo, o reconhecimento da existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada. Não importa o tipo do erro do juízo *a quo* ao proferir a decisão, se erro no procedimento ou no próprio julgamento, se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deverá decidir desde logo o mérito.

Importante destacar que certas matérias constantes no art. 485 dificilmente possibilitarão o entendimento que a causa esteja madura, como no caso de indeferimento da petição inicial.

A segunda situação, por sua vez, guarda pertinência com o disposto no artigo 141 do CPC: "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."

Trata-se do princípio da congruência e, sua inobservância, pode gerar decisões *ULTRA PETITA*, quando for além do pedido das partes, *EXTRA PETITA* ou *EXTRA CAUSA PETENDI*, quando a decisão se situar fora do pedido ou da causa de pedir da parte, respectivamente, e *CITRA PETITA*, ocasião em que haverá uma omissão por parte do órgão jurisdicional do pedido da parte.

Neves[5] (2015) exemplifica o cabimento deste inciso, diferenciando-o do inciso III.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Para se enquadrar no inciso II, segundo o referido AUTOR, impõe-se que a decisão seja, simultaneamente, extra petita e citra petita, ou seja, que o juiz examine pedido não formulado e deixe de examinar o pedido pleiteado por algum dos sujeitos processuais.

Assim, anula-se o vício, ou seja, o pedido que não foi formulado e apreciado e, se a causa estiver madura, o tribunal resolve a omissão, analisando pela primeira vez aquele pedido que, apesar de formulado pelo autor, não fora analisado pelo juízo de piso.

Se a decisão for apenas citra petita, no que diz respeito aos pedidos formulados, haverá a incidência do inciso III. O uso do termo constatar do dispositivo, nas lições de Didier e Cunha (2016), revela a boa técnica do legislador ao indicar que nesse caso não há o que invalidar, pois não há decisão.

Se, no entanto, a decisão for apenas ultra ou extra petita, o tribunal se limitará a retirar a parcela excessiva, a parte que não respeitou o princípio da congruência, não incidindo, portanto, a teoria da causa madura.

Por fim, o caso do inciso IV é justamente o vício alegado pelos réus constante na decisão interlocutória do juízo de 1° grau que deferiu a medida de indisponibilidade de bens, na ação de improbidade administrativa.

Nesse contexto, o Tribunal de Origem, de forma acertada, tendo seu entendimento ratificado pelo STJ, no REsp 1215368/ES (caso paradigmático), reconheceu o defeito da fundamentação, invalidou a decisão interlocutória e, aplicando analogicamente o Art. 515, § 3º, do CPC de 1973, bem como entendendo que o processo estava em condições de julgamento, julgou novamente a causa, substituindo a decisão viciada.

Portanto, cumpre ressaltar que, caso a mesma situação fosse julgada hoje, haveria dispositivo específico regulando a matéria em questão, qual seja, o inciso IV do §3.º do art. 1.013 do CPC.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Por derradeiro, especificamente em relação ao inciso anterior, Didier e Cunha (2016) elencam um possível efeito colateral que, por ser algo no mínimo curioso, merece a transcrição do entendimento:

> Mas ela pode produzir um efeito colateral. O juiz pode deliberadamente não atender ao comando do §1° do art. 489 do CPC, que esmiúça o dever de motivar, pois sabe que, mesmo que o tribunal invalide a sentença por falta de motivação, os autos não retornarão para que nova sentença seja proferida, tendo em vista a possibilidade prevista no inciso IV do §30 do art. 1.013.
>
> Por isso, cabe ao tribunal, ao aplicar o dispositivo, dividir bem o julgamento: primeiramente, reconhece a falta de fundamentação e invalida a sentença; depois, preenchidos os pressupostos do inciso IV, julga a causa. A divisão é importante, pois certamente o número de decisões anuladas por falta de fundamentaçãoo será levado em conta nos processos administrativos de promoção do magistrado.

Portanto, é possível asseverar que os principais doutrinadores entendem pela aplicação da teoria da causa madura ao agravo de instrumento, em consonância com o entendimento esposado no caso paradigmático.

Além disso, verificou-se a existência de algumas divergências em relação a certos requisitos para a aplicação da técnica de julgamento imediato, destacando-se, principalmente, se a mesma deve ser requerida expressamente pela parte interessada ou se pode ser aplicada de ofício. Por fim, esmiuçou-se as novidades trazidas pelo novo código de processo civil.

5. LEGISLAÇÃO

De início, destacam-se os dispositivos que regulavam e regulam a teoria da causa madura, respectivamente no CPC/1973 e no CPC/2015.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> CPC/73 Art. 515 (...)
>
> § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.
>
> CPC/2015 Art. 1.013. (...)
>
> § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:
>
> I - reformar sentença fundada no art. 485;
>
> II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;
>
> III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;
>
> IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Assim, como ressaltado, verifica-se que o legislador encarregado do CPC/2015 melhorou a técnica da redação do artigo, excluindo a expressão "se a causa versar questão exclusivamente de direito". A melhora é evidente, por deixar claro que o que importa é se a causa está ou não em condições de imediato julgamento e não propriamente sua matéria de fundo.

Além disso, o novo código fortaleceu o instituto ao trazer novas hipóteses de cabimento. Ressalta-se mais uma vez a importância desses incisos, já que a jurisprudência do STJ tendia para a não aceitação da teoria nos casos de incongruência da decisão com os limites do pedido ou da causa de pedir ou omissão, consoante incisos II e III do §3.º do art. 1.013 do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CPC (4.ª Turma, REsp 1.294.1666-GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.09.2012 e 2.ª Turma, AgRg no AREsp 166.848/PB, rel. Min. Castro Meira, j. 26/02/2013).

Sobre o inciso IV do §3.º do art. 1.013 do CPC, importante ressaltar o enunciado 307 do FPPC: " Reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença e, preenchidos os pressupostos do §3.º do art. 1.013, decidirá desde logo o mérito da causa".

Não se poderia deixar de citar a primeira regra de extensão da técnica que possibilita o imediato julgamento, nos termos do artigo Art. 1.027, § 2o, do CPC, o qual determina que a teoria será aplicada ao recurso ordinário.

Ultrapassadas as inovações do novo código, faz-se necessário salientar que a teoria da causa madura fundamenta-se, em boa parte, pela busca por uma prestação jurisdicional mais célere, evitando que atos processuais desnecessários sejam praticados. Almeja-se, assim, a obtenção de uma razoável duração do processo, garantia assegurada constitucionalmente, nos termos do artigo 5o, LXXVIII, da CRFB.

O novo Código de Processo Civil reafirma esse compromisso, ao apontar que:

> Art. 4º - As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.
>
> Art. 6º - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, **decisão de mérito justa e efetiva.**
>
> Art. 8º - Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> razoabilidade, a legalidade, a publicidade **e a eficiência.**

O princípio da economia processual carrega a ideia de produzir mais resultados com o menor uso possível da máquina judiciária, evitando-se a prática de atos eventualmente inúteis ou diminuindo-os, ao menos.

Já a razoável duração do processo assegura um processo sem postergações desnecessárias, visando a celeridade, dentro do possível, até o limite que esbarre na qualidade da prestação jurisdicional.

É algo como uma gangorra, em incessante conflito, de um lado a rapidez e eficiência que devem ser buscadas, de outro, as características e a complexidade da causa, bem como o respeito aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, verifica-se que, se no caso paradigmático não fosse aplicado a teoria da causa madura, estar-se-ia violando todos os princípios a pouco mencionados.

O eminente relator do caso paradigmático, fazendo uma projeção do futuro desenrolar processual, caso a técnica de julgamento imediato não fosse aplicada, bem mostra o quão contraproducente seria:

> Entendimento diverso do aqui esposado levaria à seguinte providência: o provimento do recurso para anular o acórdão e determinar que o juízo de 1º grau proferisse nova decisão. Considerando o teor de sua fundamentação, é razoável pressupor a ratificação da decisão de piso (ainda que mais robusta), a repetição do Agravo de Instrumento, a repetição do respectivo acórdão e a manutenção do status atual (afinal, a recorrente não se insurgiu contra qualquer outro fundamento do decisum ora atacado). Tratar-se-ia de manifesto prejuízo à celeridade, economia processual e efetividade do processo; um desserviço à premissa de outorga tempestiva de decisões em atividade jurisdicional, sem qualquer benefício às partes do processo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Desta forma, devolver os autos ao magistrado de origem para fins de que profira nova decisão, que certamente seria atacada por novo agravo de instrumento, representaria um retrocesso na marcha processual, ferindo os princípios da celeridade, economia processual e efetividade do processo" (fls. 236-237/STJ).

Todavia, deve-se lembrar que, apesar de a busca pela concretização desses princípios ser salutar, sendo a aplicação da teoria da causa madura um desses instrumentos, não se pode causar prejuízos desproporcionais às partes, em evidente afronta a suas garantias processuais constitucionais

Outrossim, o impulso oficial significa, na forma do Art. 2º do CPC, que após a propositura da ação, que precisa da iniciativa da parte, o processo se desenvolverá de ofício pelo órgão jurisdicional. Assim, há um verdadeiro sistema misto, onde ora o princípio dispositivo, ora o princípio inquisitivo irá preponderar.

Por isso, ambos os princípios são pertinentes a este trabalho, uma vez que eles estão diretamente ligados à possibilidade ou impossibilidade de o tribunal aplicar a teoria da causa madura sem provocação das partes.

Os dispositivos do julgamento antecipado do mérito, total ou parcial, guardam íntima relação com a teoria da causa madura, sendo pertinente citá-los:

> Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:
>
> I - não houver necessidade de produção de outras provas;
>
> II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:
>
> I - mostrar-se incontroverso;
>
> II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

Desse modo, para verificar se a causa encontra-se em condições de imediato julgamento, após o provimento do recurso, pode o tribunal utilizar-se dos retrocitados atos normativos para analisar se o processo está apto a ser julgado, sem devolver os autos ao juízo de 1° grau.

Por derradeiro, o princípio da primazia do mérito foi positivado no art. 6º do CPC. Esse princípio aduz que o fim normal, esperado e efetivamente possível de gerar a pacificação social, é o julgado com resolução de mérito. Especialmente no inciso I do §3.º do art. 1.013 do CPC, fica claro que o processo não obteve o resultado normal esperado, tendo em vista que teve contra si a prolatação de uma sentença terminativa.

Assim, caso o tribunal identifique o erro da sentença sem resolução de mérito, bem como se estiverem presentes os requisitos para a aplicação da teoria da causa madura, ao prolatar uma nova decisão de mérito, estará o tribunal cumprindo com o princípio da primazia do mérito. Daí surge a relação entre os dois institutos.

6 CONCLUSÃO

Após uma análise profunda do estudo apresentado e de todas as questões pertinentes, verificou-se a possibilidade da aplicação da teoria da causa madura aos recursos de Agravo de Instrumento.

Da fundamentação da decisão paradigmática e dos conceitos doutrinários, tem-se que as decisões divergentes só se deram por terem sido aplicadas de forma isolada, literal, sem a necessária leitura e interpretação sistemática. Resta claro o acerto, logo, daquela em detrimento destas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Imprescindível, portanto, que os magistrados e todos os sujeitos processuais assimilem esta nova cultura processual, baseada em um contraditório efetivo, na cooperação e na primazia do julgamento do mérito, tendo o novo CPC contribuído muito para isso.

Sendo assim, infere-se que o Novo Código de processo Civil, juntamente com os princípios da razoável duração do processo, da economia processual, da celeridade e eficiência exigem uma releitura do instituto, a fim de atingir a sua verdadeira finalidade: conceder uma tutela jurisdicional ágil e de qualidade, toda vez que seus pressupostos forem verificados no caso concreto.

Para tanto, faz-se necessária a adoção de uma interpretação teleológica, bem como a sua colocação topológica na teoria geral dos recursos, não se limitando à apelação, mas podendo ser aplicado analogicamente a outras espécies recursais.

Ponto importante é que, por meio de uma análise minuciosa, constatou-se que as características do caso concreto, bem como o tipo de decisão que originou a impugnação por agravo de instrumento – no caso, tutela de evidência para bloquear os bens dos acusados e juízo positivo de admissibilidade para o prosseguimento da ação de improbidade – foram preponderantes para a aceitação da aplicação da teoria da causa madura em sede de Agravo de instrumento.

Desta feita, não se pode afirmar, aprioristicamente, que a técnica de atalho processual em comento será sempre aplicada ao agravo, devendo sua aplicação, apesar de possível, ser sempre devidamente motivamente com base nas características do caso concreto.

Ademais, deve-se aplaudir a nova redação do dispositivo pertinente à teoria da causa madura, com aperfeiçoamento técnico e com criações de novas hipóteses.

Contudo, o legislador perdeu uma valiosa oportunidade para enquadrar a técnica de imediato julgamento como regra geral, aplicável a todos os recursos, a ser localizada no Título II (DOS RECURSOS), Capítulo I (

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

DISPOSIÇÕES GERAIS), entre os artigos 994 e 1.008 do CPC, extirpando-se quaisquer dúvidas sobre seu âmbito de incidência.

Também não se pode olvidar da importância dos conceitos e requisitos elaborados pela doutrina para o instituto ora em comento, o que nos permite asseverar que a teoria da causa madura é um caminho alternativo e inovador, construído intencionalmente para atingir valores integrantes do processo constitucional, como justiça, razoável duração, primazia da resolução do mérito e economia processual que, apesar de não serem novos, continuam, na prática, esquecidos pelo poder judiciário.

Por fim, imperioso ressaltar que essa técnica, esse caminho alternativo, não obstante suas evidentes vantagens, sempre tem que andar lado a lado dos direitos e garantias fundamentais das partes, especialmente da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. Código de Processo Civil reformado. 7a ed., Curitiba, Juruá, 2008, p. 351.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei no 5.869, de 11.01.1973. Disponível em Acessado em 01. Agos. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei no 13.105, de 16.03.2015. Disponível em Acessado em 05.Agos. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: . Acesso em: 28 Jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4.ª Turma, REsp 1.294.1666-GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.09.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2.ª Turma, AgRg no AREsp 166.848/PB, rel. Min. Castro Meira, j. 26/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1215368/ES, Rel. Min. Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 01/06/2016, DJe 19/09/2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2.ª Turma, REsp 445.470/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 1o.09.03.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2.ª Turma, REsp 530.053/PR, Rel. Min. Castro Meira, j. 21.09.2004.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Possibilidade de aplicação da teoria da causa madura em julgamento de agravo de instrumento. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: . Acesso em: 07/08/2018.

DIDIER JR.; CUNHA, Leonardo Ferreira da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal - 13. ed. reform. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2016).

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova Era do Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 177/181.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 162-163.

LOPES Jr., Gerva?sio. Julgamento direto do mérito na instância recurso!. Salvador: Editora Jus Podivn 2007, P. 36.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil - Volume único - 8. ed. - Salvador: Ed. JusPodvm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC - inovações, alteraçiões e supressões comentadas. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 553.

ROGRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 5ª ed., São Paulo, RT, p. 644.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 350.

NOTAS:

[1] **Curso de direito processual civil:** o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

incidentes de competência originária de tribunal/ Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha - 13. ed. reform. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

[2] LOPES Jr., Gervásio. **Julgamento direto do mérito na instância recurso**!. Salvador: Editora Jus Podivn 2007, P. 36.

[3] Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único - 8. ed. - Salvador: Ed. JusPodvm, 2016.

[4] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 177/181).

[5] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC**: inovações, alterações e supressões comentadas. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 553

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

www.conteudojuridico.com.br

HOMICÍDIO SEM CADÁVER

NATHIANE LEIVAS VAZ

ROBERTA LANGLOIS MASSARO
(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar a possibilidade de o acusado ser processado e condenado pela prática do crime de homicídio quando não há localização do cadáver e, assim, impossibilidade de comprovação direta da materialidade do crime. O objetivo é demonstrar, através de fundamentos fáticos e legais, a possibilidade de demonstração da existência da ação penal mesmo na ausência de localização do corpo da vítima, a fim de permitir o julgamento do suposto autor do delito pelo Corpo de Jurados do Tribunal do Júri. Isso porque há casos, de conhecimento público e notório, em que o objeto material jamais é localizado, seja pela ação do agente ou, ainda, pela ação do tempo. Para a efetiva realização do trabalho, iniciou-se por meio da análise gramatical da legislação processual penal, bem como, especialmente, no levantamento de casos concretos, e, ainda, pesquisa doutrinária e jurisprudencial. A par disso, afirma-se, conclusivamente, a possibilidade da deflagração da persecução penal, a pronúncia pelo Magistrado e, sobretudo, a possibilidade de condenação do acusado pela prática do crime de homicídio, em que pese não haja a localização do cadáver da vítima, através de outras provas que, suprindo a ausência do laudo cadavérico, configurem o exame de corpo de delito indireto, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Homicídio; Cadáver; Materialidade; Exame de corpo delito direto; Ausência; Exame de Corpo de delito Indireto.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Pretensão Punitiva do Estado 3. Da Persecução Criminal 4. A Materialidade como Requisito Indispensável 5. Da Exceção Prevista no art. 167 do CPP – Da prova Direta e Indireta 6. Desaparecimento do Cadáver por Ação do Agente 7. Conclusão 8. Referências Bibliográficas.

---

1. INTRODUÇÃO:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Trata-se de Trabalho de Conclusão de Curso, cujo objeto de pesquisa versa sobre a prova da materialidade no crime de homicídio quando ausente o cadáver, fato que, consequentemente, inviabiliza a realização do auto de exame de corpo de delito ou laudo cadavérico, o qual é indispensável à comprovação do homicídio, vez que se trata de crime material, que deixa vestígios, conforme a regra do art. 158 do Código de Processo Penal.

A escolha do objeto central do trabalho encontra justificativa na relevância e atualidade do tema. Realmente, trata-se de assunto que, além da importância jurídico-penal, possui grande interesse social e, sobretudo, midiático e, por tais motivos, incita a interessante discussão sobre a possibilidade de o agente vir a ser processo e condenado, ainda que não haja a localização do cadáver.

O objetivo é demonstrar que a ausência do exame de corpo de delito não obsta o processamento e condenação do homicida, pois, conforme a dicção do art. 167 do Código de Processo Penal, permite-se a comprovação da materialidade por meio de exame de corpo de delito indireto, consistente em conjunto de provas materiais e/ou testemunhal que poderão atestar, categoricamente, a existência do crime.

Desse modo, procura-se demonstrar que, em tal hipótese, apesar de não ser o Direito uma ciência exata, a legislação processual penal permite a persecução criminal ainda que ausente a prova pericial por excelência, ou seja, o exame de corpo de delito direto. Em suma, basta a existência de um conjunto probatório concreto e harmônico, que conduza ao juízo de certeza na busca da verdade real.

Nesse sentido contrapõem-se dois direitos antagônicos.

De um lado, não se pode transigir com o direito de liberdade do cidadão. Por isso, a comprovação indireta da materialidade em crimes materiais deve ser vista como verdadeiramente exceção. Para que alguém seja condenado pelo crime de homicídio quando o cadáver desapareceu, é necessário que outros meios de provas demonstrem, de modo inequívoco, a materialidade delitiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

De outra parte, no entanto, tampouco se admite que o autor do delito seja agasalhado com o manto da impunidade quando oculta o faz desaparecer o cadáver, deliberadamente. Isso porque implicaria estímulo à criminalidade e à impunidade, o que vem de encontro ao Estado Democrático de Direito, vez que o direito à vida e à segurança são garantias constitucionalmente asseguradas ao conjunto da Sociedade (art. 5º, caput, da CF/88).

Nesse sentido, como é sabido, para que o Estado possa exercer a sua pretensão punitiva de modo válido e aceitável, deve respeitar os direitos e as garantias fundamentais do acusado.

Em função disso, inicialmente, são analisados, ainda que brevemente, as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, bem como a presunção do estado de inocência.

Estruturalmente, o presente trabalho foi dividido em capítulos; em primeiro lugar, a pretensão punitiva do Estado; em segundo, a materialidade como requisito indispensável nas infrações que deixam vestígios; em terceiro, a exceção prevista no art. 167 do Código de Processo Penal; em quarto, a abordagem de casos concretos,bem como análise legal, doutrinária e jurisprudencial.

1. PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO:

Em matéria penal, na República Federativa do Brasil, a pretensão punitiva incumbe ao Estado, por meio do Poder Judiciário, conforme o art. 5º, XXXV, o qual dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Dessa forma, apesar desse dispositivo ter como destinatário principal o Legislador, que, ao elaborar a lei, não pode criar mecanismos que impeçam ou dificultem o acesso ao poder Judiciário, deve-se levar em conta que esse dispositivo se direciona a todos, de um modo geral (LENZA, 2008, p. 615).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

É direito do Estado-acusação promover a prestação jurisdicional, com o fito de realizar a pretensão de punir o infrator, aplicando normas de direito penal ao caso concreto. Como bem assevera Nelson Hungria, o Estado pode ser considerado como Supremo Valor, bem como a medida de todos os valores, mas não o Estado num sentido abstrato e formal-mecanicístico, mas, sim, como totalidade da organização da vida do povo (HUNGRIA, 1958, p. 19).

Dessa forma, o indivíduo que agir em desconformidade com a norma penal, praticando ações delituosas, dará origem ao *ius puniendi*, ou seja, a partir da prática de um crime surgirá a pretensão punitiva estatal, conforme nos ensina Cesar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2009, p. 265).

Assim, inadmissível falar em sanção, na seara penal, sem sua imposição por meio do devido processo legal, garantia fundamental constitucionalmente assegurada, conforme a dicção do art. 5º, em seu inciso LIV, onde dispõe que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Conforme bem assevera Gilmar Mendes, as garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir do Poder Público o respeito ao direito que instrumentalizam (MENDES, 2008, p. 268).

Ademais, o devido processo legal abrange não só àqueles que fazem parte da relação processual, possuindo, ainda, âmbito de proteção alargado, pois atinge, também, o aparato jurisdicional, todos os sujeitos, instituições, órgãos, diretos e indiretos, públicos e privados, que são essenciais à Justiça (MENDES, 2008, p. 640).

Dessa forma, impossível mencionar o devido processo legal sem fazer menção ao contraditório e à ampla defesa, os quais se encontram inexoravelmente ligados.

Isso porque o Estado não pode exercer o direito de ação, a pretensão punitiva, sem proporcionar ao acusado o direito ao contraditório e a ampla defesa, conforme art. 5º, LV da Carta Magna, ao dispor que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O contraditório consiste, portanto, em um método de confrontação de prova e comprovação da verdade, fundado em um conflito entre as partes – acusação e defesa -, e, não obstante isso, no direito do acusado de ser informado e de participar do processo, devendo conhecer o inteiro teor da acusação, e, ainda, o direito de saber o que ocorre no processo, sendo informado de todos os atos processuais, consoante Aury Lopes Jr. (LOPES JR., 2013, pp. 230-233).

Enquanto para Guilherme de Souza Nucci, todas as alegações, apresentações e postulações de prova feitas no processo, por qualquer das partes, ensejará ao adversário o direito de se manifestar, buscando-se o justo equilíbrio na relação processual existente entre a pretensão punitiva estatal e o direito de liberdade do cidadão e seu estado natural de inocência (NUCCI, 2010, p. 84).

Na lição de Carnelutti, o contraditório é, realmente, um "duelo", que serve para o juiz superar a dúvida, porquanto é neste que se personificará a dúvida existente. Exemplifica, ainda, que defensor e acusador são dois bravos combatentes, puxando o juiz para uma ou para outra encruzilhada de duas estradas, usando, como armas, as suas razões (CARNELUTTI, 1995, p. 20).

Dessa forma, o juiz deve oportunizar a ambas as partes para que se manifestem, através de suas oitivas, ainda que não queiram dela usufruí-la, posto que se trata de direito que lhes é constitucionalmente assegurado, estabelecendo-se, portanto, um caráter dialético no processo.

No que interessa ao presente trabalho, ao réu deve ser oportunizado o direito de exercer a autodefesa, a qual é renunciável, ao contrário da defesa técnica, esta sim irrenunciável.

No que tange à ampla defesa, é o direito conferido ao acusado de desfrutar de toda defesa possível com relação à imputação que lhe é atribuída. Por conseguinte, no Processo Penal não pode haver condenação

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

sem defesa técnica, razão pela qual, não havendo o réu constituído defensor, o juiz deverá nomear defensor dativo para patrocinar a causa, conforme previsão do art. 268 do Código de Processo Penal.

Ocorre que, ainda que assistido por advogado ou defensor público, o acusado é considerado hipossuficiente na relação processual, tendo em vista que o Estado é provido de diversos meios e informações obtidas por órgãos preparados, através de diversas fontes às quais detém acesso, motivo pelo qual o réu possui tratamento diferenciado, fazendo-se valer da ampla defesa em contraponto a força do órgão estatal, que será sempre mais forte (NUCCI, 2010, p. 82).

Insta discorrer, igualmente, sobre o princípio da presunção de inocência, que assume vital importância ao objeto deste trabalho.

Sabe-se que o estado natural do indivíduo é o de inocência, que paira acima da dúvida, ou seja, havendo esta, o melhor é inocentar o acusado, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*, de modo que todo cidadão é considerado inocente até que sobrevenha sentença condenatória, transitada em julgado, conforme a previsão do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

O princípio da presunção de inocência garante, portanto, que o ônus da prova é da acusação, não da defesa, salvo quando este atrai para si o encargo processual, quando, por exemplo, alega fato impeditivo ao direito acusatório, por exemplo, álibi. Assim, caberá à parte provar o que afirma, seja um ato, fato, circunstância, tanto pela acusação quanto pela defesa.

Conforme salienta Norberto Avena, não é apenas o titular da ação penal que possui essa incumbência, conquanto depende da natureza da obrigação. À acusação caberá provar a existência do fato imputado e a sua autoria, bem como a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravadoras e qualificadoras. Já à defesa, de outro lado, deverá provar eventuais causas excludentes de ilicitude, culpabilidade e de tipicidade, e, ainda, as circunstancias atenuantes, minorantes e privilegiadoras que tenha alegado (AVENA, 2012, p. 450).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Daí a necessidade de que o Estado evidencie, através de provas suficientes, a culpa do réu, pois as pessoas nascem inocentes, sendo este o seu estado natural, conforme referido alhures.

Não obstante, como bem esclarece Gilmar Mendes, as imputações incabíveis, dando ensejo à persecução criminal injusta, violam, sobremaneira, o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, inc. III, da Constituição, a qual dispõe que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituída pelo Estado Democrático Brasileiro, tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (MENDES, 2008, p.552).

Necessário, ainda, mencionar o direito de liberdade previsto no art. 5º, inc. XLI, da Carta Republicana, que protege qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, devendo-se balancear tais direitos, os quais se contrapõem, tendo em vista que, de um lado, há o poder punitivo Estatal e, de outro, a liberdade do cidadão.

Impossível não mencionar Nelson Hungria, ao contrabalancear a liberdade do cidadão no que tange à intervenção do Estado, o qual reza que o caminho justo é sempre o meio-termo, onde o avanço da Civilização só é possível quando a humanidade se apazigua nos pontos de equidistância entre os extremos, conforme a lei de proporção ensinada por Pitágoras. Diz-nos, ainda, que, havendo divergência entre os interesses do indivíduo e os da coletividade, a intervenção do Estado não se poderá fazer presente, para ser eficiente e duradoura, senão dentro de um superior sentido de equilíbrio e harmonia.

Ainda, sobre liberdade, em seu ilustre pensamento, nos diz que se deve atribuir uma firme autoridade ao Estado para regular o jogo das energias que se entrecruzam no seio da vida social. Mas, de outra banda, reservar ao indivíduo aquele sagrado e insuperável *quantum* de liberdade que lhe é absolutamente necessário, imprescindível ao cidadão para alcançar seu êxito e força de sinergia na realização de seus fins sociais (HUNGRIA, 1958, p. 26).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Em face disso, para que a pretensão estatal e a consequente aplicação da norma penal se torne legítima, devem ser respeitados os princípios constitucionais de garantia, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a dignidade da pessoa humana, a liberdade do cidadão, dentre outros.

Ainda nesse sentido, importante trazer à baila a garantia da isonomia processual (at. 5º, inc. I, da Constituição Federal), ou seja, acusação e defesa devem estar em posição de equilíbrio na relação processual, não havendo que se falar em desigualdade, podendo, ambas as partes, demonstrar a verdade dos fatos que alegam em idênticas oportunidades (AVENA, 2012, p. 09).

3. DA PERSECUÇÃO CRIMINAL:

Acerca do exercício da pretensão punitiva, o art. 24 do Código de Processo Penal prevê que a ação penal será promovida por denúncia, peça inicial da ação penal pública, dispondo, ainda, o art. 129, I da Constituição Federal, que é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal, nos termos da Lei.

Diante disso, a persecução penal é incumbência do Ministério Público, a ser deflagrada por meio de denúncia, objetivando a comprovação dos fatos narrados na peça acusatória.

A titularidade é do Ministério Público nas ações penais públicas incondicionadas, o qual instaura o processo independentemente da vontade de qualquer pessoa.

Através dos elementos informativos colhidos na fase inquisitorial, o *parquet* formará seu convencimento, podendo oferecer a denúncia a partir das provas trazidas até seu conhecimento, bem como, também, através de investigações no âmbito da própria Promotoria de Justiça, questão, todavia, sobre a qual paira acirrada controvérsia, que extrapola o objetivo da presente pesquisa.

Para que ocorra o legítimo recebimento da denúncia, é imprescindível a presença das condições da ação, ou, ainda, os requisitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

mínimos indispensáveis à formação da relação processual, como bem esclarece Guilherme Nucci (NUCCI, 2010, p. 187).

Conforme a previsão do art. 395, inc. III, do Código de Processo Penal, a denúncia ou queixa será rejeitada quando for manifestamente inepta; faltar pressuposto processual e condição para o exercício da ação penal ou ante a ausência de justa causa para o exercício da ação penal.

A justa causa é condição indispensável para exercício da ação penal. Ocorre que a doutrina ainda diverge acerca de sua real definição.

Para Aury Lopes Jr., justa causa é uma condição de garantia contra uso abusivo do direito de acusar, considerando a instrumentalidade constitucional do processo, identificando-se com a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a ação, bem como a intervenção estatal, relacionada, ainda, com dois fatores: a existência indícios razoáveis de autoria e materialidade de um lado e, de outro, o controle processual do caráter fragmentário da intervenção estatal (LOPES JR, 2013, 373).

Nesse norte, a acusação deve possuir elementos probatórios suficientes e que justifique a acusação, elementos extraídos, geralmente, através da fase inquisitorial. De qualquer sorte, a justa causa está prevista como causa de rejeição da denúncia, sendo, portanto, condição da ação.

Ada Pelegrini Grinover corrobora esse entendimento, referindo, em sua obra "As Nulidades no Processo Penal" que, a justa causa, é, sem dúvida, condição da ação. Diz-nos, ainda, que sua verificação é feita pelas mesmas questões apreciadas quando do julgamento do mérito, ou seja, as questões atinentes à autoria e materialidade do delito, que deverá ser analisada pelo momento e grau de profundidade dessas duas questões. Com relação à acusação, no que tange à ação, a justa causa será constatada pelos elementos que indiquem a existência do crime, bem com pela probabilidade de autoria por ocasião da denúncia ou queixa. Atinente a análise do mérito, a análise da acusação será produzida tendo por base os elementos colhidos no decorrer do processo, referentes a existência do crime e de autoria quando prolatada sentença (GRINOVER, 2011, p. 53).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Ao contrário do entendimento de Aury Lopes Jr., supramencionado, o Código de Processo Penal, após a reforma de 2008, incluiu a justa causa como requisito da inicial acusatória, juntamente com as condições de ação, quais sejam: a legitimidade ativa e passiva para a causa, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.

Além disso, são necessários a prova da materialidade e indícios mínimos de autoria.

Conforme Guilherme de Souza Nucci, materialidade é a prova da existência do fato delituoso, seja ele qual for. Assim, em qualquer investigação criminal, o primeiro passo é provar a existência do fato, ou seja, provar a materialidade do delito através elementos objetivos que podem ser verificados, e constatados sensorialmente através dos diversos critérios científicos existentes (NUCCI, 2011, p. 41).

Para Nicola Framarino Dei Malatesta, a materialidade do delito consiste sempre em modificações das coisas ou pessoas, tornando a sua ilegitimidade na perturbação do legítimo modo de ser das coisas ou das pessoas (MALATESTA, 1927, p. 263).

1. A MATERIALIDADE COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL:

Portanto, para a propositura da ação penal, no que interessa ao presente estudo, a acusação deve comprovar a existência do crime, conforme já referido, ou seja, a materialidade é requisito imprescindível para o início da persecução criminal.

Em face disso, é pertinente discorrer brevemente, no que tange à classificação do delito quanto ao resultado.

A doutrina distingue as espécies de crimes e lhes atribui classificações. Uma delas é a classificação do delito quanto ao resultado. Damásio de Jesus analisa esta classificação em dois sentidos: pelo resultado naturalístico material e pelo resultado jurídico. Interessa-nos o primeiro, uma vez que o segundo está presente invariavelmente em todos os crimes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Em outras palavras, todos os crimes possuem resultado jurídico, mas nem todos possuem resultado naturalístico. Segundo a concepção naturalística, o resultado consiste na modificação do mundo exterior, que é provocada pelo comportamento humano, através de uma ação. No homicídio, portanto, temos a conduta (ex.: ação de desferir facadas), bem como a modificação no mundo exterior, qual seja a constituição do resultado morte (JESUS, 2002, p. 04).

Temos, então, a classificação dos crimes quanto ao resultado naturalístico. Assim, os crimes materiais são aqueles cuja consumação se dá pelo resultado naturalístico. São crimes em que o próprio tipo penal descreve a conduta do agente e a modificação causada por ela no mundo exterior. Nestes crimes, o resultado naturalístico é indispensável. Importante fazer uma ressalva, pois, a tentativa de homicídio, em que pese a ausência de resultado naturalístico, não afasta o resultado jurídico, que estará sempre presente (JESUS, 2008, p. 188).

Esse é o tipo de crime que interessa ao presente trabalho. Conforme referido anteriormente, no crime de homicídio consumado há a ação do agente, bem como o resultado material causado: a morte da vítima. Estão presentes, portanto, a ação humana e a modificação causada no mundo exterior, no mundo dos fatos.

Nesse tipo de delito, conforme expressa determinação legal, a regra é a indispensabilidade do exame de corpo de delito direito para a comprovação da materialidade, não podendo ser suprida sequer pela confissão, conforme determina o art. 158 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, o entendimento da Corte Gaúcha:

> *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. DESPRONÚNCIA. ARTS. 158 E 167 DO CPP. 1. Recurso defensivo que postula a impronúncia ou absolvição do réu, sustentando ausência de materialidade e de indícios da autoria. Alternativamente, a desclassificação da imputação. 2.* ***Situação em que supostamente a***

> ***vitima teria sofrido lesões, com internações hospitalares. Caso típico de delito que deixa vestígios e que não foi comprovado através de exame de corpo de delito, mesmo indireto, o que é indispensável (CPP, art. 158), não podendo ser suprido por outras provas, por não se tratar de desaparecimento de vestígios****. 3. Ausência de materialidade, que inviabiliza a submissão do acusado ao Tribunal Popular, nos termos do art. 414 do CPP. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70050080647, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 03/10/2012)*

Conforme Guilherme Nucci, em sua obra "Provas no Processo Penal", a materialidade do delito deve ser demonstrada através de uma existência objetiva, ou seja, através de elementos passíveis de verificação sensorial e constatação por qualquer pessoa, dentro dos inúmeros critérios científicos existentes, mas não baseada em uma existência subjetiva, no tocante à credulidade ou advinda de pura persuasão íntima (NUCCI, 2011, p. 41).

Conforme já mencionado, o presente estudo trata unicamente dos crimes materiais, especificamente o homicídio, o qual deixa, como acima referido, vestígios.

Vestígio é, portanto, o rastro, pista ou indício deixado por algo ou alguém (NUCCI, 2011, p. 382).

Os vestígios, conforme NUCCI podem ser divididos em duas espécies de pistas: permanentes e passageiras. No tocante às pistas deixadas, há duas formas de dividir os vestígios: vestígios materiais (rastro permanente) e imateriais (rastro passageiro), entendendo o respeitável doutrinador que, com relação à primeira (material) devem ser demonstrados através de perícias; enquanto, a segunda (imaterial), deve ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

evidenciada, em juízo, através de todos os meios de provas admitidos, sejam testemunhas, documentos, buscas (NUCCI, 2011, p. 43).

Mostra-se viável tal separação, tendo em vista que, em se tratando de vestígio material, os rastros deverão ser imediatamente encaminhados ao especialista. Desta forma, estar-se-ia evitando qualquer margem de erro quanto à materialidade do delito. Não só isso, pois, na maioria dos casos, a rápida realização da perícia é imprescindível, sob pena de desaparecimento dos vestígios, como, por exemplo, laudo de necropsia, conjunção carnal, lesão corporal, etc.

São vestígios de um crime, as marcas, pegadas, resíduos deixados no local, rastros, sangue, instrumentos utilizados, enfim, é tudo que representa a exteriorização material, a aparência física de um delito (BITENCOURT, 2007, p. 32).

Consoante Nucci, há delitos, como o crime de homicídio, que deixam sinais aparentes de sua prática. É com esses delitos que se ocupa a lei, obrigando-se, no campo das provas, à realização do exame de corpo de delito. É prova tarifada, imposta por lei, que foge à regra da ampla liberdade na produção de provas no processo penal. (NUCCI, 2011, p. 382).

Tem-se, pois, que a comprovação do crime de homicídio se dá pelo laudo de necropsia, pelo exame externo e interno do cadáver, constatando-se, portanto, a *causa mortis*. Essa é a regra.

Entretanto, há casos em que essa verificação direta se torna impossível tendo em vista a ausência de localização do cadáver. Em assim sendo, estaria fulminada a pretensão punitiva e chancelada a impunidade do autor do delito? Por óbvio que não.

De acordo com o art. 167 do Código de Processo Penal, não sendo possível a realização do exame de corpo de delito, tendo em vista haverem desaparecido os vestígios, poderá a prova testemunhal suprir-lhe a falta. Trata-se, pois, do exame de corpo de delito indireto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Se esse dispositivo não existisse, bastaria matar a vítima e desaparecer com o cadáver, premiando-se, portanto, o acusado e garantindo-lhe, consequentemente, a impunidade.

No delito em tela, em que o cadáver é passível de desaparecimento, quer pela ação do tempo (por meio da decomposição), quer pela conduta do próprio criminoso, permite-se a incidência do supracitado art. 167 do CPP.

Com relação à exceção (prova indireta) de que trata o dispositivo legal, permite a lei a substituição do exame de corpo de delito direto por outros meios de prova, como a prova testemunhal, através de depoimentos e narrativas de pessoas que tenham presenciado a ocorrência do crime, bem como quando não seja possível realizar, através de meios científicos, a sua ocorrência. Eis é discussão do presente trabalho.

5- DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 167 DO CPP – PROVA DIRETA E INDIRETA:

Via de regra, o principal meio direto de averiguar a existência do delito que deixa vestígios materiais é o exame de corpo de delito, que, conforme Norberto Avena, compreende toda perícia destinada à comprovação da materialidade das infrações que deixam vestígios, tendo por objetivo corporificar o resultado da infração penal, de modo que reste documentado o vestígio, o qual perpetuará como parte no processo criminal (AVENA, 2012, p. 499).

Tal conceito demonstra o objetivo de tal prova, bem como a sua inconteste importância. Com efeito, entende, ainda, que o exame de corpo de delito direto é aquele que será realizado por *expert* da área, ante o vestígio deixado pela infração penal, exemplo: necropsia do cadáver.

A exigência do exame de corpo de delito, no crime de homicídio, nos remete diretamente ao exame do cadáver da vítima. Trata-se do verificação indispensável nas infrações que deixam vestígios. É através desse exame que se constata a realidade da morte e outros aspectos determinantes da *causa mortis*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

O exame no cadáver da vítima é realizado por peritos, conforme prevê o art. 159 do Código Processual Penal, bastando apenas um perito oficial, que, após análise minuciosa do corpo, pode fazer afirmações ou extrair conclusões pertinentes ao processo legal, elucidando o evento morte.

Ao final, os profissionais elaborarão o laudo de necropsia ou laudo cadavérico, descrevendo toda e qualquer informação pertinente extraída da análise do cadáver, conforme dispõe o art. 160 do Código de Processo Penal, que aduz que os peritos elaborarão o laudo pericial, descrevendo minuciosamente o que examinarem, bem como responderão os quesitos formulados.

Constata-se, portanto, a obrigatoriedade do laudo cadavérico após o exame do corpo, com base nas respostas dos quesitos, que são questões formuladas sobre assunto específico, as quais exigem como resposta opiniões ou pareceres, comprovando, assim, a materialidade delitiva.

Fernando Capez conceitua o exame de corpo de delito indireto, que diz que tal exame advém de um raciocínio dedutivo sobre um fato narrado por testemunhas, sempre que impossível o exame direto (CAPEZ, 2011, p. 391).

Ademais, Guilherme de Souza Nucci exemplifica as diferentes formas de prova indireta. Salienta que, excepcionalmente, admite-se que se comprove a materialidade através de outros meios de provas admitidos, tais como: exame da ficha clínica do hospital que atendeu a vítima; fotografias; filmes; atestados (NUCCI, 2010, p. 394).

Feita esta diferenciação, em que pese a obrigatoriedade da perícia conforme prevê o art. 158 do CPP, quando houver desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta, porquanto considerada como meio indireto apto à comprovar a materialidade.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Não obstante, é entendimento da Jurisprudência pátria que a prova indireta consiste tanto no depoimento testemunhal quanto no conjunto de indícios materiais.

Conforme salienta Walter Coelho, a prova indiciária é uma prova de raciocínio, capaz de iluminar os caminhos de verdade e certeza, cuja articulação exige grande perspicácia, atenção e prudência, porquanto realmente difícil o domínio de sua técnica. Assim, qualquer deslize pode ensejar conclusões viciadas, propiciando enganos e erros judiciários. Ainda, esclarece que os fatos não mentem, mas podem ser mal percebidos ou, também, mal interpretados (COELHO, 1996, p. 59).

Como bem observa Guilherme Nucci, não se pode atestar a morte de alguém (indiretamente) apenas e tão somente através da frágil e extensa prova oferecida pelos indícios, sendo delicado demais, pois, como se viu, a probabilidade de se estar diante de um erro judiciário é grandíssima.

Não podemos esquecer, ainda, que a prova indiciária, por mais necessária que seja para a apuração dos fatos, é frágil demais e, ainda, insegura, se observarmos a estrutura oferecida pelos órgãos policiais.

Nesse ínterim, Nucci salienta que o grau de suficiência para atingir-se a segurança processual adequada, que venha a desestruturar a presunção de inocência, não é tarefa fácil (NUCCI, 2011, p. 48).

Dito isto, não pode a ausência do cadáver servir de fundamento a negar a existência de um homicídio. O próprio ordenamento jurídico admite outros meios de prova que nos levam à segura convicção da existência da morte de alguém (BITENCOURT, 2007, p. 30).

Leva-se em conta, de outro lado, a consideração do exame de corpo de delito indireto, quando a infração deixa somente vestígios imateriais ou quando deixa vestígios materiais, mas que são destruídos ou ocultos por força da natureza ou, até mesmo, pela ação do agente.

Tenhamos como exemplo a ocorrência de um crime de homicídio, que foi presenciado por várias pessoas - embora tenha havido o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

desaparecimento do corpo, fato que inviabilizou a perícia -, será possível, bem como imprescindível, neste caso, a colheita dos depoimentos das testemunhas do fato, que serão consideradas aptas a narrar o ocorrido e demonstrar, através do que presenciaram, o cenário da morte.

Entretanto, por mais evidente que seja a morte de alguém aos olhos de terceiros, jamais haverá a certeza e segurança absolutas quando se tem o exame de corpo de delito, mas, ainda assim, não se pode excluir a ocorrência de crimes acobertados, deliberadamente, tornando impossível, para o Estado, atuar na investigação e perscrutar a culpa do agente.

Nesse diapasão, importante ressaltar que nem sempre o corpo de delito poderá se formar através de meios indiretos. Há determinados crimes cuja materialidade só poderá ser constatada através de conhecimentos técnicos, como, por exemplo, em relação a drogas ou, ainda, documentos falsos. Uma testemunha não poderá ir à Juízo e mencionar que viu a droga ou que notou um documento falso.

Nesse sentido, o entendimento da Jurisprudência:

> *APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. ABSOLVIÇÃO. 1. É certo que a cannabis sativa, vulgarmente conhecida como maconha, integra a Portaria 344/98 da ANVISA, mais precisamente a Lista E, isto é, a lista de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas. 2. Ocorre que na Lista F, onde se encontram as substâncias de uso proscrito no Brasil, especificamente na Lista F2 (Substâncias psicotrópicas, item 28) há referência expressa ao TCH - Tetraidrocanabinol. Em nenhum momento há alusão, no rol taxativo de substâncias de uso proibido, a canabinoides. 3. Assim, para haver comprovação da materialidade do fato é imprescindível a demonstração de que a substância apreendida em poder do acusado contém o TCH - Tetraidrocanabinol, ou seja, se trata de substância de uso proscrito. 4. Ausente essa prova e, portanto, certeza absoluta de*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *que a erva esverdeada com característica de maconha é realmente substância entorpecente, a solução adequada a absolvição por insuficiência de provas da materialidade. APELO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70052274511, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 04/04/2013)*

Dessa forma, o delito que envolve substância entorpecente não pode admitir o exame de corpo de delito indireto. Não basta o depoimento de uma testemunha que alega que a substância, apreendida ou transportada, tinha forma e cheiro de maconha. Ora, é necessário prova técnica, um exame químico para sua verificação. Não se admite uma avaliação subjetiva, mas, sim, um exame preciso, científico, fundamental. Dessa forma, cada caso em concreto deve ser analisado minuciosamente, pois, nos crimes em que há substâncias entorpecentes, nenhuma outra prova poderá suprir a pericial.

Voltando-se, novamente, ao crime de homicídio, como bem assevera Guilherme Nucci, qualquer pessoa pode narrar a ocorrência de um homicídio, posto que captado facilmente pelo ser humano, independentemente de conhecimentos técnicos aprofundados. No entendimento do respeitável jurista, o legislador, com relação ao art. 167 do CPP, não quis dizer que a testemunha pode suprir toda e qualquer prova pericial, isso seria demasiado arriscado, posto que há exceções conforme já referido anteriormente (NUCCI, 2011, p. 45).

De modo diverso entende Aury Lopes Jr., defendendo que a perícia possui valor probatório relativo, não podendo ser "endeusada" absolutamente, em que pese o seu valor de conhecimento científico que, ainda assim, é relativo e possui prazo de validade. Dessa forma, entende que não existe a "rainha das provas" no âmbito do processo penal, muito menos a prova pericial o é (LOPES JR., 2013, p. 612).

Walter Coelho comunga deste entendimento, ao referir que nenhuma prova poderá ser considerada cabal ou absoluta, nem mesmo as provas periciais, tendo em vista a sua fundamentação técnica ou científica,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

ainda que não se vislumbre erro de natureza conclusiva, bem como em que pese serem consideradas seguras e insuperáveis. Acredita, portanto, que é possível ocorrer erros de observação, e, ainda, falhas na coleta do material a ser examinado, bem como alteração no local dos fatos. Da mesma forma os depoimentos das pessoas inquiridas, que estarão sujeitos às naturais deficiências e imprecisões advindas da prova testemunhal (COELHO, 1996, p. 157).

Desta feita, somente em falta absoluta da impossibilidade da realização do exame de corpo de delito direto, permite a lei que a prova testemunhal supra à sua falta. Nestes casos, é necessário que as testemunhas compareçam perante a autoridade policial ou judicial e declarem o que viram e, a partir dessas declarações, dará a autoridade por suprido o exame direto. (BITENCOURT, 2007, p. 31).

Nada é *ad absolutum*. O exame de corpo de delito, embora passível de erros com relação ao seu resultado, leva-nos o mais perto da certeza possível. Ou seja, em um milhão de possibilidades de acertos, haverá, sempre, aquele 01% de possibilidade de erro.

Tanto é verdade, pois somente a realização do exame de corpo de delito constitui perícia obrigatória, nos termos do art. 184 do CPP, que prevê que o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária à elucidação da verdade, salvo o caso do exame de corpo de delito.

6. DESAPARECIMENTO DO CADÁVER POR AÇÃO DO AGENTE:

Situação de grande complexidade, que surge nos Tribunais brasileiros é a comprovação da materialidade na ausência de localização de cadáver e consequente realização do laudo de necropsia. Por vezes, a ocultação do cadáver, por acinte do próprio autor do delito, impossibilita a realização do exame pericial.

Todavia, a jurisprudência brasileira entende ser admissível a realização de exame de corpo de delito indireto, aliada a prova testemunhal suficiente, bem como quando concatenado a vestígios de sangue, cabelos encontrados no local do crime, etc.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 33.330/RJ, da 5ª Turma, tendo como relatora a Ministra Laurita Vaz, onde alegou que a simples ausência do laudo do exame de corpo de delito não tem o condão de concluir a inexistência de provas acerca da materialidade do delito, ainda mais se no conjunto probatório dos autos há outros meios capazes de convencer o julgador quanto à efetiva ocorrência do delito, verificado no presente julgado, em consonância com o disposto no art. 167 do CPP.

É o que se depreende, também, da decisão proferida pelo STF, ao julgar o Habeas Corpus 103683/MG, da 1ª Turma, que teve como relatora a Ministra Carmen Lúcia, que salientou que ser entendimento majoritário e firme da jurisprudência da Suprema Corte, no sentido de que nos delitos materiais, de conduta e resultado, em sendo o caso de desaparecimento dos vestígios, a prova testemunhal poderá suprir a falta do exame de corpo de delito.

Ocorrido recentemente e divulgado pela mídia, foi o caso de Eliza Samúdio. O Ministério Público ofereceu denúncia pelo crime de homicídio consumado, mesmo sem a comprovação científica da morte.

No caso, o Promotor e Justiça Henry Castro, narrou, com base nos elementos de prova do Inquérito Policial, que Eliza foi levada à força desde a cidade do Rio de Janeiro até o sítio do goleiro, localizado em Esmeraldas (MG), local onde foi mantida em cárcere privado. Após, foi entregue para o indivíduo de alcunha "Bola", que a teria asfixiado e depois destruído o corpo, que nunca fora encontrado.O filho de Eliza, Bruninho, foi encontrado com desconhecidos em Ribeirão das Neves (MG).

Conforme de conhecimento público e notório, o ex-goleiro Bruno foi condenado pela morte da amante, por homicídio triplamente qualificado - por motivo torpe, asfixia e uso de recurso que dificultou a defesa da vítima -, bem como do sequestro e cárcere privado do filho em comum. Bruno foi condenado a 22 anos de prisão, Macarrão a 15 anos de prisão pelo crime de homicídio qualificado, atenuado em razão de sua confissão. Por fim, "Bola" também foi condenado a 22 anos de prisão pela morte de Eliza e pela ocultação do cadáver da vítima.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A juíza Marixa Fabiane Lopes Rodrigues proferiu sentença de pronúncia com a convicção de que o crime ocorreu com base na prova indireta e, ainda, chegou à conclusão de que Eliza havia sido brutalmente assassinada. Vestígios de sangue foram encontrados no carro de Bruno, ajudando a desvendar, e muito, o ocorrido no dia dos fatos.

Destarte, nos crime de homicídio, o juiz, estando convencido da materialidade do fato, bem como dos indícios suficientes de autoria e participação, que indique a probabilidade de ter o autor do fato praticado o delito, conforme a linguagem do art. 413 do Código Processual Penal, pronunciará o acusado, que será julgado perante o Tribunal do Júri, tal qual o caso acima mencionado.

Outro caso igualmente famoso é da vítima Denise Lafetá. O Ministério Público formou a *opinio delicti* baseado no conjunto de provas indiciárias, em que pese a ausência do auto de necropsia. Fortes e coerentes eram os indícios de que o acusado teria matado a vítima, dando fim à sua vida e ocultado seu cadáver (DÉLBIS, 1999, p. 23).

Historiando brevemente. O réu matinha um relacionamento com a vítima Denise Lafetá. Viviam sob o mesmo teto. Após o desaparecimento. O réu disse à autoridade policial que havia levado Denise à rodoviária, mais precisamente a teria deixado no saguão, não sabendo qual seria seu destino. Denise sumiu em plena convivência com o réu e, ainda, deixou uma filha de seis meses de idade, por quem tinha profundo amor e carinho.

O denunciado mentia aos parentes e amigos que procuravam por Denise. Suas versões eram sempre contraditórias. Ora dizia que Denise estava na residência de seus genitores, ora que a vítima teria lhe abandonado. O réu escondia-se e inventava diversas desculpas para fugir dos pais da vítima que, desconfiados do sumiço de sua filha, procuraram a autoridade policial.

O Ministério Público ofereceu denúncia, a qual foi recebida. O feito tramitou regularmente, quando, na fase de pronúncia, o julgador *a quo* proferiu sentença impronunciado o réu, porquanto entendeu que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

inexistia a comprovação de materialidade direta ou indireta. O Ministério Público, inconformado, apresentou recurso em sentido estrito.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que, aliadas, as provas indiciárias e testemunhais eram coerentes entre si e que levavam a comprovar a morte da vítima e que os indícios de autoria eram fortes, bem como que a falta de materialidade não teria o condão de afastar a ocorrência do assassinato, e, também, não se deveria subtrair a decisão do corpo de jurados, os quais definiram o evento (DÉLBIS, 1999, p. 72).

O réu foi julgado perante o Conselho de Sentença, que o condenaram pelo crime de homicídio qualificado por motivo fútil e pelo crime de ocultação de cadáver, nos exatos termos da denúncia (TELBIS, 1999, p. 89). O acusado, apelou, tendo sido negado provimento ao recurso. Resumo da história: Foi condenado a 13 anos de reclusão.

Nesse caso, assim como em outros, ausente o laudo de necropsia e/ou exame que comprove a materialidade do crime de homicídio, a defesa sempre se aferra ao caso dos "Irmãos Naves", o mais famoso erro judiciário da história do País.

Entretanto, não há comparação entre este e os eventos acima citados.

No caso "Eliza Samudio", havia prova indireta da materialidade, vestígios,bem como indícios suficientes de autoria. No caso Denise Lafetá, provas indiciárias fortes e coerentes, aliada à prova testemunhal, que formaram, indiretamente, a materialidade do delito.

No que tange ao caso "Irmãos Naves", não havia sequer indícios da ocorrência do crime e, tampouco, indícios de autoria, apenas a confissão dos supostos autores, obtida, ao que se depreende, por meio de tortura.

Com efeito, os depoimentos dos Irmãos Naves foram sob tortura, bem como houve coação de testemunhas. O indiciamento e a denúncia se alicerçaram, basicamente, na confissão, porquanto ausentes elementos concretos de prova do crime, quais sejam da morte da vítima e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

dos indícios de autoria, que poderiam resultar, inicialmente, da apreensão do dinheiro supostamente subtraído da vítima, o que não ocorreu.

Portanto, no comparativo entre o caso "Irmãos Naves" e "Bruno", o primeiro teve, como principal elemento, a confissão dos réus, o que, em observância à legislação penal atual vigente, não é considerado suficiente. De outro lado, Brunonegou o crime, mas a decisão de pronúncia, bem como condenação, foi lastreada em indícios materiais e concretos acerca da existência do crime e, igualmente, de autoria.

Em suma, elementos de convicção suficientes à luz da legislação atual.

7 - CONCLUSÃO:

Portanto, conforme analisado ao longo do trabalho, tratando-se de crime de homicídio, é imperiosa a realização de exame de corpo de delito para a comprovação da materialidade, ou seja, a própria existência do crime, mediantelaudo de necropsia ou cadavérico. Essa é a exigência legal, contida no art. 158 do Código de Processo Penal, para todos os crimes materiais.

A não realização desse meio probante, denominado tarifado ou legal,implica ausência do laudo e, consequentemente, da materialidade, que não é suprida sequer pela confissão do acusado.

No entanto, em caráter de exceção, quando impossível a realização do exame de corpo de delito direto, sobretudo por ação do autor do crime, como no caso paradigma envolvendo o ex-jogador de futebol Bruno, a lei permite a comprovação da materialidade mediante exame de corpo de delito indireto, conforme a dicção do art. 167 do Código de Processo Penal. Eis aí a exceção.

Assim, é possível o suprimento do auto de exame de corpo de delito direto quando, através de provas indiretas, pode-se comprovar igualmente a materialidade do crime, quer através de prova testemunhal, quer documental, bem como, ainda, por indícios materiais, que, uníssonos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

coerentes e convergentes e aliados à prova suficiente de autoria, formam a convicção necessária para a responsabilização criminal pela prática do crime doloso contra a vida.

Nesse caso, é certo que sempre haverá polêmica diante da possibilidade de que a suposta vítima, na verdade, está viva, como foi levantado em relação ao referido caso "Elisa Samudio", podendo resultar na injusta condenação de um inocente.

Tal controvérsia vem invariavelmente respaldada na lembrança do caso "Irmãos Naves", que resultou, de fato, na condenação de inocentes, haja vista que a suposta vítima estava viva.

Porém, os tempos mudam e o conhecimento científico avança, permitindo à ciência penal evoluir em seus julgamentos, em busca da verdade real, princípio norteador do direito processual penal. Igualmente doutrina e jurisprudência necessitam abandonar antigos paradigmas, objetivando o esclarecimento de crimes, notadamente o homicídio, a fim de combater à criminalidade e alcançar a efetiva e verdadeira Justiça.

Conclui-se, pois, que, no aspecto fático a questão é, de fato, complexa. Haverá, sempre, diversas indagações: Será que a vítima morreu, realmente? Será que foi assassinada e o cadáver destruído ou oculto? Será que a vítima sumiu sem deixar notícias?

E o que é pior: E se algum dia a suposta vítima reaparecer com vida?

No entanto, o Código de Processo Penal é expresso ao dispor que o exame de corpo de delito no crime de homicídio - laudo cadavérico - pode ser substituído pelo exame de corpo de delito indireto, sempre que não for possível a localização do cadáver.

O criminoso não pode restar impune pela prática de um crime perfeito. Assim, não sendo possível realizar o exame de corpo de delito direto, seja pelo desaparecimento do cadáver, bem como pelo consequente desaparecimento dos vestígios, a prova testemunhal, e, também, a prova

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

indiciária – conforme entendimento legal e jurisprudencial -, poderá suprir-lhe a falta, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal.

Se o homicida planejou o "crime perfeito", escondendo o cadáver, essa ação não deve e não pode em hipótese alguma restar impune. O entendimento de que somente o corpo da vítima é prova hábil a comprovar a materialidade do delito em comento é inadmissível, ultrapassado, retrógrado, conforme se concluiu no presente trabalho, ainda mais porque a própria lei processual penal possui mecanismo para suprir a ausência do exame de corpo de delito indireto, qual seja o exame de corpo de delito indireto.

8. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AVENA, Norberto; **Processo Penal Esquematizado**. 4 ed. São Paulo: Método, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Senado, 1941.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Publicada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 20/03/2013.

CAPEZ. Fernando. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2.

CARNELUTTI, Franscesco. **As misérias do Processo Penal**. CONAN, 1995.

COELHO, WALTER. **Prova Indiciária em Matéria Criminal**, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

GRINOVER, Ada Pelegrini; FILHO, Antônio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: **Parte Geral.** 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 1.

_____. Imputação Objetiva. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MALATESTA, Nicola Farmarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. 2 ed. Lisboa. Livraria Editora Clássica, 1927.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza; **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Provas no Processo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Código de Processo Penal Comentado. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

QUEIROZ, Alysson Rodrigues de. **Os erros cometidos no julgamento dos irmãos Naves poderiam ocorrer atualmente? Comparativo com o caso Bruno**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3476, 6 jan. 2013 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/23398>. Acesso em: 24 abr. 2013.

TÉLBIS, Tibúrcio. Homicídio sem Cadáver: o caso Denise Lafetá. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SITES:

COLOCAR SITE DO STJ – http://www.stj.gov.br/, ACESSADO EM 27/03/2013.

Site TJRS, http://www.tjrs.jus.br/site/, acessado em 10 de abril de 2013 e 29 de abril de 2013.

http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/03/bruno-e-condenado-22-anos-mas-podera-voltar-ruas-em-cerca-de-3.html - acessado em 18 de abril de 2013.

http://g1.globo.com/minas-gerais/julgamento-do-caso-eliza-samudio/noticia/2013/03/mp-pede-esclarecimentos-sobre-sentenca-da-condenacao-de-bruno.html acessado em 18 de abril de 2013.

http://g1.globo.com/minas-gerais/julgamento-do-caso-eliza-samudio/noticia/2012/11/macarrao-e-condenado-15-anos-de-prisao-ex-namorada-de-bruno-pega-5.html acessado em 18 de abril de 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

O DANO MORAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS PRATICADOS POR SEUS AGENTES

RODRIGO QUEIROZ DE ARAÚJO: Bacharel em Direito, e Especialista em Direito Previdenciário.

RESUMO: O dano moral é um instituto que embora seja conhecido e aplicado a bastante tempo, carece de entendimento consensual até os dias atuais, muito de discute sobre a responsabilidade do Estado na prática dos atos realizados por seus agentes, quando no exercício de suas funções, tendo nesta área, o Brasil adotado a teoria de responsabilidade objetiva, associada a noção de risco administrativo, respondendo o Estado pela falha na execução do serviço público independentemente de dolo ou culpa de seus agentes.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Precedentes Históricos do Dano Moral – 2.1 Código de Hamurabi – 2.2 O Código de Manu – 2.3 O Direito Romano – 3. O Dano Moral – 3.1 Noção de Dano – 3.2 Conceito de Dano Moral – 4. Responsabilidade Civil – 4.1 Conceito de Responsabilidade Civil – 4.2 Responsabilidade Contratual ou Extracontratual – 4.3 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva – 4.4 Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil – 4.5 Função da Reparação Civil – 5. Responsabilidade Civil do Estado Pela Prática dos Atos de Seus Agentes – 5.1 Evolução das Teorias da Responsabilidade Civil do Estado – 5.2 A Responsabilidade Civil no Direito Pátrio – 6. Conclusão – 7. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

O estudo do instituto do dano moral é de extrema relevância para o direito pátrio, haja vista este almejar ressarcir um dano que diferentemente do dano material não é passível de retornar ao *status a quo*, sendo assim se torne de difícil, visando a indenização pela injusta agressão almejar tão somente minorar o sofrimento do lesado.

Importante se faz atentar para a existência do dano moral oriundo das ações ou omissões dos agentes públicos durante o exercício de suas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

atribuições funcionais, devendo nestes casos o Estado responder pelos atos praticados por seus agentes, independentemente de dolo ou culpa, haja vista ter sido adotada no Brasil a teoria da responsabilidade objetiva, associada a noção de risco administrativo, também conhecida como responsabilidade sem culpa,.

Desta forma, importante se faz a análise da responsabilidade civil do Estado pelos atos praticados por seus agentes, haja vista a imensidão de atividades que são executadas pelo Poder Público, buscando o presente artigo contribuir com a pacificação do entendimento sobre o referido tema.

2. PRECEDENTES HISTÓRICOS DO DANO MORAL

2.1 CÓDIGO DE HAMURABI

Embora existente na história das civilizações desde o Código de Hamurabi, o instituto do Dano Moral percorreu um longo caminho até que houvesse um consenso sobre a possibilidade de sua aplicação na doutrina e legislação pátria, sendo ainda de grande importância o papel da jurisprudência para a pacificação deste entendimento, em especial sobre a sua existência nas relações previdenciárias.

Dissertando sobre a história do Código de Hamurabi, Pablo Stolze (2012, p. 113) afirma que "trata-se de um sistema codificado de leis, surgido na Mesopotâmia, através do rei da Babilônia, Hamurabi (1792-1750 a. C.), também conhecido por Kamo-Rábi, que reviu, adaptou e ampliou diversas leis sumérias e acadianas".

O Código de Hamurabi trata a reparabilidade do dano moral, ainda que de forma primitiva, sendo esta a primeira vez na história das civilizações que um sistema codificado de leis prevê tal fato. O referido código almejava estabelecer uma ordem social baseada no direito do indivíduo, tendo como sua principal preocupação proteger os mais frágeis, buscando reparar de maneira equivalente os danos sofridos por estes nas diversas relações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Observa-se ainda que este código trata claramente sobre a noção de reparação do dano, devendo as ofensas pessoais, ocorridas dentro da mesma classe social, serem reparadas através de ofensas idênticas, incluindo contudo de maneira inovadora para a sua época, a possibilidade de a reparação do dano ocorrer através do pagamento de um valor pecuniário.

Diante deste entendimento, verifica-se que o referido código estipulava que as ofensas, materiais ou morais, sofridas, deveriam ser reparadas de maneira equivalente, observando o princípio da Lei de Talião, condenando o ofensor a sofrer ofensas idênticas, ou ainda a pagar indenizações em prata.

2.2 O CÓDIGO DE MANU

Embora guardasse certa semelhança com o Código de Hamurabi, não há como negar que o Código de Manu significou uma considerável evolução em relação ao primeiro, pois este abdicou de aplicar a reparação através de ofensas idênticas ao lesionador inicial, determinando apenas a aplicação da sanção pecuniária ao ofensor como forma de reparar o dano sofrido pela vítima.

Ao suprimir do seu texto a possibilidade da sanção física, substituindo-a por um valor pecuniário, o código buscou a reparação da forma que mais fosse sensível ao homem, atingindo com este intuito sua vida financeira.

Sendo assim, nota-se que o Código de Manu demonstrou um profundo avanço em relação ao Código de Hamurabi, pois seu texto possuía uma ética social que impedia que o transgressor fosse alvo de vingança, prevendo a reparação do dano através da pecúnia, se afastando assim da famigerada Lei de Talião.

2.3 O DIREITO ROMANO

Os romanos possuiam uma perfeita noção de reparação pecuniária do dano sofrido, haja vista que a todo ato considerado lesivo ao patrimônio ou a honra de alguém deveria ser imputada uma reparação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A honra era objeto de grande preocupação para os romanos, conforme entendimento de Pablo Stolze:

> A preocupação com a honra, inclusive era profunda, traduzindo-se no brocardo *honesta fama est alterium patrimonium* (a fama honesta é outro patrimônio), o que demonstra a possibilidade de reparação, ainda que pecuniária, da lesão à boa conduta, há mais de 2000 anos. (STOLZE, 2012, p. 118).

Para Roberta Schneider Westphal, os romanos previam o ressarcimento por danos desde a Lei das XII Tábuas, aceitando ainda que de maneira primitiva a reparação do dano moral, sendo inegável o aperfeiçoamento desta ao longo dos anos.

Ainda segundo Pablo Stolze:

> Os cidadãos romanos, que eventualmente fossem vítimas de injúria, poderiam valer-se da ação pretoriana a que se denominava *injuriarum aestimatoria*. Nesta, reclamavam uma reparação do dano através de uma soma em dinheiro, prudentemente arbitrada pelo Juiz, que analisaria, cautelosamente, todas as circunstâncias do caso. (STOLZE, 2012, p.119)

Como se pode notar, no Direito Romano não se permitia a lesão, devendo haver a reparação de todo e qualquer ato lesivo ao patrimônio ou a honra dos cidadãos.

3. O DANO MORAL

3.1 NOÇÃO DE DANO

O dano é o principal elemento da responsabilidade civil, haja vista que a obrigação de indenizar subsiste na medida de sua extensão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Conforme entendimento de Pablo Stolze (2012, p. 87) sem a ocorrência do dano "não haveria o que indenizar, e, consequentemente, responsabilidade".

Ainda defende Pablo Stolze (2012, p. 87) que "(...) seja qual for a espécie de responsabilidade sob exame (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é requisito indispensável para a configuração, qual seja, a sua pedra de toque".

Sendo assim, existe a obrigatoriedade da presença do dano, para que possa haver a responsabilidade, pois sem o dano não existe algo a ser reparado, diante deste fato, verifica-se que pode haver a responsabilidade sem culpa, contudo não pode haver responsabilidade sem a ocorrência do dano.

Helena Elias (2004, p. 21) conceitua o dano como "qualquer lesão a bem jurídico produzida por fator alheio à vontade da vítima".

Já Pablo Stolze (2012, p. 88) define dano como sendo "lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator".

Para que o dano seja indenizável, ele deve possuir os seguintes requisitos: ser certo; especial; anormal; referente a uma situação protegida pelo Direito; e de valor economicamente apreciável.

3.2 CONCEITO DE DANO MORAL

De acordo com Pablo Stolze (2012, p. 111), "O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro".

Dentre as diversas definições doutrinárias no sentido de que dano moral é aquele que atinge os bens da personalidade, preceitua Sérgio Cavalieri:

> Enquanto o dano material (...) repercute sobre o patrimônio, o moral, também chamado de dano imaterial, ideal ou extrapatrimonial, atinge os bens da personalidade, tais como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: intimidade, imagem, bom nome, privacidade, a integridade da esfera íntima. Tutela-se, aí, o interesse da pessoa humana de guardar ao para si, ou para estrito círculo de pessoas, os variadíssimos aspectos da sua vida privada: convicções religiosas, filosóficas, políticas, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, estado de saúde, situação econômica, financeira etc. (CAVALIERI, 2001, p. 74-75).

Para Carlos Alberto Bittar (1999, p. 277), danos morais "são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas de outrem".

Maria Helena Diniz (2014, p. 81) conceitua dizendo que "Dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo".

Já Theodoro Vicente Agostinho (2015, p. 32) afirma que "O que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo. Se do ato de outra pessoa resultar alteração desfavorável, aquela dor profunda, que causa modificações no estado anímico, aí está o início da busca pelo dano moral".

Wânia Alice Ferreira Lima (2013, p. 92) diz que "A conceituação de dano moral é complexa, eis que difere dos danos materiais, estes fisicamente demonstráveis, visíveis e quantificáveis, enquanto aqueles por vezes não podem ser demonstrados, não são aparentes e guardam um problema em sua quantificação".

Embora existam diversos conceitos com relação ao instituto do dano moral, de maneira sintética pode-se dizer que o dano moral é aquele que atinge a esfera personalíssima do indivíduo ocasionando dor, angústia, sofrimento e tristeza.

A principal distinção entre os danos moral e material relaciona-se ao fato de este atingir unicamente o patrimônio da vítima, ao passo que aquele atinge a personalidade da pessoa.

Desta maneira, enquanto que no dano material há uma diminuição patrimonial e, comprovados os danos, há que se ressarcir a perda, recompondo o *status quo*patrimonial do ofendido, no dano moral,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

essencialmente extrapatrimonial, a grande questão é a determinação do *quantum* indenizatório, haja vista ser indeterminável pecuniariamente.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo responsabilidade esta ligado a uma obrigação derivada, que tem por origem uma relação jurídica não cumprida espontaneamente pelo devedor. É ainda a aptidão que o ordenamento jurídico confere a alguém para se submeter às sanções decorrentes de ato próprio ou de terceiro sob sua responsabilidade, respaldado pelo princípio de não ofender.

Há um grande esforço por parte da doutrina no sentido de se encontrar uma diferença ontológica entre a responsabilidade civil e a penal, ficando evidente que a responsabilidade penal decorre da violação de condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, enquanto que a responsabilidade civil se preocupa em reprimir as condutas humanas menos graves, podendo, contudo ocorrer à violação simultânea da lei civil e penal.

Após ressaltar o fato de não existir um consenso entre os doutrinadores quanto ao conceito de responsabilidade, Caio Mário da Silva Pereira diz (2002, p.11) "consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma".

Já Rui Stoco (1999, p. 93), define "constitui a obrigação pela qual o agente fica adstrito a reparar o dano causado à terceiro".

Na lição de Maria Helena Diniz (2014, p. 34), responsabilidade civil "é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal".

Pablo Stolze (2012, p. 54), entende que "a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas".

Diante destes conceitos, pode-se afirmar sinteticamente que a responsabilidade civil é a sanção estipulada no ordenamento jurídico que surge com o intuito de recompor o dano causado a outrem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

4.2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU EXTRACONTRATUAL

Fala-se em responsabilidade contratual quando a obrigação de indenizar for oriunda da violação de cláusulas contratuais.

No dizer de Pablo Stolze (2012, p. 62) a responsabilidade contratual "(...) é resultante do descumprimento de um dever contratual, pois, nessa hipótese, presumir-se-ia a culpa, uma vez que a própria parte se obrigou, diretamente, à obrigação, ora descumprida.".

Contudo se o dever de indenizar decorrer da ofensa a um direito subjetivo oponível *erga omnes*, fala-se neste caso da responsabilidade extracontratual.

Para Pablo Stolze (2012, p. 62) "(...) se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita de um agente infrator (caso do sujeito que bate um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual (...)".

Em relação a estas espécies de responsabilidade, estipula Sérgio Cavalieri:

> Quem infringe dever jurídico (...) que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei.
>
> É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade de violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> de ilícito aquiliano ou absoluto. (CAVALIERE, 2001, p. 26)

Este entendimento encontra-se presente no Código Civil de 2002, o qual estabelece a regra da responsabilidade extracontratual no art. 927[1] em aplicação combinada com o art. 186[2], e a responsabilidade contratual no art. 389[3].

4.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

A responsabilidade subjetiva decorre do dano causado a terceiros, decorrente de atos culposos ou dolosos.

Segundo ensinamentos de Alvino Lima (1999, p. 44), os requisitos essenciais para a configuração da responsabilidade extracontratual são: "1º) o ato ou omissão violadora do direito de outrem; 2º) o dano produzido por esse ato ou omissão; 3º) a relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano; 4º) a culpa".

Observa-se que a inclusão da culpa indica a necessidade da existência do elemento subjetivo conduta, para que se trate da responsabilidade subjetiva. Quando a demonstração da culpa for desnecessária, nos encontramos diante da responsabilidade objetiva ou responsabilidade sem culpa.

Para Alvino Lima (1999, p. 69) a culpa é definida como "(...) um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias".

Já Pablo Stolze (2012, p. 59) entende que a culpa "(...) se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência (...)".

Contudo deve-se atentar, pois existem situações em que o ordenamento jurídico pode atribuir a responsabilidade civil pelo dano, a alguém que não foi o responsável direto por sua ocorrência, trata-se neste caso da responsabilidade civil indireta, podendo neste caso esse alguém responder por danos causados por terceiros, desde que exista algum tipo de relação jurídica entre eles.

Para a existência da responsabilidade civil objetiva, não é necessário que seja caracterizado o dolo ou a culpa do agente causador do dano, pois para que seja caracterizada a responsabilidade objetiva, faz-se necessário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

apenas que haja um elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável, surgindo a partir daí o dever de indenizar.

O fundamento da responsabilidade civil objetiva é a teoria do risco, a qual se encontra presente no art. 927, Parágrafo Único, do Código Civil de 2002. Esta teoria estipula que todo prejuízo causado a terceiros deve ser reparado pelo seu autor independentemente de dolo ou culpa, devendo apenas neste caso existir um nexo de causalidade entre o dano ocorrido e a conduta praticada pelo causador do dano.

4.4 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pode decorrer tanto por uma violação de ordem jurídica, quanto por uma imposição legal, a qual pode inclusive ser oriunda de uma atividade lícita.

Neste sentido defende Pablo Stolze que:

> No caso da responsabilidade civil originada de uma imposição legal as indenizações devidas não deixam de ser sanções, que decorrem não por força de algum ato ilícito praticado pelo responsabilizado civilmente, mas sim por um reconhecimento do direito positivo (previsão legal expressa) de que os danos causados já eram potencialmente previsíveis, em função dos riscos profissionais da atividade exercida, por envolverem interesse de terceiros. (STOLZE, 2012, p. 65).

Ainda conforme entendimento de Carlos Alberto Bittar:

> Realmente, a construção de uma ordem jurídica justa – ideal perseguido, eternamente, pelos grupos sociais – repousa em certas pilastras básicas, em que avulta a máxima de que a ninguém se deve lesar. Mas, uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar o dano, injustamente a outrem, cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> sentir ao lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica. (BITTAR, 1999, p. 16).

Sendo assim pode-se dizer que a natureza jurídica da responsabilidade civil será sempre sancionadora, independentemente da obrigação de indenizar decorrer de um ato ilícito, ou de uma imposição legal.

4.5 FUNÇÃO DA REPARAÇÃO CIVIL

Em relação às funções da reparação civil, entende-se que estas são de compensar o dano sofrido pela vítima, de punir o ofensor, bem como ainda de desmotivar a prática de tais atos pela sociedade.

A respeito deste assunto observa Clayton Reis:

> (...) o ofensor receberá a sanção correspondente consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. Os espíritos responsáveis possuem uma absoluta consciência do dever social, posto que, somente fazem aos outros o que querem que seja feito a eles próprios. Estas pessoas possuem exata noção de dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheios. Por seu turno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar. (REIS, 2002, p. 78-79).

Diante deste conceito pode-se dizer que a indenização arbitrada pelo magistrado para compensar o dano sofrido, visa a restaurar a coisa ao *status quo ante*, ou sendo esta impossível, pelo menos minorar a dor sofrida pela vítima. Já em relação à segunda função da reparação civil, punição do ofensor, observa-se que almeja persuadir o ofensor a não mais praticar tais atos. E por último, observa-se a função socioeducativa, a qual tem por objetivo tornar público à sociedade que a conduta praticada pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

agente é aceita no convívio social e não deve ser praticada, sob pena de ser igualmente punida.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRÁTICA DOS ATOS DE SEUS AGENTES

5.1 EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Inicialmente existiu a teoria da irresponsabilidade, diante da qual o Estado absolutista não poderia ser responsabilizado por danos, na prática de atos equivocados tomados pela sua administração.

Conforme expõe Alexandre Mazza (2013, p. 310) "[...] a teoria da irresponsabilidade do Estado era própria dos Estados Absolutistas nos quais a vontade do Rei tinha força de lei. Assim, a exacerbação da ideia de soberania impedia admitir que os súditos pudessem pleitear indenizações por danos decorrentes da atuação governamental".

Contudo, após a derrocada do absolutismo, e influenciado pelo surgimento do liberalismo, o Estado vai perdendo sua imunidade, e passa a admitir a responsabilidade subjetiva, a qual estaria relacionada a culpa na prática dos atos praticados por seus agentes, para que o Estado pudesse ser responsabilizado.

Pablo Stolze (2012, p. 277), diz a respeito desta evolução que "Cinco teorias procuram explicar tal fenômeno, quais sejam, a teoria da culpa civilística, a da culpa administrativa, a da culpa anônima, a da culpa presumida e a da falta administrativa".

A teoria civilista, primeira teoria subjetiva, permitia que o Estado fosse responsabilizado pela prática dos atos de seus agentes, os quais eram considerados seus prepostos, desde que fosse comprovada a culpa do Estado pela não vigilância dos seus representantes, fato este de difícil comprovação pelo particular, o que ocasionou a decadência desta tese.

A teoria da culpa administrativa apresenta um primeiro avanço terminológico, pois deixa de ver o agente público como um preposto,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

passando a visualizá-lo como parte da estrutura estatal, responsabilizando assim o Estado pelos danos causado pela prática dos atos de seus agentes no exercício de sua função, haja vista que a partir deste momento ele passa a ser apenas um instrumento da administração pública. Devendo, contudo, o particular demonstrar o nexo de causalidade entre a prática do ato do agente público e o dano ocorrido.

Ressalta-se que devido a existir corriqueiramente dificuldade do particular em identificar o agente causador do dano, houve mais uma evolução na responsabilidade subjetiva, que passou a aplicar a teoria da culpa anônima, diante da qual existia a necessidade tão somente do lesado demonstrar que o dano sofrido foi decorrente da atividade pública, sem existir a necessidade de identificar o funcionário causador do dano.

A quarta teoria subjetiva, foi a teoria da culpa administrativa, na qual conforme ensinamentos de Pablo Stolze (2012, p. 280) "[...] há presunção da culpa do Estado, com a adoção do critério de inversão do ônus da prova". Entretanto esta teoria aceitava a possibilidade da demonstração da não concorrência de culpa pelo Estado.

Por fim houve a teoria da falta administrativa, diante da qual havendo a falta de serviço estatal, já esta caracterizada a culpa da Administração Pública, sendo assim, no caso de inexistência, mau funcionamento ou retardamento do serviço público, deve o Estado ser responsabilizado.

A respeito desta teoria expõe Pablo Stolze (2012, p. 280) que "[...] para a caracterização da responsabilidade civil, prove-se também, para o reconhecimento da omissão estatal, justamente o seu dever de agir, com a demonstração de que, não se omitindo, haveria real possibilidade de evitar o dano".

De maneira concisa, ainda a respeito da responsabilidade subjetiva, explica Alexandre Mazza (2013, p. 311) "[...] para a teoria subjetiva é sempre necessário demonstrar que o agente público atuou com intenção de lesar (dolo), com culpa, erro, falta do agente, falha, atraso, negligência, imprudência, imperícia".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Já na teoria da responsabilidade objetiva, a qual também é conhecida como teoria da responsabilidade sem culpa ou teoria publicista, não há a necessidade de que se comprove que o agente público agiu com dolo ou culpa para que o Estado tenha o dever de indenizar, pois seu fundamento encontra guarida na teoria do risco administrativo.

Na teoria objetiva a vítima deve comprovar que o ato administrativo lhe gerou um dano, demonstrando o nexo causal entre eles.

Segundo Alexandre Mazza:

> A teoria objetiva baseia-se na ideia de solidariedade social, distribuindo entre a coletividade os encargos decorrentes de prejuízos especiais que oneram determinados particulares. É por isso, também, que a doutrina associa tal teoria às noções de partilha de encargos e justiça distributiva.
>
> Duas correntes internas disputam a primazia quanto ao modo de compreensão da responsabilidade objetiva: teoria do risco integral e teoria do risco administrativo. (MAZZA, 2013, p. 312-313)

Na teoria do risco integral o cidadão deve comprovar o ato administrativo, o dano causado e o nexo causal entre eles, para que a partir de então o Estado tenha a obrigação de ressarci-lo financeiramente, desprezando-se quaisquer excludentes de responsabilidade, assumindo o Estado todo risco de dano na sua atuação.

Já na teoria do risco administrativo reconhece causas excludentes do dever de indenizar, sendo possível a exclusão da responsabilidade da Administração Pública no caso de culpa da vítima, ou ainda em havendo a culpa concorrente do agente público e do particular a possibilidade da indenização proporcional ao grau de culpa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

O Brasil adotou a teoria do risco administrativo na responsabilidade objetiva, a qual atualmente encontra seu amparo legal no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988[4].

5.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO PÁTRIO

A responsabilidade do Estado encontra seu amparo legal no art. 37, § 6º da CRFB/88, diante do qual se observa que o legislador constituinte optou por adotar a teoria objetiva, na modalidade do risco administrativo, na legislação pátria, não sendo assim necessária a demonstração de dolo ou culpa do agente público para que haja a obrigação de indenizar o ofendido.

Diante do disposto no art. 37, § 6º da CRFB/88, observa-se que o as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, responderão pelos atos que seus agentes causarem a terceiros no exercício da função, excluindo-se desta forma a responsabilidade nos atos praticados por seus agentes fora da esfera funcional.

O Código Civil de 2002, em seu art. 43[5], também estipula que o Estado é responsável pelos danos causados a terceiros, oriundos dos atos praticados por seus agentes, contudo a referida norma infraconstitucional encontra-se obsoleta quando comparada ao texto constitucional, pois deixa de incluir em seu bojo a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público.

No dispositivo constitucional, encontra-se referência a dois tipos de responsabilidade, a saber, responsabilidade objetiva do Estado e responsabilidade subjetiva do agente público.

Em relação a responsabilidade objetiva do Estado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe que:

> A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo o art. 37, § 6º, da Constituição:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

1. que o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público [...] ou pessoa jurídica de direito privado [...];
2. que as entidades de direito privado prestem serviço público, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; as que prestam serviço público respondem objetivamente, nos termos do dispositivo constitucional, quando causem dano decorrente da prestação de serviço público; mesmo as concessionárias e permissionárias de serviço público e outras entidades privadas somente responderão objetivamente na medida em que os danos por elas causados sejam decorrentes da prestação de serviço público;
3. que seja causado dano a terceiros, em decorrência da prestação de serviço público; aqui está o nexo da causa e efeito; [...];
4. que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem o título sob o qual prestam serviço;
5. que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ai causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas atribuições. (DI PIETRO, 2014, p. 722-723)

Neste sentido, verifica-se que a teoria objetiva esta associada a noção de risco administrativo, tornando desnecessária a comprovação da culpa ou dolo do agente, sendo assim também é conhecida como teoria da responsabilidade sem culpa. Contudo, após ter sido condenado, para que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Estado possa buscar uma ação de regresso contra seu agente, será necessário comprovar a culpa ou dolo do mesmo.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a Constituição Federal estipulou que se deve aplicar a responsabilidade objetiva sem culpa, diante do exposto no artigo 37, § 6º da CRFB/88, o qual firma que as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, responderão pelos atos que seus agentes causarem a terceiros no exercício da função.

Desta forma, constata-se que o Brasil adotou a teoria do risco administrativo, aliada a reponsabilidade objetiva, respondendo o Estado tão somente por haver nexo causal entre a atividade administrativa e a lesão sofrida pelo particular.

7. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Dano moral à pessoa e sua valoração**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

AUGUSTIN, Sérgio. **Dano moral e sua quantificação**. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por dano morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Avaliação do dano moral e discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, volumes I e II.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2006.

FONTOURA, Iara P.; SABATOVSKI, Emílio. **Dano moral nos tribunais**. Curitiba: Juruá, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Critérios para a fixação da reparação do dano moral**. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. **Temas de Direito Positivo**. São Paulo: RT, 1992.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GEORGES, Ripert. **A regra moral nas obrigações civis.** Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 4.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; FIÚZA, Ricardo. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.
STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

NOTAS:

[1] 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.

[2] 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.

[3] Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

[4] 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:

§ 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.

[5] Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

www.conteudojuridico.com.br

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

BENIGNO NÚñEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar, de maneira não exaustiva, o controle da administração pública.

Palavras-chave: Controle. Interno. Externo. Administração pública.

Abstract: This article aims to analyze, in a non-exhaustive way, the control of the public administration.

Keywords: Control. Internal. External. Public administration.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo analizar, de manera no exhaustiva, el control de la administración publica.

Palabras clave: Control. Interna. Externo. Administracion publica.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

Controle da administração pública orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro".

No Brasil, qualquer atuação administrativa está condicionada aos princípios expressos no art. 37 da Constituição brasileira. O controle da administração pública é regulamentado através de diversos atos normativos, que trazem regras, modalidades e instrumentos para a organização desse controle.

Espécies de Controle

1. quanto à extensão do controle:

CONTROLE INTERNO: é todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria administração.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

- exercido de forma integrada entre os Poderes

- responsabilidade solidária dos responsáveis pelo controle interno, quando deixarem de dar ciência ao TCU de qualquer irregularidade ou ilegalidade.

CONTROLE EXTERNO: ocorre quando o órgão fiscalizador se situa em Administração DIVERSA daquela de onde a conduta administrativa se originou.

- controle do Judiciário sobre os atos do Executivo em ações judiciais;

- sustação de ato normativo do Poder Executivo pelo Legislativo;

CONTROLE EXTERNO POPULAR: As contas dos Municípios ficarão, durante 60 dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

2. quanto ao momento em que se efetua:

CONTROLE PRÉVIO OU PREVENTIVO: é o que é exercido antes de consumar-se a conduta administrativa, como ocorre, por exemplo, com aprovação prévia, por parte do Senado Federal, do Presidente e diretores do Banco Central.

CONTROLE CONCOMITANTE: acompanha a situação administrativa no momento em que ela se verifica. É o que ocorre, por exemplo, com a fiscalização de um contrato em andamento.

CONTROLE POSTERIOR OU CORRETIVO: tem por objetivo a revisão de atos já praticados, para corrigi-los, desfazê-los ou, somente, confirmá-los. ABRANGE ATOS como os de aprovação, homologação, anulação, revogação ou convalidação.

3. quanto à natureza do controle:

CONTROLE DE LEGALIDADE: é o que verifica a conformidade da conduta administrativa com as normas legais que a regem. Esse controle pode ser interno ou externo. Vale dizer que a Administração o exercita de ofício ou mediante provocação: o Legislativo só o efetiva nos casos constitucionalmente previstos; e o Judiciário através da ação adequada. Por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

esse controle o ato ilegal e ilegítimo somente pode ser anulado, e não revogado.

CONTROLE DO MÉRITO: é o que se consuma pela verificação da conveniência e da oportunidade da conduta administrativa. A competência para exercê-lo é da Administração, e, em casos excepcionais, expressos na Constituição, ao Legislativo, mas nunca ao Judiciário.

4. quanto ao órgão que o exerce:

CONTROLE ADMINISTRATIVO: é exercido pelo Executivo e pelos órgãos administrativos do Legislativo e do Judiciário, sob os ASPECTOS DE LEGALIDADE E MÉRITO, por iniciativa própria ou mediante provocação.

Meios de Controle:

Fiscalização Hierárquica: esse meio de controle é inerente ao poder hierárquico.

Supervisão Ministerial: APLICÁVEL nas entidades de administração indireta vinculadas a um Ministério; supervisão não é a mesma coisa que subordinação; trata-se de controle finalístico.

Recursos Administrativos: são meios hábeis que podem ser utilizados para provocar o reexame do ato administrativo, pela PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Recursos Administrativos: em regra, o efeito é NÃO SUSPENSIVO.

Representação: denúncia de irregularidades feita perante a própria Administração;

Reclamação: oposição expressa a atos da Administração que afetam direitos ou interesses legítimos do interessado;

Pedido de Reconsideração: solicitação de reexame dirigida à mesma autoridade que praticou o ato;

Recurso Hierárquico próprio: dirigido à autoridade ou instância superior do mesmo órgão administrativo em que foi praticado o ato; é decorrência da hierarquia;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Recurso Hierárquico Expresso: dirigido à autoridade ou órgão estranho à repartição que expediu o ato recorrido, mas com competência julgadora expressa.

CONTROLE LEGISLATIVO: NÃO PODE exorbitar às hipóteses constitucionalmente previstas, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes. O controle alcança os órgãos do Poder Executivo e suas entidades da Administração Indireta e o Poder Judiciário (quando executa função administrativa).

Controle Político: tem por base a possibilidade de fiscalização sobre atos ligados à função administrativa e organizacional.

Controle Financeiro: A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Campo de Controle: Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

TCU: é órgão integrante do Congresso Nacional que tem a FUNÇÃO DE auxiliá-lo no controle financeiro externo da Administração Pública.

No âmbito estadual e municipal, aplicam-se, no que couber, aos respectivos Tribunais e Conselhos de Contas, as normas sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

CONTROLE JUDICIAL: é o poder de fiscalização que o Judiciário exerce ESPECIFICAMENTE sobre a atividade administrativa do Estado. Alcança, basicamente, os atos administrativos do Executivo, mas também examina os atos do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa.

É VEDADO AO JUDICIÁRIO apreciar o mérito administrativo e restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado.

Atos sujeitos a controle especial:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

atos políticos;

atos legislativos;

atos interna corporis.

2 Desenvolvimento

Controle dos atos administrativos consiste no poder-dever de vigilância e correção exercido pela Administração Pública praticante do ato ou por outro órgão de outro poder, sobre a atividade administrativa. É a fiscalização que incide sobre a atividade administrativa como um todo.

A finalidade do controle da Administração Pública é assegurar que a mesma atue em conformidade com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico, como por exemplo, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além disso, em determinadas situações, assegura o controle de mérito, que diz respeito à atuação discricionária da atuação administrativa.

O Estado é constituído pelo território, pelo povo e pelo governo, desenvolvendo funções para o atendimento do bem público, consoante uma intensiva atividade financeira exercitada por intermédio de seus organismos – órgãos públicos -, os quais são geridos por agentes públicos, que devem pautar a sua ação mediante princípios constitucionais dirigidos á Administração Pública.

Portanto, a ação estatal envolve a Administração do patrimônio e a utilização dos dinheiros públicos, que são atos de poder político praticados pelo governo, cujo exercício está afeto às autoridades governamentais. A autoridade estatal, como expressão é suprema e seu poder tem como fim o bem-estar da sociedade.

Contudo, este exercício do poder, não raro, induz a abusos, impondo-se, por esse motivo, a criação e a utilização de controles para o uso do poder. No dizer de Montesquieu, "a liberdade política somente existe nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos governos moderados. Só existe quando não se abusa do poder, mas é uma experiência eterna que todo homem que detém o poder é levado a dele abusar: e vai até onde encontra limites. Quem o diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não se abuse do poder é necessário que pela

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

disposição das coisas o poder limite o poder" (Espirit dês lois, livro XI. Cap. VI).

A função do controle do poder foi estruturada no Estado Moderno, quando se consolidou como uma das principais características do Estado de Direito. No Estado de Direito a Administração está vinculada ao cumprimento da lei e ao atendimento do interesse público – atendimento ao princípio da legalidade e à supremacia do interesse público – por isso, para eficácia dessa exigência, torna-se imperativo o estabelecimento de condições que verifiquem, constatem e imponham o cumprimento da lei para o atendimento do interesse público, com a finalidade de ser evitado o abuso de poder. A isso chama-se controle da administração Pública.

Considerando-se que o controle é elemento essencial ao Estado de Direito, sendo sua finalidade assegurar que a Administração atue de acordo com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, pode-se afirmar que o controle constitui poder-dever dos órgãos a que a Lei atribui essa função precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu.

Modernamente, houve uma valorização dos sistemas de controle, especialmente no âmbito público, com uma ampliação das formas de exercício do controle. Trata-se de uma atividade que envolve todas as funções do estado, estando direcionada para o estabelecimento e a manutenção da regularidade e da legalidade administrativa, que procede a uma avaliação no sentido de evitar erros e distorções na ação estatal, buscando indicar procedimentos de reorientação para as falhas detectadas ou agindo na responsabilização dos agentes causadores dessas impropriedades legais que ocasionam prejuízos à coletividade.

Vários critérios existem para classificar as modalidades de controle.

Quanto ao órgão que o exerce, o controle pode ser administrativo, legislativo ou judicial.

Quanto ao momento em que se efetua, pode ser prévio, concomitante ou posterior. Exemplo de controle prévio é a previsão constitucional de necessidade de autorização ou aprovação prévia do Congresso Nacional para determinados atos do Poder Executivo (art. 49, II, III, XV, XVI e XVII; art. 52, III, IV e V). Exemplo de controle concomitante é o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

acompanhamento da execução orçamentária pelo sistema de auditoria. Exemplo de controle posterior é a anulação de um ato administrativo ilegal.

O controle ainda pode ser interno ou externo. É interno o controle que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. É externo o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro, como também o controle da Administração Direta sobre a Indireta.

A Constituição Federal prevê o controle externo a cargo do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 71) e o controle interno que cada Poder exercerá sobre seus próprios atos (arts. 70 e 74). No artigo 74 é prevista a responsabilidade solidária dos responsáveis pelo controle quando, ao tomarem conhecimento de irregularidade, deixarem de dar ciência ao Tribunal de Contas.

O controle ainda pode ser de legalidade ou de mérito, sendo que o primeiro pode ser exercido pelos três Poderes, enquanto o segundo cabe à própria Administração.

Controle administrativo

Conceito e alcance

Controle administrativo é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação. Na esfera federal esse controle é denominado supervisão ministerial pelo Decreto-lei 200/67. Abrange os órgãos da Administração Direta ou centralizada e as pessoas jurídicas que integram a Administração Indireta ou descentralizada.

O controle sobre os órgãos da Administração Direta é um controle interno e decorre do poder de autotutela que permite à Administração Pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes, sendo amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário (Súmulas 346 e 473 do STF).

Recursos administrativos

Conceito e alcance

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Recursos administrativos são todos os meios que podem utilizar os administrados para provocar o reexame do ato pela Administração Pública. Podem ter efeito suspensivo ou devolutivo. No silêncio da lei, o recurso tem apenas efeito devolutivo.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o recurso administrativo com efeito suspensivo produz de imediato duas conseqüências: o impedimento da fluência do prazo prescricional e a impossibilidade jurídica de utilização das vias judiciárias para ataque do ato pendente de decisão administrativa.

A Constituição de 1967, no artigo 153, § 4º, previa a possibilidade de a lei instituir a exaustão das vias administrativas como condição para propositura da ação judicial. Essa possibilidade não foi repetida na Constituição de 1988, que exige apenas a ocorrência de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

No recurso sem efeito suspensivo, o ato, ainda que possa vir a ser corrigido pela própria autoridade administrativa, produz lesão a partir do momento em que se torna exequível; a prescrição começa a correr e o interessado pode propor ação judicial independentemente da propositura ou não de recurso administrativo.

Os recursos administrativos têm duplo fundamento constitucional: artigo 5º, incisos XXXIV e LV. O inciso XXXIV estabelece o direito de petição, enquanto o inciso LV assegura o contraditório e a ampla defesa.

Como a Constituição assegura o direito de petição independentemente do pagamento de taxas, não mais têm fundamento as normas legais que exigem a chamada "garantia de instância" para interposição de recursos administrativos, ou seja, o depósito de quantias como condição para decisão do recurso.

Modalidades

Dentro do direito de petição há inúmeras modalidades de recursos administrativos, a saber:

Representação – É a denúncia de irregularidades feita perante a própria Administração. Está disciplinada pela Lei 4.898/65, quando se tratar de representação contra abuso de autoridade. É dirigida à autoridade superior que tiver competência para aplicar ao culpado a respectiva sanção,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

bem como ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.

A Constituição Federal prevê um caso específico de representação perante o Tribunal de Contas, no artigo 74, § 2º, aberto a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato.

Reclamação administrativa – Prevista no Decreto 20.910/32, é a oposição solene, escrita e assinada, contra ato ou atividade pública que afete direitos ou interesses legítimos do reclamante. Extingue-se em um ano o direito de reclamar, se outro prazo não for fixado em lei.

Pedido de reconsideração – É aquele pelo qual o interessado requer o reexame do ato à própria autoridade que o emitiu. Está previsto no artigo 106 da Lei 8112/90. Só pode ser formulado uma vez. Exige argumentos novos.

Recurso administrativo ou hierárquico – É o pedido de reexame do ato dirigido à autoridade superior à que o proferiu. Só podem recorrer os legitimados, que, segundo o artigo 58 da Lei federal 9784/99, são: I – os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo; II – aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida; III – organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV – os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos. Pode-se, em tese, recorrer de qualquer ato ou decisão, salvo os atos de mero expediente ou preparatórios de decisões.

O recurso hierárquico tem sempre efeito devolutivo e pode ter efeito suspensivo, se previsto em lei. Atente-se que, se cabe recurso administrativo com efeito suspensivo e esse for interposto, é vedada a impetração de mandado de segurança, conforme estabelece o art. 5º, I da Lei federal 1533/51, que regula o mandado de segurança, até que seja decidido.

O recurso hierárquico pode ser voluntário ou de ofício.

Na decisão do recurso, o órgão ou autoridade competente tem amplo poder de revisão, podendo confirmar, desfazer ou modificar o ato impugnado. Entretanto, a reforma não pode impor ao recorrente um maior gravame (reformatio in pejus).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Pedido de revisão – É o recurso utilizado pelo servidor público punido pela Administração, visando ao reexame da decisão, no caso de surgirem fatos novos suscetíveis de demonstrar a sua inocência. Pode ser interposto pelo próprio interessado, por seu procurador ou por terceiros, conforme dispuser a lei estatutária. É admissível até mesmo após o falecimento do interessado.

Coisa julgada administrativa

Quando inexiste, no âmbito administrativo, possibilidade de reforma da decisão oferecida pela Administração Pública, está-se diante da coisa julgada administrativa. Esta não tem o alcance da coisa julgada judicial, porque o ato jurisdicional da Administração Pública é tão-só um ato administrativo decisório, destituído do poder de dizer do direito em caráter definitivo. Tal prerrogativa, no Brasil, é só do Judiciário.

A imodificabilidade da decisão da Administração Pública só encontra consistência na esfera administrativa. Perante o Judiciário, qualquer decisão administrativa pode ser modificada, salvo se também essa via estiver prescrita.

Portanto, a expressão "coisa julgada", no Direito Administrativo, não tem o mesmo sentido que no Direito Judiciário. Ela significa apenas que a decisão se tornou irretratável pela própria Administração.

Prescrição administrativa

Por um lado, a prescrição administrativa designa a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; por outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos. Indica também a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas.

Na ausência de lei específica estabelecendo prazo para recorrer, aplica-se, na esfera federal, a Lei 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O artigo 59 estabelece que "salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida". Nada impede, porém, que a Administração conheça de recursos extemporâneos, desde que constate assistir razão ao interessado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

No silêncio da lei, o prazo para que a Administração reveja os próprios atos, com o objetivo de corrigi-los ou invalidá-los, é o mesmo em que se dá a prescrição judicial. Na esfera federal, o artigo 54 da Lei 9.784/99 prevê que "o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo se comprovada má-fé."

Com relação aos prazos para punir, são fatais para a Administração. Na esfera federal, prescreve em 180 dias a pena de advertência, em dois anos a de suspensão e em cinco anos as de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão (art. 142 da Lei 8.112/90).

Quando se trata de punição decorrente do exercício do poder de polícia, a Lei 9.873/99 estabelece prazo de prescrição de cinco anos, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Em caso de paralisação do procedimento administrativo de apuração de infração, por período superior a três anos, também incide a prescrição, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação. Se o fato objeto da ação punitiva da Administração for crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na ação penal.

O silêncio da Administração Pública

Quando a Administração deixa de se pronunciar sobre um pedido que lhe é apresentado pelo administrado na defesa de seus interesses, tem-se o silêncio administrativo, que é um fato jurídico.

A falta de pronunciamento dentro do prazo fixado pode significar deferimento ou indeferimento do pedido e concordância ou oposição ao ato controlado.

Se não existir prazo para a manifestação da Administração e o silêncio persistir, o interessado deve buscar a satisfação de seu direito perante o Judiciário. Este decidirá em favor do interessado se entender que entre o seu pedido e a data da invocação da tutela judicial decorreu um prazo razoável, isto é, um período de tempo suficiente para que a Administração se pronunciasse sobre o pedido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A omissão da Administração deve acarretar a responsabilização do servidor negligente, bem como a responsabilização da Administração, nos termos do artigo 37, § 6º da CF, quando causar dano ao administrado.

Controle legislativo

Alcance

O controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública limita-se às hipóteses previstas na Constituição Federal. Alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração Indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa.

Controle político

O controle abrange aspectos ora de legalidade, ora de mérito, já que permite a apreciação das decisões administrativas sob o aspecto inclusive da discricionariedade, ou seja, da oportunidade e conveniência diante do interesse público.

São hipóteses de controle político:

1. a competência exclusiva do Congresso Nacional e do Senado para apreciar a priori ou a posteriori os atos do Poder Executivo (art. 49, I, II, III, IV, XII, XIV, XVI e XVII, e art. 52, II, IV, V e XI); a decisão, nesses casos, expressa-se por meio de autorização ou aprovação contida em decreto legislativo ou resolução;

2. a convocação de Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado, bem como por qualquer de suas comissões, para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação (art. 50);

3. o encaminhamento de pedidos escritos de informação, pelas Mesas da Câmara e do Senado, dirigidos aos Ministros ou a quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, que deverão responder no prazo de 30 dias, sob pena de crime de responsabilidade (art. 50, § 2º);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

4. a apuração de irregularidades pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º);

5. a competência do Senado Federal para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes das Forças Armadas, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; a competência para processar e julgar os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União, nos crimes de responsabilidade (art, 52, I e II);

6. a competência do Senado para fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do DF e dos Municípios; para dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal; para dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (art. 52, VI, VII e VIII);

7. a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V);

Controle financeiro

A Constituição disciplina, nos artigos 70 a 75, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, determinando que essas normas se aplicam, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do DF, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Quanto à atividade controlada, a fiscalização abrange a contábil, a financeira, a orçamentária, a operacional e a patrimonial.

Quanto aos aspectos controlados, compreende:

1.controle de legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

2.controle de legitimidade, que a Constituição tem como diverso da legalidade, admitindo, assim, exame de mérito (ex; verificar se determinada despesa, embora legal, atendeu a ordem de prioridade estabelecida no plano plurianual);

3.controle de economicidade, que envolve também questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico (relação custo-benefício);

4.controle de fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos;

5.controle de resultados de cumprimento de programas de trabalho e de metas, expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.

Quanto às pessoas controladas, abrange União, Estados, Municípios, DF e entidades da Administração Direta e Indireta, bem como qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

O controle externo compreende as funções de:

1. fiscalização financeira propriamente dita, quando faz inquéritos, inspeções e auditorias; quando fiscaliza a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao DF ou a Município;

2. de consulta, quando emite parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República;

3. de informação, quando as presta ao Congresso Nacional, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

4. de julgamento, quando "julga" as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário; embora o dispositivo fale em "julgar" (art. 71, II), não se trata de função jurisdicional, porque o Tribunal de Contas apenas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

examina as contas, tecnicamente, e não aprecia a responsabilidade do agente público, o que é de competência exclusiva do Poder Judiciário;

5. sancionatórias, quando aplica aos responsáveis, nos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

6. corretivas, quando assina prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; e quando susta, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado;

7. de ouvidor, quando recebe denúncias de irregularidades ou ilegalidades, feita pelos responsáveis pelo controle interno ou por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, nos termos do artigo 74, §§ 1º e 2º.

No âmbito municipal, o artigo 31 da Constituição prevê o controle externo da Câmara Municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município, onde houver. Pelo § 2º, o parecer prévio emitido pelo órgão competente sobre as contas anuais do Prefeito só deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos membros da Câmara Municipal. E o § 3º determina que as contas dos Municípios ficarão, durante 60 dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei. É mais uma hipótese de participação popular no controle da Administração.

Controle judicial

Sistema de unidade de jurisdição

O Direito brasileiro adotou o sistema de jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos (art. 5º, XXXV CF/88). Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição, em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos de Contencioso Administrativo, que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Limites

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e da moralidade (art. 5º, LXXIII, e art. 37).

Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência).

Não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.

Os atos normativos do Poder Executivo, como Regulamentos, Resoluções, Portarias, só podem ser invalidados pelo Judiciário por via de ADIN, cujo julgamento é de competência do STF, quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual que contrarie a Constituição Federal; e do Tribunal de Justiça, quando se tratar de lei ou ato normativo estadual ou municipal que contrarie a Constituição do Estado.

Nos casos concretos, poderá o Poder Judiciário apreciar a legalidade ou constitucionalidade dos atos normativos do Poder Executivo, mas a decisão produzirá efeitos apenas entre as partes, devendo ser observada a norma do artigo 97 da Constituição Federal, que exige maioria absoluta dos membros dos Tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Com relação aos atos políticos, é possível também a sua apreciação pelo Poder Judiciário, desde que causem lesão a direitos individuais ou coletivos.

Quanto aos atos interna corporis, em regra não são apreciados pelo Poder Judiciário, porque se limitam a estabelecer normas sobre o funcionamento interno dos órgãos; no entanto, se exorbitarem em seu conteúdo, ferindo direitos individuais e coletivos, poderão também ser apreciados pelo Poder Judiciário.

Privilégios da Administração Pública

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A Administração Pública, quando é parte em uma ação judicial, usufrui de determinados privilégios não reconhecidos aos particulares:

1. Juízo privativo. Na esfera federal, é a Justiça Federal; excetuam-se apenas as causas referentes à falência e as de acidente de trabalho (justiça comum) e as relativas à Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho. Esse juízo privativo beneficia a União, entidade autárquica ou empresa pública, excluídas as fundações de direito privado e as sociedades de economia mista.

2. Prazos dilatados. Pelo artigo 188 do CPC, a Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. A Lei 9.469/97 estendeu igual benefício às autarquias e fundações públicas.

3. Duplo grau de jurisdição. O artigo 475, I e II do CPC determina que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado, o DF, o Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como a que julgar improcedente, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

Contudo, pelo artigo 12 da MP nº 2.180-35/2001, "não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário".

Processo especial de execução. O artigo 100 da Constituição prevê processo especial de execução contra a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, e que abrange todas as entidades de direito público,

Esse processo não se aplica aos débitos de natureza alimentícia e aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor.

Conforme o dispositivo constitucional, o Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda expede ofício precatório à entidade devedora, que fará consignar no seu orçamento verba necessária ao pagamento dos débitos constantes dos precatórios judiciais apresentados até 1º de julho,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, com atualização monetária.

5. Prescrição quinquenal. Nos termos do artigo 1º do Decreto 20.910/32, "as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram".

A prescrição quinquenal abrange as dívidas passivas das autarquias ou entidades e órgãos paraestatais criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como todo e qualquer direito de ação contra os mesmos (art. 2º do Dec.-lei 4.597/42).

Embora ambos os dispositivos falem em "todo e qualquer direito ou ação", não se aplica a prescrição quinquenal quando se trata de ação real, em que o prazo de prescrição é de 10 anos (art. 205 do CC).

6. Pagamento das despesas judiciais. Nos termos do artigo 27 do CPC, as despesas dos atos processuais efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda serão pagas a final pelo vencido. O artigo 1º-A da Lei 9.494/97 determina que "estão dispensados de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais".

7. Restrições à concessão de liminar e à tutela antecipada. A Lei 8.437/92 impede a concessão de medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança, em virtude de vedação legal. Isto significa que a restrição existe quando se tratar de ações que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro (art. 1º da Lei 2.770/56); nas ações que objetivem pagamentos de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor (art. 1º, § 4º da Lei 5.021/66), bem como reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou concessão ou aumento ou extensão de vantagens (art. 5º da Lei 4.348/64).

O § 5º do artigo 1º da Lei 8.437/92 impede a concessão de liminar para deferir compensação de créditos tributários e previdenciários.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Por sua vez, a tutela antecipada contra a Fazenda Pública também sofre restrições. De acordo com o artigo 1º da Lei 9.494/97, "aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei 4.348/64, no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021/66, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.437/92". O intuito do legislador é evidente: o de evitar que, diante da vedação de liminar em mandado de segurança, o interessado se utilize do processo cautelar ou da tutela antecipada para obter o mesmo resultado.

Outro tipo de restrição é estabelecido quanto à concessão de liminar no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública. A Lei 8.437/92, no artigo 2º, só permite a sua outorga "após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito pública, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas".

Outra medida análoga à já estabelecida para o mandado de segurança (art. 4º da Lei 4.348/64) é a prevista no artigo 4º da Lei 8.437/92, ao atribuir ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso competência para suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

8. Restrições à execução provisória. Em matéria de mandado de segurança, o artigo 5º, parágrafo único, da Lei 4.348/64, determina que, quando o seu objeto for a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens, a execução do mandado somente será feita depois de transitada em julgado a respectiva sentença. Vale dizer que não é possível a execução provisória na pendência de recurso, mesmo este tendo efeito apenas devolutivo.

Meios de controle

Com base no artigo 5º, XXXV da Constituição, o administrado pode utilizar dos vários tipos de ações previstos na legislação ordinária, para impugnar os atos da Administração; pode propor ações de indenização, possessórias, reivindicatórias, de consignação em pagamento, cautelar, etc. Mas a Constituição prevê ações específicas de controle da Administração Pública, às quais a doutrina se refere com a denominação de remédios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

constitucionais, porque têm a natureza de garantias dos direitos fundamentais.

Os remédios constitucionais são direitos em sentido instrumental, e são garantias porque reconhecidos com o objetivo de resguardar outros direitos fundamentais.

Habeas corpus

Está previsto no inciso LXVIII do artigo 5º. Só não é cabível em relação a punições disciplinares militares (art. 142, § 2º). O artigo 5º. LXXVII determina a sua gratuidade.

Os pressupostos para sua propositura são:

1. ilegalidade ou abuso de poder, seja por parte de autoridade pública, seja por parte de particular;

2. violência, coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

Habeas data

Está previsto no inciso LXXII do artigo 5º, estando disciplinado pela Lei 9.507/97, que acrescentou mais uma hipótese de cabimento ao rol da Constituição: anotação, nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável. (art. 7º, III).

O habeas data tem por objeto proteger a esfera dos indivíduos contra:

a) usos abusivos de registro de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos;

b) introdução, nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual, etc);

c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei.

O habeas data não é garantia do direito à informação previsto no artigo 5º, XXXIII, visto que cuida de informação relativa à pessoa do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

impetrante, enquanto o direito à informação, que se exerce na via administrativa, é mais amplo.

Embora sem fundamento constitucional, o STJ consagrou o entendimento de que não cabe habeas data se não houver recusa por parte da autoridade administrativa (Súmula nº 2).

Mandado de injunção

Previsto no artigo 5º, LXXI, é cabível quando 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.

Como é interposto pelo próprio titular do direito, o mandado de injunção exige uma solução para o caso concreto, e não uma decisão com efeitos erga omnes.

A norma regulamentadora faltante pode ser de natureza regulamentar ou legal e ser de competência de qualquer das autoridades, órgãos e pessoas jurídicas que compõem os três Poderes do Estado, inclusive da administração indireta.

A competência para julgamento do mandado de injunção vem definida nos artigos 102, I, q e II, a, e 105, I, h, da Constituição Federal.

Mandado de segurança individual

Está previsto no artigo 5º, LXIX da Constituição e é disciplinado pela Lei 1.533/51.

É a ação civil de rito sumaríssimo pela qual qualquer pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus nem habeas data, em decorrência de auto de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

Considera-se ato de autoridade todo aquele que for praticado por pessoa investida de uma parcela de poder público, abrangendo inclusive atos emanados de particulares que ajam por delegação do Poder Público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

É contra a autoridade responsável pelo ato – chamada autoridade coatora – que se impetra o mandado de segurança e não contra a pessoa jurídica. Em caso de omissão do Poder Público, autoridade coatora é a que a lei indica como competente para praticar o ato.

O mandado de segurança pode ser repressivo, quando a lesão já se concretizou, ou preventivo, quando haja apenas ameaça de lesão.

Direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, juntamente com a petição inicial.

Não cabe mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266 do STF), mas se admite a impetração no caso de lei de efeito concreto ou de lei auto executória (que independe de ato administrativo para aplicar-se aos casos concretos).

Mandado de segurança coletivo

Está previsto no artigo 5º, LXX da Constituição, tendo os mesmos pressupostos do mandado de segurança individual.

Os partidos políticos podem impetrar mandado de segurança coletivo na defesa de interesses que extrapolam aos dos seus membros, enquanto as organizações sindicais, as entidades de classe e as associações podem agir em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Ação popular

O artigo 5º, LXXIII da Constituição estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Cidadão é o brasileiro, nato ou naturalizado, que está no gozo dos direitos políticos, ou seja, dos direitos de votar e ser votado.

O conceito de patrimônio público abrange, nos termos do artigo 1º da Lei 4.717/65, o da União, Distrito Federal, Estados, Municípios, entidades autárquicas, sociedades de economia mista, sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, empresas públicas, serviços sociais autônomos, instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

patrimônio ou da receita anual, empresas incorporadas ao patrimônio da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

A lesão ou ameaça de lesão pode resultar de ato ou omissão, desde que produza efeitos concretos; o que não se admite é a ação popular contra a lei em tese, a não ser que esta seja autoaplicável ou de efeitos concretos.

O que se pleiteia na ação popular é a anulação do ato lesivo e a condenação dos responsáveis ao pagamento de perdas e danos ou à restituição de bens ou valores, conforme artigo 14, § 4º da Lei 4.717/65.

Ação civil pública

A rigor, a ação civil pública não constitui meio específico de controle da Administração Pública. Contudo, como ela tem como legitimado passivo todo aquele que causar dano a algum interesse difuso, poderá eventualmente ser proposta contra o próprio Poder Público quando ele for o responsável pelo dano.

O artigo 129, III da Constituição inclui entre as funções do Ministério Público a promoção da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. A disciplina legal da ação civil pública é a Lei 7.347/85.

Da mesma forma que a ação popular e o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública protege os interesses metaindividuais, os chamados interesses públicos, que abrangem várias modalidades: o interesse geral, afeto a toda a sociedade; o interesse difuso, pertinente a um grupo de pessoas caracterizadas pela indeterminação e indivisibilidade; e os interesses coletivos, que dizem respeito a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis.

A proteção do patrimônio público (considerado em sentido amplo, para abranger o econômico, o turístico, o estético, o paisagístico) pode ser do interesse geral ou pode ser de um grupo apenas e se faz por meio da ação popular ou da ação civil pública. A proteção do interesse coletivo, pertinente a uma coletividade determinada, é feita por meio do mandado de segurança coletivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Ação direta de inconstitucionalidade – ADIN

A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual está prevista no artigo 102, I, a da Constituição, com competência originária do STF. A Lei 9.868/99 dispõe sobre o seu processo e julgamento, sendo complementada pelo Regimento Interno do STF (arts. 169 a 178).

Por essa ação ataca-se a lei em tese, ou qualquer outro ato normativo, antes mesmo de produzir efeitos concretos, e a decisão declaratória de inconstitucionalidade tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. Mas, fundado em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o STF, por maioria de dois terços de seus membros, poderá restringir os efeitos da declaração, ou dispor que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (arts. 27 e 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99.

Quanto às leis e atos normativos estaduais e municipais que ofendam a Constituição Estadual, cabe ao Tribunal de Justiça decidir sobre essa inconstitucionalidade (CF, art. 125, § 2º).

Ação de inconstitucionalidade por omissão

Prevista no artigo 103, § 2º da Constituição, segue, quanto à legitimidade ativa e à competência, as mesmas regras da ADIN. Não objetiva a prática de determinado ato, concretamente, como no mandado de injunção, mas sim a expedição de ato normativo necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado. Cinge-se, pois, à comunicação ao órgão legislativo competente, para que supra a omissão.

Ação declaratória de constitucionalidade - ADC

A ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, também prevista no artigo 102, I, a da Constituição, foi introduzida em nosso sistema jurídico pela EC 3/93. É apreciada pelo STF.

Têm legitimidade para propô-la o Presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara e o Procurador-Geral da República. A Lei 9.868/99 dispõe sobre o seu processo e julgamento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Os efeitos da ADC são os mesmos da ADIN, por força do parágrafo único da Lei 9.868/99, que também prevê medida cautelar na ação declaratória, consistente na determinação de que os juízes suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo (art. 21).

Arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF

Este instrumento, previsto no § 1º do artigo 102 da Constituição, é ação destinada a arguir o descumprimento de preceito fundamental, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição, como prevê a Lei 9.882/99, que dispõe sobre o processo e o julgamento dessa arguição.

A ADPF será proposta perante o STF e pode ter por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. Ainda de acordo com essa lei, podem propô-la os legitimados para a ADIN.

No entender de José Afonso da Silva, a expressão preceito fundamental não é sinônima de princípio fundamental. É mais ampla, abrangendo os princípios fundamentais e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais.

Conclusão

A atuação da Administração Pública, por meio da prática de atos administrativos, é limitada por regras e princípios, sujeitando cada ato ao controle de outros órgãos, do próprio órgão que o expediu, como também da população atingida por esses atos.

O controle das atividades do poder público será realizado por meio de instrumentos que nada mais são que recursos administrativos que os particulares podem utilizar para provocar o reexame dos atos praticados pela Administração Pública.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao_Compilado.htm. Acesso em 05 de agosto de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de controle interno**: uma perspectiva do modelo de gestão Pública Gerencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CHIAVENATO, Idalberto. **Teoria Geral da Administração**. 3 ed. São Paulo: McGraw-Fill, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 8 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 11 ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controle Externo e interno da administração pública**. 2. ed. Ver. E ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL PARA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS TRIBUTÁRIOS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

LETÍCIA CARVALHO RIBEIRO MORLEY: Pós-graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; graduada em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Resumo: As recentes modificações à Lei n° 9.613/98, abolindo o rol taxativo de delitos antecedentes e necessários para a consumação da lavagem de dinheiro, ampliaram sobremaneira as hipóteses do legítimo exercício da persecução penal e combate aos crimes dessa natureza. Até que sobreviesse a alteração legislativa, o processamento da lavagem de capitais oriundos da sonegação fiscal demandava a comprovada atuação de organização criminosa, arrolada como crime antecedente. Após a inovação, mesmo considerando-se que as grandes evasões fiscais têm sido, via de regra, praticadas por organizações criminosas, viabilizou-se legalmente o processamento do delito de lavagem de dinheiro associado puramente à sonegação fiscal. Não bastando, nos crimes econômicos, punições tendentes ao encarceramento, ao Estado importa repatriar receitas evadidas ao Exterior, visando recompor o orçamento que é, principalmente, de custeio de políticas públicas e sociais (direitos fundamentais). Isto posto, maneja o instrumento da Cooperação Jurídica Internacional através do Auxílio Direto em matéria penal, ao qual busca-se, pelo presente, conferir maior visibilidade.

Abstract: The crime of evading taxes and its money laundering can be both punished together, considering that the largest evades are, in the most, practiced by criminous organizations – structure included on the Law n° 9.613/98 as an antecedent to the last crime above. Nowadays, after some changes made at the law text, such list of antecendent delicts had been abolished, allowing State Prosecutor to sue money laundering due to any other crimes, despite of that former closed list. Though, arrest is not enough

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

to such offenses, and in this cases, State tries to recover money that goes to foreign countries underground, to balance again its budget. For this, can be used Internacional Legal Cooperation, across Direct Assistance, tool wich we intend to give more visibility by writing this article.

Palavras-chave: Sonegação fiscal. Lavagem de dinheiro. Bem jurídico tutelado. Lesão ao Erário. Direitos fundamentais. Recuperação de ativos. Cooperação jurídica internacional. Auxílio direto em matéria penal. Autoridade Central.

Sumário: 1 Introdução - 2 Considerações Iniciais Sobre os Crimes Contra a Ordem Econômica e Tributária Quanto ao Bem Jurídico Tutelado – Lavagem de Dinheiro Proveniente de Sonegação Fiscal - 3 Lavagem de Dinheiro – Evolução Legislativa - 3.1 Peculiaridades do Crime de Lavagem de Dinheiro – 3.2 Breves Comentários Sobre a Regra de Competência - 4 Órgãos Especializados no Rastreamento de Operações Suspeitas – 4.1 COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras – 4.2 ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – 4.3 O DRCI – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional - 5 Cooperação Jurídica Internacional - 5.1 A Autoridade Central - 5.2 Pedido de Cooperação Jurídica Internacional Conduzido Pela Autoridade Central Brasileira e Endereçado ao Exterior: Requisitos – 5.3 Convenção de Palermo – 6 Conclusão - 7 Referências bibliográficas

1 Introdução

A era pós-industrial inaugurada já em meados do século XX trouxe consigo o fenômeno da globalização, responsável pela integração de mercados e pessoas. Se, ao tempo das remotas tecnologias viviam os indivíduos semi-restritos à convivência com as comunidades quiçá contíguas, entre os Estados ainda eram delongados e primitivos os instrumentos de interface. Em épocas de parcos recursos de comunicação e transferência de dados, a informação tardava a aportar e a sensação de distância reverberava no tempo e espaço.

O fenômeno global, pois, inaugurado sobretudo pelo incremento e expansão das tecnologias de informática e telemática, propiciou a suavização das fronteiras e dos entraves geográficos, e a redução em

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

abstrato das distâncias entre as relações, das pessoais às burocráticas, aí incluídas as interestatais, bem como o despontar, pela suprema valorização do princípio da livre iniciativa, dos grandes grupos econômico-mercantis, provedores de grandes receitas ao Estado.

Ao passo que a sociedade tornou-se paulatinamente adepta e entusiasta de novos mecanismos introduzidos em mercado à sua disposição, a exemplo da Internet, a criminalidade acompanhou e se valeu desses mesmos recursos como instrumento de perpetração do delito – assertiva corroborada pelo franco crescimento dos chamados crimes cibernéticos e crimes econômicos, estes últimos também conhecidos por crimes do colarinho branco.

Nesse viés, crescentes também as lesões aos cofres públicos praticadas de forma transcendente das fronteiras nacionais, a exemplo dos crimes contra a ordem tributária e de lavagem de dinheiro, praticados não raras vezes por ramificadas organizações criminosas escudadas sob a ainda vigente inimputabilidade penal da pessoa jurídica (à exceção dos crimes ambientais), dotadas de todo o apresto tecnológico para evadir receitas cujo titular primeiro é o erário, custodiante de atividades e serviços destinados finalmente ao cidadão.

Para fazer frente a essa demanda pelo repatriamento de receitas que, por fim, restam adstritas aos investimentos em políticas públicas e serviços dos quais o Estado não pode se eximir, exsurgiu a premente necessidade do estreitamento das relações internacionais com o fito precípuo de desenvolver procedimentos de cooperação jurídica voltada à localização dos ativos evadidos e seu efetivo retorno ao detentor primevo.

Em que pese a tradicional rigidez do conceito de soberania e a convivência de modelos jurisdicionais de inspirações distintas em cada país, a cooperação jurídica internacional emerge como mecanismo dos mais hábeis e céleres ao desenvolvimento de atos processuais que demandem providências em território alheio.

Este, pois, o objeto do presente trabalho: esquadrinhar de maneira pragmática os instrumentos de que dispõe o Estado brasileiro, especificamente o Ministério Público, no exercício do seu mister de defesa dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

auxílio do Poder Público prestador de políticas e serviços sensivelmente dependentes de receitas destinadas a compor a dotação orçamentária.

2 Considerações Iniciais Sobre os Crimes Contra a Ordem Econômica e Tributária Quanto ao Bem Jurídico Tutelado – Lavagem de Dinheiro Proveniente de Sonegação Fiscal

São de amplo espectro os delitos em estudo, assente que abarcam a ordem tributária, financeira, monetária e as relações de consumo, direcionada a tutela penal às atividades praticadas mormente no âmbito societário. Assim, os bens jurídicos tutelados sob o título de ordem econômica e tributária revestem-se de caráter supra-individual e conteúdo econômico-empresarial, conformando essa vertente do Direito verdadeiro microssistema jurídico esparsamente capitulado em diplomas legais tais como a Lei n° 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária), Lei n° 9.613/98 (lavagem de dinheiro), Lei n° 7.492/86 (crimes financeiros), e demais correlatos.

Até que sobreviessem as modificações trazidas pela Lei n° 12.683/12 à lei de lavagem de dinheiro, era dificultosa a legitimação do processamento de agentes que praticassem tal crime a partir de verba proveniente de sonegação fiscal. A lei 9.613/98, despida das recentes alterações, apresentava rol taxativo de delitos antecedentes à lavagem de dinheiro e, dentre eles, não listava-se a evasão tributária. Exigia-se, a título de justa causa para a persecução penal por lavagem de ativos fiscais sonegados, a configuração de organização criminosa – espécie que a lei arrolava dentre os chamados crimes antecedentes.

A alteração legislativa veio, portanto, atender a necessidades observadas na vivência diária do exercício das atribuições ministeriais, já que percebe-se recorrentemente a prática da aplicação do capital oriundo da sonegação fiscal em atividades aparentemente lícitas, fazendo por demais tormentosa a recuperação desses ativos.

Principal fonte de custeio da atividade estatal e da elaboração do Orçamento e Planos Plurianuais, o tributo uma vez elidido é verba subtraída, em última análise, em desfavor do indivíduo, que vê combalido o patrimônio público e reduzido o potencial exercício de seus direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e cuja efetivação resta atrelada a investimentos da Administração em áreas sociais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A esse respeito vale citar as palavras de Pedro Roberto Decomain:

> Quando os autores de crimes contra a ordem tributária [...] atuam no sentido de não pagar o tributo devido, ou no sentido de não recolher aos cofres públicos valores que retiveram, a título de tributo, de outras pessoas, na realidade não se os pode encarar simplesmente como pessoas que não estão pagando ao Estado uma quantia de dinheiro que lhe devem. Os autores de tais crimes necessitam ser sempre vistos como pessoas que de algum modo, por menos que seja, contribuem para que o Estado esteja algo mais debilitado no cumprimento do seu papel de provedor de serviços públicos. (Decomain, 2008, p.81)

Embora constitucionalmente superado o paradigma do Estado Social, essencialmente intervencionista e centralizador (*Wellfare State*), a prestação e manutenção ao dispor do cidadão de certos serviços a cargo do Poder Público, ainda que não exclusivamente, é meio de concretizar direitos fundamentais também na Carta Magna assegurados, a exemplo da saúde, educação, segurança, assistência social, cuja efetiva concretude só é possível pela preservação de uma ordem econômica equilibrada, conforme tencionou prever o art. 170 da Lei Maior. Ademais, permaneceu no texto constitucional, a cargo do Estado, a atribuição fiscalizatória, regulatória, de incentivo e de planejamento indicativo direcionado ao setor privado, mediante a observância da principiologia vigente.

> Implementada a transição do modelo que converteu em direito positivo as várias aspirações sociais do pós-Primeira Guerra, erigidas então à categoria de princípios constitucionais, tomou lugar a chamada Constituição Econômica, mesclando normas de conteúdo social e econômico. Nesse contexto o salutar funcionamento do sistema econômico passou a compreender quatro postulados de jaez social e de direitos fundamentais, a saber: a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a existência digna e de conformidade com os ditames da Justiça Social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Com fulcro nesse panorama é que, no que tange especificamente à norma incriminadora da lavagem de dinheiro, o bem jurídico aí tutelado recai sobre a credibilidade e o bom funcionamento das instituições financeiras e a estabilidade da ordem econômica em geral. Conforme ensina Rogério Filippetto de Oliveira,

[...] a ordem financeira também constitui um bem jurídico que reforça a natureza categorial do bem jurídico ordem econômica. É que a ordem financeira insere-se na ordem econômica, cuida-se de modalidade específica de bem jurídico que guarda relação de espécie com a genérica ordem econômica. Não se pode falar em ordem financeira sem se cogitar de atingir a ordem econômica. Por sua vez, a ordem financeira abrange as finanças públicas e a política financeira do Estado. (Oliveira, 2011, p. 204)

Demonstrando a relação entre os dois crimes em comento, Marco Antônio de Barros leciona que

> [...] em linguagem popular, costuma-se dizer que há três tipos de dinheiro fora do País: um é o dinheiro quente, que possui origem regular comprovada; outro é o dinheiro frio, não declarado ao governo, visto que sonegado geralmente em caixa 2 das empresas; e o terceiro é o chamado dinheiro sujo, cuja origem corresponde ao produto do ilícito penal. (Barros, 2007, p. 45).

Estar-se-á diante do crime de lavagem de dinheiro sempre que empreendida pelo agente manobra tendente a ocultar lucros ilícitos, aí inclusos os advindos do crime de sonegação fiscal, bem como, após a edição da lei n° 12.683/12, os originados de qualquer outro ilícito penal[1]. A operação burlesca toma contornos de transnacionalidade sempre que escolhido um destino internacional como porto seguro para conferir aparente lisura ao capital, bens ou direitos ilicitamente amealhados, ou simplesmente albergá-los por algum espaço de tempo, impingindo aos órgãos de inteligência do sistema financeiro e aos encarregados da persecução penal – Polícias e Ministério Público –, esforço articulado para o efetivo repatriamento desses valores.

3 Lavagem de Dinheiro – Evolução Legislativa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Inobstante a existência de corrente que sempre considerou a lavagem de dinheiro como crime que se consuma por si só, independente da ocorrência de outro que lhe fosse antecedente e viesse a gerar os recursos de origem ilegal que se buscasse sanear, houve por bem o ordenamento jurídico pátrio, em 1998, adotar entendimento oposto. Embora pacífico que seu processamento pudesse e pode ser levado a efeito de forma autônoma em relação aos crimes a ele concorrentes, a Lei n° 9.613/98 ementou os delitos cuja ocorrência se requeria para preceder a caracterização da lavagem de dinheiro.

Nessa quadra, até a entrada em vigor da recente alteração legislativa, enumerava-se pelo mencionado diploma legal rol taxativo de crimes antecedentes, aí inclusos os praticados por organização criminosa, em que pese excluídos os de sonegação fiscal pura e simples, não praticados por esse tipo de grupamento. Entretanto, a ausência de previsão expressa do crime previsto na Lei n° 8.137/90 dentre os da precitada relação em nada obstava o seu processamento em concurso com o de lavagem de dinheiro, se praticada por organização criminosa, nem tampouco vedava o pedido de cooperação jurídica internacional com arrimo nesse fundamento.

Consoante Luiz Regis Prado,

> No caso da lei brasileira, como mencionado, a lavagem de capitais, dinheiro ou bens é delito referente ou de conseqüência, visto que exige a prática de um delito anterior (delito-base, referido ou de referência) inserto no catálogo legal, havendo, portanto, um mero vínculo lógico-formal e não um *post delictum*.
>
> Não obstante isso, tem o crime de lavagem de dinheiro plena *autonomia* no conteúdo e na forma. [...] Não é uma decorrência do delito antecedente, visto que não se trata de delito acessório.[...] De outro lado, no aspecto formal, a ação penal é independente do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> outro país, bastando a prova da sua existência (art. 2°, II, Lei n° 9.613/98). Contudo, é indispensável que o delito antecedente também seja considerado crime no país onde foi cometido, conquanto não haja necessidade que as infrações penais sejam textualmente idênticas, bastando que tenham em comum ao menos o bem jurídico tutelado. (Prado, 2009, p. 358).

Assim, a nova lei superou o debate quanto ao rol *numerus clausus* de delitos antecedentes ao crime de lavagem de dinheiro, estipulando relação aberta, suficiente, para a configuração deste último, ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de quaisquer bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente de qualquer infração penal, o que certamente vem ampliar sobremaneira as possibilidades de atuação Estatal para a recuperação de capitais evadidos, conferindo maior efetividade àquele diploma legal.

3.1 Peculiaridades do Crime de Lavagem de Dinheiro

Além da já mencionada conjuntura econômica e técnica propiciadora da atividade de organizações criminosas voltadas para a lavagem de dinheiro, outros vetores apresentam-se como indícios veementes do crime em apreço. Segundo Luiz Regis Prado,

> Em se abrindo e se internacionalizando, o sistema financeiro oferece ao dinheiro de origem ilícita lugares mais secretos, circuitos mais rápidos, rendimentos mais atrativos. A ausência de intermediação financeira, a facilidade crescente oferecida às empresas para criar filiais *offshore*[2], a expansão de paraísos fiscais, as sociedades fantasmas ou de fachada, as dificuldades operacionais redirecionadas aos proprietários reais de algumas empresas que utilizam todas as possibilidades jurídicas para proteger suas identidades e ativos, a concorrência entre estabelecimentos financeiros, os avanços tecnológicos no campo das telecomunicações e as transferências eletrônicas de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> fundos são igualmente alguns fatores que concorrem à expansão da lavagem de dinheiro. (Prado, 2009, p. 349)

Sem embargo de outras sendas para a concretização do delito, considera a doutrina, via de regra, concentrada em três pilares a lavagem de dinheiro: na primeira fase, denominada colocação ou inserção, introduzido o montante líquido no mercado financeiro; no segundo estágio, de ocultação, cobertura ou encobrimento, busca-se camuflar sua origem ilícita para, em seguida, na chamada integração ou reciclagem, completar o ciclo criminoso a reintrodução do dinheiro lavado junto à economia legal.

No circuito ora delineado, tornam-se suspeitas operações envolvendo corretoras, consultorias, contabilistas, cambistas, paraísos fiscais, aquisições de bens, gerência de ações e investimentos, empréstimos, atividades empresariais de *factoring*, comércio de jóias, obras de arte e animais de alto *pedigree*, (cuja valoração seja subjetiva), dentre outros, notadamente as em que o dinheiro trafegue de maneira vivaz. Dentre as alterações promovidas pela Lei 12.683/12, introduzida nos arts. 10 e 11 da Lei n° 9.613/98 a obrigação de que tais instituições ali arroladas, ou mesmo pessoas físicas atuante nessas áreas, registrem cadastros de seus clientes e comuniquem ao COAF as operações que, por ostentarem características inusuais, despertem suspeitas.

3.2 Breves Comentários Sobre a Regra de Competência

É cabível, no foro da Justiça Comum Estadual, o processamento do crime de lavagem de dinheiro mesmo que constatada a execução de pelo menos uma fase do delito em território estrangeiro[3]. Apesar de o art. 109 da Carta Magna ter elencado, dentre o feixe de competências da Justiça Federal, os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o *resultado* tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, a lei de lavagem de dinheiro optou por disciplinar a matéria, estabelecendo de forma expressa os casos sujeitos à jurisdição federal.

Assim, tramitarão em varas federais os crimes de branqueamento de capitais praticados em detrimento do sistema financeiro e a ordem

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

econômico-financeira, ou de bens, serviços e interesses da União, suas autarquias e empresas públicas e, ainda, quando a apreciação da infração penal antecedente competir à Justiça Federal. Os demais, submetem-se à alçada da Justiça Estadual, dada sua competência residual.

4 Órgãos Especializados no Rastreamento de Operações Suspeitas

Na esteira da entrada em vigor da Lei n° 9.613/98, cuja publicação decorreu do momento histórico pós-estabilização da moeda brasileira e abertura do mercado ao capital estrangeiro – acontecimentos que tornaram o país mais sedutor aos olhos da criminalidade organizada –, uma gama de órgãos vinculados ao Poder Executivo foram criados para atender a demanda pelo desenvolvimento de sistemas de inteligência dedicados à detecção da ocorrência do crime e compartilhamento de informações sigilosas, deflagrando assim, verdadeira resposta estatal no combater desse tipo de criminalidade que se vale recorrentemente de meios sofisticados.

Nesse intento, de fulcral importância a atuação coordenada de Polícias, Ministérios Públicos, Secretarias Municipais, Secretarias de Estado e Ministérios, o que passou a se dar, no mais das vezes, através da celebração de Termos de Cooperação Técnica para a consecução de objetivos comuns, tocantes, como no caso em comento, à recuperação de ativos.

4.1 COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras

Dentre os mais atuantes órgãos de fiscalização de operações monetárias e financeiras, merece relevo o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras –, braço do Ministério da Fazenda, especializado na disciplina, aplicação de sanções administrativas, exame e identificação de transações suspeitas, as quais uma vez rastreadas, são encartadas, em caráter reservado, nos chamados Relatórios de Inteligência Financeira (RIF's), cujos destinatários, via de regra, são os chefes das Polícias e dos Ministérios Públicos.

Cuida-se, portanto, de órgão multifacetado, cuja composição agrega servidores do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Receita Federal, da Polícia Federal, do Ministério das Relações Exteriores e, mais recentemente, da Controladoria-Geral da União.

4.2 ENCCLA - Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro

De atuação paralela ao COAF, despontou, por iniciativa do Ministério da Justiça, política governamental intitulada Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, de natureza perene e também de composição mista, com vistas à prevenção e repressão ao crime de lavagem de dinheiro. Mediante a estipulação de metas estratégicas definidas em reuniões anuais, referido instituto promove a capacitação de servidores públicos, o adequado aproveitamento das informações obtidas através de bancos de dados de caráter público, ampliação da eficiência do Departamento de Recuperação de Ativos Ilícitos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do qual passaremos a tratar.

4.3 O DRCI - Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional

No mesmo contexto da fundação da ENCCLA, com subordinação direta à Secretaria Nacional de Justiça e vinculação com o Ministério da Justiça, ganhou vida em 2004 o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional – DRCI. Dentre suas competências, enumera-se a análise de conjunturas, identificação de ameaças e definição de políticas eficazes no combate à lavagem de dinheiro.

Visa, também, divulgar e intermediar a recuperação de ativos enviados ao exterior de forma ilícita, assim como dos demais produtos de crimes antecedentes, sobretudo por meio dos instrumentos de cooperação jurídica internacional.

Para tanto, é legitimado a firmar acordos internacionais na qualidade de Autoridade Central Brasileira, seja para assuntos penais ou cíveis, intercambiando pedidos de auxílio jurídico transnacional

5 Cooperação Jurídica Internacional

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Em se tratando do chamado Direito Penal Econômico, eventual condenação ao encarceramento, por si só, não constitui medida penalizante reparadora do bem jurídico sensibilizado, eis que na maioria das vezes decorrem desses crimes prejuízos concretos de ordem pecuniária para o Estado, que tem legítimo interesse em reaver receitas evadidas.

> A finalidade principal da recuperação de ativos baseia-se na retirada de poder financeiro do criminoso econômico, bem como a de desestimular a prática do delito, retornando o proveito do crime para a economia do país. (Silva, 2011).

Com fincas nesse escopo os órgãos encarregados da persecução penal, notadamente o *Parquet*, vinham deparando-se com entraves de ordens diversas, seja pela dificuldade em localizar os ativos elaboradamente escamoteados em paraísos fiscais, seja pela igualmente morosa e complexa tarefa de postular junto a jurisdições alienígenas.

Enquanto a criminalidade organizada, primordialmente através da informática, abre contas, transfere importâncias, gerencia empresas, desenvolve contra-tecnologias voltadas à burla da legislação, os Estados, pela lavratura de tratados, convenções e pactos internacionais, passaram a formalizar mecanismos comuns de reciprocidade para a uniformização, na medida do possível, dos requerimentos de auxílio jurídico no combate àqueles ilícitos financeiros – consectário dos anseios compartilhados por todos os signatários.

A cooperação internacional verifica-se por dois instrumentos distintos. O primeiro, mais antigo e de maior conhecimento por parte da comunidade jurídica, já que previsto nas codificações processuais brasileiras, versa sobre as cartas rogatórias, forma clássica pela qual um juízo requer a outro, de jurisdição estrangeira, a prática ou comunicação de atos processuais.

Tal modalidade vem sendo crescentemente substituída pelo chamado auxílio direto, em que não há pedidos de um magistrado a outro; o que se pleiteia, outrossim, é a obtenção de uma decisão judicial estrangeira acerca de um litígio interno, e o papel das Autoridades Centrais é então majorado, posto que instruem o interessado a propor a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

demanda de forma mais clara e objetiva, no sentido de preencher, em formulário semi-padronizado, os requisitos exigidos pelo país solicitado para a prestação do auxílio.

O Manual de Cooperação Jurídica Internacional elaborado pelo Ministério da Justiça divide, ainda, os dois aludidos tipos de auxílio entre o jurídico e o jurisdicional. Enquanto que o primeiro não demanda obrigatoriamente a intervenção do Poder Judiciário, requerendo somente atividade administrativa, o segundo tem lugar quando o ato visado é de natureza jurisdicional, ou seja, é apreciado necessariamente por magistrado.

Mais célere do que a carta rogatória, o auxílio direto por vezes dispensa a autenticação formal de documentos, a tradução juramentada, a concessão de assistência judiciária gratuita, entre outros. Amalgama-se perfeitamente ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que a Constituição Federal, em seu art. 4°, inciso XI, dos princípios que regem as relações internacionais, alçou à categoria de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade".

No entanto, mesmo essa nova forma de cooperação jurídica internacional foi concebida como instrumento de comunicação entre Estados, na acepção organicista da palavra, de ente federativo, excluído o sentido de representatividade do cidadão individualmente. Por isso, está excluído o particular dessa maneira de postular ao exterior. Quem postula, portanto, é o Estado.

Segundo Carolina Yumi de Souza, trata-se de instituto de natureza híbrida, "que não é puramente de direito processual penal nem de direito internacional. Traz consigo características dos dois ramos do direito e deve seguir alguns de seus princípios básicos." De acordo ainda com a citada autora, oportunizado nesse procedimento o contraditório, "a única matéria de defesa que pode ser utilizada é a ocorrência de ofensa à ordem pública e à soberania", conceitos de larga amplitude e dotados de grande subjetividade.

5.1 A Autoridade Central

Incumbida de concentrar os atos que envolvem pedidos de cooperação jurídica internacional, a Autoridade Central é órgão

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

administrativo representado pela Secretaria Nacional de Justiça, por meio do DRCI, com sede no Ministério da Justiça, concebida com o fim de tornar mais ágeis e diretas as relações entre os estados cooperadores e cooperados, também nominados solicitantes e solicitados. A expressão *Autoridade Central* foi cunhada desde o surgimento dos primeiros tratados e convenções internacionais sobre o tema, na década de 60, representando uma opção às tradicionais vias diplomáticas, excessivamente formalistas e burocráticas.

Cabe, pois, à Autoridade Central, intermediar todo o circuito percorrido pelo pedido de cooperação jurídica internacional via auxílio direto, seja ativo – quando solicitado pelo Brasil – ou passivo (quando o Brasil é o país solicitado), com funções que transpassam o mero envio e recepção de documentos, conforme atribuições constantes do artigo 11, incisos IV e VI do Decreto n° 6.061/07, que encarta o Regimento do Ministério da Justiça.

De acordo com o Manual de Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal, elaborado pela Secretaria Nacional de Justiça, as atribuições da Autoridade Central são diversificadas, ao talante da infinidade de objetos contemplados nos pedidos, a exemplo de meras comunicações de atos processuais até a oitiva de testemunhas, a obtenção de decisões judiciais e documentos aptos a instruir investigações e buscas pessoais e domiciliares. Inserem-se na relação de pedidos de cooperação comumente manejados o cruzamento de informações tocantes a fraudes fiscais e o consequente repatriamento de ativos.

Insta salientar, no entanto, que não é a Autoridade Central órgão isolado no processamento da cooperação jurídica internacional. Lida nesse procedimento também o Ministério das Relações Exteriores, por meio da Secretaria de Estado das Relações Exteriores, acompanhando os pedidos que seguem pelos canais diplomáticos. Da mesma forma, quando necessária a obtenção de decisão judicial no território brasileiro, atuam em juízo as Advocacias Públicas e Ministérios Públicos, por competentes para a postulação no foro em geral.

Dentre os países signatários de acordos de cooperação internacional mútua com o DRCI pode-se mencionar os Estados Unidos, Argentina, Colômbia, Peru, Portugal, Paraguai, Uruguai, Grã-Bretanha, França, Itália,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Ucrânia, Suíça, Líbano, Angola, Canadá, China, Cuba e Coreia do Sul, reservando cada um desses países, inobstante a busca por uma uniformidade nos requerimentos, requisitos próprios.

5.2 Pedido de Cooperação Jurídica Internacional Conduzido Pela Autoridade Central Brasileira e Endereçado ao Exterior: Requisitos

Nas situações em que entidade brasileira figura como a solicitante do auxílio direto, tal pedido deve seguir ditames estipulados em cada acordo bilateral firmado, expondo-se com clareza os fatos e fundamentos que ensejam e guarnecem o pleito. Nesse sentido, imperioso descrever o objeto da investigação, sua fase atual de tramitação e que provas já foram obtidas, fazendo-se imprescindível trazer a lume a legislação nacional de regência, critério que permite a aferição do princípio da dupla incriminação ou dupla tipicidade: que o fato capitulado como crime no ordenamento brasileiro também o seja na legislação do país solicitado.

Inexistindo ajuste bilateral entre os Estados solicitante e solicitado, ainda assim é viável a cooperação por auxílio direto, com supedâneo na garantia de reciprocidade oferecida pelo requerente.

A autoridade pública solicitante deve ser necessariamente declinada quando do preenchimento do competente formulário de auxílio jurídico, indicando-se a que órgão representa. Da mesma forma, quando possível, a qualificação completa da pessoa visada.

Questões de mera formalidade, como a indicação do tipo de procedimento que se busca instruir e a numeração dos respectivos autos também se fazem relevantes, já que as informações originadas de um pedido vinculam-se à utilização estrita no caderno apuratório mencionado no formulário – a menos que o Estado solicitado consinta expressamente na reutilização a título de prova emprestada.

Pormenorizada, também, a descrição da assistência requerida, especificando as providências e procedimentos que o solicitante pretenda sejam aplicados.

5.3 Convenção de Palermo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Especificamente quanto ao crime organizado internacional, firmou-se em 1999 a Convenção de Palermo, ou Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, prevendo em seu art. 7° medidas de combate à lavagem de dinheiro, dentre outros crimes. Pelo referido diploma, o caráter transnacional da infração poderá ser identificado se cometido o delito em mais de um Estado ou, caso consumada em apenas um, parte substancial de seus atos preparatórios ou executórios tenha lugar em outro ou nele produza efeitos.

O Brasil, na esteira do disposto na Convenção de Palermo e através da Lei n° 12.694/12[4], optou por definir o conceito de organizações criminosas como associação de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

O artigo 2° da Convenção permite ainda a inclusão de pessoa jurídica como parte no pedido de cooperação jurídica, desde que para subsidiar investigações, ações ou outros atos processuais.

É legítimo ao Estado demandado recusar o auxílio direto desde que sob os fundamentos de contrariedade aos princípios de soberania, segurança, ordem pública ou, ainda, que o fato elencado no requerimento já tenha sido objeto de processo ou investigação no destino da cooperação, como garantia do *ne bis in idem.*

Não podem os signatários, todavia, recusar a cooperação aduzindo questões de violação de sigilo bancário ou em razão de o crime envolver sigilo fiscal.

Também com albergue na Convenção de Palermo é que promove-se a recuperação de ativos evadidos ao exterior, posto que previstos naquele instrumento internacional o confisco, a apreensão e o repatriamento de bens, direitos e valores obtidos como produto de crime.

6 Conclusão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Do presente trabalho, duas conclusões se projetam com maior expressão. Num primeiro plano, impende destacar que mesmo antes de promovida a recente abolição do rol fechado de delitos antecedentes à lavagem de dinheiro, não vigiam óbices ao processamento desse crime em decorrência de sonegação fiscal, nem tampouco havia impedimento ao pleito de recuperação de ativos respectivos. Isto porque, antes da inovação trazida pela Lei n° 12.683 a previsão na Lei n° 9.613/98 do delito antecedente "praticado por organização criminosa" perfazia o liame entre as duas infrações, considerando-se que a grande sonegação é perpetrada sobretudo no âmbito de tais concílios criminosos estruturados.

Nessa perspectiva, chancelada está a atuação do Ministério Público em defesa da ordem econômica e tributária, em combate aos delitos de caráter econômico que em última análise, surrupiam receitas de custeio das atividades do Estado e desequilibram o mercado formal e a credibilidade do sistema financeiro – direitos de envergadura constitucional.

Deflagrada a persecução penal por crimes dessa natureza, a cooperação jurídica internacional via auxílio direto, por meio da Autoridade Central, se apresenta como mais um mecanismo de que o membro do *Parquet* pode lançar mão, na qualidade de órgão de investigação e *dominus litis*, notadamente para a localização e repatriamento de ativos. Por conferir respostas com maior agilidade do que as instâncias diplomáticas, referido instituto exerce papel primordial no combate à impunidade na exata medida em que colima evitar que o simples transpor de fronteiras geográficas torne o criminoso de viés econômico imune ao *jus puniendi* Estatal.

7 Referências Bibliográficas:

Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Cooperação em Matéria Penal. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. 1ª Edição. Brasília: 2008

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 2ª Edição

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral : parte especial. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Rogério Filippetto. Ilícitos Econômicos: o espaço do Direito Penal. Revista da Associação Mineira do Ministério Público. Ano 42, n. 24. Janeiro/junho 2011. Ed. Fórum.

SOUZA, Carolina Yumi de. A Defesa na Cooperação Jurídica Internacional – Reflexões Preliminares. Boletim IBCCRIM – ano 18 – n° 214 – setembro-2010. Pg 14.

JUNIOR, Miguel Slhessarenko. A Importância Social do Tributo e da Ética no Exercício da Função pública: a atuação preventiva do Ministério Público brasileiro. Revista do MPMG, ano IV – n° 17, julho/agosto/setembro – 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

SILVA, Remy Gama. Pena por Lavagem Deve Enfocar Recuperação de Ativos. Disponível em http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/recuperacao-ativos-foco-pena-lavagem-dinheiro#_ftn9_3840 , acesso em 29/06/11.

NOTAS:

[1] Nesse aspecto, importa relembrar que o conceito de ilícito penal abrange crimes e contravenções, sendo esta a intenção da nova lei.

[2] *Sociedades não-residentes,caracterizadas pelo fato de não exercerem nenhuma atividade comercial ou industrial no país sede.*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[3] Nesse sentido, vide Conflito de Competência n° 124937/PE, julgado pela 3ª Seção do STJ, publicado em 17/04/13.

[4] A Lei n° 12.694/12 foi apelidada de "Lei do Juiz Sem Rosto", por prever o julgamento colegiado de crimes praticados por organizações criminosas, nos termos em que as define (art. 2°).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITOS DE PERSONALIDADE

ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO: Advogado. Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia.

1 Introdução

Não existe na atualidade nenhum, ou quase, momento que a pessoa não esteja interligada em redes sociais, transmitindo conteúdo para os mais diversos meios de comunicação, de maneira espontânea ou por terceiros. Seja em um almoço de família, missa ou velório, as informações são transmitidas por meio de um simples clique em um equipamento eletrônico.

Na mesma velocidade é transmitida notícias das mais diversas facetas, muitas das quais enquadradas como falsas, as denominadas "fake news". É certo que é salutar que eventos relevantes sejam divulgados com celeridade pelos mais diversos meios de imprensa, seja impressa ou digital, constituindo isto uma liberdade de imprensa, mas parece que é certo também dizer que é necessário resguardar os direitos da personalidade.

Por conta disso, a proposta deste trabalho é o de analisar o conflito entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. Nesse sentido, Luis Martius Holanda Bezerra Júnior (2008, p. 1), afirma:

> Com o evidente recrudescimento do alcance e da velocidade dos meios tecnológicos de divulgação das informações, tornam-se cada vez mais frequentes os pontos de atrito entre a liberdade de exercício dos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> direitos pessoais, notadamente na esfera típica da vida privada (direito de estar só e de não ser incomodado em sua privacidade) e o direito de informar, constitucionalmente assegurado e exercido, por vezes, até as últimas e imponderáveis conseqüências, pelos meios de comunicação de massa, movidos pela busca incessante de fatos novos, escândalos ou crises, que precisam ser diariamente renovados, para que possam alimentar a audiência e a curiosidade dos destinatários da notícia.(...) O exercício da liberdade de imprensa encontra, por vezes, dificuldades de convivência com alguns direitos da personalidade, principalmente quando se manifesta pela veiculação de informações que possam tangenciar a honra, a privacidade e a imagem do titular dos direitos supostamente vergastados, reclamando, em tais hipóteses de crise, solução judicial capaz de harmonizar e permitir a coexistência de dois valores com estatura constitucional, realizando-se a ponderação exigida no caso concreto, de modo a evitar que a proteção legada a um deles possa ser entendida como anulação do outro direito em apreciação.

Percebe-se, inicialmente, que o embate em questão não é entre um protagonista e um antagonista de uma relação, mas sim um conflito entre direitos fundamentais, ambos constitucionalmente garantidos.

Assim, não se trata de discutir o direito a informar frente a censura, por exemplo, em que um se contrapõe exatamente sobre o outro.

São direitos de cunho constitucional, pilares da estrutura normativa vigente. São garantias de suma importância para o Estado democrático de Direito. É um verdadeiro duelo de titãs, ambos de força constitucional, que ao final, não terá um vencedor, pois, conforme dito, ambos são direitos tutelados pelo ordenamento jurídico vigente. O que irá ocorrer é que, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

cada batalha, um irá prevalecer sobre o outro, não raras vezes de maneira alternada, conforme se verá adiante.

2 A liberdade de imprensa

Antes de tratar sobre a liberdade, é preciso buscar o alcance do termo imprensa. O que é imprensa? Serão apenas os meios formalmente criados? Será apenas o jornal ou revista diária ou semanal? A televisão e o rádio? Internet? Segundo Cássio Augusto Barros Brant (2007, p.3):

> Tempo gasto para as inovações tecnológicas atingirem os primeiros 50 milhões de usuários, nos Estados Unidos.
>
> -Telefone – 74 anos
>
> -Rádio – 38 anos
>
> -Televisão – 13 anos
>
> -TV a cabo – 10 anos
>
> -Internet – 4 anos
>
> Em 2006, a Internet contava com cerca de 1,1 bilhões de usuários no mundo.
>
> A tendência é que a imprensa escrita seja cada vez mais reduzida, uma vez que notícias instantâneas não terão interesse da população, uma vez que esta informação é gerada rapidamente pela Internet. Como se percebe pelo quadro evolutivo mencionado, a Internet é uma grande promessa em razão de sua rapidez na prestação da informação e seu custo baixo em relação aos outros meios de comunicação.

A Lei 5.250/67 (lei de imprensa), declarada totalmente incompatível com a Constituição Federal pelo STF, no seu artigo 2º, definia empresa jornalística como sendo:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> § 4º São empresas jornalísticas, para os fins da presente Lei, aquelas que editarem jornais, revistas ou outros periódicos. Equiparam-se às empresas jornalísticas, para fins de responsabilidade civil e penal, aquelas que explorarem serviços de radiodifusão e televisão, agenciamento de notícias, e as empresas cinematográficas.

A imprensa é definida no dicionário Aurélio (2004, p.466) como sendo "2. conjunto de jornais e publicações congêneres. 3. Os jornalistas, os repórteres".

Quanto ao seu surgimento, a liberdade de imprensa remonta ao século XVIII, quando já se fazia presente em importantes documentos da época, como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo II que dizia: "a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, a exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados em lei".

Hoje, a internet e as redes sociais fazem parte indissociável da realidade circundante. Há, inclusive, um esforço do poder judiciário para concluir a digitalização de todos os processos, pondo fim ao uso de papel. A informatização está presente em todos os tipos de empresas, inclusive da imprensa. O jornal e as revistas impressas parecem estar fadados, em breve, ao museu, juntamente ao telefone fixo.

Os telejornais não se restringem mais ao aparelho de televisão, pois continuam a transmitir a notícia, de maneira incessante, para a internet. Assim, a notícia começa na televisão e é complementada no sitio da emissora. Além disso, há diversos sítios que trazem notícias exclusivamente pela internet, portais de notícias que passam para a população informações das mais relevantes.

Do exposto, percebe-se que a garantia da liberdade não visa à proteção da imprensa em si, mas sim da informação que esta transmite, razão pela qual se deve interpretar a imprensa em sentido amplo,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

abrangendo todas as formas de comunicação possíveis e não apenas restrita as organizações formalmente e devidamente constituídas como imprensa.

Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 107) tratando sobre a imprensa ponderou:

> Reconhecemos que a questão da imprensa é uma das mais graves e das mais delicadas que as condições do mundo moderno criaram no domínio político e social. A imprensa de grande tiragem, a imensa difusão do papel impresso, dentre massas cada vez mais densas e excitáveis, constitui um dos problemas que desafiam a inteligência e a competência dos governos. Será, porém, que a supressão da liberdade de opinião constitui a solução adequada do problema? Se constitui, então, não se poderá conciliar a solução com os postulados do regime democrático e representativo. Neste caso, o único regime possível será o das ditaduras.
>
> Não acreditamos, porém, que assim seja. É possível regular a imprensa mediante uma lei adequada que lhe deixe a liberdade e torne efetiva a sua responsabilidade. **Não pode haver em regime democrático poder irresponsável**. *(grifo nosso)*

Segundo Sebastião Jorge (2002, p.4), o início da imprensa no Brasil foi tardio e, desde o início, mostrava dois tipos de imprensa: uma imprensa imparcial e comprometida com a realidade e o dever de informar e outra imprensa parcial e distorcida:

> Descoberto o Brasil em 1500, trezentos e poucos anos depois, ou mais precisamente em 1809, viemos a conhecer um jornal. O primeiro a nos chegar às mãos (primeiro de junho) foi o Correio Braziliense ou Armazém Literário, impresso em Londres, editado por Hipólito da Costa, um iluminista que implantou as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> bases da realização de um jornalismo político de alto nível. Depois foi impresso pelos pupilos de Dom João VI a folha Gazeta do Rio de Janeiro (10 de setembro), cuja natureza áulica mereceu a ironia de Hipólito, que disse lamentar se gastar tão bom papel "com tão ruim material".
>
> A diferença entre os dois jornais era os assuntos abordados, que se distanciavam na qualidade do conteúdo e nos princípios do ideário. Um falava da saúde, comes e bebes e outras futilidades a respeito do príncipe e da família real, enquanto o outro, pé no chão, olhos no futuro e na sociedade brasileira, queria um país capaz de encontrar o próprio destino.
>
> Nos dias atuais, ainda existem esses dois tipos de fazer jornalismo e, consequentemente, quem queira um jornal que contrarie a verdade e camufle a informação.

A liberdade de imprensa está amparada pela Constituição Federal do Brasil, principalmente, pelo art. 5º, incisos IV, IX e XIV e pelo art.220, da Constituição Federal do Brasil. Tais dispositivos dispõem:

> 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:
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
>
> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
>
> § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
>
> § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Tal liberdade não é voltada para um indivíduo especifico, esta ou aquela emissora ou jornal, mas sim uma liberdade coletiva voltada para as multidões.

Alexandre de Moraes (2003, p.78) tratando sobre a liberdade de expressão delineou que:

> A liberdade de expressão e de manifestação de pensamento não pode sofrer nenhum tipo de limitação prévia, no tocante a censura de natureza política, ideológica e artística. Contudo, é possível à lei ordinária a regulamentação das diversões e espetáculos, classificando-os por faixas etárias a que não se recomendem, bem como definir locais e horários que lhes sejam inadequados. Caberá também à lei estabelecer meios de defesa das pessoas e das famílias quanto a programas de rádio e televisão que descumpram os princípios determinados no art. 221, I a IV, como respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (arts.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> 220, § 3.°, e 221). A inviolabilidade prevista no inciso X do art. 5.°, porém, traça os limites tanto para a liberdade de expressão do pensamento como para o direito à informação, vedando-se o atingimento à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.
>
> A censura prévia significa o controle, o exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, qualquer texto ou programa que pretende ser exibido ao público em geral. O caráter preventivo e vinculante é o traço marcante da censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação de pensamento sua finalidade antidemocrática.
>
> O texto constitucional repele frontalmente a possibilidade de censura prévia. Essa previsão, porém, não significa que a liberdade de imprensa é absoluta, não encontrando restrições nos demais direitos fundamentais, pois a responsabilização posterior do autor e/ou responsável pelas notícias injuriosas, difamantes, mentirosas sempre será cabível, em relação a eventuais danos materiais e morais.

O Brasil viveu a intensificação ao cerceamento de direitos na época da ditadura militar, principalmente após a edição do ato AI-5, em 1968, que suspendeu diversas garantias constitucionais impondo, inclusive, a censura prévia aos meios de comunicação.

Na Venezuela, desde à época do falecido governante Hugo Chávez até o presente, verificava-se diversos atos contra a imprensa livre que se atreve a criticar o governo daquele país.

Já no Brasil atual não se verifica explicitamente atos de censura contra os meios de comunicação. Pelo contrário: há um dispositivo constitucional expresso contra a censura. Vê-se críticas duras contra o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

governo independente do partido que se filie. O que é salutar para a democracia. Além disso, a imprensa foi um instrumento importante nos debates que culminaram no *impeachment* do então presidente Fernando Collor de Melo, primeiro presidente eleito pelo voto direto, pós-ditadura militar.

Assim, diante de uma imprensa livre não é relevante repetir a importância de tal liberdade, mas cabe a vigilância constante contra atos arbitrários que levem, de alguma forma, novamente a tolher o direito à informação.

Por outro lado, a imprensa, assim entendida como o qualquer meio de difusão de informações, não deve ser livre de maneira arbitrária com notícias "bombásticas" sem amparo na realidade e na verdade que o cerca, pois deste modo estaria a desvirtuar a sua finalidade que é de informar. Não é necessário ter certeza plena que determinado fato aconteceu, mas deve possuir indícios consistentes do ocorrido dando ampla possibilidade das partes envolvidas de expor seu ponto de vista e maneira clara e completa. O "fake news" não pode prevalecer na imprensa sob pena de, com inverdades, atingir os direitos da personalidade.

3 Os Direitos da Personalidade

Personalidade, segundo o dicionário Aurélio (2004, p. 626) é "o que determina a individualidade de uma pessoa moral; o que a distingue da outra". Assim, verifica-se que tal característica é intrínseca do ser humano, é algo que lhe é próprio e peculiar.

Nesse sentido, Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p.20) afirma:

> Os direitos de personalidade são próprios do ser humano, direitos que são próprios da pessoa. Não se trata de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da condição de ser humano. Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos da personalidade.

Assim, percebe-se que os direitos da personalidade não são taxativos. Os direitos da personalidade elencados na constituição e em outras leis não são exaustivos.

Além disso, é verificável que dentre os direitos subjetivos do ser humano, há duas espécies diferentes o que se destacam do ser humano, como o direito a propriedade e ao crédito e outra ligada a pessoa humana de forma indissociável como o direito a vida, a honra, etc., este sendo caracterizado como direitos da personalidade, conforme leciona Silvio Rodrigues (2002, p.53).

Para este trabalho há uma relevância maior nos direitos da personalidade que tratam sobre a vida privada, privacidade, intimidade, nome, honra e a imagem, pois estes são mais passíveis de serem afetados pelo choque com a liberdade de imprensa.

Da mesma forma que o legislador constituinte buscou garantir a liberdade de imprensa, preocupou-se também em garantir os direitos de personalidade, inclusive os defendendo contra abusos da liberdade supre exposta, conforme se verifica no artigo 5º, incisos V e X, da CF/88 que determina:

> Art. 5º...
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O código civil de 2002, da mesma forma, em seus artigos 12, 17 e 20, busca garantir a proteção à personalidade:

> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
>
> Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.
>
> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Assim, percebe-se que, diante da liberdade de imprensa, os direitos da personalidade podem ser afetados com um possível choque entre eles.

4 Conflitos

Verifica-se que o primeiro, o direito da imprensa livre, possui cunho coletivo, o direito a coletividade de ter notícias livres de qualquer censura, enquanto que o segundo possui características de garantias individuais do ser humano sendo, portanto, individual por natureza. Entretanto, um não exclui o outro havendo, em verdade, uma sinergia entre ambos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

No momento em que o ser humano é livre e tem direito a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica, etc., a liberdade de imprensa pode ser sua aliada, pois no momento em que a pessoa tem acesso a notícias imparciais e livre de censura pode desenvolver com plenitude sua vida em todos os seus aspectos.

Por exemplo, quando é noticiado imparcialmente todos os efeitos e possíveis fatores favoráveis e desfavoráveis da comida com modificações genéticas dá oportunidade a pessoa decidir se utiliza ou não de tal alimento garantindo assim sua liberdade de escolha, sua saúde física, sua vida, enfim, objetivos do direito da personalidade.

Não obstante a isto, há momentos em que a liberdade da imprensa desmedida ultrapassa seus objetivos, maculando direitos da personalidade. A ferramenta da coletividade adentra e fere princípios garantidores do indivíduo como a privacidade, a honra, a imagem, etc. sendo necessário sobrepesar tais garantias e verificar qual prevalece.

Sobre tal conflito, Luis Martius Holanda Bezerra Júnior (2008, p. 2) afirma:

> O exercício da liberdade de imprensa encontra, por vezes, dificuldades de convivência com alguns direitos da personalidade, principalmente quando se manifesta pela veiculação de informações que possam tangenciar a honra, a privacidade e a imagem do titular dos direitos supostamente vergastados, reclamando, em tais hipóteses de crise, solução judicial capaz de harmonizar e permitir a coexistência de dois valores com estatura constitucional, realizando-se a ponderação exigida no caso concreto, de modo a evitar que a proteção legada a um deles possa ser entendida como anulação do outro direito em apreciação.

Para isto, não é possível a análise abstrata e prévia no texto legal, no mundo teórico, e sim se deve adentrar na realidade fática e realizar a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

análise caso a caso. É necessário, pois, conformar o direito ao caso concreto e aferir qual o plexo de direitos deve prevalecer.

Em entrevista a revista Consulex (2002, p.12), o ministro Marco Aurélio Mello, à época presidente do STF, assim se pronunciou a respeito dos conflitos existentes entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade:

> Não temos preceitos antagônicos na Constituição. A constituição é um sistema. Quando surge aparente conflito, temos é que interpretá-la, para se chegar a uma conclusão a respeito. Ou seja, uma garantia, um dispositivo, um direito, não exclui outros. O que ocorre é que temos no artigo 220, se não me engano, de uma forma categórica, a liberdade de expressão de uma forma peremptória, porque diz respeito ao próprio Estado democrático de Direito, tendo o legislador constituinte lançado que lei não poderá criar embaraço à divulgação de notícias e difusão de ideias. Este é um dispositivo. Um dispositivo voltado à manutenção de uma sociedade que se quer aberta. Um dispositivo que gera e tem acento no Direito público subjetivo do cidadão de ser informado. Daí a liberdade, liberdade de imprensa, a liberdade jornalística. No rol das garantias constitucionais constatamos, realmente, a busca da preservação da privacidade. Esta, se violada, há espaço para se buscar a indenização. Sobre a imprensa, de uma forma geral, podemos a priori exercer um controle? A resposta para mim é negativa. Os desvios devem ser combatidos em campo próprio que é o indenizatório. *(com adaptações)*

A ministra Nancy Andrighi, como relatora no Recurso Especial Nº 1.025.047 - SP (2008/0016673-2), em que se buscava indenização por danos morais, pois houve acusação falsa de paternidade extraconjugal a um político notório assim se pronunciou:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com efeito, não se está a discutir, na hipótese, eventuais danos morais decorrentes da suposta invasão de privacidade do político a partir da publicação de reportagens *sobreaspectos íntimos verdadeiros de sua vida*, quando, então, teria integral pertinência a discussão relativa ao suposto abrandamento do campo de proteção à personalidade daquele. O objeto da ação é, ao contrário, a pretensão de condenação por danos morais em vista de uma *alegaçãocomprovadamente falsa*, ou seja, de uma mentira perpetrada pelo réu, consubstanciada na atribuição errônea de paternidade – erro esse comprovado em ação declaratória já transitada em julgado.

O âmbito mais preciso da discussão, portanto, fica restrito à verificação da possibilidade de condenação do réu ao pagamento de compensação por danos morais em face *a falsa atribuição* que imputou ao autor, falso esse que possui, como é evidente, enorme potencial lesivo à imagem do político, pois existe amplo interesse público na obtenção de dados que possibilitem ao eleitorado a formação de um juízo de valor a respeito dos atributos morais do candidato; e, sem dúvida, a imputação aqui realizada não colabora para que tal juízo seja positivo.

Assim, muito embora se reconheça, em termos teóricos, o valor da tese esposada pelo acórdão, sua aplicação ao presente caso é inviável, pois a redução da esfera de proteção ao político não pode ir ao ponto de deixá-lo vulnerável a toda e qualquer ofensa, ainda que inverídica – o que, em último caso, impossibilitaria o próprio debate político, pois o eleitorado não teria mais como separar a verdade da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> falsidade e, em consequência, impossível seria formar um juízo qualquer sobre o caráter dos postulantes aos cargos públicos.

A citada ministra relatora deu provimento ao recurso fixando indenização por danos morais ao entendimento que tal imputação falsa ultrapassou a liberdade de imprensa e maculou o direito imagem e honra do citado político.

Já o acórdão recorrido entendia de maneira inversa da qual expomos *in verbis*: "Falsa imputação de paternidade – dano moral não configurado – redução espontânea dos limites da privacidade – conceito social inabalado – abalo emocional inexistente diante da qualidade de político experiente".

Assim, é observável que em determinado momento a liberdade de imprensa prevalece no caso de uma reportagem verdadeira sobre a vida privada de um político notório, pois ao ser um homem público tem reduzido seu direito a vida privada, pois é de interesse do eleitorado conhecer a vida do homem que poderá votar. Entretanto, no momento que esta liberdade de informação ultrapassa a verdade e começa a ser realizadas imputações falsas sem esteio na realidade o direito da personalidade prevalece sendo devido à indenização neste caso, por uso indiscriminado, por exemplo, das "fake news". Nesse sentido, a mesma ministra se pronunciou no Resp nº 801.249/SC:

> em se tratando de questões políticas, é natural que haja críticas mútuas entre os adversários. Contudo, não há como se tolerar que essa crítica desvie para ofensas pessoais aos adversários políticos. Oexercício da crítica não pode ser usado como pretexto para atosirresponsáveis, porque isso pode implicar em mácula de difícil reparação à imagem de outras pessoas – o que é agravado para aquelas que têm pretensões políticas, que, para terem sucesso nas urnas, dependem da boa imagem pública perante seus eleitores, notadamente em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> cidades pequenas, onde todos se conhecem e os assuntos dessa natureza viram tema principal entre os moradores. As disputas políticas devem ocorrer sempre no campo ideológico, não no pessoal.

O dano moral é uma ferramenta de cunho indenizatório que serve para reparar e repelir novas ofensas a dignidade da pessoa humana (honra, imagem, nome, etc.), por exemplo, não devendo ser utilizado como uma verdadeiro "prêmio de loteria" que a pessoa "torce" para ser ofendida de qualquer forma para ser "contemplada" com uma indenização. Além disso, nem toda suposta ofensa dá ensejo à indenização, conforme se percebe no Resp 944.218:

> DANO MORAL. DIVULGAÇÃO. FOTOS.
>
> A Turma reconheceu a improcedência da ação de reparação de danos materiais e morais, reafirmando que a divulgação de fotografia sem autorização não gera, por si só, o dever de indenizar. Na hipótese, a exposição do recorrido deu-se em cartazes e *folders* publicitários que serviam apenas para divulgar jogos universitários. A sentença julgou improcedente o pedido, assinalando que o autor trabalhava no complexo desportivo da universidade com a função de atender aos alunos e ao público frequentador, além de ser responsável pela locação de canchas esportivas, assim, devia saber, com certa antecedência, de qualquer acontecimento a ser promovido e realizado no seu local de trabalho, mas o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo, reconhecendo o dano moral. Para o Min. Relator, no contexto dos autos, não há o dever de indenizar por uso da imagem utilizada (em *folders* e cartazes) porque não trouxe ao autor qualquer dano à sua integridade física ou moral, além de que o recorrente não a utilizou com fins econômicos. Precedentes citados: AgRg no Ag 735.529-RS, DJ 11/12/2006, e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> REsp 622.872-RS, DJ 1º/8/2005. **REsp 803.129-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 29/9/2009.**

É observável, portanto que, às vezes na ânsia de uma indenização, as pessoas buscam qualquer motivo para ingressar com um pleito indenizatório sem lastro em real ofensa a sua moral.

Outro ponto de atrito entre os direitos em comento é o dano moral porventura existente contra o nome de pessoa jurídica e abalo a sua imagem.

Neste sentido, o STJ tem decidido pela possibilidade de tal defesa do nome e da sua imagem frente à coletividade. A ministra Nancy Andrighi, como relatora no Resp Nº 744.537 - RJ (2005/0066975-1) realizou pequeno levantamento de algumas decisões favoráveis a indenização por ofensa ao nome e a imagem da pessoa jurídica:

> Os precedentes que se referem à compensação por ofensa à honra objetiva de pessoa jurídica, no STJ, dizem respeito, em sua quase totalidade, ao protesto indevido de títulos. Nesse sentido, o Resp nº 295.130/SP, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 04.04.2005, no qual fixado o montante de 50 salários mínimos [equivalentes, nesta data, a R$ 17.500,00 (dezessete mil e quinhentos reais)]; no Resp nº 176.662/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 01.07.2004, estabeleceu-se o valor de R$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais); no Resp nº 538.687/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 29.03.2004, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Há, ainda, muitos outros muitos acórdãos que tratam de ofensa à honra objetiva de pessoas físicas ou jurídicas, mas quase sempre as violações são cometidas pelos meios de imprensa. A questão aqui versada, conforme já demonstrado, é substancialmente diversa. No Resp nº 575.696/PR, 3ª

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 16.05.2005, analisou-se hipótese onde candidato a prefeito (portanto, pessoa natural) teve seu nome veiculado, em panfletos de campanha eleitoral, a atos desabonadores. Neste precedente, a Turma entendeu por manter o valor da compensação pelos danos morais em R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), em face da ausência de demonstração de prejuízo à carreira política do candidato e da falta de repercussão da acusação na imprensa.
>
> Na presente hipótese, verifica-se, contudo, que a apostila impressa pelos ora recorridos foi objeto de referência em discurso do Exmo. Sr. Deputado Federal Francisco Rodrigues, em sessão plenária de 09.03.2000 (fls. 252 e ss.). Assim, as afirmações desabonadoras à recorrente obtiveram repercussão em uma das Casas do Legislativo, e o discurso proferido em Plenário pelo i. Deputado foi reproduzido por alguns jornais, como afirmado pelos próprios réus em sua contestação (fls. 326). Por sua vez, no Resp nº 605.088/MT, 3ª Turma, de minha relatoria, DJ de 03.10.2005, pessoa jurídica que foi injustamente autuada pela Fisco por sonegação fiscal e fraude, por culpa do banco que não efetuou corretamente o pagamento do tributo devido, teve seu abalo moral reconhecido e compensado no valor de R$ 90.000,00 (noventa mil reais).

No caso em questão, determinada ONG teve seu nome envolvido em uma série de informações falsas e distorcidas que abalaram sua credibilidade frente a população. A citada ministra deu provimento ao recurso e condenou os réus ao pagamento de indenização a pessoa jurídica autora por danos morais.

Assim, é perceptível mais uma vez a importância da veracidade das informações transmitidas para afastar possível pleito indenizatório. Não se

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

faz necessário a verdade absoluta e plena, mas sim indícios consistentes que possam comprovar o que fora dito. Além disso, faz-se importante permitir o direito de resposta, a exposição da opinião contraposta, o que torna plena a informação transmitida.

O então ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no Recurso Especial Nº 655.357 - SP (2004/0054517-2) negou indenização a magistrado que a pleiteava por reportagens efetuadas sobre sua atuação na vara da família e adolescente, em especial no quesito das decisões sobre adoção. O saudoso ministro entendeu que a reportagem se limitou a expor os fatos não afetando diretamente o magistrado. Privilegiou, neste caso, a liberdade de imprensa frente o direito da personalidade do autor da ação:

> Em nosso país a liberdade de imprensa, como todos sabemos, está subordinada ao regime da reserva legal qualificada, o que quer dizer que se deve preservar sempre a dignidade da pessoa humana, a sua honra, a sua vida privada. O eixo da reserva legal qualificada está na necessidade de avaliar cada situação de modo a não sacrificar a liberdade de imprensa e não malferir os direitos da personalidade que são assegurados pela Constituição Federal.
>
> Como assinalei alhures, a *"proteção aos direitos da personalidade ganha uma dimensão muito especial nessa quadra da nossa vida, à medida que o sistema de comunicação social une a humanidade"* . Em razão disso, *"surge um ponto crítico, que é o balanceamento entre a proteção constitucional"*.
>
> No presente caso, trata-se de atuação do Juiz no tocante à defesa e proteção de menores, presente processo de adoção e de guarda. São decisões que necessariamente envolvem paixões e estão suscetíveis de inconformidade. Esse é o drama da judicatura que exige do Magistrado dizer o direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> deixando uma das partes vencida. Quando tal ocorre e a parte substitui o direito de recurso pela manifestação pública por meio da imprensa, assume ela própria o risco de agredir a honra do Magistrado, que julga com sua consciência obedecendo ao que dispõe o direito positivo e a prova dos autos. A notícia da inconformidade realizada pela imprensa não escapa do âmbito da responsabilidade civil, podendo ser apenada civilmente se a matéria divulgada está em desconformidade com a realidade dos fatos ou se ajunta a esses fatos avaliação que foge ao padrão narrativo aceitável diante do princípio constitucional da liberdade de imprensa ou, ainda, se ficar comprovado que houve o ânimo de atingir a honra do autor.

Nesta busca por uma imprensa livre e livre de censura o STF se pronunciou contrário a dispositivos da lei de imprensa, de número 5250/67, norma esta editada antes da CF/88, conforme se verifica no ADPF 130 MC / DF**:**

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. LEI Nº 5.250, DE 09 DE FEVEREIRO DE 1967 - LEI DE IMPRENSA. LIMINAR MONOCRATICAMENTE CONCEDIDA PELO RELATOR. REFERENDUM PELO TRIBUNAL PLENO. 1. Em que pese a ressalva do relator quanto à multifuncionalidade da ADPF e seu caráter subsidiário, há reiterados pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal pela aplicabilidade do instituto. 2. Princípio constitucional de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica, a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da República Federativa brasileira. Democracia que, segundo a Constituição Federal, se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

apoia em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do Poder, seja ele político, seja econômico, seja religioso (art. 220 da CF/88). 3. A Lei nº 5.250/67 não parece serviente do padrão de Democracia e de Imprensa que ressaiu das pranchetas da Assembleia Constituinte de 87/88. Entretanto, a suspensão total de sua eficácia acarreta prejuízos à própria liberdade de imprensa. Necessidade, portanto, de leitura individualizada de todos os dispositivos da Lei nº 5.250/67. Procedimento, contudo, que a prudência impõe seja realizado quando do julgamento de mérito da ADPF. 4. Verificação, desde logo, de descompasso entre a Carta de 1988 e os seguintes dispositivos da Lei de Imprensa, a evidenciar a necessidade de concessão da cautelar requerida: a) a parte inicial do § 2º do art. 1º (a expressão "a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem"); b) íntegra do § 2º do art. 2º e dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65; c) parte final do art. 56 (o fraseado "e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa"); d) §§ 3º e 6º do art. 57; e) §§ 1º e 2º do art. 60 e a íntegra dos arts. 61, 62, 63 e 64; f) arts. 20, 21, 22 e 23; g) arts. 51 e 52. 5. A suspensão da eficácia dos referidos dispositivos, por 180 dias (parágrafo único do art. 21 da Lei nº 9.868/99, por analogia), não impede o curso regular dos processos neles fundamentados, aplicando-se-lhes, contudo, as normas da legislação comum, notadamente, o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal. 6. Medida liminar parcialmente deferida.

Em outra decisão do STJ, datada de 2006, tendo como relator o ministro Jorge Scartezzini, o processo de número 818.764 - ES

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

(2006/0028021-9), em que revista de grande circulação divulgou lista contendo nomes de pessoas investigadas pela Polícia Federal, concluiu pela procedência da indenização.

> Inicialmente, cumpre examinar a questão referente à conduta do ora recorrente ao divulgar, por meio de veículo de comunicação de massa, reportagem contendo lista de investigados pela Polícia Federal e pela Comissão Parlamentar de Inquérito, com base em relatório elaborado pela Procuradoria-Geral da República, em ofensa à honra do ora recorrido, configurando-se, por conseguinte, o dano moral, e impondo-se, por consequência, a sua reparação.
>
> A discussão em espeque envolve dois direitos fundamentais de relevância ímpar no ordenamento jurídico pátrio: a liberdade de informação ou de comunicação e a tutela dos direitos da personalidade, entre os quais se destacam a honra, a imagem e a vida privada. Verificando-se que ambos foram albergados pelo texto constitucional, constando eles, aliás, do título que trata dos direitos e garantias fundamentais, tem-se que a solução se encontra no equilíbrio entre os referidos valores, de maneira que a preponderância de um dos direitos ou princípios diante das particularidades de uma situação concreta não resulta na invalidade ou exclusão do outro, mas de mera mitigação pontual do princípio contraposto.
>
> É certo que a atividade jornalística deve ser livre para exercer, de fato, seu mister, qual seja, informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, ajudando a formar opiniões críticas, em observância ao princípio constitucional consagrador do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CF/88); contudo, o direito de informação não é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> absoluto, devendo os profissionais da mídia se acautelar com vistas a impedir a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).

Neste caso, verifica-se que a revista não publicou inverdades, tendo respaldo em investigação policial, razão pela qual não haveria, a princípio, ofensa a honra de qualquer que seja sendo incabível pleito indenizatório.

Diferente, por exemplo, das reportagens tidas como investigativas ou programas de apelo ao sensacionalismo e ao exagero, que prestam um desserviço público ao deturpar a verdade ou humilhar a pessoa "investigada". É possível perceber diversos programas na televisão nacional deste tipo que, por exemplo, no intuito de cobrir eventual furto de uma loja com o meliante capturado pela polícia põe a imagem do infrator na televisão e o apresentador começa a humilhá-lo, ofendê-lo com palavras de baixo escalão realizando verdadeiro julgamento popular prévio do criminoso levando-o, de antemão, a ser repudiado pela sociedade. Neste caso, a liberdade de imprensa ultrapassou as balizas da razoabilidade e maculou o direito da personalidade do indivíduo sendo devido indenização por danos morais.

Exemplificando os limites do direito de informar, segue abaixo trecho do relatório no Resp Nº 719.592 - AL (2005/0011894-5), relator JORGE SCARTEZZINI:

> O douto Juízo *a quo* reconheceu o dolo da conduta dos réus que, noticiando inquérito policial relativo a prostituição infanto-juvenil envolvendo autoridades da cidade de Porto Calvo/AL, não opuseram exceção da verdade, imputando falsamente aos investigados a prática de crimes, execrando-os publicamente, bem como excederam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> o *animus narrandi*, veiculando fatos de forma distorcida, ao apelidar os acusados de ***"tarados"*** **e** ***"bestiais"*****, por** ***"manterem relações sexuais com prostitutas de 12, 13 anos"*****.** (grifo nosso)

Observa-se que a utilização de tal linguajar não se coaduna com o dever de informar sendo depreciativo para a imagem dos acusados. O direito a defesa e ao contraditório não ficam enclausurados dentro do processo judicial, mas devem servir de parâmetro para todo tipo de acusação contra outrem.

No mesmo sentido, esta busca por ponderar os princípios e garantias expostas na carta magna é labuta diária nos tribunais superiores e a conclusão favorável ou desfavorável sobre determinada garantia perpassa pela análise fática como é observável em decisão unânime da quarta turma do STJ no Resp 713102 que ao analisar o direito a liberdade de impresa *versus* os direitos de personalidade decidiu pela prevalência deste último, pois, no caso, houve a falta de consistência da notícia, sem amparo em uma investigação séria, o que culminou no afastamento do direito da liberdade de imprensa e a imposição de uma indenização a parte envolvida fruto da violação do seus direitos de personalidade:

> O jornal, ao reproduzir entrevista da ex-companheira de Falcão, teria ofendido a sua dignidade e a sua imagem. A matéria continha insinuações quanto a sua opção sexual, além de acusação de suposta prática de crime de sequestro do filho de ambos, bem como, salientando suposto caso de assédio sexual a uma telefonista da empresa para a qual trabalha. Em primeiro grau, a empresa foi condenada ao pagamento de valor equivalente a 50 salários-mínimos a título de indenização por danos morais. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a sentença, ao argumento de que, embora se tratando de matéria anteriormente publicada por outro periódico, a veiculação pelo jornal teria violado

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> os direitos de personalidade do ex-jogador. No STJ, a empresa jornalística sustentou a legalidade de sua conduta ao republicar notícia anteriormente veiculada e que estaria no seu exercício regular do direito de informar. Para o relator, ministro Luís Felipe Salomão, o jornal, ao reproduzir a reportagem, não se desincumbiu do ônus de um mínimo de diligência investigativa, principalmente quando se verifica que o indicado sequestro do filho de Falcão foi, na realidade, o cumprimento, por um oficial de Paz da Seção de Apreensão de Crianças do Condado de Los Angeles (Califórnia), de uma ordem judicial de guarda conferida a ele pela Justiça brasileira e confirmada pela justiça americana. "Ao republicar as acusações da entrevistada, o jornal agiu no mínimo com culpa, sem ter o cuidado de checar ao menos um indício de plausibilidade daquelas declarações que imputam ao recorrido [Falcão] a prática de crime, que se verificou não ter ocorrido. Ao assim agir, difundindo a um maior número de pessoas a notícia, o órgão de imprensa acabou por ampliar o gravame à honra e à dignidade do autor", afirmou o ministro. Segundo o relator, o jornal, embora seja obrigado a ter certeza plena dos fatos, como ocorre em juízo, deve buscar um mínimo de diligência investigativa, devendo ser considerada culposa a divulgação de informações uma vez que o veículo de comunicação agiu de forma irresponsável ou desidiosa.

Percebe-se que se houve eventual acusação em jornal, revista ou outro meio de comunicação é dever da mídia expor a versão do acusado e sua defesa nos mesmos termos que a acusação e com a mesma amplitude e cobertura jornalística, sob pena de ser responsabilizada. A notícia, portanto, para que não viole os direitos da personalidade, não pode ser mero boato, mas sim calcada na verdade dos fatos, ou pelo menos em indícios subsistentes, com utilidade ou interesse público no seu bojo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

garantindo, sobretudo, ao envolvido o direito de se opor a notícia e expor seu ponto de vista.

5 Conclusão

Do exposto, pode-se concluir que, a Constituição Federal garante ambos os direitos em questão: o direito a informação livre e imparcial, por quaisquer meios possíveis, e os direitos de personalidade. Não é possível, entretanto, previamente definir qual direito irá prevalecer sobre o outro, pois não há uma hierarquia entre eles. A Jurisprudência vem se valendo do mecanismo de ponderação de princípios para, no caso concreto, definir qual direito sobreleva sobre o outro em caso de conflito.

Verificou-se que a informação deve ser útil a sociedade, verdadeira, completa garantindo que todas as versões sobre determinado fato (direito a resposta e a defesa) sejam expostas, sem sensacionalismo ou distorções, buscando respeitar ao máximo os direitos de personalidade para que a liberdade de imprensa prevaleça sobre o direito a imagem, privacidade, nome, honra, etc.

Ou seja, o direito não dá guarida a notícias falsas, as chamadas "fake news" que servem apenas para deturpar a verdade e, muitas vezes, ferir direitos da personalidade, protegidos pelo ordenamento jurídico.

Desse modo, a invasão pura e simples da privacidade alheia, sem sua autorização e sem nenhum fundo informativo não está amparada no direito à liberdade de imprensa. Contudo, não é possível estabelecer barreiras a imprensa previamente sob pena de se instituir a censura o que é nocivo a coletividade e a própria democracia como visto no período da ditadura além de proibido expressamente pela carta magna. Caso a imprensa, com a liberdade que deve pautar as mais diversas notícias, venha a macular indevidamente os direitos de personalidade, é possível repreendê-la, em momento posterior/, no campo indenizatório.

Referências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

BALA, Darlei Gonçalves. **Os limites do direito de informação frente aos direitos da personalidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1318, 9 fev. 2007. Disponível em: . Acesso em: 13 ago. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1999.

BEZERRA JÚNIOR, Luis Martius Holanda. **Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1886, 30 ago. 2008. Disponível em: . Acesso em: 13 ago. 2018.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORN, Rogério Carlos. As vertentes da mídia eletrônica. In: CONSULEX, Revista. **Direitos de Personalidade e Liberdade de Imprensa**. São Paulo, ano 6, n. 141, nov. 2002.

BRANT, Cássio Augusto Barros. **Direito da personalidade X direito da coletividade: a liberdade da imprensa**. Direito.net, Sorocaba, ano 8, n. 3556, 14 jun. 2007. Disponível em: . Acesso em: 13 ago. 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

HABIB, Sérgio. Liberdade de Imprensa. In: CONSULEX, Revista. **Direitos de Personalidade e Liberdade de Imprensa**. Brasília, ano 6, n. 141, nov. 2002.

JORGE, Sebastião. A imprensa sob fogo cruzado. In: CONSULEX, Revista. **Direitos de Personalidade e Liberdade de Imprensa**. Brasília, ano 6, n. 141, nov. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Teoria da legislação e controle de constitucionalidade**: algumas notas. Disponível em: . Acesso em: 13 ago. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: Podivm, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E OS DIREITOS INDISPONÍVEIS

SAMUEL HEBRON: Analista jurídico da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, Formado em Direito pela Universidade Martha Falcão-DEVRY, Pós-graduando em Direito Processual Pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas.

RESUMO: O artigo investiga o problema da possibilidade da ocorrência do regresso ao privatismo processual, tendo em vista a valorização da vontade das partes com a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos no novo Código de Processo Civil. Busca-se examinar o tema discorrendo acerca da natureza jurídica do processo e sua implicação na forma como negócios jurídicos processuais são vistos. Em seguida, com vistas a compreender o que são os negócios jurídicos processuais, realiza-se uma abordagem conceitual. Em outro passo, analisa-se a cláusula geral de atipicidade das convenções processuais, bem como o princípio do respeito ao autorregramento da vontade, contidos no art. 190 da nova legislação. Ao fim, conclui-se pela não ocorrência do regresso ao privatismo processual, mas sim pela compatibilização do negócio jurídico processual com o publicismo do processo, considerando-se que a valorização da vontade das partes significa a concretização da Constituição e a possibilidade de convivência harmônica entre o público e o privado, mesmo nas matérias que versem sobre direitos indisponíveis.

Palavras-chave: Autorregramento da vontade. Liberdade. Negócio jurídico processual. Direitos indisponíveis Processo Coletivo. Termo de Ajustamento de Conduta. Novo Código de Processo Civil.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. O PRINCÍPIO DO RESPEITO AO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE. 3. DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. 4. A COVENCIONALIDADE E OS DIREITOS INDISPONÍVEIS. 5. A RESOLUÇÃO N° 118 DO CNMP E O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. 6. A CLÁUSULA GERAL DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS. 7. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E OS NEGÓCIOS PRÉ-PROCESSUAIS. 8. CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1. INTRODUÇÃO

A questão das convenções em matéria processual sempre se mostrou malquista por grande parte dos doutrinadores, instaurando-se uma verdadeira celeuma acerca da existência ou não do instituto ora em comento.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, entretanto, a discussão ganhou outro colorido.

Agora, a sistemática processual passa a contar, de forma expressa, com uma cláusula geral que assegura às partes a liberdade para estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às singularidades das relações jurídicas deduzidas em juízo, bem como convencionarem sobre suas situações processuais ativas e passivas.

Em decorrência da novidade, despertou-se para a possibilidade da utilização dessa indiscutível ferramenta nos processos coletivos, marcado e permeado por interesses indisponíveis. A contar dessa ponderação, o tema foi delimitado da seguinte forma: as convenções processuais e os direitos indisponíveis.

Assim, a presente pesquisa básica busca oferecer um melhor entendimento sobre o fenômeno das convenções processuais, investigando a seguinte problemática: Seria possível, na tutela coletiva, os legitimados ativos disporem não do direito material, mas da forma e modo como este será exercido? E mais, se a utilização de tais práticas coaduna-se ou não com a finalidade da jurisdição.

Sem qualquer pretensão de exaurir o assunto, foi levantada as seguintes hipóteses: se o processo coletivo, por tutelar direitos transindividuais, é incompatível ou não com as convenções processuais, tendo em vista os Direitos Indisponíveis presentes; se existe ou não maior proteção dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos por meio das convenções pré-processuais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Por tal razão, o escopo máximo deste artigo é o de provar a compatibilidade dos negócios jurídicos processuais, mesmo nas situações que estão em jogo direitos indisponíveis. Para isto, será analisado se houve um aumento da liberdade e participação das partes no processo, acarretando a criação de um novo princípio.

Após, examinará a existência do instituto no Código de Processo Civil anterior, dando enfoque para o seu exercício nos campos de Direito Público. Em um segundo momento, identificará se é possível o emprego das convenções processuais nos processos coletivos e a relação entre os negócios jurídicos processuais e os Termos de Ajustamento de Conduta. Por fim, detalhará o conceito, a aplicação e os limites da Cláusula Geral e do Calendário Processual, dispostos, respectivamente, nos arts. 190 e 191 do CPC, como também se defenderá a eficácia dos acordos pré-processuais para a proteção dos direitos transindividuais.

Além dos ganhos acadêmicos, especialmente por ser um tema novo e pouco debatido, espera-se que esta pesquisa ganhe relevância prática, dilatando-se para os operadores forenses. Em especial, para os legitimados extraordinários na proteção dos direitos sociais, a fim de contribuir para um maior conhecimento e reflexão acerca do assunto, possibilitando uma maior eficácia e proteção aos bens jurídicos tutelados por estes órgãos.

2. O PRINCÍPIO DO RESPEITO AO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE

De plano, destaca-se o conceito de Princípio cunhado por Bandeira de Mello (2004), o qual servirá como guia para a força e aplicabilidade do princípio do respeito ao autorregramento das partes:

> O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Fazendo uma análise dos escopos jurisdicionais, além do jurídico, que é o mais conhecido e difundido, fala-se em objetivos sociais e políticos. Assim, muitas vezes, não se alcança a desejada pacificação social, quando, simplesmente, aplica-se o Direito ao caso concreto.

Logo, não tem serventia (ou pelo menos não tem tanta) resolver a lide de forma aparente, porém persistir a insatisfação fática, a tensão entre as partes. É nesse contexto que a participação democrática no resultado final da decisão, ou ao menos no seu caminhar e desenvolvimento procedimental, mostra-se como excelente ferramenta para, conforme expressão utilizada por Marinoni (2000), combater a "lide sociológica".

Ainda sobre os objetivos da jurisdição, Neves (2016) cita uma dimensão política, que se divide em três vertentes, dentre as quais, a jurisdição é o último recurso em termos de proteção às liberdades públicas e aos direitos fundamentais.

Por isso, o Estado, como um todo, deve se preocupar com direitos e garantias, mas quando ocorre a concreta agressão ou ameaça, mesmo provenientes do próprio Estado, é a jurisdição que garante o respeito a esses valores.

Sendo assim, consoante o escopo político, a jurisdição tutela os nossos direitos fundamentais, incluindo-se a liberdade e, quando ocorre a lesão ou ameaça de lesão destes, será garantido o respeito a tais valores, através de um complexo de atos praticados pelo agente estatal investido de jurisdição no processo.

Nessa esteira, em específico sobre o princípio da liberdade, seria um contrassenso jurídico, o próprio órgão estatal, incumbido justamente de velar e punir eventual transgressão a este princípio no plano material, ignorar as possibilidades de seu exercício pelas partes na seara processual.

Do Princípio da Liberdade, assegurado constitucionalmente e condição indispensável em qualquer estado que se intitule democrático de Direito, irradia-se diversos feixes que correspondem a outros direitos decorrentes daquele princípio, mas que afloram em diversas áreas. Segundo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Didier (2015), no conteúdo eficacial deste direito, encontra-se o direito ao autorregramento, aquele que todo sujeito possui de regular juridicamente seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado.

Contudo, nem sempre foi tarefa fácil aceitar a existência do citado princípio no âmbito do Direito Processual Civil. Em tom mais pessimista, ainda hoje percebe-se uma certa complexidade em reconhecer o fortalecimento da atuação das partes na seara processual, mesmo com dispositivos ostensivos previstos no Novo Código.

Na mesma direção, Greco (2007, p. 8) entende que

> se o processo judicial não é apenas coisa das partes, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela do interesse geral da coletividade, do bem comum e da paz social.

Aliás, não se discute todas as evoluções e benefícios trazidos pelo Direito Processual nas últimas décadas, mas é certo que, como explica Costa (2015), no atual Estado Democrático de Direito, em que se prima pela eficiência, a ideia de uma sequência procedimental *always under law* perde força e o processo civil passa a ser marcado por traços como particularização, individualização fragmentação, adaptação e maleabilidade. Daí por que já se fala num "sistema de artesania procedimental", onde a vontade de um dos sujeitos processuais, de ambos, ou até destes com a vontade do Juiz, é levada em consideração pelo sistema.

Como alerta, Didier (2015) explica que a maior autonomia das partes não é sinônimo de um Modelo Dispositivo, pois o respeito à liberdade convive com a atribuição de poderes ao órgão jurisdicional, não sendo o princípio em tela ilimitado, como aliás, não o é em nenhum outro ramo do Direito.

Redondo (2015) elucida que o Novo Código não caminhou para a privatização do processo. As partes não se substituem ao poder legiferante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

quando convencionam sobre suas próprias situações processuais, apenas reconheceu-se com mais evidência que as partes são as efetivas titulares de determinadas situações processuais e, por essa razão, devem desfrutar de maiores poderes de regulamentação e liberdade sobre as mesmas. Para o autor, precisa ocorrer uma quebra de paradigma, um rompimento com o anterior sistema, para que atuais premissas do novo código possam ser corretamente observadas e aplicadas.

Assim, a autonomia das partes no âmbito processual, na sua relação com as normas impeditivas (ordem pública), encontra barreiras mais sólidas do que na seara privada, mas não intransponíveis. Em verdade, como se demonstrará ao longo deste trabalho, o legislador reservou espaço considerável para a atuação e participação das partes no trâmite processual. Nos dizeres de Lima (2010), a possibilidade e a prática dos negócios jurídicos processuais importam em criar braços do princípio democrático em sede processual.

Em congruência com o princípio abordado nesse tópico, Nogueira (2015) aduz que a solução consensual do litígio é benéfica, não só porque põe termo ao processo judicial, mas também por ser a medida que mais se aproxima do escopo da jurisdição. Logo, nada mais justo do que permitir que os litigantes possam, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinar a forma do exercício das suas faculdades processuais, ou até mesmo delas dispor.

Assim, o conjunto de dispositivos legais consagrados no novo caderno processual exterioriza o princípio do respeito ao autorregramento da vontade e demonstra uma quebra de paradigma no que diz respeito a liberdade concedida às partes, o que se verifica com a própria estruturação do código em torno da autocomposição, da vontade da parte como limitadora da atividade jurisdicional, pelo princípio da congruência, bem como todos os negócios processuais típicos (a eleição negocial do foro, o saneamento consensual, a convenção sobre ônus da prova, a escolha consensual do perito, entre outros, nos termos, respectivamente, dos arts. 63, 357, 373 e 471, todos do CPC)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

E, para concluir, a densificação normativa atribuída pelo constituinte derivado reformador ao princípio da liberdade processual das partes, tem-se a cláusula geral de negócios jurídicos processuais disposta no art. 190 do CPC, a qual concretizou o Princípio Sub-análise no processo civil.

Ademais, o princípio da cooperação também corrobora para a autonomia das partes, surgindo-se, então, um modelo cooperativo entre os sujeitos processuais, de modo a favorecer a celebração de convenções processuais.

Noutro giro, para Redondo (2015), citando parcela considerável da doutrina, afirma a aparição de um verdadeiro Princípio da adequação decorrente do devido processo legal (art. 5, LIV), do acesso à justiça (art. 5, XXXV) e da duração razoável do processo, inserido de forma mais recente pela E.C 45/2004. Aquele impõe a exigência que o procedimento seja adequado, atento às características específicas de cada caso, como a peculiaridade da causa, às necessidades do direito material, os próprios litigantes envolvidos, etc.

Só, assim, mediante o exercício real de um procedimento pensado e efetivo, chega-se a uma tutela jurisdicional também efetiva. Não se pode ter o discurso vazio de exigir uma resposta do Poder Judiciário condizente com os anseios emergentes da própria sociedade sem criar mecanismos para concretizar tal objetivo. E isto foi exatamente o que o Novo Código de Processo Civil se propôs a fazer ao estimular a participação das partes.

Segundo Cunha (2015), o novo código de Processo Civil foi fundado no ideal da democracia participativa, estruturando-se de modo a permitir maior valorização da vontade dos sujeitos processuais, a quem se confere a possibilidade de promover o autorregramento de suas situações processuais. Desse modo, a atribuição de maior relevância a autonomia das partes deriva do próprio direito fundamental da liberdade e contribui para a construção de uma decisão mais justa.

Assim, pelos diversos dispositivos legais citados que apontam para uma verdadeira irrupção de convencionalidade no Direito Processual Civil Brasileiro, em especial por meio da cláusula geral do art. 190 do CPC, que consagra a atipicidade da negociação processual, percebe-se, sem sombra

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de dúvidas, a valorização da liberdade das partes e, por sua vez, a consagração do Princípio do Respeito ao Autorregramento e suas consequências nas situações endoprocessuais.

3. DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

De início, cumpre ressaltar que, atualmente, não restam dúvidas acerca da existência dos negócios jurídicos processuais, notadamente pela entrada do Novo Código de Processo Civil, que avançou tanto na previsão de convenções processuais típicas, quanto na criação de cláusula geral clara e específica acerca desse fenômeno.

Entretanto, no passado, o assunto foi alvo de forte divergência, sendo inclusive negado por renomados Autores. Daí o porquê ser necessário entender a evolução e as críticas dos negócios processuais, a fim de possibilitar um melhor entendimento sobre a matéria.

Por muito tempo, os estudos sobre as convenções processuais no Brasil mostraram-se bastante tímidos. Com efeito, parcela considerável da doutrina não entendia ser o citado instituto compatível com o ordenamento processual pátrio, marcado pelo publicismo e protagonismo do juiz.

A título de exemplo, Dinamarco (2009) defende não ser possível considerar a existência de negócios jurídicos processuais, visto que os efeitos dos atos processuais resultam sempre da lei, e não da vontade. Os atos processuais das partes não teriam o efeito da livre autorregulação, que é própria dos negócios jurídicos, justamente porque os efeitos são impostos pela lei. Assim, para o autor, o negócio jurídico é ato derivado da autonomia da vontade e, por consequência, pressupõe que seus efeitos sejam, exata e precisamente, aqueles que as partes querem, o que não ocorre no processo, pois a lei estabelece os possíveis resultados dos atos praticados no processo, sem conferir qualquer margem de intervenção às partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Na mesma senda, Câmara (2014) aponta pela inexistência dos negócios jurídicos processuais, uma vez que todos os efeitos possíveis de ocorrência em virtude de atos dos sujeitos do processo já estão pré-estabelecidos pela legislação.

No direito alienígena, Liebman (2005) também afirmava que os efeitos no tocante aos atos processuais já viriam preestabelecidos em lei, por isso, a atuação da parte se dirigia para a prática do ato e não para à obtenção do efeito em si.

Com efeito, as críticas contrárias às convenções processuais giram em torno, em síntese, dos efeitos não serem escolhidos pelas partes, já que estão de forma antecedente estabelecidos em leis, como também a necessidade de intervenção judicial para outorgar os efeitos dos negócios jurídicos. Assim, o núcleo comum dessas teses é: a ausência de uma liberdade absoluta conferida às partes, no bojo processual, a qual seria exigida para a existência de um negócio jurídico.

Assim, o Autor limitar-se-ia a narrar sua pretensão ao Poder Judiciário e o Réu, por sua vez, oferecer sua defesa, sem, entretanto, participarem, colaborarem ou influenciarem diretamente no caminhar processual. Pelo contrário, caberia apenas ao magistrado o monopólio do impulso dos atos processuais, exercendo, no termo utilizado por Cunha (2015, pg. 36): "atividade solitária de subsunção dos fatos aos textos normativos".

Nesse pensamento, a vontade das partes é, em grande parte, desprezada, pois se encontraria previamente engessada pelas imposições do legislador. A única faculdade a ser exercida seria praticar ou não ato cominado em lei, tendo como consequência resultados também previstos na própria legislação.

Alguns autores concluem, inclusive, pela existência de um dogma da irrelevância da vontade no processo, decorrente do estigma de separar o direito adjetivo do direito substancial, da posição de superioridade do juiz em face das partes, bem como da necessidade da prevalência da forma em detrimento da vontade, sob pena de causar insustentável insegurança jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Esta crença na irrelevância da vontade, usando como subsídio a sabedoria popular, seria algo como manda quem pode, obedece quem tem juízo, instaurando-se dentro do processo um ar de inferioridade das partes e, consequentemente, a supremacia ideológica da figura do magistrado. Digo ideológica, pois mesmo no sistema processual anterior, as fontes normativas não apontavam para um sistema inquisitivo puro.

Por conseguinte, em análise mais atenta, em que pese as críticas doutrinárias, o caderno processual revogado já estabelecia inúmeros negócios processuais típicos, ou seja, convenções que não prescindem da vontade das partes para a sua prática, mas que já estão discriminadas e reguladas em lei.

Além disso, também se verifica a existência de uma cláusula geral de negócios processuais desde o antigo Código de Processo. Nesse sentido, o art. 158 (repetido integralmente pelo art. 200 DO NCPC) declarava que os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais, com exceção da desistência da ação, a qual fica condicionada a homologação judicial para produzir seus efeitos.

Isto é, a possibilidade de as partes pactuarem negócios não regulados diretamente nos tipos legais, confeccionando-os com o fim de atender suas necessidades e conveniências. Para Redondo (2015, p. 271), o artigo 158 do Código passado: "guardava enorme potencial de interpretação no sentido de ali estar consagrada, implicitamente, uma cláusula geral de atipicidade de negócios jurídicos processuais".

Portanto, tendo em vista os diversos dispositivos legais do antigo Código de Processo Civil que previam expressamente a existência dos acordos processuais, pode-se inferir que a não aceitação das convenções processuais reside muito mais no campo ideológico. Ou seja, o processo, por ser ramo de Direito Público, seria incompatível com a ideia de valorização da vontade das partes.

Destaca-se, todavia, que não se pode descartar a existência dos negócios jurídicos processuais simplesmente porque seus efeitos decorrem

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

da lei, isto é, seus possíveis resultados já estão anteriormente previstos e estabelecidos no Direito positivo.

Para reforçar tal entendimento, destaca-se precisa lição de Negreiros Lima (2013), a qual infere que a lei, seja material ou processual, de um modo geral, acarreta limitações aos negócios jurídicos.

A partir dessas abordagens, chegou-se a duas premissas, quais sejam: a) desde o CPC/73 havia expressa previsão legal do instituto ora em debate; b) que a própria finalidade do Direito é regular a vida em sociedade e, por isso, ao cumprir com seu desiderato acaba impondo restrições, limites, contornos legais. Essas regulações previstas de forma abstrata na lei também alcançam as convenções processuais, sem que, com isso, fulmine a autonomia das partes ou a existência do instituto.

4. A COVENCIONALIDADE E OS DIREITOS INDISPONÍVEIS

A doutrina processual mostrou-se muito tímida em admitir as convenções processuais, apontando, em resumo, os seguintes motivos: o processo teria como fundamento apenas normas cogentes; a fonte processual limitar-se-ia à lei; qualquer negócio envolveria necessariamente prerrogativas do juiz; e, para o que nos interessa no presente trabalho, que não haveria espaços de consensualidade ou convencionalidade no direito público, e, portanto, no processo.

A ideia de negócios, por muito tempo, relacionou-se somente aos contratos privados, afastando-se, então, do direito público e, consequentemente, do direito processual.

Contudo, conforme aponta Cabral (2015), trata-se de uma premissa antiquada e inadequada ao Direito contemporâneo. Apesar de sua natureza pública, o processo não é infenso aos acordos e convenções. Renomados autores, tais quais Josef Kohler e Friedrich Carl Von Savigny, há muito, já afirmavam o ingresso do fenômeno da contratualização na seara pública e, assim, no direito processual.

Assim, continua o autor, o processo civil de interesses públicos, tradicionalmente arisco às soluções negociadas, há muito vem se rendendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

à mediação, conciliação etc. Trata-se da vitória da concepção atualmente disseminada que reconhece uma disponibilidade parcial dos interesses públicos, desfazendo a equivocada compreensão de que o interesse, por ser público, seria indisponível. Ao contrário, há graus de (in)disponibilidade e, em alguma medida, permite-se que mesmo as regras estabelecidas no interesse público sejam flexibilizadas.

Segundo aponta Cianci e Megna (2015), não é porque a Administração é parte que todos os interesses processuais serão de ordem pública (embora sejam de interesse público, no sentido de que todos os cidadãos têm interesse na coisa pública como um todo). Assim, em ação indenizatória de danos por acidentes de veículos terrestres, o interesse público está em obter o justo ressarcimento do erário, e não no prazo maior ou menor com que, por exemplo, será apresentado o rol de testemunhas. No entanto, os autores alertam que deve-se respeitar o devido processo legal, os princípios da boa-fé processual e dos princípios que regem todos os atos da Administração, dispostos no art. 37, caput, da CRFB/88.

Para reforçar o entendimento, até mesmo nos campos do Direito Penal, o qual é marcado pela indisponibilidade e evidente interesse de toda a sociedade, pode-se citar diversos institutos que apontam para uma negociação entre os sujeitos processuais, tais quais, a título de exemplo, a transação penal e a composição civil dos danos (ambos da lei 9.099/95).

E os exemplos não param: existe a previsão de composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei no 9.605/1998, a qual disciplina as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a tão em voga delação premiada estabelecida nas leis no 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único, 8.072/1990, artigo 8o, parágrafo único, e 9.807/1999.

No âmbito administrativo, também já existem inúmeros dispositivos que autorizam as transações pela Administração Pública, por exemplo, (arts. 65 e 79 lei 8.666/93 e 53 da lei 8.884/94. A possibilidade dos representantes judiciais das Fazendas Públicas transigirem nos juizados especiais (art. 10 da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

lei 10.259/01 e art. 8 lei 12.153/09). O próprio CPC, em seu artigo 174, determina que os Entes Políticos criem câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, permitindo-se, inclusive, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta.

Esta verdadeira invasão de "consensualidade" no Poder Público não é mera coincidência, mas sim uma tendência e um reconhecimento por parte do Legislativo das vantagens advindas do instituto. Em outras palavras, prestigia-se cada vez mais, tanto no âmbito do direito material quanto no processual, a vontade dos envolvidos.

Acompanhando o mesmo raciocínio, o Fórum Permanente dos Processualistas Civis – FPPC, por meio do enunciado n. 135, esclarece que "a indisponibiliddade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual".

Isto se dá porque a indisponibilidade do Direito Material não acarreta, necessariamente, a indisponibilidade do Direito Processual. De fato, são ramos distintos e autônomos. Pensar de modo diverso, estar-se-ia regredindo vários séculos de forma a alcançar a teoria imanentista, onde entendia-se que o direito à ação era mero desdobramento da lesão ao direito substancial.

Por tais razões, tendo em vista a existência de convencionalidade no processo penal e no processo civil das causas de interesse do Estado, que representam alguma disposição dos interesses substanciais abrangidos, somado a toda consolidação dos novos dispositivos que inegavelmente deram um novo colorido as convenções processuais, não se enxerga quaisquer óbices na celebração de convenções em matéria processual, mesmo nas situações de indisponibilidade do direito material.

5. A RESOLUÇÃO N.118 DO CNMP E O TERMO DE AJUSTAMENTO DE

CONDUTA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

A resolução N° 118/2014, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, discorre sobre a solução e pacificação de litígios de maneira extrajudicial, com mais celeridade e economia de recursos. Assim, o referido ato normativo secundário demonstra o espírito de colaboração e incentivo elevado à autocomposição no âmbito do Parquet, estando em consonância com os valores propalados pelo Novo Código de Processo Civil.

Em suas considerações, a Resolução cita várias normas legais que conferem legitimidade ao Ministério Público (art. 585, inciso II, do CPC; art. 57, parágrafo único, da Lei no 9.099/1995; art. 5o, § 6o, da Lei no 7.347/1985, dentre outras). Também revela a necessidade de se consolidar, no âmbito do Ministério Público, uma política permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos de autocomposição, ressaltando que esta nova postura é uma tendência mundial, decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso; infere ainda que o acesso à Justiça, como direito e garantia fundamental, ultrapassa o simples ingresso ao Judiciário, incorporando também o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução de conflitos e controvérsias, sendo o Ministério Público ferramenta fundamental para a proteção e efetivação de direitos e interesses individuais indisponíveis e sociais; afirma que os meios de autocomposição, incluindo as convenções processuais, são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas.

No que diz respeito às suas disposições específicas, o ato normativo sub análise institui a POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição, bem como assevera que incumbe ao Ministério Público implementar e adotar os mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e, a espécie que mais nos interessa no presente trabalho, as convenções processuais.

A adoção de convenções processuais nos TACS também encontra previsão com o disposto no art. 2, IV, da R. 118, o qual impõe a observância

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

da valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo.

Sem atraso, é na Seção V, por meio dos artigos 15 a 17, que a resolução trata especificamente das convenções processuais. Da leitura dos dispositivos, as convenções podem ser realizadas antes do processo ou durante o processo, sendo possível a sua formalização por meio de cláusulas constantes no termo de ajustamento de conduta. Além disso, o resultado prático de tais ferramentas não reduzirá e/ou prejudicará o direito material envolvido, pelo contrário, as negociações das situações jurídicas processuais ou adequações no procedimento visa atribuir maior eficácia e proteção aos direitos tutelados pelo Ministério Público e por outros legitimados.

Assim, em uma análise mais detida, percebe-se claramente os aspectos positivos na adoção de cláusulas processuais no Termo de Ajustamento de Conduta, fomentando e auxiliando a efetividade na proteção dos direitos transindividuais e a concretização da Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, instituída pela pioneira resolução N. 118 do CNMP. Exemplo que deve ser bem visto pelos outros órgãos, como a Defensoria Pública e as procuradorias responsáveis pela defesa dos entes políticos, para que possam também editar atos normativos para orientar e estimular a utilização de técnicas de autocomposição, incluindo-se as convenções processuais.

Conforme já pontuamos, Cabral (2015) assevera que mesmo havendo restrições no que tange à disponibilidade sobre os direitos materiais, vimos que existe alguma margem para autocomposição. O mesmo acontece nos termos (ou compromissos) de ajustamento de conduta nas ações coletivas. Em se tratando de convenções atinentes a direitos processuais ou ao procedimento, não há propriamente a disposição de direitos materiais da coletividade. A disposição de direito processual não tem como reflexo necessário a mitigação do direito material cuja tutela é pretendida na relação. As convenções, por exemplo, que alteram a forma da citação, ou os negócios que renunciam previamente a certos tipos de recurso ou meios de prova, não versam sobre o direito material; embora possam, é verdade, impactar a solução final do processo em relação a eles.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Por este motivo, a indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais não deriva obrigatoriamente da indisponibilidade sobre o direito material. Ademais, cumpre salientar que a convenção processual pode, inclusive, fortalecer a proteção que a legislação atribui aos bens jurídicos que gozam de algum nível de indisponibilidade.

Reforçando tal entendimento, Abreu (2015) defende que "No que diz respeito à indisponibilidade do direito, cumpre ressaltar que até mesmo em casos de direitos difusos têm-se encontrado meios alternativos como o TAC, com vistas ao incremento da autocomposição".

No tocante a influência normativa exercida pelo novo Código Processual sobre as convenções processuais, destaca-se que diversas inovações da legislação corroboram para o estímulo da autocomposição e da colaboração entre as partes, valorizando notadamente a autonomia destas, desde que respeitados os limites previsto em lei.

Em antigo brocardo dizia-se que mais vale um acordo ruim do que um bom processo. Em grande parte, tal entendimento deriva do fato de que em um "acordo" há a efetiva participação da vontade das partes na construção do mesmo, já na decisão judicial, por sua vez, é decidida por um terceiro imparcial incumbido de aplicar o direito no caso concreto, consoante seu livre convencimento motivado.

Por tais razões, verifica-se que a valorização da autonomia das partes, por meio da utilização de negócios jurídicos processuais, só tende a auxiliar a criação de uma tutela jurisdicional mais justa e em consonância com o espírito colaborativo que permeia o Novel Código, fazendo-se imprescindível estimular sua aplicação nos órgãos, legitimados extraordinários, que possuem como tarefa a defesa direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Podemos entender que o escopo máximo da jurisdição é a pacificação social, sendo o processo a ferramenta para alcançar esse desiderato. Nesse contexto, as convenções processuais, utilizando-se expressão de Almeida (2015), "são instrumentos do próprio instrumento (processo)", onde as partes não dispõem de seu direito material, mas, sim,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

do direito adjetivo, regulamentando o método e o exercício do iter processual. Com isso, pode-se dizer que os negócios jurídicos contribuem, assim como as técnicas de autocomposição, para a eficiente retirada de quaisquer atritos entre as partes, tendo em vista a participação das mesmas no desenrolar processual.

Nesse sentido, imperioso transcrever a seguinte lição acerca da relação entre os direitos coletivos e os TACS:

> A possibilidade de disposição sobre direitos coletivos existe, mas é restrita, pois o próprio direito coletivo não é de todo transacionável. Não obstante, alguns instrumentos legais permitem uma margem de negociação no que tange ao tempo e modo de cumprimento das obrigações legais. Dentre eles, o mais conhecido e utilizado é o termo de ajustamento de conduta. (CABRAL, 2015, p. 548).

O referido Termo encontra-se disciplinado na própria lei 7347/85, em seu art. 5, § 6, o qual dispõe:

> Art. 5o Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: § 6° Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

CARVALHO FILHO (2009) conceitua o tac da seguinte forma:

> Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse público difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais (CARVALHO FILHO, 2009, p. 222).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

O instituto também foi ampliado por força do art. 174 do CPC, o qual estabelece a criação por todos os entes da federação de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos, inclusive para promover a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta.

Ainda, o TAC possui força de título executivo extrajudicial, tendo sua previsão legal retirada do art. 784, IV do CPC.

Assim, o Ministério Público e a Defensoria Pública ao adotarem a técnica dos negócios jurídicos processuais no corpo de seus respectivos TACS, objetivando uma melhor tutela jurisdicional aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, estarão materializando a essência de seus deveres constitucionais.

Por tais razões, entendo que o Ministério Público, justamente por ser instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, deve observar e se valer das ferramentas legais disponíveis para melhorar sua atuação e a consecução de suas finalidades constitucionais. Sem qualquer dúvida, a inserção de cláusulas de convenções processuais no TAC está entre estes instrumentos. Por outro lado, faz-se necessário que os outros órgãos legitimados para realizarem acordos extrajudiciais, a exemplo da Resolução N. 118 do CNMP, elaborem atos normativos internos que visem o estímulo das convenções processuais, regulando-as e atribuindo uniformidade em suas aplicações em respeito à isonomia.

6. A CLÁUSULA GERAL DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS

Devido a sua importância, faz-se necessária a transcrição do art. 190 do CPC, *in verbis:*

> 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

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
>
> Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, 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.

Consoante já exposto, só pelo art. 200 do CPC (art. 158 do CPC/73) já se poderia concluir pela existência do instituto dos negócios jurídicos processuais atípicos. Não bastasse isso, o Novo Código, em seu art. 190, prevê outra cláusula geral destinada às partes para adequar o procedimento às especificidades da causa e convencionar acerca de suas posições processuais.

A meu ver, por uma interpretação teleológica, a finalidade da norma foi criar uma cláusula geral apta a criar uma tutela diferenciada, possibilitando às partes a adequarem às necessidades do direito material apresentadas no caso concreto, acarretando uma efetiva tutela jurisdicional.

Ora, a utilização de procedimentos especiais, espécie de tutela diferenciada prevista de maneira abstrata pelo legislador, justifica-se porque nem sempre o procedimento ordinário será idôneo e eficaz para solucionar todas as demandas de direito material que são levadas ao Poder Judiciário.

Contudo, mesmo com grande esforço por parte do legislativo, faz-se imperioso reconhecer que o mesmo nunca conseguirá prever todas as infinitas singularidades derivadas do direito material e que exigem, por sua vez, a correspondente discriminação e proteção nas leis processuais. Daí o porquê, o Legislador reconheceu, com base no princípio do respeito ao autorregramento da vontade, a possibilidade de as partes adotarem uma tutela diferenciada em concreto, a fim de atender suas particularidades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

De volta a cláusula geral, cabe salientar que o próprio dispositivo estabelece certas condições e limites para a realização dessas "mudanças" no procedimento e das disposições de suas situações jurídicas, sendo imprescindível esmiuçar esses limites, a fim de possibilitar a melhor utilização do instituto.

Da conjugação dos dois dispositivos supracitados, infere-se que o controle de validade exercido pelo juiz sobre as convenções processuais bilaterais (entre as partes), em regra, somente ocorrerá nos casos expressamente previstos pelo legislador, quais sejam, no de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte encontre-se em manifesta situação de vulnerabilidade.

Fora destas hipóteses, o magistrado deve privilegiar a autonomia das partes e aplicar, na forma do art. 200 do CPC, imediatamente as convenções, sem necessidade de homologação, salvo expressa previsão legal em contrário (art. 200, parágrafo único).

Segundo Nogueira (2001), pode-se conceituar o negócio processual como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.

Em sentido parecido, Cabral infere que:

> Negócio jurídico processual é o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica. São em geral, declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de construir, modificar e extinguir situações processuais, ou alterar procedimentos. (CABRAL, 2016, p. 48)

Manifestando-se sobre o tema ora em comento, Dinamarco (2016), autor que negava a existência das convenções processuais no Código

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

passado, admite que a nova legislação atenuou a exclusividade da lei como fonte regulamentadora do processo e dos procedimentos, acarretando na maior liberdade das partes para criarem ou modificarem as regras ditadas pela lei, através de sua manifestação de vontade.

Almeida (2015) esclarece que as convenções processuais estabelecem regramento próprio para a solução do conflito, acrescentando regras que alteram o procedimento legal com o objetivo de adaptá-lo para melhor atender, com base na autonomia da vontade, as características do caso concreto. Todavia, o poder de autorregramento da vontade não é absoluto, consoante já exposto. Daí, como aponta Julia lipiani e Marília siqueira (2015), surgem os limites que decorrem do sistema considerado em sua integralidade, inclusive, tais limites constituem um dos maiores desafios da doutrina, tendo em vista a técnica (cláusula geral) legislativa adotada - que se caracteriza pela abertura no sentido e inúmeras possibilidades de incidência.

No tocante aos limites que devem ser respeitados pelos integrantes da atual ou futura relação processual (a depender se a convenção se dá durante ou antes do processo), imperioso reconhecer a aplicabilidade da teoria geral da nulidade, onde a convenção só será invalidada na hipótese de inobservância das delimitações legais e constitucionais somada ao efetivo prejuízo.

Deve ser saudado o legislador na utilização do termo "os direitos que admitam autocomposição", uma vez que o mesmo não tomou direitos passíveis de autocomposição como sinônimo de direitos indisponíveis. É justamente por este motivo que ficam autorizadas a celebração dos negócios jurídicos processuais nos processos coletivos, pois mesmo tendo como objeto direitos indisponíveis, a parte procedimental, bem como as situações jurídicas podem sofrer autocomposição, regulando apenas o movimento desses direitos no plano processual.

Outro limite lógico das convenções processuais diz respeito ao seu objeto, o qual não pode alcançar posições jurídicas do juiz, mas somente das partes. Assim, as partes não podem convencionar acerca das atribuições

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

e prerrogativas do magistrado, justamente por não poderem abrir mão de algo que não lhes pertencem.

Cabe ressalvar as hipóteses dos negócios jurídicos plulilaterias (calendário processual), os quais serão possíveis, mesmo atingindo e vinculando o juiz, justamente por este também integrar e aquiescer com a convenção.

O negócio jurídico processual nada mais é do que um típico negócio jurídico estudado amplamente no Direito Civil, porém visa produzir modificações e efeitos endoprocessuais. Sendo assim, os requisitos estabelecidos pelo art. 104 do CC devem ser observados, consoante preceitua o enunciado 403 do FPPC: "A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei".

Além disso, o próprio artigo 190 também prevê, de forma expressa, a capacidade da parte como requisito imprescindível para a validade da convenção processual.

Não obstante parcela da doutrina defender ser necessário a capacidade material, a exemplo do enunciado n. 38 da ENFAM, parece ser mais adequado o entendimento de exigir-se capacidade de estar em juízo. Dessa forma, mesmo os incapazes no plano material poderão celebrar acordos processuais, desde que estejam devidamente assistidos ou representados.

Conforme detalha Neves (2016), cumpre diferenciar a figura da representação da presentação, de forma que as pessoas jurídicas e formais, devidamente presentadas no processo, possuem capacidade material e processual.

Com isso, é possível que estas figuras possam figurar como parte nas convenções processuais, inclusive o Ministério Público (EN. 253 FPPC) e a Fazenda Pública (EN. 256 FPPC).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Consciente ou não, o legislador condicionou a modificação do procedimento às especificidades da causa. Assim, estas mudanças no procedimento serão permitidas para adequar o processo a situação concreta, necessidade esta originada da peculiaridade da relação controvertida ou dos sujeitos processuais, sendo, portanto, mais um requisito a ser analisado e controlado pelo juiz por expressa imposição legal.

Diante disso, Neves (2016) ressalta que a opção legislativa, acertada ou não, não pode ser ignorada pelos doutrinadores e operadores do direito. Com isso, as partes não possuem ampla liberdade para a modificação do procedimento, sendo imprescindível que as possíveis mudanças guardem uma relação lógica e jurídica entre o procedimento desejado e a eventual especialidade da causa. Precisa existir uma vontade: "justificada, condicionada a uma adequação procedimental que atenda a eventuais peculiaridades do caso concreto" (NEVES, 2016, p. 320-321).

Contudo, em sentido diverso, Nogueira (2015) afirma ser necessário reconhecer que as especificidades da causa mencionadas no art. 190 do CPC constituem as circunstâncias que as próprias partes convencionam como relevantes para conferir um tratamento diferenciado ao procedimento. Portanto, conclui-se que as especificidades são eleitas pelos figurantes do negócio processual e a partir delas acordam os ajustes procedimentais.

Cabe desde já deixar registrado a importante repercussão prática de tal divergência doutrinária, uma vez que a mesma influenciará diretamente na possibilidade de mais uma hipótese de controle de validade exercido pelo Juiz. Só o tempo e o amadurecimento do instituto nos darão a resposta.

Diferente, porém, ocorre com os contratos de adesão, onde não há tal divergência doutrinária. Pelo teor do parágrafo único do art. 190 do CPC, não se proíbe a inserção de negócios processuais em contrato de adesão, mas somente a sua previsão em casos que reste configurada a abusividade. O legislador foi sensível ao reconhecer que, citado contrato, possui

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

modificabilidade rígida, sendo a maioria das vezes impostos à parte contrária.

Por isso, a vontade só existe em aderir ou não ao contrato, mas não em modificá-lo ou negociá-lo de fato. Assim, não se desconhece que o contrato de adesão é meio propício para práticas abusivas e desarrazoadas, mas não se pode realizar a negação veemente e automática de quaisquer convenções processuais nos referidos contratos, sem prévia reflexão, não possui guarida legal.

A vulnerabilidade, por sua vez, deve ser entendida a partir de fatores objetivos. Segundo a melhor doutrina:

> A vulnerabilidade decorre da insuficiência econômica, óbices geográficos, debilidades de saúde, desinformação pessoal, dificuldades na técnica jurídica e incapacidade de organização (TARTUCE, 2012, pg. 189-216).

Com relação a vulnerabilidade técnica, a ausência do advogado na celebração das convenções processuais, em especial as pré-processuais, seria forte indício da ocorrência desta. Algo como uma presunção relativa, admitindo-se, portanto, prova em contrário para demonstrar que, mesmo com a ausência de um procurador, a parte por possuir conhecimentos específicos ou experiência no assunto, por exemplo, não se encontrava em situação desfavorável. Nesse sentido está o enunciado n. 18 do FPPC, cujo qual aduz existir apenas indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.

A preocupação da grande parte da doutrina é louvável, notadamente por ser assunto técnico que foge da esfera de conhecimento do homem comum. Contudo, parece-me que estamos diante de típico caso de silêncio eloquente, onde o legislador poderia mas optou por não colocar a figura do patrono como obrigatória para a validade da convenção processual, como o fez com os outros requisitos previstos no próprio art. 190 do CPC.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Por fim, existe a possibilidade de o juiz recusar a aplicação das convenções nos casos de nulidade. Com o único intuito de fornecer um panorama geral sobre o assunto, deve-se considerar nulo o negócio jurídico processual que desrespeite as exigências específicas do próprio dispositivo ora analisado, em razão de vícios sociais ou de consentimento, bem como caso não se observe os requisitos gerais do Código Civil, tais quais os arts. 104, 166 e 167. Outrossim, o respeito do princípio da Boa-Fé objetiva precisa se fazer presente desde a confecção do negócio jurídico até a sua execução e, por último, a utilização do instituto não pode ser exercida de forma abusiva, como acontece com todo Direito, sob pena de tornar a convenção um ato ilícito com base no art. 187 do CC.

Pelo exposto, percebe-se a superação e a consequente novação da antiga celeuma sobre a existência dos acordos processuais, tendo em vista a expressa existência das convenções processuais, sejam típicas ou atípicas, unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, no Código de Processo Civil.

Em decorrência disso, passa-se, agora, a indagar a área de atuação das partes e em quais casos o Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade esbarraria nos limites tidos como normas cogentes, ocasionando, por sua vez, a impossibilidade da celebração de eventual negócio jurídico. É certo que o próprio art. 190, como já exemplificado, impõe certos requisitos, mas haverá outros?

É interessante notar que a possibilidade ou impossibilidade das convenções processuais passa pela natureza jurídica da norma: se cogente, a convenção será inválida; se tratar de norma dispositiva, será possível. O desafio é classificar quais normas pertencem a quais categorias. Pode-se dizer que, em regra, as normas de ordem pública serão[1] , por sua vez, intransigíveis. Mas o que pode, de fato, ser considerado uma norma de natureza pública?

Sabe-se que a atual constituição brasileira é analítica, tendo regulado muitas vezes assuntos não essenciais a estrutura do Estado dentro do próprio corpo constitucional. Com os direitos processuais fundamentais não foi diferente. Nesse contexto, destaca-se o devido processo legal, o qual funciona como fundamento dos outros direitos fundamentais e que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

assegura um processo justo. Além dele, pode-se destacar os direitos fundamentais à segurança jurídica, ao acesso à justiça, à isonomia, ao contraditório, à ampla defesa, o dever de motivação do magistrado e à publicidade dos atos processuais.

Sobre a relação existente entre o processo e a Constituição, Bueno (2013, p. 110) ressalta: "De forma bem simples e bem direta é possível (e necessário) concluir no sentido de que é a Constituição Federal o ponto de partida de qualquer reflexão do direito processual civil".

Dito isso, percebe-se que a preocupação da doutrina em proibir certas convenções processuais decorre justamente do respeito a essas normas fundamentais, uma vez que a supremacia da constituição impõe que as normas infraconstitucionais sejam com ela compatíveis e harmônicas, sob pena de serem consideradas inconstitucionais. Nesses casos, a autonomia da vontade, derivada do importante princípio constitucional da liberdade, não é excluída do ordenamento jurídico, tal qual um sistema de tudo ou nada, mas simplesmente afastada no caso concreto, tendo em vista a ponderação (peso e importância) entre outros princípios igualmente protegidos.

Assim, evidente que as convenções das partes não podem derrogar os parâmetros constitucionais, sob pena de passar-se de um modelo de supremacia formal da constituição para o de supremacia da vontade dos particulares.

Desse modo, as manifestações de vontade são válidas no primeiro momento e nao é qualquer desigualdade que irá abalar o pacto firmado pelas partes, a não ser que se demonstre um efetivo desequilíbrio, a desproporcional e unilateral retirada de um direito de somente uma das partes, inviabilizando, por exemplo, sua possibilidade de influência.

Exemplo disso, seria banir por meio de convenção processual a possibilidade da assistência judiciária gratuita (igualdade ao processo).

Portanto, a casuística, nesse momento inicial, mostra-se de suma importância para orientar e fornecer um norte interpretativo das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

convenções processuais para os sujeitos processuais, notadamente os advogados. Diante disso, o Fórum de Processualistas Civis procurou exemplificar, em rol não taxativo, os possíveis negócios jurídicos processuais, por meio dos enunciados n. 19 e 21.

Consoante já pontuado, pelo mesmo motivo que levou o legislador a criar diversos procedimentos especiais, estruturados em razão de possuírem alguma característica peculiar, especial, o mesmo constituinte derivado entendeu e conferiu aos jurisdicionados a possibilidade de também adequarem os seus procedimentos ao caso concreto, atendendo às finalidades e à natureza do direito material objeto da lide.

Assim, com o advento do Novo Código de Processo Civil, a dúvida sobre as convenções processuais não paira sobre a sua possibilidade, mas sim sobre seus limites.

Diante do exposto, cumpre ressaltar que a cláusula geral de negócios processuais atípicos não deve servir apenas para uma atuação mais engenhosa, astuta e criativa pelos advogados. Incumbe a toda comunidade jurídica servir-se desta ferramenta para contribuir para a concretização de um processo cooperativo, com duração razoável, originando uma decisão justa, efetiva e capaz de fornecer uma resposta jurisdicional de qualidade e em observância com as singularidades dos casos concretos. Assim, fala-se em um Devido Processo Convencional.

7. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E OS NEGÓCIOS PRÉ-

PROCESSUAIS

Com base na lição de Yarshell (2015, p. 64), imperioso ressaltar que a possibilidade de "criação de regras pelas partes deve visar racionalizar o processo; e não criar embaraços desnecessários ou torná-lo menos eficiente". É com esse espírito que o negócio pré-processual inserido no Termo de Ajustamento de Conduta deve ser pensado: como transformar a tutela jurisdicional mais efetiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

As convenções pré-processuais podem ser previstas tanto em instrumento autônomo, quanto inseridas nos próprios negócios jurídicos de direito material.

Dessa forma, nos TACs, constarão, além das cláusulas pertinentes ao direito material, cláusulas de diferendos inseridas no próprio corpo do Título Executivo Extrajudicial, visando fornecer melhores ferramentas para o eventual descumprimento do acordo e, consequentemente, a sua execução pelo Poder Judiciário.

Ademais, além de criar mecanismos de efetividade para a proteção de direitos que passam da esfera individual, o referido acordo pré-processual, com base no princípio do autorregramento da vontade das partes, visa dar mais fluidez no procedimento, concretizando o Direito Fundamental da Duração Razoável do processo.

A própria dicção do art. 190 do CPC não deixa dúvidas que os negócios processuais podem ser realizados durante ou ANTES da demanda judicial. Em verdade, o campo de incidência das convenções mostra-se muito mais rico e propício na modalidade pré-processual.

Nogueira (2015) classifica os tipos de acordos de procedimento em estáticos e dinâmicos, sendo os últimos de suma importância para o presente trabalho, uma vez que, as partes, ao utilizarem-se da norma prevista no art. 190, podem ajustar o procedimento de acordo com seus interesses, seja criando um novo rito, seja restringindo fases, seja limitando prazos, meios de prova, ou a própria forma dos atos do processo.

Outro ponto importante é a necessidade de assegurar a igualdade das partes e a decorrente paridade das armas no processo, na forma do art. 5, caput, da CRFB/88 e do art. 7 do CPC (paridade de armas). Sendo assim, a observância desses princípios é importante para aferir a validade das convenções processuais, não permitindo que os órgãos legitimados a firmarem TACs, mesmo que na premissa de proteger direitos transindividuais, determinem regras processuais desproporcionais e unicamente vantajosas a uma das partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Por fim, Abreu (2015) esclarece que se as partes podem, por falta de ação, não desempenhar certas posições processuais durante o processo, igualmente podem abdicar dessas posições por meio das convenções processuais, sem que isso afronte os direitos fundamentais processuais. Logo, o desequilíbrio gerado entre os sujeitos processuais no que diz respeito às suas posições processuais não significa que a manifestação da vontade seja invalidada por ofensa à isonomia.

Sobre o calendário, o mesmo é um típico negócio jurídico processual plurilateral, em que as partes, juntamente com o juiz, podem calendarizar o procedimento, estipulando as datas para os futuros atos processuais. A grande vantagem é a dispensa da intimação das partes, já que todos os sujeitos processuais estão previamente cientes dos acontecimentos processuais, dando segurança, previsibilidade e velocidade ao processo. Por tal razão, o calendário mostra-se como uma grande ferramenta a combater os tempos mortos, isto é, o período o qual o processo fica parado, esquecido, esperando, muitas vezes, meses para o cumprimento de uma simples diligência.

A situação atual do Judiciário enfrenta um grave problema aritmético entre a quantidade de novas demandas ajuizadas, de um lado, e os processos finalizados de outro. A conta simplesmente não bate. Desde da grande reforma administrativa (EC 19/1998), percebe-se que o constituinte derivado está preocupado com a gestão e eficiência da Administração Pública.

Mas como torná-lo este princípio basilar uma realidade para a atividade jurisdicional? O calendário processual, chamado de timing of procedural steps pela doutrina norte-americana, possui natureza acessória, com a finalidade de estabelecer data-limites, seja do próprio desenho ordinário previsto em lei, seja do próprio acordo procedimental permitido pelo art. 190 do CPC.

Por isso, Costa[2] (2015) aduz que a calendarização não constitui uma técnica de flexibilização procedimental, mas sim uma técnica de gestão racional do tempo processual, fruto da filosofia do just in time, que tanto inspira o processo produtivo das grandes corporações empresariais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Assim, a única semelhança seria que tanto a cláusula geral dos negócios processuais atípicos quanto o calendário processual são convenções processuais, mas, no primeiro, a autonomia da vontade modela a estrutura procedimental, enquanto, no segundo, define um ritmo próprio no desenvolvimento procedimental.

Sendo um negócio plurilateral, há a necessidade do acordo de vontade entre todos os sujeitos processuais (entendidos como parte, terceiros, salvo a assistência simples, e juiz). Mas essa reunião de vontades não precisa ser colhida de forma simultânea. Logo, é perfeitamente possível a previsão de um calendário processual dentro do Termo de Ajustamento de Conduta por iniciativa das partes, condicionado ao aceite e controle do Magistrado, o qual irá ratificar ou não esse negócio processual em particular.

A imprescindibilidade de concordância do Juiz também deriva de uma questão lógica: ele será diretamente afetado pela convenção, tendo que se adequar a mesma, afetando, até mesmo, a atuação e organização dos servidores da própria vara.

Caso o magistrado recuse o calendário processual, deverá demonstrar o porquê da não aceitação, acompanhado da devida motivação, consoante art. 93, da CRFB/88. Em respeito ao contraditório, pedra de toque no atual CPC, deve-se dar oportunidade às partes para se manifestarem, sendo o momento ideal para reafirmarem a importância e a vantagem do "TIMETABLE". Note-se que, a depender da fundamentação do juiz, os sujeitos processuais também podem adequar as cláusulas a algum óbice apresentado pelo magistrado.

Por exemplo, foi realizado um Termo de Ajustamento de Conduta Ambienta no Ministério Público Federal, no qual o causador do dano admite ter assoreado um braço de rio na extração ilegal (sem as licenças devidas) de areia/cascalho, acarretando grave erosão nas margens e dificuldade na atividade de pesca pelos moradores da comunidade. Além disso, durante uma forte tempestade, a balsa virou e poluiu o corpo da água com óleo diesel. Assim, o poluidor se comprometeu a indenizar a comunidade afetada, bem como apresentar um PRAD em 60 dias,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

elaborado por profissional técnico e aprovado pelo órgão ambiental competente.

Dentro do TAC, foi convencionado um calendário processual, estipulando o seguinte: A data para apresentação dos embargos à execução, em eventual execução, será até a data X/X/X, significando X 8 dias após o eventual ajuizamento da execução. A data para resposta aos embargos à execução será até 8 dias após a apresentação dos embargos; A sentença será prolatada, provavelmente, até X/X/X, significando X o período condizente com a realidade prática da vara, tendo em vista a fila de espera de sentenças conclusas, como a extensa gama de processos.

Nessa situação, caso o juiz, ao receber o cumprimento de título executivo judicial, não concorde com as datas estipuladas, o negócio processual não se aperfeiçoará. Caso o magistrado aquiesça, a calendarização será válida e terá seu normal cumprimento.

Um desses estudiosos levanta situação interessante. Se houver substituição do juiz da causa, o substituto estará vinculado ao calendário processual? A autora aponta como crucial saber o motivo que levou o afastamento do magistrado, caso seja temporário, a eventual mudança de juiz não deve atrapalhar o calendário, devendo ser normalmente cumprido. Porém, em hipótese diversa:

Caso o afastamento seja definitivo, tendo em vista a nossa realidade forense, em que os prazos são impróprios para os magistrados, o novo juiz poderia rever os prazos inicialmente estabelecidos para aderir, modificar ou extinguir a convenção processual plurilateral. (XAVIER CABRAL, 2015, p. 234-235)

Por outro lado, se ocorrer o aperfeiçoamento da convenção processual, isto é, a vontade convergente de todos os sujeitos processuais, as datas estipuladas passam a vincular os seus adeptos as novas regras procedimentais estabelecidas, inclusive o agente público investido de jurisdição, na forma do parágrafo primeiro do art. 191. Por tal razão, em que pese os prazos para o juiz serem impróprios, o legislador ao estipular a citada vinculação, atestou seu desejo na participação e comprometimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

de todos os integrantes do acordo para cumprir com a finalidade do instituto.

Nesse particular, cumpre ressaltar que o art. 235 do CPC serve para representar ao corregedor do tribunal ou ao CNJ contra juiz que exceder o prazo previsto em lei. De igual modo, por meio de uma interpretação sistêmica, caso o magistrado descumpra com o prazo acordado por ele mesmo sem justa causa, abrir-se-ia a possibilidade de aplicar analogicamente o retrorreferido dispositivo.

Sobre o prazo a ser cumprido, notadamente sobre a calendarização de sentença, cita-se o art. 12 do NCPC, o qual estabelece uma ordem cronológica de julgamento, permitindo aos destinatários da jurisdição um controle e segurança maior sobre a data provável do término de seu processo. Portanto, voltando para a referida convenção plurilateral, esta caminha no mesmo sentido, fornecendo às partes uma estimativa da duração do processo.

Inobstante a semelhança com o calendário processual em possibilitar maior previsibilidade das partes no tocante à duração do processo, parece existir um conflito entre os dois institutos na prolação da sentença judicial. Isto porque, caso o calendário preveja uma data limite para a sentença, automaticamente, estar-se-ia desrespeitando a ordem cronológica de conclusão para proferir sentenças, afetando outros jurisdicionados que também aguardam a prolação de sentenças em seus respectivos processos.

Parte da doutrina afirma ser possível a conciliação da calendarização e da regra disposta no art. 12 do CPC, desde que se estabeleça, frisa-se, em comum acordo das partes e o JUIZ, que o ato que ponha fim a uma das fases do processo com base no arts. 485 e 487 do CPC, seja realizado em audiência especificamente designada para tanto, incidindo, desse modo, na exceção prevista no art. 12, p. 2, I do mesmo Código. Por derradeiro, destaca-se alguns possíveis negócios pré-processuais para promover a eficácia e proteção dos direitos difusos: redução dos prazos peremptórios pela metade, contagem do prazo em dias corridos, provas pré-constituídas, renúncia de assistente técnico, custas de eventual perito judicial arcadapelo poluidor, da desconsideração da Pessoa Jurídica, cláusula de paz e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

cominaçãode penalidade por eventual descumprimento das convenções processuais.

8. CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu, sem esgotar o assunto, firmar o entendimento pela compatibilidade do uso das convenções processuais nos processos coletivos, em especial pelo uso dos Termos de Ajustamento de Conduta. Primeiro. Verificou-se a existência de um novo princípio no Código de Processo Civil, derivado do valor da liberdade e consagrado pela cláusula geral expressa no art. 190, qual seja, o respeito ao autorregramento da vontade das partes, sendo o seu conhecimento imprescindível para a correta interpretação da amplitude dos negócios jurídicos processuais.

Tal premissa pôde ser observada por meio de uma interpretação sistemática do Novo Código, onde constatou-se, por inúmeros dispositivos, a valorização e o prestígio da atuação das partes para a formação de uma decisão justa, contribuindo, assim, para o pleno exercício democrático endoprocessual.

Com base na análise histórica do instituto, inferiu-se por sua existência, mesmo que tímida, desde o Código de Buzaid, tendo em vista a previsão de extensa quantidade de negócios jurídicos processuais típicos, bem como uma potencial, mas não expressa, cláusula geral de convenções processuais atípicas.

Segundo. Acerca da existência de convencionalidade no âmbito do Direito Público, averiguou-se uma verdadeira invasão de normas que estimulam a autocomposição em campos antes vistos como avessos a tais práticas.

A esse respeito, destacou-se inúmeros dispositivos e institutos que permitem um grau de disponibilidade, muitas vezes, do próprio direito material pela Administração Pública.

Desta feita, concluiu-se pela possibilidade de se convencionar nos processos coletivos, elencando como equivocada a premissa que os Direitos Materiais indisponíveis sempre levam a indisponibilidade no plano

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

processual. Além disso, comentou-se sobre a resolução N. 118 do CNMP e a utilidade dos TACS para realização de negócios jurídicos processuais. Constatou-se, ainda, a imprescindibilidade do uso de tais ferramentas para criar mecanismos mais eficazes de proteção aos direitos coletivos e sociais relevantes.

Terceiro. A partir da consagração da atipicidade dos negócios processuais, prevista no art. 190 do CPC, além do inequívoco poder dado às partes para adequarem o procedimento e suas situações processuais, observou-se e estabeleceu-se limites para a prática do instituto, os quais se subdividem em: i) requisitos específicos elencados no parágrafo único do art. 190 do CPC; ii) requisitos gerais dos negócios jurídicos espalhados pelo CC; iii) requisitos constitucionais, derivados dos Direitos Processuais Fundamentais, notadamente do Devido Processo Legal, o qual revela-se como eixo axiológico de toda a ciência processual.

Por último, com a finalidade de contribuir e fomentar a utilização das convenções processuais no âmbito da Administração Pública, citou-se alguns exemplos de negócios pré-processuais que podem ser firmados nos TACS que, na visão do autor, são instrumentos idôneos para assegurar uma tutela tempestiva, justa e condizente com a natureza jurídica dos Direitos Transindividuais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ALMEIDA, Diogo Assumpção. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. 247 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 de mar. 2015. Disponível em: http:// www.planalto.gov.br/. Acesso em: 30 jun. 2016.

BRASIL, Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. **Ação Civil Pública**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 25 de jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/. Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL, Resolução n. 118, de 1. de Dezembro de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasilia, DF, 27 de jan. 2015. Disponível em: http:// www.cnmp.mp.br/portal/images/ Normas/Resulucoes/Resolução_no_118_autocomposição.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito ProcessualCivil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual civil**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública:** comentários por artigo. Rio de Janeiro: Lumen juris, 7. Ed., 2009.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização Processual. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, I. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Negócios Processuais, Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, V., 2015, Vitória. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Vitória: UFES, 2015, 86 p.

GODINHO, Robson. **Convenções sobre o ônus da prova** - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013, p. 30, 66 e 205).

_____. **A possibilidade de negócios processuais atípicos em matéria probatória**. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). Negócios Processuais. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRECO, LEONARDO. "**Os atos de disposição processual - primeiras reflexões**". Revista Eletrônica de Direito Processual. Disponível em www.revistaprocessual.com, 2007, v.1.

_____. A possibilidade de negócios processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios Jurídicos Processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

LIMA, BERNARDO SILVA. **Sobre o negócio jurídico processoal**. Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil, I**. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 291.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEGNA, Bruno Lopes, et al. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NEGREIRO LIMA, Fernando Antônio. **Teoria geral do processo judicial**. São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Negócios jurídicos processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais.** Salvador: Tese de Doutorado da UFBA, 2001. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). Negócios Processuais. Salvador: Juspodivm, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/15. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

TARTUCE, Fernanda. Igualdade e vulnerabilidade no processo civil. Rio de janeiro: Forense, 2012 APUD RAFAEL SIRANGELO DE ABREU, A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. **Negócio jurídico processual**. Enciclópedia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual**: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). Negócios Processuais. Salvador: Juspodivm, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

www.conteudojuridico.com.br

A UNIVERSALIDADE DO DIREITO À SAÚDE E A ESCASSEZ DE RECURSOS

JÚLIA REIS MENDONÇA: Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Escola Judicial do Estado de Sergipe.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar o direito constitucional à saúde, positivado no art. 196 da Constituição Federal, à luz da escassez de recursos. De maneira introdutória, faz-se um breve histórico do tratamento dado ao direito à saúde no Brasil, para somente depois adentrar-se à questão principal: a inviabilidade de fornecer serviços de saúde de forma ilimitada diante das restrições orçamentárias.

Palavras-chave: Saúde. Universalidade. Escassez de recursos.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. 3. UNIVERSALIDADE DO DIREITO À SAÚDE E ESCASSEZ DE RECURSOS. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

É inegável a importância da saúde humana para o desenvolvimento de uma sociedade, seja pelo fato de estar intrinsecamente relacionada ao bem da vida, seja por se tratar de um fator determinante para a conquista do bem-estar social. Tamanha relevância provocou o Estado brasileiro a tutelar esse bem jurídico, de modo que a saúde foi introduzida na Constituição Federal de 1988 com status de direito fundamental. A partir daí, a saúde passou a ser tratada como "direito de todos e dever do Estado", devendo este buscar meios de efetivar esse direito.

No entanto, a concretização do direito à saúde não pode ser confundida com a oferta indiscriminada de medicamentos. Na realidade, configura-se uma utopia imaginar que o Estado possui capacidade financeira de prestar serviços de saúde, integralmente, a toda a população.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Infelizmente, os recursos públicos são escassos e as necessidades de saúde da população são ilimitadas. Desse modo, ao contrário do que predomina na opinião pública, a concretização do direito constitucional à saúde apresenta limites.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A saúde humana, essencialmente transitória e multifacetada, possui, por conseguinte, um conceito heterogêneo. A concepção de saúde, ao longo dos séculos, decorreu da realidade científica, histórica e cultural manifestada pela sociedade em cada período. Essa evolução percorreu um longo caminho, desde a adoção do pensamento mágico e supersticioso, pelos povos primitivos, até o reconhecimento da saúde como sinônimo de qualidade de vida. No Brasil, esse progresso repercutiu diretamente no conjunto de políticas públicas sanitárias adotadas pelo Estado, sendo determinante, inclusive, para a sua introdução, como direito fundamental, na Constituição Federal de 1988.

A primeira concepção de saúde de que se tem registro, segundo o médico sanitarista Moacyr Scliar (2005, p. 14), foi aquela adotada pelos povos primitivos, a qual sustentou uma explicação mágica da realidade, em que se via o doente como "vítima de demônios e espíritos malignos, mobilizados talvez por um inimigo", nas palavras do estudioso.

Posteriormente, na Grécia Antiga, essas crenças supersticiosas foram questionadas pelo médico e filósofo Hipócrates. A partir dele, direcionaram-se os tratamentos de saúde no caminho científico, e não mais religioso. Além disso, reconheceu-se a influência dos fatores ambientais na saúde humana, enxergando a multicausalidade no surgimento das doenças.

Com o início da Idade Média, e a influência da igreja católica no comportamento social e cultural da época, a doença voltou a ser vista como castigo divino, e, por essa razão, o tratamento dos enfermos estava diretamente vinculado à religião, baseado no pensamento cristão de caridade e assistência aos pobres.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Após a Idade das Trevas e o surgimento da Revolução Industrial, a saúde pública ganhou notoriedade. Naquele momento, em razão da rápida proliferação de doenças entre os operários nos grandes centros urbanos, os patrões, preocupados com a produtividade das fábricas, procuraram garantir condições mínimas de salubridade. Assim, considerando que os interesses da burguesia se confundiam com os do próprio Estado, este passou a adotar as primeiras políticas públicas de saúde.

Em continuidade ao avanço alcançado, bem como reforçando-se a lógica econômica, no século XX, a assistência sanitária passou a ser tratada como questão social e dever do Estado em prestá-la.

Em 1946, a saúde foi tratada pela Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS -, como o "estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade", o que, em outras palavras, significou a transformação da saúde em sinônimo de qualidade de vida. Essa visão abrangente gerou importantes consequências no plano sanitário, em termos de políticas públicas, tendo em vista que a concepção de assistência à saúde passou a transcender a ideia de mero fornecimento de recursos hospitalares.

No Brasil, a proteção à saúde teve início com a Constituição de 1934. Entretanto, a abordagem do tema ainda se dava de maneira muito tímida, perdurando da mesma forma nas Constituições subsequentes. Apenas com a promulgação da Constituição de 1988, a saúde, pela primeira vez, ganhou status de norma suprema. A partir dela, reconheceu-se a fundamentalidade do direito à saúde, tanto no âmbito formal quanto material, pois, além de ter sido introduzido explicitamente no diploma constitucional, fora reconhecida a sua relevância como bem jurídico essencial ao indivíduo, estando "diretamente relacionado a outros direitos fundamentais e valores constitucionais, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana" (FIGUEIREDO, 2007, p. 86).

Assim, o caráter fundamental dos direitos é assegurado àqueles que "são reputados essenciais para os seus membros, e assim, são tratados pela Constituição, com o que se tornam passíveis de serem exigidos e exercitados, singular ou coletivamente" (MOTTA & BARCHET, 2009, p. 93).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O direito à saúde, considerando-se o momento histórico em que surgiu e fora introduzido na Constituição brasileira, pertence à segunda geração de direitos fundamentais. Doutrinariamente, tal geração se caracteriza por tutelar os chamados *direitos dos desamparados* ou *direitos do bem-estar*, tendo em vista que exigem uma postura ativa do Estado, no sentido de possibilitar as conquistas sociais, estando intimamente ligadas ao conceito de igualdade (MOTTA & BARCHET, 2009, p. 95). Ademais, asseveram os autores que "as normas constitucionais consagradoras desses direitos exigem do Estado um fazer, através de ações concretas desencadeadas para favorecer o indivíduo (também são conhecidos como direitos positivos ou direitos de prestação)".

José Afonso da Silva (2005, p. 286), com melhor técnica, caracteriza a geração de direitos a qual pertence o direito à saúde:

> Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Desse modo, o objetivo precípuo da constitucionalização dos direitos fundamentais de segunda geração, mais precisamente, do direito à saúde, foi tentar garantir, não apenas uma igualdade formal, mas também o alcance da igualdade material, real e efetiva. Tendo em vista que a grande parte da coletividade não dispõe de recursos para obter condições dignas de saúde, o Estado foi obrigado a assumir um papel atuante perante a sociedade, a fim de buscar condições para um efetivo desenvolvimento da integralidade de seus membros. Desse modo, a implementação de políticas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

públicas foi determinante para a superação do Estado Liberal pelo Estado Social, intervencionista na sociedade.

Em suma, reconhecer a saúde como um direito fundamental, tanto formalmente como materialmente, gera duas consequências: por um lado, o dever do Estado em prestar serviços de saúde, através de políticas públicas eficientes que garantam um atendimento adequado à população e, por outro, a possibilidade de o beneficiário reivindicar pela efetivação desse direito.

3. UNIVERSALIDADE DO DIREITO À SAÚDE E ESCASSEZ DE RECURSOS

A introdução, no texto constitucional, do direito à saúde, o consagrou como "direito de todos e dever do Estado" (art. 196, CF). No entanto, essa garantia, até hoje, enfrenta dificuldades para ser concretizada. O fato é que a implementação de políticas públicas de saúde pelo Estado brasileiro exige o emprego de vultosos recursos financeiros, os quais não estão disponíveis na mesma proporção que as necessidades da coletividade.

Apesar das dificuldades, a efetivação do direito à saúde avançou gradativamente nos últimos 40 (quarenta) anos. Durante esse período, o Brasil superou um sistema sanitário limitado, restrito a apenas uma parcela da população, até finalmente adotar, em 1988, o Sistema Único de Saúde. A implantação de tal sistema, baseado nos princípios da universalidade, equidade e integralidade, foi responsável pela conquista de índices sanitários mundialmente notáveis. No entanto, a continuidade dos bons resultados depende do enfrentamento de dois desafios antagônicos: a garantia da universalidade de atendimento e a limitação de recursos públicos.

Antes da criação do Sistema Único de Saúde (SUS), a assistência sanitária era prestada pelo poder público através do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS –, fornecendo atendimento médico somente aos que contribuíam com a previdência social, ou seja, aos empregados de carteira assinada e seus dependentes (FIGUEIREDO, 2007, p. 96).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Naquele momento, apenas 30 (trinta) milhões de pessoas tinham acesso ao serviço de saúde e, quem era desprovido de recursos financeiros dependia da caridade e da filantropia (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011). Além disso, o sistema de saúde era centralizado e de responsabilidade federal, sem a participação dos usuários. E como agravante à situação, a saúde era considerada a mera ausência de doença, dificultando a eficácia do sistema, pois o Estado se limitava a fornecer serviços médico-hospitalares, sem se preocupar com a prestação de serviços de prevenção.

Como forma de reivindicação ao sistema de saúde então vigente, surgiu um movimento, no início da década de 70, no seio das universidades e dos sindicatos, que pleiteava por mudanças e transformações necessárias na área de saúde. Tal movimento social, denominado de "Reforma Sanitária", indicava propostas expansionistas na área assistencial médica previdenciária.

Em 1986, durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, o Movimento ganhou força, pois, "pela primeira vez, mais de cinco mil representantes de todos os segmentos da sociedade civil discutiram um novo modelo de saúde para o Brasil", nas palavras do médico sanitarista Sérgio Arouca, em depoimento datado de 1988 sobre a Reforma Sanitária (FIOCRUZ, 2015). O resultado foi a criação, através da lei 8.080/90, do Sistema Único de Saúde – SUS –, cujo objetivo é "prover uma atenção abrangente e universal, preventiva e curativa, por meio da gestão e prestação descentralizadas de serviços de saúde, promovendo a participação da comunidade em todos os níveis de governo" (ALMEIDA, BAHIA, MACINKO, PAIM, TRAVASSOS, 2011, p.11).

A implantação do SUS representou um grande avanço na área de saúde no Brasil. Além de ampliar o alcance do sistema, ele propiciou a conquista de índices de saúde expressivos. A mortalidade infantil, por exemplo, diminuiu 73% (setenta e três por cento) entre os anos de 1990 e 2015, segundo dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância (2015). No entanto, a continuidade desse avanço depende não apenas de uma maior quantidade de recursos financeiros, mas, sobretudo, de escolhas conscientes sobre onde e como aplicar esses recursos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Tal ponderação na aplicação das verbas públicas deve ser feita com a devida cautela. Para isso, deve tomar-se como base três princípios, quais sejam, a *universalidade do atendimento*, *equidade* e *integralidade*, estabelecidos no art. 7º da lei 8.080/90.

A universalidade do atendimento, segundo Guilherme Dias Gontijo, refere-se à ideia de que "todos têm direito à saúde, sendo esse um direito inerente ao próprio cidadão e dever do Estado". No tocante à equidade, contudo, assevera que, "se todo cidadão é igual perante o SUS e será atendido segundo as suas necessidades, reconhece-se o imperativo de tratar desigualmente os desiguais". Por fim, quanto à integralidade de assistência, a conceitua como "o conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais ou coletivos, com vistas ao atendimento das necessidades de saúde do indivíduo, em todos os níveis de complexidade do sistema" (2010, p. 608).

Sob outra perspectiva, ao analisar as circunstâncias reais de implementação das políticas públicas de saúde, evidencia-se um contrassenso: a concretização plena de qualquer um desses princípios, compromete a efetividade dos demais. O fato é que a finitude de recursos impossibilita o atendimento das necessidades de saúde da população de forma universal, integral e equitativa, ao mesmo tempo. Ao contrário do que predomina na opinião pública, a prestação médica-assistencial apresenta limites. Desse modo, percebe-se que "enquanto as necessidades de saúde são praticamente infinitas, os recursos para atendê-las não o são, e a saúde, apesar de um bem fundamental e de especial importância, não é o único bem que a sociedade tem interesse em usufruir" (NEWDICK apud FERRAZ; VIEIRA, 2009, p. 6).

Para demonstrar a incapacidade real do Estado em prover medicamentos de forma indiscriminada, fora realizada uma pesquisa por Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira (2009), na qual partiu-se da hipótese de serem fornecidos os medicamentos mais recentes disponíveis no mercado para todos os portadores de duas doenças, *hepatite viral crônica C* e *artrite reumatoide*. O resultado foi alarmante: segundo a pesquisa, ficou constatado que seriam necessários 99,5 bilhões de reais para tratar apenas estas duas enfermidades, de forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

universal e integral. Ou seja, para tratar 1% (um por cento) da população seria empregado todo o recurso disponível para a saúde.

4. CONCLUSÃO

Pelo exposto, é forçoso concluir que a suposta obrigação do Estado em prestar, simultaneamente, assistência médica integral e universal, deve ser apreciada com a devida moderação. A eficiência do Sistema Único de Saúde não deve ser confundida com a oferta indiscriminada de qualquer tipo de procedimento tecnológico à população. Na verdade, a eficácia do sistema depende, especialmente, da organização administrativa, pois somente através da aplicação adequada dos recursos públicos será possível garantir a equidade na prestação dos serviços de saúde.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Celia; BAHIA, Ligia; MACINKO, James; PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Claudia. **O Sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios**. *The Lancet [periódico na internet]* 09 de maio de 2011. Séries Saúde no Brasil 1. Disponível em: <http://www.abc.org.br/IMG/pdf/doc-574.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2015.

BARCHET, Gustavo; MOTTA, Sylvio. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde: Parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

FIOCRUZ. Reforma sanitária. Disponível em: <http://bvsarouca.icict.fiocruz.br/sanitarista05.html>. Acesso em 03 de setembro de 2015.

GONTIJO, Guilherme Dias. **A Judicialização do direito à saúde**. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/345>. Acesso em 20 de outubro de 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **SUS: a saúde do Brasil**. 3 ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_saude_brasil_3ed.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND. Levels&Trends in ChildMortality. Disponível em: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/IGME_Report_Final2.pdf>. Acesso em 16 de outubro de 2015.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública**. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; MENDES, Andréa Cristina Rosa. **Evolução dos Gastos com medicamentos: crescimento que preocupa.** Disponível em: http://abresbrasil.org.br/sites/default/files/mesa_07_-_fabiola_gastos_medicamentos.pdf. Acesso em 21 de outubro de 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS JUÍZES: UMA ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL NO RE 429.518-1/SC

VALTER PEDROSO VITELLI:
Bacharelando em Direito pela UNB.

RESUMO: O presente artigo visa a debater acerca da responsabilidade civil dos juízes em caso de erro judicial, levando em consideração a decisão proferida pelo Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no RE 429.518-1/SC. Para tanto, em sua primeira parte, será realizada uma breve síntese do caso em análise. Em seguida, em sua segunda parte, o artigo discorre acerca da responsabilidade objetiva do Estado. Por fim, em sua conclusão, o artigo visa a responder se os juízes devem ser responsabilizados por erros que cometerem em suas decisões.

PALAVRAS CHAVE: Responsabilidade civil dos juízes; Responsabilidade objetiva do Estado; Erro judiciário.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO; 3. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

O caso em análise se trata de agravo regimental a respeito da decisão que negou seguimento ao RE à vista do crucial entendimento de que a responsabilidade objetiva do Estado não se estenderia aos atos praticados pelos juízes, malgrado nas hipóteses legais expressas. Além disso, entendeu-se que o dito *erro judiciário* (art. 5°, LXXV, da CF/1988) não se ajusta conceitualmente ao decreto judicial de prisão preventiva, independentemente da superveniente situação em que o réu, ao fim da ação penal, venha a ser absolvido.

O agravante suscitou que tal prisão injusta adveio da presença de erro e de má-fé no decorrer da investigação policial. O acusado sustentou que, em verdade, seria apenas homônimo de um traficante, no entanto, não haveria nenhuma substância entorpecente em sua residência. Outrossim, o juiz teria endossado tal fato inverídico decretando a prisão preventiva do acusado que, todavia, ao final da instrução, foi absolvido por falta de provas. Por fim, à luz do art. 37, § 6°, da Constituição Cidadã, o agravante expôs a existência de omissão da decisão agravada no que tange à responsabilidade objetiva do Estado por dano de seu agente.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O relator, Ministro Carlos Velloso, optou pelo não provimento do presente agravo sob o entendimento de que inexistiria a alegação de negativa de prestação jurisdicional, haja vista, por exemplo, a necessidade de ocorrência do prequestionamento mediante interposição de embargos de declaração. Além disso, optou pela inviabilidade do RE pelo fato de que, à luz da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade objetiva do Estado só seria aplicável aos atos dos juízes nos casos expressamente previstos em lei.

2. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

Primeiramente, cabe ressaltar que a responsabilidade civil decorre de condutas que causem dano patrimonial, moral ou ambos.[1] Por sua vez, a responsabilidade civil do Estado se refere ao dever de o Estado ressarcir os danos causados por seus agentes a particulares.[2]

O fundamento básico da responsabilidade civil subjetiva, para fixar o dever de indenizar, é a culpa. Sendo assim, no Direito Privado, o sujeito que pleiteia a indenização tem o ônus de comprovar a conduta culposa do acusado; dano ou prejuízo e nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano sofrido. Ao adotar a teoria da responsabilidade civil objetiva, não há necessidade de demonstrar culpa para a imputação da responsabilidade, de forma que o principal fundamento do dever de indenização passa a ser o risco. Sendo assim, o dever de ressarcir cabe àquele que desempenha atividade suscetível de causar danos a terceiros.[3]

A teoria do risco divide-se na teoria do risco administrativo e do risco integral.[4] A principal distinção entre elas é que a teoria do risco administrativo admite hipóteses de exclusão da responsabilidade do Estado e a do risco integral não. Essas excludentes de responsabilidade civil operam quando há culpa exclusiva do particular ou for um caso de força maior. Nesse ponto, é possível observar a inversão do ônus da prova. Ou seja, o particular não é obrigado a provar culpa do agente. No entanto, se o Poder Público produz provas de que o ocorrido resultou de culpa do particular, não somente se exime da responsabilidade, como também pode pleitear a indenização dos danos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é tratada no artigo 37, § 6° da Constituição Federal:

> *§ 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,*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A partir dessa redação, evidencia-se que o Estado brasileiro adota a teoria do risco. Além disso, o particular que visa indenização pelo dano causado deve ingressar com ação contra o Estado, que detém a legitimidade passiva, como pacificado no RE n. 228.977/SP. Por fim, é possível concluir que os requisitos para a responsabilização civil do Estado são o dano, nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano produzido e a oficialidade da atividade causal.[5]

Tendo em vista o aludido art. 37, § 6°, da Constituição Federal, nota-se que houve o acolhimento da Teoria do Risco Administrativo.[6] Isso implica em dizer que o Estado acaba por responder objetivamente pelos danos causados a terceiros praticados pelos seus agentes, nessa qualidade. Assim, é necessária a existência de uma relação mínima de causalidade – *causa e efeito* – entre a atuação do agente público e o referido dano. Todavia, cabe salientar que, em casos de dolo e de culpa, é assegurado ao Estado, em face do agente causador do dano, o direito de regresso pelo qual visa-se reaver a quantia paga à vítima. À título exemplificativo, à luz do artigo 5°, LXXVIII, da CF/98, a demora excessiva na prestação jurisdicional pode gerar uma responsabilidade por parte do Estado, caso, nas circunstâncias concretas, note-se falhas estruturais e demoras desarrazoadas.

Como já exposto, o juiz apenas responde civilmente caso incorra nos atos previstos na própria lei. Assim, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 143, preleciona que o magistrado irá responder, regressivamente, por perdas e danos nas seguintes hipóteses: (i) caso, no exercício de suas funções, ele proceda com dolo ou frade; (ii) caso ele recuse, omita ou retarde, sem justa razão, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte, neste caso sob o prazo de 10 dias.

No entanto, cabe ao menos ressaltar brevemente que o juiz pode, também, responder no âmbito administrativo, isto é, a partir de medidas disciplinares perante seu respectivo Tribunal ou respectiva Corregedoria, ou ainda perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Ademais, ainda é possível falar-se em uma responsabilidade penal do magistrado, caso cometa, em sua atuação funcional, infrações abrangidas pela legislação penal.

Em casos de conduta dolosa, ainda, o lesado pode optar por ajuizar uma ação indenizatória em face do próprio magistrado, consoante ao artigo 133 do

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CPC e do artigo 49 da LOMAN. O caso em questão, todavia, delineia-se na esfera penal. Nessa, sob a égide do artigo 5°, LXXV, da CF/98, nas hipóteses em que haja conduta culposa, o Estado detém o dever de indenizar o condenado por erro judiciário, bem como caso o réu cumpra sua prisão para além do tempo fixado na sentença.

3. CONCLUSÃO

No que tange à aplicabilidade do decreto judicial de prisão preventiva, quando observados os pressupostos que o autorizam, bem como se devidamente fundamentado, não há de se falar em erro judiciário, sob pena de violação do princípio do livre convencimento do juiz. Segundo Maria Silvia Zanella Di Pietro, indenizar dano decorrente de decisão judicial implicaria em violar a regra da imutabilidade da coisa julgada, pois significaria inferir uma sentença proferida com violação da lei.[7]

Nesse diapasão, como bem preleciona Lucas Rocha Furtado, em caso de medida preventiva, se comprovado que houve falha do ato judicial por erro de instância administrativa – por exemplo, dos órgãos policiais – pode-se argumentar que houve dano decorrente da própria instância administrativa, podendo ser invocada a regra geral da responsabilidade objetiva do Estado. Contudo, faz-se mister frisar que essa responsabilidade sobre os atos judiciais que tenham causado prejuízo à população compete ao Estado, não ao magistrado, salvo quando este houver agido com dolo ou fraude. Nessa hipótese, o magistrado pode ser responsabilizado regressivamente, como supracitado.[8]

A atuação do magistrado é uma atividade de risco e traz consigo, de modo inerente, o erro. Equiparar os erros do juiz a infrações significa abalar gravemente a segurança de suas decisões. Dessa forma, no caso em comento, não se deve invocar a responsabilidade do juiz pelo erro cometido, haja vista a inexistência de dolo ou fraude.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Resumo de Direito Administrativo Descomplicado**. 8. Ed. São Paulo: Método, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. Rio de Janeiro: R. EMERJ, v.14, n. 55, 2011.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

NOTAS:

[1] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Resumo de Direito Administrativo Descomplicado**. 8. Ed. São Paulo: Método, 2015, p. 311.

[2] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 815.

[3] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 819-820.

[4] MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 562.

[5] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 831.

[6] CAVALIERI FILHO, Sergio. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. Rio de Janeiro: R. EMERJ, v.14, n. 55, 2011, pp. 10-11.

[7] DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 533-534.

[8] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 5. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 906-909.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

www.conteudojuridico.com.br

A QUESTÃO DA EFICÁCIA TERRITORIAL DA SENTENÇA NAS AÇÕES COLETIVAS

CLARINDO JOSÉ LÚCIO GOMES JUNIOR: Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; servidor do Tribunal de Justiça do Amazonas.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de trazer o entendimento a respeito da territorialidade nas ações coletivas, em especial na ação civil pública. Tal regra está prevista no Art. 16 da Lei 7.347/85, com redação dada pela lei 9.494/97, estabelecendo-se que a eficácia, ainda erga omnes, da sentença estaria limitada aos limites da competência territorial do órgão prolator. Analisa-se a compatibilidade do dispositivo com o mecanismo de tutela de direitos coletivos vigentes, devendo ser interpretado dentro do microssistema de tutela coletivo formado pela interação da Lei n. 7.347/85, "Lei da Ação Civil Pública", e os dispositivos da Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que tratam da tutela coletiva de direitos. Sopesam-se as hipóteses de resolução do dispositivo, uns entendendo pela compatibilidade plena e outros argumentando a retirada do meio jurídico, através de análise no método técnico científico, através da construção de conceitos, utilização de doutrinas de base, jurisprudência dos tribunais e propondo a construção de uma solução.

Palavras-chave: Territorialidade. Coletivos. Tutela. Microssitema.

ABSTRACT: This paper aims to bring understanding of territoriality in collective actions, especially in the civil action. Such a rule is laid down in Art. 16 of Law 7,347/ 85, amended by Law 9,494 / 97, establishing that the effectiveness , even e*rga omnes*, the sentence would be limited to the limits of territorial jurisdiction of the prolator body. However, it appears, in weighed analysis , that the wording of the device is as opposed to redress mechanism of existing collective rights , must be interpreted within the collective protection of microsystem formed by the interaction of Law n . 7347 / 85, "Law of Public Civil Action ", and the portion of Law n. 8.078/90, the Consumer Protection Code, which deals with the collective protection of

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

rights. The hypotheses of resolution of the device are being considered, some understanding the full compatibility and others arguing the withdrawal of the legal environment, through analysis in the scientific technical method, through the construction of concepts, use of basic doctrines, jurisprudence of the courts and proposing construction of a solution.

Keywords: Territoriality . Collective . Guardianship. Microsystem.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DA SENTENÇA. 2.1 Conceito. 2.2 Classificação das Sentenças. 2.3 Da Congruência. 3 DA COISA JULGADA. 3.1 Considerações Iniciais. 3.2. Natureza Jurídica da Coisa Julgada. 3.3 Da Classificação da Coisa Julgada. 3.3.1 Intróito. 3.3.2. Da Coisa Julgada Material. 4 DA EFICÁCIA TERRITORIAL DA SENTENÇA NAS AÇÕES COLETIVAS. 4.1 Da Natureza dos Direitos Coletivamente Tutelados. 4.2 Da Ação Civil Pública e da Ação Civil Coletiva. 4.2.1 Linhas Gerais. 4.2.2 Legitimação Ativa nas Demandas Coletivas. 4.2.3. A Competência nas Ações Coletivas. 4.2.4 A Coisa Julgada nas Ações Coletivas. 4.3 O Problema da Eficácia Territorial da Sentença nas Ações Coletivas. 4.3.1 Críticas ao Art. 16 da Lei 7.347/85. 4.3.2 Uma Proposta de Solução à Problemática. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A tutela adequada de direitos no brasil é realizada de modos distintos, possibilitando-se tanto a tutela de direitos de maneira individual, como a tutela coletiva de direitos.

Possivelmente o organismo normativo mais conhecido no direito coletivo, a lei 7.347/85, conforme se verá, não atende a tal demanda isoladamente, mas está englobada em um sistema normativo maior, um microssistema de processo civil coletivo, devendo haver interpretação sistemática dos dispositivos existentes nesse diploma normativo. Assim, previu-se no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 81, I, II e III, a defesa coletiva de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. No que tange às duas primeiras espécies, a professora Ada Pelligrini arremata:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Com relação à demanda que envolve a tutela de direitos difusos e coletivos, indivisíveis por natureza, a coisa julgada não pode ser outra se não erga omnes. A satisfação do interesse de um dos membros da coletividade significa inelutavelmente a satisfação do interesse de todos os outros; assim como a negação do interesse de um indica a mesma negação para todos os outros. (GRINOVER; WATANNABE; MULLENIX, 2007, p.237).

Sucede que tal eficácia erga omnes, nos moldes em que é defendida, parece entrar em conflito com a inteligência do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, que limita os efeitos da sentença, dispondo que a sentença civil fará coisa julgada nos limites territoriais do órgão julgador.

Indo-se mais a fundo, vê-se que a Lei 7.347/85, em seu texto original, previa tão somente eficácia erga omnes à sentença proferida no bojo de ação civil pública. Todavia, a superveniente lei 9.494/97 deu nova redação ao Artigo 16 do referido diploma, estabelecendo-se que a eficácia, ainda erga omnes, da sentença estaria limitada aos limites da competência territorial do órgão prolator. Eis o teor do dispositivo:

> Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (BRASIL, Lei 7.347/85, 2018)

A redação do artigo 16 da Lei 7.347/85, originariamente possuía a seguinte redação originária:

> Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> fundamento, valendo-se de nova prova.(BRASIL, Lei 7.347/85, 2018)

No entanto, foi editada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso a Medida Provisória de número 1.570/1997, posteriormente convertida na Lei n. 9.494/1997, que deu a atual redação ao mencionado dispositivo.

O presente trabalho objetiva explorar as razões da limitação expressa do dispositivo legal, bem como avaliar os efeitos de tal previsão normativa em uma avaliação sistemática do ordenamento e ainda tratar da questão da compatibilidade de tal norma com o ordenamento como um todo.

É sabido que toda norma infraconstitucional deve buscar suporte em uma norma constitucional, esta o fundamento de validade daquela. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, houve a consagração de diversos direitos, antes deixados de lado nas ordens constitucionais anteriores

Cumpre ressaltar que a ação civil pública é, antes de mais nada, ação de cunho constitucional, garantidora de direitos previstos na carta magna. Faz parte das denominadas garantias instrumentais, que visa operacionalizar e dar consistência aos direitos fundamentais em seu âmbito material. E tais ações caracterizam-se por, além de terem procedimentos céleres, visarem alcançar o máximo de efetividade na tutela dos direitos garantidos.

Nesse sentir a problemática apresentada se mostra de alta relevância social, na medida em que a tutela coletiva de direitos é um dos mais importantes avanços na ciência processual brasileira.

E restringir a coisa julgada à competência do órgão julgador parece ir na contramão da evolução apresentada.

No sistema vigente em nossa sociedade, o democrático representativo, a escolha de representantes é feita mediante escolha

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

popular, e cabe a estes atender os interesses sociais, no caso do legislativo, elaborando normas que atendam ao interesse público. Isso não significa atender sempre à vontade de parcela da população, ainda que majoritário. O que se avalia, conforme exposto, é a compatibilidade técnico jurídica entre o objeto de estudo e o ordenamento, passando pelos objetivos dantes apontados, de forma imparcial.

O tema é definitivamente intrigante.

Para explorá-lo, optou-se pela divisão do presente artigo em três capítulos.

O primeiro deles analisa a sentença de forma geral, dentro da ciência processual e busca propor um conceito a seu respeito.

O segundo capítulo propõe uma análise acerca do regime jurídico da coisa julgada nas ações individuais, verificando quais seriam seus limites, para posterior comparação no capítulo posterior.

No terceiro capítulo, passa-se primeiramente pela construção de conceitos importantes na tutela coletiva de direitos. Posteriormente, analisa-se a coisa julgada em suas especificidades no processos individuais, para então analisar a compatibilidade da regra da territorialidade prevista na Lei de Ação Civil Pública (LACP) com o ordenamento jurídico em geral.

2 DA SENTENÇA

Neste primeiro capítulo, far-se-á um apanhado geral acerca do instituto da sentença, explorando seu conceito, suas peculiaridades e características relevantes para o objeto de estudo deste trabalho e naquilo que tem de pertinente para o embasamento teórico necessário para a solução da problemática apresentada. Passa longe do objetivo aqui escrever à exaustão sobre o tema, na medida em que a delimitação do objeto de estudo afasta tal pretensão do objetivo da monografia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Feitas tais considerações, breves, mas necessárias, passa-se a tecer comentários acerca do instituto processual denominado sentença, muito provavelmente o ato mais solene dos processos de conhecimento.

2.1 Conceito

Longe do objetivo deste trabalho é discorrer minuciosamente acerca da teoria geral do processo civil, haja vista o delimitado objeto da pesquisa.

Todavia, faz-se necessário, até mesmo para possibilitar a construção de conceitos importantes, tecer um breve apanhado histórico, considerando-se as importantes mudanças ocorridas no Código de Processo Civil.

Sabe-se que palavras, em especial substantivos, nada são, senão rótulos que designam coisas conhecidas, imaginadas ou até mesmo idéias. O termo processo é rótulo que nomeia idéias distintas, cujo real valor há de ser perquerido a partir do contexto em que é utilizado.

Freddie Didier, processualista brasileiro bastante aclamado, lista alguns dos significados em que tal termo, plurissignificativo, é utilizado:

> Sob o enfoque da Teoria da Norma Jurídica, processo é o método de produção das normas jurídicas. (...) O processo sob a perspectiva da *Teoria do Fato Jurídico* é uma espécie de ato jurídico. Examina-se o processo a partir do *plano de existência*dos fatos jurídicos. Trata-se de um ato jurídico complexo. Processo, nesse sentido, é sinônimo de *procedimento*. (DIDIER JR., p.22, 2012)

Conclui-se que processo é o conjunto de atos concatenados entre si, que ocorrem de forma sucessiva e destinam-se a um fim útil. Tal finalidade, em última analise, é a prestação jurisdicional:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Entre o pedido da parte e o provimento jurisdicional se impõe a prática de uma série de atos que formam o *procedimento judicial* (isto é, a forma de agir em juízo), e cujo conteúdo sistemático é o processo. (TEODORO JR., 2002, p.39)

A prestação jurisdicional se faz necessária porque, via de regra, o Estado veda a autotutela. Não podendo valer-se do desforço próprio para solucionar os conflitos, e falhando a autocomposição, busca-se a resposta ao conflito por meio de terceiro imparcial, figura esta normalmente assumida pelo Estado, com o objetivo de obter uma tutela que venha a solucionar o problema posto. Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco justificam bem a necessidade da intervenção estatal:

> E a experiência de milênios mostra que a insatisfação é sempre um fator anti-social, independentemente de a pessoa ter ou não direito ao bem pretendido. A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social. (GRINOVER, DINAMARCO, ARAÚJO, p.26, 2011)

E arrematam:

> A eliminação dos conflitos correntes na vida em sociedade pode-se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (*autocomposição*) ou impõe sacrifício do interesse alheio (*autodefesa* ou *autotutela*). Na segunda hipótese, enquadra-se a defesa de terceiro, a conciliação a mediação e o processo (estatal ou arbitral). (GRINOVER, DINAMARCO, ARAÚJO, p.26, 2011)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

É a prestação jurisdicional a tutela estatal pretendida, em razão de uma pretensão resistida ou não, haja uma relação conflituosa ou não. Desse leque de possibilidades e diante da necessidade humana de rotular situações distintas, criaram-se termos diversos para conceituar subespécies do conceito geral de jurisdição. Dentre eles, as idéias de jurisdição voluntária e contenciosa, utilizada esta quando há um conflito de interesses que originam uma pretensão resistida, e aquela quando há, segundo conceito tradicional da doutrina, bem descrito por Ada Pellegrini e Candido Dinamarco, mera "administração pública de interesses privados" (GRINOVER, DINAMARCO, ARAÚJO, p.172, 2011)

Tais classificações, apesar de interessantes, não se fazem pertinentes ao presente estudo.

Por outro lado, o conceito de jurisdição como um todo, esse sim, é bastante importante para o conteúdo a ser desenvolvido. Isso porque o conceito de jurisdição é indissociável da idéia de processo, conforme ensina Ovídio Baptista:

> Fixe-se, neste momento, que a jurisdição é uma *atividade estatal*. O Estado a prestará através do juiz, que é seu *órgão*, e portanto, sujeito da relação jurídica que se formará. A jurisdição a ser prestada pelo Estado desencadeará uma relação jurídica tendo por sujeitos o autor, o próprio Estado e o réu, ou os interessados e o Estado (para que não se exclua a chamada "jurisdição voluntária"). Esta relação jurídica, que constitui o processo é distinta da relação jurídica submetida à apreciação do órgão jurisdicional. (DA SILVA, 2009, p.32)

Nesse sentido, jurisdição nada mais é que a atividade estatal, desenvolvida através de um de seus órgãos, o Estado-Juiz, que visa tutelar a pretensão que lhe foi trazida, através de um processo, substituindo a vontade das partes.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

E a tutela estatal é fornecida àqueles que o acionam sobretudo através dos atos decisórios daquele que tem a prerrogativa para fornecer a resposta perquerida pelos jurisdicionados. Uma dessas espécies de atos decisórios é aquele que se denominou de sentença.

Tradicionalmente, a sentença era considerada como o ato decisório do magistrado que punha termo ao processo, encerrando a atividade jurisdicional. Este caráter terminativo, no sentido amplo da palavra, sempre fora atrelado à idéia da sentença, desde as primeiras linhas do processo civil brasileiro. Este conceito era inclusive a redação do Art. 162, §1º do CPC:

> O art. 162, CPC, tenta fazer uma sistematização dos atos do juízo singular. Antes da Lei Federal n. 11.232/2005, o seu parágrafo primeiro dispunha que "sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa". (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p.282)

Sucede que desde a instituição do Código de Ritos de1973, o parlamento brasileiro promoveu diversas mudanças consideráveis, algumas promovendo alterações substanciais e outras não, contabilizando-se mais de duas dezenas de alterações no referido diploma, segundo levantamento realizado por Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER; RANGEL; CINTRA, 2011, p.122).

Talvez a mais significativa mudança ocorrera no ano de 2005, com o advento da Lei n. 11.232, de 22 de dezembro daquele ano, posteriormente popularizada como Lei do Cumprimento de Sentença. A referida norma alterou toda a sistemática existente até então, eliminando a figura do processo autônomo de execução de sentença e instituindo o cumprimento de sentença como fase, de forma que a efetivação do direito reconhecido se faria no mesmo processo. A reforma acabou por adotar uma linha de pensamento defendida por vozes doutrinárias respeitadas, a qual foi denominada de Sincretismo Processual.

Diante de tal quadro, não subsistiu a redação original contida no Art. 162, §1o do CPC, cuja redação foi alterada para conceituar a sentença

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

como "o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei." (Brasil. Lei 5869/73, 2013).

Com a alteração promovida, mudou-se por tabela, o conceito do que se vem a entender por sentença. Se tornou insustentável a idéia, diante da adoção do sincretismo processual (que será abordado mais adiante), de que a sentença põe fim ao processo e encerra a atividade jurisdicional, tendo em vista que o processo, mesmo após a sentença poderá continuar, caso haja provocação do interessado:

> O objetivo da alteração do texto foi ressaltar que a sentença não mais extingue o processo, tendo em vista que toda sentença de prestação (sentença que reconhece a existência de um direito a uma conduta material consistente num fazer, na entrega imediata, sem necessidade de instauração de outro processo (de execução) com esse objetivo. (DIDIER JR, 2012, p.283)

Todavia, a nova redação do dispositivo era problemática. Se antes este dava um conceito até então válido do que seria a sentença, a redação passou a limitar-se, para conceituar o substantivo sentença a reportar-se às hipóteses dos artigos 267 e 269.

Para fins conceituais a alteração foi desastrosa. Nem todo ato de juiz que extingua o processo na forma desses artigos será sentença. Basta lembrar da decisão interlocutória que exclui por ilegitimidade passiva um dos litigantes.

Da mesma maneira, o processo não será necessariamente "extinto" em tais situações. Isso porque há possibilidade da interposição de recurso, cujo acórdão substituirá o referido *decisum*, de forma que ainda que este venha a ser desprovido, o que extinguirá o processo será o acórdão e não a sentença, haja vista o efeito substitutivo dos recursos. Tal impropriedade conceitual não passou despercebida por Fredie Didier, que cita ainda outros exemplos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> Desse mesmo modo, nem toda decisão que tiver por conteúdo uma das hipóteses dos arts. 267 e 269 do CPC terá por efeito a extinção da fase de conhecimento. Alguns exemplos das decisões que aplicam os mencionados artigos e não encerram o processo: a) decisão que indefere parcialmente a petição inicial (inciso I do art. 267); b) decisão que reconhece a decadência de um dos pedidos cumulados (art. 269, IV); c)decisão que exclui um litisconsorte por ilegitimidade (art. 267, IV) etc.
>
> São exemplos de decisão interlocutória, que podem, assim, ser impugnadas por agravo (art. 522, do CPC).
>
> É por isso que se deve ter muito cuidado com a terminologia. Os arts. 267 e 269 não prevêem hipóteses em que necessariamente o processo será extinto nem estabelecem matérias que sejam exclusivas de sentença, a despeito da redação do § 1º do Art. 162 do CPC. (DIDIER JR., 2012, 570-571)

Apesar da alteração do art. 269, a alusão à "extinção do processo" foi mantida pelo legislador no Art. 267. Melhor seria se tivesse retirado, neste também a expressão.

Assim, diante dessa multiplicidade de questões acerca do conceito de sentença adotado pelo legislador, mais que nunca se faz necessário encontrar um conceito para sentença, para possibilitar a correta compreensão de sua amplitude, diferenciando-a dos demais institutos processuais.

Fredie Didier, apesar da crítica feita à conceituação tradicional, assim conceitua o ato sentença:

> Em que pese a alteração legislativa, é preciso continuar compreendendo a sentença como o ato que, analisando ou não o mérito da demanda, encerra

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> uma das etapas (cognitiva ou executiva) do procedimento em primeira instância. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p.284)

A lição do mestre foi definitivamente incorporada ao Código de Processo Civil de 2015, no seu Artigo 203, §1o, que dispõe: "Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução." (Brasil, Lei 13.105, Art. 203, §1o)

2.2 Classificação das Sentenças

Adotado o referido conceito de sentença, incumbe agora promover a sistematização das várias espécies existentes, de forma a promover uma classificação pertinente ao presente trabalho.

Antes, porém, cabe salientar alguns aspectos correlatos ao referido ato decisório.

A sentença possui alguns elementos que compõem seu teor, seu corpo. Tais elementos estão listados no Art. 489 do Código de Processo Civil:

> "I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
>
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
>
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. (*(Brasil, Lei 13.105, Art. 489)*

À toda evidência, apesar da redação do dispositivo, trata-se de elementos da sentença, e não requisitos, pois, conforme sintetiza Teresa

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Arruda Alvim Wambier requisito é "anterior, lógica e cronologicamente, ao seu 'objetivo', não o integrando" (WAMBIER, 1997, p.86).

Consigna-se, todavia, que o relatório é dispensado nos processos que tramitam nos juizados especiais cíveis, na forma do Art.38 da Lei 9.099/95, previsão legislativa que visa dar maior celeridade aos referidos órgãos.

À salvo esta exceção, todos os elementos da sentença são essenciais, de forma que a falta de um deles acarretará vício insanável no *decisum.* Entende-se que a sentença, por ser o ato culminante do processo, fim último de todas as providências processuais, deve ser também solene, de forma que seus elementos lhe são essenciais. Nesse sentido, Teresa Wambier:

> Às sentenças não se aplica a regra geral de que todos os atos processuais, ainda que não preencham a forma prescrita em lei, se alcançaram seus objetivos, não serão nulos (...) elencando seus elementos essenciais: relatório, fundamentação e decisório; ausente um deles, qualquer que seja, a sentença será viciada. (WAMBIER, p.86, 1997).

A fundamentação, cuja raiz constitucional encontra-se no Art. 93, IX da Constituição Federal, é a parte da sentença na qual o magistrado expõe as razões de decidir, os motivos de seu convencimento, avaliando o conteúdo dos autos e as alegações das partes, em homenagem ao contraditório.

É através da fundamentação que se exerce o controle da sentença, que, via de regra, poderá ser objeto de recurso.

É nela também que se encontra a *ratio decidendi*. Esta é a interpretação dada ao caso à luz do ordenamento, fundamental para a formulação de precedentes judiciais:

> A *ratio decidendi* – ou, para os americanos, a *holding*– são os fundamentos jurídicos que sustentam a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo legislador no caso concreto. (DIDIER JR.b, 2013b, p.385)

Outrossim, encontra-se as matérias constantes por *obter dictum*, que não constituem fundamento para a conclusão a que chegou o magistrado, mas podem ser importantes por razões acessórias.

O magistrado, em sua fundamentação, analisa primeiro as matérias preliminares ao mérito, para depois analisar o *meritum causae*.

Aqui, novamente, se faz um paralelo para se definir o que é mérito e o que não é.

Adota-se aqui o conceito trazido por Freddie Didier, segundo o qual, defesas de mérito são:

> aquelas que o demandado opõe contra a pretensão deduzida em juízo pelo demandante, quer para neutralizar seus efeitos, quer para retardar a produção desses mesmos efeitos (exceções dilatórias de mérito), quer para negá-los peremptoriamente. (DIDIER JR., 2012, p.513)

Por outro lado, as defesas de admissibilidades são analisadas preliminarmente ao mérito, porque são lógica e sistematicamente anteriores a este, impedindo o seu conhecimento:

> Processuais ou de admissibilidade: são as defesas que têm por objeto os requisitos de admissibilidade da causa (condições da ação e pressupostos processuais). Dizem respeito a questões puramente processuais [...] (DIDIER JR., 2012, p.513)

Assim, a depender da tese vencedora na fundamentação, que baseará a conclusão a que se chega, a sentença poderá ser terminativa ou de mérito.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Por fim, o último elemento da sentença é o dispositivo.

Neste elemento, o juiz concluirá o raciocínio iniciado na fundamentação.

No caso das sentenças terminativas, o magistrado esbarra em alguma questão de admissibilidade da demanda, a qual o impede de analisar a causa de pedir aposta na inicial. Concluirá por extinguir o feito sem a análise do mérito, em razão de uma das hipóteses previstas no Art. 267 do CPC.

Não sendo este o caso, após a fundamentação decidirá o processo com a análise do mérito, em razão de uma das hipóteses previstas no Art. 269. Dessa maneira, o dispositivo conterá um provimento jurisdicional com aptidão para influenciar o mundo jurídico. Nesse sentido, trago a lição de Vallisney de Souza Oliveira:

> As operações anteriores expostas nos fundamentos e no relatório servem de base para a conclusão, ou melhor, para o dispositivo da sentença, porque nele se assenta o comando decisório com aptidão para influenciar o mundo jurídico, especialmente na esfera de direito das partes. (OLIVEIRA, 2004, p.199)

A depender do teor do provimento jurisdicional contido no dispositivo e o bem da vida tutelado, a sentença possui também possui classificações. Para abordá-las, no entanto, um novo escorço histórico se faz necessário.

Fredie Didier (DIDIER JR., 2012, p.230-238) faz sintética retrospectiva da evolução da classificação das ações de acordo com o bem da vida tutelado. Segundo o aclamado doutrinador, tradicionalmente as atividades de certificação e efetivação de direitos a uma prestação, entendida esta como o objeto da relação jurídico-obrigacional cujas espécies seriam a de dar, fazer ou não fazer algo, eram realizadas por processos autônomos de certificação e efetivação do direito. Nesse sentido, denominou-se ação condenatória aquela que se prestaria a certificar o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

direito, devendo o credor valeria-se de um processo de execução para efetivar o direito certificado.

Excepcionalmente, algumas sentenças possuiriam força executiva própria, de forma que a efetivação do direito era feita nos mesmos autos da efetivação. Eram as denominadas ações de prestação sincréticas. A depender da forma de efetivação do direito à uma prestação, denominou-se tais ações de Mandamentais ou Executivas Lato Sensu.

Seriam ações mandamentais aquelas na qual o magistrado não poderia substituir a vontade do devedor, devendo-se utilizar de meios que coagissem este a cumprir a determinação judicial. É a chamada técnica de coerção indireta. Pode-se citar o mandado de segurança como exemplo de Ação Mandamental, que acarretará a prolação de uma sentença mandamental.

Por outro lado, seriam ações executivas lato sensu aquelas em que o magistrado teria a prerrogativa de sub-rogar-se à vontade do devedor, prescindindo da colaboração do executado para cumprir a prestação devida. É o método de coerção direta. Como exemplo, as ações possessórias.

Havia ainda as denominadas ações constitutivas, na qual se buscava o reconhecimento e efetivação de direitos potestativos, os quais Freddie Didier conceitua como "poder jurídico conferido a alguém de submeter outrem à alteração, criação ou extinção de situações jurídicas." (DIDIER JR., 2012, p. 234)

Por último havia as chamadas ações meramente declaratórias, na qual buscava-se certificar a existência ou inexistência de uma situação jurídica.

Após o advento das leis 8.952/94, 10.444/02 e 11.232/05, que, respectivamente, alteraram o artigo 461 do CPC, e instituíram os Arts. 461-A e 475-I do CPC, todas as espécies de sentenças que certificavam o direito a uma prestação passaram a ser efetivadas no mesmo processo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

estabelecendo-se de vez o sincretismo processual no Brasil e extinguindo-se a figura do processo autônomo de execução.

Feitas tais considerações, arremata com maestria o supracitado professor:

> Parece-nos, porém, que a distinção perdeu importância. (...) Sinceramente, pensamos que, por mais incrível que possa parecer, reformado o CPC, toda ação será chamada de ação condenatória – já é isso que muitos doutrinadores faziam, por não concordar com a terminologia ação mandamental e executiva lato sensu. A história se repete. A distinção entre a ação mandamental e ação executiva continuará sendo importante, como forma de distinguir o meio de efetivação da decisão judicial. (DIDIER JR., 2012, p.231)

No presente trabalho, adota-se o posicionamento supracitado. Ação Condenatória, e, por conseguinte, sentença condenatória, é gênero que se refere ao bem da vida pretendido (direito a uma prestação), enquanto a denominação ação mandamental e executiva lato sensu são espécies, relativas ao modo de efetivação do direito, se por coerção direta ou indireta – e assim também as sentenças mandamentais e executivas lato sensu.

2.3 Da Congruência

A sentença como um todo deve ater-se ao denominado Princípio da Congruência em seus mais diversos aspectos, para não padecer de qualquer vício, prejudicando-lhe no plano de validade.

Cada um deles foi objeto de estudo por Valisney de Souza Oliveira:

> A congruência civil subjetiva exige da sentença a resolução de questões somente entre demandante e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> demandado e terceiros admitidos no processo. Por essa ótica será incongruente se não fizer menção a uma das partes ou se incluir pessoa que não integrou a lide.
>
> A congruência objetiva diz respeito à simetria entre o que objetivamente se julga e o que se pede, ou seja, relaciona-se ao objeto, e não ao sujeito da lide (...).
>
> A congruência externa ocorre entre peças processuais diferentes, tais como sentença e petição inicial (...).
>
> Na congruência interna há de existir também correlação entre fundamentos e dispositivo da sentença. Esse aspecto se estende para os demais atos produzidos no processo aqui estudados, como a petição inicial e a contestação. (OLIVEIRA, 2004, p. 15)

Para este primeiro momento, necessário se abster à congruência objetiva, sendo tratada a congruência subjetiva no próximo capítulo deste estudo, por guardar inseparável pertinência com a autoridade da coisa julgada, razão pela qual se pede vênia para postergar a análise para tal momento *a posteriori.*

Pois bem.

A idéia de congruência aqui esposada é consequência absolutamente direta do próprio modelo predominante adotado no processo civil brasileiro: O modelo (ou princípio como queiram alguns) dispositivo.

Para Ada Pelligrini, Cândido Dinamarco e Antônio Carlos Cintra (GRINOVER; RANGEL; CINTRA, 2011, p.70), o juiz depende, na instrução da causa, de iniciativa das partes no que tange tanto à dilação probatória quanto ao conhecimento da matéria que fundamentará a decisão: *judex secundum allegata et probata partium iudicare debet.*

Ressalte-se que tal conceituação traduz a síntese inicial do referido ideal, tendo sido fortemente mitigada no processo civil pátrio. A

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

título exemplificativo, o Código de Processo Civil, em sua redação atual, confere ao magistrado poderes instrutórios amplos.

Fácil assimilar, também, que a congruência correlaciona-se, também intimamente, com o Princípio da Inércia da Jurisdição, porque reflete tal vetor axiológico no ápice do conhecimento da causa. A sentença somente possui limitações quanto a seu objeto porque o juiz deve manter-se inerte quanto a pontos não veiculados, a menos que o ordenamento autorize o contrário:

> Em que pese deitar suas raízes no Direito Romano, foi a partir do chamado Estado Liberal que essa regra ganhou maior ênfase, em função da supervalorização do chamado princípio dispositivo [...]. A regra da congruência é, também, uma consequência da garantia do contraditório: a parte tem direito de manifestar-se sobre tudo o que possa inferir no conteúdo da decisão. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 312-313)

Superada a introdução prefacial, passa-se a esmiuçar o tema.

A congruência objetiva, no conceito supracitado, deve ser observada não somente no dispositivo, mas também na fundamentação. Em outras palavras, tanto quanto o comando judicial deve observar o limite daquilo que fora pedido, deve também a fundamentação cingir-se à causa de pedir, próxima e remota.

Cuidam-se dos limites objetivos da eficácia da sentença, que inobservados viciam o *decisum* de nulidade. Segundo Teresa Arruda Alvim (WAMBIER, 1997, P.237), "esta regra é fruto do dúplice dever do juiz, de se pronunciar sobre tudo o que foi pedido e só sobre o que foi pedido".

A fundamentação, como cediço, é também exigência constitucional, prevista no Art. 93, IX da Carta Magna, razão pela qual deve ser atendida em sua plenitude, garantia que é ao jurisdicionado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

O magistrado, ao analisar e decidir a causa, deve embasar sua fundamentação na causa de pedir aposta na inicial e nas razões expostas em defesa. Ressalvados os casos expressamente previstos em lei, não poderá invocar fundamentos não suscitados pelas partes.

Consigne-se, porém, que fundamentação jurídica não equivale à fundamentação legal. Aqui novamente se faz necessária a alusão ao conceito de *ratio decidendi.* Para tanto, novamente recorre-se a Fredie Didier Jr., que, com maestria, resume o conceito trazido para cá do direito norte-americano, onde é denominado holding:

> É importante assentar o seguinte: ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, caráter geral, é fruto da sua interpretação dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação que se lhe põe para a análise. (...).
>
> Como se percebe, à luz da situação concreta, o magistrado terminar por criar uma norma jurídica que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso – (...). Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi.* (DIDIER JR., 2012 , b, p. 386)

A congruência da fundamentação encontra substância no Art. 141 do CPC, segundo o qual o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas pelas partes, as quais destas a lei exija a iniciativa.

Em suma, se o magistrado chega a uma conclusão jurídica fundamentado em um misto de escorço fático e consequência jurídica não esposados nos autos, viciada estará a sentença, ainda que por outros motivos pudesse o magistrado chegar à mesma conclusão, a não ser que faça constar este expressamente na sentença como alternativa à primeira.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Em contrapartida, deverá analisar todas as razões relevantes ventiladas pelas partes, entendidas estas como aquelas hábeis a interferir no resultado do julgamento da demanda:

> "[...] é intuitivo que a decisão deve guardar congruência também em relação aos sujeitos envolvidos no processo (elemento subjetivo da demanda) e com os *fundamentos da defesa* suscitados pelo demandado (DIDIER JR., 2012 , b, p. 313)

O vício na fundamentação acarretará a nulidade do ato.

Já o dispositivo deverá guardar estrita relação com o pedido feito pelo demandante, negando-lhe ou concedendo-lhe o bem da vida na forma como foi pedida.

A matéria é disciplinada no Art, 492 do CPC: "É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado." (BRASIL, Lei 5869/73, 2013)

Também aqui não se esquece da questão do pedido implícito, existente em restritas hipóteses descritas no CPC, mas que também serão postas de lado em razão da desnecessidade de exposição destas para a consecução do fim deste estudo.

A depender do descompasso, ou melhor, da existência de descompasso, a sentença pode padecer de vício de nulidade, ou até mesmo ser reputada inexistente.

Mais importante, no entanto, para o objeto de estudo, é a denominada congruência subjetiva.

Conforme lição de Vallisney de Oliveira, congruência subjetiva "exige da sentença a resolução de questões somente entre demandante e demandado e terceiros admitidos no processo." (DE OLIVEIRA, 2004, p.15)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

No mesmo sentido, Freddie Didier comenta:

> A decisão judicial deve guardar correlação com os sujeitos parciais da relação jurídica processual, não podendo, em regra, atingir quem dela não tenha participado. É dizer: as questões resolvidas na motivação da decisão, bem como o conteúdo de sua parte dispositiva somente vinculam, a princípio, os sujeitos parciais do processo, razão porque somente em relação a eles a decisão produzirá seus efeitos.

É bem verdade que há exceções à congruência subjetiva. Todavia, o estudo é impertinente para o objeto deste capítulo, razão pela qual se deixa de analisa-las.

O conceito de congruência, especialmente a subjetiva, é muito importante para o objeto de estudo. Ora, é a partir da participação dos sujeitos no processo e da resolução atinentes a ambas as partes que se pode impor aos participantes o cumprimento do comando judicial. Assim, vê-se que a congruência subjetiva está intrinsicamente ligada à formação da coisa julgada, especialmente em sua dimensão subjetiva.

3 DA COISA JULGADA

Neste capítulo, passa-se a analisar um instituto que possui relação direta com o capítulo anterior – a coisa julgada. Esta é conhecida por dar a característica de definitividade ao dispositivo da sentença, e, assim, pôr termo à situação belicosa em que a questão foi posta ao magistrado.

O objetivo, novamente, não é esgotar o tema, mas fazer um apanhado dos conceitos de forma a possibilitar, através de uma análise do instituto nas ações individuais, a comparação com a sua força nos processos coletivos, o que, por si só, já demonstra a importância desta parte do trabalho para as conclusões a que se chegará.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

3.1 Considerações Iniciais

A partir do breve relato do capítulo anterior, obtendo-se a concepção adotada do instituto processual denominado sentença, possibilita-se o prosseguimento do estudo quanto a outro instituto intimamente relacionado com aquele, a Coisa Julgada.

Decerto que tal instituto não é novidade na ciência processual e muito menos é criação do Direito Brasileiro.

Mas, conforme relata Antônio do Passo Cabral, célebre processualista, tal instituto ganha força no direito romano. Imperioso reproduzir o breve apanhado histórico que traz o mestre acerca do instituto:

> Mas foi o instituto romano da res iudicata que irradiou suas características e fixou a terminologia enraizada no direito ocidental contemporâneo. O termo latino influenciou a expressão italiana (*cosa giudicata*) e francesa (*chose jugée*), assim como a nomenclatura em língua portuguesa: coisa julgada (Brasil) ou caso julgado (Portugal). Os ordenamentos de origem germânica denominam a coisa julgada "força jurídica" (*Rechtskraft*) (...). Já os sistemas jurídicos do *common law,* de tradição anglo-americana, sempre utilizaram a própria expressão latina *res iudicata*, ainda que modernamente (...) tenham começado a fundir a terminologia com o estudo das preclusões : a coisa julgada seria a "preclusão da causa" ou preclusão da demanda (claim preclusion) e as preclusões de outras questões são chamadas *issue preclusions.* (CABRAL, 2014, p. 53)

Fundamental instituto no Direito Processual, sua *ratio essendi* é, sem sombra de dúvidas, atribuída ao Princípio-Matriz do Direito como ciência: o da Segurança Jurídica, conforme lição de Fredie Didier:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> A coisa julgada não é instrumento de justiça, frise-se. Não assegura a justiça das decisões. É, isso sim, garantia de segurança, ao impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica a que foi submetida. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 418)

A bem da verdade, não há como se fugir da idéia de segurança no Direito, vez que esta é uma das principais razões de ser da ciência jurídica. Através dos instrumentos do direito se busca segurança na solução de conflitos, segurança que é garantida através da imparcialidade e da previsibilidade das decisões, o que fortalece, inexoravelmente, o respeito aos precedentes no direito brasileiro, ainda que o nosso sistema não venha da tradição do Common Law.

Outro fundamento que não se olvida é a consecução da paz social.

Como cediço, o Estado não permite, via de regra, que seus componentes se valham das próprias forças para a solução de conflitos. Impassível de composição amigável, o conflito deve ser submetido à tutela estatal para que seja solucionado, e pacificados os espíritos dos litigantes, antes tendentes ao conflito.

Chamando para si a responsabilidade, o Estado vale-se de diversos meios para satisfazer a solução dada, sub-rogando-se, acaso necessário, à vontade dos particulares para cumprir o decidido:

> Hoje, se entre duas pessoas há um conflito [...], em princípio o direito impõe que, se se quiser pôr fim a essa situação, seja chamado o Estado-Juiz, o qual virá a dizer qual a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto (declaração) e, se for o caso, fazer com que as coisas se disponham, na realidade prática, conforme essa vontade (execução).(GRINOVER; RANGEL; CINTRA, 2011, p.26)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Acontece que de nada valeria a tutela estatal se não houvesse, sobre a solução ao conflito, um quê de definitividade. A volatilidade da decisão dada ao conflito não se prestaria ao fim precípuo do exercício do poder judicante, o de pacificação social.

Portanto, o manto da coisa julgada vem, também, para satisfazer a necessidade de definitividade da tutela concedida, eliminando o desacerto criado entre visões distintas do mundo das quais dispõem os belicosos partícipes da relação processual. Este seria o viés sociológico da coisa julgada, conforme ensinamento de Antônio do Passo Cabral:

> "A sentença passado em julgado estampa um "carimbo de certeza" e elimina a insegurança que a descoincidência das visões das partes durante a litigância impunha. [...] Portanto, nesta linha, a coisa julgada criaria um "estado de certeza" ou "estado de paz", essencial para o tráfego jurídico, e seria um "preço" que a sociedade paga por viver em um Estado de Direito (CABRAL, 2014, p.56)

Feitas tais considerações, passo a considerar acerca das teorias que historicamente, deliberaram acerca da natureza da coisa julgada.

3.2. Natureza Jurídica da Coisa Julgada

Quando se estuda temas de grande complexidade e de sobressalente importância para o direito, necessário abeberar-se em fontes que forneçam o necessário subsídio para que o resultado esteja à altura da grandeza do tema.

E no tema em estudo, poucas obras possuem a magnitude da produzida por Antonio do Passo Cabral. A profundidade da análise do sistema de preclusões, dissecando cada momento do avanço do processo nessa área chama a atenção.

Prestada a devida homenagem ao ilustre mestre, há de se prosseguir.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Diversas são as teorias que tentam explicar a natureza jurídica da coisa julgada. Numa tentativa de sistematiza-las, foram estas divididas em dois grandes grupos: as que se denominou de Teorias Materiais da Coisa Julgada e as taxadas como Teorias Processuais da Coisa Julgada.

Prefacialmente, parte-se do pressuposto, aparentemente bastante sedimentado no âmbito doutrinário, de que a coisa julgada é um vínculo entre o Estado-Juiz e as partes em torno do direito material discutido.

O que as teorias a serem esposadas discutem é a forma como esse vínculo é formado. Antonio do Passo Cabral coloca a questão da seguinte forma:

> Esta indagação, frequente no direito comparado mas não tão comum no Brasil, procura perquirir se a coisa julgada seria um fenômeno material ou processual. A *res iudicata* modificaria direitos, conferindo-lhes nova configuração (extingue obrigações, p.ex)? Ou deixa intocada a posição substancial e exaure sua força ao formar um preceito processual que, em caso de conflito, prevalece sobre o direito material (*lex specialis*)? (CABRAL, 2014, p. 64)

É certeiro o questionamento, explicitando o cerne da distinção entre os dois grandes grupos.

Para as Teorias Materiais, o vínculo jurídico criado pela coisa julgada ocorreria em razão da força criativa desta frente ao direito. Essencialmente, a coisa julgada possuiria relação direta com o direito material, sendo consectário deste, mas com força para inovar no ordenamento, ainda que constituísse situações não previstas ou até mesmo vedadas pelo ordenamento jurídico que lhe daria validade.

Nesse sentido, vale transcrever a lição magistral de Antonio do Passo Cabral:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> As teorias materiais desenvolveram-se partindo da sentença injusta, que não poderia nunca decorrer da declaração de um direito pré-existente por parte do judiciário. Vale dizer, através da sentença injusta, seria efetivamente criada uma relação jurídica que não existia antes do processo, já que não poderíamos considerá-la previamente prevista no direito objetivo. Nestes casos, como aquela relação jurídica não era amparada anteriormente pelo ordenamento jurídico, seria correto dizer que se trata de direito fabricado ex novo pela decisão judicial; e então seria obrigatório reconhecer a força criativa da sentença. (CABRAL, 2014, p. 65)

Veja-se que a doutrina desenvolveu-se a partir da hipotética das sentenças injustas, mas a elas não se limita. Ainda nos casos em que a sentença estivesse em conformidade com o sistema normativo, haveria uma confirmação do direito preexistente.

A idéia de novação no direito é o liame que une o grupo das Teorias Materiais. Veja-se que tal liame diz respeito à força da coisa julgada, as suas consequências, mas não explicita a natureza jurídica do instituto.

Porque estabelecer-se se determinado instituto é oriundo de direito material ou processual, ou se possui ou não força criativa, é insuficiente para reputar o que este é para o Direito.

Nesse sentir, ao tentar estabelecer o que é a Coisa Julgada para o Direito – qual sua real natureza jurídica – as Teorias Materiais divergem.

A primeira significante vertente é da Presunção e Ficção da Verdade.

Para este grupo, conforme leciona Antônio do Passo Cabral (CABRAL, 2014, p.66), a coisa julgada seria uma ficção, que acobertaria os termos da sentença, presumindo-se os termos, ao limite do que acobertado pelo instituto, verdadeiros. Tratar-se-ia de um presunção absoluta, *iuris et de iure.* Tais fundamentos vêm de encontro ao brocardo *res iudicata pro*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

veritate habetur - tem-se por verdade a coisa julgada, atribuído ao jurista romano Ulpiano.

A teoria é criticada em razão da constatação de que a formação de uma verdade absoluta é absolutamente prescindível para a relação jurídico-processual.

Fredie Didier, em brilhante síntese, demonstra a prescindibilidade da denominada verdade real para a resolução do processo:

> A verdade real é algo inatingível (...). Não é possível saber a verdade sobre o que ocorreu; ou algo aconteceu, ou não. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: as afirmações ou são verdades, ou são mentiras – conhecem-se os fatos pelas impressões (valorações) que as pessoas têm deles. (DIDIER JR., 2012, p. 73)

A busca da verdade é a mais próxima possível do real, a verdade possível, processual.

Ainda no campo das Teorias Materiais, tem-se a da Coisa Julgada como *Lex Specialis.*

Segundo esta corrente, ainda de acordo com Antonio do Passo Cabral (CABRAL, 2014, p.68) a coisa julgada transformaria o estado da sentença, que passaria a ter o valor de norma jurídica, especial ao ordenamento em relação ao caso submetido à apreciação, tornando o comando judicial imutável.

Já por outro lado, para as teorias processuais, a coisa julgada seria fenômeno eminentemente processual, relacionada à indiscutibilidade do julgado.

Para Eduardo J. Couture (1955, apud CABRAL, p.71, 2014), a autoridade da coisa julgada seria uma presunção não sobre a verdade dos fatos ou sobre a prova, mas sobre a autoridade proclamada da própria

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

sentença, na medida em que o instituto estaria relacionado com a própria idéia de paz social.

No Brasil, a coisa julgada era reconhecida como um dos efeitos da sentença, concepção oriunda do direito romano.

Isso até Enrico Tulio Liebman reformular completamente tal conceito. Para Liebman, a coisa julgada não seria um efeito da sentença, mas uma qualidade que se impõe sobre esta e sobre seus efeitos, mas não é dela decorrente. O que tornaria a sentença imutável e indiscutível seria a uma norma externa à própria decisão judicial e que não se encontra entre a norma de direito material ou processual aplicáveis para a resolução do conflito de interesses (1979, apud CABRAL, 2014, p.77)

Barbosa Moreira observou, em pequeno adendo à tese de Liebman, que os efeitos da sentença tendem à mudança, razão por que não se poderia afirmar que estariam sob a autoridade da coisa julgada. Explica Antônio do Passo Cabral:

> Segundo Barbosa Moreira, (...) os efeitos da sentença não são inalteráveis. Ao contrário, por vezes o sistema até estimula que os efeitos desapareçam. O efeito precípuo da sentença condenatória, p.ex., é impor uma prestação e permitir, no caso de seu descumprimento, a execução forçada. Ora, se o réu pagar o valor estipulado da condenação, qual efeito desta sentença sobraria? (...) Por estes e outros exemplos, Barbosa Moreira conclui que os efeitos das sentenças sujeitam-se a mudanças. Por conseguinte, a tal "qualidade" a que se referia Liebman não poderia acobertar a sentença *e seus efeitos*, mas *apenas* o *conteúdo* da decisão. (CABRAL, 2014, p. 78)

A coisa julgada, seria então uma situação jurídica do conteúdo da decisão, consistente na imutabilidade do conteúdo da decisão, tornando seu dispositivo, que é composto pela norma jurídica concreta (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 425)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, chega-se ao conceito vigente na atualidade, ao menos pela ampla maioria dos estudiosos sobre o tema, no Direito Moderno. A coisa julgada seria a "qualidade que cobre as sentenças de mérito e que torna imutável e indiscutível o conteúdo da sentença quando não mais cabível qualquer recurso." (CABRAL, Antonio do Passo, 2014, p. 85).

3.3 Da Classificação da Coisa Julgada

3.3.1 Intróito

Alguns doutrinadores consideram a coisa julgada como instituto de cunho constitucional, integrante do conteúdo normativo expresso no Artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal:

> 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:
>
> XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (BRASIL, Constituição Federal, Artigo 5º, XXXVI)

Destarte, o instituto fora consagrado como direito individual, tornando-se, cláusula pétrea.

Todavia, Fredie Didier ensina:

> Em que pese seu status constitucional, cabe ao legislador infraconstitucional traçar o perfil dogmático da coisa julgada. É possível que o legislador, em Juízo de poderação, não atribua a certas decisões a aptidão de ficar imutáveis pela coisa julgada, ou ainda, exija pressupostos para sua ocorrência mais ou menos singelosos/rigorosos. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p.418)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Impende, pois conhecer o conteúdo normativo e as limitações dadas a ele pelo legislador. Para tanto, deve-se conhecer o que convencionou-se chamar de coisa julgada formal e coisa julgada material.

A coisa julgada formal seria, conforme lição preciosa de Fredie Didier:

> A imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso – seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível. Trata-se de fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial. Revela-se, em verdade, como uma espécie de preclusão (...), constituindo-se na perda do poder de impugnar a decisão judicial no processo em que foi proferida. Seria a preclusão máxima dentro do processo em que foi proferida. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p.419)

Com definição similar, cita-se Ada Pelligrini, Cândido Dinamarco e Rafael Araújo Cintra:

> A sentença não mais suscetível de reforma por meio de recursos transita em julgado, tornando-se imutável dentro do processo. Configura-se a coisa julgada formal, pela qual a sentença, como ato daquele processo, não poderá ser reexaminada. É sua imutabilidade como ato processual, provindo da preclusão das impugnações e dos recursos. A coisa julgada formal representa a preclusão máxima, ou seja, a extinção do direito ao processo (àquele processo, o qual se extingue). O Estado realizou o serviço jurisdicional que se lhe requereu (julgando o mérito) ou ao menos desenvolveu as atividades necessárias para declarar inadmissível o julgamento. (GRINOVER; RANGEL; CINTRA, p.332, 2011)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Muito comum a utilização do termo preclusão máxima, na medida em que, de fato, não há diferenças gritantes entre o sistema criado de preclusões e a coisa julgada formal.

Sendo esta a mera indiscutibilidade da sentença dentro do processo, em razão de sua extinção (em verdade, a extinção de uma fase processual), é factível que toda e qualquer sentença tenda à formação da coisa julgada formal, da mesma maneira como toda decisão judicial submete-se ao sistema de preclusões existentes.

Assim, não importa se a sentença resolve ou não o mérito, não importa se possui eficácia mandamental, executiva lato sensu ou condenatória, passada em julgado, operar-se-á a preclusão final, denominada coisa julgada formal. Seus efeitos, porém, serão meramente endoprocessuais, ou seja, limitam-se ao processo que se encerra, impedindo que, na mesma fase, outra sentença seja proferida, porquanto encerrada aquela com a primeira. O que ocorre, em verdade, é que não conhecendo o mérito somente opera-se a coisa julgada formal, eis que, não sendo resolvido o mérito e analisadas as razões a ele atinentes, não haveria o que estender-se além do processo.

Esta é a razão pela qual o dito instituto é frequentemente relacionado às sentenças que não conhecem o mérito, mas delas não é exclusivo, conforme se verá em sequência.

A diferenciação entre as sentenças importa quando do estudo que se passa a fazer, relativamente à coisa julgada material, da qual, conforme se observará, a coisa julgada formal é pressuposto intrínseco.

3.3.2. Da Coisa Julgada Material

Aqui, tem-se verdadeiro fenômeno tanto endo quanto extraprocessual. A coisa julgada material parte dos efeitos da coisa julgada formal: entenda-se que esta está contida naquela.

Sempre que esta se verifica, verificaram-se primeiro os efeitos da coisa julgada formal – a indiscutibilidade dentro do processo. Ocorre que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

designação "coisa julgada formal" é utilizada quando a consequência do instituto é somente a imutabilidade endoprocessual, enquanto o desígnio "coisa julgada material" é usado quando os seus efeitos superam os limites do próprio processo.

Nesse mesmo sentido, Fredie Didier:

> A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo/extraprocessual.
>
> Perceba-se, contudo, que a coisa julgada formal é um degrau necessário, para que se forme a coisa julgada material. Em outros termos, a coisa julgada material tem como pressuposto a coisa julgada formal. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p.419)

Interessante ressaltar que renomados processualistas, a exemplo de Ada Pelligrini, estendem a eficácia da coisa julgada material até mesmo ao legislativo:

> (...) a coisa julgada material torna imutáveis os efeitos produzidos por ela e lançados fora do processo. É a imutabilidade da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador regular diferentemente a relação jurídica. (GRINOVER; RANGEL; CINTRA, p. 333, 2011)

Referem-se os autores, certamente, à relação jurídica trazida a Juízo, em lembrança da garantia de respeito à coisa julgada constitucionalmente prevista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Alguns requisitos devem ser observados para a operação da coisa julgada material.

Antes de mais nada, necessário que se trate de uma decisão judicial, haja vista que a coisa julgada é "característica exclusiva desta espécie de ato estatal" (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 420)

O primeiro é delineado no Art. 503 do Código de Processo Civil : A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida." (Brasil, Lei 13.105, 2015).

Nesse sentir, Ada Pelligrini salienta:

> Só as sentenças de mérito, que decidem a causa acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, produzem a coisa julgada material. Não tem essa autoridade (embora se tornem imutáveis pela preclusão) as sentenças que não representam a solução do conflito de interesses deduzido em juízo – ou seja, as que põem fim à relação processual sem julgamento do mérito (...)" (GRINOVER; RANGEL; CINTRA, p.26, 2011)

Por conseguinte, somente as sentenças que veiculam uma das hipóteses do Art.269 do CPC, conforme visto no primeiro capítulo deste trabalho, estão aptas a serem qualificadas pela autoridade da coisa julgada material.

Por outro lado, o fato de tratar-se de sentença de mérito não é suficiente para que se repute configurada a coisa julgada material.

Os procedimentos cautelares, por exemplo, têm algumas especificidades dignas de nota. Conforme anotam Eduardo Talamini e Luiz Rodrigues Wambier, o processo cautelar

> "(a) O processo cautelar é autônomo, ou seja, é um outro processo (...) e termina necessariamente por

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> sentença. Não se trata de mero incidente de outro processo qualquer.
>
> (b) No entanto, é processo acessório, já que existe em função do processo principal. (...)
>
> (e) Tanto a liminar quanto a sentença baseiam-se em prova não exauriente. (...)
>
> (f) A eficácia das decisões concessivas de tutela cautelar é provisória." (WAMBIER, TALAMINI, 2013, p. 50-51)

A mais importante delas, ao menos para o presente trabalho, é a de que não se fundam em cognição exauriente. Desta forma, o próprio mérito em que se funda a cautelar é a presença, em maior ou menor grau, a fumaça do bom direito e o perigo na demora para a satisfação da pretensão. Nesse sentido, arrematam os supracitados autores:

> De fato, o fumus boni iuris e o periculum in mora são requisitos para a propositura da ação cautelar; são requisitos para a concessão da liminar; e são, também, requisitos para a obtenção da sentença de procedência. Acontece, todavia, que há uma variação do grau de intensidade em que estes requisitos estão presentes (WAMBIER, TALAMINI 2013, p. 47)

E arrematam, por fim:

> (...) a sentença proferida em processo cautelar não produz coisa julgada material. Como no processo cautelar não se decide de modo exauriente sobre relação jurídica alguma, não há o que se possa tornar imutável ou indiscutível. Só se produz coisa julgada formal (WAMBIER, TALAMINI, 2013, p. 51)

Desta maneira, em resumo: quando uma sentença judicial resolver o mérito da lide, em cognição exauriente, formar-se-á a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

denominada coisa julgada material, cujo regime jurídico se funda visualiza através de três aspectos, conforme lição de Fredie Didier:

> O regime jurídico da coisa julgada é visualizado a partir da análise de três dados: 1) os *limites subjetivos* – quando se examina quem se submete a seus efeitos; 2) os *limites objetivos* – momento em que se investiga *o que* se submete aos seus efeitos; 3) e o *modo de produção* – analisando-se *como* ela se forma (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 427)

O modo de produção, nos processos individuais, é o *pro et contra*, regra geral no Código de Processo Civil, aplicável aos processos individuais – objeto deste capítulo, no qual a coisa julgada se forma independentemente do resultado do processo.

As outras duas hipóteses serão vistas mais adiante, no capítulo atinente aos processos coletivos.

No Brasil, prevalece o entendimento de que o objeto do Processo corresponde ao pedido, conforme relata Antônio Cabral:

> No Brasil, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, prevalece a concepção de Schwab do objeto do processo como sendo o pedido, o que tem grande importância nos limites objetivos da coisa julgada. (CABRAL, 2014, p.91)

Os limites objetivos da coisa julgada correspondem ao que foi decidido no processo, e em razão do Princípio da Congruência Objetiva (visto no capítulo relativo à sentença), ao que foi pedido. Em suma, somente se submete à coisa julgada o comando judicial que está contido no dispositivo da sentença, decidindo os pedidos iniciais.

Já os limites subjetivos, como se viu, dizem respeito a quem está vinculado ao decisório. Nas ações individuais, via de regra, a coisa julgada se faz entre as partes (*inter pars),* em evidente correlação ao Princípio da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Congruência Subjetiva: se somente as partes participaram do processo, somente elas podem submeter-se à norma jurídica concreta emanada do órgão judicante.

Veja-se que não há, nas ações individuais, um limite territorial à influência da coisa julgada. É que esta acompanha os sujeitos envolvidos onde quer que estejam, ainda que além do território nacional.

Uma sentença de divórcio, por exemplo, faz coisa julgada entre as partes não só no Brasil, mas em quaisquer outros países, onde também serão consideradas divorciadas. Nesse sentido:

> Qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. Até a sentença estrangeira pode produzir efeitos no Brasil, bastando para tanto que seja homologada pelo STF [agora STJ]. Assim, as partes entre as quais foi dada a sentença estrangeira são atingidas por seus efeitos onde quer que estejam no planeta Terra (...). Com efeito, o problema atinente a saber quais pessoas ficam atingidas pela imutabilidade do comando judicial insere-se na rubrica dos limites subjetivos desse instituto processual dito" coisa julgada ", e não sob a óptica de categorias outras, como a jurisdição, a competência, a organização judiciária. (MANCUSO, 2009, pp. 322-323)

Esse conceito é muito pertinente para entender-se o desenvolvimento do raciocínio em relação à limitação territorial da coisa julgada nas ações coletivas *lato sensu*.

Ver-se-á que criou uma particularidade à coisa julgada no processo coletivo, que em tese deveria ser mais abrangente, restringindo-lhe os efeitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

4 DA EFICÁCIA TERRITORIAL DA SENTENÇA NAS AÇÕES COLETIVAS

Chega-se, enfim, ao capítulo final deste artigo.

Pede-se vênia para fazer um breve esclarecimento: quando se fala em ações coletivas, estar-se-á referindo à Ação Civil Pública e à Ação Civil Coletiva, cujos conceitos serão abordados. Não se olvida a existência de outras ações de caráter naturalmente coletivo, mas em razão do objeto de estudo ser a questão da territorialidade, mais ligada à tais espécies de ações, optou-se por usar tal nomenclatura para referir-se a estas duas espécies de demanda.

Não, se abre mão, aqui também, da construção de conceitos. Serão traçadas as linhas mestras da tutela coletiva de direitos, para depois passar-se ao estudo do objeto da pesquisa, com a resposta para a problemática apresentada e uma proposta para resolvê-la no mundo dos fatos.

Passa-se, agora, ao capítulo-fim deste trabalho.

4.1 Da Natureza dos Direitos Coletivamente Tutelados

Costuma-se subdividir os direitos tuteláveis coletivamente em três espécies, precisamente de acordo com a redação do Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
>
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
>
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
>
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (BRASIL, 2013, Lei 8.078/90)

Incide, a partir da tripartição realizada, grande controvérsia doutrinária.

Cássio Scarpinella Bueno critica a divisão que pretendeu trazer o Código de Defesa do Consumidor:

> Com o devido respeito, parece ser melhor entender, como propõe Antonio Gidi, em seu A *class action* como instrumento de tutela coletiva de direitos, p.48-57, que a tripartição concebida pelo legislador brasileiro é muito pouco funcional e que nada acrescenta ao tão desejado – e verdadeiramente impositivo – acesso coletivo à justiça. (BUENO, 2013, p.176)

E complementa a tese no sentido de que a classificação elencada não deve ser vista como mutuamente excludente, mas complementar:

> Para solucionar o impasse, é preferível entender que os direitos e interesses difusos, tanto quanto os coletivos e os individuais homogêneos, não são classes ou tipos de direitos preconcebidos e estanques, não interpenetráveis ou relacionáveis entre si. São – é esta a única forma de entender, para aplicar escorreitamente, a classificação feita pela lei brasileira-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> formas preconcebidas, verdadeiros modelos apriorísticos, que justificam, na visão abstrata do legislador, a necessidade da tutela jurisdicional coletiva. Não devem ser interpretados, contudo, como realidades excludentes umas das outras, mas, bem diferentemente, como complementares. (BUENO, 2013, p.176)

Talvez assista razão ao posicionamento do referido jurista quanto à necessidade de revisão da legitimação para promoção das demandas coletivas.

No entanto, data vênia, isso não retira a importância, ao menos didática da classificação. É que, tratando-se de conceitos jurídicos, como se anotou no capítulo I, que designam idéias aplicáveis ao ordenamento, e sendo o Direito uma ciência, faz todo o sentido a segregação *conceitual*, na medida em que apresentam elementos diferenciadores relevantes.

Já Teori Zavascki chama atenção ao fato de que o dispositivo do CDC se refere à tutela coletiva de direitos, e não tutela de direitos coletivos:

> (...) é preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular determinado) e materialmente indivisíveis. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí sua transindividualidade. "Direito coletivo" é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo strictu sensu. (ZAVASCKI, 2006, p.42)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Vê-se que o eminente Ministro refuta a designação de coletivos aos direitos individuais homogêneos. Segundo o autor, direitos individuais, ainda que homogêneos, não podem ser qualificados como coletivos, possuindo apenas, como dispõe a própria redação do diploma consumerista, origem comum, razão pela qual previu-se a possibilidade de tutela-los em conjunto, em regime similar ao dos direitos metaindividuais:

> Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar esta natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. (...) Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares indetermináveis, a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. (...) Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o Art.46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo (ZAVASCKI, 2006, p.43)

Veja-se que o autor disseca o conceito de individuais homogêneos, identificando neles um núcleo de homogeneidade, relativo a três aspectos, conforme preciosa lição a seguir transcrita:

> A identificação do núcleo de homogeneidade fica mais clara quando se tem presente o conjunto de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> elementos da relação jurídica (ou melhor dizendo, da norma jurídica concretizada) em que se inserem os direitos subjetivos. As relações jurídicas obrigacionais são compostas pelos seguintes elementos, cuja identificação formal (em sentença ou em título extrajudicial) é indispensável para que a prestação possa ser exigida (= executada coercitivamente) em juízo: (a) a existência da obrigação (*an debeatur)*, (b) a identidade do credor (*cui debeatur)*, (c) a identidade do devedor (*quis debeat)*, (d) a natureza da prestação (*quid debeatur);* e, finalmente, (e) em que quantidade é devido (*quantum debeatur)*. Pois bem: as relações jurídicas subjacentes aos direitos individuais homogêneos têm, em comum, três desses elementos: o *na debeatur* (= o ser devido), *o quis debeat (*quem deve) e *o quid debeatur* (= o que é devido). São eles que constituem o núcleo de homogeneidade dos correspondentes direitos individuais subjetivos. (ZAVASCKI, 2006, p.157)

Em contrapartida, o professor Fredie Didier traz argumentos por que entende serem os direitos individuais homogêneos tratarem-se, por ficção, de direitos coletivos:

> Denominam-se direitos coletivos lato sensu, os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos stricto sensu e os direitos individuais homogêneos. (...)
>
> Como vimos, ações coletivas não são meros litisconsórcios multitudinários; revelam-se, antes, como espécie de tutela molecular dos ilícitos que afetam bens jurídicos coletivos ou coletivizados para fins de tutela (DIH). Segundo Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, "uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. (...)"
>
> Como corolário desse entendimento (...), os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução, voltando a ser indivisíveis se não ocorrer a tutela do ilícito. (DIDIER, ZANETI, 2013, p.27)

Concessa vênia, parece assistir razão ao professor Zavascki, quanto ao posicionamento conceitual.

Veja-se, que, de fato, há a necessidade de tutela dos direitos individuais como coletivos, o que não é negado pelo referido jurista. E, de fato, a colocação dos direitos de dita natureza como aptos a receber tutela coletiva satisfaz o ideal constitucional de efetividade da prestação jurisdicional.

Não obstante, tais razões não parecem ser suficientes para defender uma coletividade intrínseca a tais direitos. A natureza coletiva decorre da estrutura do direito, e não da sua tutela em Juízo.

Conceituar algo significa rotulá-lo dentro de um campo ideal, no qual esteja perfeitamente contida a idéia, e delimitados seus limites, de forma que se possa distinguir aquilo que nela está contida e aquilo que não o está. Se, dentro de um mesmo conceito, rotula-se algo e seu oposto, nada realmente se distingue e nada se conceitua.

Portanto, não se pode dizer que algo que é individual, é ao mesmo tempo coletivo, na medida em que o dito binômio, conforme utilizado no ordenamento, serve justamente para distinguir espécies opostas de direito, aquelas pertencentes a uma só pessoa e estas a mais de uma.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Dizer, ainda, que os direitos são indivisíveis até determinado momento parece ser outra contradição. Veja-se que a divisibilidade (ou indivisibilidade) é característica absoluta, imutável. Ora, se algo é indivisível até determinado momento, não era realmente indivisível.

Veja-se que, no entendimento do professor Didier, a indivisibilidade é momentânea e decorre de circunstâncias alheias ao próprio direito (da pretensão posta em Juízo). Mas o direito, estruturalmente, não é indivisível, razão pela qual não se pode falar em indivisibilidade momentânea.

Os direitos individuais homogêneos, a toda evidência, são direitos individuais aos quais se facultou, por razões mais diversas, o tratamento coletivo em Juízo.

4.2 Da Ação Civil Pública e da Ação Civil Coletiva

4.2.1 Linhas Gerais

Primeiramente, importante destacar que o conteúdo dos instrumentos de tutela de direitos coletivos não se esgotam no instrumento processual que se denominou de Ação Civil Pública. Nesse sentido, as palavra de Cassio Scarpinella Bueno:

> A "ação civil pública" não pode ser compreendida como sinônima de "ação coletiva", ou mais corretamente, do chamado "direito processual coletivo".
>
> É importante distinguir, com a maior nitidez possível, o contexto adequado de exame daquela matéria de seu próprio exame.
>
> A chamada Ação Civil Pública é um procedimento para veicular, ao Estado-Juiz, pedido de tutela jurisdicional relativo a determinados direitos e interesses. O "direito processual coletivo é o contexto que permite a devida análise daquele instituto e de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> tantos outros que, mesmo sem serem uma ação civil pública, tal qual disciplinada na Lei 7.347/1985, também fazem parte daquele ramo do direito processual civil. (BUENO, 2013, p.179-180)

Realmente, a maioria dos doutrinadores reconhece o caráter de norma geral de direito processual à ação civil pública. Mas seria ela também uma espécie própria de ação?

O que se indaga, em verdade, é se a expressão "ação civil pública" seria uma espécie de ação ou meramente um compilado de normas que incorretamente se designou de ação?

Marcelo Abelha Rodrigues entende que a expressão Ação Civil Pública, na acepção adquirida ao longo dos anos, tornou-se plurissiginificativa, designando os dois fenômenos, atribuindo tal fato à cultura romano-germânica da qual deflui o direito brasileiro:

> Uma simples leitura do Código de Processo Civil (art. 890 e ss.) ou uma rápida investigação dos protocolos forenses, permitirá identificar uma realidade há muito existente em nosso ordenamento. A realidade mostra que continuamos dando nomes às ações. É ação ordinária, ação sumária, ação individual, ação popular, (...). Não há nenhum mal nisso, ou seja, não há nenhum problema em se nominar a ação, atribuir-lhes nomes ou apelidos e isso, na verdade, só vem demonstrar o apego à cultura romano germânica que ainda é bem presente no nosso ordenamento. (...)
>
> Nesse sentido, não há nenhum erro em falar ação civil pública para designar a demanda coletiva que tutela os direitos coletivos lato sensu. Entretanto, em sentido técnico e com algum rigor processual, verifica-se que a ação é apenas um direito constitucional de postular ao Poder Judiciário a tutela de um direito lesado ou ameaçado. Nesse compasso, correto seria dizer que a Lei 7.347/85 congrega um conjunto de regras e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> técnicas processuais (processo e procedimento) que são utilizados para a tutela dos interesses coletivos em sentido lato, ou seja, a tutela coletiva dos direitos é provocada pelo exercício do direito de agir e, as técnicas e regras a serem desenvolvidas seguirão, regra geral, a Lei de Ação Civil Pública (...). (RODRIGUES, 2013, p. 366)

Vê-se, de pronto, a primeira problemática que cerca a referida lei. Entendida a Lei de Ação Civil Pública como um instrumento processual próprio, poderia tal instrumento ser hábil à tutela dos direitos (ou interesses) individuais homogêneos?

Como se viu no trecho retro, o Professor Marcelo de Abelha Rodrigues entende que sim, tendo em vista que diz ser a ação civil pública o instrumento hábil a tutelar direitos coletivos *lato sensu.* Tal denominação é própria para designar os direitos tutelados coletivamente.

No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzilli comenta:

> O uso da expressão Ação Civil Pública, preconizado por Piero Calamandrei, deve-se a uma busca de contraste com a chamada ação *penal* pública (...)
>
> Ao menos em sua criação, portanto, os dizeres "ação civil pública" por certo queriam destinar-se apenas a distinguir a ação não penal proposta pelo Ministério Público. (...)
>
> Ação Civil Pública, ou ação coletiva, como prefere o Código de Defesa do Consumidor, passou a significar, portanto, não só aquela proposta pelo Ministério Público, como a proposta pelos demais legitimados ativos do Art. 5º da Lei n. 7.347/85 e do Art. 82 do CDC, e ainda aquela proposta pelos sindicatos, associações e outras entidades legitimadas na esfera constitucional, sempre com objetivo de tutelar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (...). (MAZZILLI, 1993, p.32)

Cássio Scarpinella Bueno, de certa forma, tem entendimento no que parece ser um meio-termo. Admite não existir contraposição entre ação civil pública e interesses individuais homogêneos, mas reconhece que aquela, tal qual prevista na Lei 7.347/85, foi pensada para a tutela de interesses transidividuais, sendo esta a razão pela qual o Código de Defesa do Consumidor optou por criar um capítulo para a tutela dos interesses "acidentalmente coletivos":

> O Capítulo 1 ocupa-se da exposição da "Ação Civil Pública", tal qual regulada pela Lei 7.347/85. (...)
>
> A tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos, contudo, não é disciplinada por aquele diploma legislativo. Ele se encontra nos arts. 91-100 do Código do Consumidor (Lei 8.078/90), em capítulo próprio, sugestivamente denominado "Das Ações Coletivas Para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos," (...).
>
> A distinção entre as matérias, contudo, quer ser apenas *didática*. Não existe nenhuma distinção ontológica entre uma ação civil pública e uma "ação coletiva. Ambas as denominações devem ser entendidas como mera expressão idiomáticas que acabaram sendo consagradas pelas leis de regência da espécie, sobretudo pela doutrina, pela jurisprudência e pelos usos e costumes forenses, e que denotam diferentes procedimentos para buscar (e obter) tutela jurisdicional para determinadas situações de direito material. (BUENO, 2013, p.210)

O contraponto fica por conta do entendimento do Professor Teori Zavascki. Entende o referido mestre tratarem-se formas de tutela diferentes a ação civil pública e ação coletiva, mormente porque a ação coletiva visa definir, também o núcleo de homogeneidade, conforme se viu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

no item anterior, dos direitos individuais homogêneos, o que implica em uma repartição da atividade cognitiva do magistrado:

> Segundo observou Kazuo Watannabe, a cognição, no processo civil, pode ser visualizada em dois planos distintos: o horizontal e o vertical. No plano horizontal, ela pode ser plena ou limitada, tudo dependendo da extensão do conflito posto em debate. No plano horizontal, ela pode ser plena ou limitada, tudo dependendo da extensão do conflito posto em debate no processo. Será plena se o objeto da demanda for a integralidade do conflito existente; será limitada (ou parcial) se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito. No plano vertical, a cognição poderá ser exauriente (completa) ou sumária, tudo dependendo do grau de profundidade com que é realizada.
>
> Na ação coletiva propriamente dita (e, portanto, na correspondente sentença de mérito), as questões enfrentadas são unicamente as relativas ao núcleo de homogeneidade dos direitos individuais afirmados na demanda. A cognição, portanto, embora exauriente sob o aspecto vertical, será limitada sob o aspecto horizontal. (...)
>
> A repartição da atividade cognitiva representa, como se pode observar, mais uma importante diferença entre o procedimento da ação coletiva (= para tutela de direitos individuais homogêneos) e o da ação civil pública, destinada a tutelar direitos transindividuais: naquele, a atividade cognitiva é limitada ao núcleo de homogeneidade dos direitos controvertidos; e nesse, a cognição é ampla, envolvendo, como qualquer procedimento comum ordinário, a totalidade da controvérsia. (ZAVASCKI, 2006, p. 163-164)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Parece assistir razão, com todo o respeito às opiniões em contrário, especialmente as aqui esposadas, ao professor Teori Zavascki.

Não parece correto afirmar que no caso, ainda que o procedimento seja distinto, não haveria distinção ontológica entre a ação civil pública e a ação coletiva prevista no CDC.

Ora, sendo o grau e o limite da cognição característica intrínseca da ação que se propõe, influindo diretamente no objeto da tutela pretendida (e este é o caso em comento), evidente que se trata de duas coisas distintas.

Pode-se dizer, isso com certeza, que possuem características em comum, o que justifica a alcunha de ambas no gênero de ações que destinam-se à tutela coletiva de direitos.

Mas ontologicamente são, sim, distintas. Isso fica muito claro nas ações que destinam-se a uma tutela repressiva.

No caso de um dano ambiental, que não tenha prejuízos imediatos individuais, evidente que há legitimidade para determinados entes perquerirem em Juízo eventual punição do infrator. Nesse caso, os limites da lide serão totais, tanto vertical quanto horizontalmente, e ao fim, caso se entenda pela procedência, condenar-se-á o infrator a determinada prestação (a depender da concepção que se adota). Isso é o tanto quanto basta para satisfazer a pretensão resistida existente. Já em eventual demanda coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos, via de regra, as questões concentrar-se-ão em estabelecerem-se as características comuns, para possibilitar a liquidação e execução individual por parte dos interessados.

Essa é a razão pela qual a sentença em tais processos é eminentemente genérica:

> Na ação coletiva, até como decorrência natural da repartição que a caracteriza, a sentença será, necessariamente, genérica. Ela fará juízo apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> na inicial, ou seja, apenas sobre três dos cinco principais elementos da relação jurídica que envolve os direitos subjetivos objeto da controvérsia: o *an debeatur* (= a existência da obrigação), o *quis debeat* = a identidade do sujeitopassivo da obrigação) e o *quid debeatur* (= a natureza da prestação devida). Tudo o mais (o *cui debeatur* = quem é o titular do direito e o *quantum debeatur* = qual a prestação a que especificamente faz jus) é tema a ser enfrentado e decidido por outra sentença, proferida em outra ação, a ação de cumprimento. (ZAVASCKI, 2006, p. 163-164)

Diante dessas considerações, e levando em consideração a amplitude do conhecimento, faz tanto sentido dizer que tais ações são ontologicamente iguais quanto o faz dizer que as ações cautelares são ontologicamente iguais às ações ordinárias, ainda que reste evidente que verticalmente, o grau conhecimento de ambas difere.

Ressalte-se, no entanto, que o ajuizamento de uma demanda alcunhada de ação civil pública, mas que pretende tutelar interesses ou direitos individuais homogêneos pode, em homenagem ao princípio constitucional do amplo acesso à Justiça e do Aproveitamento dos Atos Processuais, assim como o Princípio da Pas de Nullité Sans Grief (não há nulidade sem prejuízo), sem qualquer problema, ser recebida como ação coletiva e ser processada pelo rito previsto no Código de Defesa do Consumidor.

A ressalva fica tão somente em razão da natureza acadêmica deste estudo, que busca o estudo dos institutos em tese, mas sem descuidar do lado prático das questões aqui postas.

Diante do exposto, adota-se aqui o entendimento do Professor Zavascki, no que tange à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

4.2.2 Legitimação Ativa nas Demandas Coletivas

A Lei 7.347/85 trouxe um rol de legitimados para a propositura da Ação Civil Pública, *in verbis:*

> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
>
> I - o Ministério Público;
>
> II - a Defensoria Pública
>
> III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
>
> IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
>
> V - a associação que, concomitantemente:
>
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
>
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL, 2013, Lei 7.347/85)

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor traz, em seu Art. 82, um rol de legitimados para a tutela coletiva:

> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
>
> I - o Ministério Público,
>
> II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
>
> IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. (BRASIL, 2013, Lei 7.347/85)

A legitimidade conferida a tais entidades para a tutela de direitos transindividuais é, sem sombra de dúvidas, extraordinária.

Vê-se que, conforme o Art. 6º do Código de Processo Civil, a regra geral na tutela de direitos individuais é a legitimidade ordinária: "Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei." (BRASIL, 2013, Lei 5.869/73)

Fredie Didier explica a diferença entre a legitimidade ordinária e extraordinária:

> Há legitimação ordinária quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute uma situação jurídica de que se afirma titular. Há legitimação extraordinária quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute situação jurídica cuja titularidade afirmada é de outro sujeito. Na legitimação ordinária, age-se em nome próprio na defesa dos próprios interesses; na legitimação extraordinária, age-se em nome próprio na defesa de interesse alheio. (DIDIER, ZANETI, 2013, p.204)

E conclui o referido autor, afirmando ser a legitimidade dos entes elencados anteriormente eminentemente extraordinária, funcionando através do fenômeno da substituição processual:

> A legitimação ao processo coletivo é extraordinária: autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade. Não há coincidência entre o legitimado e o titular da situação jurídica discutida. Quando não há essa coincidência, há legitimação extraordinária – esta é a posição adotada por este Curso, que de resto parece ser a majoritária na jurisprudência brasileira, muito embora ainda não tenha sido pacificada na doutrina. (DIDIER, ZANETI, 2013, p.204)

E não é só. A legitimação coletiva, além de extraordinária, possui outras características que lhe qualificam.

Fredie Didier, em magistral lição, qualifica a legitimação extraordinária nos processos coletivos em autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva.

Autônoma na medida em que não necessita de autorização do titular do direito material para deflagrar a atividade jurisdicional.

Exclusiva na medida em que o único legitimado para *ingressar* com a ação é substituto, cabendo ao substituído, unicamente na tutela de direitos individuais, pela Ação Civil Coletiva, somente intervir como assistente em tais demandas.

Concorrente porque se permite que mais de um substituto ingresse com a ação. Ou seja, há previsão de legitimidade para mais de um ente.

Finalmente, é disjuntiva porque um legitimado não depende do consentimento dos demais.

Indispensável trazer as palavras do professor Didier sobre o tema:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> A técnica escolhida foi a da legitimação por substituição processual autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva.
>
> Há legitimação extraordinária autônoma quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso.
>
> (...) Há legitimação extraordinária exclusiva, se apenas o legitimado extraordinário puder ser a parte principal no processo, cabendo ao protagonista da situação litigiosa, se já não fizer parte da demanda, intervir no processo na condição de assistente litisconsorcial (litisconsórcio ulterior). Nas ações coletivas, essa intervenção só é possível quando estiverem sendo discutidos direitos individuais homogêneos (art. 94 do CDC) (...).
>
> Há legitimação concorrente ou co-legitimação quando mais de um sujeito estiver autorizado a discutir em Juízo determinada situação jurídica.
>
> (...) A legitimação apresenta-se, ainda, disjuntiva, porque, apesar de ser concorrente, cada entidade legitimada a exerce independentemente da vontade dos demais colegitimados. (DIDIER, ZANETI, 2013, p.204)

Prosseguindo-se, chega a outra questão interessante acerca da legitimação nas ações coletivas.

Vê-se que os colegitimados previstos nos diplomas transcritos acima não são idênticos. A título exemplificativo, pode-se ver que houve previsão, na Lei de Ação Civil Pública, após a modificação trazida pela Lei 11.448/07, de legitimidade para a Defensoria Pública propor a Ação Civil Pública. Não obstante, modificação semelhante não ocorreu no Art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Por fim, não poderia deixar de citar a interessante questão da representatividade adequada, como meio de aferir que os substituídos serão realmente bem representados, ou seja, terão seus interesses tutelados da melhor forma possível pelo substituto.

Tal característica se faz presente em diversos países que se utilizam da tutela coletiva de direitos, em especial no direito norte-americano, a denominada *Adequacy of Representation*, conforme preconizou a professora Linda Mullenix, em seu relatório geral sobre a tutela coletiva nos sistemas de *Common Law*.

> All common laws jurisdictions seem to have some concept of adequacy of representation embedded in their jurisprudence relative to the qualifications for serving as representative. In addition, it seems that the determination of adequacy is within the jurisdiction of the tribunal, that determines whether to create a class action or representative action.
>
> (...) Because the Class representatives are representing the interests of absent class members, the representatives are guardians and fiduciaries for the class interests. Moreover, it is a fundamental principle of American class action jurisprudence that a class judgment will not have any binding effect in the absence of adequate representation in the class proceedings. Hence, class action judgments may subsequently be attacked on direct or collateral appeal by challenging the underlying adequacy of representation. (GRINOVER, MULLENIX, WATANABE, 2011, p. 280-282)

Vê-se, assim, que no direito norte-americano, é possível que o julgamento seja combatido em razão da ausência de representatividade adequada. Isso mostra que tal característica deve ser aferida no início da demanda, convolando-se em verdadeiro pré-requisito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Conforme ensina Kazuo Watanabe, a representatividade adequada pode constar expressamente em lei ou pode ser feita pelo juiz. Reconhece, no entanto, que em último caso a análise é sempre do magistrado:

> A aferição desses dois requisitos pode ser feita (a) pelo juiz ou (b) pelo legislador, mediante a fixação em lei dos requisitos para a legitimação.
>
> Mas mesmo estando pré-fixados em lei, no caso concreto caberá ao juiz verificar se efetivamente estão presentes os requisitos exigidos pelo legislador para que haja a representatividade adequada, o que equivale dizer que, embora mais facilitada a tarefa, é ao juiz que incumbe, caso a caso, fazer o escrutínio desse pré-requisito. (GRINOVER, MULLENIX, WATANABE, 2011, p. 300-301)

Kazuo Watannabe reconhece a distinção, nesse aspecto do direito brasileiro e o direito norte-americano:

> Nos países de civil law, somente alguns países adotam ocritério de aferição de representatividade adequada pelo juiz (Uruguai; por entendimento jurisprudencial também Argentina e Paraguai). (...) O Projeto Brasileiro de Processos Coletivos acolhe esse sistema somente para o caso de legitimação de pessoa física. (GRINOVER, MULLENIX, WATANABE, 2011, p. 301)

Vê-se, destarte, a vontade doutrinária de implementação de tal análise prévia nos processos coletivos, como forma de garantir uma tutela adequada aos interesses supraindividuais.

Concorda-se com a posição doutrinária, na medida em que a aferição prévia da representatividade adequeada pelo magistrado favorece a maximização do devido processo legal no instituto da substituição processual, na medida em que garante que os substituídos tenham seus interesses tutelados de forma mais ampla em Juízo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

4.2.3. A Competência nas Ações Coletivas

Dispõe o Art. 2º da Lei 7347/85:

> Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. (BRASIL, 2013, Lei 7.347/85)

Por sua vez, o art. 93 do CDC possui a seguinte redação:

> Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:
>
> I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;
>
> II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente. (BRASIL, 2013, Lei 8.078/90)

Veja-se que o Art. 2º da Lei de Ação Civil Pública parece ter estabelecido um novo conceito de competência.

Instaurou-se a dúvida se tratar-se-ia de competência territorial ou competência funcional.

Marcelo Abelha Rodrigues estabelece a distinção entre os conceitos:

> A competência territorial leva em consideração critério geográfico e tem por finalidade precípua aumentar o contato do juiz com os fatos da causa. Já a competência funcional está relacionada ao exercício de uma função. (RODRIGUES, 2013, p.416)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

De logo, tratou a doutrina de rechaçar a competência funcional estabelecida pelo legislador. Em verdade, trata-se de competência absoluta, cogente, e parece, mais uma vez, ter se utilizado o legislador de termo equivocado para exteriorizar o espírito da disciplina legislativa:

> Entretanto, o texto legal não perde tempo e nem deixa que se tenha esse devaneio, esclarecendo que se trata de competência do tipo funcional. Na verdade, pensamos, o texto legal foi incisivo ao dizer "do tipo absoluta", para rechaçar expressamente qualquer tentativa de interpretação que dissesse ser a competência da ACP territorial, e, com isso, de natureza relativa. Na verdade, pensamos que kal nenhum teria em se dizer ser a competência territorial, mas com regime jurídico de cogência, de ordem pública, que não admite disposição." (RODRIGUES, 2013, p.416)

Saliente-se que o regramento do Código de Processo Civil estabelece a competência territorial como norma de caráter relativo, ou seja, sujeito a alteração por disposição das partes, conforme teor do Art. 63 do CPC.

Assim, conclui-se que a Lei de Ação Civil Pública criou regra especialíssima de competência territorial absoluta, aplicável também, em razão do diálogo de fontes existente em razão da já delineada formação do dito microssistema de tutela coletiva, às ações civis coletivas:

> O caso é de competência territorial, cujo desrespeito implica incompetência absoluta (excepcional, é verdade, á luz do Art. 111 do CPC) semelhante ao regime do foro da situação da coisa para as ações reais imobiliárias previstas na parte final do Art.95 do CPC. (DIDIER, ZANETI, 2013, p.142)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Outra interessante questão é auferir se no caso de danos nacionais, haveria competência concorrente entre o Distrito Federal e os Estados, ou se seria exclusiva do foro do Distrito Federal.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria, conforme julgamento de Conflito de Competência que se transcreve:

> COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE CONSUMIDORES. INTERPRETAÇÃO DO ART. 93, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO DE ÂMBITO NACIONAL. Em se tratando de ação civil coletiva para o combate de dano de âmbito nacional, a competência não é exclusiva do foro do Distrito Federal. Competência do Juízo de Direito da Vara Especializada na Defesa do Consumidor de Vitória/ES. (STJ - CC: 26842 DF 1999/0069326-4, Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER, Data de Julgamento: 10/10/2001, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 05/08/2002 p. 194 RSTJ vol. 160 p. 217)

Ressalte-se, no entanto, o respeitável entendimento de Ada Pelligrini Grinover:

> Mas o produto ou serviço pode acarretar prejuízos de dimensões mais amplas, atingindo pessoas espalhadas por uma inteira região ou por todo o território nacional. Nesse caso, a determinação da competência territorial faz-se pelo foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal (inc. 11 do art. 93). Tanto num como noutro caso, a competência é da Justiça local, nos termos do disposto no caput do dispositivo (...).
>
> Cabe, aqui, uma observação: o dispositivo tem que ser entendido no sentido de que, sendo de âmbito regional o dano, competente será o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> No entanto, não sendo o dano de âmbito propriamente regional, mas estendendo-se por duas comarcas, tem-se entendido que a competência concorrente é de qualquer uma delas.
>
> Sendo o dano de âmbito nacional, entendemos que a competência deveria ser sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na Capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal.
>
> Essa interpretação reduziria os casos de competência concorrente, que de qualquer modo seriam solucionados pelo critérios do Código de Processo Civil, inclusive quanto à prevenção (...).
>
> No entanto, não tem sido esta a posição da jurisprudência, que entende, em caso de danos de âmbito nacional, ser o foro da Capital dos Estados ou do Distrito Federal concorrente. No mesmo sentido manifestou-se autorizada doutrina.
>
> Permitimo-nos insistir na nossa posição, até porque parece claro que foi justamente a atribuição da competência ao foro da Capital dos Estados, para casos de abrangência nacional, que provocou a (malsucedida) tentativa de restrição pela medida provisória n° 1.570/97 (GRINOVER, 2009, p.683)

Concorda-se, porém, com a posição majoritária na Colenda Corte, por Facilitar o acesso à tutela coletiva de direitos. Ademais, é muito provável que sendo o dano de âmbito nacional, é possível que seus efeitos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

sejam mais palpáveis, e a coleta de provas seja mais fácil, em determinado Estado da Federação do que no Distrito Federal.

4.2.4 A Coisa Julgada nas Ações Coletivas

Já se abordou o tema da coisa julgada em momento anterior (v. capítulo II), mas no regime individual, conforme tradicionais lições extraídas e adequadas ao Código de Processo Civil.

Passa-se no presente ato, à análise desta nos processos de natureza coletiva.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu Art. 103, traz o regime da coisa julgada nas Ações de Natureza Coletiva:

> "Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
>
> I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
>
> II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
>
> III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.
>
> § 1° Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> § 2° Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.
>
> § 3° Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.
>
> § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória. (BRASIL, 2013, Lei 8.078/90)

O artigo 16 da Lei 7.347/85 também traz disposição acerca do tema, conforme redação transcrita:

> "Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (BRASIL, 2013, Lei 8.078/90)

Esse dispositivo, como visto, traz a questão da territorialidade, que será analisada posteriormente.

Por ora, importante ressaltar a dicotomia entre os dois.

Veja-se que não existe dúvida a respeito da possibilidade de tutela de direitos coletivos pela ação civil pública.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

O que acontece, tão somente, é que a redação do Código de Defesa do Consumidor adapta-se melhor à tríplice divisão constante no art. 81 daquele diploma.

Prosseguindo, impende ressaltar que a coisa julgada, à exceção da tutela de direitos individuais homogêneos, manifesta-se como exemplo de coisa julgada *secundum eventum probationis.*

Trata-se de uma relativização da autoridade da *res iudicata*, que não alcançará o seu núcleo material quando o julgamento pela improcedência decorrer da insuficiência de provas.

Cabe perquerir o alcance da expressão insuficiência de provas.

Veja-se que a disposição do ônus da prova nas ações coletivas não possui significantes diferenças das ações que tutelam direitos individuais. Algumas peculiaridades se fazem presentes, como a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor de um substituto processual, levando-se em consideração relação jurídica extraprocessual:

> ACP. INVERSÃO. ÔNUS. PROVA. MP.
>
> Trata-se, na origem, de ação civil pública (ACP) interposta pelo MP a fim de pleitear que o banco seja condenado a não cobrar pelo serviço ou excluir o extrato consolidado que forneceu a todos os clientes sem prévia solicitação, devolvendo, em dobro, o que foi cobrado. A Turma entendeu que, na ACP com cunho consumerista, pode haver inversão do ônus da prova em favor do MP. Tal entendimento busca facilitar a defesa da coletividade de indivíduos que o CDC chamou de consumidores (art. 81 do referido código). O termo "consumidor", previsto no art. 6º do CDC, não pode ser entendido apenas como parte processual, mas sim como parte material da relação jurídica extraprocessual, ou seja, a parte envolvida na relação de direito material consumerista – na verdade, o destinatário do propósito protetor da norma. (STJ,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> REsp 951.785-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15/2/2011.)

Trata-se de exceção que confirma a regra, no sentido vige a regra de distribuição "estática" do ônus da prova (a despeito de vozes na doutrina defenderem assiduamente a distribuição dinâmica do ônus da prova em tais demandas – entendido, a grosso modo, como uma técnica que distribui o ônus da prova àquele com melhor condições de dele desincumbir-se), constante no Art. 373 do CPC, *in verbis:*

> Art. 373. 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. (BRASIL, 2018, Lei 13.105/15)

Ora, se há a inversão do ônus da prova, é porque a princípio ele obedecia à fórmula tradicional.

Partindo-se dessa premissa há de se distinguir duas situações. A primeira delas é o ente coletivo, substituto processual, que instruiu indevidamente o processo, não tendo obtido sucesso, por isso, em convencer o magistrado. O segundo caso é de o substituto processual ter feito todo o possível para provar o alegado, mas em razão das provas apresentadas pela outra parte, convenceu-se o julgador pela improcedência. Nesse segundo caso, forma-se a coisa julgada material.

Essa é a lição trazida por Marcelo Abelha Rodrigues:

> A insuficiência de provas pode ser analisada sob um aspecto material e outro processual e não precisa ser expressamente declarada pelo juiz ao julgar a demanda coletiva improcedente. O primeiro caso (aspecto material) dirige-se a situações em que não existia ou não era impossível a obtenção de prova suficiente para influir no resultado e na convicção do

> magistrado. A segunda hipótese existe quando a insuficiência decorre da ausência de material probatório nos autos que pudesse levar à formação da convicção do magistrado favoravelmente ao demandante. (...) a rigor, toda decisão de improcedência se dá : a) porque o autor não conseguiu demonstrar que possuía o direito afirmado; b) porque o réu trouxe prova suficiente para convencer que o autor não possuía razão. Nesse caso (b) não há que se falar em insuficiência de provas, pois a prova apresentada nos autos foi suficiente para levar à improcedência da demanda. (RODRIGUES, in DIDIER, 2013, p. 436-437)

Veja-se, também, que eventual resultado negativo nas ações que tutelam direitos supraindividuais – coletivos *stricto sensu e difusos,* ao contrário do que defendiam alguns não é *secundum eventum litis.*

A coisa julgada *secundum eventum litis*, devem ser entendidas "no sentido de que a coisa julgada forma-se no caso de procedência do pedido, apenas para favorecer os indivíduos e não para prejudica-los." (BUENO, 2013, p.220)

Ora, verdadeiramente, o que há, é a limitação da indiscutibilidade da sentença aos indivíduos membros da coletividade, no caso de improcedência, na medida em que os substitutos processuais, quaisquer que sejam, não poderão mais propor outra ação coletiva sob o mesmo fundamento, tenham ou não participado do processo. Nesse sentido, traz-se a lição de Antonio Gidi:

> *Rigorosamente,* a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é secundum eventum litis. (...) *A coisa julgada sempre se formará, independentemente de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência.* A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra. (...)* O que diferirá com o "evento da lide" não é a formação ou não da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. *Enfim, o que é secundum eventum litis não é a formação da coisa julgada, mas sua extensão erga omnes ou ultra partes à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva.* (GIDI,1995, p.73-74)

O que há na verdade, é o efeito *in utilibus,* podendo os integrantes da coletividade beneficiar-se de tal sentença em um litígio individual: "a coisa julgada nas demandas essencialmente coletivas (difusas e coletivas) pode ser aproveitada para as lides individuais derivadas da mesma causa de pedir (art. 103, § 3º do CDC)"(RODRIGUES, in DIDIER, 2013, p. 439).

Sucede que para os litígios coletivos que versam sobre direitos individuais homogêneos a regra é outra.

A rigor, somente não será atingido por eventual sentença de improcedência (desde que não seja por ausência de provas), se não intervir no processo como assistente litisconsorcial, na forma do Art. 94 do CDC: "Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor." (BRASIL, 2013, Lei 8.078/90).

Intervindo o substituído, a *contrario sensu,* sobre ele estender-se-á a força da coisa julgada:

> Em caso de improcedência, qualquer que seja a causa, "os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual". A *contrario sensu*, portanto, há de se entender que o juízo de improcedência atinge, com sua força vinculante, os que tiverem aderido ao processo coletivo, em atendimento ao edital previsto no art. 94. ((ZAVASCKI, 2006, p. 189)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Por fim, há de se ressaltar a hipótese de já haver uma ação individual em curso quando do ajuizamento de demanda coletiva.

Nesse caso, não requerida a suspensão, no prazo de 30 dias a contar da ciência do ajuizamento da ação coletiva, a coisa julgada não interfere no litígio individual. Em relação a esse tema, ensina Teori Zavascki:

> Desse dispositivo, colhe-se: (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva superveniente; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do autor; e (c) que não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva. (ZAVASCKI, 2006, p. 190)

Tal dispositivo transcreve o mais próximo que existe no direito brasileiro do denominado *right to opt out:*

> No Brasil, pelo menos por agora, para que o indivíduo se exclua da jurisdição coletiva, é preciso que, proposta sua ação individual e devidamente cientificado da existência do processo coletivo, decida pelo prosseguimento do processo individual (...). Esse é o modo de *abdicar expressamente da jurisdição coletiva no direito brasileiro*, ato que não implica, repita-se, renúncia ao direito discutido. (DIDIER, ZANETI, 2013, p.195)

Trata-se de sistema consistente em permitir que cada indivíduo substituído tenha o direito, após notificado, de requerer a exclusão do processo coletivo, não se submetendo à eficácia da sentença e à autoridade da *res iudicata*. Os demais, que não requererem a exclusão, a esta se submeterão, conforme ensina a professora Ada Pelligrini Grinover:

> Como é sabido o critério do *opt out* consistem em permitir que cada indivíduo, membro de uma classe, requeira em juízo a sua exclusão da demanda coletiva, de modo a ser considerado terceiro, não sujeito à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> coisa julgada. Todos os demais membros da classe (...), são considerados partes e sofrem os efeitos da coisa julgada, seja ela positiva, seja ela negativa.(GRINOVER, MULLENIX, WATANABE, 2011, p. 239)

No direito norte-americano, como explica a professora Linda Mullenix, há a previsão para as *class actions* contidas no Art.23, (b) (3) para o direito à auto-exclusão:

> Among the common law countries, only the United States has a longstanding clear opt-out regime in its class action jurisprudence. As explained above, the Rule 23(b)(3) class category provides that members of such class must be afforded the opportunity to opt-out the class. (GRINOVER, MULLENIX, WATANABE, 2011, p. 293)

Veja-se que as *class actions* contidas no dito artigo tutelam justamente interesses individuais homogêneos, conforme síntese do Professor Kazuo Watanabe:

> A terceira categoria de *class action* – a prevista na *Rule 23(b)(3),* que se destina à postulação de indenização de danos por lesões individuais seria correspondente à ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos do sistema de civil law (GRINOVER, MULLENIX, WATANABE, 2011, p. 305)

Assim, apesar de haver uma aproximação, e pode-se dizer inspiração, da ação civil coletiva com as *class actions* da *Rule* 23(b)(3), é consistente a afirmação de que o direito brasileiro não adotou tal sistemática, sobretudo diante da sua ineficácia frente ao sistema da coisa julgada *in utilibus*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

4.3 O Problema da Eficácia Territorial da Sentença nas Ações Coletivas

4.3.1 Críticas ao Art. 16 da Lei 7.347/85

No presente trabalho, começou-se o estudo através da conceituação do ato processual sentença, passando por conceitos básicos preliminares, a exemplo da idéia de jurisdição, competência, etc.

Estudaram-se os efeitos da sentença, assim como a eficácia subjetiva e objetiva da coisa julgada, lições das quais se utiliza agora.

Passou-se ao estudo do processo coletivo em linhas gerais, como não poderia deixar de ser, ante à restrição imposta pelo tema do trabalho.

Foram observadas, ainda, a natureza dos direitos em disputa no processo coletivo. Viu-se que formou-se no direito brasileira um microssistema intercomunicante para a tutela coletiva de direitos, à qual se aplica meramente de forma subsidiária o Código de Processo Civil.

Viu-se, ainda, as peculiaridades da coisa julgada nas ações coletivas, o sistema adotado para a tutela de direitos e diversas posições doutrinárias sobre o tema.

A partir de tal substrato jurídico-doutrinário, é possível passar a analisar o tema do presente trabalho monográfico.

Conforme já assentado anteriormente, a coisa julgada, no teor do Art.467, do CPC, é a qualidade que torna imutável a sentença, nos limites em que foi decidida a lide – conceito formulado no capítulo II, conforme entendimento majoritário da doutrina.

O artigo 16 da Lei 7.347/85 trouxe a seguinte redação em relação à coisa julgada:

> Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (BRASIL, 2013, Lei 7.347/85)

Tal redação foi fornecida pela Lei 9.494/97, constando tal teor em seu Art.2º. Da mesma forma, trouxe em seu Art. 2º-A, a seguinte redação:

> "Art.2º-A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator (BRASIL, LEI 9.494/95, 2014)

Primeiramente, analisando o dispositivo contido na Lei 7.347/85, parece ter equivocado-se o legislador ao tentar limitar a "coisa julgada" aos limites territoriais do órgão prolator da sentença, na medida em que a consequência primeira seria a divisão, se isso fosse ao menos possível, de direitos estruturalmente indivisíveis, nos casos dos direitos individuais homogêneos e coletivos *strictu sensu.*

Viu-se que tais direitos possuem entre si uma característica em comum: são subjetivamente transindividuais, ou seja, não possuem titular determinado e materialmente indivisíveis (item III.1,b). Estas características são elementares a tais espécies de direitos.

Ora, uma sentença cuja "coisa julgada" limita-se aos limites territoriais do órgão prolator certamente tenta dividir o indivisível. Esta é a primeira crítica que fazem respeitáveis vozes na doutrina, como a exemplo de Marcelo Abelha Rodrigues:

> Da forma como foi redigida, pretende o legislador limitar o objeto difuso e coletivo, que são indivisíveis. Pretende estabelecer que os limites da competência delimitem igualmente os limites objetivos e subjetivos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> do julgado. Esquece-se o legislador que nem todos os bens difusos e coletivos são indivisíveis na sua essência por vontade do ser humano. Se pensarmos no meio ambiente, veremos que é simplesmente impossível limitar a tutela de um objeto que é essencialmente indivisível e ubíquo, independentemente do querer humano. (RODRIGUES, 2013, p. 366)

Teori Zavascki segue a mesma linha de raciocínio, deixando claro que o regime da coisa julgada limitada pelo aspecto "territorial" não se coaduna com a tutela de direitos de natureza transindividual:

> No que se refere ao âmbito de eficácia, a imutabilidade da sentença na ação civil pública, segundo o art.16 da Lei 7.347/85, é *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator." A extensão subjetiva universal (erga omnes) é consequência natural da transindividualidade e da indivisibilidade do direito tutelado na demanda. Se o que se tutela são direitos indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados, não há como estabelecer limites subjetivos à imutabilidade da sentença. Ou ela é imutável, e, portanto, o será para todos, ou ela não é imutável, e portanto, não faz coisa julgada. (ZAVASCKI, 2013, p.)

Não se passa despercebido, ainda, que a redação imprecisa acaba por criar verdadeira aberração processual.

Veja-se, como se demonstrado à exaustão, que a coisa julgada é conceito que define uma qualidade da sentença, a de se tornar imutável. Pela redação do dispositivo, estaria autorizado que parcela dos substituídos fossem beneficiados pela imutabilidade ocasionada em razão do trânsito em julgado da decisão e uma outra parcela, que não estivesse dentro dos "limites de competência", não se beneficiaria de tal qualidade. Nesse sentido, ensina Teori Zavascki:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Ora, seria difícil compatibilizar essa espécie de limitação com a natureza jurídica da coisa julgada (que nada mais é do que uma qualidade da sentença, a da sua imutabilidade). O que faz coisa julgada (ou seja, o que se torna imutável) nas sentenças de mérito é o juízo, que nelas se contém, a respeito da existência ou da inexistência ou do modo de ser da relação jurídica objeto do litígio, e isso não é diferente nas ações civis públicas. Embora indeterminados os titulares do direito tutelado, também nessas ações a atividade cognitiva visa a obter uma sentença com declaração de certeza a respeito de uma relação jurídica determinada, nascida de específica situação de fato, que gera, ou pode gerar, lesão a direito transindividual (=pertencente a uma coletividade ou a sujeitos indeterminados). É esse juízo de certeza que, pelo efeito da coisa julgada, se torna imutável. Ora, é incompreensível como se possa cindir territorialmente a imutabilidade assim constituída, limitando-a, por exemplo, a uma comarca, ou a uma cidade, ou até, em caso de juiz que atua em vara distrital, a apenas uma parte da cidade. Por outro lado, considerando que a coisa julgada não altera o conteúdo da sentença, nem compromete sua eficácia, o eventual limitador territorial importaria, na prática, a produção de uma estranha sentença, com duas qualidades: seria válida, eficaz e *imutável* em determinado território, mas seria válida, eficaz e mutável fora desse território. (ZAVASCKI, 2006, p. 163-164)

Outra crítica que merece o dispositivo é a confusão de conceitos, limitando a jurisdição (que é una e inidivsível) a limites territoriais definidores de competência. Pedro Lenza já ressaltara há muito a "nítida confusão de conceitos básicos como jurisdição, competência e autoridade da coisa julgada" (LENZA, 2005, p.200).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

De fato, há a mencionada confusão, que entende ser a competência critério de repartição da jurisdição. Não levou em consideração o legislador, que as regras de competência são somente critérios para a prévia repartição da atividade jurisdicional, meios de definição do juízo natural. Uma vez fixada a competência, a eficácia do juiz competente se estende dentro de todo o território nacional, onde quer que esteja, na medida em que em todo o território há jurisdição.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso traz magistério valioso, carregado de uma veemente crítica ao legislador:

> Qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. Até a sentença estrangeira pode produzir efeitos no Brasil, bastando para tanto que seja homologada pelo STF [agora STJ]. Assim, as partes entre as quais foi dada a sentença estrangeira são atingidas por seus efeitos onde quer que estejam no planeta Terra. Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada é, no mínimo, desconhecer a ciência do direito.
>
> Com efeito, o problema atinente a saber quais pessoas ficam atingidas pela imutabilidade do comando judicial insere-se na rubrica dos limites subjetivos desse instituto processual dito" coisa julgada ", e não sob a óptica de categorias outras, como a jurisdição, a competência, a organização judiciária. (MANCUSO, 2009, pp. 322-323)

No mesmo sentido, Fredie Didier:

> [...] há, ainda, equívoco na técnica legislativa, que acaba por confundir competência, como critério legislativo para repartição da jurisdição, com a imperatividade decorrente do comando jurisdicional, esta última elemento do conceito de jurisdição que é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> una em todo o território nacional. (DIDIER, ZANETI, 2013, p.25)

De fato, o equívoco é patente.

Nas ações destinadas a tutelar direitos individuais, a sentença faz coisa julgada entre as partes, e seus efeitos se fazem observar em todo o território nacional, assim como a imutabilidade que lhe dá eficácia. Tal situação é mais facilmente visível nas sentenças com eficácia predominantemente declaratória ou constitutiva, conforme demonstrou o Min. Luis Felipe Salomão, em voto cujo interessante trecho se transcreve:

> A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.
>
> A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas. (STJ - REsp: 1243887 PR 2011/0053415-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/10/2011, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 12/12/2011)

E as críticas não param por aí.

Observe-se que, na redação do dispositivo, a eficácia da sentença limitar-se ia aos limites territoriais do órgão julgador.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

E se houvesse apelação da sentença?

O processo subiria à segunda instância e nessa seria proferido acórdão, com efeito substitutivo à sentença proferida (o conceito de efeito substitutivo foi delineado no capítulo I deste trabalho).

Dessa maneira, o que transitaria em julgado seria o acórdão e não a sentença, substituída pelo julgamento coletivo. Sucede que pode ser que o ente de segunda instância possui "competência territorial" mais ampla do que o ente de primeira instância, como é o caso dos tribunais estaduais em relação a um juiz que exerce suas atividades em determinada comarca.

A situação é problemática.

Marcelo Abelha Rodrigues critica a situação esdrúxula criada em razão do dispositivo: "Ademais permite inferir que a cada degrau de jurisdição que se suba por intermédio de recursos se aumente a área de cobertura da decisão. Enfim, um absurdo sem tamanho! (RODRIGUES, 2013, p. 440)

No mesmo sentido Fredie Didier relembra situação hipotética levantada na arguição oral do concurso da Profa. Teresa Wambier para Livre-Docente da PUC/SP:

> a sentença brasileira pode produzir efeito em qualquer lugar do planeta, desde que submetida ao procedimento de homologação perante o tribunal estrangeiro competente; do mesmo modo, uma sentença estrangeira pode produzir efeito em todo o território nacional, desde que submetida ao procedimento de homologação da sentença estrangeira perante o STJ (conforme a EC nº 45, que lhe deu essa nova competência originária, anteriormente do STF: art. 105, I , "i"). No entanto, uma sentença brasileira coletiva somente poderia produzir efeitos nos limites territoriais do juízo prolator. Trata-se de absurdo sem precedentes. Seria o caso de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> submeter essa sentença ao STJ, para que ela pudesse produzir efeitos em todo o território nacional? (DIDIER, ZANETI, 2013, p.151)

Em outra fronte, as críticas apontam a ausência de sentido prático na alteração, que, por tentar quebrar interesses e direitos molecularmente indissociáveis, cria uma multiplicidade de ações sobre a mesma matéria em diferentes órgãos jurisdicionais, abarrotando ainda mais as portas do judiciário com demandas idênticas, que poderiam ser decididas de uma só vez, por um único juízo competente.

Ademais, incorre em erro que o ordenamento visa evitar a todo custo. Cria a possibilidade de decisões conflitantes entre juízos distintos, disseminando a insegurança jurídica no âmbito da tutela coletiva de direitos.

Ada Pelligrini Grinover traz preciosa lição sobre o tema:

> Executivo, acompanhado pelo Legislativo, foi duplamente infeliz. Em primeiro lugar, pecou pela intenção. Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e, de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saídas até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história. Em segundo lugar, pecou pela incompetência. Desconhecendo a interação entre a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim como muitos dos dispositivos deste, acreditou que seria suficiente modificar o art.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> 16 da Lei n. 7.347/85 para resolver o problema. No que se enganou redondamente. Na verdade, o acréscimo introduzido ao art. 16 da LACP é ineficaz. (GRINOVER - b, 2009, p.939)

Diante das incomensuráveis críticas aqui colacionadas, resta clara a incompatibilidade material entre os malfadados dispositivos, ao menos da forma que a redação literal se propõe, e o sistema de tutela coletiva criado no ordenamento.

Há, todavia, de se ressalvar o respeitável posicionamento do Ministro Teori Zavascki, que entende ser cabível a limitação territorial do julgado no caso dos direitos individuais homogêneos, contida na redação do Art. 2º-A da Lei 9.494/97, conforme lição a seguir transcrita:

> O sentido da limitação territorial contida no Art. 16, antes referido, há de ser identificado por interpretação sistemática e histórica. Ausente do texto original da Lei 7.347/85, sua gênese foi a nova redação dada ao dispositivo pelo Art. 2º da Lei 9.494/97. Essa Lei, por sua vez, tratou da matéria análoga no seu art. 2º – A, que assim dispôs (...). Aqui, o desiderato normativo se expressa mais claramente. O que ele visa é limitar a eficácia subjetiva da *sentença* (e não da *coisa julgada*), o que implica, necessariamente, limitação do rol dos substituídos no processo (que se restringirá aos domiciliados no território da competência do Juiz. Ora, entendida nesse ambiente (..), em ação para tutela de direitos subjetivos individuais (e não em ação civil pública para tutela coletiva de direitos transindividuais, a norma do art.16 da Lei 7.347/85 produz algum sentido. É que nesse caso, o objeto do litígio são direitos individuais e divisíveis, formados por uma pluralidade de relações jurídicas autônomas, que comportam tratamento separado, sem comprometimento de sua essência. (ZAVASCKI, 2006, p. 163-164)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Com a devida vênia, ficamos com o posicionamento dos doutrinadores que entendem, ainda no caso de tutela de direitos individuais homogêneos, não caber a restrição territorial.

Há que se conceder ao legislador, porém, ao menos que em neste dispositivo foi mais técnico do que no anterior. Aqui, limitou-se a amplitude da substituição, limitando-se, por tabela, a eficácia subjetiva da sentença.

Mas nem assim pode subsistir a restrição.

Primeiro porque grande parte das críticas anteriores subsiste.

Ainda nesse caso, possibilita-se a multiplicação de ações idênticas, propostas pela mesma entidade associativa, tão somente com o fito proteger o maior número possível de associados.

Possibilita a existência de decisões conflitantes, minando a segurança jurídica que tanto se preza no ordenamento.

E, sobretudo, entra em conflito direto com a regra de competência do Art. 93 do CDC. Viu-se no subtópico relativo à competência que o referido dispositivo fixou a competência concorrente entre os estados e o distrito federal no caso de dano de abrangência nacional. Ora, se previu expressamente competência para o caso de dano de âmbito nacional, é porque a ação ajuizada obterá sentença que poderá ser liquidada em qualquer lugar do território nacional. Assim, afasta-se a aplicabilidade do Art. 2º-A da Lei 9.494/97, ante a evidente contradição entre eles: se fosse aplicado, por exemplo, no caso de haver a opção pelo foro do Distrito Federal, levando em consideração a regra da territorialidade sobre a qual se versa, só figurariam como substituídos os moradores do distrito federal cuja pretensão derivou de origem comum, fazendo virar "letra morta o Art. 93 do CDC."

Comungando o entendimento da inaplicabilidade do Art. 2º-A da Lei 9.494/97, leciona Fredie Didier:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> "É importante registrar que a coisa julgada coletiva serve ao indivíduo membro da coletividade, independentemente de ele ser formalmente membro do grupo. A coisa julgada proveniente de um processo conduzido por um sindicato ou associação não beneficia apenas os indivíduos sindicalizados ou associados. Todo aquele que pertencer ao grupo (categoria ou grupo de vítimas, p.ex.) poderá valer-se da coisa julgada coletiva para obter a proteção em sua esfera jurídica individual. (...) Quer eles sejam associados ou não à época dos fatos, quer sejam eles ou não residentes da mesma localização geográfica, quer sejam eles associados ou não na mesma localização geográfica (...), nos processos coletivos o acesso à justiça é amplo, nos termos da Constituição, para alcançar a toda a situação jurídica coletiva lato sensu e todos deverá beneficiar a coisa julgada favorável, sem exceção, em razão da indivisibilidade do direito coletivo." (DIDIER JR, 2013, p 393)

Apesar de concordar com o posicionamento do professor Zavascki no sentido de que *estruturalmente* os direitos individuais homogêneos não podem ser classificados como coletivos, é evidente que o legislador optou por deferir-lhe tratamento o mesmo tratamento em Juízo daquele que dispõe os direitos essencialmente transindividuais. Nesse sentido a lição do professor Didier é correta.

Conforme visto no item relativo à natureza dos direitos coletivos *lato sensu,* a crítica desse trabalho foi somente à tentativa de enquadrá-los como coletivos quando na verdade somente dispõe de um tratamento coletivo, o que não é suficiente para alterar sua natureza.

Não obstante, o tratamento coletivo dispendido aos direitos individuais homogêneos é suficiente para endossar, em relação aos mesmos, as críticas que se fez quanto às outras duas subespécies.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

E diante de tamanha incompatibilidade entre a regra trazida e o sistema, entende a doutrina pela ineficácia da alteração, em razão da intercomunicação do microssistema de tutela coletiva:

> Por isso, sustentamos que a limitação operada por certos julgados afronta o art. 103,CDC, e despreza a orientação fornecida pelo art. 91, II, por onde se vê que a causa que verse sobre a reparação de danos de âmbito nacional ou regional deve ser proposta no foro da capital do Estado ou no Distrito Federal, servindo, evidentemente, a decisão para todo o território nacional. Esse dispositivo aplica-se aos demais casos de interesses que alcancem grupos e categorias de indivíduos, mais ou menos determináveis, espalhados pelo território nacional. (GRINOVER, 2007, p. 942)

Diante do exposto, tudo que se disse em relação ao Art.16 da Lei de Ação Civil Pública vale para o Art.2º da Lei 9.494/97.

Feitas tais considerações e críticas, passa-se à análise do dispositivo com a Constituição da República.

4.3.2 Uma Proposta de Solução à Problemática

Sabe-se que todas as normas do ordenamento devem adequar-se às normas constantes na Constituição existente em um Estado Democrático de Direito. Tal fenômeno é denominado Supremacia da Constituição.

Marcelo Novelino Camargo sintetiza a idéia:

> A rigidez de uma constituição tem como principal consequência o princípio da supremacia, do qual decorre o princípio da compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico, segundo o qual

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> uma norma só será válida se produzida de acordo com o seu fundamento de validade.
>
> A supremacia constitucional pode decorrer de seu conteúdo ou do processo de elaboração de suas normas.
>
> A *supremacia material* é o corolário do objeto clássico das Constituições, que trazem em si os fundamentos do Estado de Direito.
>
> A supremacia formal (...) se manifesta na superioridade hierárquica das normas constitucionais em relação às demais normas produzidas no ordenamento." (CAMARGO, 2013, p.227-228)

Já as espécies de Inconstitucionalidade relevantes para o presente tema se dividem em duas espécies: inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material.

Em magistério de Pedro Lenza, a dicotomia resta suficientemente esclarecida:

> Como o próprio nome induz, a inconstitucionalidade formal, também conhecida como nomodinâmica, verifica-se quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em sua "forma", ou seja, em seu processo de formação, vale dizer, no processo legislativo de sua elaboração, ou, ainda, em razão de sua elaboração por autoridade incompetente. (...)
>
> Por seu turno, o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à "matéria", ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele que afrontar qualquer preceito ou Princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material. (LENZA, 2011, p.231-234)

Pois bem.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

No tocante ao artigo 2-A , incumbe primeiramente salientar que foi trazido ao mundo jurídico por intermédio de medida provisória, conforme se extrai de narrativa do Min. Luis Felipe Salomão em voto proferido em sede de Recurso Especial:

> Cumpre ressaltar, primeiramente, que o mencionado artigo foi acrescentado à Lei n.9.494/97 por força da Medida Provisória n. 1.798-1, de 11 de fevereiro de 1999 , e que, somente depois de inúmeras outras medidas provisórias, o texto foi definitivamente consolidado pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001 (STJ - REsp: 1243887 PR 2011/0053415-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/10/2011, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 12/12/2011)

O art. 62 da Constituição da República assim dispõe:

> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (BRASIL, Constituição Federal, 2013)

Vê-se que se tem como pressupostos das medidas provisórias o requisito da relevância e da urgência.

Pedro Lenza explica que, não configurados tais requisitos, está presente inconstitucionalidade formal por violação dos pressupostos objetivos do ato:

> Segundo Canotilho, "Hoje, põe seriamente em dúvida seriamente em dúvida se certos elementos não reentrantes no processo legislativo não poderão ocasionar vícios de inconstitucionalidade (...)
>
> Transportando a teoria de Canotilho para o direito brasileiro, valemo-nos de exemplos trazidos por

> Clèmerson Melin Cl`ve, quais sejam, a edição de medida provisória sem a observância dos requisitos de relevância e urgência (...) (LENZA, 2011, p.233)

Tendo essas considerações, há vozes na doutrina que sustentam a existência da supramencionada inconstitucionalidade no dispositivo, a exemplo de Cássio Scarpinella Bueno:

> Trata-se de regra inequivocamente restritiva e, por isto – não fosse sua origem de duvidosa inconstitucionalidade, porque a Lei 9.494/97 é fruto de conversão de Medida Provisória expedida sem seus pressupostos autorizadores. (BUENO, 2013, p. 201)

Materialmente, alguns doutrinadores também sustentam a inconstitucionalidade.

Nelson Nery Jr entende ser inconstitucional o dispositivo por ferir o direito de ação dos substituídos:

> A norma, na redação dada pela Lei 9.494/97, é inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir princípios do direito de ação (CF, art. 5º, XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorava há doze anos, sem oposição ou impugnação), nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62, *caput*. (NERY JR., 2001, p. 1558)

Fredie Didier traz linha semelhante de raciocínio, acrescentando que a restrição territorial fere o devido processo legal em seu aspecto substancial, porquanto irrazoável e desproporcional:

> Atualmente, sabe-se que é plenamente possível a análise dos dispositivos legais sob a perspectiva do princípio da razoabilidade. As leis hão de ser

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> razoáveis, proporcionais, e somente assim podem ser aplicadas. A doutrina do substantive due process of law, surgida nos Estados Unidos da América, já apontava na direção da possibilidade de controle do conteúdo das leis a partir desta perspectiva. Pois bem. Os dispositivos são irrazoáveis, pois impõem exigências absurdas, bem como permitem o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva justiça, mesmo que sejam demandas iguais, envolvendo sujeitos em igualdade de condições, com a possibilidade teórica de decisões diferentes e até conflitantes em cada uma delas. (DIDIER, ZANETI, 2013, p.149)

E continua o referido autor, afirmando veemente violação à igualdade, princípio dos mais caros à nossa ordem constitucional, dizendo que o referido dispositivo:

> [...] representa ofensa aos princípios da igualdade e do acesso à jurisdição, criando diferença no tratamento processual dado aos brasileiros e dificultando a proteção de direitos coletivos em Juízo; (DIDIER, ZANETI, 2013, p.150)

E ainda, Tereza Arruda Alvim Wambier:

> Um dos argumentos usados para sustentar a inoperância destas novas regras (já que se cai a primeira – o art. 16 – esta outra cai inevitável e inexoravelmente – pois daquela "depende") é o de que os sistemas da LACP e do CPC são integrados: devem ser lidas, estas duas leis, como se fossem uma só, disciplinando o processo das ações coletivas (art. 21 da LACP e 90 do CDC). O art. 103 do CDC é posterior ao art. 16 da LACP – e, portanto, o revogou. Logo, inoperante seria alteração em artigo de lei já

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> revogado. Ademais, afirma-se ainda que a restrição imposta pelo art 16 seria inconstitucional, pois sendo una e indivisível a jurisdição, a decisão proferida por qualquer órgão competente do Poder Judiciário é válida e eficaz em todo território nacional (WAMBIER, 2005, p.284)

Concorda-se apenas com a questão da inconstitucionalidade formal, na medida em que a redação da lei anterior já vigorava há doze anos, o que indica que não observou os requisitos da relevância e urgência.

Discorda-se da conclusão de inconstitucionalidade material, vez que não se vê a limitação como incompatível com os dispositivos constitucionais, mas tão somente uma forma de dispor acerca de como tais direitos são exercidos, em especial o direito ao devido processo legal, cujo conteúdo é bastante amplo.

Isso não quer dizer que o dispositivo deva ser interpretado em sua disposição literal. Deve, ao contrário, ser interpretado sistemicamente, dentro do contexto do microssistema de tutela coletiva em que é posto.

Assim, como proposta de solução da problemática, e sem apelar para a derrogação do dispositivo propõe-se a interpretação da regra em conjunto com o Art. 93 do CDC, que fixa as hipóteses de competência: sendo local o dano, será proposto no âmbito do local do dano, sendo nacional, em competência concorrente (conforme já visto) entre o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal. Nesse sentir, a regra seria reinterpretada no âmbito da competência, "esquecendo-se" a esdrúxula tentativa de fracionar os efeitos da coisa julgada, para ser entendida como uma forma de explicitar a necessidade de fixação do Juízo competente pela regra do Art.93 do CDC, garantindo uma tutela mais adequada aos interessados.

A tese é endossada por Marcelo Abelha Rodrigues:

> A regra que aparentemente causou rebuliço no meio processual foi adequadamente interpretada sob o ponto de vista da competência. É que tal dispositivo –

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> o art. 16 da LACP – fez com que a competência territorial passasse a ser fixada de acordo com o alcance do dano (...), ou seja, não é o limite objetivo do julgado que é fixado pela competência territorial, mas simplesmente o contrário, qual seja, esta é fixada, em maior ou menor alcance, de acordo com o alcance do objeto que será tutelado (...), tal como preconiza o Art.93 do CDC. (RODRIGUES, 2013, p.417-418)

4.3.3 Evolução do Tema nos Tribunais Superiores

Até não muito tempo atrás, o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela interpretação da legislação infraconstitucional, aplicava interpretação literal acerca do tema, limitando os efeitos do julgado à "competência" do órgão prolator da decisão:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO DE COMBUSTÍVEIS (DL 2.288/86). EXECUÇÃO DE SENTENÇA. EFICÁCIA DA SENTENÇA DELIMITADA AO ESTADO DO PARANÁ. VIOLAÇÃO DO ART. 2º-A DA LEI Nº 9.494/97. ILEGITIMIDADE DAS PARTES EXEQÜENTES. 1. Impossibilidade de ajuizamento de ação de execução em outros estados da Federação com base na sentença prolatada pelo Juízo Federal do Paraná nos autos da Ação Civil Pública nº 93.0013933-9 pleiteando a restituição de valores recolhidos a título de empréstimo compulsório cobrado sobre a aquisição de álcool e gasolina no período de jul/87 a out/88, em razão de que em seu dispositivo se encontra expressa a delimitação territorial adrede mencionada. 2. A abrangência da ação de execução se restringe a pessoas domiciliadas no Estado do Paraná, caso contrário geraria violação ao art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, litteris: "A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator". 3. Recurso especial parcialmente conhecido, e nesse ponto, desprovido.

(STJ - REsp: 665947 SC 2004/0079589-1, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 02/12/2004, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 12/12/2005 p. 271 LEXSTJ vol. 198 p. 150)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVILPÚBLICA. EFICÁCIA SUBJETIVA. 1. Não pode ser conhecido o recurso especial quanto à questão da vedação ao reconhecimento de ofício da incompetência territorial, porque sobre ela não emitiu qualquer juízo o Tribunal de origem —faltando-lhe, pois, o indispensável prequestionamento. 2. Nos termos do art. 566 do CPC, tem legitimidade para "promover a execução forçada", além do Ministério Público, nos casos prescrito sem lei, "o credor a quem a lei confere título executivo". Na hipótese dos autos, o comando sentencial da ação civil pública restringiu sua eficácia subjetiva aos contribuintes domiciliados no Estado do Paraná, sendo inviável, sob pena de ofensa ao princípio da coisa julgada, a sua extensão a contribuintes domiciliados em Santa Catarina, como é o caso dos autores, que não possuem, portanto, título executivo. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(STJ, RESP 625.996/SC, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 15/03/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Todavia, existia na Colenda Corte entendimento no sentido de que o Art. 16 da Lei de Ação Civil Pública não poderia ser aplicada aos dissídios que versassem sobre direitos individuais homogêneos, uma vez que seria regido pelos dispositivos do CDC:

> PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CORREÇÃO MONETÁRIA DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS NAS CARDENETAS DE POUPANÇA. AÇÃO PROPOSTA POR ENTIDADE COM ABRANGÊNCIA NACIONAL, DISCUTINDO DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNIOS. EFICÁCIA DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE EFICÁCIA DA SENTENÇA E DE COISA JULGADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. - A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa. - A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. - O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contem, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses. Recurso especial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> conhecido e provido. (STJ - REsp: 411529 SP 2002/0014785-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/06/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/08/2008)

Posteriormente, em evidente superação do entendimento anteriormente firmado, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ineficácia e infelicidade da limitação territorial aos efeitos da sentença, ou da coisa julgada – conforme redação do dispositivo:

> DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO XBANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. ALCANCE SUBJETIVO DA SENTENÇACOLETIVA. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISAJULGADA. MULTA PREVISTA NO ART. 475-J, CPC. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:1.1. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizadapela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamadosexpurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs queseus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituiçãofinanceira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seualcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena devulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso alimitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.1.2. A sentença genérica prolatada no âmbito da ação civil coletiva,por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de "quantiacerta ou já fixada em liquidação" (art. 475-J do CPC), porquanto,"em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica",apenas "fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados"(art. 95 do CDC). A condenação, pois, não se reveste de liquideznecessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> nãosendo aplicável a reprimenda prevista no art. 475-J do CPC. 2. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 1247150 PR 2011/0076361-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/10/2011, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 12/12/2011)

E ainda:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. 1. O alegado direito à utilização, por agricultores, de sementes geneticamente modificadas de soja, nos termos da Lei de Cultivares, e a discussão acerca da inaplicabilidade da Lei de Patentes à espécie, consubstancia causa transindividual, com pedidos que buscam tutela de direitos coletivos em sentido estrito, e de direitos individuais homogêneos, de modo que nada se pode opor à discussão da matéria pela via da ação coletiva. 2. Há relevância social na discussão dos royalties cobrados pela venda de soja geneticamente modificada, uma vez que o respectivo pagamento necessariamente gera impacto no preço final do produto ao mercado. 3. A exigência de pertinência temática para que se admita a legitimidade de sindicatos na propositura de ações coletivas é mitigada pelo conteúdo do art. 8º, II, da CF, consoante a jurisprudência do STF. Para a Corte Suprema, o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de

guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do 'writ', exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe. Precedente. 4. A Corte Especial do STJ já decidiu ser válida a limitação territorial disciplinada pelo art. 16 da LACP, com a redação dada pelo art. 2-A da Lei 9.494/97. Precedente. Recentemente, contudo, a matéria permaneceu em debate. 5. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. 6. O art. 2º-A da Lei 9.494/94 restringe territorialmente a substituição processual nas hipóteses de ações propostas por entidades associativas, na defesa de interesses e direitos dos seus associados. A presente ação não foi proposta exclusivamente para a defesa dos interesses trabalhistas dos associados da entidade. Ela foi ajuizada objetivando tutelar, de maneira ampla, os direitos de todos os produtores rurais que laboram com sementes transgênicas de Soja RR, ou seja, foi ajuizada no interesse de toda a categoria profissional. Referida atuação é possível e vem sendo corroborada pela jurisprudência do STF. A limitação do art. 2-A, da Lei nº 9.494/97, portanto, não se aplica. 7. Recursos especiais conhecidos. Recurso da Monsanto improvido. Recurso dos Sindicatos provido. (REsp 1243386/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Sobre o julgado colacionado, leciona Freddie Didier:

> A maior novidade do precedente foi sem dúvida revisar o antigo entendimento que reconhecia plena vigência ao art. 16 caput da LACP e do seu corolário no art. 2º-A da Lei 9.494/1994. Excelente precedente, parabéns ao STJ que mostra sinais claros do amadurecimento da matéria em prol da maior efetividade material das ações coletivas. Espera-se que a oscilação termine e essa orientação se consolide em definitivo, e para todos os processos coletivos, não apenas para o processo coletivo do consumidor, atingindo todas as demais situações jurídicas coletivas merecedoras de tutela, em especial as relativas ao meio ambiente (DIDIER, ZANETI, 2013, p.25)

Conclui-se concordando com o referido mestre.

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho, foi abordado um tema de grande polêmica no meio processual: a questão da territorialidade na ação civil pública, prevista no Art. 16 da Lei 7.347/85, a qual estabelece que "a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator (...)".

Para tanto, fez-se proeminente a necessidade de estabelecer-se conceitos a respeito dos institutos sentença e coisa julgada, ante a importância e complexidade dos institutos e a remissão direta que o dispositivo fez a eles.

Tal análise foi elevada a objetivo específico deste trabalho, na medida em que pretendeu-se fazer possível uma comparação entre os regimes jurídicos de tais institutos nas demandas coletivas e nas individuais, eis que, conforme relatado na introdução, o método comparativo foi uma das formas de abordagem.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Construindo-se conceitos aplicáveis à generalidade dos casos, nos dois primeiros capítulos e na primeira parte do terceiro, cumpriu-se a forma de abordagem dedutiva, porquanto partiu-se de termos e conceitos gerais e se-lhes aplicou ao problema específico trazido.

No primeiro capítulo, viu-se que o termo jurisdição nada mais é que a atividade estatal, desenvolvida através de um de seus órgãos, o Estado-Juiz, que visa tutelar a pretensão que lhe foi trazida, através de um processo, substituindo a vontade das partes.

E a tutela estatal é fornecida àqueles que o acionam sobretudo através dos atos decisórios daquele que tem a prerrogativa para fornecer a resposta perquerida pelos jurisdicionados. Uma dessas espécies de atos decisórios é aquele que se denominou de sentença.

Viu-se que a partir do alcance da plenitude do sincretismo processual no Brasil, o conceito de sentença sofreu profundas alterações, e chegou-se à conclusão que o conceito mais aceitável, e que foi adotado no trabalho, é o de que a sentença seria o ato decisório do estado juiz que, veiculando qualquer das matérias contidas nos artigos 267 e 269 do CPC, visa, pretende, objetiva por fim a uma das fases do processo em primeiro grau de jurisdição.

Explicou-se que a depender da tese vencedora na fundamentação, que baseará a conclusão a que se chega, a sentença poderá ser terminativa ou de mérito. No caso das sentenças terminativas, o magistrado esbarra em alguma questão de admissibilidade da demanda, a qual o impede de analisar a causa de pedir aposta na inicial. Concluirá por extinguir o feito sem a análise do mérito, em razão de uma das hipóteses previstas no Art. 267 do CPC.

Não sendo este o caso, após a fundamentação decidirá o processo com a análise do mérito, em razão de uma das hipóteses previstas no Art. 269.

Por fim, que a sentença como um todo deve ater-se ao denominado Princípio da Congruência em seus mais diversos aspectos, para não padecer de qualquer vício, prejudicando-lhe no plano de validade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

sendo abordadas nesse trabalho as espécies de congruência objetiva e subjetiva. A congruência objetiva diz respeito à simetria entre o que objetivamente se julga e o que se pede, ou seja, relaciona-se ao objeto, enquanto a subjetiva estatui que as questões resolvidas na motivação da decisão, bem como o conteúdo de sua parte dispositiva somente vinculam, a princípio, os sujeitos parciais do processo.

No segundo capítulo, estudou-se o regime jurídico da coisa julgada.

Vista a evolução na doutrina processualista, chegou-se à conclusão de que pelo conceito vigente na atualidade a coisa julgada é a qualidade que cobre as sentenças de mérito e que torna imutável e indiscutível o conteúdo da sentença quando não mais cabível qualquer recurso.

Firmou-se que a coisa julgada pode ser denominada formal, que se é a mera indiscutibilidade da sentença dentro do processo, em razão de sua extinção (em verdade, a extinção de uma fase processual), à qual toda e qualquer sentença tende a formar, ou material, cujos efeitos superam os limites do próprio processo, que se forma quando uma sentença judicial resolver o mérito da lide, em cognição exauriente.

Analisou-se o regime jurídico da coisa julgada, fixando-se seus limites objetivos e subjetivos. Os limites objetivos da coisa julgada correspondem ao que foi decidido no processo, e em razão do Princípio da Congruência Objetiva – que foi visto no capítulo anterior - ao que foi pedido, e somente se submetendo à coisa julgada o comando judicial que está contido no dispositivo da sentença, decidindo os pedidos iniciais. Já os limites subjetivos, como se viu, dizem respeito a quem está vinculado ao decisório. Nas ações individuais, via de regra, a coisa julgada se faz entre as partes (*inter pars),* em evidente correlação ao Princípio da Congruência Subjetiva: se somente as partes participaram do processo, somente elas podem submeter-se à norma jurídica concreta emanada do órgão judicante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Assim, estudou-se nestes institutos o que havia de pertinente para estabelecer-se um parâmetro utilizável no estudo das ações coletivas e, ao fim, da territorialidade que é o objeto de estudo desse trabalho.

No terceiro capítulo, passou-se pela tripartição dos direitos coletivos em sentido amplo, contida no Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor: os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; os interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A respeito dos direitos individuais homogêneos, surgiu controvérsia na doutrina, com os posicionamentos em contradição do professor Didier e do professor Zavascki, concluindo este estudo pelo acerto do posicionamento do professor Zavascki, segundo o qual os direitos individuais, ainda que homogêneos, não podem ser qualificados como coletivos, possuindo apenas, como dispõe a própria redação do diploma consumerista, origem comum, razão pela qual previu-se a possibilidade de tutela-los em conjunto, em regime similar ao dos direitos metaindividuais.

Ratificou-se a existência preconizada pela doutrina de um microssistema de tutela coletiva, formado pela interação da Lei n. 7.347/85, "Lei da Ação Civil Pública", e a parcela da Lei n. 8.078/90, o "Código do Consumidor, além de outros dispositivos que regulam situações coletivas, por exemplo, com a Lei n. 8.069/90, o "Estatuto da Criança e do Adolescente", e com a Lei n. 10.741/03, o "Estatuto do Idoso", entre outros.

Impôs-se a resolução de importante questão a respeito da Ação Civil Pública: Entendida a Lei de Ação Civil Pública como um instrumento processual próprio, poderia tal instrumento ser hábil à tutela dos direitos (ou interesses) individuais homogêneos?

Não obstante a formidável controvérsia quanto a este ponto, com resposta positiva dos professores Marcelo Abelha Rodrigues e Hugo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Nigro Mazzili, concluiu-se, mais uma vez, pela precisão do entendimento do professor Teori Zavascki, no sentido tratarem-se formas de tutela diferentes a ação civil pública e ação coletiva (prevista no Código de Defesa do Consumidor), mormente porque a ação coletiva visa definir, também o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos, o que implica em uma repartição da atividade cognitiva do magistrado, sob o aspecto horizontal da cognição, sendo, justamente por tal razão, proferida sentença genérica.

E arrematou-se que ontologicamente são, de fato, distintas as ações.

Quanto à legitimidade ativa, frisou-se que a técnica escolhida foi a da legitimação por substituição processual autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva.

No que tange à questão da competência, concluiu-se que a Lei de Ação Civil Pública criou regra especialíssima de competência territorial absoluta, aplicável também, em razão do diálogo de fontes existente em razão da já delineada formação do dito microssistema de tutela coletiva, às ações civis coletivas. E havendo danos de caráter nacional, a competência é concorrente entre o Distrito Federal e os Estados da Federação, fundamentando-se em entendimento esposado pelo STJ, em oposição ao respeitável posicionamento de Ada Pelligrini.

Ressaltou-se que a coisa julgada, em qualquer caso, com exceção da tutela de direitos individuais homogêneos, manifesta-se como exemplo de coisa julgada *secundum eventum probationis,* tratando-se de uma relativização da autoridade da *res iudicata*, que não alcançará o seu núcleo material quando o julgamento pela improcedência decorrer da insuficiência de provas.

Destacou-se que eventual resultado negativo nas ações que tutelam direitos supraindividuais – coletivos *stricto sensu e difusos,* ao contrário do que defendiam alguns não é *secundum eventum litis,* ocorrendo somente a limitação da indiscutibilidade da sentença aos indivíduos membros da coletividade, no caso de improcedência, na medida

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

em que os substitutos processuais, quaisquer que sejam, não poderão mais propor outra ação coletiva sob o mesmo fundamento, tenham ou não participado do processo.

No entanto, para os litígios que versam sobre direitos individuais homogêneos, somente não será atingido por eventual sentença de improcedência (desde que não seja por ausência de provas), se não intervir no processo como assistente litisconsorcial, na forma do Art. 94 do CDC. Por outro lado, já havendo litígio individual em andamento, somente haverá influência da ação coletiva acaso seja requerida a suspensão no prazo de 30 dias a contar da ciência do ajuizamento da demanda coletiva.

Cumpriram-se, dessa forma os dois primeiros objetivos específicos, fazendo um estudo sintético, embora eficiente, dos institutos da sentença e da coisa julgada, no que têm de pertinente à solução da problemática apresentada.

Permite-se, a partir da conceituação apresentada, a análise da questão da compatibilidade do Art. 16 da Lei de Ação Civil Pública com o ordenamento, levando em consideração, o microssistema de tutela coletiva existente no direito brasileiro.

Conclui-se primeiramente, endossando as críticas da doutrina ao dispositivo, pela absoluta inaplicabilidade do dispositivo quanto aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, na medida em que tais direitos possuem característica elementar: são subjetivamente transindividuais, ou seja, não possuem titular determinado e materialmente indivisíveis.

Ressaltou-se que o dispositivo permitiria que parcela dos substituídos fossem beneficiados pela imutabilidade ocasionada em razão do trânsito em julgado da decisão e uma outra parcela, que não estivesse dentro dos “limites de competência”, não se beneficiaria de tal qualidade.

Viu-se que o legislador não levou em consideração que as regras de competência são somente critérios para a prévia repartição da atividade jurisdicional, meios de definição do juízo natural. Uma vez fixada a competência, a eficácia do juiz competente se estende dentro de todo o território nacional, onde quer que esteja, na medida em que em todo o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

território há jurisdição, conforme se viu no capítulo relativo à coisa julgada, razão pela qual estabeleceu uma posição desprivilegiada da tutela coletiva de direitos frente à tutela individual.

Refutou-se ainda, a aplicabilidade da regra por outras razões: cria a possibilidade de decisões conflitantes, além de não haver qualquer menção à possibilidade de o processo subir, em grau de recurso, a ente de competência mais ampla, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça.

Como se viu, não há compatibilidade do malfadado dispositivo com o ordenamento e o mecanismo de tutela de direitos coletivos e difusos.

Quanto à aplicabilidade da regra da territorialidade aos direitos individuais homogêneos, viu-se que há controvérsia na doutrina, entendendo o Prof. Zavascki pela aplicabilidade do dispositivo, enquanto outros, a exemplo do prof. Didier entendendo por sua inaplicabilidade a quaisquer das espécies de direitos coletivos *lato sensu*.

Arrematou-se, em conclusão, que é inaplicável o dispositivo ainda que se trate de direitos individuais homogêneos, na medida em que o legislador optou por deferir-lhes o mesmo tratamento em Juízo daquele que dispõe os direitos essencialmente transindividuais.

Na questão da constitucionalidade entendeu-se pela inconstitucionalidade formal pela não observância dos requisitos da relevância e da urgência.

Todavia, propôs-se, como forma de compatibilizar o dispositivo com o ordenamento, como proposta de solução da problemática, e sem apelar para a derrogação do dispositivo, a interpretação da regra em conjunto com o Art. 93 do CDC, que fixa as hipóteses de competência: sendo local o dano, será proposto no âmbito do local do dano, sendo nacional, em competência concorrente (conforme já visto) entre o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal. Nesse sentir, a regra seria reinterpretada no âmbito da competência, "esquecendo-se" a esdrúxula tentativa de fracionar os efeitos da coisa julgada, para ser entendida como

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

uma forma de explicitar a necessidade de fixação do Juízo competente pela regra do Art.93 do CDC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doutrina

CABRAL, A. P. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas : Entre Continuidade, Mudança e Transição de Posições Processuais Estáveis**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DIDIER JR., F. **Curso de Direito Processual Civil: Volume 1**. 14ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR, F; BRAGA, P. S; OLIVEIRA, R. **Curso de Direito Processual Civil: Volume 2. 7ª ed.** São Paulo: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR, F; DA CUNHA, L. C. **Curso de Direito Processual Civil: Volume 3**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GRINOVER, A. P. *et al*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, A. P; MULLENIX, L; WATANABE, K. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law – uma análise de direito comparado**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, A. P; RANGEL, C. D.; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011).

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Teoria geral da ação civil pública**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MANCUSO, R. C. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente**. 3ªed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JR., N. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante,** 5.ed. São Paulo: RT: 2001.

OLIVEIRA, V. de S. **Nulidade da Sentença e o Princípio da Congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, M. A. **Capítulo VII – Ação Civil Pública**. In: DIDIER JR., Fredie [org.]. **Ações Constitucionais**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

SILVA, O.A. B. **Teoria Geral do Processo Civil**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SHIMURA, S. **Tutela Coletiva e sua efetividade**. São Paulo : Método, 2006.

WAMBIER, L. R; TALAMINI, E.. **Curso Avançado de Processo Civil: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WAMBIER, T. A. A. **Litispendência em ações coletivas**. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latim, 2005.

_____. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,1997.

ZAVASCKI, T. A. **Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Legislação

BRASIL, Lei 7.347 (1985). Promulgada em 24 de julho de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública. In: **Vade Mecum Saraiva**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BRASIL, Lei 8.078, de 12 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: **Vade Mecum Saraiva**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

Brasil, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Vade Mecum Saraiva**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BRASIL, Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. **Vade Mecum Saraiva**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BRASIL, Lei Complementar 80 de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. Publicada no Diário Oficial da União em 13.1.1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>

BRASIL, Lei 13.105 (2015). Promulgada em 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Vade Mecum Juspodivm**. 3a Edição. Salvador: Juspodivm, 2018.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.192.577/RS, Relator: Min. Luis Felipe Salomao, 4ªTurma, Publicado no DJE em 15/08/2014 Disponível em http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/133719313/recurso-especial-n-1192577-rs-do-stj . Acesso em: 16/12/2014, às 20:23hs.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 26842 DF 1999/0069326-4. Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER, Data de Julgamento: 10/10/2001, Segunda Seção. Data de Publicação: DJ 05/08/2002 p. 194 RSTJ vol. 160 p. 217. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7758537/conflito-de-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

competencia-cc-26842-df-1999-0069326-4-stj>. Acesso em: 18/12/2014, às 12:30hs.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1243887 PR 2011/0053415-5. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Data de Julgamento: 19/10/2011, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 12/12/2011. Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21027970/recurso-especial-resp-1243887-pr-2011-0053415-5-stj>. Acesso em: 18/12/2014, às 13:12hs.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 665947 SC 2004/0079589-1. Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 02/12/2004, Primeira Turma. Data de Publicação: DJ 12/12/2005 p. 271 LEXSTJ vol. 198 p. 150. Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7181552/recurso-especial-resp-665947-sc-2004-0079589-1-stj>. Acesso em: 19/12/2014, às 13:34.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 625.996/SC, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO. Data de Julgamento: 15/03/2005. Data da Publicação: 02/05/2005. Primeira Turma. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/107840/recurso-especial-resp-625996-sc-2003-0213848-6>. Acesso em: 20/12/2014às 16:15hs.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 411529 SP 2002/0014785-9. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/06/2008. Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 05/08/2008. Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790573/recurso-especial-resp-411529-sp-2002-0014785-9>. Acesso em: 20/12/2014, às 16:46hs.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1247150 PR 2011/0076361-9. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Data de Julgamento: 19/10/2011. Corte Especial. Data de Publicação: DJe 12/12/2011. Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21027978/recurso-especial-resp-1247150-pr-2011-0076361-9-stj>. Acesso em: 20/12/2014, às 17:35hs.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1243386/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. Terceira Turma. Julgado em 12/06/2012. Data da Publicação: DJe 26/06/2012. Disponível em http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2012-06-12;1243386-1198480> . Acesso em: 20/12/2014, às 18:30hs.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INTERVENÇÃO DO DIREITO NA ECONOMIA À LUZ DA ANÁLISE DA INCORPORAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS PELO ESTADO COM BASE NO CASO UBER

JULIA GOMES CAVALCANTE: Bacharelanda em Direito pela Universidade de Brasília - UnB.

Resumo. Na contemporaneidade, o Estado Democrático de Direito, último paradigma da modernidade, se pauta no equilíbrio da dicotomia público-privado. É certo que, em muitos países, a transição do Estado do Bem-Estar Social ao terceiro paradigma ainda se encontra em curso – o que aparenta ser o caso brasileiro -, ou seja, ainda há primazia da esfera estatal na medida em que o Estado, intervencionista, mantém-se protagonista no âmbito público, ao tempo em que burocratiza as movimentações do mundo privado. Hoje, a evolução científica é contínua e acelerada e a assimilação de novos produtos, serviços e tecnologias se revela um desafio à sobrevivência do Estado Democrático. Neste projeto, é analisada a recepção do aplicativo Uber no Brasil, abordando-se, ainda que de modo superficial, a incorporação do serviço em grandes cidades estrangeiras, como forma de ilustrar a delicada relação entre direito e economia em consonância com o cumprimento das diretrizes constitucionais que tratam da ordem econômica e financeira.

Palavras-chave: Inovação. Regulação. Taxi. Uber.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Desenvolvimento – 3. Conclusão – 4. Referências Bibliográficas

---

1 Introdução

Os dias de hoje são marcados por inovações tecnológicas que impactam o mundo, derrogando modelos tradicionais de serviços, políticas e produtos. A energia elétrica substituiu os lampiões. O *Spotify* afetou o mercado de discos. O *Netflix* afetou a venda de DVDs. O disquete foi

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

derrogado pelo *pendrive*, que foi ultrapassado pela criação de nuvens de compartilhamento. O *airbnb* veio competir com a indústria hoteleira. As livrarias e bibliotecas são cada vez mais ultrapassadas pela disponibilização de livros digitais. Quase não mais há cartas, mas *e-mails*. Os processos judiciais físicos são gradativamente convertidos em versões eletrônicas. O *Uber* impactou o mercado de transportes públicos individuais.

É certo que as revoluções vêm para otimizar as operações mundanas, tornando o dia-a-dia das pessoas mais célere e proveitoso. Os objetos tradicionais são substituídos por outros mais eficientes e essa mutação impacta diretamente direito e economia, de formas diversas: simples, complexa, gradual, repentinamente.

No presente artigo, pretende-se demonstrar, por meio da análise da assimilação política, jurídica e socioeconômica do Uber, a interação entre os sistemas jurídico e econômico e o desafio do Estado contemporâneo de acompanhar as revoluções industriais e tecnológicas, regulamentando devidamente os produtos que delas surgem e que geram novas formas de organização das relações sociais.

2 Desenvolvimento

2.1 Contextualização histórica: A Relação entre Direito e Economia

A ligação entre direito e economia é claramente percebida no estudo histórico.

> "Em cada fase da evolução dos povos são concebidas doutrinas filosóficas que oferecem seus axiomas para compatibilizar as formas de direção do Estado com os interesses econômicos. Quando alguma construção doutrinária é alterada quanto aos fatores políticos, são irremediáveis os reflexos que provocam na ordem econômica. E a recíproca é verdadeira".[1]

O Estado Liberal, primeiro dos paradigmas da modernidade, veio para consolidar os direitos fundamentais de primeira geração, pautados nos princípios da igualdade e liberdade, ainda que de natureza

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

formal, sem a devida concretização prática. Era Estado mínimo, com gênese marcada pela Revolução Francesa, e tinha diretrizes consonantes à teoria do liberalismo econômico, de Adam Smith.

A ideia liberal atendia aos interesses da burguesia, classe social em ascensão à época, e pregava a passividade do Estado diante dos fenômenos dos mundos econômico e social. A famosa máxima *laissez faire, laissez passer*, ilustração da filosofia, remete à fluidez mercantil possibilitada a partir de um Estado que atua apenas para proteger os direitos de propriedade.

Os contratos eram vistos como instrumento de livre intercâmbio de riquezas e a autonomia da vontade era o princípio supremo de realização. Em contraponto à facilidade da constituição de negócios jurídicos, o cumprimento era obrigatório, a qualquer custo - *pacta sund servanda* –, servindo o Estado meramente para garantir essa consumação, caso não espontânea.

A liberdade excessiva conferida aos indivíduos surtiu efeito contrário, causando aumento do abismo entre as classes sociais e tornando o rico cada vez mais abastado e o pobre progressivamente mais miserável. O Estado Liberal entrou em colapso e eclodiram movimentos sociais.

Com a crise do primeiro paradigma, que deu ensejo a ampla desigualdade social, ocorreu o fenômeno de hipertrofia do Estado, que ficou conhecido como de Bem-Estar Social, o *Welfare State*. A ideia de um modelo interventivo estatal encontrou na doutrina marxista sua maior expressão, propositora que era da ideia de eliminação das classes sociais como meio de proteção ao trabalhador.

O governo passou de indiferente a atuante e fiscalizador. Os direitos fundamentais de segunda geração, atinentes à igualdade, vieram à tona, impactando o ambiente jurídico com a mitigação da vontade dos cidadãos, intercedendo o Estado sempre pelo lado mais fraco da relação jurídica. Nesse sentido assinala Tepedino:

> "O direito civil – assim como os outros ramos do chamado direito privado, o direito comercial e o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> direito do trabalho – assiste a uma profunda intervenção por parte do Estado. Procurou-se com êxito evitar que a exasperação da ideologia individualista continuasse a acirrar as desigualdades, com a formação de novos bolsões de miseráveis - cenário assaz distante do que imaginaria a ideologia liberal no século anterior, ou seja, a riqueza das nações a partir da riqueza da burguesia-, tornando inviável até mesmo o regime de mercado, essencial ao capitalismo. Estamos falando, como todos sabem, da consolidação do Estado Social."[2]

Com a inauguração da fase do dirigismo econômico, em que o Estado passou a participar ativamente dos fatos econômicos e da igualdade social, o interesse público foi sobrelevado em relação às vontades individuais e ao próprio sistema capitalista.

Observou-se o fenômeno de constitucionalização normativa da ordem econômica. Várias leis fundamentais, que antes se restringiam aos assuntos políticos, passaram a conter capítulos dedicados à disciplina da economia – é o caso da Constituição mexicana de 1917, da Constituição de Weimar de 1919 e da Constituição brasileira de 1934. Na vigente Constituição de 1988, a disciplina da ordem econômica e financeira está prevista no Título VII, dividida em quatro capítulos – um sobre os princípios gerais da atividade econômica, outro sobre a política urbana, o terceiro sobre a política agrícola e fundiária e a reforma agrária e o último sobre o sistema financeiro nacional.

O Estado Social também implodiu por ineficiência devido ao excesso de burocracia e deu origem ao Estado Democrático de Direito. No terceiro paradigma, contemporâneo, surgiram valores fundamentais ligados à solidariedade e ao desenvolvimento, no qual o desafio da sobrevivência passou a ser o equilíbrio da dicotomia público-privado. Assim, por exemplo, nesse Estado contemporâneo a liberdade contratual é condicionada ao cumprimento da função social e ao equilíbrio econômico: combina-se fluidez de mercado à realização dos direitos fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Percebe-se que os dois primeiros paradigmas da modernidade se revelam extremos contrários e a ruína pode ser explicada justamente pela falta de harmonia entre as esferas pública e privada. Hoje, entende-se inviável a sustentação de um Estado em que esses sistemas, que em viés mais amplo podem ser encarados como direito e economia, não dialoguem. Assim, o Estado Democrático de Direito se pauta no sopeso entre as forças do Estado Liberal e do Estado Social, liberdade e igualdade, economia e direito, autonomia e garantia.

2.2 Tecnologia e o Papel do Estado

O mundo do século XXI, cada vez mais digital, globalizado e interconectado, opera com velocidade superior às mudanças normativas. As inovações tecnológicas desafiam os Estados a cumprirem suas constituições, adequando a legislação infraconstitucional às revoluções sucessivas do meio.

O Estado Democrático de Direito, como dito, pautado no equilíbrio público-privado, é provocado a assimilar novas tecnologias garantindo os direitos fundamentais dos cidadãos componentes do setor "ultrapassado", ao mesmo passo que permitindo a realização de postulados básicos como o progresso, o direito do consumidor, o desenvolvimento.

No Brasil, o ideal de ponderação pode ser facilmente depreendido da leitura da Carta da República, na qual os postulados básicos da ordem econômica brasileira, materializados no artigo 170, são descritos como (i) a valorização do trabalho humano e (ii) a livre iniciativa.

O Brasil, democracia recente, ainda revela muitos vestígios característicos do segundo paradigma moderno, o Estado Social. Apesar de, na Constituição de 1988, como supradito, estarem estampados muitos princípios de desenvolvimento econômico, o país ainda se mostra extremamente protecionista e intervencionista, operando muitas vezes com a manutenção de práticas tradicionais e desatualizadas.

O problema surge quando esse excesso de atuação do Estado atinge as relações comerciais em malefício do cidadão e do interesse

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

púbico, afastando inovações tecnológicas favoráveis ao país e perpetuando modelos ultrapassados de serviços e de política.

2.3 O Caso Uber

Um caso interessante para ilustrar a dificuldade da assimilação de novidades é o Uber. A plataforma trouxe avanço tecnológico significativo, dirimindo falhas de mercado por excesso de regulação do setor outrora dominado por taxistas, setor esse que não mais atingia o fim social nem satisfazia inteiramente o consumidor.

O aplicativo pode ser visto como inovação disruptiva - termo de Clayton Christensen, professor de Harvard, para a novidade que cria novo mercado e desestabiliza os concorrentes, em uma "destruição criativa", expressão cunhada pelo economista austríaco Joseph Schumpeter em 1939 para explicar os ciclos de negócios. Segundo este autor, o capitalismo funciona em ciclos, e cada nova revolução (industrial ou tecnológica) destrói a anterior e toma seu mercado.

A atuação da empresa no Brasil sofreu forte rejeição do setor atingido, qual seja, dos taxistas, e provocou a regulação pelos entes políticos, tanto na esfera federal quanto na municipal, bem como a realização de estudos pelos mais diversos órgãos estatais e privados, material que fomenta interessante discussão para entender a fragilidade da realização do Estado Democrático e da intervenção do direito na ordem econômica.

2.3.1 A lei e a dinâmica de transportes no Brasil

A Constituição Brasileira de 1988 assim disciplina a dinâmica de transportes:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> IX - diretrizes da política nacional de transportes;
>
> XI - trânsito e transporte;
>
> Art. 30. Compete aos Municípios:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Assim, à União cabe desenhar o modelo e as diretrizes do funcionamento do setor de transporte, incumbindo ao município a regulação para efetivar aquelas regras gerais, com a criação de normas práticas e fiscalização de seu cumprimento.

É o que explicita a Lei n. 12.587/2012, a lei de mobilidade urbana, em seu artigo 12:

> "Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013)".

A mencionada lei funciona como norma fundamental da regulação do trânsito no Brasil, sendo continente dos princípios e direitos fundamentais no âmbito da matéria. Vejamos alguns exemplos:

> Art. 5º A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios:
>
> I - acessibilidade universal;
>
> II - desenvolvimento sustentável das cidades, nas dimensões socioeconômicas e ambientais;
>
> IV - eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano;
>
> VI - segurança nos deslocamentos das pessoas;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

VIII - equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros; e

IX - eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana.

Art. 6º A Política Nacional de Mobilidade Urbana é orientada pelas seguintes diretrizes:

IV - mitigação dos custos ambientais, sociais e econômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas na cidade;

V - incentivo ao desenvolvimento científico-tecnológico e ao uso de energias renováveis e menos poluentes;

Art. 7º A Política Nacional de Mobilidade Urbana possui os seguintes objetivos:

I - reduzir as desigualdades e promover a inclusão social;

II - promover o acesso aos serviços básicos e equipamentos sociais;

III - proporcionar melhoria nas condições urbanas da população no que se refere à acessibilidade e à mobilidade;

IV - promover o desenvolvimento sustentável com a mitigação dos custos ambientais e socioeconômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas nas cidades; e

V - consolidar a gestão democrática como instrumento e garantia da construção contínua do aprimoramento da mobilidade urbana.

Art. 14. São direitos dos usuários do Sistema Nacional de Mobilidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> Urbana, sem prejuízo dos previstos nas Leis nos 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995:
>
> I - receber o serviço adequado, nos termos do art. 6o da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;
>
> II - participar do planejamento, da fiscalização e da avaliação da política local de mobilidade urbana;
>
> III - ser informado nos pontos de embarque e desembarque de passageiros, de forma gratuita e acessível, sobre itinerários, horários, tarifas dos serviços e modos de interação com outros modais; e
>
> IV - ter ambiente seguro e acessível para a utilização do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana, conforme as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000.

Depreende-se dos enunciados colacionados que a lei de mobilidade urbana realiza a essência constitucional, idealizando um modelo de dinâmica de transportes inclusivo, acessível, ágil e sustentável. A concretização dessas diretrizes, como vimos, depende do município, que regula na prática o transporte.

2.3.2 O modelo anterior: dominação do transporte público individual pelos táxis

Tanto o táxi quanto o Uber se enquadram no que a lei de mobilidade urbana designou, no artigo 4º, como transporte público individual:

> "Para os fins desta Lei, considera-se: VIII - transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas".

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A Lei n. 12.468/11, que regulamenta a profissão de taxista, por outro lado, estabelece no artigo 2º que: "É atividade **privativa** dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros.".

Antes da entrada do Uber, o mercado de transportes públicos individuais era carente de concorrência, uma vez que era dominado por oligopólios, ou seja, havia manutenção do poder nas mãos de poucos grupos. Com a intenção de reduzir as falhas de mercado existentes até então, tais como assimetria de informações e demais externalidades negativas, a atuação de táxis encontrava-se extremamente regulamentada, excesso que sufocava a economia e a manifestação dos princípios concorrenciais.

A regulação de taxis se dá pelo controle do número de taxistas, com a expedição de alvarás e licenças pelos municípios e Ddistrito Federal, além da criação de regras de padronização do serviço, como higiene, preços, segurança, entre outros, de forma a tentar garantir a qualidade do serviço prestado.

O município estabelece a quantidade de licenças de táxi a fornecer, sendo os interessados em realizar o serviço submetidos a filas de espera para obter permissão própria ou ao aluguel ou compra da licença de permissionários estabelecidos, prática na maior parte das vezes que ocorre à margem da lei e com preços exorbitantes de transferência, tendo o documento chegado a custar R$ 170 mil no Brasil e US$ 1 milhão em Nova York. Assim, se o governo resolve interromper ou desacelerar a outorga de licenças de táxi, fica o cidadão sujeito ao arbítrio daqueles que já dominam o setor, em clara ofensa à livre iniciativa.

Além disso, os taxímetros, aferidos periodicamente pelo ente político, fixam o preço das corridas, sendo os motoristas que atuam em municípios com mais de cinquenta mil habitantes, segundo a Lei n. 12.468/11, obrigados a utilizar o instrumento.

Em algumas cidades, como Recife e Rio de Janeiro, a tarifação é feita por zona ou tabelamento. Em outras, como Brasília, é instituído preço

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

máximo, o que dá abertura a promoções. Na cidade, algumas empresas forneciam desconto de trinta por cento ao passageiro, mas o ato foi proibido administrativamente – e restabelecido pelo Judiciário – sob a justificativa de que não impactaria positivamente a demanda e contrariaria as leis de mercado, argumentos frágeis e sem sustento, diametralmente contrários à livre concorrência.

Uma regra interessante a ilustrar a (não) concorrência estabelecida no setor é que os táxis de rua, se desejam utilizar um ponto de táxi, teriam de respeitar fila, sendo vedado o intermédio de porteiros, por exemplo, a favorecer um motorista conhecido e a escolha pelo consumidor do veículo ou profissional de maior agrado, de acordo com suas prioridades.

As restrições de natureza econômica são claramente constatáveis nesses exemplos. Afinal, como seriam realizadas as leis de mercado e concorrência com preços fixos, desrespeito ao direito de escolha do consumidor e proibição de promoções?

O consumidor e, muitas vezes, o próprio taxista, não estavam satisfeitos com o modelo da atividade. As condições de serviço não eram fiscalizadas satisfatoriamente e muitas vezes deixavam a desejar, principalmente pela exorbitância dos preços e pela falta de cordialidade de muitos motoristas acomodados àquele cenário, além do pouco acesso à informação, como itinerários, e da redução do direito de escolha. Muitos cidadãos dispostos a trabalhar não conseguiam entrar corretamente no mercado ou não tinham opção que não aceitar condições abusivas dos dominadores do setor, sem anuência de lei, para laborarem. O preço era fixo, com forte atuação de entidades de classe e manutenção de oligopólios, o que comprometia o livre fluxo da economia. .

2.3.3 Uber e revolução

O Uber revolucionou o mercado dos transportes e o próprio mundo dos negócios. Trouxe preços competitivos, se propôs a garantir a satisfação do consumidor com a atribuição de notas e comentários ao serviço prestado por cada motorista. Criou estratégias para personalizar o serviço e proteger a escolha do cidadão - que tanto pode optar por veículos de luxo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

(*Uber Black*), quanto por carros populares (*Uber X*), e até pela sistemática de carona compartilhada (*Uber Pool*), por exemplo, de acordo com o gosto, a necessidade e a intenção de custo.

O aplicativo, pioneiro, foi seguido por vários outros com propostas semelhantes, como o *Cabify*, e chocou os oligopólio existentes, ressuscitando a livre concorrência e a livre iniciativa, preceitos tão saudáveis à consumação do sistema econômico. Como se pode esperar, essa característica de inovação disruptiva desestabilizou o mercado e atraiu onda de rejeição e de protestos pelo grupo outrora dominante, que demandou ação política urgente, pedindo intervenção do governo sob o argumento de concorrência desleal.

Rachel Lopes Teléforo demonstrou estatisticamente que, ao redor do mundo, o regulador adotou semelhante atitude frente ao aplicativo: primeiro, proibiu, depois, regulou adotando padrões similares aos tradicionais, ignorando as diferenças desse novo modelo.

A autora estudou a chegada do Uber em 23 megacidades (municípios com mais de 7 milhões de habitantes, conforme padrão da Organização das Nações Unidas - ONU) e constatou que, em todas elas, inclusive as brasileiras São Paulo e Rio de Janeiro, houve a imediata proibição do aplicativo. Informou também que nove de dez cidades do Brasil em que o Uber foi disponibilizado, ele foi proibido e, na outra, tramitava projeto de lei proibitivo.

No segundo ciclo regulatório, segundo Rachel Telésforo, houve a confecção de normas reguladoras do aplicativo que, em síntese, propunham a perpetuação do modelo antigo, como a exigência de licenciamento, dentre outros requisitos, e veladamente consistiam em proibição indireta, vez que afetavam o ideal da economia de colaboração. O Judiciário brasileiro, por outro lado, adotou o padrão mundial judicial de acolher o Uber e impedir liminarmente atos abrasivos dos outros poderes.

Além da esfera municipal, na Câmara dos Deputados, já foi aprovado o projeto de Lei n. 5587/16, que trata da regulamentação de serviços de transporte remunerado individual por meio de aplicativos, como o Uber e o Cabify. . O esboço, que foi fortemente criticado por ter

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

elementos retrógrados ainda não foi apreciado no Senado Federal. O projeto, aos moldes do segundo ciclo regulatório supra explicado, prevê a necessidade de autorização específica pelas Prefeituras para a operação do Uber, além da fiscalização, cobrança de tributos e contratação de seguro obrigatório junto ao ente político distrital ou municipal.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, o Ministério da Fazenda e o Ministério Público Federal, por outro prisma, evidenciam a criação de um novo mercado, destacando que a rivalidade fomenta a competição e possibilita mais opções ao consumidor, sendo o menor preço convergente com o interesse público. O *Parquet*, inclusive, propôs a desregulação da sistemática dos táxis, sugerindo políticas como o aumento do número de licenças de funcionamento a fornecer e a vedação de atos proibitivos de descontos, para liberar o livre fluxo de preços.

O terceiro ciclo de regulação, que coaduna com as percepções desses atores, indica a abertura às inovações, para benefício do interesse público, de forma a realocar recursos, minimizar custos e promover melhor qualidade de vida ao cidadão. É entender que haverá inovações e melhora da malha logística das cidades para acompanhar a tecnologia, zelando pelo interesse público e pelo desenvolvimento da nação, sem aniquilar direitos fundamentais.

3 Conclusão

Direito e Economia são ciências interligadas e sempre terão o diálogo fomentado pelo Estado. A assimilação de inovações, matéria tão atual e propulsora de estudos, é essencial para a plena realização do Estado Democrático de Direito. As transformações tecnológicas são cada vez mais frequentes, o mundo cada vez mais globalizado, as informações cada vez mais acessíveis e a economia cada dia mais aberta a novos atores e produtos.

As inovações disruptivas, com seu teor revolucionário, ainda tendem a atrair pedidos de atuação interventiva do governo. A tendência global, no entanto, é a de intervenções estatais cada vez menores, de maneira que o Estado só é chamado para operar garantir a consolidação

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

dos preceitos fundamentais, intervindo no sistema econômico quando houver abusos e violações aos direitos humanos e ao arcabouço legal, que deve ser voltado a coibir práticas excessivas, e não a burocratizar os movimentos socioeconômicos. A economia, em si, funciona bem quando se autorregula. Os serviços são melhor prestados com menor intervenção política, pois uma vez que há espaço à livre concorrência, à livre iniciativa, à oferta e à demanda, mais há preços competitivos e produtos diferenciados.

O Uber trouxe um novo *modus operandi* para o setor de transportes, levando os taxistas a implementar métodos de aprimoramento dos seus serviços. As inovações que o aplicativo proporcionou representam uma tendência irreversível na medida em que expressam como as recentes tecnologias são capazes de facilitar a vida das pessoas e a segurança dos transportes, estimulando a participação dos usuários em sua avaliação e aperfeiçoamento. O Poder Público deve rever sua atuação político-administrativa, desregularizando os serviços de transporte e estimulando os contratos privados trazidos pelo Uber, de modo a superar o modelo arcaico das cooperativas de táxi ora existentes.

4 Referências Bibliográficas

TELÉSFORO, Rachel Lopes. Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória. 2016. Link: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18082/RLT%20-%20DISSERTACAO%20MESTRADO%20-%202017.pdf?sequence=3&isAllowed=y

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ANDRADE, Ricardo Barretto de. Uber: o debate sobre o transporte individual de passageiros. Migalhas. Link: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI222399,41046-Uber+o+debate+sobre+o+transporte+individual+de+passageiros

BERNARDES, Marciele Berger. Democracia na sociedade informacional: o desenvolvimento da democracia digital nos municípios brasileiros. São Paulo: Saraiva, 2013. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Vade Mecum

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Legislação: concursos e OAB. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Lei 12.468, de Agosto de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12468.htm. Acesso em: 28 set. 2015. Lei 12.587, de Janeiro de 2012

Vade Mecum Legislação: concursos e OAB. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2015.

ESTEVES, Luiz Alberto. O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano – 2015 – Departamento de Estudos Econômicos - DEE do Conselho Administrativo de Defesa Econômico - CADE. http://www.cade.gov.br/acesso-ainformacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/o-mercado-de-transporteindividual-de-passageiros.pdf

ESTEVES, Luiz Alberto. Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta – 2015 - Departamento de Estudos Econômicos - DEE do Conselho Administrativo de Defesa Econômico - CADE. http://www.cade.gov.br/noticias/rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativouber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf Nota Pública Sobre o "Uber", publicada em 2016 pela 3ª Câmara de Coordenação e Revisão, Direito Consumidor e Ordem Econômica, Ministério Público Federal. Link: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-publica-uber

NOTAS:

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris, 2015*

[2] TEPEDINO, Gustavo. **A Constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código**. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

www.conteudojuridico.com.br

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

JOANA KAREN WANDERLEY PINTO: Advogada. Graduada em direito pela universidade federal do ceará (UFC). Pós-graduada em direito tributário pela universidade Anhanguera-Uniderp.

RESUMO: Trata o estudo da análise do instituto dos embargos de declaração, considerando seu enquadramento no processo civil atual, abordando conceito, finalidade, especificidades, regime jurídico, natureza jurídica, bem como sua evolução e divergências doutrinárias a respeito.

Palavras-chave: Processo civil brasileiro. Embargos de declaração.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos recursos em geral. 2.1. Conceito e finalidade. 2.2. Princípios. 2.3. Efeitos. 3. Conceito e finalidade dos embargos declaratórios no âmbito do Processo Civil brasileiro. 4. Especificidades que os divergem dos demais recursos. 5. Regime jurídico. 5.1. Natureza jurídica. 5.2 Previsão legal. 5.3 Cabimento. 5.3.1 Obscuridade. 5.3.2 Contradição. 5.3.3. Omissão. 5.4. Efeitos. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1. Introdução

Os embargos de declaração estão inseridos definitivamente na esfera recursal em virtude da previsão legal, trazida desde o Código de Processo Civil de 1973, e observada no atual diploma processual, que os inseriu, juntamente com os demais, no título de recursos, pondo fim, ainda que apenas legalmente, às discussões acerca da natureza jurídica dos mesmos.

Ressalte-se que, na doutrina, ainda restam resquícios de dúvidas sobre a questão suscitada, no entanto, tal recurso encontra-se envolto em diversas outras controvérsias, solucionadas ou não pelo novo código processual, conforme será analisado, adiante, no corpo do trabalho.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Como cediço, o recurso em tela é o meio previsto para se combater vícios proferidos em decisões judiciais, tais como, a omissão, a obscuridade, a contradição ou o erro material, casos típicos de cabimento do mesmo. Sua função precípua não é, pois, modificar, mas aclarar a decisão viciada.

Podemos, portanto, delimitar nosso objetivo geral no estudo acerca da real importância dos embargos declaratórios no meio recursal, detalhando as nuances que envolvem o instituto, considerando as referidas controvérsias e a evolução pela qual passou, sobretudo com a chegada do novo regramento de processo civil.

Com esse intuito, pautando-se na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, respeitando o caráter deste trabalho, emprega-se a este o método hermenêutico-dedutivo com o qual se espera, em síntese, compreender para melhor aplicar.

Nessa linha, faz-se um aparato geral sobre o instituto em si dos embargos declaratórios, dando-se a oportunidade de entender suas características e peculiaridades por meio da abordagem de sua natureza jurídica, efeitos, cabimento, etc.

Justifica-se a concretização deste trabalho pela fundamental importância do tema em epígrafe, o qual se pretende esmiuçar, não na pretensão de esgotá-lo, mas com o ideal de compreendê-lo a ponto de poder encará-lo diante de uma situação prática.

2. Dos recursos em geral.

Antes de adentrar na análise de nosso real objeto, qual seja, os embargos de declaração, convém delimitar o contexto no qual este está inserido, o que irá determinar os princípios que o regem, além de moldar seus efeitos e finalidade, sendo, portanto, de fundamental importância para sua compreensão.

2.1. Conceito e finalidade:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Para Luiz Guilherme Marinoni[1], os recurso, assim como os diversos meios de impugnação dos atos judiciais, têm por finalidade a revisão do ato guerreado, seja conseguindo a sua anulação, reformando seu conteúdo, ou atingindo seu aprimoramento. Esta última hipótese se dá através de sua complementação, com o estabelecimento de sua coerência interna ou seu aclaramento (como acontece nos embargos de declaração).

Divergem dos demais atos de impugnação por alcançar essa finalidade dentro da mesma relação processual, sendo, em regra, submetidos à apreciação de outro órgão.

Nessa seara, tomando por base as lições de Ovídio Batista[2], entende-se os recursos como:

> "... o procedimento através do qual a parte, ou quem esteja legitimado a intervir na causa, provoca o reexame das decisões judiciais, a fim de que elas sejam invalidadas ou reformadas pelo próprio magistrado que as proferiu ou por algum órgão de jurisdição superior."

Veja que a definição *supra* bem demonstra a possibilidade de o recurso ser apreciado pelo próprio juízo prolator da decisão recorrida, apesar de a regra, como afirmado anteriormente, ser a reapreciação por órgão distinto.

2.2. Princípios:

Dentre os diversos princípios que regem e disciplinam o instituto dos recursos, destacam-se apenas alguns que condizem com os propósitos deste trabalho, são eles:

a) **Princípio da taxatividade**, pelo qual se entende que serão considerados recursos todos aqueles previstos pelo art. 994[3] do Código de Processo Civil. Ressaltando-se que estes só poderão ser regidos por lei federal, consoante determinação expressa em nossa Carta Magna no seu artigo 22, inciso I[4];

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

b) Já o **princípio da unirrecorribilidade** estipula que para cada recurso, há uma função determinada e uma hipótese de cabimento específica;
c) O **princípio da proibição da *reformation in pejus***, por sua vez,proíbe que o julgamento do recurso, interposto exclusivamente por um dos sujeitos, venha a tornar sua situação pior do que aquela existente antes da insurgência.

2.3. Efeitos:

Da mesma forma, calha apresentar os principais efeitos decorrentes da interposição dos recursos, são eles:

a) Prolongar a pendência da causa, evitando a formação da coisa julgada;
b) Transferir a um órgão superior do conhecimento da matéria decidida pelo magistrado de grau inferior, conhecido como efeito devolutivo[5];
c) Efeito translativo, o qual leva ao conhecimento daquele que julgará o recurso, não só as matérias nele evocadas, como aquelas que podem ser analisadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, as chamadas questões de ordem pública;
d) Efeito suspensivo: impede que os efeitos da sentença impugnada se produzam desde logo, prolongando, assim, o estado de ineficácia peculiar a decisões sujeitas a recurso.

3. Conceito e finalidade dos embargos declaratórios no âmbito do Processo Civil brasileiro.

A finalidade do instituto dos embargos de declaração não é outra se não a de aclarar a decisão recorrida, sobretudo para conferir plena eficácia à prestação jurisdicional nela contida. Devem, portanto, prestar-se a sanar quaisquer vícios que possam dificultar o entendimento ou a própria execução desta.

Nesse sentido é que Luís Eduardo Simardi Fernandes[6] apresenta a seguinte definição de embargos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> "E, sustentados pelo art. 535 do CPC, definimos os embargos de declaração como o recurso que, dirigido ao próprio juízo que proferiu a decisão, destina-se a esclarecer a obscuridade, a resolver a contradição ou a sanar a omissão da decisão judicial. E também, por obra da jurisprudência e da doutrina, serve para a correção do erro material contido na decisão. E, embora não tenha como finalidade a reforma da decisão poderá, em determinadas circunstâncias, apresentar esse caráter infringente."

Ressalte-se ser tal instituto de suma importância para o bom andamento do processo ao passo que evita a interposição de outros recursos mais complexos para resolver questões de mera interpretação.

Outra de suas funções hoje admitida é a interposição destes para efeitos de prequestionamento. Isso porque a omissão no julgado de alguma das matérias levantadas pelas partes, ainda que não interfira diretamente na decisão, não tendo sido alvo de debate, não poderá ser considerada para apresentação de recursos extraordinários. Servindo, pois, os embargos, também, para prequestionar a matéria que se espera ver analisada pelos tribunais superiores.

Dessa forma, malgrado não tenham por função ensejar a revisão ou anulação das decisões judiciais, com o esclarecimento da decisão embargada, propicia-se as partes envolvidas o exato entendimento do *decisum*, o que poderá levar à interposição de novo recurso, este sim com a finalidade de modificá-la.

Por fim, quanto aos efeitos infringentes mencionados pelo doutrinador supracitado, não são, conforme afirmado, o fim próprio deste recurso, mas podem ocorrer como consequência do conhecimento do mesmo.

4. Especificidades que os divergem dos demais recursos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Os embargos declaratórios são evidentemente bem mais simples que os demais recursos, possuindo assim características próprias que facilitam sua interposição.

Tal facilidade ocorre porque não possuem eles, conforme já aludido, o fim de reformar a decisão embargada, e sim o de aclará-la[7], razão esta que determinará suas demais especificidades.

Assim, não havendo tal reforma, também não se pode falar em inversão de sucumbências, que é a finalidade precípua dos outros recursos.

No mesmo sentido, tendo como objetivo o esclarecimento da decisão a que se recorre, para alcançá-lo, é necessário que este recurso seja apreciado pelo próprio juízo que a prolatou.

Diante disso, alguns doutrinadores, a exemplo de Luíz Guilherme Marinoni[8], entendendo o efeito devolutivo como a transferência a um órgão superior da análise da matéria já abordada, alegam serem os embargos desprovidos deste efeito. Outros, assim como Helena de Toledo Coelho Gonçalves[9], mesmo percebendo o efeito devolutivo como a simples delimitação do mérito do recurso, devolvendo a matéria nele contida para reapreciação, sem especificar a que órgão deverá ser remetido, ainda assim entendem pela não manifestação desses nos embargos, posto que neles a matéria não é devolvida para re-análise e sim para o aperfeiçoamento.

No sentindo contrário estão Nelson Nery Jr., Tereza Arruda Alvim Wambier, Luis Rodrigues Wambier, Sérgio Shimura, dentre outros, que defendem a devolutividade dos embargos, posto ser este a via pela qual se devolve ao juiz *a quo* a oportunidade de aclarar a decisão embargada, sanando seus vícios.

De uma forma ou de outra, certo é que a delimitação dos efeitos recursais é feita por uma questão meramente didática, não estando estes obrigatoriamente incumbidos de apresentar tais efeitos.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Nesse ponto, cogente frisar que não sendo levados a apreciação de órgão superior, evitam-se as diversas custas que decorrem, dentre outras coisas, do deslocamento do processo de um órgão ao outro, estando, com isso, os embargos isentos de preparo, conforme prevê o art. 1023[10] do CPC.

Evoca-se ainda como especificidade marcante dos embargos declaratórios a não submissão destes ao princípio da proibição da *reformation in pejus.* Por este princípio entende-se que a parte que recorre não pode ter sua situação piorada com a interposição do recurso. Até porque os julgadores devem se deter as alegações e argumentos por ela apresentados.

No caso dos embargos, porém, não se vislumbra a aplicação de tal princípio, isso porque, o que se pretende, repisa-se, não é a reforma da decisão em favor de fulano ou sicrano, mas o aclaramento dessa, que possa levar as partes a sua plena compreensão, livre de vícios e dubiedades.

Nesse diapasão, vale citar os ensinamentos de Luis Eduardo Simardi Fernandes[11]:

> "Nada impede que a parte que tenha a situação piorada seja a embargante, uma vez que o recurso visa a aprimorar a manifestação judicial, e não a esclarecê-la, complementá-la ou reformá-la exclusivamente em favor do recorrente. Este, via do recurso, pede a correção do vício, e é isso que o magistrado fará, sem se preocupar com a possibilidade de essa revisão vir a prejudicar uma das partes. Estará, isso sim, aprimorando a prestação jurisdicional, que é o objetivo maior do recurso."

Assim ocorre porque o juiz não modificará o seu convencimento, quando da apreciação deste recurso, apenas o tornará claro para que as partes possam entender como se chegou a determinada decisão, ou até mesmo qual foi a decisão, e a partir daí, se for o caso, interpor o recurso adequado à modificação da mesma.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Nessa seara, o suscitado autor completa seu raciocínio, esclarecendo:

> "... se a decisão judicial tem de ser clara, precisa e completa, livre de contradições, obscuridades, omissões e erros, a atuação do magistrado não pode ser limitada a ponto de impedir a correção desses vícios, sob pena de se frustrar a própria missão do recurso".[12]

Por fim, há quem alegue serem também os embargos uma exceção ao princípio da unirrecorribilidade. Vejamos.

De forma simplória, pode-se dizer que o referido princípio assim estabelece: para cada espécie de ato jurisdicional a ser recorrido, deve ser cabível um único recurso. Os embargos declaratórios, no entanto, possuem ampla gama de hipóteses de cabimento, como se verá adiante, dentre as quais há aquelas em que são aceitas também a interposição de outros recursos, como é o caso de embargos propostos sobre sentença, na qual, como cediço, cabe apelação; ou ainda em decisões interlocutórias, nas quais cabe agravo, etc.

Diante disso, os embargos não estariam observando os ditames do referido princípio, já que são propostos, em situações nas quais já foram previstas outros tipos recursais.

Ocorre que, em verdade, o melhor entendimento que se tem desse princípio é o de que, conforme já definimos anteriormente, para cada ato e finalidade, há um recurso próprio. Assim, malgrado se trate de um mesmo ato, e.g., a sentença, na qual cabem, ao mesmo tempo, apelação e embargos declaratórios, deve se considerar que ambos possuem finalidades completamente distintas, já que a apelação visa à reforma da decisão guerreada, enquanto o propósito dos embargos é precipuamente de aclará-la.

Ao se manifestar sobre o assunto, Luíz Guilherme Marinoni[13] explica:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> "É verdade que tais casos permitem a interposição, contra uma mesma decisão judicial, de mais de uma espécie recursal. Todavia, não se deve esquecer que cada um dos recursos cabíveis contra tais decisões tem função específica, que não se confunde com a finalidade prevista para outra espécie recursal. Assim, contra determinado ato judicial e para certa finalidade específica – não abrangida pela finalidade de outro meio recursal – deve ser cabível um único recurso."

Pelo exposto, não há que se falar em malferimento ao princípio da unirrecorribilidade ao se tratar de embargos de declaração. A única hipótese de exceção seria a prevista por Marinoni[14], nos casos em que os embargos são fundados em omissão, posto que a jurisprudência entende ser este recurso opcional, podendo a parte atacar tal defeito diretamente com outro eventualmente admitido[15].

5. Regime jurídico.

5.1 Natureza jurídica.

Os embargos de declaração estão hoje inseridos definitivamente na esfera recursal em virtude da previsão legal, trazida desde o código de processo civil de 1973, em suas reformas, que os inseriu expressamente no rol de recursos constante em seu art. 496 – e mantido hoje pelo novo código de processo civil, no art. 994, já referido. Ressalte-se ainda que a matéria referente a eles está posicionada no título de recursos deste código (Título II), o que pôs fim, ainda que apenas legalmente, às discussões acerca da natureza jurídica dos mesmos.

No que condiz ao entendimento doutrinário, todavia, ainda restam resquícios de dúvidas sobre a questão suscitada. Muitos autores, como João Monteiro, Sergio Bermudes, Cândido de Oliveira Filho, Antônio Cláudio da Costa Machado, dentre outros, defendem a corrente de que os embargos, na verdade, constituiriam um meio de correção e integração da sentença, e não uma forma de impugnação da ideia que ela exprime.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Isso porque, alegam os referidos jurisconsultos, não possuírem os embargos efeito devolutivo, o qual seria inerente a todos os recursos, questão esta que já foi alvo de debate neste trabalho, não merecendo maiores especulações. Ademais, aduzem que o referido instituto, ao contrário do que acontece com os demais recursos, não estão sujeitos a preparo, não preveem o contraditório de forma ampla (apenas em casos excepcionais), não almejam a reforma da decisão embargada, e, consequentemente, não invertem a sucumbência; além de poderem ser opostos tanto pela parte vencida, como pela parte vencedora. Razões estas que descaracterizariam os embargos como recursos.

Sérgio Baalbaki[16] destaca ainda que institutos similares aos aclaratórios não são considerados recursos por algumas das mais expressivas legislações estrangeiras, como a da Alemanha, Argentina, Áustria, Espanha, França, Itália e Portugal.

Do lado oposto, admitindo a natureza recursal dos embargos, temos Ovídio Batista, Frederico Marques, Vicente Greco Filho, Seabra Fagundes, Rodrigo Reis Mazzei e vários outros.

Estes, por sua vez, corroboram com o entendimento de Antônio Carlos Silva[17], que leciona:

> "A interposição dos embargos adia a coisa julgada, não enseja a instauração de nova relação processual, depende da vontade da parte e tem por escopo impugnar uma decisão judiciária, visando principalmente o seu esclarecimento ou a sua integração e, em casos mais raros, até mesmo a reforma da decisão (efeitos infringentes), não se pode negar que, no Direito Brasileiro, são eles um recurso e não apenas um meio de correção dos erros da sentença que, como visto, também existem entre nós, mas limitados a correção e inexatidões materiais ou erros de cálculo."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Pelos fundamentos expostos, e considerando ainda o princípio da taxatividade e a expressa delimitação dos embargos no rol de recursos do art. 994 do CPC, entendemos também pela natureza recursal do instituto em tela.

5.2 Previsão legal. Competência e legitimidade.

Os embargos de declaração estão previstos nos artigos 1.022 e seguintes do Código de Processo Civil, no título destinado aos recursos, os quais delimitam o alcance do instituto, discriminando seu cabimento e estipulando seus prazos.

Críticas havia, no Código de Processo Civil de 1973, no sentindo de que sua previsão legal seria deficitária quanto a determinadas questões, escusando-se, por exemplo, de estipular de quem é a competência para julgá-los, ou ainda a legitimidade para a interposição dos mesmos.

A primeira lacuna suscitada, todavia, foi devidamente sanada com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil que previu quanto à competência, como já ressoava a doutrina, que é competente para processar os embargos aquele que proferiu a decisão embargada (vide art. 1023, caput, NCPC).

Superada essa primeira "lacuna", passa-se a outra questão controvertida envolvendo a legislação que disciplina os embargos: a legitimidade para embargar determinado ato jurisdicional.

Ocorre que estando os aclaratórios no rol de recursos previsto pelo art. 994 do CPC, deveriam estes também se submeter ao que preconiza o art. 996 do mesmo diploma legal, o qual estipula que os recursos poderão ser interpostos pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

A doutrina e a jurisprudência, por sua vez, têm entendido que também a parte vencedora é legitimada a opor o recurso em comento. Nessa esfera, estamos com José Miguel Medina[18], o qual assevera, em virtude dos objetivos específicos dos embargos, que a noção de interesse em recorrer deve se adequar ao instituto, sendo, pois, ampliada,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

considerando que seu interesse não é o de inverter a sucumbência, e sim de obter uma decisão livre de vícios, para que a partir dessa se possa tomar as providências cabíveis, seja para executá-la, seja para impugná-la por meio de algum outro recurso que permita sua modificação.

Nessa linha, conclui, afirmando:

> "Tanto o réu quanto o autor podem apresentar embargos de declaração, assim como o assistente, simples ou o litisconsorcial, o Ministério Público, enfim, todos aqueles a quem a decisão atinge direta ou indiretamente, tanto os que a podem executar, quanto aqueles que devem a ela submeter-se, cumprindo-a."[19]

Não se deve, entretanto, entender essa ampliação do interesse de recorrer como uma descaracterização da natureza recursal dos embargos, sendo, por outro ângulo, apenas mais uma de suas especificidades.

5.3 Cabimento.

Ao contrário do que previa o antigo código de processo civil, o novo diploma processual, atendendo mais uma vez aos anseios da doutrina e jurisprudência pátria, deixa claro que são cabíveis embargos de qualquer decisão judicial, sendo portanto seu cabimento o mais amplo possível, vide art. 1.022, caput, do NCPC.

5.3.1 Obscuridade.

Obscuridade é o oposto de clareza; diz-se, pois, da decisão que é de difícil compreensão. Encontra seu melhor conceito, na expressão de Luiz Guilherme Marinoni[20]:

> "Hipótese em que a concatenação do raciocínio, a fluidez das idéias, vem comprometida, ou porque exposta de maneira confusa ou porque lacônica, ou ainda porque a redação foi mal feita, com erros

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

gramaticais, de sintaxe, concordância, etc., capazes de prejudicar a interpretação da motivação."

Cabem, portanto, embargos declaratórios quando a decisão apresentar os vícios supracitados, ressaltando-se que, por se tratar de mera imprecisão, estes embargos não ensejarão a modificação do julgado, apenas o seu aclaramento.

5.3.2 Contradição.

Decisão contraditória é aquela que, em seu bojo, traz expressões antagônicas entre si, sendo que a admissão de uma anularia, por completo, a aplicação da outra.

Cogente frisar que tal contradição deve ser obrigatoriamente interna, ou seja, dentro da própria decisão embargada, não sendo cabíveis embargos fundados em contradição à lei, à jurisprudência, à súmula, ou em comparação ao que quer que seja fora do ato jurisdicional ao qual se recorre.

Outrossim, não há qualquer óbice quanto à contradição apresentada em partes distintas de uma mesma decisão, com, por exemplo, quando esta é fundamentada sob uma perspectiva, mas, no dispositivo, impõe outra totalmente adversa.

Veja que, quando a contradição se dá em face de ponto essencial à querela, como o exemplo acima citado sobre o fundamento e o dispositivo, o efeito modificativo é inevitável para se sanar o vício que acometeu a decisão. Por outro lado, em se tratando de questões menores, é possível desfazer a contradição sem grandes prejuízos ao julgado.

5.3.3 Omissão.

A omissão, por sua vez, mais polêmica, é caracterizada quando o magistrado deixa de se pronunciar sobre questão levantada pelas partes e essencial ao julgamento da lide.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Observe que a parte tem o direito de ver todos os seus argumentos refutados, sendo, portanto, o julgador obrigado a se manifestar a respeito de cada um deles, sob pena de tornar nula a decisão por ele proferida.

Manifestações há no sentido de que não seria o magistrado obrigado a se pronunciar acerca de todos os fundamentos evocados quando já formula seu convencimento com base em um deles, não sendo, pois, os demais essenciais ao julgamento da lide, situação esta que deve ser tida como excepcional.

Há também a possibilidade de se arguir omissão à matéria ainda não suscitada por quaisquer das partes em hipóteses que versem sobre questões de ordem pública, mormente quando estas podem ser conhecidas pelo juiz de ofício e a qualquer tempo.

O suprimento da omissão, portanto, é de suma importância para o bom andamento do processo, pois, por um lado pode tornar nula a decisão omissa, e, por outro, torna impossível a analise da matéria omitida por outro órgão judicial, o que caracterizaria a supressão de instâncias.

Por fim, mais uma novidade trazida pelo novo CPC, já amplamente acolhida na jurisprudência pátria, é a admissão de embargos de declaração nos casos em que é verificado **erro material** em determinada decisão. Tal vício encontra seu melhor entendimento nas lições de Luis Eduardo Simardi Fernandes[21], o qual leciona:

> "Os erros materiais são equívocos ou lapsos ocorridos no momento da expressão do provimento, facilmente perceptíveis. São aqueles enganos evidentes, que se percebem à primeira vista, sem grandes investigações."

O suscitado erro pode ser evocado por simples petição, mas a interposição dos embargos garante às partes a interrupção do prazo para oposição de outros recursos, caso seja necessário, motivo pelo qual é preferível e até recomendável que se opte pelos aclaratórios.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

5.4 Efeitos.

Os embargos de declaração possuem em geral os mesmos efeitos produzidos pelos demais recursos. Com isso, além de obstarem o transito em julgado da decisão impugnada, interrompem, para ambas as partes, o fluxo do prazo para interposição de qualquer outro recurso.

Polêmica existe, como já abordado anteriormente, quanto ao efeito devolutivo destes. Nessa esfera, estamos com Nelson Nery Jr.[22], que assevera:

> "O efeito devolutivo nos embargos de declaração tem por conseqüência devolver ao órgão "a quo" a oportunidade de se manifestar [sic] no sentido de aclarar a decisão obscura, completar a decisão omissa ou afastar a contradição de que padece a decisão."
>
> (...) O fato de o órgão destinatário dos embargos ser o mesmo de onde proveio a decisão embargada não empece a existência dos efeitos devolutivos neste recurso."

Admitindo-se, pois, a incidência de efeito devolutivo, passa-se a análise do efeito suspensivo. Há quem defenda que este deverá está presente nos embargos nas hipóteses em que forem opostos contra decisões que, atacadas por outros recursos, teriam seus efeitos suspensos em decorrência deste. Ficamos com o esclarecedor apontamento de José Miguel Medina:

> "Segundo nosso entendimento, o efeito suspensivo nos embargos de declaração deve decorrer do pedido formulado pela parte, fundado na *impossibilidade real de que a decisão seja cumprida* ou na *possibilidade da integral alteração da decisão em virtude do acolhimento dos embargos.* Não se deve entender, em nosso sentir, que a interposição dos embargos de declaração, por si só, geraria a cessação dos efeitos da decisão. Em face

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

> da perspectiva de não poder cumprir a decisão impugnada deve o embargante requerer que a seu recurso seja atribuído efeito suspensivo."[23]

Possuem ainda o efeito substitutivo, posto que a decisão proferida nos embargos substitui, apenas na parte impugnada, o ato judicial anterior. Dessa forma, a decisão embarga só perderá eficácia quanto à matéria atacada.

Por fim, tem-se o efeito translativo, o qual também já fora alvo de debate, possibilitando que matérias de ordem pública sejam analisadas quando do julgamento dos embargos, tendo ou não sido questionadas por eles[24].

6. Considerações Finais

Ao se enquadrar os embargos declaratórios no meio recursal, necessário se faz adequar toda a sua sistemática aos preceitos regentes dos recursos em geral, fazendo com que essa *nova* modalidade de recurso assuma uma postura diferente da que antes ocupava, sem, contudo, abandonar a simplicidade que lhe é inerente; mantendo, pois, sua essência e resguardando suas especificidades.

Questão esta de essencial importância no traçado de uma análise, ainda que breve, sobre a real importância dos embargos declaratórios no meio processual, permitindo-nos conferir a consonância de sua aplicação com os princípios constitucionais vigentes.

A garantia das decisões fundamentadas, por exemplo, possui estreita ligação com os aclaratórios, sendo este o remédio cabível para sanar quaisquer vícios que provoque uma fundamentação deficiente – preceito este amplamente abordado no novo código processual.

Todavia, a evolução sofrida pelo instituto em tela, não nos permite restringir seu alcance apenas ao aperfeiçoamento das decisões, até porque, mesmo quando se propõem somente a isso, esta pode ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

aperfeiçoada de forma a beneficiar uma ou outra parte, podendo estas influenciar na correção do vício apontado.

Por outro ângulo, em que pese forte entendimento doutrinário em sentido contrário, os efeitos infringentes dos embargos já amplamente aceitos na jurisprudência pátria, foram definitivamente previstos no Novo Código de Processo Civil e, assim o sendo, os aclaratórios ganham nova relevância processual, posto que se firmam definitivamente como recurso.

É certo que a matéria suscitada pelos embargos terá que obrigatoriamente já ter sido alvo de discussão em outra ocasião na lide, excetuando-se os que tratam de matéria de ordem pública.

7. Referências

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de Declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos.* 2ªed., ver., atul. e ampliada. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, v.2, Processo de Conhecimento*. 12ª Ed. Revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação.* Processo civil moderno, v.2, 3ªed. São Paulo: RT, 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Recursos Cíveis na Prática*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*, 7ª ed. revista e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ªed. São Paulo: RT, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson (coord.); WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. V. 13. São Paulo: RT, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, volume 1: processo de conhecimento. 7ª Ed. Ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BAALBAKI, Sérgio. "A reforma do Código de Processo Civil e acesso à justiça. Estudos doutrinários e jurisprudenciais acerca dos embargos de declaração e dos embargos infringentes". Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8002. Acessado em 21 de março de 2008.

SEHNEM, Felix. "Embargos declaratórios". Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3681. Acessado em 21 de março de 2008.

NOTAS:

[1]*Processo de conhecimento v.2,* p. 507.

[2] p 387/388

[3] "Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:
I - apelação;
II - agravo de instrumento;
III - agravo interno;
IV - embargos de declaração;
V - recurso ordinário;
VI - recurso especial;
VII - recurso extraordinário;
VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário;
IX - embargos de divergência.
[4] "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]" (g.n.)

[5] Há quem entenda que tal efeito se traduz pela simples devolução da matéria para reapreciação. Assim, o julgador apenas poderá analisar a matéria que lhe foi devolvida pela parte recorrente, não podendo tecer comentários acerca das demais questões já decidas e não evocadas pelo recurso.

[6]*Embargos de declaração:efeitos infringentes, prequestionamentoe outros aspectos,* p. 36/37.

[7] Ressaltando que poderá haver a modificação da decisão nos casos em que os embargos são aceitos com efeitos infringentes.

[8] *Processo de conhecimento v.2,* p. 553.

[9] Artigo "Embargos de Declaração: soluções sistêmicas para as lacunas da lei". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, v. 10, p. 173.

[10] "Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo."

[11] *Embargos de declaração:efeitos infringentes, prequestionamentoe outros aspectos* , p. 158.

[12] Idem, p. 159.

[13] *Processo de conhecimento v.2,* p. 511.

[14] Idem, p. 51.

[15] Excetuando-se os apelos extremos, para os quais a interposição depende do prequestionamento da matéria a ser recorrida.

[16] Artigo jus navegandi p1

[17] Citado por sehnem, artigo jus navegandi p4

[18] *Recursos e ações autônomas de impugnação,* p 200.

[19] Idem, p. 200.

[20]*Processo de conhecimento v.2,* p. 554.

[21] *Embargos de declaração:efeitos infringentes, prequestionamentoe outros aspectos,* p. 108.

[22] *Teoria Geral dos Recursos*, p. 369.

[23] *Recursos e ações autônomas de impugnação,* p. 203.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

[24] Lembrando que os próprios aclaratórios podem alegar a omissão quanto a essas questões.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 868 de 25/08/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591195

UNIVERSIDADE ESTACIO DE SÁ

Curso de Direito

LIBERDADE PROVISÓRIA

Cerceamento de preceito fundamental

ANDRE BARTHOLOMEU

Rio de Janeiro

2017

ANDRE BARTHOLOMEU

LIBERDADE PROVISÓRIA

Cerceamento de preceito fundamental

Artigo Científico Jurídico apresentado à Universidade Estácio de Sá, Curso de Direito, como requisito parcial para a conclusão da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso.

Profª. Orientadora: CRISTIANE DUPRET FILIPE PESSOA, Me.

Profª. Coordenadora: MARILZA PEREIRA DA SILVA ROCO

Rio de Janeiro

Campus West Shopping

2017

“Ninguém ousará dizer que a música escrita, ou o drama impresso, dispensem o talento e o preparo do intérprete. Este não se afasta da letra, porém dá ao seu trabalho cunho pessoal, e faz ressaltarem belezas imprevistas. Assim o juiz: introduz pequenas e oportunas graduações, matizes vários no texto expresso, e, sob a aparência de o observar à risca, em verdade o melhora, adapta às circunstâncias do fato concreto, aproxima do ideal e do verdadeiro Direito. Deste modo ele desempenha, à maravilha, o seu papel de intermediário inteligente entre a lei e a vida.”

(Maximiliano)

LIBERDADE PROVISÓRIA

Cerceamento de preceito fundamental

André Bartholomeu*

RESUMO

O presente trabalho tem por fito o estudo da inconstitucionalidade concernente a vedação da liberdade provisória do Art. 44 da lei de drogas. No entanto não tem a pretensão de tomar como exaurido o assunto, visto haver correntes doutrinarias e entendimentos nos tribunais tratando do tema, evidentemente de forma democrática por tratar-se de direitos e garantias fundamentais do ser humano, vindo a corroborar com o estado democrático de direito preservando-se desta forma os princípios constitucionais, sobre tudo o princípio da dignidade da pessoa humana, principio este conquistado as duras penas pela sociedade e ao ser dilapidado leva consigo o espirito da liberdade, ponto nevrálgico da constituição da república federativa do brasil de 1988. Observa-se o desrespeito ao princípio da livre convicção motivada do magistrado impondo a este a não concessão da liberdade provisória, quando admitida em lei, fazendo com que dessa medida se opere a prisão “ex lege” (prisão obrigatória), em total desobediência ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Dessa forma o aludido trabalho busca a conscientização à importância de fomentar a prática de pesquisas, para realmente entendermos o verdadeiro valor das conquistas de uma nação. Sendo a pesquisa bibliográfica o método empreendido nesse trabalho.

Palavras – chave: inconstitucionalidade. Liberdade provisória. Lei de drogas. Garantias fundamentais.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Da liberdade provisória. 2.1 Espécies de liberdade provisória. 2.2 Liberdade Provisória com fiança ou sem fiança. 2.3 Fundamentos constitucionais e legais. 2.4 Princípios constitucionais. 3 Breves considerações sobre o sistema de controle de constitucionalidade difuso e concentrado. 3.1 Inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória do art.44 da lei 11.343/06 (Lei de drogas). 3.2 mutação constitucional do art.52, X da CRFB/88. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, pretende-se abordar a inconstitucionalidade da vedação a liberdade provisória na lei 11343/2006 (lei de drogas), uma vez que a

* Graduando do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá

constituição da república federativa do Brasil tem como princípios basilares o direito à liberdade, a presunção de inocência ou da não culpabilidade, esses uma vez cerceados por inobservância a preceitos legais, acabam por ferir princípios e garantias fundamentais do indivíduo.

Observa-se que diante as constates mudanças da sociedade, não seria plausível a constituição enquanto, organismo vivo, permaneça estática no tempo, sendo assim a lei maior deve ser dinâmica, de forma que os deveres e direitos dos cidadãos sejam garantidos pela lei maior de nosso pais, e para tanto notamos que diante a rigidez da constituição da república federativa do brasil de 1988, adotam-se meios formais para que esta caminhe em conformidade com a rápida evolução socioeconômica e política do pais, dos quais pode-se citar a título de exemplo o fenômeno da mutação constitucional.

A metodologia aplicada no presente trabalho é de cunho estritamente bibliográfico, baseando-se em pesquisas literárias, periódicos, entendimentos jurisprudenciais e artigos consultados na internet.

O trabalho se encontra dividido em duas seções, da seguinte forma: Na primeira seção, esclarecemos de forma sucinta o que vem a ser o instituto da liberdade provisória, utilizando-se da historicidade do exórdio da prisão em breve comparação com os dias atuais, bem como sua fundamentação na declaração universal dos direitos humanos e na constituição da república federativa do brasil de 1988. Na segunda seção, tecemos comentários no que concerne ao sistema de controle de constitucionalidade difuso e concentrado de forma a demonstrar suas peculiaridades e a possibilidade de uma decisão no controle difuso de ter seus efeitos vinculados a todos os indivíduos, sendo ainda abordado na presente seção o objeto desse trabalho, qual seja, a incompatibilidade da vedação a liberdade provisória na lei de drogas e os efeitos do fenômeno da mutação constitucional em nosso ordenamento.

2 DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Para que se possa adentrar ao tema da liberdade provisória, mister se faz compreendermos, mesmo que de forma sucinta, o exórdio da prisão, tendo-se em vista que a primeira não tem sua existência sem a segunda. A prisão tinha por função o acautelamento estatal, de forma que o réu ou indiciado aguardasse por

julgamento, e em caso de uma condenação o réu (devedor) permanecia à disposição do credor como seu escravo a fim de garantir a quitação da dívida. Na passagem da idade média para a idade moderna, por volta do século XIX, as mudanças socioeconômicas eram evidentes e inevitáveis, o que causou o aumento da criminalidade, passando a prisão ter a finalidade de sanção penal com o escopo de punir e conter a desordem.[1]

Em uma breve comparação com as épocas remotas fica evidente que hodiernamente a valorização dada a pessoa humana se faz mais presente, partindo do princípio de que não mais se tolera penas capitais, entre outras em que tinham como princípio ceifar a vida de uma pessoa para dar exemplo a sociedade, sendo obrigatório a obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência ou não culpabilidade, do devido processo legal e da liberdade como regra.[2]

Prisão no entendimento do doutrinador Fernando Capez:

> 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 (cf. nova redação do CPP, art. 283, *caput*). [3]

O instituto processual da liberdade provisória, garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o transito em julgado, podendo estar vinculado ou não a determinadas obrigações, porém cabe ressaltar que muito embora a liberdade deva ser seguida como corolário constitucional, o próprio nome do instituto nos demostra que há casos específicos definidos em lei que o direito de locomoção do indivíduo pode ser cerceado desde que sejam atendidos os requisitos legais, indo de contrario sensu a CRFB/88 qualquer lei que vede ao juiz de conceder a liberdade provisória, desde que ausentes os motivos autorizadores da prisão preventiva, pouco importando a gravidade ou a natureza do crime.[4]

Nota-se que o surgimento de qualquer norma que venha impor a vedação de concessão da liberdade provisória estará criando a impossibilidade de o juiz decidir

---

[1] MIRANDA, Oannes de Oliveira; FERNANDES, Leônidas Marques. Função da pena privativa de liberdade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3764, 21 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25556>. Acesso em: 13 mar. 2017.
[2] MIRANDA; FERNANDES, Ibid.
[3] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.301.
[4] CAPEZ; ibid. p.348-349.

conforme seu entendimento, se a concede ou não, contrariando princípios fundamentais, não dando ao indivíduo a chance de exercer um direito subjetivo, conforme observa-se a seguir:

> **Art. 321.** Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz **deverá 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). [5] (Grifei)

O texto da lei citado a cima só vem a corroborar com o mandamento preceituado de forma contundente na CRFB/88 em seu Art. 5º, LXVI, sendo assim quando a lei admitir a liberdade provisória em qualquer de suas formas com ou sem fiança esta nunca poderá ser negada ao acusado. [6]

2.1 ESPÉCIES DE LIBERDADE PROVISÓRIA

Segundo é propalado pelo doutrinador Fernando Capez, a liberdade provisória comporta três espécies a saber, a obrigatória, permitida e a vedada, será obrigatória quando não for cominada pena privativa de liberdade e em face de infrações penais de menor potencial ofensivo, nos termos da lei nº9099/95, trata-se de direito incondicionado do acusado, não se sujeitando a nenhuma condição, a segunda espécie é a permitida para os casos em que não couber a decretação da prisão preventiva, podendo esta ser vinculada as medidas cautelares do art.319 do Código de Processo Penal (CPP), e pôr fim a vedada, não existindo ,no entendimento do doutrinador, por ser inconstitucional, vez que cria óbice ao juiz para que possa conceder a liberdade provisória quando ausentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, pouco importando a gravidade ou a natureza do crime imputado. Acrescenta ainda que a lei nº 11.464/2007 revogou em boa hora a proibição de liberdade provisória para os crimes hediondos, prevista no art.2º, II, da lei nº 8072/90.[7]

---

[5] Código Processo Penal - Decreto-lei 3689/41 | Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91622/codigo-processo-penal-decreto-lei-3689-41#art-321> Acesso em: 16 mar.2017

[6] BRASIL CONSTITUIÇÃO. Art. 5, inc. LXVI da Constituição Federal de 88 disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10727883/inciso-lxvi-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988 > Acesso em: 16 mar.2017

[7] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 349-350.

2.2 LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA OU SEM FIANÇA

Há ainda a necessidade de se tecer comentários quanto a espécie de liberdade provisória com fiança ou sem fiança, tendo-se em vista sua previsão no art.5º, LXVI da CRFB/88, e estar elencada no Capítulo VI do Código de Processo Penal do art.321 a 350.

Seguindo ainda os ensinamentos de Fernando Capez, a fiança tem natureza real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu ou indiciado sendo medida cautelar prevista no art.319,VIII do CPP, já o fato da liberdade provisória vir ou não acompanhada de fiança, tal depende da análise discricionária do magistrado quanto à sua necessidade no caso concreto e uma vez sendo necessária esta deverá ser devidamente fundamentada, observa-se ainda que na ausência dos requisitos autorizadores da decretação da prisão provisória a liberdade provisória deverá ser concedida, mas a fiança, assim como qualquer outra medida cautelar diversa da prisão preventiva, somente será imposta, se necessária à garantia do processo.[8]

Para Pedro Lenza a fiança é um direito que o réu tem de responder ao processo em liberdade, desde que cumpra certas obrigações e mediante caução, assim como também deve ser observado a necessidade de que sejam preenchidos os requisitos previstos em lei, ou seja, a autoridade policial poderá conceder a fiança ao constatar que o crime praticado não exorbite em sua pena máxima de 4 anos e desde que a tipificação comporte a modalidade de concessão de fiança e o magistrado poderá fazer o mesmo para qualquer tipo de crime afiançável, cumpre ser observado que em conformidade como o Art.329, parágrafo único do CPP, a fiança pode ser prestada pelo próprio preso ou por terceiros em seu favor, e em caso da comprovação da extrema pobreza do réu o juiz pode eximi-lo de paga-la conforme preceituado no Art.350 do CPP, ficando todavia obrigado a comparecer a todos os atos do processo para os quais for intimado estando proibido de mudar de residência sem a devida autorização judicial assim como também a proibição de ausentar-se da comarca por mais de 8 dias sem comunicar o local que poderá ser encontrado nos moldes dos arts. 327 e 328 ambos do CPP.[9]

---

[8] CAPEZ. Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 351-352.

[9] LENZA, Pedro**. Direito Processual Penal Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013., p. 519-520

2.3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

O instituto processual da liberdade provisória tem suas bases consolidadas em diversas leis ,tendo como ponto de partida a declaração universal dos direitos humanos de 1948,traçando dessa forma um ponto cerne de que todos tem que ter seu direito de liberdade garantido, o que é corroborado pela CRFB/88 em seu Art.5º,LXVI, e hodiernamente com a alteração do CPP pela lei 12.403/2011,mais especificamente em seu Art.310 ao impor que o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante faça uma análise judicial acerca do cabimento da liberdade provisória, observa-se para tanto que antes dessa alteração o instituto processual em tela era incompatível com a prisão preventiva e temporária prestando-se apenas à prisão em flagrante.[10]

O que se pode depreender do texto acima em uma análise utilizando-se da metodologia bibliográfica, é que a expressão “provisória” não mais comporta sua junção a expressão “liberdade”, tendo-se em vista não ser mais admissível a presunção de culpabilidade como de outrora se fazia mas sim devendo ser seguido o entendimento de que a regra atual é a de presunção de não culpabilidade até o transito em julgado de sentença penal condenatória, tendo-se como escopo mandamentos constitucionais e legais que garantam como mandamento constitucional a liberdade do indivíduo até que seja comprovada sua culpabilidade nos moldes do Art.5º,LVII da CRFB/88[11]

Segue o mesmo entendimento o Ministro Marco Aurélio ao se mostrar contrário quando magistrados tratam a prisão como regra e a liberdade como exceção entre os acusados, tomando-se como ponto cerne a presunção de culpabilidade indo de contrário aos princípios da presunção de inocência ou da não culpabilidade.[12]

---

[10] GONÇALVES, Suellen da Costa. Liberdade provisória: distorções na fiança criminal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3843, 8 jan. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26327>. Acesso em: 16 mar. 2017.

[11] BRASIL CONTITUIÇÃO. Art. 5, inc. LVII da Constituição Federal de 88 disponível em:< https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10728238/inciso-lvii-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988#> Acesso em: 17 mar.2017

[12] MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. **Revista Consultor Jurídico**. 8 fev. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-08/agora-brasil-prende-depois-apurar-marco-aurelio>. Acesso em: 24 mar. 2016.

Compartilhando do mesmo pensamento o Ministro Alexandre de Moraes preleciona que:

> (...) o princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito. E como garantia processual penal, visa à tutela da liberdade pessoal, salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é de forma constitucional presumido inocente, sob pena de retrocedermos ao estado de total arbítrio estatal.[13]

2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Todo ordenamento jurídico pátrio tem por base os princípios constitucionais, de modo que sua função é a de nortear, dar direção ao legislador para que sejam observados os limites na elaboração das leis, sendo assim em todo o nosso ordenamento pátrio não há nenhum artigo que não tenha sua base pautada em princípios constitucionais, no entanto no presente trabalho não se pode vislumbrar a possibilidade de se tecer comentários a todos, mas tão somente e não menos importante, os atinentes ao instituto da liberdade provisória, cumprindo ressaltar que dentre os diversos princípios constitucionais existentes não há hierarquia.[14]

Observa-se que os comandos constitucionais devem pautar-se no princípio da dignidade da pessoa humana, por consequência de todo um conceito histórico onde não se dava a devida atenção para a pessoa em si, sendo o indivíduo tratado por muitas vezes no decorrer da história como um objeto, o que hodiernamente é inaceitável.[15]

Segundo preleciona o doutrinador Fernando Capez:

> (...). O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. Convém lembrar a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a prisão processual não violão princípio do estado de inocência. [16]

---

[13] MORAES; Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 117.

[14] LIMA, George Marmelstein. A Hierarquia Entre Princípios e a Colisão de Normas *Constitucionais*. Disponivel em:< http://www.sedep.com.br/artigos/a-hierarquia-entre-principios-e-a-colisao-de-normas-constitucionais/> Acesso em: 17 mar.2017

[15] KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>. Acesso em: 17 mar 2017.

[16] CAPEZ, Fernando**. Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 83.

Em conformidade com José Afonso da Silva, o Estado dá a cada um o que é seu, na medida em que cumpre com sua prestação jurisdicional quando garante o processo, com as formas instrumentais adequadas, qual seja: a combinação dos princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, fechando dessa forma o ciclo das garantias processuais.[17]

Dessa forma pode-se inferir das mais diversas lições doutrinarias, que se o surgimento de qualquer norma que se proponha a cercear a liberdade de um indivíduo sem atentar para os princípios atinentes a esta, estará em confronto direto com a constituição federal o que indubitavelmente se fara inconstitucional, ainda assim nota-se que mesmo com todos os meios atinentes de proteção a dignidade da pessoa humana no que concerne ao seu direito constitucional de locomoção, tais princípios constitucionais garantidores por muita das vezes são ignorados pelos legiferante quando criam normas infraconstitucionais com gritante desrespeito aos princípios consagrados na CRFB/88, assim como todos que por ela foi recepcionada, uma vez que há inobservância aos princípios contidos na constituição federal corre-se o grande risco de se perder o Estado Democrático de Direito conforme entendimento de Clovis Brasil Pereira.[18]

Cumpre ainda ser observado que nem sempre é o legiferante que incorre em desrespeito a inobservância aos princípios constitucionais, de certo que após uma lei entrar em vigor é sabido que esta deve ser acatada, até que seja declarada sua inconstitucionalidade, se for o caso, e dessa maneira sendo retirada do mundo jurídico, mas enquanto ainda vige não pode ser ignorada por quem quer que seja, mas se acaso uma lei venha a ser interpretada de forma adversa a sua finalidade, nesse caso opera-se o princípio do duplo grau de jurisdição, que para uns encontra-se expresso e para outros implícito, sendo que tal discordância não obsta a finalidade a que se apresenta, qual seja a de possibilitar o reexame de decisões

[17] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 431-432.
[18] PEREIRA, Clovis Brasil. O reflexo do desrespeito aos princípios constitucionais. Disponível em: < http://www.prolegis.com.br/o-reflexo-do-desrespeito-aos-princ%C3%ADpios-constitucionais/> Acesso em: 17 mar. 2017

judiciais, aguardando que dessa forma reduza-se a possibilidade de erros do judiciário. [19]

Tratando-se de inconstitucionalidade deve-se antes buscar entender o que vem a ser o controle de constitucionalidade difuso e o controle de constitucionalidade concentrado, e seguindo o entendimento de Pedro Lenza são mecanismos criados pelo legislador constituinte originário de forma a verificar a adequação dos atos normativos aos preceitos previstos na CRFB/88, sendo de vital importância para que se tenha de forma harmônica o convívio entre diferentes atos normativos para com a constituição federal, uma vez que essa é a base de todo ordenamento pátrio.[20]

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E CONCENTRADO

São várias as diferenças entre o controle de constitucionalidade difuso e o concentrado, nas lições do doutrinador Pedro Lenza observa-se que enquanto no sistema difuso qualquer juiz ou tribunal pode conhecer e julgar os casos a eles apresentado, o mesmo não se dá no sistema concentrado, pois nesse caso só o Supremo Tribunal Federal (STF) pode conhecer e julgar, observa-se ainda que o STF também é competente para conhecer e julgar os casos que se apresentem por controle de constitucionalidade difuso, entre outras diferenças que distinguem os sistemas difuso e concentrado encontra-se os efeitos, pois enquanto no primeiro a decisão tem efeito " Inter partes" ,para as partes de um caso concreto, o segundo tem efeito "erga omnes", vale para todos sem exceção.[21]

Cumpre ser ressaltado que existe a possibilidade de um caso concreto chegar ao STF por via incidental de controle difuso e a decisão ter os efeitos "erga omnes", ou seja valendo para todos, no entanto tal possibilidade se dá à luz do art.52, X e do art.97 ambos da CRFB/88.

Segundo ensinamentos de Pedro Lenza ,quando uma lei chega ao STF para que seja submetida ao controle difuso de constitucionalidade por via incidental

[19] BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. Princípios constitucionais do processo penal.. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 593, 21 fev. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6348>. Acesso em: 24 mar. 2017.
[20] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 239.
[21]LENZA; ibid. p. 266-274.

e tendo sido proferida decisão definitiva da inconstitucionalidade com a deliberação da maioria absoluta do pleno do tribunal, deve-se seguir o art.178 do regulamento interno do STF (RISTF) o qual determina que logo após a decisão as autoridades e os órgãos interessados devem ser comunicados, assim como também deve ser dado ciência ao Senado Federal após o transito em julgado de forma que surtam os efeitos do art. 52 X da CRFB/88, cumprindo ser observado que o referido dispositivo constitucional trata da suspensão da execução no todo ou em parte de lei que tenha sido declarada inconstitucional por meio de decisão definitiva do STF, sendo esta matéria de competência privativa do Senado Federal. [22]

Seguindo-se ainda as orientações do doutrinador Pedro Lenza, o Senado Federal por competência privativa e por meio do RISTF ao suspender a execução, no todo ou em parte, de decisão definitiva do STF que declare a inconstitucionalidade de uma lei, não pode modificar a decisão de forma a ampliar ou restringir, ou seja, se a Excelsa corte por meio de controle difuso de modo incidental decidiu pela inconstitucionalidade total da lei, não pode o Senado Federal por conveniência da suspensão faze-lo em parte, devendo então suspender no todo.[23]

3.1 INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDEÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA DO ART.44 DA LEI 11.343/06 (LEI DE DROGAS)

O Art.44 da lei de drogas veda de forma expressa a possibilidade de ser concedida a liberdade provisória aos acusados nos crimes capitulados nos arts.33. Caput e §1º e 34 a 37, *in verbis:*

> **"Art. 44.** Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei **são inafiançáveis** e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e **liberdade provisória**, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. " [24](Grifei)

Conforme entendimento do Ministro Gilmar Mendes, o referido dispositivo veda de forma expressa o instituto processual da liberdade provisória confrontando-se de imediato com dispositivos da CRFB/88, entrando em total dissonância com

---

[22] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012 P. 275-278

[23] LENZA; ibid. p. 276-277.

[24] PEREIRA, Pedro Henrique Santana. O adventício da Lei n.º 11.464 e o direito à concessão de liberdade provisória no tráfico de entorpecentes. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 66, jul. 2009.Disonivel em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6433> Acesso em: 18 mar.2017

princípios constitucionais, tendo ainda de forma implícita engessado o juiz na medida que não dá a liberdade ao magistrado de decidir em conformidade com o princípio da livre convicção motivada, obrigando ao magistrado decidir de forma genérica, não podendo analisar o caso in concreto[25]

Observa-se que caminha na mesma orientação a jurisprudência no STF - HC 100.742/SC (03.11.09), rel. Min. Celso de Mello, ao entender que o referido dispositivo acaba por impor que se opere a prisão “ex lege”, ou seja trata-se de uma prisão imposta por lei sem que se dê ao juiz a possibilidade de vislumbrar os demais dispositivos que garantam ao acusado uma possível liberdade provisória ou até mesmo cumulada com outras medidas cautelares, e que em se tratando de prisão cautelar está será admissível somente se preencherem os requisitos legais autorizadores da privação da liberdade do indivíduo, afastando qualquer possibilidade de engessamento dos magistrados a luz do art. 44 da lei 11.343/2006.[26]

Tem-se em tão que a prisão preventiva é espécie de prisão cautelar cabível em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal devendo essa ser decretada de oficio pelo juiz, ou ainda a requerimento do ministério público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, observa-se ainda que a prisão preventiva poderá ser decretada para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria , assim como também caberá quando for descumprido qualquer obrigação imposta por força de outras medidas cautelares e nos casos previstos no art.313 do Código de Processo Penal (CPP). [27]

Observa-se que ao analisar-se os requisitos autorizadores da prisão preventiva, em momento algum tem-se a imposição ao magistrado para que opere a prisão “ex lege” indo de encontro ao mandamento do art.44 da lei de drogas, o que

---

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas é inconstitucional**.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130> Acesso em: 20 mar.2017

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 100.742/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acordão, 3 nov 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+100742%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+100742%2EACMS%2E%29&base> Acesso em: 20 mar 2017.

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Glossário. Prisão preventiva. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=441 > Acesso em: 21 mar. 2017

seria plausível tecer alguns comentários acerca do conflito ora apresentado de forma a tentar elucidar a questão em comento:

Em primeiro momento tem-se a figura de normas gerais em confronto com normas especiais, o que notoriamente cria empasses para que se possa decidir qual delas prevalecera, em que pese as normas gerais a cima citadas sejam regras para que se possa proceder ao cerceamento da liberdade do indivíduo estas se encontram em prefeita conformidade com os princípios constitucionais, cabendo se fazer uma análise no tocante ao conflito da norma especial ora citada para com a CRFB/88 e seus princípios constitucionais, a qual passa-se a seguir:

No entendimento de Edgar Köhn Um Princípio constitucional pode colidir com dois tipos diferentes de regras. Pode colidir com uma regra que não se baseia num Princípio constitucional ou pode colidir com uma que se baseia num Princípio constitucional.[28]

Seguindo-se esse entendimento fica nítido que se faz necessário um mecanismo para que se possa chegar a um consenso na medida certa ou mais justa, como preleciona Edgar Köhn ao dizer que:

> Assim, num conflito entre um Princípio constitucional e uma regra, que não tem como objetivo proteger outro Princípio constitucional, o Princípio prevalece. Pois se prevalecesse a regra, significaria o desrespeito à constituição, o que não só não pode ser admitido, por esta ser hierarquicamente superior, mas também porque, a interpretação conforme a constituição é um Princípio imanente dessa que deve ser considerado. Desta forma, qualquer regra deve ser interpretada conforme a constituição, portanto, em caso de colisão de regra e Princípio Constitucional, a regra deve ser interpretada conforme a constituição, e se não for possível, deve prevalecer o Princípio, porque se toda regra deve ser interpretada conforme a constituição, esta não pode prevalecer sobre um Princípio Constitucional.[29]

Tomando-se como ponto de partida o mandamento insculpido no art.5º,LXVI da CRFB/88 o qual determina que quando a lei admitir a liberdade provisória essa deve ser aplicada, o que segue em perfeita sintonia com o princípio do devido processo legal insculpido em seu inciso LVI, ainda seguindo os mandamentos constitucionais deve-se remeter ao texto da lei que admite a liberdade provisória qual seja art.321 do Código de Processo Penal (CPP), o qual teve a redação determinada pela lei 12.403/2011,cumpre ser ressaltado que no referido dispositivo há uma imposição ao juiz e não uma opção para que se conceda a liberdade provisória desde que ausentes os requisitos que autorizem a decretação da prisão

---

[28].KOHN, Edgar. **A Solucão da colisão de princípios e conflito de regras**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 752. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2182 > Acesso em: 22 mar. 2017.

[29] KOHN; Ibid.

preventiva, percebe-se dessa forma que trata-se de normas que preconizam de forma a atender a liberdade do indivíduo enquanto regra e não como exceção, não havendo assim confronto entre normas gerais e princípios constitucionais e, seguindo esse entendimento o STF na decisão do (HC 104.339 SP) declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação a liberdade provisória prevista no art.44 da lei de drogas, uma vez que há confronto entre a norma especial para com princípios constitucionais[30]

Cumpre ser observado que os efeitos da decisão proferida no controle difuso por via incidental, não são “erga omnes”, mas sim “Inter partes” o que significa que só se aplica ao caso concreto analisado, podendo ser utilizado como jurisprudência, o que significa dizer que o art. 44 da lei de drogas ainda continua a viger sendo instrumento legal a ser utilizado pelo juiz como ferramenta hábil para a não concessão da liberdade provisória, entre tanto por sugestão do relator Ministro Gilmar Mendes, o plenário definiu que cada ministro poderá decidir individualmente os casos semelhantes que chegarem aos gabinetes. Dessa forma, cada Ministro poderá aplicar o entendimento da inconstitucionalidade do art. 44 da lei de drogas por meio de decisão monocrática.[31]

Observa-se que a declaração de inconstitucionalidade se deu por controle difuso de constitucionalidade por via incidental com decisão definitiva, porém em parte do dispositivo, ou seja, a maioria absoluta declarou, nos termos do relator, quanto a inconstitucionalidade da expressão “e da liberdade provisória”.[32]

Conforme visto o Senado Federal não suspendeu a execução da decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade de parte do art.44 da lei de drogas, nos moldes do art.52 X da CRFB/88 e em conformidade com o RISTF, fato este que modificaria os efeitos atuais, ou seja, não seria atribuído ao feito os efeitos “Inter partes”, mas sim “erga omnes”, o que indubitavelmente fara com que o STF continue a analisar todos os casos que se apresentem no que concerne ao citado dispositivo.

---

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas é inconstitucional. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130> Acesso em: 24 mar.2017

[31] BRASIL; Ibid.

[32] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.104339. Paciente: Marcio da Silva Prado. Relator: Ministro Gilmar Mendes. São Paulo,22 de fevereiro de 2011. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=102&dataPublicacaoDj=25/05/2012&incidente>. Acesso em :25 mar. 2017.

Seguindo-se o entendimento do princípio do livre convencimento motivado do juiz este poderia ter sido restaurado se o feito acima citado tivesse se dado em conformidade com os arts.97; 52 X ambos da CRFB/88 e o RISTF, não sendo necessário que questões de mesma monta fossem parar no STF, dando assim um tom de respeito ao princípio da legalidade e aos princípios que de dele advém, todos consagrados na CRFB/88, no entanto nota-se que dez de outrora a questão não repousa pacifica o que torna plausível discussões entre doutrinadores e todos os que se debruçam sobre a problemática, com fortes tendências a mudanças no que concerne ao entendimento do STF que já vem se quedando ao fenômeno da mutação constitucional.[33]

Diante aos diversos entendimentos jurisprudências ao enfrentamento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Art.44 da lei de drogas tem-se que o primeiro toma por constitucional a medida que o referido crime deve ser tratado com mais severidade dando a impressão que qualquer entendimento a contrário sensu possa estar se debruçando em uma homenagem a criminalidade ,visão esta que não é seguida pelo professor Renato Marcão ao entender que não se pode generalizar o crime de tráfico em comento, pois há “traficantes e traficantes” devendo ser condenada a inconstitucionalidade de toda e qualquer vedação ex lege e permitir-se o benefício da liberdade provisória , esse fato não configuraria de forma alguma uma possível homenagem a criminalidade, sendo na verdade a busca da plenitude irrenunciável do Estado Democrático de Direito e a efetividade das garantias constitucionais que ao longo dos tempos se conquistou por meio de muitos esforços[34]

3.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART.52, X DA CRFB/88

Segundo entendimento de Uadi Lammêgo Bulos, o fenômeno da mutação constitucional é uma constante na vida dos Estados, onde são atribuídos novos sentidos a constituição sem que se altere o texto, sendo um processo informal de mudanças, podendo ser por meio de diversas modalidades e métodos de

[33] PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Mutação constitucional: uma nova perspectiva do STF em sede de controle difuso. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2401, 27 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14259>. Acesso em: 25 mar. 2017.

[34] MARCÃO, Renato. Art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas).. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2326, 13 nov. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13842>. Acesso em: 7 abr. 2017.

interpretações, quer por intermédio da construção, bem como dos usos e costumes constitucionais[35]

Consoante o entendimento de Bulos, quanto a definição de mutação constitucional, pode-se depreender que sendo o art. 52, X da CRFB/88 um dispositivo constitucional, estaria este suscetível de interpretações, podendo lhe ser atribuído novos sentidos, pois para o doutrinador as inevitáveis mudanças sociais precisam ser amoldadas com sua realidade atual, não podendo a sociedade ficar adstrita a normas, comandos que não mais atendam aos anseios da coletividade e da individualidade, sendo indispensável que surjam meios adequados para que diante a rigidez constitucional, esta caminhe lado a lado com a evolução social.

No entanto para que se possa lançar mão do fenômeno da mutação constitucional deve ser observado conforme ensinamento de Anna Cândida da Cunha Ferraz que tal fenômeno já mais deverá ser utilizado de forma que venha contrariar dispositivos ou princípios constitucionais, o que o tornaria um fenômeno de mutação inconstitucional, ou seja respeitados os limites impostos pela CRFB/88 com todos os seus fundamentos, ai sim seria possível haver os meios de hermenêutica constitucional visando única e exclusivamente acompanhar a dinâmica da evolução social frente a rigidez constitucional e ainda nesse sentido a autora enumera três características primordiais às mutações constitucionais:[36]

> Em resumo, a mutação constitucional, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa mutação não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, constitucional. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.[37]

De mesma sorte comungam os ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau na medida em que proferiram seus votos na reclamação 4335-5/AC, por entenderem que as decisões definitivas de controle de constitucionalidade difuso por via incidental não mais necessitavam ser submetidas ao Senado Federal para que desse o efeito “erga omnes”, podendo o referido efeito ser dado quando da decisão do próprio STF, ou seja, o Senado Federal ficaria incumbido apenas de publicar as decisões da suprema corte, não exercendo mais a competência privativa

---

[35] BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional.** Editora Saraiva. São Paulo, 1997, pág. 57.
[36] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.10
[37] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Ibid, p. 11.

que lhe é conferida na CRFB/88, no entanto observa-se que o dispositivo constitucional não foi alterado formalmente mas tão somente informalmente por força de interpretações ministros da suprema corte. [38]

Cumpre ser observado que a atribuição do Senado Federal no que concerne ao controle difuso de constitucionalidade, trata sobre os efeitos da decisão, conforme insculpido no texto constitucional em seu art.52, X o qual tem por fundamento suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, podendo dessa forma editar uma resolução e publica-la dando assim os efeitos “erga omnes”, e nesse sentido preleciona o professor Lenio Luiz Streck ao dizer que:

> Se entendermos que uma decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso vale contra tudo e contra todos, além de ter efeito *ex tunc*, também teremos que entender que *uma decisão afirmando a constitucionalidade de uma lei deve ter igual efeito.* E teremos que suportar as conseqüências. E os efeitos colaterais. (...) Assim, por uma exigência de integridade no Direito (Dworkin), parece óbvio afirmar que a norma constitucional que estabelece a remessa ao Senado (art. 52, X) não poderia ser "suspensa" em nome de argumentos políticos ou pragmáticos.
> Deixar de aplicar o artigo 52, X, significa não só abrir precedente de não cumprimento de norma constitucional – enfraquecendo sobremodo a força normativa da Constituição – mas também suportar as conseqüências, *uma vez que a integridade também supõe integridade da própria Constituição.* E, não se pode esquecer que a não aplicação de uma norma é uma forma de aplicação. Incorreta. Mas é[39]

Diante as inúmeras decisões do STF no que concerne ao controle difuso de constitucionalidade por via incidental, vislumbra-se a grande tendência da suprema corte no acolhimento do fenômeno da mutação constitucional, preconizando a prática de tornar em desuso o aludido art.52,X da CRFB/88 e por consequência, conforme já visto no presente trabalho, retirar do magistrado a possibilidade de apreciar o caso concreto a luz da concessão da liberdade provisória no que concerne ao Art.44 da lei de drogas, aviltando assim os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, conforme entendimento do professor Renato Marcão quando diz que o princípio do livre convencimento do juiz deve ser restaurado de modo que os votos de confiança na Magistratura brasileira, possam ser efetivos ao analisarem os casos concretos, na medida em que possam decidir quanto a aplicabilidade ou não da liberdade provisória, dando dessa forma

---

[38] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Reclamação* n°. 4335-AC. *Lex* – Jurisprudência STF, Brasília

[39] STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso:. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10253>. Acesso em: 7 abr. 2017.

credibilidade quanto a capacidade de discernimento e na avaliação que deve ser feita por seus ilustres integrantes.[40]

Nota-se que não se vislumbra a possibilidade de tratar a constituição federal e seus princípios de forma estática sem que sejam frutos da dinâmica social, sendo aceito formas de interpretação que se enquadre nas normas constitucionais conforme demostra Luís Roberto Barroso:

> Há casos em que o Texto Constitucional é uma pura hipótese, sendo a realidade da Constituição muito mais representada pelas praxes e costumes que cercam a sua aplicação. A Constituição material efetiva, de um Estado pode mais facilmente ser identificada nos costumes e praxes constitucionais do que no texto propriamente dito. [...] A doutrina aceita, sem maiores reservas, o costume secundum constitutionem e praeter constitutionem, mas rejeita, por inadmissível, o costume constitucional contra constitutionem.[41]

Depreende-se na lição de Barroso que se faz meio eficaz o uso do costume constitucional quando empregado de forma a integrar ou interpretar a norma constitucional, produzindo mudanças em seu sentido, sem que altere a essência de seu sentido e a letra da lei, mantendo assim o espirito da constituição, sendo de vital importância para uma perfeita harmonia entre os poderes, tendo-se em vista a rigidez da CRFB/88,cumprindo ser observado que de forma alguma é admitido o uso do costume constitucional contra a constituição.

4 CONCLUSÃO

No presente trabalho, arrazoamos quanto a incompatibilidade do art.44 da lei 11.343/2006(lei de drogas), na medida em que veda a liberdade provisória, de forma genérica, sobrepondo-se a mandamentos constitucionais e as normas que ainda vigoram no pais, normas estas que impõe que o magistrado conceda a liberdade provisória se ausentes os requisitos que autorizam a decretação de prisão preventiva, sendo assim concluímos que o legiferante afrontou expressamente o princípio da livre convicção motivada do juiz ,não dando a opção ao magistrado, ao se debruçar em um caso concreto, de atender aos mandamentos constitucionais que preconizam ,em primeiro momento pela liberdade, e não tomando-se como paradigma a prisão “ex lege”.

---

[40] MARCÃO, Renato. Art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2326, 13 nov. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13842>. Acesso em: 7 abr. 2017.

[41] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6 ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145.

Cumprimos todos os objetivos que foram propostos, ao analisarmos a inconstitucionalidade do Art.44 da lei de drogas em confronto direto com mandamentos e princípios constitucionais e embasando o presente trabalho em decisões tomadas pelos tribunais e entendimentos doutrinários aos quais nos debruçamos sobre a metodologia da pesquisa bibliográfica.

Este trabalho foi muito importante, na medida em que podemos contribuir não só para o mundo acadêmico mas para toda a sociedade o que possibilitara fomentar novas abordagens de pesquisa sobre o tema proposto.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6 ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145.

BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. Princípios constitucionais do processo penal.. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 593, 21 fev. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6348>. Acesso em: 24 mar. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. Editora Saraiva. São Paulo, 1997, pág. 57.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas é inconstitucional. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130 Acesso em: 20 mar.2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 100.742/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acordão, 3 nov 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+100742%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+100742%2EACMS%2E%29&base> Acesso em: 20 mar 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Glossário. Prisão preventiva. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=441 > Acesso em: 21 mar. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas é inconstitucional. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130> Acesso em: 24 mar.2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.104339. Paciente: Marcio da Silva Prado. Relator: Ministro Gilmar Mendes. São Paulo,22 de fevereiro de 2011.

Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=102&dataPublicacaoDj=25/05/2012&incidente>. Acesso em :25 mar. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Reclamação n°. 4335-AC. Lex – Jurisprudência STF, Brasília

BRASIL CONSTITUIÇÃO, Art. 5, inc. LXVI da Constituição Federal de 88 disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10727883/inciso-lxvi-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988 > Acesso em: 16 mar.2017

_____. Art. 5, inc. LVII da Constituição Federal de 88 disponível em:< https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10728238/inciso-lvii-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988#> Acesso em: 17 mar.2017

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL.Código Processo Penal - Decreto-lei 3689/41 | Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91622/codigo-processo-penal-decreto-lei-3689-41#art-321> Acesso em: 16 mar.2017

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.10

_____. Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.11

GONÇALVES, Suellen da Costa. Liberdade provisória: distorções na fiança criminal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3843, 8 jan. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26327>. Acesso em: 16 mar. 2017.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>. Acesso em: 17 mar 2017.

KOHN, Edgar. A Solução da colisão de princípios e conflito de regras. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, no 752. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2182 > Acesso em: 22 mar. 2017.

LIMA, George Marmelstein. A Hierarquia Entre Princípios e a Colisão de Normas Constitucionais. Disponível em:< http://www.sedep.com.br/artigos/a-hierarquia-entre-principios-e-a-colisao-de-normas-constitucionais/> Acesso em: 17 mar.2017

LENZA, Pedro. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013., p. 519-520

MIRANDA, Oannes de Oliveira; FERNANDES, Leônidas Marques. Função da pena privativa de liberdade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3764, 21 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25556>. Acesso em: 13 mar. 2017.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. **Revista Consultor Jurídico**. 8 fev. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-08/agora-brasil-prende-depois-apurar-marco-aurelio>. Acesso em: 24 mar. 2016.

MORAES; Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 117.

MARCÃO, Renato. Art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2326, 13 nov. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13842>. Acesso em: 7 abr. 2017.

PEREIRA, Clovis Brasil. O reflexo do desrespeito aos princípios constitucionais. Disponível em: < http://www.prolegis.com.br/o-reflexo-do-desrespeito-aos-princ%C3%ADpios-constitucionais/> Acesso em: 17 mar. 2017

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. O adventício da Lei n.º 11.464 e o direito à concessão de liberdade provisória no tráfico de entorpecentes. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande**, XII, n. 66, jul. 2009.Disonivel em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6433> Acesso em: 18 mar.2017

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Mutação constitucional: uma nova perspectiva do STF em sede de controle difuso**. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2401, 27 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14259>. Acesso em: 25 mar. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 431-432.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10253>. Acesso em: 7 abr. 2017.