

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 897

(Ano XI)

(16/03/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

# Conselho Editorial

**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](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

## SUMÁRIO

### COLONISTA DA SEMANA



11/03/2019 Kiyoshi Harada

» [Duas Súmulas do STJ são editadas em desfavor dos contribuintes](#)

### ARTIGOS

15/03/2019 Lorraine Saldanha Freitas Xavier de Souza

» [A soberania popular como elemento legitimador das políticas públicas sociais: a busca pelo bem comum](#)

15/03/2019 Letícia Mara Pinto Ferreira

» [A contribuição de Chaïm Perelman para a racionalidade jurídica contemporânea](#)

15/03/2019 Diego Pereira

» [Boechat, o Flamengo e Brumadinho: o luto do brasileiro é perene](#)

14/03/2019 Natalia Alves Nascimento

» [Pornografia de vingança no direito brasileiro: a ausência de norma específica e a proteção deficiente](#)

14/03/2019 Joaquim Leitão Júnior

» [O pacote anticrime para atacar o seio do crime organizado e da criminalidade crescente](#)

13/03/2019 Joaquim Leitão Júnior

» [A prática de upskirting é crime no Brasil?](#)

13/03/2019 Anieli Dos Santos Modernel

» [Estudo da Lei 13.718/2018 - Benéfica ou maléfica?](#)

13/03/2019 Lucas Felipe Zuchi

» [A \(in\)aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pela Lei 4.728/65 e Decreto-lei 911/69 - uma análise principiológica e econômica acerca do RESP 1.622.555-MG](#)

13/03/2019 Ivan Jezler Júnior

» [Oxente! Prisão preventiva, gravidade concreta e a deusa Afrodite](#)

12/03/2019 Murilo Ricardo Silva Alves

» [Avanços e retrocessos do novo Código de Processo Civil: entre passado e futuro](#)

12/03/2019 Danny Rodrigues Moraes

» [Do prazo para redirecionamento da execução fiscal](#)

12/03/2019 Adilson José Bressan

» [O indiciamento como ato decisional do delegado de polícia no inquérito policial](#)

11/03/2019 André Ricardo Peixoto

» [Questões práticas sobre a imunidade tributária das instituições de educação e de assistência social sob a ótica fazendária](#)

11/03/2019 Danny Rodrigues Moraes

» [O princípio da cooperação aplicado aos poderes-deveres instrutórios do juiz](#)

11/03/2019 Bruno Delgado Brilhante

» [Preterição em concursos públicos e sua delimitação jurisprudencial](#)

## MONOGRAFIA

11/03/2019 Victor Carvalho de Amarante

» [ADPF 347 - O estado de coisas inconstitucional: condições das prisões e a síndrome da ineficiência no poder público](#)

## **DUAS SÚMULAS DO STJ SÃO EDITADAS EM DESFAVOR DOS CONTRIBUINTE**

**KIYOSHI HARADA:** Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Na edição de duas Súmulas do STJ houve utilização de dois pesos e duas medidas. Refiro-me às Súmulas de nº 625 e de nº 622, ambas editadas contra os contribuintes em geral, mediante uso de critério diferenciado no exame da relação jurídico-tributária entre fisco e contribuinte, conforme passaremos a demonstrar.

Examinemos primeiramente a Súmula de nº 625 que assim prescreve:

“O pedido administrativo de compensação ou de restituição não interrompe o prazo prescricional para a ação de repetição de indébito tributário de que trata o art. 168 do CTN nem o da execução de título judicial contra a Fazenda Pública.

Na verdade, nem era o caso de sumular, dada a clareza lapidar do art. 168 do CTN a seguir transcrito:

“O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de **cinco anos** contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.”

Como é sabido e ressabido, a repetição pode ser pleiteada administrativa ou judicialmente dentro do prazo quinquenal.

A opção é do contribuinte. Qualquer que seja a via eleita o pedido há de ser formulado dentro do prazo de cinco anos. Não se trata de prazos sucessivos, pois, o art. 168 estabelece um único prazo para formular o pedido de restituição, qual seja, o de cinco anos. É o que se depreende do *caput* do art. 168 do CTN redigido com solar clareza.

Isso significa que se o contribuinte optar pelo pedido administrativo, em havendo demora do fisco em decidir, deverá ele ajuizar a ação judicial de repetição do indébito dentro do quinquídio legal, sob pena de extinção do direito à restituição. Nessa hipótese, reputa-se renunciada a via administrativa consoante indiscrepante pronunciamento doutrinário.

Claro como água; nenhuma dúvida pode pairar a respeito do art. 168 do CTN. Não era necessário editar a Súmula 625, salvo para acrescentar matéria estranha em sua parte final representada pela expressão “nem o da execução de título judicial contra a Fazenda Pública”. Ora, trata-se de assunto que nada tem a ver com a interpretação do art. 168 do CTN que versa exclusivamente sobre o prazo prescricional do pedido de repetição de indébito, ao passo que, o prazo de propositura de ação contra a Fazenda Pública é regido pelo direito comum que, coincidentemente, fixa o prazo de cinco anos. Mas, não há no sistema jurídico brasileiro a execução por título judicial contra a Fazenda Pública devido ao princípio da impenhorabilidade de bens públicos. A condenação judicial da Fazenda no pagamento de quantia certa resolve-se pelo sistema de precatório judicial, conforme prescreve o art. 100 da CF.

Por tais razões, merece cancelamento essa parte final da Súmula de nº 625 que revela excesso de proteção da Fazenda, aliás, desnecessária e inócua.

Examinemos, agora, a contrastante Súmula de nº 622 do seguinte teor:

“A notificação do auto de infração faz cessar a contagem da decadência para a constituição do crédito tributário; exaurida a instância administrativa com o decurso do prazo para a impugnação ou com a notificação de seu julgamento definitivo e esgotado o prazo concedido pela Administração para o pagamento voluntário, inicia-se o prazo prescricional para a cobrança judicial.”

Ao contrário da Súmula nº 625, aqui, o STJ separou o prazo de cobrança administrativa do prazo de cobrança judicial, para firmar a tese de que a prescrição só começa a fluir a partir do vencimento do prazo para pagamento constante da notificação da decisão administrativa irreformável.

Ora, a exemplo do art. 168, o art. 174 fixa o prazo de cinco anos para a cobrança do crédito, *in verbis*:

“A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data de sua constituição definitiva”.

Não há a qualificação de “cobrança judicial”, mas, simplesmente “cobrança do crédito tributário”. Como se sabe, a constituição definitiva do crédito tributário se dá com a notificação do lançamento ao sujeito passivo, quando, então, o crédito tributário só poderá ser alterado por impugnação do sujeito passivo, recurso de ofício, iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos do art. 149, conforme prescreve o art. 145 do CTN. E é claro que a decisão judicial, também, poderá alterar o crédito tributário definitivamente constituído pelo lançamento. Nada impede de o contribuinte abrir mão da impugnação administrativa, lançando mão, desde logo, da ação judicial para a desconstituição do crédito tributário, por via do *mandamus* ou da ação ordinária, conforme o caso.

Ao teor do art. 174 do CTN o prazo prescricional de cinco anos abarca, tanto a cobrança administrativa, como a cobrança judicial em perfeita sintonia com o art. 168 do CTN que fixa o prazo fatal de cinco anos para requerer a restituição do indébito, por via administrativa ou por meio judicial. Observe-se a paridade de tratamento das partes dispensada pelo legislador preso à noção de neutralidade da legislação tributária.

O art. 174 não cuida de prazo sucessivo: cinco anos para cobrança administrativa que normalmente tem início com o auto de infração, e cinco anos para cobrança judicial caso fique frustrada a cobrança administrativa. Se o processo de cobrança administrativa não puder ser concluído no prazo de cinco anos, por razões peculiares de cada caso, a Fazenda deve lançar mão do protesto judicial para interromper a prescrição, nos precisos termos do inciso II, do parágrafo único, do art. 174 do CTN. Não se pode recorrer à via judicial, como no caso de restituição de indébito, porque com a impugnação ou recurso administrativo a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa (art. 151, III do CTN). E não cabe execução sem título líquido, certo e exigível.

Como se verifica, a Súmula nº 625 conta o prazo de cinco anos para o pedido de restituição administrativa e judicial de forma simultânea, o que está absolutamente de acordo com o *caput* do art. 168 do CTN. Contudo, a Súmula de nº 622 conta o prazo de prescrição da cobrança judicial após frustrada a cobrança administrativa, quando, na realidade, o *caput* do art. 174 do CTN prescreve, com invulgar clareza, que o prazo de cobrança do crédito tributário é de cinco anos. Não se refere o citado texto à cobrança judicial. Abrange necessariamente as duas modalidades de cobrança: a administrativa que tem início com a lavratura do auto de infração, e a cobrança judicial que se faz por meio da execução fiscal.

Na restituição do indébito o prazo de cinco anos é simultâneo, valendo para a via administrativa e via judicial; na prescrição do crédito tributário o prazo é sucessivo, iniciando-se o prazo de cinco anos para cobrança judicial somente após frustrada a cobrança administrativa.

É patente a diferença de tratamento das partes da relação jurídico-tributária, sempre favorecendo o fisco que acaba sendo contemplado com cinco anos para praticar apenas dois atos: (a) inscrever o crédito tributário na dívida ativa; e (b) ajuizar eletronicamente a execução fiscal. Trata-se, sem dúvida de um exagero de prazo, pois, um particular praticaria esses dois atos em questão de horas! E mais, a Fazenda tem a faculdade de impedir unilateralmente a fluência do prazo prescricional por prazo indeterminado, a espera de uma oportunidade para deflagrar a contagem do prazo. Com efeito, bastará que o fisco não promova, ao final do processo administrativo tributário, a notificação do sujeito passivo para pagar. Sem a notificação não estará fluindo o prazo de pagamento, e sem o encerramento do prazo de pagamento a prescrição para a cobrança judicial do



crédito tributário não terá início. O início do prazo prescricional está na dependência de ato potestativo da Fazenda.

Revogou-se o art. 174 do CTN substituído que foi por criação pretoriana em que o próprio fundamento da prescrição, que repousa na necessidade de penalizar o credor relapso, para o fim de conferir estabilidade às relações jurídicas, foi invalidado. Trata-se, sem dúvida, de um convite ao ócio! Isso evidentemente não está no corpo do Código Tributário Nacional, cujo anteprojeto foi elaborado pelo saudoso jurista Rubens Gomes de Sousa que se esmerou na preservação da neutralidade da lei tributária.

Com Súmula da espécie não é de se estranhar que a dívida ativa acumulada supere mais da metade do PIB, um valor fantástico que se arrecadado serviria para implementar, a contento, as políticas públicas nas deficientes áreas da saúde e da educação.

## **A SOBERANIA POPULAR COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS: A BUSCA PELO BEM COMUM**

**LORRAINE SALDANHA FREITAS XAVIER DE SOUZA:** Bacharel em Direito pelo Mackenzie. Especialização em Processo Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Advogada.

**Resumo.** Compreendendo a soberania popular como uma ordem de domínio legitimada pelo povo, o presente estudo pretende pontuá-la como um dos alicerces da atuação dos Poderes Públicos quando da implementação das políticas públicas- consideradas uma forma de exercício do poder- no Estado brasileiro, as quais buscam, sobretudo, mitigar ou até mesmo erradicar os problemas sociais determinados, identificados por meio das ações previamente especificadas nas políticas públicas.

**Palavras-chave:** Soberania popular. Políticas Públicas. Bem-estar-social. Justiça social.

**Abstract:** This paper aims to vindicate the popular supremacy as one of the foundations of the acting of public administration when implementing public policies in the Brazilian State, which seek to mitigate social inequalities, recognized through the actions previously specified in accurate public policies.

**Key-word:** Popular Supremacy. Public policies. Social Justice.

**Sumário:** 1. Introdução.2. Fundamento das políticas públicas. 3.Políticas públicas no Brasil. Conclusão. Referências.

---

### Introdução

A concepção de políticas públicas foi desenvolvida e aprimorada com o aparecimento do Estado social, preocupado em superar o antagonismo entre igualdade política e a desigualdade social e em atender necessidades de primeira ordem dos indivíduos. Este Estado, ciente do seu papel em promover o bem

comum, em nada se assemelhava com o Estado Policial que o precedeu, cuja abstenção no trato das relações sociais era o seu predicado basilar.

De acordo BUCCI[1], as políticas públicas encontram sustentação nos direitos sociais, os quais se caracterizam, em síntese, em " *prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, possibilitando melhores condições de vida aos mais fracos [...]. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade*".[2] E na harmonia do corpo social que compõe o Estado, sendo esta a sustentação imediata das políticas públicas, segundo a autora.

Os direitos sociais e as políticas públicas concorrem, pois, pela busca da igualdade social, aqueles por meio de normas dedicadas a resguardar a melhoria da qualidade de vida dos hipossuficientes em todas as suas concepções, estas por meio de atividades estatais externadas por planos de ação ordenados para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados[3].

Assim sendo, por meio de um plano de ação sistemático voltado para a busca do bem comum as políticas públicas, enquanto uma forma de exercício do poder, se firmam como instrumentos postos à disposição dos Poderes Públicos para melhor atender à sociedade e para a concretização do bem comum. É o que COMPARATO[4] chama de governo das políticas que aprimora o governo das leis.

#### Fundamento das políticas públicas:

Refletindo acerca dos pilares de sustentação das políticas públicas e certo de que sua utilidade derradeira é a realização de fins socialmente relevantes, é neste contexto que se insere o questionamento acerca do princípio fundamentador que possibilita a implementação das políticas públicas pelos Poderes Públicos em prol da sociedade.

Ante um Estado democrático de direito experimentado pelo Brasil desde as últimas três décadas, no qual tudo deve ser feito em conformidade com a lei para que se dê validade às ações estatais e diante da forma Republicana de governo adotada, em que se repousa a concepção de que "*bem público é nada mais, nada menos que o bem-estar do povo, [...] superando a preponderância de uns poucos*

*déspotas*[5], o que legitima a discussão e a implementação das políticas públicas pelos governantes?

Nesta conjuntura, surge a soberania, cujo conceito inicial foi esboçado no século XVI, por Jean Bodin em sua obra *Os seis livros da República*, para quem “*a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República*”[6].

Hoje a República deve ser compreendida como o Estado propriamente. A partir de sua obra, “*soberania passa a significar, na linguagem política e jurídica, um poder absoluto, indivisível e inalienável*”[7] contrapondo-se à concepção de soberania dada pelo direito feudal, na qual o conceito estava intimamente ligado à pessoa do senhor feudal.

Aprimorando o conceito de soberania principiado por Bodin, Jean-Jacques Rousseau atribuiu a sua titularidade ao povo, disseminando a partir daí os ideais fundamentais das democracias modernas.

Em Rousseau, encontramos a concepção de que soberania se funda no exercício da vontade geral capaz de comandar as forças do Estado, possuindo como um de seus atributos a inalienabilidade e indivisibilidade. É inalienável, porque seu alicerce é nada menos do que a vontade geral. Indivisível por ser originária do “*corpo do povo*”, nas palavras do filósofo genebrino.

Das lições extraídas da obra “*Do Contrato Social*”, Rousseau pontua que o governo soberano só se legitima quando persegue a consecução da vontade geral e por intermédio desta é que se *pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum*”.[8]

Com efeito, a soberania idealizada por Rousseau é vocacionada a buscar, incessantemente, o bem comum, e o bem-estar social, na medida em que a vontade geral tende à igualdade e aos interesses comuns da sociedade. Diametralmente oposta a esta concepção, a vontade particular é cercada de preferências individuais e casuístas, aproximando-se das injustiças sociais.

Hodiernamente, a soberania popular é revestida da qualidade de fonte de todo e qualquer poder exercido pelo Estado, na medida em que o exercício deste

poder só se justifica porque o povo assim aquiesceu. É a ordem de domínio validada pelo povo.

Sendo assim, a produção das políticas públicas é a representação, uma das facetas, de um poder ratificado pelo povo, com o fim de aprimorar as interações sociais em suas diversas ordens, maximizando a atuação do Estado em suas funções integradoras.

Tem-se, pois, que a soberania popular é a pedra de toque apta a nortear a atuação dos poderes públicos que, por meio das políticas públicas, são capazes de ir ao encontro da vontade coletiva sedenta, muitas vezes, de igualdade e melhorias nos diversos setores que a compõe.

#### Políticas públicas no Brasil.

Para Pierre Muller e Bruno Jobert, as políticas públicas “têm como objeto específico o estudo de programas governamentais, particularmente suas condições de emergência, seus mecanismos de operação e seus prováveis impactos sobre a ordem social e econômica”<sup>[9]</sup>

Segundo esses mesmos autores, responsáveis por desenvolverem as definições de políticas públicas atuais, não é adequado considerar o Estado como responsável isolado nesse processo de formulação e implantação das políticas públicas. A interação e o diálogo com os diversos setores sociais é crucial para a aprendizagem e para a formação de um arcabouço normativo e sistêmico capaz de suportar as demandas em investimentos, equipamentos e suportes sociais para a prestação dos serviços de infraestrutura.

Neste contexto, considerar os Governos, sobretudo o Federal, como protagonistas da estruturação e planejamento das políticas públicas para o bem-estar social em cooperação com a sociedade, é sintoma de uma democracia fortalecida e de um Estado comprometido com a Justiça Social, porque *“é uma sociedade constituída de indivíduos ativos, que designamos como sociedade democrática, entendendo, como tal, não sociedade que possui um regime político denominado de democrático, mas aquela sociedade organizada a partir de parâmetros instituídos por indivíduos participativos e incorporados em todas as instituições dinâmicas da mesma sociedade”*.<sup>[10]</sup>

Como desdobramento da premissa de que a participação popular importa para a formulação das políticas públicas, há uma explícita negação do Estado como autor único do seu processo de formulação, a despeito da concepção clássica de políticas públicas desenvolvida por Lasswell, para quem o Estado seria o “autor homogêneo e unitário da execução das políticas públicas”.<sup>[11]</sup>

Assim sendo, atribuindo aos indivíduos o direito de participar e influenciar na tomada de decisões dos governantes, buscamos nos aproximar do ideal democrático vislumbrado pelos grandes pensadores do direito, dentre eles BOBBIO<sup>[12]</sup>, para quem a sociedade democrática é aquela que atribuiu *a um elevado número de cidadãos o direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas*”<sup>[13]</sup>. E de acordo com esse mesmo autor, o direito de participação deve estar alicerçado em normas fundamentais e procedimentos previamente definidos pela Lei Maior de um Estado.

As ideias e opiniões derivadas dos diversos setores sociais, sejam os representantes de organizações em prol da mulher, da comunidade indígena, população negra, da saúde, da defesa das Crianças e Adolescentes, dentre outros setores organizados, auxiliam na formulação de políticas públicas pluralistas, voltadas a transformar a realidade social de um país.

Imbuída deste espírito democrático, nossa Constituição Federal de 1988 forneceu os meios adequados para os Poderes Públicos viabilizarem a participação social na formulação de suas políticas e planos de desenvolvimento político e social.

Segundo ROMÃO<sup>[14]</sup>, um dos documentos mais importantes, e o primeiro passo, para o planejamento das políticas públicas no país é o Plano Plurianual que *“ao lado da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual formatam o arcabouço normativo central para o planejamento de médio prazo para o governo federal”*.

Segundo esse mesmo autor, os veículos como conferências, conselhos, audiências públicas, ouvidorias e consultas públicas, são os condutores ideias para a produção de políticas públicas efetivas, pois proporcionam um vasto conhecimento sobre as reais necessidades e reivindicações da sociedade civil.

E os elementos justificadores da participação do povo no planejamento das políticas públicas são justamente os atributos em que se fundam nossa República, quais sejam, a soberania, cidadania, pluralismo político, dentre outros.

A comunicação entre governo e sociedade é fundamental para o sucesso da formulação das políticas públicas, que irão se transformar em planos de ação com vistas a ampliar a infraestrutura de determinada área, seja na saúde, educação, cultura, assistência social, etc.

Dentre os sistemas e normas que foram concretizados após reivindicações sociais provenientes de amplas discussões entre os atores estatais e representantes da sociedade civil sobre temas sensíveis à sociedade, temos o Sistema Único de Saúde, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Maria da Penha, Plano Nacional de Educação, dentre outros. Todos estes diplomas normativos *"dão o suporte à vida cotidiana das pessoas, das famílias e das comunidades, com forte impacto sobre o desenvolvimento econômico país bem como na promoção do bem-estar social garantindo e a garantia dos direitos humanos"* [15].

Nota-se, pois, no desenvolvimento dessas políticas uma interação entre Estado e sociedade, fundada em valores, práticas e ideias, cujo trabalho para a elaboração dessas ações resultou numa resposta a um problema social identificado em cada setor, beneficiando a totalidade da sociedade.

## Conclusão

Muito além dos interesses ou objetivos partidários, a idealização e execução das políticas públicas pelos governantes se revelam como meio adequado de se consubstanciar as diretrizes fornecidas pelo Poder Constituinte Originário para alcançarmos o Estado livre, justo e solidário que tanto almejamos.

As políticas públicas devem mirar, portanto, na manutenção do bem-estar social, concretizando a ideia primária buscada pela soberania. A melhoria da qualidade de vida da população hipossuficiente e a harmonia do corpo social que compõe o Estado, pontuadas anteriormente, seriam resultados de uma resposta do Estado a uma demanda social adequadamente pontuada e tratada, por meio do desenvolvimento e execução das políticas públicas.

Ciente da importância das políticas públicas para o desenvolvimento social e fortalecimento da democracia brasileira, a sua implementação como forma de contenção das desigualdades nos diversos níveis setoriais, devem ser pautas prioritárias dos governantes, pois negligenciá-las seria dar oportunidade ao alargamento desmesurado da fenda já existente entre as classes superior e média, e a massa da população, agravando a pobreza e a miséria, rebaixando, perigosamente, o nível de integração social do país.<sup>[16]</sup>

Esse resultado desastroso no campo social já foi experimentado pela população brasileira na época do regime militar, que segundo JAGUARIBE, “se preocupou com a infraestrutura e com o desenvolvimento de indústrias-chave, mas que teve sua orientação sociocultural comandada por uma visão repressiva das demandas sociais, consideradas subversivas e inspiradas no comunismo”.<sup>[17]</sup>

#### Referências Bibliográficas:

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. 11 ed. Paz e terra. São Paulo.2009.p.33.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. Saraiva. São Paulo. 2002. p.91.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. Brasiliense. São Paulo. 1989. p. 102

COMPARATO. Fábio Konder. Ética, direito, moral e religião no mundo moderno. Companhia das Letras. 2006.p.190.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 27 ed. Saraiva. 2007.p.77.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36 ed. Malheiros. 2013. p.288-289.

DAHL, Robert. A democracia e seus críticos.1 ed. Martins Fontes. 2012. p.46.

FRONZAGLIA, Maurício Loboda. GUAZZELLI, Afonso. MOURA JÚNIOR, Álvaro, FIGUEIREDO, Manoel Victor Gomes e MACIEL, Vladimir Fernandes.Ferrovia



Transnordestina- Da Retomada ao Impasse: Um estudo a partir da interação dos atores segundo a sociologia política da ação pública. As ideias também importam. Curitiba.2013.p.59.

GORCZEWSKI, Clovis. Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos. 1ed. Edunisc. Tomo 10.2010.p.3021

JAGUARIBE, Hélio. Brasil em Desenvolvimento.v.02. Rio de Janeiro.2005.p.107. O desenvolvimento do Brasil. Prazos e condições.

MORAIS, Maria da Piedade e COSTA, Marco Aurélio. Infraestrutura Social e Urbana no Brasil.Vol. 02. Livro 06.2010. p.31

ROMÃO, Wagner de Melo. Estudos em Políticas Públicas. Cidadania, Desenvolvimento e Controle Social. Editora: Cultura Acadêmica.2014.p.303.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social. São Paulo. Martin Claret. 2005.p.39.

NOTAS:

[1] BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. Saraiva. São Paulo. 2002. p.91.

[2] DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36 ed. Malheiros. 2013. p.288-289.

[3] BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. Saraiva. São Paulo. 2002. p.91.

[4] COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. Brasiliense. São Paulo. 1989. p. 102

[5] DAHL, Robert. A democracia e seus críticos.1 ed. Martins Fontes. 2012. p.46

[6] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 27 ed. Saraiva. 2007.p.77.

[7] Apud. COMPARATO. Fábio Konder. Ética, direito, moral e religião no mundo moderno. Companhia das Letras. 2006.p.190.

[8] ROUSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social. São Paulo. Martin Claret. 2005.p.39.

[9] APUD. Marta Arretche.FRONZAGLIA, Maurício Loboda. GUAZZELLI, Afonso. MOURA JÚNIOR, Álvaro, FIGUEIREDO, Manuel Victor Gomes e MACIEL, Vladimir Fernandes.Ferrovia Transnordestina- Da Retomada ao Impasse: Um estudo a partir da interação dos atores segundo a sociologia política da ação pública. As ideias também importam. Curitiba.2013.p.58.

[10] GORCZEVSKI, Clovis. Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos. 1ed. Edunisc. Tomo 10.2010.p.3021

[11].FRONZAGLIA, Maurício Loboda. GUAZZELLI, Afonso. MOURA JÚNIOR, Álvaro, FIGUEIREDO, Manoel Victor Gomes e MACIEL, Vladimir Fernandes.Ferrovia Transnordestina- Da Retomada ao Impasse: Um estudo a partir da interação dos atores segundo a sociologia política da ação pública. As ideias também importam. Curitiba.2013.p.59.

[13] BOBBIO, Norberto. . O Futuro da Democracia. 11 ed. Paz e terra. São Paulo.2009.p.33.

[14] ROMÃO, ROMÃO, Wagner de Melo. Estudos em Políticas Públicas. Cidadania, Desenvolvimento e Controle Social. Editora: Cultura Acadêmica.2014.p.303.

[15] MORAIS, Maria da Piedade e COSTA, Marco Aurélio. Infraestrutura Social e Urbana no Brasil.Vol. 02. Livro 06.2010. p.31

[16] JAGUARIBE, Hélio. Brasil em Desenvolvimento.v.02. Rio de Janeiro.2005.p.107.

O desenvolvimento do Brasil. Prazos e condições.

[17] IDEM.

## A CONTRIBUIÇÃO DE CHAÏM PERELMAN PARA A RACIONALIDADE JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

**LETÍCIA MARA PINTO FERREIRA:** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Analista Judiciário do TRT 24ª Região - Assistente de Juiz.

**Resumo:** O presente artigo diz respeito à retórica preconizada por Chaïm Perelman a partir da teoria da argumentação, que desponta novo paradigma de racionalidade jurídica contemporânea.

**Palavras-chave:** retórica; teoria da argumentação; racionalidade jurídica; hermenêutica; dialética; dogmática jurídica.

---

A partir de meados do século XX, verificou-se uma mudança de paradigma no âmbito da dogmática jurídica. Pelo modo anterior de organização, o Direito contemplava a justiça apenas em seu viés formal. A lei, enquanto norma geral e abstrata, pairava em um campo de virtualidade descompromissada com os problemas concretos a que teria de oferecer satisfação.

Ao contrário de tais posições monolíticas<sup>[1]</sup>, o que se aponta *a posteriori*, sob o matiz da pós-modernidade, é que, no lugar do universal, do simples, do único, do abstrato, do formal, encontra-se o histórico, o complexo, o plural, o concreto, o retórico.<sup>[2]</sup>

O modelo de explicações monolíticas tem, na realidade, como base, a teoria do método de Descartes, baseada na filosofia da evidência, segundo a qual “havendo uma verdade de cada coisa, quem quer que a encontre sabe dela tudo o que se pode saber”.<sup>[3]</sup> Foi o citado filósofo que, fazendo da evidência a marca da razão, não quis considerar racionais senão as demonstrações que partiam de ideias pré-concebidas.

Em contraposição expressa à referida filosofia, o professor de lógica da Universidade Livre de Bruxelas, Chaïm Perelman<sup>[4]</sup>, buscou uma outra racionalidade compatível com a vida prática. Pretendeu o estudioso demonstrar a aptidão da razão para lidar também com valores, organizando preferências e fundamentando, com razoabilidade, nossas decisões.

Coube a Perelman realizar a grande guinada na área da metodologia jurídica, quando apontou para as dimensões retórica e argumentativa que, em verdade, fazem o Direito. Este tem origem na prática; não se limita ao conteúdo do texto da lei: surge e é orientado pelas teses construídas sob os parâmetros do fato e da lei, num confronto de ideias que vêm legitimar cada decisão a ser tomada.

Demonstra-se, assim, algumas das contribuições mais significativas para a reflexão jurídica contemporânea, contrária à adoção do raciocínio lógico-linear para, em lugar desta, apresentar uma proposta voltada para a intersubjetividade, que se utiliza da técnica argumentativa.

São próprias do homem, enquanto ser dotado de razão, as atividades de deliberar e de argumentar. No campo argumentativo predomina o verossímil, o plausível, o provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo.

O processo interpretativo/hermenêutico tem um caráter produtivo, e não meramente reprodutivo. Essa produção de sentido não pode, pois, ser guardada sob um hermético segredo. Isso porque o que rege o processo de interpretação dos textos legais são as suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e ocultas, aparecem – no âmbito do discurso jurídico-dogmático permeado pelo respectivo campo jurídico – como se fossem provenientes de um “lugar virtual”.<sup>[5]</sup>

As palavras da lei não são unívocas, mas plurívocas. Nesse sentido, Carlos Maximiliano explica que interpretar a lei é a busca do esclarecimento, do significado verdadeiro de uma expressão; é extrair de uma frase, de uma sentença, de uma norma, tudo o que na mesma se contém.<sup>[6]</sup>

A indicação de uma única saída, é, diga-se, temerária ao Direito, tal qual a ciência aplicada que é, pois segundo lição de Lenio Streck: “Direito é um saber prático”.<sup>[7]</sup>

Uma visão retórica do Direito é, portanto, uma visão pluralista que renuncia a uma ordem perfeita, elaborada em função de um único critério, pois admite a existência de um pluralismo de valores. As instituições encarregadas de tomar decisões objetivam estabelecer e manter um equilíbrio de pretensões, ao mesmo tempo contrapostas e legítimas e, por isso mesmo, tais soluções são apenas aceitáveis, podendo ser modificadas e melhoradas, uma vez que não são perfeitas, únicas e definitivas.

Não há como transformar o problema dos valores em um problema de verdades, de maneira a elidir qualquer divergência prática quanto à interpretação e à aplicação de valores.

Na visão de Perelman, a interpretação que prevalece é a do argumento mais forte, aquele que, ao menos em um determinado momento, apresenta-se como irrefutável, haja vista que se coaduna com os valores admitidos pela sociedade ou por um determinado grupo – auditório.

Veja-se o conceito de auditório, segundo Robert Alexy<sup>[8]</sup>: “A audiência é o agrupamento daqueles a quem o orador deseja influenciar com sua argumentação”. Diga-se que Perelman compartilha do mesmo conceito para o termo.

A ênfase dada por Perelman à ideia de auditório corresponde à relatividade do conceito de verdade. O auditório é o referencial da retórica. A partir dele, ou para ele, é que o discurso se dirige, e é dele que se procura obter adesão. O encontro de ideias provocado pela argumentação e pelo convencimento é, para o jusfilósofo polonês, o verdadeiro encontro dos espíritos.<sup>[9]</sup>

Toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual com eles. O orador deve se preocupar em estabelecer uma conexão com o auditório o qual busca influenciar.

Com a argumentação procura-se, ainda, não apenas provocar a adesão do auditório para a tese apresentada, como também incitar a ação correspondente.<sup>[10]</sup> Perelman chega a dizer que a ação do orador é uma agressão, pois sempre tende a mudar algo, a transformar o ouvinte.

De mais a mais, vale mencionar a natureza democrática – ou dialética, para não dar margem a controvérsias – da concepção metodológica de Perelman, retrato da racionalidade jurídica contemporânea. Sob esse prisma, adequar uma solução jurídica razoável para situações concretas, desde que observados os parâmetros da norma fundamental positivada, induziria à produção de alguma carga de satisfação social, a menos de uma das partes envolvidas, havendo litigiosidade.

Na contraposição de ideias, cumpre transcrever trecho de uma das obras mais valiosas de Streck<sup>[11]</sup>, que rechaça duramente a concepção elástica da dogmática jurídica:

Embora os avanços ocorridos na teoria do direito e as rupturas paradigmáticas nela produzidas (...) no século XX, ainda existe uma resistência a essa viragem hermenêutico-ontológica, instrumentalizada por uma dogmática jurídica (que continua) refratária a uma reflexão mais aprofundada acerca do papel do direito nesta quadra da história. Desnecessário dizer, nesta altura, que a crítica à dogmática jurídica não significa, a toda evidência, qualquer pregação no sentido de que a dogmática jurídica seja despicienda. A dogmática jurídica pode ser crítica. E deve ser crítica. Afinal, não há direito sem dogmática. Só que a dogmática jurídica não pode substituir o direito e transformar a doutrina e a jurisprudência em dogmatismo.

Nos dizeres do autor, não houve ainda, com a necessária suficiência, a invasão da filosofia pela linguagem no campo da interpretação do direito. Inseridos nessa crise, alguns juristas permanecem operando com as conformações da hermenêutica clássica, na qual a linguagem é entendida como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito (jurista) e o objeto (direito) a ser conhecido, sobrando, pois, a realidade.

Nesse passo epistemológico, parafraseando Streck, o modo-de-ser encobre o acontecer propriamente dito do agir humano, objetivando-o na linguagem e impedindo que se dê na sua origem, enfim, na sua concreta faticidade e historicidade.

De fato, o Direito, como criação humana, histórica e social, comporta a dimensão hermenêutica, nela compreendidos o método interpretativo e a técnica da argumentação. A despeito de sua carga dogmática, a ciência jurídica faz parte de uma tradição filosófica cuja base reside, especialmente, na retórica. É nesse sentido a premissa *perelmaniana*, de que a argumentação deve ser sempre perquirida como condição de possibilidade da dogmática.

Referências:

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

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

DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[1] MEYER, Michael. In: PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 62.

[2] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 278.

[3] DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 23.

[4] Chaïm Perelman nasceu na Polônia em 1912, tendo seguido, treze anos depois, para a Bélgica, onde se tornou um renomado professor na Universidade Livre de Bruxelas. Parte dos estudiosos do campo jusfilosófico defende que ele trouxe importante contribuição para a filosofia e para a metodologia do direito, mediante o estudo que desenvolveu sobre a retórica como teoria da argumentação.

[5] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 91.

[6] MAXIMILIANO, Carlos. In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 93.

[7] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 96.

[8] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 130.

[9] PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 17/19.

[10] PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 371.

[11] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 341.



## **BOECHAT, O FLAMENGO E BRUMADINHO: O LUTO DO BRASILEIRO É PERENE**

**DIEGO PEREIRA:** Advogado formado pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduado em em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior UNYAHNA de Salvador- IESUS e o Centro de Estudos Jurídicos de Salvador- CEJUS.

**RESUMO:** o presente artigo faz uma retrospectiva das diversas tragédias ocorridas no Brasil nos últimos anos. Levando em conta que essas tragédias seriam evitáveis, seja por parte do poder público ou da iniciativa privada, conclui-se que os brasileiros vivem um período de luto constante. E então, o autor menciona como ocorreria esse luto dentro de uma perspectiva psicológica.

**SUMÁRIO:** Introdução. O Brasil não aprendeu com o passado de tragédia. Tragédias e lutos. Conclusão.

---

### ***INTRODUÇÃO.***

*“Adriano, Diego, Pedro, Marcelo, José. Aquele corpo é de quem, aquele corpo quem é? É do Tião, é do Léo, é do João, é de quem? É mais um joão-ninguém, é mais um morto qualquer. “Em tom fúnebre, Gabriel O Pensador<sup>[1]</sup> narra uma história dramática de corpos em uma situação tipicamente caracterizada pela tragédia.*

Sim, de fato, a situação narrada pelo compositor é de uma tragédia. Dada essa premissa, cabe ao leitor encaixar quaisquer tragédias ocorridas no Brasil na última década. É indiferente. O trecho da música poderia ser destinado à morte dos dez meninos no Centro de Treinamento do Flamengo, poderia referir-se, também, ao incêndio da Boate Kiss em Santa Maria (RS), no ano de 2013, bem como ao triste episódio de Brumadinho há pouco mais de dez dias. Mas não. O trecho da música é uma denúncia em relação ao que ocorreu em Mariana (MG) há três anos. O rompimento da Barragem de Fundão se torna, à evidência, mais um caso de irresponsabilidade envolvendo grande número de vítimas no País. Mariana foi apenas mais um caso, tantos outros estariam próximos de ocorrer.

**O BRASIL NÃO APRENDEU COM O PASSADO DE TRAGÉDIA.** Descumprimento de legislação, flexibilização na fiscalização envolvendo segurança, gestão e gerenciamento de risco. O Brasil não aprendeu com a boate Kiss. Não aprendeu com Mariana nem tampouco aprenderá com Brumadinho. A não ser que se tome consciência de que é preciso mudar e a mudança não significa necessariamente a produção de novos instrumentos normativos conforme tenho defendido.

O Brasil tem presenciado uma sucessão de tragédias que demonstram uma conjectura de irresponsabilidades sem precedentes, seja oriunda do poder público ou da iniciativa privada. O caso do incêndio do Museu Nacional acompanhado dos casos recentes de motins em presídios do país demonstra o descaso de governantes com a inevitabilidade de tragédias.

Do outro lado, por sua vez, pessoas privadas na figura de empresários também se opõem ao cumprimento de regras básicas que impõem um grau significativo de prevenção, a exemplo do ocorrido tanto na Boate Kiss e no Centro de Treinamento do Flamengo como em ambos os casos de responsabilidade da Vale (Mariana e Brumadinho). As notícias das últimas 24 horas informam que a aeronave que caiu com o jornalista Ricardo Boechat não tinha permissão para servir de táxi aéreo como parece ter sido o caso.<sup>[2]</sup>

A sensação é de que, neste ano de 2019, o Universo chama a atenção dos brasileiros para uma virada que denomino de virada de responsabilidade do poder público e do poder privado. Já esquecemos da Boate Kiss, de Mariana, do Museu Nacional, de Brumadinho e, daqui a pouco, da morte do brilhante jornalista Boechat.

## **TRAGÉDIAS E LUTOS.**

Mas nem tudo está perdido, mortos enterrados debaixo de sete palmos de chão despertam (devem despertar) o luto (de alguns).

No Mestrado que fiz em Direitos Humanos e Cidadania, na Universidade de Brasília no ano de 2018, trabalhei com a temática de violações de direitos no caso de Mariana. Fui três vezes ao local do desastre ouvir as vítimas da tragédia. Colhi relatos, fotografei o triste cenário da perda, compreendi que a fala do povo dali merecia ser escutada e documentada. Em tom de denúncia, os

moradores de Bento Rodrigues falavam em impunidade dos responsáveis pelo rompimento, assim como quem fala com a consciência de brasileiro de que a impunidade leva à repetição de casos semelhantes.

As peripécias jurídicas realizadas pela Vale, BHP Billiton e a Samarco demonstraram isto: a impunidade furta o caráter sancionador da prevenção.

O luto, fenômeno estudado pelo campo da psicologia, divide-se em diversas fases. Nesta seara do conhecimento, John Bowlby<sup>[3]</sup> diz que o luto se divide em quatro fases: a) a fase de choque, que pode levar poucos dias ou poucas horas, geralmente vem acompanhada do sentimento de raiva; b) a fase de desejo e busca da figura perdida, que pode durar meses ou anos; c) a fase de desorganização e desespero e, finalmente, d) a fase de alguma organização.

Durante minhas visitas a Mariana (MG), presenciei as vítimas muito associadas a esta segunda fase. Os moradores de Bento Rodrigues não se contentavam com o ocorrido e o tempo todo tentavam – em vão – obter a vida perdida pelo mar de lama da Samarco.

Neste sentido, já destacava em minha dissertação que *“Esta segunda fase do luto, descrita por Bowlby se assemelha à correlação trazida por Freud, em sua obra Luto e Melancolia. Para Freud, o luto e a melancolia andam juntos. Na melancolia, ocorre uma revolta contra a perda. Já o luto é uma reação à perda, e, em muitos casos (normalmente) este luto surge associado a uma melancolia. Esta, por sua vez, é um desânimo profundamente doloroso. (FREUD, 2013).”*<sup>[4]</sup>

Trago a ideia de luto aqui para dizer que a sociedade brasileira se encontra enlutada cujo luto se encontra em todas as fases, justamente por que as tragédias são muitas e constantes. Ao tempo que a música de *Gabriel O Pensador* se torna atemporal, ela nos faz lembrar que mesmo quando corpos não são identificados (triste realidade de Brumadinho em relação a muitas vítimas), o drama humano não desaparece. Talvez ele se torne até pior. Os psicólogos dirão que o luto pela perda de alguém cujo corpo não é encontrado, é um luto que nunca se fecha.

## CONCLUSÃO.

Os corpos de Brumadinho assim como os corpos dos jogadores do Flamengo são corpos de gente, de gente brasileira que está cansada de tanta irresponsabilidade. Enquanto a etimologia da palavra luto se origina de dor<sup>[5]</sup>, a palavra luta por sua vez, do latim *lucta*, significa esforço.

Neste momento de tanta dor que sobrecarrega as costas do povo brasileiro, é necessário um grande esforço para se livrar deste luto perene que parece não ter fim em um país de tantas riquezas minerais e de um futebol arte.

O desejo é o de que toda dor envolvendo tragédia não seja perene, mas uma fase inevitável do decurso natural da vida. Se o país continuar a tratar com naturalidade tragédias que seriam evitadas, já não será mais um tempo de luta por ela se mostrar desnecessária tendo em vista que, como conclui *Gabriel O Pensador*, "parece que essas pessoas já nascem mortas".

#### NOTAS:

[1] Música Cacimba de Mágoa (participação de Falamansa). Acesso em 10 de fevereiro de 2019. <https://www.letras.mus.br/gabriel-pensador/cacimba-de-magoa/>

[2] <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/02/11/anac-abre-investigacao-sobre-acidente-de-helicoptero-que-matou-ricardo-boechat.ghtml>

[3] Texto digital, acesso em 24 de janeiro de 2018: <https://www.skoob.com.br/livro/pdf/apego-e-perda-volume-3/livro:20092/edicao:21662>

[4] Histórias de vida interrompidas pelo mar de lama : desastre de Mariana (MG). Dissertação de Mestrado apresentada à UnB para obtenção do título de Mestre . Trecho citado encontra-se na página 74.

[5] A maior dor do mundo: o luto materno em uma perspectiva fenomenológica. Acesso em 10 de fevereiro de 2019 em <https://www.redalyc.org/html/2871/287132426010/>.

## **PORNOGRAFIA DE VINGANÇA NO DIREITO BRASILEIRO: A AUSÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA E A PROTEÇÃO DEFICIENTE**

**NATALIA ALVES NASCIMENTO:**

Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara.

LARA MARINA FERREIRA

(Orientadora)[1]

**RESUMO:** O presente trabalho trata da pornografia de vingança, que nada mais é do que a conduta de quem divulga, sem autorização, fotos e vídeos íntimos de outra pessoa. A pesquisa investiga em que medida a ausência de tipificação legal e específica da referida conduta, que hoje é enquadrada nos crimes contra a honra, compromete a tutela do direito à intimidade. Para tanto, a ausência de norma específica é analisada a partir do princípio da proibição a proteção deficiente, a fim de frisar a necessidade de uma lei específica tanto para punição do agente quanto para a proteção eficaz da vítima. Através da análise de Projetos de Lei tramitando perante o Congresso Nacional, mostra-se a importância de uma norma regulamentadora própria. Conclui-se que a necessidade de norma específica reside especialmente no reconhecimento de que a pornografia de vingança é um crime que envolve a discriminação do gênero feminino, razão pela qual precisa ser enquadrado em tipo penal que englobe essa perspectiva.

**Palavras-chave:** Pornografia de Vingança. Princípio da Proibição a Proteção Deficiente. Discriminação de gênero. Violência contra a mulher.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: SUA CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA ATUAL A PARTIR DE UMA TUTELA GENÉRICA. 3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO EFICIENTE NO DIREITO. 3.1 O caso da Lei Maria da Penha. 3.2 Pornografia de Vingança, questões de gênero e proibição da proteção deficiente. 4 TUTELA ESPECÍFICA DA PORNOGRAFIA DE REVANCHE: PROJETOS DE LEI EM DISCUSSÃO NO CONGRESSO NACIONAL E CASOS NO DIREITO COMPARADO. 4.1 Projeto de Lei 5.555 de maio de 2013. 4.2 Projeto de Lei nº6.630 de outubro de 2013. 4.3 A tutela da pornografia de revanche no Direito Comparado. 4.4 Os projetos de lei em trâmite no Congresso cumprem com o princípio da proteção eficiente. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

As expressões “pornografia de vingança”(BUZZI, ano 2015, p. 11 ), “revenge porn” (BUZZI, ano 2015, p. 11) ou, ainda de maneira mais genérica “exposição pornográfica não consentida” (SYDOW e DE CASTRO, ano 2017, p. 35), são usadas para nomear a atitude daquele que divulga, especialmente por redes sociais, fotos, montagem e vídeos íntimos sem o consentimento e a autorização da pessoa, como forma de denegrir sua imagem.

A conduta, de acordo com dados da ONG SAFERNET (2016), é praticada, em sua maioria, por ex-companheiros que não aceitam o fim do relacionamento e, como forma de vingança, acabam por expor suas ex-companheiras com a exposição de fotos e vídeos íntimos. É certo que em relacionamentos os parceiros estabelecem um vínculo de confiança, vínculo esse que abarca a exposição do próprio corpo ao outro em contextos de intimidade. Assim, a exposição desse material configura confronto direto a um dos fundamentos base do direito constitucional, qual seja, a dignidade da pessoa humana, no que toca ao seu direito à privacidade.

Trata-se de um tema recente, intimamente ligado ao avanço tecnológico que proporciona cada vez mais acessibilidade aos meios de comunicação. Essa acessibilidade implica maior velocidade na disseminação das informações e também maior dificuldade no controle da veiculação de conteúdos. É difícil que um provedor tenha acesso a todo conteúdo que é disponibilizado em seus sites e redes sociais, tendo em vista o número de usuários e a difícil identificação de todos que diariamente fazem uso das tecnologias. Ainda assim, apesar da dificuldade indicada, é preciso avançar para desenvolver meios que garantam a identificação e a punição de autores de crimes cibernéticos, modalidade que acaba por abarcar a pornografia de vingança.

Em um primeiro momento, cumpre destacar que no Brasil não há uma legislação específica que tutele a vítima e puna o autor da prática denominada como pornografia de vingança. A referida conduta, hoje, além de gerar a responsabilidade civil, é enquadrada nos tipos genéricos dos crimes contra a honra. Entretanto, argumenta-se que pela gravidade específica atrelada à exposição da intimidade na internet, esses tipos genéricos não seriam capazes

tutelar de maneira eficiente as vítimas da ação, já que não oferecem punição adequada ao autor da conduta criminosa ou prevenção específica à prática da conduta.

Atualmente, há projetos de leis no Congresso Nacional que enquadram a conduta de maneira específica, prevendo, inclusive, majorantes para determinadas hipóteses. Esses projetos de lei foram analisados na presente pesquisa para que fosse possível verificar se a adoção das normas proposta seriam suficientes para coibir e sancionar a conduta. Além dos projetos de lei brasileiros, usando a ferramenta do Direito Comparado, constatou-se que em alguns países já existem legislações específicas. Como exemplo, analisamos a legislação da Inglaterra e a legislação da Dinamarca, países que tratam a conduta como crime específico.

É importante destacar que na doutrina e na jurisprudência tem-se adotado a aplicação do princípio da proibição deficiente, que comumente está associado ao fato do Estado não tutelar de maneira eficaz determinado direito fundamental. Quando se trata da pornografia de revanche, notamos uma série de direitos fundamentais que acabam por serem violados, como a vida privada, a intimidade, a imagem, a honra e, até mesmo, a dignidade da pessoa humana.

Além disso, afirma-se que para o combate e a proteção suficiente do crime de pornografia de vingança, é necessário compreender esse fenômeno como desdobramento da questão de gênero, já que, de acordo com a ONG SAFERNET (2016) 81% das vítimas são mulheres. Ainda, segundo a Ministra Nancy Andrighi (2015), as vítimas mais frequentes são mulheres, em notória posição de vulnerabilidade. Muito se debate, por exemplo, acerca da conduta de quem se expõe de forma íntima ao outro e permite a captação das imagens. Nessa dinâmica, muitas vezes, as vítimas – que são frequentemente mulheres – são acusadas de descuidadas ou ingênuas. Ocorre que essa conclusão, que culpabiliza a vítima ao invés de punir o agressor, é muito própria dos crimes relacionados à questão de gênero. Também no caso do estupro, é muito comum o questionamento sobre o comportamento da vítima para aferir em que medida ela teria “contribuído” para a prática criminosa.

Assim, a presente pesquisa pretende demonstrar que a legislação brasileira atual não tem sido efetiva na busca dos seus objetivos quanto à aplicação nos

casos da pornografia de vingança, seja como forma de punir o autor, seja como forma de repelir outros interessados e fazer com que esses se abstenham de praticar a referida conduta e o motivo pelo qual as referidas condutas hoje são vistas como crimes contra gênero.

## 2. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: SUA CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA ATUAL A PARTIR DE UMA TUTELA GENÉRICA

A pornografia de vingança ou pornografia de revanche consiste na conduta de divulgar, sem consentimento da outra parte, fotos, vídeos, montagens, que contenham conteúdo sexualmente íntimo. O intuito da conduta, característico do próprio nome, é a vingança, seja pelo fim de um relacionamento amoroso, seja por qualquer outro motivo que torne a prática característica de uma revanche.

De acordo com Danielle Citron e Mary Anne Franks, citadas por Spencer Toth e Ana Lara Camargos (2017, p. 28), a “revenge porn” “[...] é, em outras palavras, a disseminação não autorizada de imagem ou nudez total, parcial ou em ato sexual [...]”. Nota-se, assim, que para caracterizar a pornografia de vingança é necessário que a exposição e disseminação de fotos, vídeos ou outros meios de divulgação da intimidade da vítima, não seja consentida, seja no ato de captação, ou divulgação da privacidade e vida íntima de outrem.

Pode-se dizer, ainda, que a pornografia de vingança é um gênero que abarca várias espécies. Uma delas é denominada “sextortion” que nada mais é do que uma atitude do agente que busca receber uma vantagem da vítima, porém, essa vantagem não possui cunho patrimonial e sim sexual. Sobre o tema:

A sextorsão é uma modalidade especial de extorsão cibernética, uma vez que não envolve valores econômicos. Ocorre quando o perpetrador exige que a vítima envie imagens ou preste favores sexuais, sob ameaça de distribuir informações pessoais e/ou imagens pornográficas ou sexualmente explícitas. (TOTH; CAMARGOS, 2017, p. 34)

É um problema relativamente recente, não encontrando amparo específico, ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, mas que vem se desdobrando em algumas condutas como no caso da “sextorsão”.



No Brasil não há legislação específica que tutele as vítimas da denominada “pornografia de vingança”. Os casos, até então, são enquadrados nos crimes contra a honra, especialmente na injúria e difamação, previstas, respectivamente, nos artigos 139 e 140 do Código Penal Brasileiro. Gisele Truzzi (2016), advogada especializada em direito digital, argumenta que “se a pessoa quiser levar isso para a esfera judicial ela tem que ter em mente que é um trâmite trabalhoso, demorado e desgastante, mas é essencial para conseguir a punição e a identificação do responsável”.

Acerca do enquadramento da referida conduta nos crimes contra a honra, interessante se faz a jurisprudência a seguir:

PENAL. APELAÇÃO. CRIMES DE INJÚRIA E DE DIFAMAÇÃO. ARTS. 139 E 140 DO CÓDIGO PENAL. AGENTE QUE POSTA E DIVULGA FOTOS ÍNTIMAS DA EX-NAMORADA NA INTERNET. IMAGENS E TEXTOS POSTADOS DE MODO A RETRATÁ-LA COMO PROSTITUTA EXPONDO-SE PARA ANGARIAR CLIENTES E PROGRAMAS. PROVA PERICIAL QUE COMPROVOU A GUARDA NO COMPUTADOR DO AGENTE, DO MATERIAL FOTOGRÁFICO E A ORIGEM DAS POSTAGENS, BEM COMO A CRIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE BLOG COM O NOME DA VÍTIMA. CONDUTA QUE VISAVA A DESTRUIR A REPUTAÇÃO E DENEGRIR A DIGNIDADE DA VÍTIMA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. RECURSO NÃO

PROVIDO. [...] 318 Idem. 319 Idem. 320 Idem. 93 3. Comete os crimes de difamação e de injúria qualificadas pelo emprego de meio que facilita a sua propagação - arts. 139 e 140, c.c. 141, II do CP - o agente que posta na Internet imagens eróticas e não autorizadas de ex-namorada, bem como textos fazendo-a passar por prostituta.321 (grifo nosso)(TJPR, 2011, online)

Em síntese, trata-se de uma apelação em que o réu, ex-namorado da vítima, após o termino da relação por parte da mesma, passou a divulgar fotos e

vídeos sexualmente íntimos da ex-companheira, em sites e e-mails que inclusive eram endereçados a ela. Veja-se que a conduta de divulgação da vida íntima sexual de uma pessoa foi enquadrada em delitos gerais, como hipótese de difamação ou injúria, tipos penais que apresentam a seguinte caracterização no Código Penal:

#### Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

(...)

#### Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. (grifo nosso)

Destaque-se, portanto, que tanto na hipótese da injúria quanto na hipótese de difamação, a ofensa à reputação ou à dignidade é considerada de forma geral, sem um enquadramento específico para a tutela da reputação ou dignidade sexual. Importante observar que o próprio Código Penal estabelece qualificadora, caso a injúria esteja relacionada aos seguintes elementos: a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Nesses casos, a sanção poderá ser agravada, com pena de reclusão de um a três anos e multa. Entre os elementos, entretanto, não se encontra a condição de mulher – cuja exposição da privacidade em contextos sexuais opera danos mais graves do que aqueles observados no caso dos homens.

Necessário destacar ainda que o artigo 141 do Código Penal estabelece majorante, que autoriza o aumento da pena em um terço, se qualquer dos crimes é cometido: contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro; contra funcionário público, em razão de suas funções; na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria; contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de

deficiência, exceto no caso de injúria. Já se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.

Assim, em relação às majorantes, a legislação atual oferece proteção diferenciada em relação à disseminação da informação – “meio que facilite a divulgação”. Entretanto, é necessário registrar que na época em que o Código Penal foi publicado, não vivíamos um contexto de multiplicidade de autores de informações e dados, marca dos tempos atuais. Com a fácil acessibilidade a sites, redes sociais e afins, a divulgação de material íntimo sem o consentimento da parte que está sendo exposta se torna muito célere.

A Lei 12.965/2014 – Lei do Marco Civil da Internet, passou a prever, em seu art.21, a responsabilidade do provedor de internet quando este, após receber uma ordem jurídica específica, não retirar de seu site ou similares, o conteúdo apontado como infringente. Há um caminho para percorrer, pois o provedor só estará juridicamente obrigado a retirar o conteúdo de seu site após uma ordem jurídica, que precisa necessariamente conter a identificação clara e específica do conteúdo a ser retirado.

Ainda, pode-se dizer que a busca por uma tutela jurídica específica está ligada ao fato dos crescentes números de vítimas da pornografia de vingança, prática que se torna comum a cada dia. De acordo com a ONG SAFERNET (2016) recebeu mais de 300 denúncias de exposição íntima on-line.

O primeiro caso registrado no Brasil, em 2006, foi o caso Rose Leonel, no qual a vítima deu ensejo a uma mobilização em prol da punição da conduta e da proteção eficaz as vítimas. Em 2005, a jornalista Rose Leonel, 41 anos, jornalista e apresentadora de um programa de televisão em Maringá/PR, terminou um relacionamento amoroso que durou 4 anos, com o noivo e empresário Eduardo Gomes Dias. O término se deu após Rose constatar que o companheiro não se dava bem com seus dois filhos, o que dificultaria um possível casamento.

Em meados de janeiro/2006, o noivo e empresário divulgou, através de seu e-mail, fotos e vídeos íntimos da jornalista. Em entrevista ao G1 – GLOBO, Rose Leonel contou também que descobriu a intenção do ex-namorado através do e-mail dele:

“como eu ainda tinha a senha dele, acessava o e-mail quase todos os dias só pra ver como ele estava. Em um desses acessos descobri uma negociação com um técnico de informática, onde ele perguntava como deveria proceder para publicar fotos minhas e quanto custava. Depois de 15 dias de negociação, ele pagou R\$ 1 mil em aparelhos, que facilitariam a publicação das fotos”.

Em 2010, 4 anos após seu caso ser amplamente divulgado, Rose teve a causa ganha na esfera cível. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná condenou o empresário e ex-noivo a pagar à sua ex-esposa uma indenização arbitrada em R\$ 30.000. De acordo com o Jornal Estadão, Rose impetrou recurso a fim de majorar a indenização, porém, sem êxito, a sentença o juiz a quo foi mantida e não houve majoração da indenização.

Na esfera penal, de acordo com o site JusBrasil, o empresário Eduardo Gonçalves Dias foi condenado a 1 ano, 11 meses e 20 dias de detenção por injúria e difamação, porém, a pena foi substituída pela prestação de serviços comunitários e o pagamento a vítima no valor de R\$1,2 mil ao mês, pelo prazo correspondente à duração da pena de detenção. Após o incidente, em 2013, Rose fundou a ONG MARIAS DA INTERNET, que se dedica à orientação jurídica e apoio psicológico às vítimas da pornografia de vingança. Além disso, o PL. 5.555/13, que será analisado adiante, recebe seu nome.

Em outro caso, ocorrido em 2013 no município de Veranópolis/RS, uma adolescente de 16 anos cometeu suicídio após ter suas fotos íntimas divulgadas na internet. A hipótese levantada pela polícia é de que a imagem teria sido obtida através do webcam, na época em que a garota e o rapaz indicado como autor do ato delitivo mantinham um relacionamento.

Em entrevista ao Jornal da Globo (2013), o delegado que cuidou do caso informou que o "rapaz teria divulgado as imagens, captadas, pelo Twitter e pelo Facebook no início da semana passada depois de terminar o relacionamento com a garota. Os dois eram colegas no segundo ano do ensino médio e terminaram o namoro há cerca de um mês. De acordo com as primeiras informações da polícia, a adolescente foi avisada por uma amiga sobre as fotografias e encontrada morta em casa poucas horas depois". No mesmo dia, a

adolescente publicou em uma das suas redes sociais a sua última frase: "hoje mesmo acabo com isso, não vou servir de estorvo para ninguém".

Um terceiro caso, ocorrido, em 2016, na cidade de Recife, teve como vítima a garota Saori Teixeira, que tinha 12 anos na época dos fatos. O rapaz que divulgou seus vídeos e fotos íntimas tinha 17 anos. A vítima conta que quando chegou na escola, seus colegas a olhavam com uma expressão de ultraje, e ela, até então, não sabia o porquê dos olhares. Saori entendeu os olhares quando se deparou com suas fotos pregadas na parede da escola, além de vários colegas com seus vídeos e fotos íntimas em seus aparelhos telefônicos.

Em entrevista ao Jornal Época, a vítima relata: "Eram retratos íntimos, que havia compartilhado ao confiar em um garoto com quem tinha se envolvido. Ela tinha 12 anos. Não demorou muito para que fosse chamada à diretoria, com seus pais, acionados pela escola. "Fui expulsa e apanhei muito dos meus pais, que são religiosos."

Os casos destacados ilustram que a prática da pornografia de revanche, tratada atualmente como modalidade de injúria ou difamação, apresenta elementos específicos – como a questão de gênero – que demanda enquadramento específico. Há projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional que têm o objetivo de tratar de maneira específica a conduta que, hoje, é enquadrada nos crimes contra a honra previstos no Código Penal. Para analisarmos em que medida esses projetos representariam um avanço ou não em relação à tutela genérica, é necessário verificarmos, antes, o que se entende como princípio da proteção eficiente no Direito, já que é esse princípio que constituirá paradigma de análise.

### 3. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO EFICIENTE NO DIREITO

A presente pesquisa pretende demonstrar que a atual ausência de enquadramento normativo para a pornografia de revanche viola o princípio jurídico da proibição à proteção deficiente. Para confirmar essa hipótese, é necessário, antes de mais nada, analisar a incidência do princípio da proteção eficiente no Direito.

O princípio da proteção eficiente está diretamente relacionado ao princípio da proporcionalidade, que apresenta dois aspectos: um aspecto negativo e outro aspecto positivo. O pressuposto negativo, que é o mais frequentemente estudado, determina que as restrições aos direitos fundamentais devem ser proporcionais, adequadas e necessárias. Já o aspecto positivo exige do Estado uma proteção eficiente que garanta a tutela dos direitos fundamentais. De acordo com José Afonso da Silva (2014, p. 300), é essa segunda dimensão que é denominada comumente pela doutrina como princípio da proibição de proteção deficiente.

Ainda sobre o tema, Eduardo Gonçalves, citando Ingo Sarlet, aduz que:

"A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados."(Sarlet, Ingo Wolfgang.

Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência.(Eduardo Gonçalves apud Ingo Sarlet, 2005, p. 107.) (grifonosso)

Assim, o princípio da proibição de proteção deficiente demanda do Estado uma conduta positiva na busca de uma proteção eficiente dos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 102.087, que tinha como relator o Ministro Gilmar Mendes, fez menção ao aspecto positivo do princípio da proporcionalidade, aduzindo que:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote),

expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). (HABEAS CORPUS 102.087 MINAS GERAIS) (grifo nosso)

Ainda, o jurista Luiz Flávio Gomes, em artigo publicado on-line acerca do referido princípio, aduz que:

“Por força do princípio da proibição de proteção deficiente nem a lei nem o Estado pode apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais, ou seja, ele cria umdever de proteção para o Estado (ou seja: para o legislador e para o juiz) que não pode abrir mão dos mecanismos de tutela, incluindo-se os de natureza penal, para assegurar a proteção de um direito fundamental<sup>1</sup>”. (GOMES, 2009)

Da análise das citações trazidas, podemos compreender o princípio em comento como sendo um instrumento pelo qual, no papel do garantismo positivo, tem o Estado um poder-dever de atuar frente a violações aos direitos humanos, e essa atuação demanda uma conduta positiva do Estado frente aos indivíduos que tiveram algum de seus direitos fundamentais violados. A atuação positiva do Estado pode se concretizar por via legislativa, inclusive na esfera penal, na construção de tipos mais específicos e adequados para a tutela de determinada situação, no caso, a tutela adequada da pornografia de revanche para compreendê-la como desdobramento da vulnerabilidade de gênero.

Ainda sobre o princípio, analisando-se a jurisprudência pátria, foi identificado um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), com uso do princípio da proibição a proteção deficiente, sendo uma apelação interposta pelo Estado da Bahia contra sentença que julgou procedente o pedido da ação civil pública, determinando que o Município de Salvador fornecesse à criança M.S.A o suplemento alimentar essencial de que o mesmo necessitava. De acordo com o município, apelante na demanda, não seria de sua

responsabilidade fornecer ou custear medicamentos que estejam fora da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

Entretanto, contrariamente ao entendimento do município, o TJBA, em sua decisão, fez menção ao princípio da proibição da proteção deficiente frente ao direito fundamental à saúde:

APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRIANÇA SUBMETIDA A TRATAMENTO DE RADIO E QUIMIOTERAPIA. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR ESPECIAL (FORTICARE) PARA A MELHORIA DO QUADRO CLÍNICO. DEVER DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES POLÍTICOS. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. APELAÇÃO

IMPROVIDA. 1. A lógica da responsabilidade solidária é exatamente possibilitar que o autor demande de qualquer um dos corresponsáveis pelo cumprimento da obrigação, isoladamente e por todo o objeto vindicado. Assim, como no âmbito do SUS a União, os Estados e os Municípios são responsáveis solidários, não há que se falar na impossibilidade de cumprimento do comando judicial por parte do apelante, não podendo o jurisdicionado ficar à mercê da divisão interna de atribuições feita pelos entes políticos de acordo com os seus próprios critérios. 2. A proteção do direito à saúde deve ser abordada de forma ampla, pois de nada adianta garantir o sem que, ao mesmo tempo, seja promovida a sua rápida efetivação, nos moldes do que se convencionou chamar de princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). 3. Assim, constatada nos autos a necessidade de fornecer ao menor o suplemento alimentar especial (Forticare) sob risco de agravamento de sua condição clínica, independentemente de se tratar de "medicamento"



em termos técnicos ou de integrar a listagem oficial, cabe ao apelante providenciar todos os instrumentos necessários para que cumpra com o seu dever de prestar assistência integral à saúde dos cidadãos; caso contrário, estar-se-ia violando o próprio contrato social que legitima a existência do Estado.

4. Apelação improvida.  
(Classe: Apelação, Número do Processo: 0506504-59.2014.8.05.0001, Relator (a): Maurício Kertzman Szporer, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 25/10/2016 ) (TJ-BA - APL: 05065045920148050001,

Relator: Maurício Kertzman Szporer,  
Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 25/10/2016)  
(grifo nosso)

Nota-se, portanto, que a proibição de proteção deficiente vem sendo aplicada na doutrina e jurisprudência pátria. Com base nos mesmos fundamentos, vislumbra-se a necessidade de aplicação do referido princípio às hipóteses de pornografia de vingança, exigindo-se do Estado-Legislador uma conduta positiva na busca de uma tutela eficaz aos indivíduos que são lesados por afronta aos seus direitos básicos e fundamentais, tutela essa que se dará, de início, com a tipificação específica da conduta.

Como estudo de caso pertinente, indica-se o caso da Lei Maria da Penha, já que se trata de um exemplo de legislação específica que, de forma adequada, ampliou o espectro de proteção às mulheres ao reconhecer que os casos de violência doméstica estão frequentemente relacionados à uma questão de desigualdade e discriminação de gênero

### 3.1 O caso da Lei Maria da Penha

A aprovação da Lei Maria da Penha oferece interessante estudo de caso que ratifica as conclusões feitas sobre o princípio da proibição deficiente e sua atuação quando da criação de uma lei específica.

A Lei 11.340/06 recebeu o nome de Lei Maria da Penha em homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes. Maria da Penha sofreu dupla tentativa de homicídio por parte de seu até então marido, sofreu uma tentativa enquanto dormir, quando seu marido atirou contra suas costas, causando-lhe paraplegia irreversível. Após essa tentativa, seu marido tentou eletrocutá-la no banho. De acordo com o site Compromisso e Atitude (referência), foram mais de 15 anos esperando uma decisão definitiva no processo e o agressor permanecia em liberdade.

Diante dessa omissão, Maria da Penha, junto com o CEJIL-BRASIL (Centro para Justiça e o Direito Internacional) e o CLADEM-BRASIL (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) enviaram o caso à CIDH/OEA (Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos) que, em 2001, responsabilizou o Estado por omissão, negligência e tolerância.

Como se observa, referida lei foi criada como forma de proteção específica às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, após um caso de omissão do Estado frente a essas situações. Antes de ser criada, os casos de violência contra a mulher eram enquadrados como crimes de menor potencial ofensivo e seu julgamento ficavam a cargo dos Juizados Especiais, que não tinham o condão de tutelar de forma eficaz os crimes de violência doméstica e familiar, como comprovado no caso da vítima Maria da Penha.

Foi necessária, assim, a criação de uma lei específica, com majorantes próprias e situações intrínsecas ao contexto da proteção as mulheres em situações de vulnerabilidade para que a tutela dos direitos das mulheres fosse garantida. De acordo com Thiago Andre Pierobom Ávila:

A lei, respaldada por forte movimento social de defesa dos direitos da mulher, é bem-vinda, pois reflete a necessidade premente de repensar as relações de gênero como uma relação construída sobre uma cultura secular de poder simbólico de dominação machista, cuja perversa marca tem sido a violência doméstica. Segundo estudo do IBGE, do final da década de 80, 63% das agressões físicas sofridas por

mulheres são cometidas dentro de casa por pessoas com afinidade pessoal e afetiva [01]. Segundo estudo da fundação Perseu Abramo, a cada minuto quatro mulheres são agredidas no Brasil [02]. Uma sociedade justa e democrática apenas pode ser construída com superação destas desigualdades fáticas, mediante políticas públicas que assegurem o pleno desenvolvimento da potencialidade humana de todos, independente de gênero, idade, raça e credo. (ÁVILA, 2007, p. 01)

O contexto social em que as mulheres se encontram, com violações frequentes e cotidianas aos seus direitos fundamentais, foi crucial para a criação de uma tutela específica, a fim de proporcionar maior segurança jurídica, bem como de atuação do Estado com base no princípio da proporcionalidade em sua vertente positiva, qual seja, a proibição a proteção deficiente.

O Instituto de Pesquisa Econômica (IPEA) realizou em 2015 um levantamento sobre o impacto da Lei Maria da Penha nas taxas de homicídio de mulheres. O referido levantamento feito pelo IPEA mostrou que desde a criação da lei, em 2006, os homicídios contra as mulheres caíram em 10%. A redução da violência é o primeiro passo em busca da igualdade de gênero, portanto, é certo que a lei tem cumprido sua finalidade na proteção às mulheres.

Dessa forma, nota-se que a Lei Maria da Penha tem cumprido seu propósito na luta contra a violência doméstica e familiar em suas diversas vertentes, sendo que sua criação se deu através de um ato positivo do Estado em busca de salvaguardar os direitos fundamentais inerentes a todas as mulheres, e essa atuação do Estado pode ser relacionada ao princípio da proibição da proteção deficiente.

### 3.2. Pornografia de Vingança, questões de gênero e proibição da proteção deficiente

Quanto à pornografia de revanche, sabe-se que a mesma, hoje, não possui tutela específica. Do contrário, é enquadrada nos crimes contra a honra, que por sua vez, tendo em vista a gravidade do ato de divulgar material gráfico íntimo de outrem sem sua autorização, não é capaz de dar a vítima a segurança jurídica

que a mesma espera. A tutela geral dos crimes contra a honra também não consegue tratar adequadamente as questões de gênero que estão associadas à pornografia de revanche.

Segundo dados da ONG SAFERNET (2016), apenas em 2016 foram recebidas mais de 300 denúncias referente à conduta da pornografia de revanche. Após a exposição na internet, as vítimas são submetidas a diversas situações vexatórias, desde piadas a agressões físicas. De acordo com o site CONJUR, ao julgar um caso envolvendo a pornografia de vingança, a Ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ressaltou que: "Não são raras as ocorrências de suicídio ou de depressão severa em mulheres jovens e adultas, no Brasil e no mundo, após serem vítimas dessa prática violenta".

Os danos causados às vítimas são de difícil mensuração, já que extrapolam a mera esfera patrimonial: as vítimas experimentam danos psicológicos que apresentam contornos subjetivos em cada caso concreto. Exatamente em razão dessa complexidade, a proteção jurídica a ser oferecida pelo direito deve levar em consideração os aspectos subjetivos envolvidos para oferecer proteção suficiente e tais aspectos subjetivos devem levar em consideração a discriminação de gênero em sua análise.

A jornalista Rose Leonel (2015), vítima da pornografia de vingança em 2006, contou um pouco sobre os danos emocionais, psicológicos e patrimoniais advindos da prática. Segundo a jornalista:

"Foi a partir daí que o pesadelo começou. Ele disse que não tinha medo da Justiça e além de publicar minhas fotos, informava que eu era garota de programa e ainda divulgou o telefone da minha casa, do meu trabalho e o celular do meu filho. Eu comecei a receber ligações do Brasil inteiro perguntando 'se eu estava disponível', me senti muito mal, decepcionada, não tenho nem palavras pra descrever os péssimos momentos que passei (...) além de me sentir excluída da sociedade, perdi amigos, emprego e pedi para que o filho mais velho fosse

morar em outro país junto com o pai para que ele se afastasse dos boatos”, relatou.

No caso de Rose, somente depois de 4 (quatro) da ocorrência do fato o agressor foi devidamente condenado, demora que acabou gerando maior aflição à vítima, que já se encontrava emocionalmente abalada e buscava no Poder Judiciário o primeiro passo para a sua proteção, qual seja, a punição do agressor.

Nota-se que a ausência de uma norma regulamentadora específica quando se trata da pornografia de vingança obsta uma tutela mais eficiente às vítimas e a punição dos agentes que praticam a referida conduta. A forma como hoje a conduta da pornografia de revanche é tutelada não tem sido suficiente para a repressão efetiva de quem a pratica, nem mesmo para a proteção da vítima.

Portanto, pela gravidade da conduta e da mesma forma que se considerou o contexto social em que as mulheres estão inseridas para a criação da Lei Maria da Penha, entende-se que deve ser considerado o contexto social em que a prática da pornografia de vingança se realiza, levando em consideração que as vítimas em sua maioria são mulheres.

O tratamento diferenciado que a lei deve conferir à mulher, assim como ocorre na Lei Maria da Penha, deve-se ao fato de que existe uma sociedade estruturada em enxergar o homem exercendo poder sob a mulher, o que denota a desigualdade de gênero, não só em âmbito doméstico, mas repercutindo em todos os papéis que a mulher deveria ter o direito de exercer sem ser questionada. Nesse sentido:

Existe um papel social artificialmente atribuído à mulher, caracterizado pela subordinação familiar, não-independência econômica, de ser a responsável pelas atividades de casa e criação dos filhos enquanto o homem é o responsável pelo sustento, de ser a responsável pela manutenção da unidade familiar, de lealdade ao "chefe do lar" mesmo nas dificuldades (leia-se agressão), de ausência de voz ativa na gestão da família, de necessidade

de manter o matrimônio a qualquer custo sob pena de se tornar uma pecadora, de aceitação da violência como um problema normal de casal e sua denúncia como atitude desleal, afora os mitos construídos de que "mulher gosta de apanhar" ou que "é necessário domar a mulher"(ÁVILA, 2007, p.02)

A desigualdade de gênero, a partir da cultura patriarcal, atribui a mulher papéis únicos e preestabelecidos, os quais pregam que "a mulher nasceu para fazer", como a responsabilidade de cuidar dos filhos, a responsabilidade de cuidar da casa, a responsabilidade de cuidar do marido. São responsabilidades que, hoje, o feminismo busca incumbir tanto ao homem, quanto a mulher. Busca o feminismo e os movimentos sociais em prol da mulher, retirar da mesma o papel de ser submissa, passando a ter a liberdade de exercer seu papel na sociedade da forma que optar, seja como mãe, seja como esposa, seja se qualificando para o mercado de trabalho. O papel que ela optar por exercer deve ser respeitado.

Assim, a desigualdade de gênero e a cultura patriarcal, tentam ditar o que é ou não aceitável vindo do comportamento feminino. Nesse sentido, ao se expor intimamente para outrem, ainda que seja movido por um laço de confiança em um relacionamento, não é aceito para a mulher, vide os casos concretos aqui já expostos, os quais as vítimas lidam com os olhares de desprezo e julgamento, mas, o homem, aquele que divulga o material íntimo sem autorização, é livre dos julgamentos sociais morais, pois é visto como apenas um reprodutor do que seria o "erro" de uma mulher.

Ainda no julgamento envolvendo a Pornografia de Vingança, a Ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, classificou como violência de gênero a exposição pornográfica não consentida. O pronunciamento se deu durante o julgamento de recurso do Google num caso envolvendo uma adolescente que teve fotos íntimas vazadas, depois que o cartão de memória do seu celular foi furtado. De acordo com Nancy:

"A 'exposição pornográfica não consentida', da qual a 'pornografia de vingança' é uma espécie, constitui uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta

indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis", afirmou

Apesar de as mulheres não serem as únicas vítimas da Pornografia de Vingança, dados da ONG SAFERNET confirmam que 81% das vítimas da referida prática são mulheres, prevalecendo o pronunciamento feito pela Ministra Nancy, de que se trata de uma grave forma de violência de gênero.

Por todo o exposto, faz-se necessário a criação de legislação específica, a fim de garantir as vítimas da conduta supracitada, uma proteção eficiente frente a violação de um direito fundamental, qual seja, o direito a intimidade e vida privada, e uma segurança jurídica maior, pois, sabendo que existe um enquadramento específico para seu direito violado, a vítima tende a se sentir segura frente a punição do agente pelo Estado. E se espera, igualmente como foi com a Lei Maria da Penha, a redução da prática da pornografia de vingança.

#### 4. TUTELA ESPECÍFICA DA PORNOGRAFIA DE REVANCHE: PROJETOS DE LEI EM DISCUSSÃO NO CONGRESSO NACIONAL E CASOS NO DIREITO COMPARADO

Nesta seção, serão analisadas as propostas de tutela específica da pornografia de revanche a partir de dois enquadramentos: primeiro, serão expostos os projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional que pretendem tratar de forma específica a conduta. Em seguida, serão apresentados casos paradigmáticos do direito comparado.

##### 4.1 Projeto de Lei 5.555 de maio de 2013

De autoria do então Deputado Federal João Arruda (PMDB/PR), o referido projeto de lei altera a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) e Código Penal (Decreto Lei 2.848/40), para incluir a prática da denominada Pornografia de Vingança como uma forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como para incluir um tipo penal novo com penas mais rigorosas para o agente que praticar a referida conduta.

A ementa do referido projeto, possui a seguinte redação:

Inclui a comunicação no rol de direitos assegurados à mulher pela Lei Maria da Penha, bem como reconhece que a violação da sua intimidade consiste em uma das formas de violência doméstica e familiar; tipifica a exposição pública da intimidade sexual; e altera a Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). (Brasil, 2013).

O Projeto de Lei 5.555/13 visa incluir ao art. 7º da lei 11.340, o inciso IV com a seguinte redação:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

VI – violação da sua intimidade, entendida como a divulgação por meio da Internet, ou em qualquer outro 2 meio de propagação da informação, sem o seu expresso consentimento, de imagens, informações, dados pessoais, vídeos, áudios, montagens ou fotocomposições da mulher, obtidos no âmbito de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. (BRASIL, 2013).

Nota-se que a conduta descrita pelo dispositivo destacado tipifica a prática denominada de Pornografia de Vingança que hoje, no Brasil, não possui legislação específica, sendo a conduta enquadrada nos crimes contra a honra previstos no Código Penal.

Quanto a modificação no Código Penal, o referido Projeto de Lei visa incluir os artigos 216 – B e 216 – C, com a seguinte redação:

#### Registro não autorizado da intimidade sexual

Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:



Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. (Brasil, 2013).

#### Divulgação não autorizada da intimidade sexual

Art. 216 - C. Disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar, divulgar ou exibir, por qualquer meio, fotografia, vídeo, áudio ou outro registro contendo cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§1º A pena é aumentada de I/3 (um terço) até a metade se o crime é cometido: I - por motivo torpe;

II - contra pessoa que, no momento do registro do conteúdo de que trata o caput, não podia oferecer resistência ou não tinha o necessário discernimento; III - contra pessoa com deficiência;

IV - com violência contra a mulher, na forma da lei específica;

V - por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

VI - por quem teve acesso ao conteúdo no exercício de profissão, emprego ou atividade ou por quem deva manter o conteúdo em segredo.

§2º Na mesma pena incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoa não autorizada ao conteúdo de que trata o caput. (Brasil, 2013). (grifo nosso)

Verifica-se que, quando se trata da divulgação não autorizada da intimidade sexual, o que chamamos de pornografia de vingança, o projeto de lei apresenta pena mais rigorosa ao que recebe hoje o agente. Enquanto a pena trazida pelo Projeto de Lei é de reclusão de 2 a 4 anos, com majorantes específicas e importantes dentro do contexto da violência de gênero e da pornografia de revanche, a injúria e a difamação possuem penas inferiores à prevista no Projeto de Lei, bem como não abarcam situações voltadas para a questão de gênero que deve ser observada nos casos de Pornografia de Vingança. Veja-se os artigos 139 e 149 do Código Penal de 1940:

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. (grifo nosso)

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I

- quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (grifo nosso)

Assim, é possível notar que, quanto à tentativa de punição do agente que pratica a pornografia de vingança, o Projeto de Lei 5.555/13 tende a ser mais eficiente, não apenas pelas penas mais rigorosas, mas também por prever de maneira clara antijuridicidade da Pornografia de Vingança, bem como por trazer causas específicas do aumento de pena, com previsões de situações próprias da conduta de divulgação não consensual.

Tratando de maneira própria a pornografia de revanche, teremos uma conduta positiva do Estado, como forma de resguardar os direitos fundamentais à vida íntima e privada da vítima, que como visto, é frequentemente mulher. Nessa conduta positiva, o Estado passa a superar a proteção deficiente, proporcionando as vítimas maior segurança jurídica, ao ver seu caso sendo tratado de maneira objetiva e clara.

Ainda, a redação do Projeto de Lei em comento inclui, ainda, ao art. 22 o §5º, que a passa a disciplinar:

Art.22.

§5º Na hipótese de aplicação do inciso VI do artigo 7º desta Lei, o juiz ordenará ao provedor de serviço de e-mail, perfil de rede social, de hospedagem de site, de hospedagem de blog, de telefonia móvel ou qualquer outro prestador do serviço de propagação de informação, que remova, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, o conteúdo que viola a intimidade da mulher. (BRASIL, 2013).

Além da punição ao agente que divulga material íntimo sem consentimento da outra parte, o projeto de lei visa responsabilizar também o provedor de serviço da internet. Assim, atribuiu ao provedor de e-mail, site,

redes sociais, em que as imagens ou vídeos íntimos foram divulgados a obrigação de, após identificado o material, retirá-lo do ar dentro do prazo máximo de 24 horas. Após a identificação do agente e do material exposto, tal medida torna-se necessária, em vista de uma maior proteção a vítima

A Lei do Marco Civil – Lei 12.965, prevê também, em seu artigo 21, a responsabilização do provedor de internet. Porém, tal responsabilização é subsidiária e, o prazo para retirada do material exposto sem autorização é discricionário, devendo o mesmo ser disposto na notificação feita ao provedor. Veja - se:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Pela leitura do referido artigo comparado com o artigo do Projeto de Lei em análise, é possível vislumbrar que a redação do Projeto de Lei é mais precisa e segura por garantir que, após a identificação do agente e do provedor de internet, o conteúdo deverá ser retirado em no máximo 24 horas.

Por fim, interessante redação se encontra na justificativa do Projeto de Lei 5.555/13, a qual aduz que:

Entretanto, há uma dimensão da violência doméstica contra a mulher que ainda não foi abordada por nenhuma política pública ou legislação, que é a violação da intimidade da mulher na forma da divulgação na Internet de vídeos, áudios, imagens, dados e informações pessoais da mulher sem o seu expresso consentimento. Essa conduta é praticada por cônjuges ou ex-cônjuges que se valem da condição de coabitação ou de hospitalidade para obter tais registros, divulgando-os em redes sociais como forma de constrangimento à mulher. Esse tipo de violência se torna progressivamente mais danoso quanto mais disseminado e universalizado, do ponto de vista social e geográfico, está o acesso à Internet no Brasil. (BRASIL, 2013).

Assim, pela justificativa do projeto de lei, conclui-se que ele já parte da premissa de que a pornografia de revanche constitui um desdobramento da discriminação de gênero, razão pela qual sugere a alteração da Lei Maria da Penha para incluir mais essa violência que apresenta como vítima frequente a mulher.

#### 4.2. Projeto de Lei nº 6.630 de outubro de 2013

De autoria do Deputado Federal Romário (PSB/RJ), o referido projeto de lei, diferente do Projeto de Lei 5.555/13, visa criar um tipo penal novo, com a possibilidade de modificar, assim, o Decreto Lei 848/40 (Código Penal).

A ementa do projeto apresenta a seguinte descrição: “acrescenta artigo ao Código Penal, tipificando a conduta de divulgar fotos ou vídeos com cena de nudez ou ato sexual sem autorização da vítima e dá outras providências” (referência).

Em 2017, o PL 6.630/13 foi declarado prejudicado em face da aprovação do Substitutivo adotado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania ao PL 5.555/2013, principal. Porém, a análise do referido projeto ainda se faz necessária para que se possa entender a necessidade de uma norma específica quando o assunto é Pornografia de Vingança.

O PL 6.630/13 propõe que seja acrescentado ao Código Penal o art.216-A, no título VI que trata dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, passando a prever o novo tipo penal, denominado como “Divulgação Indevida de Material Íntimo”.

O caput do referido projeto possui a seguinte redação:

Art. 216-B. Divulgar, por qualquer meio, fotografia, imagem, som, vídeo ou qualquer outro material, contendo cena de nudez, ato sexual ou obsceno sem autorização da vítima.

Pena – detenção, de um a três anos, e multa. (BRASIL, 2013).

Nota-se que a descrição do que seria então um novo tipo penal, traz consigo a definição do que se denomina Pornografia de Vingança, que nada mais é, de acordo com Danielle Citron e Mary Anne Franks, citados por Spencer Toth e Ana Lara Camargos (2017, p. 28), a “revenge porn” pode ser definida como sendo “[...] a exposição pornográfica não consentida é, em outras palavras, a disseminação não autorizada de imagem ou nudez total, parcial ou em ato sexual [...]”.

Trazendo em seu texto a previsão exata da Pornografia de Vingança, o novo tipo penal também traz consigo a possibilidade de uma tutela mais eficiente, visto que a especificidade da norma penal ajuda na atuação tanto da prevenção geral quanto da prevenção especial. Além disso, o enquadramento de uma conduta a uma norma penal específica, se amoldando aquela conduta por completo à norma, traz consigo uma segurança jurídica maior, ao levarmos em conta que as vítimas da pornografia de revanche terão a possibilidade de enxergar seu caso com uma tutela específica, não mais como apenas um crime contra a honra. Pelo caput do referido projeto, a pena aplicada quando se tratar da Pornografia de Vingança também é maior do que aquela aplicada nos crimes contra a honra, como já analisado anteriormente, quando da análise do PL. 5.555/2013.

O §1º do PL 6.630/13 aduz que: “Está sujeito à mesma pena quem realiza montagens ou qualquer artifício com imagens de pessoas”. Assim, nota-se que não apenas quem divulga material íntimo sem consentimento incorreria em

sanção penal, mas também quem faz montagens de cunho íntimo e vexatório com imagens de pessoas também estaria sujeito a sanção penal.

Importante redação possui o § 2º do PL ora analisado. Ao prever as majorantes do que seria denominado como “Divulgação Indevida de Material Íntimo”, o novo tipo penal traria consigo importantes especificidades. Veja-se:

§2º A pena é aumentada de um terço se o crime é cometido: I - com o fim de vingança ou humilhação;

## II

– por agente que era cônjuge, companheiro, noivo, namorado ou manteve relacionamento amoroso com a vítima com ou sem habitualidade; (BRASIL, 2013).

O inciso I traz uma das características encontradas no conceito de Pornografia de Vingança, qual seja, se o crime é cometido com o fim de vingança ou humilhação. Como já dito anteriormente, ao divulgar qualquer material gráfico de cunho íntimo sem o consentimento da outra parte, fica evidente a configuração da Pornografia de Revanche.

O inciso II, por sua vez, majora a pena se o agente causador do dano tenha tido algum relacionamento amoroso com a vítima, seja com ou sem habitualidade. Nesse caso, cumpre ressaltar que, de acordo com a ONG SAFERNET (2016) a pornografia de vingança é cometida, em sua maioria, por ex-parceiros que, não satisfeitos com o fim do relacionamento, decidem expor a vítima como forma de vingança ou humilhação.

O parágrafo terceiro prevê o aumento de pena em razão de a vítima ser menor de 18 anos ou pessoa com deficiência.

§3º A pena é aumentada da metade se o crime é cometido contra vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa com deficiência.

Interessante redação, ainda, se encontra no art. 3º do PL. 6.630/13, o qual aduz que:

Art. 3º O agente fica sujeito a indenizar a vítima por todas as despesas decorrentes de mudança de domicílio, de instituição de ensino, tratamentos médicos e psicológicos e perda de emprego. (BRASIL, 2013)

A responsabilização civil do agente causador do ato torna-se necessária, condenando este a arcar com os prejuízos de cunho financeiro advindos da conduta de expor uma pessoa sem seu consentimento. Além disso, a garantia de indenização material advinda da violação da intimidade de uma pessoa, é garantia fundamental prevista no art. 5º, X da Constituição Federal, que assim disciplina:

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.

É difícil aferir os danos advindos da conduta de expor intimamente alguém sem seu consentimento. Tais danos não causam prejuízo apenas a vítima, envolvem também sua família, amigos próximos, contexto profissional e social e sua perspectiva de futuro. Assim, penalizar o agente causador do dano, inclusive quanto a questões de cunho econômico, é um avanço na busca de uma penalização efetiva a prática da pornografia de vingança.

#### 4.3. A tutela da pornografia de revanche no Direito Comparado

A pornografia de vingança pode ser associada com o avanço tecnológico que se faz presente em diversos povos. Ainda com a proliferação dos smartphones, a disseminação de qualquer conteúdo se torna mais fácil. Assim, com o intuito de tutelar de maneira mais eficaz a ação denominada como pornografia de vingança, alguns países passaram a ter leis específicas para tentar combater a prática referida.

Na Dinamarca há legislação específica quando o assunto é “revenge porn”. Até 2017, a conduta era punida com apenas 6 meses de prisão. Porém, o Governo Dinamarquês, através dos Ministros da Justiça, apresentou projeto de lei com o intuito de endurecer a pena do agente que pratica a conduta referida e de direcionar a vítima aos procedimentos que deve seguir. O Projeto de Lei,



foi aprovado na Dinamarca, e agora a punição passa a ser de até 2 anos de prisão.

O referido projeto do governo dinarmaquês, apresentado pelos ministros da Justiça, da Igualdade de Gênero e da Educação, busca informar as vítimas sobre o procedimento que devem seguir quando apresentam denúncias.

Já o Reino Unido sancionou uma lei específica para os casos da pornografia de vingança. Em 2015, a Rainha Elizabeth II assinou a lei que proíbe a divulgação de conteúdo íntimo por qualquer meio, sem o consentimento da outra parte e como forma de denegrir sua imagem. Quem pratica a referida conduta, agora, incorre nas penas de multa e até dois anos de reclusão.

De acordo com o Jornal Estadão (2016), na Inglaterra e em Wales, foram protocoladas 149 denúncias de pornografia de vingança entre janeiro de 2012 e julho de 2014, sendo que apenas seis tiveram resposta policial. A maioria das vítimas era mulheres.

4.4 Os projetos de lei em trâmite no Congresso cumprem com o princípio da proteção eficiente?

Da análise dos Projetos ora apresentados e traçando um paralelo com as legislações estrangeiras indicadas, verifica-se que a aprovação do Projeto de Lei 5.555/13 é o primeiro passo na prevenção e repressão efetiva da pornografia de vingança, conduta que fere um dos direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição Federal, qual seja, o direito a intimidade e vida privada.

Ao ferir um preceito básico fundamental, a vítima tem a necessidade de ver o agressor efetivamente punido, como uma forma de alívio emocional. Porém, sem uma lei específica, ainda não há uma punição efetiva do agente, visto que a pornografia de vingança, como já dito, é tratada como um crime contra honra, mais especificamente, nas modalidades difamação e injúria que possuem pena inferior a prevista no projeto de lei já detalhado anteriormente.

A pena imposta presente no projeto de lei, como visto, excede aquela prevista atualmente nos crimes contra a honra, tipos genéricos nos quais a pornografia de revanche é hoje enquadrada.

Além disso, o projeto de lei traz, ainda, causas de aumento de pena significativas ao contexto da pornografia de vingança. Uma dessas causas volta-se a mulher, em contexto de violência, conforme se infere do §1º, IV do Projeto de Lei em comento. Tal causa de aumento não é prevista nos Crimes Contra a Honra, já se denota uma maior preocupação com a mulher e o contexto em que ela é inserida.

Quanto ao Projeto de Lei 6.630/13, o mesmo traz importantes causas de aumento de pena, inclusive com a atenção especial a mulher, ao prever, por exemplo, no seu art. 2º que a pena será aumentada em pôr agente que era cônjuge, companheiro, noivo, namorado ou manteve relacionamento amoroso com a vítima com ou sem habitualidade. Tal causa de aumento de pena denota uma real preocupação com a questão do gênero.

Ainda quanto ao PL. 6.630/13, já estudado detalhadamente, em seu art. 3º, prevê a obrigação do agente de indenizar a vítima por todas as despesas decorrentes de mudança de domicílio, de instituições de ensino e de tratamentos médicos e psicológicos. Nota-se, assim, uma real preocupação da vítima e com os danos causados a mesma.

Ademais, tratando de maneira singular a prática da exposição pornográfica não consentida, tem-se a real possibilidade de uma tutela preventiva, partindo do pressuposto de que existe uma norma regulamentadora tutelando situações específicas, capazes de se amoldar de forma mais precisa nas condutas que hoje são tidas como atípicas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de norma jurídica específica em busca da prevenção e repressão da pornografia de vingança se dá em razão da gravidade da violação a um direito fundamental, qual seja, o direito a vida a intimidade e vida privada.

A Constituição Federal declara, em seu artigo 5º, X, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. De acordo com José

Afonso da Silva (2014, p. 208), o direito à privacidade tem sido entendido de modo amplo, englobando todos os elementos previstos no artigo e inciso supracitado. Assim, o direito à privacidade e, de forma mais específica, o direito à vida privada, trata-se de uma tutela inalienável, é o lugar onde o indivíduo vive sua liberdade na maneira que se sentir confortável. Ainda de acordo com o professor José Afonso da Silva (2014, p. 210), a vida privada significa o direito do indivíduo de ser e viver a própria vida, relacionando-se com quem bem entender

Dentro desse conceito de vida privada, é possível vislumbrar que a Pornografia de Vingança se enquadra como uma violação do direito à privacidade, confrontando diretamente preceito constitucional. Nesse sentido, frisa-se mais uma vez, a necessidade de uma norma específica reguladora, levando-se em conta a gravidade do direito violado.

A ausência de norma regulamentadora específica gera, de certa forma, uma insegurança jurídica, posto que não há nenhum tipo penal específico capaz de demonstrar que, ao violar um direito fundamental, o agressor será condenado de forma correta e eficaz. Com a aprovação de uma Lei específica, as vítimas poderão vislumbrar a importância do seu direito que foi violado, juntamente a isso a segurança jurídica nos casos da Pornografia de Vingança se tornaria evidente, posto que seus casos não mais seriam tratados como sendo, tão somente, um crime contra a honra.

Por fim, ao analisar os casos envolvendo a exposição pornográfica não consentida, tanto o Poder Judiciário como a sociedade, devem considerar o porquê de a imagem ter sido divulgada sem autorização e não os motivos pelos quais a vítima, outrora, se expôs para alguém. Nesse sentido, já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, através do relator Desembargador Wagner Wilson Ferreira: "o fato de a embargante ter tido vontade em se mostrar nua ao embargado pela internet não lhe diminui a moral, absolutamente. A sexualidade faz parte de qualquer tipo de relacionamento amoroso e não existe nada de

amoral ou indigno na conduta da autora, que lhe pudesse tornar uma pessoa moralmente menor".

Não há justificativa para o ato de denegrir a imagem de alguém, nem mesmo de ferir um direito fundamental, a personalidade de uma pessoa não é formada pelo que ela faz em sua intimidade e vida privada, a vítima é apenas uma vítima, e o agente que traz a luz a os conteúdos sexualmente íntimo de uma pessoa sem o seu consentimento precisa, de fato, ser efetivamente punido.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei Maria da Penha, uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13477-13478-1-PB.pdf>> Acesso em: 10 de jun. 2018.

BUZZI, Vitória Macedo. Pornografia de vingança: Contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. Disponível em:

<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133841/TCC%20Vit%C3%B3ria>

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133841/TCC%20Vit%C3%B3ria%20Buzzi%20Versao%20Repositorio.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Projeto de lei nº 5.555, de 09 de maio de 2013. Brasília, DF. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576366>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Projeto de lei nº 6.630, de 23 de outubro de 2013. Brasília, DF. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=598038>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102.087. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>> Acesso em: 18 jun.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº05065045920148050001. 20 de outubro de 2016. Acesso em: 05 de jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação nº0756367-3. 07 de julho de 2011. Acesso em: 05 de jun. de 2018.

PORNOGRAFIA de Vingança é crime contra gênero, afirma ministra Nancy. CONJUR. 16 marc. 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/pornografia-vinganca-violencia-genero-afirma-nanc> > Acesso em: 03 jun. 2018.

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 18 set. 2018.

DE MELO, Carolina Kyze Bezerra. "Caiu na rede": Reflexões sobre casos de pornografia de revanche no Brasil. Disponível em: < <file:///C:/Users/d10504/Downloads/Caiu%20na%20rede%20%20reflexoes%20sobre%20pornografia%20de%20revanche%20no%20Brasil.pdf> >. Acesso em 23 jun. 2018.

EXAME. Divulgar imagens íntimas de ex vira crime no Reino Unido. Disponível em: < <https://exame.abril.com.br/mundo/divulgar-de-imagens-intimas-de-ex-vira-crime-no-reino-unido/>>. Acesso em: 22 marc. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Proibição Deficiente. Disponível em: < [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=2009120712405123](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123)>. Acesso em: 15 de jun. 2018.

GONÇALVES, Eduardo. "Princípio da Proibição Deficiente, sabem o que é?". Disponível em: < <http://www.eduardogoncalves.com.br/2016/08/principio-da-proibicao-de-protacao.html>> Acesso em: 18 mai. 2018.

JUSTI, Adriana. "Após fotos íntimas pararem na web, mulher diz sofrer preconceito diário". G1 – O portal de notícias da globo. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2013/08/apos-fotos-intimas-pararem-na-web-mulher-diz-sofrer-preconceito-diario.html>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, Lei do Marco Civil da Internet. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm)>

PITTA, NISHIMORI, T.C.; FH. Revanche Pornográfica: a necessária criminalização. Disponível em.

<[http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3\\_Tatiana%20Coutinho%20Pitta;%20Francine%20Hiromi%20Nishimori.pdf](http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Tatiana%20Coutinho%20Pitta;%20Francine%20Hiromi%20Nishimori.pdf)> Acesso em 18 mar. 2018.

SAFERNET. Disponível em. < <http://new.safernet.org.br/#>>. Acesso em: 22 marc. 2018.

SCHOLZ, Flávia Werner. QUAL NUDEZ SERÁ CASTIGADA? COMUNICAÇÃO DE RESISTÊNCIA NO ENFRENTAMENTO A PORNOGRAFIA NÃO CONSENSUAL.

Acesso em: 23 jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37º ed. – São Paulo: Malheiros Editora, 2014.

TOMAZELA, José Maria. 'Rouba Dignidade', diz vítima que inspirou projeto de lei dos 'nudes'. Jornal Estadão Online. São Paulo, 23 de fevereiro de 2017. Disponível em:

<<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,rouba-a-dignidade-diz-vitima-que-inspirou-projeto-de-lei-dos-nudes,70001676313>> Acesso em 18 de mar. 2018.

SPAGNOL, Débora. TJ-MG aumenta indenização a mulher que teve fotos íntimas expostas. Disponível em: <[https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/noticias/327439448/tj-mg-aumenta-indenizacao-a-mulher-que-teve-fotos-intimas-expostas?ref=topic\\_feed](https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/noticias/327439448/tj-mg-aumenta-indenizacao-a-mulher-que-teve-fotos-intimas-expostas?ref=topic_feed)>.

Acesso em: 10 mar. 2018.

SYDOW, Spencer Toth; DE CASTRO, Ana Lara Camargo. Exposição Pornográfica Não Consentida na Internet: da pornografia de vingança ao lucro. BeloHorizonte: Editora D'Plácido, 2017.

TERRA. Rio Grande do Sul, 20 nov. 2013. Disponível em:

<<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/policia/rs-adolescente-comete-suicidio-apos-ter-fotos-intimas-divulgadas-na-web,1b975df8bd472410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

VARELLA, Gabriela e SOPRANA, Paula. Pornografia de vingança: crime rápido, trauma permanente. Época, 16 fev. 2016. Disponível em <<https://epoca.globo.com/vida/experienciasdigitais/noticia/2016/02/pornografia-devinganca-crime-rapido-trauma-permanentee.html>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

NOTA:

[1] Trabalho de conclusão apresentado ao programa de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

## **O PACOTE ANTICRIME PARA ATACAR O SEIO DO CRIME ORGANIZADO E DA CRIMINALIDADE CRESCENTE**

**JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR:** Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

*MARCEL GOMES DE OLIVEIRA*<sup>[1]</sup>

(Coautor)

### **INTRODUÇÃO**

Recentemente foi amplamente propalado pela imprensa à apresentação de um pacote anticrime para atacar o seio do crime organizado e da criminalidade crescente pelo atual Ministro da Justiça, Sérgio Fernando Moro. Afinal, sabe-se que ao longo dos anos o Brasil tem enfrentado uma crise no sistema de segurança pública, onde, normalmente, o legislador, através de um direito penal de emergência, busca, apenas, alterar o quantitativo das penas – muito pouco se alterando no âmbito do direito processual penal e do efetivo cumprimento de pena.

Destarte, o pacote trouxe elogios de uma ala jurídica e crítica da outra ala.



Fato que ninguém pode ignorar é que a criminalidade avançou nas últimas décadas e que os desdobramentos da Operação Lava-Jato entre outras revelaram a necessidade do enfrentamento da criminalidade organizada e de lavagem de capitais de forma mais eficiente.

Dividiremos didaticamente os pontos mais altercados no meio jurídico:

### **1 Legítima defesa do policial em atividade**

Tem-se falado muito que o pacote anticrime seria uma carta branca para a polícia matar.

Isso é uma grande falácia, transvertida de uma linguagem ideológica garantista e laxista amplamente propagada no Brasil nos últimos anos. A criminalidade nunca foi tão atrevida e enfrentou o Estado-polícia como a criminalidade contemporânea.

Nada melhor após um ambiente político de mais de 1 (uma) década por ideologia da bandiolatria se dar um tratamento mais rigoroso e inédito ao crime.

Ademais, fazendo uma breve análise das modificações propostas no art. 25 do Código Penal, percebe-se que o pacote traz apenas para o texto da lei a realidade já enfrentada pelas forças de segurança pública. Muitos críticos só observam a aplicação do aludido dispositivo aos casos das favelas cariocas, todavia, esquecem das ações de "novo cangaço", onde bandidos sitiavam pequenas cidades do interior fazendo corredores humanos como forma de proteção contra investidas policiais; as últimas ações de roubo a banco nas cidades do interior de São Paulo, onde bandidos com armamentos de guerra, impediram qualquer tipo de reação das forças policiais [2].

### **2 Prisão após julgamento em decisão de 2ª instância (execução provisória de pena)**

Talvez aqui resida a maior polêmica de todas.

Em que pese à posição atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores, sobre a prisão após julgamento em decisão de 2ª instância, indagamos: se uma Lei Federal teria condão de sobrepor à Constituição Federal?

Sublinhamos inicialmente nesse ponto que, não somos a favor da impunidade e somos sabedores da necessidade de aprimoramento da legislação e do texto constitucional.

Com isso, apesar de concordamos que na verdade é a Constituição Federal deveria ser alterada quanto à prisão após julgamento em 2ª instância para aí se imprimir a interpretação atual dos Tribunais Superiores, a Lei Federal em nossa análise não teria força jamais de prevalecer sob a Constituição pela pirâmide de Hans Kelsen.

Não bastasse isto, ainda visualizamos outro empecilho de ordem legal: o Pacto de São José da Costa Rica, onde permite ao acusado no processo penal a possibilidade de recorrer de decisão e isso tem um reflexo no trânsito em julgado, porquanto não preclusa as vias recursais não há que se falar em trânsito em julgado. Legislação em sentido oposto como a que contempla o Pacote Anticrime, sem “denunciar o pacto” e deixar a República Federativa do Brasil de ser signatária do Pacto, transforma a medida legislativa (em hipótese de prosperar) no mínimo em inconveniente – acaso se supere a alteração constitucional formalmente falando por meio de Emenda.

### **3. Regime fechado para crimes no cumprimento de pena, ou regime fechado para quem integrar organização criminosa ou associação criminosa**

O Projeto de Lei estabelece o regime fechado para crimes no cumprimento de pena, ou regime fechado para quem integrar organização criminosa ou associação criminosa.

Não podemos olvidar que, o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos crimes hediondos entendeu ser inconstitucional lei que vede abstratamente o regime integralmente fechado.

Será que esse mesmo raciocínio não será aplicado neste Projeto de Lei, caso na instância legislativa, seja exitoso? Como resposta, apenas o tempo irá nos dizer[3].

Entendemos ainda que o projeto de lei é claro ao afirmar que tal medida só seria possível se no decorrer do cumprimento da pena fica evidenciado que o suspeito mantém o vínculo associativo.

Neste caso, de se comprovar que o suspeito preso ainda permanece com o vínculo associativo, o mais correto seria, a nosso ver, a instauração de novo procedimento e, com a eventual condenação, o quantitativo da nova pena fixada serviria de parâmetro para a obtenção de progressão de pena e outros benefícios.

#### **4. Criminalizar caixa dois e lavagem de capital na esfera eleitoral**

As propostas do Pacote Anticrime criminalizam o caixa dois e lavagem de capital na esfera eleitoral.

Isso é visto de forma positiva, por se procurar combater uma prática que fomenta o círculo vicioso da corrupção e de práticas espúrias entre o empresariado e os políticos, embora entendemos que na atual conjuntura, nosso ordenamento já permitiria a responsabilização criminal frente ao caixa dois e lavagem de capital.

A nossa preocupação na verdade, é que o pacote nesse ponto, seja um “atestado” para o Poder Judiciário de que eventuais condenações realizadas anteriormente a sua vigência, sejam revistas, pois isso implicaria em reconhecer numa prognose de que não existia lei antes que contemplassem essas condutas como crimes – lembrando de que não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena.

Aliás, esse viés já estava previsto entre “As 10 Medidas Contra à Corrupção”, que foram elencadas da seguinte forma:

- a) evitar a ocorrência de corrupção (via prestação de contas, treinamentos e testes morais de servidores, ações de marketing/conscientização e proteção a quem denuncia a corrupção);
- b) criminalizar o enriquecimento ilícito;
- c) aumentar penas da corrupção e tornar hedionda aquela de altos valores;
- d) agilizar o processo penal e o processo civil de crimes e atos de improbidade;
- e) fechar brechas da lei por onde criminosos escapam (via reforma dos sistemas de prescrição e nulidades);

**f) criminalizar caixa dois e lavagem eleitorais;**

- g) permitir punição objetiva de partidos políticos por corrupção em condutas futuras;
- h) viabilizar a prisão para evitar que o dinheiro desviado desapareça;
- i) agilizar o rastreamento do dinheiro desviado;
- j) fechar brechas da lei por onde o dinheiro desviado escapa (por meio da ação de extinção de domínio e do confisco alargado);” [grifos nossos].

Dentre essas medidas visualizadas (dentre as 10 medidas contra à corrupção) *data máxima vênia*, se infere omissões de detalhes importantíssimos, tais como:

- a) Não prevê a independência e autonomia administrativa e financeira das Polícias Judiciárias (inclua-se a Polícia Federal e as Polícias Cíveis);
- b) Não aponta a necessidade de alterações constitucionais quanto ao trânsito em julgado (para sepultar a discussão de execução provisória na segunda instância);
- c) Não visualiza a necessidade do fortalecimento e investimentos maciços nas Polícias Judiciárias;
- d) Não preconiza a inamovibilidade do Delegado de Polícia, que acaba ficando sujeito a remoções políticas e ao talante de governantes, a título de retaliações;
- e) Não permite técnica de intrusão em celulares e outros equipamentos tecnológicos com autorização judicial;
- f) Não permite desburocratizações para que valores e bens (imóveis, veículos, aeronaves entre outros) em decorrência de lavagem de capital entre outros, sejam vertidos com maior agilidade, em prol do Estado e das Polícias Judiciárias;
- g) Não visualiza à desburocratização quanto a destruição com maior rapidez de armas e drogas;
- h) Não prioriza investimentos em inteligência policial e nem em vigilância às fronteiras e divisas.

**5. Medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri:**

Outro ponto a ser destacado acerca do Pacote Anticrime se trata justamente da efetividade do Tribunal do Júri.

Sabe-se que por força constitucional (art. 5º, inc. XXXVIII, alínea “d”) o tribunal do júri tem competência para julgar os crimes dolosos contra a vida. O Brasil enfrenta uma enorme onda de homicídios – cerca de 60 mil homicídios por ano<sup>[ii]</sup>. E, na análise de muitos estudiosos um dos problemas é a vagarosidade no julgamento de tais crimes, bem como a falta de recursos das polícias judiciárias.

Com as modificações o legislador permite dar maior celeridade aos procedimentos do tribunal do júri, porém, olvida da necessidade de investir nas Polícias Judiciárias – órgão responsável pela grande maioria dos crimes de homicídios ocorridos no país.

## **6. Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de improbidade – “*plea bargain* à brasileira”<sup>[iii]</sup>:**

O sistema de soluções negociadas (*plea bargain*) de pronto, já é amplamente utilizado no direito norte americano e, através da Projeto Anticrime, tenta-se introduzi-lo ao direito brasileiro.

Tal instituto pode ser conceituado como “uma barganha (ou negociação) entre o promotor e o réu, representado por seu advogado. No final, eles entram em um acordo (às vezes chamado de contrato), em que o réu concorda em confessar a culpa, em troca de uma pena menor do que a que poderia pegar se fosse a julgamento”<sup>[iii]</sup>.

No Brasil, ao contrário do direito norte americano, o instituto sofreria limitações, isto é, não poderia ser amplamente aplicado a todo e qualquer crime. Por exemplo, não seria cabível negociações nos crimes praticados com violência ou grave ameaça e nos crimes com pena máxima inferior a quatro anos<sup>[4]</sup>. Aliás, com exceção dos crimes de menor potencial ofensivo, temos dúvidas se poderia ser aplicado a outros crimes de média ou grave potencialidade, pois a liberdade como direito indisponível, em que pese lá nos crimes de menor potencial ofensivo, se superaram essas discussões.

A doutrina costuma ainda traçar as vantagens e desvantagens da *plea bargain*, seriam **vantagens**<sup>[iv]</sup>: *"Eliminação de julgamentos; Tramitação rápida* (Julgamentos levam dias, semanas ou mesmo meses, enquanto a negociação e fechamento do contrato de *plea bargain* podem ser resolvidos em minutos ou horas); *Economia de recursos* (evita os custosos julgamentos); *Mais sucesso com menos trabalho; Esvaziamento das prisões; Bom negócio para réus culpados; Caso encerrado*. Por outro lado, seriam **desvantagens**<sup>[v]</sup>: *Enorme risco para inocentes; Custo da inocência* (não é raro que réus inocentes aceitem fazer o acordo por medo); *Blefe da Promotoria; Coerção e "tortura"* (a experiência dos EUA mostra que a coerção existe — sempre existiu e existirá — na negociação do *plea bargain*); *Favorecimento a ricos* (réus endinheirados, acusados de crimes de fraude ou corrupção, contrata um advogado especializado em contencioso, incluindo negociação).

## **7. Matérias do pacote anticrime idênticas às matérias versadas no Novo Código de Processo Penal**

Podemos constatar pela proposição legislativa do governo encaminhada ao Congresso Nacional, que partes das matérias do pacote anticrime são idênticas às matérias versadas no Novo Código de Processo Penal.

Tanto é assim, que pensamos naturalmente que no curso das discussões legislativas, haverá o apensamento de ambos os projetos para tramitarem conjuntamente.

### **DA CONCLUSÃO**

Por fim, o projeto intitulado de Pacote Anticrime, apesar de repleto de boas intenções, apresenta com todo respeito problemas que precisam ser corrigidos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidades e ineficácia ao combate e repressão ao crime de colarinho branco e das organizações criminosas.

Ademais, como sugestões para o aprimoramento do "Pacote Anticrime" entendemos que:

- a) Deve haver previsão da independência e autonomia administrativa e financeira das Polícias Judiciárias (inclua-se a Polícia Federal e as Polícias

Civis) nas Constituições Federal e Estaduais, assim como a criação de Lei Orgânica das Polícias Judiciárias;

- b) Alterações constitucionais quanto ao trânsito em julgado (para sepultar a discussão de execução provisória na segunda instância) e regime de penas;
- c) A necessidade do fortalecimento e investimentos maciços nas Polícias Judiciárias;
- d) Contemplação de inamovibilidade do Delegado de Polícia, nas Constituições Federal e Estaduais, assim como na Lei Orgânica das Polícias Judiciárias (em caso de criação), que acaba ficando sujeito a remoções políticas e ao talante de governantes, a título de retaliações;
- e) Permissão de técnica ou uso de ferramenta de intrusão em celulares e outros equipamentos tecnológicos com autorização judicial para monitoramento em sede de investigações policiais;
- f) Permissão de desburocratizações para que valores e bens (imóveis, veículos, aeronaves entre outros) em decorrência de lavagem de capital entre outros, sejam vertidos com maior agilidade, em prol do Estado e das Polícias Judiciárias;
- g) Medida visando à desburocratização quanto à destruição com maior rapidez de armas e drogas;
- h) Prioridade de investimentos em inteligência policial e em vigilância às fronteiras e divisas.
- i) Dificultar a abertura de pessoas jurídicas e de pessoas físicas ligadas aquelas e vice-versa que são usadas como "testas de ferros" para lavagem de capitais, tráfico de drogas, organizações criminosas ou e crimes fiscais, causando danos imensuráveis.
- j) Dificultar a abertura de pessoas jurídicas e de pessoas físicas ligadas aquelas e vice-versa que são usadas como "laranjas" para crimes ambientais.
- k) Reverter valores recuperados de organizações criminosas, tráfico de drogas, crimes fiscais, corrupção em prol das forças policiais participantes como "bônus". Tal medida certamente incentivaria concentração de investigações e recuperação de grande número de ativos nessas frentes.
- l) Dificultar a abertura de contas bancárias por pessoas jurídicas e de pessoas físicas ligadas aquelas e vice-versa que são usadas como "laranjas" de organizações criminosas, tráfico de drogas, fiscais, corrupção, crimes ambientais entre outros.

- m) Proibir que terceiros emprestem a conta bancária com objetivos delitivos ou que essa conduta venha ser criminalizada, caso a conta seja emprestada para práticas delitivas.
- n) Identificação civil e criminal única de agentes criminosos sem burocratização e de alta segurança.
- o) Regulamentação do depoimento apócrifo ou da testemunha e informante "sem rosto", para dar mais eficiência ao desmantelamento de crimes e evitar que essas pessoas sofram retaliações.
- p) Ampliação do prazo de interceptação telefônica de 15 (quinze) dias para 30 dias contínuos, sem prejuízos de prorrogações desde que devidamente fundamentada a prorrogação. A captação ambiental poderia ter o prazo semelhante.
- q) Prever expressamente a interceptação telemática e informática em tempo real e no pretérito do WhatsApp, assim como infiltração e obrigar expressamente que o provedor adote medidas para tanto, sob pena de multa diária entre outras penalidades. Permitir também acesso via QRCODE com espelhamento de conta, mediante ordem judicial;
- r) Acesso mais fácil pela Polícia a Bancos de Dados, tais como: faturas de energias, águas, telefônicas, SPC, SERASA entre outros, diante de práticas delitivas para imprimir celeridade.

---

[1] Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado na Coordenadoria de Plantão Metropolitano. Formado pelo Centro Universitário Jorge Amado - UNIJORGE. Foi Advogado e consultor jurídico. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Direito Processual Penal. Foi professor de Criminologia, Ética, Direitos Humanos e Cidadania do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado da Bahia. Atuou também como professor de Direito Penal, Legislação Penal Especial e Medicina Legal das Faculdades 2 de Julho. E, como professor de Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário da Bahia (Estácio de Sá). Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso - ACADEPOL/MT.

[2] Mudanças referentes a legítima defesa: Art. 25 (...) Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa: I – o agente policial ou



de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e, II – o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes;

[3] Mudança na Lei nº. 12.850/2013: Art. 2º (...) §9º O condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado através de organização ou associação criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

[4] "Art. 28-

A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

---

[i] **Disponível em:** <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/06/05/com-625-mil-homicidios-brasil-bate-recorde-de-mortes-violentas.htm>

[iii] **Que é o "plea bargain" ou "plea bargaining"?** É o modelo de Justiça criminal consensual ou negociada que se desenvolveu na tradição do sistema jurídico anglo-americano. Chama-se "plea bargain" ou "plea bargaining" ou, ainda, "plea bargain agreement", porque permite e incentiva o acordo, a negociação, entre o acusado de um crime e o Ministério Público (promotor ou procurador). No Brasil, por força de uma decisão do STF (em 2018), o acordo também pode ser feito com o Delegado de Polícia, sem a presença do Ministério Público. No sistema americano o réu (defendant), necessariamente sob a orientação de advogado(a), admitindo a existência de provas mínimas sobre sua culpabilidade (responsabilidade), aceita fazer a negociação (o "agreement"); confessa sua participação no crime ("pleading guilty") com o propósito de alcançar algum tipo de benefício penal, como redução da pena, perdão judicial, regime mais favorável de cumprimento da pena etc. (ver G. Brindeiro, *Estadão* 9/2/16). Em suma, "plea bargain" é a possibilidade de negociação no campo criminal que tem por objeto recíprocas concessões a partir da confissão do acusado ("guilty plea"). **Disponível**

**em:** <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/01/18/moro-sugere-plea-bargain-no-brasil-que-e-isso-e-possivel-seria-uma-revolucao/>

**[iii] Disponível em:** <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>

**[iv] Disponível em:** <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>

**[v] Disponível em:** <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>

## A PRÁTICA DE UPSKIRTING É CRIME NO BRASIL?

**JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR:** Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

MARCEL GOMES DE OLIVEIRA<sup>[1]</sup>

(Coautor)

Em que pese em nosso vernáculo não termos algo para exprimir a tradução de **upskirting**, esta é uma prática (ou fetiche) de fotografar e registrar imagens, em locais públicos ou privados, por debaixo da saia, vestido ou pelas entranhas de peças de roupa de uma pessoa sem o seu consentimento.

Geralmente, os adeptos desta prática abominável e ultrajante ficam monitorando suas vítimas (**alvos**) até o momento de distração para captar e registrar essas imagens, inclusive com exposição do rosto da vítima e do local da prática do **upskirting**.

Após à captação ou registro destas imagens com a nítida violação à imagem da pessoa e da dignidade da pessoa humana, é comum que essas imagens sejam disponibilizadas gratuitamente ou comercializadas na internet.

Sem sombras de dúvidas, essa prática de *upskirting* causa angústia, dor, humilhação, exposição indevida da intimidade da vítima e sofrimento emocional, depressão e até mesmo *suicídio*. Com isto, em nossa concepção, a prática de *upskirting* estará abrangida pela violação de intimidade (art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha, por força do advento da Lei nº. 13.772/2018 que acrescentou essa novel disposição).

Desse *modo*, pensamos que após a vigência da Lei nº. 13.772/2018, quem realizar a prática de *upskirting* estará sujeito às penas do art. 216-B, do Código Penal Brasileiro.

Porém, antes mesmo do advento da Lei nº. 13.772/2018, a Lei Maria da Penha já previa a *violência sexual* (art. 7º, inciso III, da aludida lei), violência esta entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (art. 7º, inciso III, da mencionada lei). O problema é que apesar dos esforços hercúleos da doutrina em procurar conferir um injusto penal dentro da nossa legislação<sup>[2]</sup>, em regra não havia um tipo penal específico para situação, diante da lacuna do ordenamento jurídico.

Retomando a discussão, a expressão “*violação de sua intimidade*” trazida pelo art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha, por força do advento da Lei nº. 13.772/2018 que acrescentou essa novel disposição trará grandes embates, por ser ampla demais.

Afinal, o que devemos entender por “*violação de sua intimidade*” da vítima? **Qual o seu alcance?**

**Essa tutela abrangeria apenas e tão somente à violação da intimidade da mulher vítima no âmbito doméstico no “aspecto sexual”, ou também abrangeria violação da sua intimidade no “seio familiar”, por exemplo, como exposição de brigas de família, humilhações, vexames etc. sem cunho sexual, mas que de certa forma viesse implicar na violação da intimidade?**

Em respostas as estas inquietações e seguindo a linha de interpretação (e exegese) sempre com observação da “*mens legis*”, pensamos que o legislador ordinário por meio da alteração legislativa em comento, quis ampliar o âmbito de proteção da mulher, vítima de violência de gênero, mas apenas no campo da

intimidade sexual. Tanto é verdade, que na parte da lei incriminadora trouxe também um dispositivo legal sob rubrica de **“registro de imagem não autorizada de intimidade sexual”** (o que reforça nosso ponto de vista do viés apenas de a violação de intimidade estar relacionada com a intimidade sexual). Esse apontado dispositivo veio para suprir uma lacuna no ordenamento jurídico penal, em que não criminalizava o registro não autorizado da intimidade sexual de dimensão sexual, lacuna esta apontada desde tempos pela doutrina e agora suprida – como será abordado adiante.

Logo, a interpretação mais adequada e em conexão com a *“mens legis”* a ser dada em nossa singela opinião, é aquela que prestigie a maior amplitude e alcance possível dessa proteção à intimidade sexual propriamente dita, para se evitar a proteção deficiente frente ao bem jurídico tutelado – embora não descartamos o surgimento de opiniões em sentido contrário, sob o argumento de que o Direito Penal como instrumento para tutelar a mulher, vítima de violência de gênero, deve ser dada à interpretação mais abrangente possível para outras situações que causem de certa forma violação da sua intimidade [saindo do enfoque propriamente sexual] (como por exemplo exposição de brigas de família, humilhações, vexames etc. sem cunho sexual, mas que de certa forma implique na violação da intimidade), não devendo o intérprete cingir a letra fria da lei. Outro argumento para essa outra possível corrente é de que a violação sexual<sup>[3]</sup> já estaria prevista no art. 7º, inciso III (pelas expressões: “qualquer conduta”; “qualquer modo” e ou que “limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”), da Lei Maria da Penha, logo, com essa inovação legislativa não faria sentido o legislador trazer palavras inúteis no texto da lei, assim o novo conceito da **“violação da intimidade”** (art. 7º inciso II, da Lei Maria da Penha) teria maior amplitude e não se limitaria a **violação de intimidade de cunho sexual**, vez que já existiria a violência sexual expressamente prevista, querendo o legislador com isso, dar uma interpretação mais elástica na Lei Maria da Penha, no tocante à expressão de **“violação da intimidade”**.

Sob essa perspectiva, o art. 7º, inciso III (pelas expressões: **“qualquer conduta”; “qualquer modo” e ou que “limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”**), da Lei Maria da Penha já poderia alcançar atos de conotações sexuais de violência ao gênero feminino, mas fato é que agora temos um novo inciso que não deixa mais margens para dúvidas.

De qualquer forma, caberá a doutrina e jurisprudência formarem o entendimento sobre o tema.

De outro lado, avançando às análises, caso estejamos diante das condutas de oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia pensamos ser plenamente possível, a depender do contexto, que incida o art. 218-C, do Código Penal Brasileiro.

**Confronto entre o art. 216-B (inclusive a prática do *upskirting*) e o art. 218-C, ambos do Código Penal Brasileiro:** os núcleos do art. 216-B, do Código Penal estão relacionados ao registro, produção do vídeo, fotografia etc. Por outro lado, os núcleos do art. 218-C, do Código Penal estão relacionados com a divulgação do vídeo, fotografia etc. de cena de sexo, nudez ou pornografia, também sem o consentimento da vítima(s). Veja o quadro abaixo para melhor ilustração:

| Art. 216-B, CPB  | Art. 218-C, CPB  |
|--|--|
| <p><b>Registro não autorizado da intimidade sexual</b></p> <p><b>Art. 216-B-</b> Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:</p> <p><b>Pena</b> - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.</p> <p><b>Parágrafo único.</b> Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.</p> | <p><b>Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia</b></p> <p><b>Art. 218-C.</b> Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:</p> <p><b>Pena</b> - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.</p> <p><b>Aumento de pena</b></p> <p><b>§ 1º</b> A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou</p> |

tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

**Exclusão de ilicitude**

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no **caput** deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.

Observe que a pena do delito do art. 218-C, CP é muito mais elevada que a pena do art. 216-B, CP, porque o legislador pune-se mais severamente o ato de divulgar que o ato de registrar.

Além do mais, o art. 218-C, do CPB dispõe de causa de aumento de pena e hipótese de exclusão da ilicitude, enquanto o art. 216-B, do CPB, nada traz.

**Questão tormentosa que poderá causar celeuma na doutrina e jurisprudência seria o concurso entre os delitos do art. 216-B (inclusive a prática do *upskirting*) e 218-C. Indaga-se: o agente que filma e em seguida divulga o vídeo, incorre nos delitos dos arts. 216-B (inclusive a prática do *upskirting*) e 218-C, em concurso material ou, incidiria apenas no delito do art. 218-C, ficando o art. 216-B absorvido?**

O professor Rogério Sanches, em posição a qual nos filiamos, defende que “caso o agente faça o registro indevido e posteriormente divulgue a cena deve responder pelos crimes dos arts. 216-B e 218-C em concurso material” (SANCHES, 2018, p. 8)<sup>[1]</sup> (contextos fáticos diversos).

A despeito disso, não podemos ignorar que surgirá corrente defendendo absorção do **art. 216-B, do Código Penal Brasileiro** pelo delito do **art. 218-C, do Código Penal Brasileiro** (contextos fáticos diversos).

O importante será analisar os contextos fáticos (se diferentes), porque caso estejamos no mesmo contexto fático as respostas poderão variar.

Ademais, o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal prescreve que “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”, todavia, mesmo sendo passível de indenização, os casos do denominado *upskirting* só tem aumentado no Brasil e em outros países.

### - **Análise da prática do *upskirting* sob o enfoque médico legal das parafilias**

Outro ponto a ser observado trata da prática do *upskirting* no enfoque médico legal das parafilias. Diga-se de passagem que, inclusive o assunto é pouco tratado pela doutrina nessa vertente.

Conforme **Genival Veloso de França** (2011, p. 271) as parafilias ou transtornos sexuais “são distúrbios qualitativos ou quantitativos, fantasias ou comportamentos recorrentes e intensos que surgem de forma inabitual, de origem orgânica ou simplesmente por preferências sexuais”.

O professor **Rogério Greco** (2011, p. 194) ainda afirma que esses transtornos (sexuais) “podem vir a ocasionar atos delinquentiais, com graves repercussões jurídicas”. Como é o caso do *upskirting* que pode variar no **autoerotismo** ou na **pictofilia** (grafolagnia ou iconofilia). Podemos ainda dizer que o art. 216-B pode se encontrar associado a outras parafilias, tais como o *voyeurismo*, *parascopismo* e a *grafelagnia*. Dito isto, conceituamos cada uma das parafilias citadas:

a) **pictofilia** (grafolagnia ou iconofilia): a excitação é alcançada através de fotos ou quadros eróticos;

b) **autoerotismo**: apenas uma fotografia, um vídeo já é suficiente para contemplação;

c) **voyeurismo**: o ato de assistir, gravar, registrar pessoas peladas ou praticando relações sexuais, sem o consentimento destas;

d) **parascopismo**: variante de voyeurismo, praticado através de janelas de dormitórios;

e) **grafelagnia**: excitação a partir de fotos de sexo e nudez.

### - **Da problemática do alcance do conceito de “nudez” e de sua abrangência sob aspecto cultural, moral, legal entre outros para fins de *upskirting* e o novel delito em estudo**



Advogamos a ideia de que o conceito de nudez vai além do conceito simples e singelo que vulgarmente é propagado.

Tanto é assim que, também entendemos que não se pode cingir apenas ao “nu” propriamente dito, sob pena de fazer interpretação rasa da vontade do legislador.

Em verdade, a nudez pode se dar de modo integral como de modo parcial (semi-nudez) e o intérprete deve estar atento a isso. A abrangência da nudez integral e parcial (semi-nudez) dependerá também do aspecto cultural, moral e regional. Melhor exemplificando ainda que de forma radical: em análise ao aspecto da cultura e regional, não se tem como comparar a cultura e moral caipira e do interior com uma cultura de uma capital brasileira litorânea, por exemplo. Obviamente, o alcance de nudez integral e parcial terão dimensões diferentes a depender dos aspectos culturais, morais entre outros.

De qualquer forma, é o caso concreto que será a diretriz da interpretação.

Certamente, surgirão correntes interpretativas que rejeitem a ideia de que estando a vítima sendo fotografada ou filmada com roupas íntimas (pessoas de calcinhas, saias e vestidos curtos [estando a vítima de calcinha ou desnuda], “lingerie”, cueca, biquíni a depender do contexto, sutiã, etc), não haverá, é claro, ato sexual ou libidinoso e se questionará a configuração da “nudez” neste ponto.

Nos ensinamentos do festejado doutrinador e delegado **Eduardo Luiz Santos Cabette**:

*“Entende-se, contudo, que a nudez a que se refere a lei não precisa ser completa, aliás não há essa exigência de completude na letra da legislação. A nudez pode ser completa ou parcial (semi – nudez). Ninguém pode duvidar que a filmagem, fotografia etc., de uma mulher em trajes íntimos, sem sua autorização configura o tipo penal em questão, não havendo necessidade de que não esteja vestida com nenhuma peça de roupa. O caso concreto deverá ser analisado. Possivelmente uma pessoa de pijamas ou camisola comprida não servirá, mas um homem de cuecas ou uma mulher somente com calcinha parecem se enquadrar na previsão legal. Ademais, no caso do “upskirting” há que levar em conta que em certos casos a vítima poderá estar desprovida de roupas íntimas e então a nudez será realmente completa nas imagens, fotos ou registros obtidos” (CABETTE, p. 1, 2019).*

Continuando com a exposição do delegado de polícia, **Eduardo Luiz Santos Cabette**, este de forma profunda seguindo nossa linha de entendimento também, vai mais além quanto ao significado de nudez, asseverando como já dito acima de que é algo oscilante na cultura e da moral de um povo, sendo que a análise do caso concreto é quem nos dirá isso. Citemos:

*“A palavra nudez ou somente nu, também é correto dizer, diz-se do estado de uma pessoa não estar vestida. Por diversas vezes, faz referência ao estado de **desgaste, da pouca roupa, ou até mesmo das convenções ou regras de uma determinada cultura ou de uma determinada situação que tenha sido estabelecida (...)**. A nudez em algumas culturas ocidentais pode ser considerada erótica e em outro ponto é considerada como sendo um estado normal, ao qual não é atribuído qualquer sentimento ou qualquer emoção. Mesmo que exista muitas definições da palavra nudez, esta, na maioria das vezes, significa que o corpo não é coberto com roupas. (...) **a sua definição tem diferentes conotações que são subjetivas**. A palavra nudez que tem sua origem etimológica no latim “nudus” é a tradução literal de alguém que está sem roupa. **Um estado de nudez completa, é aquele em que não existem pessoas vestidas com cobertura das partes do corpo mais íntimas, ou seja, estão totalmente sem roupas. Já a nudez parcial pode se referir a alguém vestido apenas com uma canga cobrindo os órgãos genitais**. Como exemplo da nudez parcial pode-se mencionar algumas tribos de índios, espalhados por algumas regiões do Brasil. No antigo Egito um ato de nudez feminina era considerado a maneira com que as mulheres exibiam seus cabelos naturais” (grifos nossos)(CABETTE, p. 1, 2019).*

Nos valendo ainda das lições de **Eduardo Luiz Santos Cabette**, acerca do problemática da nudez ou semi-nudez, temos ainda que:

*“No que diz respeito aos casos de exposição sensual ou de nudez de crianças e adolescentes, já se tem interpretado, inclusive o STJ, que quando o artigo 241– E do ECA (Lei 8.069/90) se refere à exposição de órgãos genitais, estes podem estar recobertos ou totalmente em exibição, o que importa é o caráter de exploração da sensualidade. Parece óbvio que a exposição e uma menina trajando apenas calcinhas em circunstâncias insinuantes se adequa aos tipos penais do Estatuto. “Mutatis mutandis” parece que o mesmo entendimento, por interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, pode ser perfeitamente*

*aplicável ao artigo 216-B, CP nos casos de “upskirting” e outras situações de registro de semi – nudez sensual” (CABETTE, p. 1, 2019).*

Por fim, entendemos que havendo o “zoom”, “close” ou “closed” de imagem ou filmagens de registros com o nítido propósito e o contexto dessa captação é que serão imprescindíveis ao caso concreto para o alcance da nudez ou semi-nudez, lembrando que a intenção do legislador na justificativa do novo tipo penal foi contemplar também essas situações - por mais que a redação do texto legal não tenha sido das melhores, como de costume.

## DA CONCLUSÃO

Encerra-se o trabalho, afirmando que prática de **upskirting** é prevista como crime no Brasil, podendo a depender do contexto fático, se enquadrar na hipótese do art. 216-B, do CPB ou do art. 218-C, ambos do Código Penal Brasileiro, pela violação de intimidade (art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha, por força do advento da Lei nº. 13.772/2018 que acrescentou essa novel disposição) e edificou também uma nova figura incriminadora (art. 216-B, do CPB) no Código Penal Brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PROJETO DE LEI N.º 10.151, DE 2018 (Do Sr. Carlos Sampaio)**. Altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal brasileiro, para tipificar a ação de se fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, em local público ou acessível ao público, as partes íntimas da vítima, sem o seu consentimento. Disponível em: <<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=43D838AA6DDA6F02259A2E4841930DF3.proposicoesWebExterno2?codteor=1659542&filename=Avulso+-PL+10151/2018](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=43D838AA6DDA6F02259A2E4841930DF3.proposicoesWebExterno2?codteor=1659542&filename=Avulso+-PL+10151/2018)>>. Acesso em 04 de janeiro de 2018.

\_\_\_\_\_. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PROJETO DE LEI Nº , DE 2018. (Do Sr. RAFAEL MOTTA)**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para incluir o crime de violação de intimidade. [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1642886](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1642886). Disponível em:<<

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1642886](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1642886)>>. Acesso em 04 de janeiro de 2018.

**CABETTE, Eduardo Luiz Santos.** Violação da intimidade como violência doméstica contra a mulher e o novo crime de registro não autorizado da intimidade sexual. **Disponível em:** <<<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/664153368/violacao-da-intimidade-como-violencia-domestica-contr-a-mulher-e-o-novo-crime-de-registro-nao-autorizado-da-intimidade-sexual>>>. Acesso em 18 de janeiro de 2019.

**FRANÇA, Genival Veloso de.** Medicina Legal. **9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.**

**GRECO, Rogério.** Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal: **teoria resumida. 10. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.**

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim; OLIVEIRA, Marcel Gomes de. **Comentários à Lei 13.772 de 2018 – O novo conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha e o novo delito do art. 216 – B do Código Penal Brasileiro.** Disponível em: <<[www.amdepol.org](http://www.amdepol.org)>>. Acesso em 18.01.2019.

O QUE é nudez? **Disponível em:** <<<https://oquee.com/nudez/>>>. Acesso em 17.01.2019.

[1] Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado na Coordenadoria de Plantão Metropolitano. Formado pelo Centro Universitário Jorge Amado - UNIJORGE. Foi Advogado e consultor jurídico. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Direito Processual Penal. Foi professor de Criminologia, Ética, Direitos Humanos e Cidadania do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado da Bahia. Atuou também como professor de Direito Penal, Legislação Penal Especial e Medicina Legal das Faculdades 2 de Julho. E, como professor de Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário da Bahia (Estácio de Sá). Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso - ACADEPOL/MT.

[2] Antes do advento da Lei nº. 13.772/2018, a doutrina procurava imputar o antigo artigo 61 da Lei das Contravenções Penais (apenas com pena de multa) pela prática de "importunação ofensiva ao pudor" e os possíveis crimes contra a honra, diante das práticas de *upskirting*. Pensamos que neste último raciocínio, apenas se teria a possível prática de possíveis crimes contra a honra, se exteriorizada a conduta, ou seja, com a divulgação que poderia redundar no dia de hoje no art. 218-C, do CPB.

[3] Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; [\(Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018\)](#)

III - a **violência sexual**, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

[i] Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/novo-crime-registro-nao-autorizado-da-intimidade-sexual/>.

## **ESTUDO DA LEI 13.718/2018 - BENÉFICA OU MALÉFICA?**

**ANIELI DOS SANTOS MODERNEI:**

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho é uma análise da Lei 13.718/2018, que entrou em vigência no dia 25/09/2018. A mudança esteve prevista em substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD 2/2018), projeto de lei (PLS 618/2015) da senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM). O projeto de Lei esteve em análise na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Sancionada pelo presidente da República em exercício Dias Toffoli, presidente do STF, em seu primeiro ato de substituição como chefe do Poder Executivo. Vale aclarar, que o crime que leva rubrica de importunação sexual foi inserido no Título VI- Dos crimes contra a dignidade sexual, Capítulo I - Dos crimes contra a liberdade sexual, artigo 215-A, deixando evidente que o Poder Legislativo consagrou que o "pudor" não se relaciona mais com "dignidade sexual", como era adotado no código de 1940.

O referido projeto de lei foi criado após os episódios ocorridos em transporte público brasileiro, em que homens ejacularam em mulheres e o comportamento de outros criminosos que se aproveitam da aglomeração de pessoas no interior de ônibus e metrô, acompanhados ou não de "encoxadas", "apalpadas" e até "ejaculação", nas modalidades criminosas até então existentes: contravenção de importunação ofensiva ao pudor, infração de menor potencial ofensivo, com previsão de pena ínfima; ou crime de estupro, de natureza hedionda, cuja pena prevista é de 6 a 10 anos de reclusão. Anteriormente, esse comportamento era enquadrado na contravenção penal, punido somente com multa, mas agora essa prática passará a ser enquadrada na novel norma. Cabe destacar que a competência para processar e julgar será da Vara Criminal comum, ressalvados os casos de violência doméstica e familiar contra mulher, prevista na Lei da Violência Doméstica, que veda, inclusive, a aplicação da Lei 9.099/95.

### **2. METODOLOGIA**

A metodologia utilizada para desenvolver o referido trabalho, irá se basear em pesquisas sobre Lei 13.718/2018, que segundo o dispositivo é crime "Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro".

Além de doutrinadores que destacam acerca do tema: “Criminalizar a importunação sexual de forma autônoma é impedir que não seja conferido um tratamento mais brando para as situações nas quais a mulher é nitidamente constrangida, assediada” (LIMA, MUNIZ NETO, 2018a).

Afinal, no fenômeno penal e processual penal é significativo ter em mente que as palavras dizem coisas, sendo elas limites de legalidade, e portanto necessário trabalhar profundamente sobre seus significados (LOPES JR., 2014). Assim sendo, obviamente que, constranger alguém com violência ou ameaça para que se permita a prática do ato libidinoso se distingue da conduta de praticar o ato sem a anuência da vítima.

Cabe destacar, que “A criação do crime de importunação sexual caracteriza um avanço em um Direito Penal machista e que, em nome da promoção da proporcionalidade, resultava em situações de impunidade em crimes contra a liberdade sexual” (LOPES JR., et all, 2018; LIMA, MUNIZ NETO, 2018a).

E ainda, “A cultura do estupro, reconhecidamente presente no Brasil, merece freios estatais sempre. Se deve evitar, todavia, que em nome do bem se promova mais violência, especialmente contra as vítimas, que tiveram ceifada a ação pública condicionada à representação” (LOPES JR., et all, 2018; LIMA, MUNIZ NETO, 2018a).

Ademais, como também a leitura de alguns artigos escritos, e livros de especialistas na área, decisões e julgados que se aplicaram a novel norma, bem como prós e contra sobre sua relevância jurídica.

### **3. RESULTADOS E DISCUSSÃO**

A Lei 13.718/18, que trata os crimes contra a dignidade sexual, que criminaliza a conduta de “praticar contra alguém e sem sua anuência ato libidinoso com objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão de 1 a 5 anos, se o ato não constitui crime mais grave. O crime em comento é infração penal de médio potencial ofensivo, sua pena de reclusão é de 1 a 5 anos, o que impede o arbitramento de fiança em sede policial, mas admite a suspensão condicional do processo após oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Considerada, anteriormente como contravenção penal, no art. 61 da Lei de Contravenções Penais, onde a prática de “Importunar alguém, em lugar público



ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor”, era punida com multa, o dispositivo penal deixa de considerar o pudor como fato determinante, para inserir como delito a prática de ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou de outrem.

Cabe destacar, a decisão que não houve a aplicação da lei atual, pois não se tinha enquadramento adequado, o caso se trata de um homem que assediou mulher dentro de um ônibus e foi liberado. Magistrado entendeu que não houve violência e que a ação não configura crime, mas contravenção penal. Em sua justificativa, o juiz afirma que Novais – homem em comento, ao ejacular no pescoço da passageira, não foi violento e nem ameaçou a vítima. “O crime de estupro tem como núcleo típico constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, diz a decisão, citando o que diz o artigo 213 do Código Penal. “Na espécie, entendo que não houve o constrangimento, tampouco violência ou grave ameaça, pois a vítima estava sentada em um banco do ônibus quando foi surpreendida pela ejaculação do indiciado”, continuou. O magistrado Souza Neto, que afirma que “O ato praticado pelo indiciado é bastante grave”, mas entende que Novais precisa de “tratamento psiquiátrico e psicológico”. Ao entender que a conduta de Novais não configura estupro contra a passageira do ônibus, o juiz recorreu à Lei das Contravenções Penais (3.688/1941), que em seu artigo 61 determina pagamento de multa, e não prisão, para “Importunação ofensiva ao pudor”.

Cabe destacar o HC, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que concedeu Habeas Corpus para desclassificar uma condenação por estupro para importunação sexual. O tribunal aplicou ao caso o novo artigo 215-A do Código Penal, que descreve o crime de importunação sexual e divulgação de cena de estupro. Ademais, O Ministério Público levou o caso ao STJ e a relatora, ministra Laurita Vaz, cassou a decisão da segunda instância e restabeleceu a sentença. No agravo levado à turma, reconsiderou. Disse que, apesar de o crime ser reprovável, a conduta não pode ser igualada ao crime de estupro, que requer o uso da violência ou de grave ameaça. Para Laurita, o caso analisado se enquadra na situação descrita pelo recém-criado artigo 215-A do Código Penal, que tipificou o crime de importunação sexual.

A Lei 13.718/2018, ainda regulamentou o estupro coletivo que agrava penas para o crime de estupro, anteriormente com pena prevista de 6 a 10 anos de prisão. Com a legislação atual, nos casos em que o estupro é cometido por duas ou mais pessoas, a pena aumenta em um quarto. De acordo com o novo texto em discussão, nesses casos, a pena será aumentada de um terço a dois terços. Se o crime for cometido em local público ou transporte público ou se o ato ocorrer durante a noite, em lugar ermo, com emprego de arma ou qualquer meio que dificulte a defesa da vítima, a pena também será aumentada em um terço.

Ademais, regulamentou sobre a divulgação de cena de estupro ou de imagens de sexo, sem que haja consentimento da pessoa atingida, também passa a ser tipificada. Será punida com pena de um a cinco anos de prisão a pessoa que divulgar, publicar, oferecer, trocar ou vender fotografia ou vídeo que contenha cena de estupro ou estupro de vulnerável. Em situações em que o crime seja praticado por pessoa que mantém ou tenha mantido relação íntima afetiva com a vítima, independente de sexo/gênero, a pena é agravada em dois terços.

Portanto, agora, a ação penal será pública incondicionada para todos os casos, antes a regra era condicionada à representação da vítima e incondicionada nos casos de vulnerabilidade. Neste ponto, pensamos que andou mal o legislador e, ao aparentemente ampliar a proteção da vítima - maior e capaz - o que fez foi menosprezar sua capacidade de decisão, escolha e conveniência. A exigência de representação para vítimas maiores e capazes, por ser um ato sem formalidade ou complexidade, assegurava à vítima o direito de autorizar ou não a persecução penal.

#### **4. CONCLUSÕES**

Em suma, com a vigência da nova lei, se deu importante passo na caminhada pelo reconhecimento das liberdades sexuais e punição das respectivas violações, sobretudo em atenção às condutas observadas no cotidiano, em que a presença de violência ou ameaça em que se tem a violação de liberdade sexual.

O que se percebe com a inclusão do crime de importunação sexual é a divisão dos atos libidinosos em crimes distintos, o primeiro com violência e ameaça, com vias inclusive à conjunção carnal, e o segundo, trazido pela legislação em análise, que puni os casos de beijos forçado, apalpadinhas, não consentidas, e demais atos libidinosos em que a vítima não concedeu autorização ao agente.

Portanto, com a tipificação da conduta de importunação sexual essa problemática cessa, abrangendo os casos em que a violência simbólica, moral, ou psicológica se manifestam, tendo em vista a complexa verificação de tipos penais que não deixam vestígios.

Assim sendo, a legislação trouxe ainda o respeito efetivo aos princípios da legalidade e da proporcionalidade na aplicação das penas, pois aos casos em que não havia violência, inexistia tipo penal específico para classificá-los

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARTA CAPITAL. **Caso de ejaculação em ônibus não configura estupro, afirma juiz.** Acessado em 28 out. 2018. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/ejaculacao-em-onibus-naoconfigura-estupro-afirma-juiz>.

CONJUR. **STJ concede HC e aplica nova lei de importunação sexual para reduzir pena.** Acessado em 29 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-25/stj-concede-hc-aplica-lei-importunacao-sexual>

CHAKIAN de Toledo Santos, Silvia. **Novos crimes sexuais, a Lei 13.718/18 e a questão de gênero na aplicação do Direito.** Acessado em 29 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018>.

LIMA, Daniel, MUNIZ NETO. **Estupro e gênero: evolução histórica e perspectivas futuras do tipo penal no Brasil.** Canal Ciências Criminais, 2018a. Acessado em 29 out. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-genero-brasil/>.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da; BRAMBILLA, Marília; GEHLEN, Carla. **O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18?** Acessado em 29 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>.

## **A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDOS PELA LEI 4.728/65 E DECRETO-LEI 911/69 - UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA E ECONÔMICA ACERCA DO RESP 1.622.555-MG**

**LUCAS FELIPE ZUCHI:** bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, acadêmico premiado com o mérito estudantil de melhor aproveitamento dos formandos 2018/2 pela OAB.

Monografia submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Professor Msc. Luís Gustavo dos Santos

**RESUMO:** A presente monografia cujo tema é a (in)aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, regidos pela Lei 4.728/65 e Decreto-Lei 911/69 – uma análise principiológica e econômica acerca do REsp 1.622.555/MG, tem como pressuposto o estudo dos contratos de alienação fiduciária e aplicação da teoria da substancial performance, uma vez que o julgamento do REsp 1.622.555 em 2017, restou por causar instabilidade jurídica na seara do direito bancário, porquanto declarou inadmissível tal teoria na espécie contratual aqui estudada. O objetivo geral é verificar a aplicabilidade do instituto do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, busca-se analisar o aporte principiológico norteador de tal aplicabilidade, bem como averiguar se o julgamento do REsp 1.622.555 está em consonância com os princípios gerais implícitos no ordenamento jurídico e as circunstâncias exteriores de influenciização do julgado, mediante a análise econômica do direito, hermenêutica jurídica, além da análise processual acerca das demandas repetitivas, identificando os elementos teóricos e práticos essenciais à matéria e sua aplicação no direito brasileiro. Os objetivos específicos são analisar, em primeiro ponto, os princípios da nova seara contratual, conceituando-os e posteriormente relacionando-os com a teoria do adimplemento substancial, posteriormente, será averiguado o contrato de alienação fiduciária, espécie de negócio fiduciário, com o fito de averiguar algum empecilho para a aplicação da

referida teoria, e como tal contrato se deu no direito brasileiro. Por fim, far-se-á a análise do julgado, buscando verificar a consonância dos motivos do julgamento com os princípios e contrato estudados. Com um aporte crítico, será analisado qual a importância que fora dada ao consumidor no referido julgado, a compatibilidade da norma de direito processual e de direito material, a hermenêutica aplicada e as consequências do julgado e, por fim, a análise econômica do direito realizada pelo STJ, verificando se o mesmo fora fator determinante para o julgado. A pesquisa se justifica na medida em que o contrato de alienação fiduciária possui um grande papel econômico na seara de financiamentos, e diante da instabilidade financeira, muitos poderão ser vítimas de um inadimplemento de escassa importância, mostrando-se necessária a pesquisa para averiguação do fator financeiro, ou seja, a supremacia do interesse privado sob a sociabilidade e função social da propriedade, além dos princípios que norteiam o direito civil brasileiro, visando ressuscitar a aplicabilidade de tal teoria que poderá impedir o poder ilimitado do credor de reaver seu crédito, o qual acarretará a venda extrajudicial do bem financiado, de forma desvalorizada, para quitação de parcela ínfima, a qual poderá ser mitigada mediante a persecução de crédito por outros meios previstos na lei. Quanto à metodologia empregada, denota-se a utilização do método indutivo, o qual fora subsidiado com pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Alienação Fiduciária em garantia de bens móveis - Teoria do Adimplemento Substancial - Hermenêutica jurídica e a análise econômica do direito - Princípios gerais e contratuais - Direito processual e Direito material.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. CAPÍTULO 1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO CONTRATUAL E ANÁLISE ACERCA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. 1.1 CONCEPÇÃO JURÍDICA DE PRINCÍPIO E SUA FORÇA NORMATIVA. 1.2 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS. 1.3 A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. 1.3.1 ORIGEM HISTÓRICA E DIREITO COMPARADO. 1.3.2 CONCEITUAÇÃO. 1.3.3 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA. CAPÍTULO 2 O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E O CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.1 CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA DA FIDÚCIA. 2.2 O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO. 2.3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS. 2.3.1 A CAUSA FIDUCIAE E A TRANSMISSÃO FIDUCIÁRIA. 2.3.2 DO CONTEÚDO DO NEGÓCIO – DIREITOS E DEVERES DAS PARTES. 2.3.3 DO INADIMPLENTO, DA MORA E SUAS CONSEQUÊNCIAS. CAPÍTULO 3 A

(IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDOS PELA LEI 4.728/65 E DECRETO-LEI 911/69 – UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA E ECONÔMICA ACERCA DO RESP 1.622.555-MG 68 3.1 INTRODUÇÃO ÀS RAZÕES DO JULGAMENTO E SUA SOCIA. 3.2 A VIOLAÇÃO DA ORDEM ECONOMICA FRENTE A IRRELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO JULGAMENTO. 3.3 A ESPECIALIDADE DE NORMA PROCESSUAL COMO SUCEDÂNEO A LIMITAÇÃO DO DIREITO MATERIAL. 3.4 DA HERMENÊUTICA (IN)APLICADA E DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA: OS RECURSOS REPETITIVOS E CASOS ANÁLOGOS EM QUE HOVE A APLICAÇÃO DA TEORIA POSTERIOR AO JULGAMENTO DO RESP. 3.5 O JULGAMENTO DO RESP 1.622.555 NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO: MOTIVO DETERMINANTE DO JULGADO? CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.

## ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

**Adimplemento substancial:** uma limitação ao direito formativo do contratante não inadimplente à resolução, limite este que se oferece quando o incumprimento é de somenos gravidade, não chegando a retirar a utilidade e função da contratação[1].

**Alienação Fiduciária em Garantia:** forma de propriedade que se dá mediante contrato por meio do qual há “[...] a transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida”[2].

**Análise econômica do direito:** “[...] exame da elaboração, da conformação e das consequências da aplicação de conceitos jurídicos diversos no ordenamento, bem como dos impactos ocasionados pela execução das decisões judiciais, tal disciplina visa inferir se dada situação é economicamente viável”[3].

**Cláusulas gerais (princípios gerais):** “[...] normas orientadores que se apresentam sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao magistrado, vinculando-o e dando margem para decisão, tendo em vista sua característica abstrata [...] o juiz poderá julgar o caso segundo os valores jurídicos, sociais,

econômicos e morais, relacionados ao caso concreto, na medida em que a legislação não trará ideal de justiça”[4].

**Credor-Fiduciário:** titular do domínio (ou Propriedade), a qual se resolverá com o implemento da obrigação, operando-se a transferência da Propriedade, então, para o Devedor-Fiduciante, situa-se nesta condição a instituição financeira[5].

**Devedor-Fiduciante:** “[...] possuidor direto, com responsabilidade de depositário’ (caput do art. 66 da Lei n.º 4.728) e não proprietário do veículo, [...]”[6]. Aqui se insere a figura do consumidor.

**Direito Material:** “[...] norma de caráter substancial (direitos, deveres, dentre outros), correspondente ao mérito do processo [...]”[7].

**Direito Processual:** “[...] meio de exercício da jurisdição, tendo a função de tutelar situações jurídicas, em casos concretos, introduzidos em um processo[...]”[8].

**Estado Democrático de Direito:** Estado “[...] que intervém nos domínios econômico, social e cultural, obedecidos os parâmetros mínimos de cidadania política, justiça, representatividade, legalidade e legitimidade”[9].

**Hermenêutica jurídica:** “A hermenêutica jurídica se retrata na proposta de descrever as condições reais do intérprete, sendo este um sujeito integrado à um meio cultural, sem o qual não é imaginável ter acesso a um texto determinado”[10].

**Inadimplemento:** “[...] quando não há o pagamento no prazo previsto e a prestação se torna definitivamente impossível de ser cumprida, por fato que lhe seja imputável, ou lhe não possa ser imputado”[11].

**Instituições Financeiras:** “[...] pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a (1) coleta, (2) intermediação ou (3) aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a (4) custódia de valor de propriedade de terceiros”[12].

**Justiça Social:** circunstância em que “[...] o todo contribui para com cada um, não como uma dádiva generosa e paternalista, mas como um dever decorrente de sua condição inalienável de parte do todo, provedor e beneficiário potencial e efetivo”[13].

**Mora:** “[...] quando se retarda no cumprimento da obrigação, tornando-se impontual no pagamento da dívida ou de uma de suas prestações, sem que se torne definitivamente impossível o adimplemento”[14].

**Princípios:** “[...] 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 exata compreensão e inteligência delas, exatamente, porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”[15].

**Propriedade Resolúvel:** Propriedade transitória, em que o advento da condição ou termo final pode acarretar a resolução ou a perda da Propriedade, fazendo-a retornar ao patrimônio do proprietário anterior (art. 1359 do CC).

**Segurança Jurídica:** “[...] o princípio geral da segurança jurídica em *latu sensu*, abrange a ideia de proteção da confiança, podendo ser conceituado como o direito do indivíduo de poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos sejam alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas, com efeitos jurídicos previstos na seara jurídica[...]”[16].

---

## INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto o estudo da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, previstos na lei de mercado de capitais (lei 4.728/65) com processo regulado no Decreto-Lei 911/69, bem como da análise acerca das razões dadas ao REsp 1.655.222/MG.

O seu **objetivo geral** é verificar a (in)aplicabilidade do instituto do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, sendo que a de bens imóveis instituída pela lei 9.514/97 não fora objeto da presente monografia, já os **objetivos específicos** consubstanciam-se na análise principiológica norteadora de tal aplicabilidade, bem como averiguar se o julgamento do REsp 1.622.555/MG está em consonância com os princípios gerais implícitos no ordenamento jurídico e as circunstâncias exteriores de influenciização do julgado, mediante a análise econômica do direito e hermenêutica jurídica, além da análise processual acerca das demandas



repetitivas, identificando os elementos teóricos e práticos essenciais à matéria e sua aplicação no direito brasileiro. Assim, busca-se sucedâneo a aplicação da referida teoria mesmo diante de tal julgamento.

Ressalta-se que diante do cenário econômico atual, em que o capitalismo atua de forma exacerbada e sem freios, a presente monografia possui tais objetivos porquanto o recurso retro citado restou por sedimentar a inaplicabilidade da teoria, a qual era corriqueiramente utilizada como limitador da discricionariedade das instituições financeiras para ingresso de busca e apreensão ao invés de outra ação para persecução do crédito menos prejudicial ao devedor.

Assim, em uma análise da recepção de tal lei frente aos dispositivos constitucionais e análise principiológica do instituto, porquanto a alienação fiduciária de bem móveis é um grande instituto gerador do desenvolvimento comercial, além de atingir com a função social da propriedade, e ao considerar a realidade de juros elevados que remuneram por demais o capital financiado pela instituição financeira, busca-se visualizar se a apreensão e conseguinte venda extrajudicial do veículo mesmo diante do adimplemento substancial do contrato vai de encontro com o sistema principiológico brasileiro ou, se o credor em condição de superioridade está no pleno exercício regular de um direito, amparado pelo judiciário para evitar o colapso do mercado econômico frente ao grande número de financiamentos existente no mercado atual.

No Capítulo 1, tratar-se-á dos princípios pertencentes ao direito contratual, bem como acerca da teoria do adimplemento substancial, desta forma, será visto a concepção de princípio e qual sua força normativa, além de adentrar especificamente nos princípios da boa-fé contratual e seus reflexos, função social do contrato e da propriedade, autonomia da vontade, sociabilidade, justiça contratual, *pacta sunt servanda*. Por fim, destacar-se-á a teoria do adimplemento substancial, os pressupostos para sua aplicação, conceituação e origem histórica, inclusive no direito comparado, ressaltando pressupostos de execução prática jurisprudencial e sua finalidade.

No Capítulo 2, cuidar-se-á do estudo do negócio fiduciário bem como do contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis no ordenamento jurídico brasileiro, abarcando as especificidades deste tipo contratual, características, origem histórica, ressaltando neste ponto a fidúcia, sob perspectiva do direito comparado e como esta se deu no direito brasileiro, serão demonstradas as obrigações do devedor-fiduciante e do credor-fiduciário, bem

como sua conceituação e da propriedade resolúvel. Por fim, será tratado do inadimplemento, da mora e seus reflexos, buscando-se averiguar eventual óbice decorrente de sua natureza para a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

No Capítulo 3, será realizada análise das razões do Recurso Especial 1.622.555/MG, com visão principiológica e econômica, visando demonstrar que o mesmo não está em consonância com o ordenamento jurídico, e diante do inesperado julgamento, restou por causar instabilidade na seara jurídica. Primeiramente serão demonstradas as razões do julgamento e se o mesmo está sem sintonia com o princípio da socialidade, e demais princípios estudados no primeiro capítulo. Sob prisma constitucional será analisado a violação da ordem econômica frente a irrelevância que fora dada ao consumidor, que sequer fora tratado assim no julgamento, bem como acerca da isonomia contratual. Posteriormente será tratado acerca da compatibilidade entre norma de direito material e processual, bem como acerca da hermenêutica jurídica aplicada e da segurança jurídica que se espera de REsp com o caráter de repetitivo. *In fine*, será tratado da análise econômica do direito realizada no respectivo julgamento, se este foi um motivo determinante para o seu mérito.

O estudo será desenvolvido para que seja respondida as seguintes dúvidas:

A teoria do adimplemento substancial dos contratos é aplicável ao contrato de alienação fiduciária em garantia regido pelo Decreto-Lei 911/69?

Poderá a norma de direito processual vedar a aplicação do direito material?

O julgamento do REsp 1.622.555 está em consonância com o aporte principiológico do ordenamento jurídico brasileiro?

Para este problema, levanta-se, num juízo *a priori*, as seguintes hipóteses, respectivamente:

Sim, porquanto tal teoria aplica-se indistintamente à todos os contratos previstos no direito brasileiro, desde que preenchidos seus requisitos. Contudo também há imposição legal de norma processual prevista na lei 911/69 que impõe a purgação da mora integral para liberação do veículo, porém não há expressa vedação de sua aplicação, já que pertence ao direito material, que muito embora não positivada é amplamente aplicada na jurisprudência, porquanto seus princípios estão presentes no ordenamento jurídico.

Não, porquanto o processo é o meio do Estado prestar a jurisdição, sendo um instrumento para persecução do direito material, desta forma poderá haver certos pressupostos para execução do direito material, mas nunca vedar a sua inteira aplicação, devendo haver compatibilidade entre estes, uma vez que o processo é um acessório necessário para a tutela buscada mediante a intervenção estatal.

Não, eis que a aplicação de tal teoria contém fundamento em princípios norteadores do novo paradigma introduzido ao ordenamento pelo Código Civil, como por exemplo, a boa-fé objetiva, função social dos contratos e a função social da propriedade, vedação ao abuso do direito e a proibição do locupletamento ilícito, dentre outras disciplinas que poderão ser aplicadas ao caso *sub judice*, como por exemplo, o sistema de proteção e isonomia assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor, a qual sequer fora utilizada no julgado.

A presente monografia irá se encerrar com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a (in)aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação[17]foi utilizado o Método Indutivo[18], na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano[19], e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente[20], da Categoria[21], do Conceito Operacional[22] e da Pesquisa Bibliográfica[23].

## Capítulo 1

### PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO CONTRATUAL E ANÁLISE ACERCA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

*Ab initio*, destaca-se que a presente monografia versa acerca da (in)aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contrato de alienação fiduciária em garantia de bem móvel, submetidos ao rito do Decreto-Lei 911/1969, desta forma, imprescindível a explanação introdutória a respeito dos princípios que regem as relações contratuais no Direito brasileiro, destacando-se, por razões técnicas, aqueles de maior relação com o objeto da pesquisa, qual seja, a aplicabilidade ou não da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

Assim sendo, além da explicitação acerca da concepção jurídica de um princípio *lato senso* e a conseguinte força normativa no ordenamento jurídico brasileiro, serão destacados os princípios da boa-fé contratual, função social do contrato, autonomia da vontade, sociabilidade, finalidade, função social da propriedade, justiça contratual, princípios previstos no Código de defesa do consumidor, *pacta sunt servanda*, princípios éticos do pagamento e proporcionalidade com o intuito de estabelecer um paradigma para consubstanciar a pesquisa acerca das influências principiológicas presentes na justificativa de suposta aplicação de tal teoria.

Destarte, adiante, destacar-se-á a teoria do adimplemento substancial em espécie, analisando-se os princípios da vedação ao abuso do direito e da vedação ao locupletamento ilícito, com a conseguinte análise conceitual e aplicabilidade na seara jurídica, ressaltando-se os pressupostos de execução prática e os resultados na esfera patrimonial do indivíduo.

### 1.1 Concepção jurídica de princípio e sua força normativa

Inicialmente, imperioso consignar que princípio, conforme aduz Ronald Dworkin[24], é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Neste viés, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello[25]:

Princípio é, pois, por definição, 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 exata compreensão e inteligência delas, exatamente, porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Ainda, acerca de sua força jurídica, tal doutrinador ensina que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma, eis que sua inobservância implica em ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. Indo mais além, disserta que a desatenção a tal espécie normativa caracteriza uma forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, dependendo do escalão do princípio violado, posto que

resulta em insurgência contra todo o sistema, uma espécie de subversão de seus valores fundamentais e corrosão de sua estrutura[26].

Justificando tal característica imperativa, Paulo Bonavides[27] leciona:

Na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo no sistema o seu mais baixo grau de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade. Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, [...] os princípios, em grau de posituação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância. [...]fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes.

Ora, a doutrina coaduna com a força normativa dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro em grau de superioridade a das regras, dependendo de sua hierarquia, na medida em que a natureza de ambos é antagônica, de forma que as regras aplicam-se à maneira do tudo ou nada, de acordo com o fato que a regra estipula, está será válida ou não, possuindo assim, apenas a dimensão da validade, enquanto que os princípios, por sua vez, possuem a dimensão do peso ou importância, aquele que irá resolver o conflito levando em consideração a força relativa de cada princípio visando a justiça resultante de sua interpretação[28].

Não obstante, Robert Alexy[29] assevera que:

[...] o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes[...] mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das

possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Considerando o exposto, costumeira a existência de antinomia entre regras e princípios, e entre estes entre si, sendo que a forma de solução de eventual conflito entre regras e entre regras e princípios se dá por maneiras diversas, na medida em que o conflito de regras é dirimido utilizando os métodos tradicionais de antinomias, a qual poderá resultar na revogação da norma, sendo utilizados os critérios hierárquicos, cronológico ou da especialidade para resolver o conflito entre regras. Contudo quando se tratar de conflito entre princípios, sendo caracteristicamente vagos, amplos e imprecisos, será resolvido apenas na análise do caso concreto, fazendo-se uma ponderação entre eles, constatada a importância de cada um, por intermédio de um juízo de proporcionalidade entre os princípios. *In fine*, havendo conflito entre regras e princípios, considerando que inexistente hierarquia entre estes, apenas uma anterioridade lógica, já que as regras decorrem de princípios, desta forma, na realidade está havendo o conflito entre dois princípios, devendo-se utilizar da análise, por meio do sopesamento ou ponderação, do conflito entre o princípio em sentido estrito e o princípio originador da regra conflitante[30].

Ademais, conforme Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco[31], os princípios garantem efetividade ao instituto a qual servem como alicerce, eis que não estão restritos a um imperativo legal, mas sim à sua natureza argumentativa, qual seja, ao seu amplo campo axiológico, podendo gerar regras que não estão positivadas a um determinado instituto, como o estudado na presente. *In verbis*:

Os princípios, nessa linha, desempenhariam também uma função argumentativa. Por serem mais abrangentes que as regras e por assinalarem os standards de justiça relacionados com certo instituto jurídico, seriam instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio menos amplo. [...] Já que os princípios estruturam um instituto, dão ensejo, ainda, até mesmo à descoberta de regras que não estão expressas em um enunciado legislativo, ensejando, com isso, o desenvolvimento e a integração do ordenamento jurídico.

Desta forma, os “princípios são espécies de normas jurídicas [...] dotados de normatividade jurídica e, portanto, eficácia”<sup>[32]</sup>, sendo que tal eficácia deverá ser a maior possível, na medida em que conforme já exposto, os princípios são mandamentos de otimização.

## 1.2 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Abarcado no tópico anterior o conceito e eficácia normativa dos princípios, imperioso se faz a explanação acerca de princípios específicos relacionados ao tema ora em apreço, qual seja, que poderão repercutir no resultado do presente trabalho. Neste viés, abordar-se-á neste tópico os princípios em seus diversos ramos com a destinação de futuro aporte para confirmação ou não das hipóteses.

Ressalta-se que a nova sistemática contratualista não se baseia unicamente em princípios não interventistas – liberalistas –, tais quais a autonomia da vontade, *pacta sunt servanda*, e relatividade dos efeitos, alicerces do conceito de contrato em sua origem. Tendo em vista os valores éticos e sociais advindos do Estado Democrático de Direito, tais princípios foram mitigados mediante aplicação de novos, com o viés de otimizar a concepção jurídica de contrato com a nova realidade social<sup>[33]</sup>.

Outrossim, em primeira linha do desenvolvimento, será tratado o princípio da **boa-fé** contratual, na modalidade **objetiva**, sem esgotar todo o seu alcance, com finalidade de não estender além do necessário ao tema em destaque, na medida em que apenas está presente uma conduta comissiva, um “*dever de agir*”<sup>[34]</sup>.

Ressalta-se que tal princípio teve sua eficácia reforçada com o advento do CDC (art. 4º, inciso III e 51, IV) e do CC/2002, na medida em que restou positivado. Registra-se, portanto, que a cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes da vigência de tais leis, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como um limite ao exercício abusivo de direitos<sup>[35]</sup>.

Tal princípio, previsto em alguns dispositivos do CC/2002, exerce primordialmente **três funções**, quais sejam, norteia a interpretação dos negócios jurídicos, limita o exercício de direitos subjetivos e, por fim, impõe norma de conduta aos contratantes no processo obrigacional, em seus artigos 113, 187 e 422, respectivamente, do códex legal retro citado<sup>[36]</sup>.

Vislumbra-se que é justamente a função defensiva, na modalidade de limitadora do exercício desequilibrado ou desproporcional das posições jurídicas, que serve de fundamento de aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial ou inadimplemento de escassa importância[37].

Para Fernando Noronha[38] a boa-fé objetiva, ou boa-fé lealdade, como imperativo de conduta, consubstancia-se em um dever de agir em consonância com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, com o viés de não frustrar a confiança legítima da outra parte, na medida em que tal definição lhe é dada, qual seja, de boa-fé confiança, a qual realça a finalidade do princípio da boa-fé - a tutela das legítimas expectativas da contraparte, para garantia da estabilidade e segurança das transações. Tal confiança não poderá ser confundida com a da boa-fé subjetiva, na medida em que esta apresenta a de quem acreditou que a outra parte agiria de acordo com os padrões de conduta exigíveis, assim, somente na boa-fé objetiva existe um segundo elemento, que é o dever de conduta de outrem.

Continuando com seus ensinamentos, o doutrinador retro citado afirma que para restar caracterizada a boa-fé em comento, imprescindível a **presença de três requisitos**, quais sejam, um liame jurídico – relação jurídica -, a qual impõe as partes deveres especiais de conduta, cada uma em relação à outra, ou pelo menos uma delas. Segunda, que tais padrões de condutas socialmente recomendados seja daquele cidadão honesto, competente, diligente, o denominado "*bônus pater familias*", qual seja, bom cidadão. Por fim, deverá ser observada a situação da contraparte, verificando se estavam presentes as condições para criar um estado de confiança no negócio celebrado[39].

Acerca de suas funções no direito contratual, Fernando Noronha[40] leciona que, *ipsis litteris*:

[...] nesse âmbito da interpretação e da execução do contrato (e do negócio jurídico em geral), a boa-fé traduz-se em três comandos, correspondendo, cada um, a uma sua diversa finalidade, ou função. Ao comando segundo o qual as partes devem proceder de acordo com a boa-fé, quando se trate de determinar o sentido das estipulações contidas em determinado contrato (ou outro negócio jurídico), chamemos de função interpretativa da boa-fé. Aos dois comandos em que se desdobra o dever de agir de acordo



com a boa-fé na execução do contrato, chamemos de funções de integração e de controle - um explicitará deveres, o outro delimitará direitos: o primeiro comando explicita (e de certo modo amplia) os deveres de comportamento de credor e devedor, ainda que não expressamente previstos nem no pacto celebrado, nem na lei; o segundo marca os limites dos direitos que o credor tem a faculdade de exercer contra o devedor.

Conforme já exposto, para maior eficácia da pesquisa, serão abordados apenas os pontos pertinentes. Desta forma, a função integrativa e controle da boa-fé estabelecem que os direitos e deveres das partes deverão ser observados sob uma ótica sistêmica, globalizante, fundada não apenas naquela de realizar o pactuado, mas sim de um conjunto de comportamentos inter-relacionados, satisfazendo as necessidades de natureza econômicas, valorados pelo direito e sofrendo a influência de fatores externos, como o meio econômico e social em que se desenvolvem[41].

A não observância de tal função traduz no abuso de direito da parte, na medida em que a boa-fé exige de cada parte que, ao exercer os seus direitos, aja com moderação e, segundo, que a discricionariedade concedida pela autonomia privada, agora, sofrerá um limite imposto pela boa-fé. Tal abuso ocorre quando há manifesta desproporção entre o interesse perseguido pela parte e aquele da contraparte que é lesado, ou seja, manifesta disparidade entre as vantagens auferidas pelo titular do direito e os sacrifícios infligidos à outra parte[42].

Ressalta-se que poderá ocorrer tal abuso quando há o desleal exercício de direitos, consubstanciando-se nos casos em que o titular exerce o seu direito de forma contrária à legítima confiança criada na contraparte. Bem como no exercício desequilibrado de direitos, ou procedimento claramente iníquo. Em Roma, *inciviliter agere* significava agir sem consideração pelo civis, ou cidadão. Traduz-se na ocorrência de manifesta desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto à contraparte, mesmo quando o titular não vise propriamente molestar esta, nem alcançar outra finalidade diversa daquela a que é destinado o seu direito. São casos em que se pode dizer que o titular age sem consideração pela contraparte[43].

Assim, a boa-fé objetiva, justamente na função limitativa da discricionariedade do credor, de seu direito subjetivo, na modalidade de exercício

desequilibrado ou desproporcional das posições jurídicas, que serve de alicerce de aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial.

Por fim, na seara processual, a boa-fé também tem incidência porquanto prevista no art. 805 do código de processo civil, pelo princípio da menor onerosidade, além do conjunto de disposições que giram em torno da ideia fundamental de proteção ao executado contra excessos, inspirado nos princípios da justiça e da equidade, em sua atual tendência de humanização, aplicando, inclusive, a proporcionalidade e razoabilidade, repercutindo a evolução da doutrina contratual, que vela pela preservação da contratualidade mirando o equilíbrio das forças entre os interessados[44].

Para Flávio Tartuce[45], segundo o princípio da **função social dos contratos**, estes devem ser interpretados em detrimento do meio social em que estão inseridos, prevenindo a onerosidade excessiva, garantindo a igualdade entre elas, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver disparidade isonômica entre as partes. Tal princípio, valoriza a equidade, a razoabilidade, o bom senso, afastando-se o enriquecimento sem causa, visando à proteção da parte vulnerável da relação contratual.

Da mesma forma, Carlos Roberto Gonçalves[46], ensina que a concepção social do contrato, atualmente, traduz um dos pilares da teoria contratual. Relacionando-se com o princípio da “função social da propriedade” previsto na CRFB/88, tendo por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes, traduzindo, por força do art. 421 do CC/2002, um valor operativo, utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas também na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Assim, tal princípio consubstancia-se em dois aspectos, ora individual, relativo aos contratantes, satisfazendo interesses pessoais dos contratantes, e outro, público, representando o interesse da coletividade sobre o contrato. Desta forma, tal princípio somente estará cumprido quando a finalidade contratual (distribuição de riquezas) for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.

Portanto, o plano da eficácia contratual poderá ser abalado diante de tal princípio, podendo sua força obrigatória vir a ser mitigada, quando a obrigação assumida, diante das circunstâncias postas, mostrar-se inaceitável do ponto de vista da razoabilidade e da equidade, comprometendo a função social do contrato

e a boa-fé objetiva, valores expressamente tutelados pela lei civil e pela própria CRFB/88[47].

Consubstancia-se em cláusula geral de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser interpretado de acordo com o contexto da sociedade, em detrimento de sua dupla eficácia, interna (relacionadas às partes contratantes) e externa (para além das partes, afetando terceiros, protegendo direitos metaindividuais e difusos). Como exemplo de sua eficácia interna encontra-se a mitigação da força obrigatória do contrato; proteção da parte vulnerável; vedação da onerosidade excessiva; conservação contratual; dignidade humana e nulidade de cláusulas contratuais abusivas violadoras da função social[48].

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, cláusulas gerais são normas orientadores que se apresentam sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao magistrado, vinculando-o e dando margem para decisão, tendo em vista sua característica abstrata. Resultaram do convencimento do legislador de que a legislação, são insuficientes para abranger todos os casos e levam seguidamente a situação de injustiça, segundo a cláusula geral da função social, o juiz poderá julgar o caso segundo os valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, relacionados ao caso concreto, na medida em que a legislação não trará ideal de justiça[49].

De acordo com tal princípio, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana. Evidente que a função social do contrato é matéria de ordem pública, espécie do gênero função social da propriedade *lato sensu*, com proteção constitucional, particularmente mais forte que a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada[50].

Nesta linha Mário Luiz Delgado[51], afirma que:

[...] se, por um lado, exige a vida social que a fé na segurança jurídica e estabilidade das relações não seja ameaçada pelo receio de que uma lei posterior venha a perturbar aquelas que validamente já se formaram, de outro também é de se exigir a submissão do ordenamento jurídico aos interesses maiores da coletividade, de modo a se atingir o ideal de justiça e de utilidade, representação do bem comum[...].

Nessa conformidade, a nova concepção da função social do contrato representa, se não ruptura, pelo menos abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, tendo em vista que este tem seu espectro público ressaltado, em detrimento do exclusivamente privado das partes contratantes e da legislação que não perfaz um ideal de justiça para as partes.

De outro norte, a **função social da propriedade**, segundo Gilmar Mendes<sup>[52]</sup>, constitucionalmente protegida (art. 5º, inciso XXII e XXIII, bem como art. 170, III da CRFB/88) abrange não apenas a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações de direito privado ou não, devendo o legislador promulgar normas que assegurem a existência, funcionalidade e utilidade privada desse direito, na medida em que a propriedade privada caracteriza-se, na sua dimensão jurídica, pela utilidade privada e, fundamentalmente, pela possibilidade de disposição, devendo seu uso servir, igualmente, ao interesse social. Pressupõe-se aqui que o objeto da propriedade tenha uma função social, devendo o legislador e o julgador considerar a liberdade individual constitucionalmente garantida e o princípio de uma ordem de propriedade socialmente justa para o fim de, mediante adequada ponderação, consolidar relações equilibradas e justas.

Desta forma, estando o direito de propriedade consagrado como um direito fundamental e em conformidade com a dignidade da pessoa humana<sup>[53]</sup>, com enfoque no tema proposto, o veículo automotor adquirido mediante o financiamento garantido em alienação fiduciária, está garantido constitucionalmente, na medida em que, nos dias atuais, tal bem móvel tornou-se indispensável para a prática de atos imprescindíveis para o sustento, como por exemplo, meio de locomoção para o trabalho, e até mesmo como fonte de renda diante dos serviços que são prestados utilizando-se de tal bem.

Continuando com a referência principiológica exposta no presente capítulo, é notório que mediante as relações obrigacionais se estabelecem a autonomia da vontade entre os particulares na esfera patrimonial, desta forma, será adiante abordado o princípio da **autonomia da vontade** das partes.

Orlando Gomes<sup>[54]</sup>, expõe que tal princípio se consubstancia na liberdade de contratar, na medida em que a legislação não ditava restrições à celebração e conteúdo dos contratos, tendo as partes da relação obrigacional liberdade para contrair as obrigações que necessitavam, impondo apenas a livre manifestação da

vontade, desde que inexista vícios de consentimento. Assim, de acordo com tal princípio as partes podem livremente estipular o conteúdo contratual, desde que não proibido por lei.

Paulo Nader<sup>[55]</sup> afirma que o direito das obrigações está alicerçado a tal princípio, porquanto diante de sua aplicabilidade as partes “podem ajustar livremente os seus interesses, mediante declaração unilateral da vontade ou por via contratual, implicando esta autonomia a livre escolha da natureza do ato, bem como o seu formato normativo”.

Flávio Tartuce<sup>[56]</sup>, por sua vez, filia-se à superação do princípio da autonomia da vontade pelo princípio da **autonomia privada**, na medida em que aquela possui esboço de subjetividade, enquanto esta demarca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real, perdendo assim a importância de que a vontade exercia para a formação dos contratos, sendo que a autonomia não é mais da vontade, mas sim da pessoa.

Leciona Flávio Tartuce<sup>[57]</sup>, *in verbis*:

[...] conceitua-se o princípio da autonomia privada como um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública –, pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de autorregulamentar os seus interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais.

Ademais, ressalta-se que diante do conceito do princípio retro citado, as pessoas têm liberdade de, em conformidade com a lei, celebrar negócios jurídicos, criando direitos e contraindo obrigações. Contudo, atualmente, tal autonomia encontra-se limitada pelo princípio da supremacia da ordem pública e do interesse social, em que o Estado interfere (ao menos deveria) para evitar a opressão dos economicamente mais fortes sobre os mais fracos, alterando a estrutura tradicional do direito civil, como por exemplo no art. 421 e 425 do CC/2002, em sua função de fundamento para celebração de contratos atípicos. Ora, os princípios e institutos fundamentais, como a propriedade e o contrato, possuem

previsão também nas Constituições, dando-se destaque à função social de que se acham revestidos[58].

Orlando Gomes[59], afirma que:

Em consequência da própria evolução econômica e por influência de novas doutrinas, o campo da autonomia da vontade reduziu-se consideravelmente. Limitações enérgicas antepuseram-se ao poder de suscitar efeitos jurídicos mediante declaração negocial. Em diversos contratos, a liberdade de estipulação das cláusulas foi extremamente sufocada. O princípio da intangibilidade dos efeitos das convenções sofre numerosas exceções. A própria relatividade da sua eficácia cede diante de novas necessidades. Proclama-se, à vista dessas transformações, a decadência do princípio da autonomia da vontade.

Desta forma, a ampla liberdade contratual sofre limitações sociais, diante do princípio da **supremacia da ordem pública**, desta forma, aquele princípio não possui forma absoluta, sendo que o interesse da sociedade deverá prevalecer quando colide com o interesse privado das partes, tendo em vista que o desequilíbrio e exploração do hipossuficiente econômico não é mais tolerado no estado democrático de direito[60].

Nesta linha, Ruy Rosado de Aguiar Júnior[61] expõe que a ordem pública é uma cláusula geral positivada no art. 17 da LINDB, em que retira eficácia de qualquer declaração de vontade ofensiva da ordem pública. Destarte, leciona que seu conceito corresponde ao da ordem considerada indispensável à organização estatal, constituindo-se no estado de coisas sem o qual não existiria a sociedade, assim como normatizada pelo sistema jurídico, destinado a coibir abusos da parte que se encontra em grau economicamente elevado em relação a outra.

Ademais, não há que se falar da ideia de “crise de contratos” frente as limitações impostas, porquanto deverá haver a alteração de sua estrutura e função, com o viés de se adequar dentro da nova realidade do direito social[62].

Deste modo, restou mitigado o tradicional princípio da **força obrigatória dos contratos**, também denominado *pacta sunt servanda*, em que previa a restrição da liberdade das partes, em consequência do contrato, que possuía força de lei entre os pactuantes, devendo o mesmo ser imperativamente cumprido.

Ressalta-se que tal princípio não consta expressamente no nosso ordenamento jurídico, contudo em interpretação aos arts. 389, 390 e 391 do CC/2002, conclui-se que o mesmo está presente na nossa legislação[63].

De acordo com Orlando Gomes[64], o princípio consubstancia na regra de que:

[...] contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente o seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória.

Tendo em vista a nova realidade social à qual o contrato infere-se tal princípio não pode ser mais considerado como uma regra geral, não sendo mais predominante, tampouco prevalecendo sobre os demais princípios retro citados, tendendo inclusive a desaparecer[65].

Ressalta-se que, com as recentes inovações legislativas e com a sensível evolução da sociedade brasileira, não há como desvincular o contrato da atual realidade nacional, surgindo a necessidade de dirigir os pactos para a consecução de finalidades econômica-social que atendam aos interesses da coletividade[66].

*Mutatis mutandis*, a alienação fiduciária em garantia, possui como finalidade para o consumidor, a aquisição do veículo, que se dá mediante o empréstimo dos valores pela instituição financeira. Paulo Nader[67] expõe que as ações humanas são sempre motivadas por uma ideia de fim a realizar, distinguindo o **princípio da causalidade**, o qual rege o mundo da natureza, do **princípio da finalidade** que preside a conduta das pessoas, este último nos interessa. O primeiro princípio consiste na utilização do “por quê?”, já o segundo “para quê”. Desta forma, portanto, ao contrair obrigação o agente tenha algum plano, um objetivo determinado a ser realizado, um motivo, sendo este, portanto, o fim a ser alcançado pela pessoa.

Desta forma, conjugando os princípios retro citados neste capítulo, diante da finalidade do sujeito passivo com a realização do negócio jurídico, parte

hipossuficiente, deverá ser preservada a finalidade do contrato, ainda mais quando este cumpre com a função social, para que se chegue a uma justiça contratual, não nos parecendo, *prima facie*, que a venda do veículo diante de ínfima prestação para o término do contrato, em valor desvalorizado, cumpra a sua finalidade, indo de encontro aos princípios retro expostos, principalmente com a boa-fé.

Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça[68], acerca da **justiça contratual**, já decidiu:

[...] O juiz da equidade deve buscar a Justiça comutativa, analisando a qualidade do consentimento. – Quando evidenciada a desvantagem do consumidor, ocasionada pelo desequilíbrio contratual gerado pelo abuso do poder econômico, restando, assim, ferido o princípio da equidade contratual, deve ele receber uma proteção compensatória. – Uma disposição legal não pode ser utilizada para eximir de responsabilidade o contratante que age com notória má-fé em detrimento da coletividade, pois a ninguém é permitido valer-se da lei ou de exceção prevista em lei para obtenção de benefício próprio quando este vier em prejuízo de outrem. – Somente a preponderância da boa-fé objetiva é capaz de materializar o equilíbrio ou justiça contratual. (grifou-se).

Neste viés, o CDC, por intermédio do princípio da **equivalência negocial**, garante condições de igualdade nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual do negócio jurídico, vedando que os destinatários finais sejam expostos a práticas desproporcionais, o que pode ser sentido, em relação ao presente tema, pela inteligência dos arts. 39, V e 51, IV, do respectivo diploma legal, que afastam, respectivamente, que o fornecedor exija do consumidor vantagem excessiva, ou que coloquem este em desvantagem exagerada, incompatíveis com a boa-fé ou equidade, devendo haver a exigência de condutas de lealdade por parte dos profissionais da relação de consumo[69].

Inclusive em relação ao adimplemento do negócio, no tocante aos **princípios éticos do pagamento**, deverá o devedor observar os termos contratados com a finalidade de que o pagamento se apresente conforme pactuado, e quando couber a ele alguma escolha deverá observar o princípio do equilíbrio, sendo igual conduta imposta também ao credor, que se constatado o desequilíbrio contratual



entre as obrigações, este deverá de aceitar a recomposição das cláusulas, visando à justiça na relação [70]. Ressalta-se que tais escolhas serão abordadas no capítulo seguinte deste trabalho, em relação ao procedimento do Decreto-Lei 911/69, no tocante a purgação da mora.

Tal excerto encontra-se relacionado ao dever de mitigação do prejuízo – *duty to mitigate the loss* –, em que o credor tem o dever de mitigar suas perdas, não podendo agravar o próprio prejuízo, tendo como fundamento o princípio da boa-fé objetiva, sendo um dever de colaboração entre as partes, aplicável a qualquer tipo de contrato, inclusive sobre essa premissa foi aprovado o Enunciado n. 169 do CJF/STJ na III Jornada de Direito Civil, pelo qual “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo” [71].

Ademais, é inequívoca a presença no nosso ordenamento jurídico do princípio do **protecionismo ao consumidor**, insculpido no art. 1º do CDC, constituindo um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, constitucionalmente prevista, visando amparar o vulnerável na sociedade de consumo [72]. Atualmente, encontra-se em trâmite o Projeto de Lei 281/2012, em que pretende ampliar tal princípio, com a inclusão de parágrafo único no art. 1º do Código de Defesa do Consumidor, no seguinte teor: “As normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor”.

Desta forma, diante de toda a gama principiológica já exposta, a teoria do adimplemento substancial se encontra devidamente amparada no sistema jurídico brasileiro, passível de aplicação em todas as espécies de contratos que sejam compatíveis com tal instituto, o qual será abordado no tópico posterior, de forma aprofundada.

### 1.3 A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

*Ab initio*, ressalta-se que o compromisso negocial, ou seja, o adimplemento da obrigação, deve ser cumprido sob o prisma da paz social e credibilidade do Estado, de outro norte quando ocorrer o descumprimento de uma obrigação, haverá uma verdadeira crise no pacto, em que o direito procura resolver da melhor maneira possível [73]. E uma destas maneiras, está a teoria do adimplemento substancial.

Assim, antes de adentrar acerca de seu conceito e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, imperioso a sua explanação no direito comparado

e origem histórica, uma vez que aplicada em diversos países, inclusive prevista em documentos internacionais que são fontes de diversos códigos civis, como se verá adiante.

### 1.3.1 ORIGEM HISTÓRICA E DIREITO COMPARADO

Tendo como origem histórica no direito anglo-saxão, arraigadas no Common Law, é oriunda da Inglaterra, século XVIII, em meados de 1775, sendo o *leading case* inglês *Cutter versus Powell*, em que após contratação como imediato de navio, e substancial adimplemento deste, houve o falecimento do contratante, tendo sua esposa movido ação para receber, proporcionalmente, os dias de trabalho prestador por seu falecido, contudo em primeira instância tal ação fora julgada improcedente. Posteriormente, as Cortes da *Equity*, observando a injustiça da decisão e prejuízos gerados, já muito embora o pagamento esteja condicionado ao cumprimento da obrigação, não satisfaz o ideal de justiça tal decisão, estabeleceram, desta forma, a *substancial performance*, determinando o pagamento dos dias trabalhados pelo imediato à cônjuge sobrevivente [74].

Adentrando ao direito comparado, na Itália é conhecida como *inadempimento de scarsa importanza*, consubstancia-se no afastamento da resolução em caso de inadimplemento ínfimo, resguardado o interesse da outra parte. Desta forma, o Código Civil italiano 1942 em seu artigo 1455 dispõe: “[...] o contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tem escassa importância, resguardado o interesse de umas partes” [75].

Já na Alemanha também está positivada tal teoria, dispondo o §323(5) do BGB que, se o devedor não cumprir sua obrigação em conformidade ao contrato, não caberá ao credor resolução contratual, quando a lesão obrigacional for insignificante. Em Portugal, semelhantemente não é permitida a resolução do contrato se o descumprimento é parcial, de pouca importância, segundo o Código Civil português, o art. 802º, n.2, dispõe que “o credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse tiver escassa importância” [76].

Ressalta-se que o direito espanhol não positivou a teoria do adimplemento substancial da obrigação, porém exige que o inadimplemento seja substancial para que seja possível a resolução do contrato, semelhantemente ao Brasil, o Código Civil espanhol, em seu art. 1.124 silenciou sobre os requisitos necessários para que o incumprimento seja resolutorio. Desta forma, os tribunais espanhóis somente têm admitido a resolução em casos em que incumprimento seja

verdadeiro e próprio, grave, essencial, de importância e transcendência para a economia, levando em conta não a natureza do dever descumprido, mas sim a gravidade do descumprimento, não sendo o caso, caberá ao credor buscar os outros meios de persecução de seu crédito[77].

Da mesma forma que o direito espanhol e brasileiro, o direito argentino não prevê disposição legal sobre a gravidade do inadimplemento, somente admitindo a resolução do contrato no caso de descumprimento que impeça a satisfação do credor. Assim, doutrina e jurisprudência coadunam-se no sentido da necessidade de que inadimplemento dever ser importante, grave, de não escassa importância, tendo em vista que o contrato é orientado pelo princípio da conservação, e que violaria à boa-fé contratual o exercício do direito subjetivo de resolver o contrato em tais casos[78].

Por fim, no âmbito internacional, muito embora não ratificada pelo Brasil, tal teoria também possui previsão na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980), em que a parte, seja comprador ou vendedor, somente poderá resolver o contrato quando o inadimplemento for fundamental, é o que preceitua o seu art. 25 que conceitua violação fundamental como “[...] cause um prejuízo que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado ou não o tivesse igualmente previsto”[79].

Ademais, os Princípios acerca dos contratos comerciais Internacionais do UNIDROIT, em que constitui uma base doutrinária aos contratos mercantis internacionais, sendo fundamento para inúmeros códigos civis de alguns países, ao tratar de resolução dos contratos por inadimplemento, torna imprescindível para o desfazimento do vínculo contratual o “incumprimento essencial”, necessitando, por conseguinte, da valoração do inadimplemento para resolução[80].

Em conformidade com o art. 7.3 de tal diploma, considera-se incumprimento essencial quando o incumprimento priva substancialmente a parte prejudicada do que teria direito de esperar em virtude do contrato, bem como que a resolução do contrato irá ocasionar a parte inadimplente uma perda desproporcional, itens “2.a” e “2.e” respectivamente.[81]

Os princípios do direito europeu dos contratos, da mesma forma que o acima relatado, em seu art. 8.103, incorpora em seu texto, a teoria do adimplemento substancial como freio a resolução contratual[82].

Já no Brasil, tal teoria fora introduzida na doutrina por Clóvis do Couto e Silva, sendo que o primeiro tribunal nacional a se valer da Teoria do Adimplemento Substancial foi o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo o retro citado magistrado, sido o responsável pela resolução do mérito, em que restou decidida a impossibilidade da resolução pelo inadimplemento de apenas a última parcela do contrato[83]. *In verbis*:

CONTRATO. RESOLUÇÃO. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. O COMPRADOR QUE PAGOU TODAS AS PRESTAÇÕES DE CONTRATO DE LONGA DURAÇÃO, MENOS A ÚLTIMA, CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE O CONTRATO, NÃO PODENDO SER DEMANDADO POR RESOLUÇÃO. AÇÃO DE RESCISÃO JULGADA IMPROCEDENTE E PROCEDENTE A CONSIGNATÓRIA. APELO PROVIDO EM PARTE, APENAS RELATIVAMENTE AOS HONORÁRIOS. (ApCiv 588012666, 5ª CCTJ/RS, Rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julg. 12.4.88)

Desta forma, na transformação do Estado Liberal para o Social, segundo Antônio Junqueira de Azevedo[84], surgiram três novos princípios contratuais, além daqueles já relatados anteriormente, que dão azo a presente teoria, sendo eles o princípio da boa-fé objetiva, o da função social dos contratos e do equilíbrio econômico do contrato, em que os rigorismos são afastados para dar lugar à justiça contratual e à legítima satisfação dos anseios finalísticos das partes.

### 1.3.2 CONCEITUAÇÃO

Assim, ultrapassado o aspecto histórico e de direito comparado, imperioso se mostra a conceituação da referida teoria, nas palavras de Clóvis do Couto Silva[85], o adimplemento substancial é um adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização.

Nas palavras de Eduardo Luiz Bussatta[86] a teoria do adimplemento substancial corresponde à uma limitação ao direito formativo do contratante não inadimplente à resolução, limite este que se oferece quando o incumprimento é de somenos gravidade, não chegando a retirar a utilidade e função da contratação.

Denota-se que a resolução é medida extrema, já que extingue o vínculo contratual com efeitos *ex tunc*, retirando-lhe, em geral, todos os efeitos práticos jurídicos que produziu ou que ainda deveria produzir, com respaldo no art. 475 do CC/2002, sendo tal artigo omissivo em relação à modalidade de inadimplemento que geraria o direito à resolução, sendo assim, aceito como qualquer um.

Ressalta-se que, notoriamente, a resolução foi criada para o resguardo do interesse do credor, em situações que são passíveis de lhe gerar grave dano, contudo a teoria estudada leva em conta a escassa importância do montante faltante, de forma que a resolução considerar-se-á abusiva, indo de encontro à boa-fé e a finalidade econômica-social do contrato, sendo legítimo ao juiz, de acordo com o caso concreto, para atingir ideal de justiça e anseios sociais efetuar a “ruptura ético-jurídica do direito legal”, de acordo com a proporcionalidade e na conservação do contrato. Ressalta-se que o credor deverá socorrer-se na via ressarcitória, porquanto a teoria justifica o não rompimento do vínculo, mas não exclui a responsabilidade pelo inadimplemento[87].

### 1.3.3 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA

Eduardo Luiz Bussatta[88] afirma que tal teoria possui aplicabilidade em qualquer espécime de contrato, na medida em que, possui como fundamento a boa-fé objetiva, por força do art. 422 do Código Civil e art. 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Por demais, a existência de cláusula expressa de resolução contratual, que opera de pleno direito, necessitando de apenas da notificação do devedor, não exclui a hipótese de incidência de tal teoria, podendo o magistrado valorar o inadimplemento da parte para fins de aplicação da teoria.

*Mutatis mutandis*, Mário Clemente Meoro[89] leciona que a existência de qualquer cláusula que tenda a excluir a aplicação de tal teoria poderá vir a ser considerada abusiva, na medida em que possui como fundamento a boa-fé objetiva.

Encerrada as questões preliminares, resta agora destacar a aplicabilidade da referida teoria, donde deverá ser verificada a gravidade do inadimplemento, que, segundo Eduardo Luiz Bussatta[90], como se trata de conceito amplo e vago, observar-se-á em cada caso concreto, utilizando-se da “tópica”, que consiste na: “[...] verificação das circunstâncias relevantes do caso específico, ponderando em que medida o descumprimento abala os interesses envolvidos no contrato, a fim

de decidir, a partir de então, qual a solução justa para o referido caso”. Ressalta-se que tal conceito fora definido nas normais internacionais já expostas.

Para a doutrina, os pressupostos para aplicação da referida teoria consistem no cumprimento substancial da obrigação, o inadimplemento de escassa importância, o cumprimento que atenda à finalidade do negócio jurídico, satisfação integral do interesse do credor, interesse e diligência por parte do devedor em atender o desejo do credor e a manutenção do equilíbrio contratual, ou seja, inexistência de locupletamento ilícito e abuso de direito[91].

Já para o STJ[92], a referida teoria pode ser aplicada nos casos em que uma das partes tiver praticamente cumprido a obrigação contratual e for possível identificar a presença dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

Assim, a qualificação da turbação do equilíbrio contratual deverá ser averiguada em cada caso concreto, considerando a relatividade contratual. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tende a realizar um juízo matemático, em que são considerados as grandezas do previsto e do realizado, pondo em evidência a diferença existente[93], tendo decidido, em relação ao tema que: “não viola a lei decisão liminar que indefere pedido de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem[94]”.

Outro ponto para averiguar no caso concreto a aplicabilidade da teoria fundamenta-se na causa do negócio, que muito embora, não seja elemento essencial do mesmo, identificando-se como razão determinando do negócio jurídico, a finalidade prática socialmente relevante e buscada pelo agente, diante da função econômico-social do contrato, deverá ser considerada merecedora de tutela jurídica[95].

Assim, o inadimplemento será considerado substancial ou de importância quando o fim prático previsto no tipo contratual e buscado pelo agente não for alcançado, de forma que a prestação realizada não conserva a sua utilidade para o credor. Relacionado ao tema do presente trabalho, tal teoria possui hipótese de incidência quando há inadimplemento de escassa importância da prestação principal, ou seja, adimplemento inexato. Nesta seara leva-se em conta que a relação obrigacional surgiu para realização de um dar, fazer, ou não fazer, que

venha no interesse do credor. Essa prestação é que lhe interessa (não o veículo, aqui situado como garantia), e por isso, vem como principal, de modo que as demais existentes são apenas para concretização da prestação principal, não satisfazendo per si só os interesses do credor[96].

Em se tratando de contrato de alienação fiduciária em garantia, a garantia serve apenas para concretizar a prestação principal, ainda que Decreto-Lei 911/69 autorize a resolução do contrato e a busca e apreensão do objeto dado em garantia, é certo que somente poderá ocorrer quando o descumprimento for grave, sendo vedada a retomada do objeto. O mesmo ocorre em relação ao arrendamento mercantil. Desta forma, em contratos relativos à prestação em dinheiro e todas as obrigações que tenham obrigações diviseis são passíveis de aplicação da referida teoria[97].

Flávio Tartuce[98] também coaduna com tal entendimento, lecionando que, além da relação com a boa-fé objetiva, a teoria do adimplemento substancial mantém relação direta com a função social dos contratos, pois visa à preservação da autonomia privada, à conservação do negócio jurídico. Concebe-se o contrato de acordo com o contexto da sociedade, pois é evitada uma situação de injustiça, que é aquela em que o comprador perde a posse da coisa, mesmo tendo quase cumprido o contrato de forma integral. Sendo afastada a retomada dos bens objeto dos contratos com a consequente resolução contratual, posto que a parte havia cumprido substancialmente sua obrigação. Sendo que para configuração desse cumprimento relevante, deve-se analisar o fato apresentado, tendo em vista a finalidade econômico-social do contrato e da obrigação.

Sobre a análise dos critérios para a aplicação da teoria, elucida Anderson Schreiber[99]:

O atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento se afigura ou não significativo, substancial. [...]. A jurisprudência tem, assim, reconhecido a configuração de adimplemento substancial quando se verifica o cumprimento do contrato 'com a falta apenas da última prestação', ou o recebimento pelo credor de '16 das 18 parcelas do financiamento', ou a 'hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontrava-se satisfeito'. [...]o que espanta é a ausência de

uma análise qualitativa, imprescindível para se saber se o cumprimento não integral ou imperfeito alcançou ou não a função que seria desempenhada pela relação obrigacional em concreto. Em outras palavras, urge reconhecer que não há um parâmetro numérico fixo que possa servir de divisor de águas entre o adimplemento substancial ou o inadimplemento *tout court*, passando a aferição de substancialidade por outros fatores que escapam ao mero cálculo percentual.(grifou-se)

Explicando o acima exposto e conforme Flávio Tartuce<sup>[100]</sup>, para a caracterização do adimplemento substancial, entram em cena fatores quantitativos e qualitativos, conforme o preciso enunciado aprovado na VII Jornada de Direito Civil, de 2015: “para a caracterização do adimplemento substancial, leva-se em conta tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos” (Enunciado n. 586). Tal doutrinador ressalta que a referida teoria obsta a aplicação da exceção do contrato não cumprido, conforme enunciado n. 24 aprovado na I Jornada de direito Comercial do CJF em 2012.

*In fine*, ante a demonstração dos princípios norteadores da relação contratual e da explanação acerca da teoria do adimplemento substancial como limitadora do poder discricionário do credor ante a resolução do contrato abstrata previsto no Código Civil, neste capítulo chega-se à conclusão que não há óbice para aplicação desta teoria nos contratos celebrados no direito brasileiro, uma vez que plenamente utilizada e possui como princípios basilares os mesmos consagrados e defendidos pelo legislador e judiciário na aplicação da norma para assegurar maior justiça contratual, tendo sido inclusive aplicada nos contratos de alienação fiduciária em garantia desde que atendidos seus pressupostos autorizadores.

Neste viés, faz-se necessária a averiguação do contrato de alienação fiduciária em garantia, e o seu procedimento especial consagrado em legislação específica, para posterior averiguação da confirmação acerca da aplicabilidade de tal teoria, frente ao julgamento do REsp 1.622.555 e a compatibilidade de tal julgamento diante da conjuntura principiológica presente ordenamento jurídico brasileiro bem como uma análise econômica de tal julgado, uma vez que restou por inadmitir tal teoria em sede de recurso repetitivo, sendo que o julgamento de tal recurso está dotado de força vinculante e influencia os julgamentos de primeira e



segunda instancia, abalando toda a seara bancária e contratual na justiça brasileira (art. 332, II; 927, III, dentre outros do CPC).

## Capítulo 2

O negócio fiduciário e o contrato de alienação fiduciária em garantia DE BENS MÓVEIS no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, ressalta-se que em detrimento do avanço econômico-social com o fito de geração de riquezas, há necessidade de adequação do sistema jurídico para com essa nova realidade, tendo como escopo atender as exigências do mercado atual, instituindo novas modalidades contratuais com a finalidade de atender tais exigências, como no caso em tela, o contrato de alienação fiduciária. Desta forma, neste capítulo, abordar-se-á o conceito e origem histórica desta modalidade contratual, tendo como objeto exclusivamente a alienação fiduciária de bens móveis regulada pela lei de mercado de capitais, tema do estudo ora em apreço.

Assim, será abarcado as especificidades deste tipo contratual, explicitando o conceito e origem da fidúcia e negócio fiduciário, sendo posteriormente analisada a legislação específica acerca do tema, para averiguação de eventual óbice decorrente de sua natureza para aplicação da teoria do adimplemento substancial.

### 2.1 CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA DA FIDÚCIA

*Ab initio*, ressalta-se que a fidúcia, em suma, consiste no pacto pelo qual um dos contratantes, doravante denominado fiduciário, recebe da outra parte (fiduciante) a propriedade de um determinado bem, tendo como obrigação dar a esta uma determinada finalidade, e posteriormente restituí-la ao fiduciante quando da execução do objeto contratual, ou seja, quando houver alcançado o objetivo enunciado na convenção. Assim, trata-se de uma modalidade de garantia real, celebrada por um contrato de direito pessoal, em que o devedor transmite ao credor a propriedade ou titularidade do bem objeto do contrato, permanecendo este no patrimônio do credor como propriedade-fiduciária, até que satisfeito o crédito[101].

Destarte, elucida Melhim Namem Chalhub que essa atribuição da titularidade ao adquirente (fiduciário), na origem de tal contrato, é plena, tendo o fiduciário a obrigação de dar determinada destinação ao bem ou direito que recebe. Em síntese, constitui negócio bilateral, composto por dois acordos que criam uma

situação *sui generis*, pela qual o alienante-fiduciante transmite a propriedade de certos bens à outra parte, adquirente-fiduciário, que por sua vez, passa a exercer os direitos de proprietário, de forma *erga omnes*. De outro norte, este assume, obrigacionalmente, nas suas relações com o fiduciante, o dever de dar aos bens adquiridos finalidade determinado no pacto realizado com a outra parte, nos termos e destinações lá previstas[102].

A alienação fiduciária no direito brasileiro apresenta características peculiares em relação a alienação originária, tendo o legislador brasileiro apresentado severas mudanças que desnaturalizam seu instituto, conforme se verá a seguir.

Denota-se que a origem histórica deste instituto se pauta no **direito Romano**, sendo uma modalidade de venda fictícia, ou provisória. Nesta relação, o fiduciário tendo recebido a propriedade da coisa pelo fiduciante, ficava obrigado a restituí-la após o cumprimento do determinado fim, devidamente estipulado em um pacto acessório, denominado *pactum fiduciae*[103].

Uma das principais fontes no direito romano se baseia nas *Institutas*, de Gaio. Assim, nas palavras de Giuseppe Messina, de acordo com Gaio a fidúcia como uma *mancipatio* (disposição) pactuada com a obrigação do adquirente de *remancipare* (restituir), indicando que a mesma se fazia pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio* (aquisição de poderes sobre pessoas e coisas em virtude de procedimento judicial, perante o magistrado[104]). Assevera que a mesma se divide em duas espécies, a fidúcia *cum creditore* e a fidúcia *cum amico*. A primeira possui caráter assecuratório do credor, em que o devedor alienava o bem ao credor com a condição de retorno deste após o pagamento do débito, dentro do prazo pactuado. Ainda, a segunda possui caráter preservatório, assegurando os bens de uma parte, um "amigo", que estavam ameaçados por alguma circunstância, como guerra, política, etc..., neste tipo de fidúcia há a alienação do bem com a condição de que o adquirente lhe restitua quando cessar a causa que de origem a possível instabilidade na propriedade do bem[105].

Ademais, no direito romano, tal negócio consubstanciava em um ato solene (pela *mancipatio* ou *in iure cessio*) e um *pactum conventum*, tendo o fiduciário o direito de dispor da coisa e de legá-la, mas ainda persistia o ônus de devolver o bem ao fiduciante quando satisfeita a dívida. Nesta seara, o fiduciário ostentava a característica de **proprietário pleno da coisa**, podendo inclusive alienar a coisa quando o devedor não adimplisse o débito, recebendo o preço sem qualquer interferência de credores do fiduciante, cabendo somente a este exigir o

reembolso de valores que excediam o débito na venda do bem dado em fidúcia, ficando o fiduciante exposto aos riscos de eventual insolvência do fiduciário, porquanto baseia-se a relação apenas em uma ação pessoal<sup>[106]</sup>.

Conforme Réne Jacquelin<sup>[107]</sup> a fidúcia romana materializava-se em “uma convenção baseada na boa-fé, tendo como causa um ato solene translativo de um direito de propriedade ou de um direito de posse, e por objeto um outro ato jurídico inverso, tendente a anular os efeitos do primeiro”.

Nas palavras de Melhim Namem Chalhub<sup>[108]</sup>:

É, assim, a fidúcia romana uma convenção que se agrega a um ato solene, um pacto adjeto a um contrato de transferência de propriedade, uma cláusula secreta, como referido por Ihering, ou uma contracarte, segundo Geny, que adere à *mancipatio* ou à *in jure* cessio para se convencionar a restituição da coisa então transmitida. [...] os atos jurídicos nas sociedades primitivas se revestiam de estreiteza e solenidade, daí por que um mesmo ato jurídico preenchia as mais diversas funções, ficando as partes circunscritas aos limites daqueles atos solenes, que eram insuficientes para a criação de novas modalidades de obrigações [...] exigia-se apenas a boa-fé.

Giuseppe Messina<sup>[109]</sup> conceitua a fidúcia romana como uma *mancipatio* tendo como obrigação do adquirente de *remancipare*, sendo esta uma fidúcia patrimonial complexa, em que aquele a quem é transferida a propriedade ou titularidade de direitos deverá restituí-los, assim que implementada sua condição, privando-se deles em determinadas e estipuladas situações.

Ressalta-se que no direito romano a retomada da propriedade do bem ou direito alienado pelo fiduciante se dava mediante um novo pacto, uma nova transferência do domínio, então feita pelo fiduciário ao fiduciante<sup>[110]</sup>.

Por fim, acerca da retomada da coisa no direito romano, leciona José Carlos Moreira Alves<sup>[111]</sup>, que o fiduciante não possuía qualquer ação para compelir o fiduciário a cumprir com sua obrigação anteriormente estipulada, pauta-se assim, unicamente na confiança à boa-fé (*fides*) do fiduciário. Posteriormente no direito romano, nos fins da República, surgiram duas ações específicas, sendo elas a *actio*

*fiduciae directa*, cabendo ao fiduciante, quando o fiduciário deixa de restituir o bem ou direito alienado ou lhe dar destinação diversa daquela convencionada, e a *actio fiduciae contraria*, em que possui legitimidade o fiduciário, em hipótese de o fiduciante restar inadimplente em relação às obrigações contratuais que tenha pactuado.

*Mutatis mutandis*, já no **direito Germânico**, ressalta-se que muito embora a fidúcia pautava-se na concepção daquela já estudada no tópico acima, esta possui natureza e limites do poder jurídico do fiduciário sobre o bem ou direito objeto da fidúcia diversos daquele. Giuseppe Messina<sup>[112]</sup> expõe que no direito germânico as características da fidúcia estão presentes no penhor da propriedade, em que consistia na alienação da propriedade da coisa ao credor, mas junto a tal transferência havia a pactuação de um contrato adjeto que tornava condicional aquela transmissão. Assim, “a venda pela forma habitual denominada *carta venditionis* era vinculada a um pacto de restituição da coisa, firmado por um outro documento denominado *contracarta*”.

Insta salientar que no direito germânico havia a existência de terceiros/intermediários, chamados de *manusfidelis* e *salmann*. Ao primeiro competia, em relação a ordens a ele atribuídas, a transferência dos bens a um beneficiário ou praticar atos de liberalidade visando a doações *pro anima*. Já ao *salmann*, por sua vez, no antigo direito medieval germânico, incumbido de poderes recebidos pelo alienante, cabe efetuar a transferência dos bens ao terceiro destinatário, solenemente. No novo direito medieval este passara a ser o próprio fiduciário do adquirente e não mais do alienante, recebendo poderes agora para não mais transferir, mas sim adquirir bens ou reforçar direitos juntamente com o adquirente. Em caso de não cumprimento da reversão por sua parte competia aos herdeiros ou ao próprio disponente um direito real de reversão, eis que este recebia efetivamente o direito real de propriedade, exercendo-o até que se efetuasse a transferência da coisa ao seu legítimo proprietário conforme pactuado<sup>[113]</sup>.

Destarte, o direito real que competia ao *salmann* deveria ser exercido de forma limitada, de acordo com o caráter resolutório de sua propriedade, e eventual alienação arbitrária desta propriedade seria ineficaz, devendo o fiduciante retomar a coisa por feito da condição resolutiva. Diversamente, no direito romano, tal direito de propriedade era exercida de forma ilimitada, baseada

na confiança, e em caso de alienação arbitrária, cabia apenas ao fiduciante requerer a reparação pelas perdas e danos sofridos[114].

Assim, conforme Martin Wolf[115], diverso do direito romano, a fidúcia no direito germânico mesmo em ambos possuindo como marco principal a transferência da coisa, tal alienação somente era efetuada sob condição resolutiva de adimplemento conforme o pactuado, do pagamento do débito, devidamente assegurada por efeito daquela resolução. Assim, tal concepção de alienação fiduciária possui traços no direito brasileiro, diante da restrição da propriedade advinda da alienação do fiduciário.

*Ab initio*, no **direito inglês** havia a existência da figura do instituto denominado *mortgage*, consistindo na transferência de propriedade com a finalidade de garantia. Tal instituto muito se assemelha a fidúcia, pois ambos se fundam em contrato real, a qual estava vinculada à um contrato obrigacional, porém no *mortgage*, o direito do fiduciário era automaticamente extinto com o adimplemento no prazo e conforme pactuado, tendo uma diferenciação no seu processo evolutivo, porquanto este efeito resolutório não era previsto em sua origem, sobrevivendo da *equity of redemption*, em que não era justo haver a perda do bem por não pagamento no prazo pactuado quando o valor do débito era manifestamente desproporcional em relação à coisa, devendo haver um prazo para que o *mortgagor* pague sua mora junto ao credor. Evolução histórica que não está presente na fidúcia germânica, o que diferencia também os institutos[116].

*Mutatis mutandis*, frisa-se que a possibilidade da purgação da mora em tais contratos deu-se mediante decisão da Corte no direito inglês, diante do instituto citado no parágrafo anterior, no caráter de boa-fé e justiça diante da perda do bem pelo não pagamento no prazo, e, neste viés, não há óbice para aplicação da teoria do adimplemento substancial, posto que o valor do débito ainda se encontra desproporcional à coisa, só que de forma substancial, sendo uma conduta contrária à *fides*, a venda do bem para quitação de débito ínfimo.

Ainda, no direito inglês, outro instituto que se assemelha à fidúcia é o denominado *trust*, derivado do *use*, sendo uma modalidade contratual pautada exclusivamente na confiança, porquanto uma pessoa transfere a propriedade de bens, com a finalidade de instituir o *trust*, denominado *setllor* (instituidor), e aquele que recebe os bens, possuindo como obrigação a administração destes, chamado *trustee* (aquele em quem se confia), e aquele em que o *trust* é instituído,

nominado de *cestui que trust* (aquele que confia). Assim, é uma relação tríplice, para favorecimento econômico de uma pessoa, em que não estava prevista na lei ou no direito, estando consubstanciada na consciência e probidade do *trustee*, que recebe a coisa para beneficiar economicamente o *cestui que trust*<sup>[117]</sup>.

Ressalta-se que no processo de evolução do referido instituto, não possuía qualquer direito real ou pessoal contra aquele em que se fundou a confiança. Um ponto crucial no seu desenvolvimento se deu no Estatutos de Usos em 1535, onde consolidou-se com a conceituação atual, na medida em que o *trust* passou a ser configurado como o negócio em que o fiduciante aliena seus direitos ao fiduciário para que este os gerencie segundo os limites previstos no contrato, seja em benefício do próprio fiduciante ou de outrem, tendo como dever a restituição deste ao fiduciante, ou beneficiário, assim que verificada a condição pactuada<sup>[118]</sup>.

Ademais, diante de sua frágil estrutura, pautada na confiança e respeito pelo titular e seus sucessores, quando se depara na visualização de um *trustee* inadimplente, faltoso, a função limitadora desta confiança para proteger ao beneficiário se dará pela Corte, que exerce a função de limitar o *trustee* e proteger o beneficiário do *truste*<sup>[119]</sup>.

Walter Gray Hart<sup>[120]</sup> define o *trust* como: [...] “uma obrigação imposta seja por convenção ou por decorrência de lei, em virtude da qual o obrigado deve gerir bens sobre os quais tem controle para benefício de certas pessoas, que podem exigir o implemento da obrigação”.

Bem como leciona Philip Henry Pettit<sup>[121]</sup>:

Um *trust* é um negócio jurídico pelo qual compromete-se uma pessoa (que é chamada de *trustee*) a administrar bens sobre os quais tem controle (que são chamados bens dados em *trust*), seja em benefício de pessoas (que são chamadas de beneficiárias ou *cestuis que trust*), entre as quais ela mesma, o *trustee*, pode figurar, estando qualquer delas investida de legitimidade para exigir o implemento da obrigação, ou para uma finalidade caritativa, que pode ser exigida perante o Ministério Público, ou para algumas outras finalidades permitidas por lei, embora não exequíveis.

Por fim, diversamente do sistema romano, no direito inglês o *trust* deriva a existência de dupla propriedade sobre o mesmo bem, incompatível com o sistema retro citado, tal propriedade é formal e de fruição, sendo a formal relativa e limitada ao fim pelo qual fora instituído, mas é própria e exclusiva de cada qual acerca do mesmo bem. Assim, o *trustee* terá a propriedade formal sobre o bem (*legal tittle*), e o beneficiário terá a propriedade de fruição[122].

Ressalta-se que no negócio jurídico-real de alienação fiduciária em garantia está presente a fidúcia, tratada no presente capítulo, por intermédio deste, o fiduciário contrai o dever de restituir a propriedade do bem ao fiduciante, assim que quitado o débito, formando nesta forma, o vínculo jurídico entre credor e devedor, possuindo a legislação medidas coercitivas para retomada do bem ao patrimônio do fiduciante, que neste relação, ocupa a posição de sujeito ativo, e o fiduciário de sujeito passivo[123].

## 2.2 O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Passados tais preceitos históricos, com o avanço da economia moderna, em meados do século XIX, houve a presença de um negócio jurídico derivante da fidúcia germânica, inglesa e romana, denominado negócio fiduciário, possuindo como suprimento de suas lacunas as fidúcias já citadas. Mediante tal negócio, o fiduciante transfere ao fiduciário a propriedade plena e definitiva do bem com escopo de garantia, o qual possui um dever obrigacional de restituí-lo, contudo possui a mesma fragilidade da fidúcia romana, uma vez que o fiduciante não dispõe de ação reivindicatória em caso de quebra da confiança por parte do fiduciário em devolver o bem[124].

Nesta seara, por intermédio deste negócio as partes possuem uma finalidade, qual seja de transmitir a propriedade para garantir, tendo a doutrina ressaltado que é de sua essência que o fim para qual ele se destina não possui o meio jurídico apto, porquanto não se pode utilizar negócio translativo para finalidade amena de garantia, sendo o meio juridicamente incongruente para sua finalidade, contudo diante do avanço econômico e da necessidade de proteção de tal instituto se faz necessário permitir sua formalização[125].

Segundo Pontes de Miranda[126], o negócio fiduciário possui como **características** a bilateralidade, a onerosidade ou gratuidade, podendo ser um negócio principal ou acessório, perfectibilizado de forma solene ou não solene. Seu traço **bilateral** consiste na existência de direitos e deveres para ambas as

partes, qual seja o fiduciário deverá receber o bem e utiliza-lo como no previsto no pacto, bem como restitui-lo quando verificado o adimplemento contratual, já o fiduciante deverá transferir o bem a aquele, respeitando a titularidade do fiduciário, além de cumprir com os termos previstos no *pactum fiduciae*. Será **oneroso** quando alicerçado a transferência, há existência de um dever de contraprestação pecuniária pelo fiduciante, sendo gratuito quando inexistir contraprestação tanto pelo fiduciante ou fiduciário. Será **principal** quando se adjetiva a transferência para administração patrimonial, **ou acessório** quando para fito de garantia, objeto da presente monografia. Por fim, **solene** será quando a lei impuser que se exija uma forma para a transferência da propriedade, e não solene quando para a realização desta a mera tradição já basta, não sendo necessária registro ou outro ato para que se produza efeitos.

Ressalta-se que há duas vertentes no tocante a sua estrutura que a conceituam como negócio dúplice ou único. Dúplice quando admitirem a existência de dois contratos para sua perfectibilização, um de natureza translativa e outro obrigacional, que caminham paralelamente entre si. Já a doutrina unitária, caracteriza como um pacto que muito embora tenham esses dois tipos, exterioriza um único fim para as partes, a *causa fiduciae*, que é a de instituição da garantia, não tendo as partes interesse em instituir dois contratos, muito embora esse meio utilizado não seja congruente com o fim, teoria mais aceita pela doutrina atual<sup>[127]</sup>.

Frisa-se que o negócio fiduciário poderá ser pactuado para garantia ou para a administração do bem, pelas espécies de venda com escopo de garantia, cessão fiduciária de crédito e negócio fiduciário para administração, os quais não serão tratados no presente, já que a alienação fiduciária em garantia não pode ser tratada como venda para garantia, fugindo desta forma do tema proposto<sup>[128]</sup>.

Ademais, há a classificação deste tipo negocial em próprios e impróprios, sendo os primeiros aqueles em que o elemento confiança está presente em sua essência, sendo o fator primordial para sua realização, já nos impróprios, tal elemento ainda existe, mas não como fator fundamental, posto que há direitos que retiram a situação de perigo em caso de inadimplemento pelo fiduciário de sua confiança<sup>[129]</sup>.

Atualmente, não há de que se confundir diante desta discrepância existente entre o meio e a finalidade, que seria um negócio simulado, posto que não há a intenção das partes em fraudar a lei ou formalizar finalidade ilícita, mas sim



consiste num fim que não se encontrava positivado, tendo as partes a vontade séria e real de realizar tal pacto, o qual não é ilusório, possuindo um fim econômico juridicamente relevante<sup>[130]</sup>.

Por fim, no negócio fiduciário, diante da transferência plena e definitiva da propriedade ao fiduciário, traço marcante da fidúcia romana, em caso de insolvência do fiduciário o fiduciante assume o risco da coisa, posto que o pacto obrigacional não é dotado de efeito real, possuindo mero direito de crédito, posto que com tal transmissão para o patrimônio do fiduciário este sofrerá as consequências de insolvência. Assim, para que tal instrumento possa ter maior abrangência e utilização, deverá haver regulação pelo ordenamento jurídico da limitação desta propriedade, intrinsecamente conexo ao fim contratual, havendo a afetação deste bem para uma massa patrimonial autônoma, continuando a existir enquanto perdurar o seu motivo determinante<sup>[131]</sup>.

Desta forma, no ordenamento jurídico brasileiro há a garantia ao fiduciante da proteção de seu bem transmitido, mediante o instituto da **propriedade resolúvel** (art. 1.359 e 1.360 do CC/2002), sendo que do gênero negócio fiduciário no nosso sistema há a presença da alienação fiduciária em garantia, que será tratada no próximo tópico. Contudo, frisa-se desde já que diante de todo o exposto não há empecilho algum para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, muito pelo contrário, diante da situação a qual o fiduciante está submetido, uma vez que sua vontade real é a aquisição do bem, o qual fora transmitido para garantir, mostra-se prudente haver um limitador da vontade do fiduciário, posto que muito embora mitigada, a confiança ainda está presente, o qual poderá manejar diversas ações para persecução de seu crédito, como se verá posteriormente.

### 2.3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS

*Ab initio*, no ordenamento jurídico brasileiro, a alienação fiduciária em garantia, espécime do gênero negócio fiduciário, fora instituída na lei que regula os mercados de capitais (art. 66 da lei 4.728/1965), bem como teve seu processo previsto no Decreto-Lei 911/1969 com as alterações da lei 10.931/2004 e 13.043/2014, posteriormente houve a positivação no Código Civil, em seus arts. 1.361 a 1.368-B, deste modo, no direito positivo brasileiro, há duas espécies de propriedade fiduciária de bens móveis para fins de garantia, aquela pertinente às instituições financeiras, bem como do fisco e da previdência social (denominada **mercadológicas**, tendo vulnerabilidade em uma das partes), e a de

caráter geral (denominada **paritária**, presumindo igualdade entre as partes), incumbido a qualquer pessoa, prevista no código civil, ocorre que a delimitação do presente tema restringe-se aquela prevista na lei de mercado de capitais, em que instituições financeiras, mediante contrato de adesão, pactua com consumidores[132].

Para Flávio Tartuce, a alienação fiduciária em garantia não constitui um contrato, mas sim um direito real constituído por intermédio daquele, como um instrumento negocial[133].

Tal instituto mostra-se imprescindível, tanto para as atividades financeiras, quanto em relação ao interesse social da compra de produtos, posto que seus fins não poderiam ser alcançados, até então, mediante outros negócios. Possui, desta forma, a finalidade de garantir as operações próprias das sociedades de créditos – instituições financeiras –, por meio de financiamento ao próprio consumidor, denominado modalidade de financiamento crédito direta ao consumidor, para compra de determinadas mercadorias, por intermédio de um contrato de abertura de crédito[134].

Ressalta-se que no negócio jurídico-real de alienação fiduciária em garantia está presente a fidúcia, tratada anteriormente, e por intermédio desta, o fiduciário contrai o dever de restituir a propriedade do bem ao fiduciante, assim que quitado o débito, formando o vínculo jurídico entre credor e devedor.

Tal instituto mostra-se economicamente necessário na medida em que quando há necessidade de crédito e impossibilidade de privar-se de determinado(s) bem(s) pelo instituto do penhor, o sujeito passivo transfere ao credor fiduciariamente a propriedade deste bem, e pelo constituto possessório, continua exercendo a posse dos bens[135].

Sendo importante ressaltar que existe natureza jurídica de direito de propriedade e da posse, posto que o fiduciário adquire a propriedade de forma resolutiva, ou seja, com uma condição de extinção daquela assim que liquidado o crédito, denominada propriedade *restrita e resolúvel*, não sendo um proprietário pleno da coisa, possuindo apenas titularidade de um direito sob condição resolutiva, diversamente do negócio fiduciário *latu sensu*, havendo somente a consolidação da propriedade plena, com a finalidade de venda do bem, mediante decisão judicial, já que proibido o pacto comissório, tanto pelo Código Civil, em seu artigo 1428[136], como pelo Código de defesa do Consumidor, em seu artigo 51, IV[137]. Desta forma, constitui um negócio translativo (da propriedade)

vinculado mediante um negócio obrigacional, com eficácia restringida até que se cumpra com os termos do pacto[138].

Conforme leciona Orlando Gomes[139]

Em sentido lato, a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição. A alienação pode recair em coisas ou direitos. Realiza-se para diversos fins: a) ulterior transmissão de bens a terceiros; b) administração da coisa alienada; c) execução de um crédito; d) garantia de uma dívida.

[...]consistente na transmissão de propriedade, limitada por uma relação obrigação que distorce o fim natural do contrato translativo. A alienação é *meio* para alcançar o *fim* de garantia. Desnatura-se, porque se destina a um *fim menor* de que decorre sua causa e constitui uma *propriedade temporária*. Na formação desse negócio jurídico, conjugam-se dois vínculos: O de transmissão da propriedade e o de seu retorno ao patrimônio do transmitente[140].

No sistema brasileiro fora adotado pela lei de mercado de capitais a modalidade de alienação fiduciária com a finalidade de garantir um crédito, conforme depreende-se de sua seção XIX (art. 66 da lei 4.728/65), facilitando o processo de industrialização no Brasil e evitar a recessão[141].

Tal contrato, em sua origem, possui como característica principal a finalidade de fidúcia, qual seja, pelo fator fundamental da confiança, o fiduciante (devedor-alienante) transmite ao fiduciário (credor) a propriedade (temporária, não plena) dos bens móveis, tendo como fim servir de garantia, e uma vez verificada a adimplência total nos termos do contrato, o fiduciário deverá restituir o bem ao fiduciante. Ademais, necessário ressaltar que não poderá haver estipulação de pacto comissório, em que o bem com o inadimplemento ficaria com o fiduciário, ao contrário, na alienação fiduciária, este deverá realizar a venda do bem com a finalidade de cobrir o saldo devedor do contrato[142].

Insta salientar que diante da imposição legal da propriedade resolúvel como condição para concretização da alienação, a propriedade é transferida ao patrimônio do credor, sendo que a nulidade desta cláusula legalmente imposta, e não convencional, impõe a inaplicabilidade de tal instituto, devendo, conforme Orlando Gomes, Pontes de Miranda e Melhim Namem Chalhub não ser aplicado às garantias de natureza fiduciária diante de sua diversidade de estruturação frente as outras modalidades de garantia, incompatível com o regime da transmissão fiduciária. Contudo há uma adaptação dos efeitos da propriedade resolúvel, em que a reversão plena ao devedor ou a consolidação da propriedade no patrimônio do credor, estão legalmente condicionados, determinando a conversão do bem em dinheiro, mediante a venda do mesmo, e não ficando para o fiduciário[143].

Ressalta-se que no negócio fiduciário há a pretensão restitutória do fiduciante em relação ao bem alienado, uma vez que pautado o negócio no fator da confiança, tem a esperança de uma vez liquidado o débito, deverá ser retomado o bem dado como garantia, sendo tal expectativa um direito real[144]. Assim, não se mostra condizente que haja a frustração de sua pretensão real diante da venda do bem, acaso adimplido substancialmente o contrato, sendo que a purgação da mora deveria ser mitigada para que a causa do contrato reste íntegra.

Conforme previsto na lei que a instituiu, na alienação fiduciária, aplicam-se os arts. 647 e 648 do CC/2002, resolvendo-se o domínio do fiduciário sobre o bem, assim que adimplida a obrigação pelo fiduciante, podendo este, na qualidade de proprietário do bem, exigir a restituição da mesma de quem a detenha, por isso caracterizada como uma expectativa de direito real[145].

Frisa-se que a lei brasileira não aceita a cisão da propriedade, a ser dividida entre o fiduciário e o fiduciante, este com a propriedade formal e aquele com a real, desta forma, diante do instituto da propriedade resolúvel, mitigou-se tal questão, uma vez que o fiduciário possui uma propriedade limitada, sob uma condição resolutiva, e o fiduciante uma expectativa de direito, um proprietário sob condição suspensiva, não havendo propriedade atual deste último, contudo há de se ressaltar que o fiduciante poderá praticar todos os atos conservatórios de sua potencial propriedade[146].

Ademais, no Brasil houve a **desfiguração do instituto da alienação fiduciária**, haja vista que com a instituição da propriedade resolúvel no contrato translativo, o fator fundamental do negócio - a confiança (fidúcia) - fora

dispensado, na medida em que não há necessidade de se confiar no fiduciário como causa do negócio, eis que uma vez liquidado o contrato, com o implemento da condição resolutiva, haverá a extinção da propriedade resolúvel, retornando o bem ao patrimônio do fiduciante, eliminando o risco do inadimplemento por parte do fiduciário no tocante à restituição do bem[147]. Assim, uma vez redimensionada a *fides*, há prevenção legal para vedar o abuso do fiduciário em caso inadimplemento no tocante a restituição, retirando a situação de risco que o fiduciante possuía no conceito básico de negócio fiduciário, em que o *trust*, a *fides* foram transformadas em fidúcia legal para atingirem as necessidades econômicas da vida moderna[148].

No tocante à **natureza jurídica** da alienação fiduciária existem três vertentes doutrinárias, a seu respeito, a primeira com espeque no direito romano, o pacto translativo está limitado pelo contrato adjacente obrigacional que especifica o fim almejado, a causa, do contrato, condicionando-o para a realização do mesmo. De outro norte, a doutrina alemã, fundada na condição resolutiva, afirmam que a limitação da propriedade do fiduciário está limitado por esta condição, sendo a mesma temporária. Tal teoria oferece maior segurança ao fiduciante. Por fim, a terceira teoria sustenta que há distinção em relação aos direitos do fiduciário, que na relação externa se funda na propriedade e na interna, de crédito, figurando este em certos casos com um mandatário ou em outros casos, como um credor - *accipiens*[149].

Ultrapassada a fase de conceituação da alienação fiduciária em garantia, faz-se necessário abarcar a relação jurídica existente, colacionando os sujeitos da relação, o objeto da alienação e a sua forma.

Os **sujeitos** da relação consubstanciam-se em alienante e o adquirente, denominados, respectivamente, de fiduciante e fiduciário. Ressalta-se que o alienante é o sujeito que será creditado com a formalização do contrato, a modalidade de crédito diretíssimo ao consumidor. Já o adquirente-fiduciário faz-se presente na pessoa da instituição financeira, fixando um vínculo entre ambos os sujeitos[150].

No tema ora proposto, a alienação fiduciária está vinculada a um contrato de financiamento de veículo, consistindo em três sujeitos, o **comprador** (devedor-fiduciante), o **vendedor** e um **financiador** (credor-fiduciário), consistindo em um contrato complexo, articulado por compra e venda, de financiamento e de garantia, em que o fiduciário celebra com o fiduciante um contrato de

financiamento para aquisição do bem, entregando ao vendedor o valor, firmando um contrato de compra e venda com este, e por último, o fiduciante celebra com o fiduciário o contrato de garantia, transmitindo a propriedade fiduciária do bem adquirido, sendo este contrato de modalidade acessória[151].

Outrossim, o alienante-fiduciante deverá ser proprietário da coisa, com o fito de dispor de seu direito de propriedade sobre aquele, modificando pela tradição, a titularidade do direito. Este sujeito aliena para fim de garantir e não de realmente transferir a propriedade, de forma plena e irrestrita, posto que não é seu desejo declinar do bem definitivamente, mas apenas em caráter precário-temporário[152].

Por sua vez, o fiduciário só poderá consistir em sociedades de crédito e financiamento autorizadas a funcionar pelas autoridades monetárias do país, conforme art. 66-B da Lei 4.728/1965, constituindo um monopólio de legitimação, em que somente os bancos possuem legitimidade para adquirir fiduciariamente bens em garantia, não se confundindo com a capacidade de aquisição, posto que por esta, não é a única, já que poderá ser realizada por outro quando não se tratar do negócio fiduciário previsto na **lei do mercado de capitais**.

A respeito, com o advento do Código Civil, para Melhim Namem Chalhub[153], qualquer pessoa poderá instituir a propriedade fiduciária de bem móvel fungível, sem qualquer restrição, para garantia de dívidas de qualquer espécie. Ressalta-se que o registro administrativo dos bens dados em garantia realizado em nome do alienante-fiduciante não tira a propriedade resolúvel que exerce o fiduciário, sendo um mero equívoco[154].

Já o **objeto** da alienação em garantia, tratada no tema da presente monografia, é o bem móvel[155] que o alienante transfere ao adquirente-fiduciário. Tal bem deverá ser da espécie durável, não podendo fazer parte do negócio bens consumíveis, que se deterioram em apenas um único ato. O bem apto a ser objeto de alienação deverá ser aquele bem deteriorável ao longo do tempo, de modo que há sua desvalorização, mas não o seu completo perecimento em apenas um único ato, posto que torna inviável a garantia dada. Por fim, tal bem deverá estar perfeitamente individualizado, passível de identificação por sinais característicos, como número de fabricação, série, dentre outros, por imposição legal do art. 66-B, §1º da lei 4.728/65, sob pena do ônus da prova em relações com terceiros, no tocante ao domínio sobre a coisa caber ao adquirente-fiduciário[156]. Como exemplo, podem ser objetos, veículos, coisa futura (art. 483

do CC/2002), navios e aeronaves (Lei 4.728/1965), títulos de créditos em geral, ações do capital social, partes beneficiárias e bônus de subscrição.

Assim, diferentemente das demais espécies de garantia, na alienação fiduciária, a garantia incide em **coisa própria** do credor, ante a transmissão fiduciária da propriedade, e não em direito real de coisa alheia como nas demais garantias[157].

Por fim, no tocante à **forma**, não há requisitos estruturais, posto que o objeto em garantia consiste em bens móveis, não necessitando de instrumento público como elemento essencial. Ademais, prova-se somente por escrito, contudo para validade/conhecimento perante terceiros, *erga omnes*, deverá haver o registro do contrato, *ex vi legis* do art. 66, §1º do Decreto-Lei 911/69, §1º A alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento [...] será obrigatoriamente arquivado, [...] no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros [...]. Ressalta-se que tal formalidade não caracteriza elemento essencial do contrato[158].

A legislação impõe unicamente a necessidade de **cláusulas obrigatórias**, conforme art. 66 e 66-B da lei 4.728/65, *in verbis*:

Art. 66. §1º [...]e conterà, além de outros dados, os seguintes:  
a) o total da dívida ou sua estimativa; b) o local e a data do pagamento; c) a taxa de juros, os comissões cuja cobrança fôr permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis; d) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

Tais cláusulas representam a remuneração do capital da instituição financeira em detrimento do crédito emprestado, bem como o reajuste em caso de inadimplemento. De outro modo, não há na lei que instituiu a alienação fiduciária

em garantia qualquer restrição ou vedação a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

*In fine*, diante do exposto, percebe-se que para o contrato de alienação fiduciária em garantia possuir validade e eficácia entre as partes, ressalvados terceiros de boa-fé caso não registrado no departamento competente (Súmula 92 do STJ), não está sujeito à nenhum requisito no tocante a sua forma imposto legalmente, sendo o registro elemento essencial da segurança jurídica, não do contrato[159].

### 2.3.1 A CAUSA FIDUCIAE E A TRANSMISSÃO FIDUCIÁRIA

É sabido que os negócios jurídicos foram criados com uma determinada causa, um fim previsto em lei para qual ele é o meio, contudo há negócios em que a vontade das partes deverá ser amparada pela lei, mesmo quando utilizam um ato com a finalidade diversa da qual ela fora criada, é o caso típico da alienação fiduciária, posto que os negócios translativos não foram criados com o fito de alienar para garantir, contudo diante do mercado atual tal pratica mostrou-se necessária, já que funcional[160]. Ainda, é pela causa que se fiscaliza o exercício da autonomia privada, não se limitando sua determinação a tipificar o negócio, mas, sobretudo, à estimação de sua funcionalidade[161].

Nos contratos de alienação fiduciária, o significado da causa *fiduciae* dependerá da teoria adotada para sua constituição. Tratando-se da teoria da duplicidade, em que adotam a ideia de união de dois contratos conexos, inexistente a causa nesse negócio, posto que não há nesse negócio reciprocidade de obrigações, uma vez que o fiduciário recebe a garantia e as prestações, nada sendo dado ao fiduciante, além de que o encargo do pacto acessório da restituição da propriedade não é título hábil para motivar a aquisição plena e definitiva da garantia. Na teoria que adota contrato como único, tal causa constitui na propriedade condicional, resolúvel, encontrada na própria lei, que ordena a transferência da propriedade sob condição resolutiva, em que o propósito real do fiduciário não é adquirir a titularidade plena do bem, apenas uma medida assecuratória de seu crédito, bem como não é intenção do fiduciante transferir definitivamente a coisa, posto que deseja sua restituição quando cumprir com o pactuado[162].

*Mutatis mutandis*, a respeito da transmissão fiduciária, ressalta-se que no ordenamento jurídico brasileiro, os contratos são meros conteúdos obrigacionais, não transferindo de imediato a propriedade antes da tradição, deste modo no



negócio fiduciário a transmissão fiduciária, da garantia, se dá mediante a tradição do bem ao fiduciário, tradição esta simbólica, efetuada mediante a pacto do constituto possessório, não recebendo a garantia materialmente, já que continuará com o fiduciante, sendo este o meio indispensável para efetivar esta modalidade contratual. É por intermédio do **constituto possessório** (tradição sem entrega da coisa), que é um meio de aquisição da posse, o fiduciário fica com a posse indireta da coisa, uma vez que não possui disponibilidade física desta, sendo o fiduciante possuidor direto, já que possui tal disponibilidade, devendo conservar coisa, uma vez que assume a obrigação de depositário desta[163].

Tal transmissão está dotada de dois elementos imprescindíveis, a transitoriedade e a resolubilidade, resultando na limitação temporal do domínio do fiduciário[164].

O fiduciário admite tão somente, com a efetivação do contrato, a titularidade fiduciária do bem, posto que não é titular pleno e definitivo do mesmo, uma vez que possui uma condição resolutiva e restrita. Já o fiduciante, de proprietário da coisa passa a ser mero possuidor direto sem propriedade, enquanto o fiduciário possuidor indireto com propriedade, não cabe as partes eliminar a posse, uma vez que é elemento essencial de validade do negócio, não podendo restringir o constituto possessório, tampouco atribuir eficácia para momento posterior[165].

### 2.3.2 DO CONTEÚDO DO NEGÓCIO – DIREITOS E DEVERES DAS PARTES

No contrato de alienação fiduciária, por englobar negócio translativo e obrigacional possui eficácia de direito pessoal e real, com normas reguladoras de propriedade e de crédito, no campo de direito real, há a transferência da propriedade, com a conseguinte criação da relação credito-débito entre as partes, de natureza obrigacional[166].

Os direitos do fiduciário consistem em tornar-se proprietário da coisa, diante do negócio translativo, bem como ser credor do fiduciante. Ademais, lhe assiste à **ação de busca e apreensão** do bem quando do inadimplemento, tornando-se proprietário pleno da coisa, para posterior venda. Poderá ainda, valer-se de **ação de depósito** quando o bem não está em posse do fiduciante, ou de **ação executiva**, com o viés de adimplir coercitivamente seu crédito. Por fim, uma vez inadimplida a obrigação do fiduciante, poderá ter vencida antecipadamente toda a dívida, de forma automática[167].

Insta salientar que tendo como parte no contrato instituição financeira, objetivando o lucro, no contrato de alienação fiduciária são impostos juros, correções monetárias, comissões, além de cláusula penal e obrigação do fiduciante em arcar com as despesas para constituição da garantia, bem como com despesas processuais caso venha ingressar judicialmente para persecução de seu crédito, assim, **uma vez inadimplida a prestação, há um aumento significativo no saldo devedor**[\[168\]](#).

A resolução contratual, uma vez operada a condição resolutiva, ou seja, efetuado o adimplemento do contrato pelo fiduciante, se dá automaticamente, por força da propriedade resolutiva, sendo que por efeito de lei, a propriedade transfere-se automaticamente para o fiduciante. De outro norte, uma vez inadimplido o contrato, não haverá a consolidação da propriedade ao fiduciário, já que é vedado o pacto comissório, existindo assim uma propriedade sem dono até que se tenha a consolidação definitiva mediante interpelação judicial, ou venda extrajudicial da mesma para quitação do débito, sendo que se da venda for levantado valor superior ao débito, haverá restituição do valor ao fiduciante, caso contrário, continuará sendo devedor do saldo restante, uma dívida suplementar[\[169\]](#).

No tocante aos direitos do fiduciante, mostra-se relevante que contra o fiduciário, caso este transfira o bem a terceiro ou se oponha a transmissão automática da propriedade ao fiduciante, caberá a este, o ajuizamento de **ação reivindicatória**, podendo inclusive praticar todos os atos conservatórios de sua posse. Assiste-lhe também, o direito de efetuar a **purgação da mora, receber o saldo devedor** da venda do bem e desobrigar o mesmo em caso de liquidação da financeira[\[170\]](#). Em caso de não restituição de valores da venda do bem pelo fiduciário, assistir-lhe-á à **ação monitória**, nos termos da Súmula 384 do STJ.

### 2.3.3 DO INADIMPLEMENTO, DA MORA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Há inadimplemento *strictu sensu* quando não há o pagamento no prazo previsto e a prestação se torna definitivamente impossível de ser cumprida, por fato que lhe seja imputável, ou lhe não possa ser imputado. Há mora quando se retarda no cumprimento da obrigação, tornando-se impontual no pagamento da dívida ou de uma de suas prestações, sem que se torne definitivamente impossível o adimplemento. No contrato de alienação fiduciária, nunca haverá inadimplemento *strictu sensu*, uma vez que a contraprestação é pecuniária, não

havendo a impossibilidade de cumpri-la, já que poderá ser feita tardiamente, com correção e demais encargos contratuais[171].

De acordo com o art. 2º, §2º do Decreto-Lei 911/69 a mora nos contratos de alienação fiduciária se opera *ex re*, ou seja, sem a necessidade de interpelação, de forma automática, exigindo unicamente a lei a mera comunicação ao devedor para que haja a comprovação da mora, a qual poderá se operacionalizar por meio de protesto ou carta registrada expedida pelo registro de títulos e documentos. Uma vez operada a mora, resolve-se tacitamente a relação, subsistindo ao devedor-fiduciante a obrigação de reparar perdas e danos, consistente nos juros moratórios e cláusula penal, além de suportar os riscos do perecimento do bem. Por fim, a mora também resulta no imediato vencimento antecipado de todas as demais prestações periódicas[172]. Neste viés, é conteúdo da Sumula 72 do Superior Tribunal de Justiça, *ipsis litteris*, "A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente".

Outro ponto a ser destacado, de suma importância, consiste na **purgação da mora**, previsto na ação de busca e apreensão do Decreto-lei 911/1969, em que executada a liminar e apreendido o veículo, o devedor pode apresentar contestação ou efetivar a purgação da mora, a qual consiste no pagamento do saldo devedor. Em sua redação original, apenas haveria possibilidade de efetuar tal pagamento caso houvesse adimplemento de 40% do preço financiado, contudo com as alterações da Lei 10.931/2004, não há limitador para usar tal instrumento, contudo deverá haver o pagamento integral da dívida pendente[173].

Orlando Gomes[174] criticando a possibilidade de purgação da mora instituída pelo legislativo leciona:

O vencimento da dívida toda, sem pagamento do devedor, implica a resolução do contrato e a perda definitiva, para o devedor, da propriedade que alienara fiduciariamente. Opera-se a resolução por força da condição resolutiva expressa e a perda da propriedade, por imposição de natureza técnica reconhecida em lei. Como admitir-se, por conseguinte, que, por efeito da purgação da mora, um contrato já resolvido passe novamente a subsistir, e uma propriedade perdida volte a ser propriedade resolúvel?

Ora, por evidente que deverá haver um freio para a discricionariedade do credor frente a persecução de seu crédito, ainda mais nesta modalidade contratual em que, muito embora indiretamente, pauta-se na confiança e na legítima expectativa de se reaver o bem, a purgação da mora é um instituto conforme exposto pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar<sup>[175]</sup>, em decisão acerca da aplicabilidade da purgação da mora quando não adimplido 40% do contrato, de conservação contratual, composto de eficácia para evitar o dano que decorre do descumprimento de um contrato, um ato socialmente útil, concretizando-se o contrato por intermédio deste, em que o devedor cumpre com sua obrigação e o devedor vê satisfeita a pretensão como pactuado, devidamente corrigido e com as devidas sanções contratuais. Ademais, tal instituto, alicerçado pelo código de defesa do consumidor, assegura o princípio do *duty to mitigate the loss*, abarcado no primeiro capítulo, devendo inclusive haver a aplicação da teoria do adimplemento substancial para que não haja a privação do bem em face de ínfima parcela contratual, ainda mais frente a um credor que domina o mercado econômico, em que não haverá perda alguma a este.

Ressalta-se que, com o advento da lei 10.931/2004 que retirou a condicionante do pagamento de 40% do financiamento para purgação da mora, a jurisprudência majoritária sedimentou o entendimento de que haveria apenas a necessidade de efetuar o pagamento das prestações vencidas mais encargos, priorizando a conservação do contrato, não exigindo o pagamento de todo o valor contratual (vencidas + vincendas), mediante interpretação sistemática dos princípios constitucionais, obrigacionais e de relação de consumo<sup>[176]</sup>.

Contudo, o STJ<sup>[177]</sup>, em sede de recurso repetitivo, diante da finalidade econômica do contrato ora em apreço, decidiu que “compete ao devedor efetuar o pagamento da integralidade da dívida, entendida esta como os valores apresentados e cobrados pelo credor na inicial, sob pena de consolidação”, assim novamente restou ao credor, em sua discricionariedade, em requerer apenas os valores vencidos ou a totalidade da dívida, desde que ambas comprovadas na inicial de busca e apreensão regida pelo Decreto-Lei 911/1969, tudo isto, no ínfimo prazo de 5 (cinco) dias corridos, não úteis, após a execução da liminar, ou seja, da apreensão do veículo.

Nesse aspecto, cumpra-se ressaltar o entendimento proferido pelo Ministro Marco Buzzi, no julgado retro citado, em que deveria haver uma interpretação em favor da conservação contratual, diante dos princípios constitucionais e de

proteção ao consumidor, parte vulnerável, devendo ser efetuado o pagamento do débito pendente, a fim de preservação a avença, restando resguardadas a função social do contrato e a boa-fé objetiva, obtendo assim a restituição do bem apreendido livre de ônus.

Ainda, Melhim Namem Chalhub[178] expõe que diante do financiamento, em que pressupõe toda uma análise de crédito, em que o sujeito não possui condição de arcar com a compra do bem de uma só vez, necessitando do parcelamento, a exigência da purgação da mora integral é totalmente **impraticável**, eis que não é prudente exigir o vencimento antecipado de toda a dívida, mais encargos de quem não possuía capacidade pra comprar o bem sem o financiamento, importando em prática que gera a perda do direito sumariamente, havendo a consolidação da propriedade em face do fiduciário, devendo esta exigência ser situação excepcional, seja pela boa-fé ou pela própria natureza da garantia, que tem caráter subsidiário.

Flávio Tartuce[179] também coaduna com tal entendimento, em que a impossibilidade de efetuar o pagamento da mora não está em sintonia com o princípio da conservação dos contratos, inclusive sendo a favor da aplicação da teoria do adimplemento substancial para afastar a busca e apreensão.

Uma vez executada a liminar de busca e apreensão e não efetuada a purgação da mora pelo devedor-fiduciante, restará ao fiduciário um direito-dever, diante da consolidação da posse plena em seu favor (art. 3º, §1º do DL 911/69), por intermédio da propriedade resolúvel, a promover a venda do bem para, com o produto da mesma, obter a satisfação de seu crédito, de forma judicial ou extrajudicialmente, diretamente ou por intermédio de leiloeiro[180].

Neste viés, uma vez que não necessariamente haverá necessidade de se aguardar até a sentença da busca e apreensão para venda do bem, acaso esta venha a ser julgada improcedente, o fiduciário deverá responder por perdas e danos que houver causado ao fiduciante, além de multa de 50% do valor atualizado do financiamento, prevista legalmente (art. 3º, §6º do DL 911/69), sendo que o restante do saldo apurado com a venda do bem será restituído ao fiduciante, coerente com o princípio do art. 53 do CDC, que consagra a nulidade de cláusula que importe perda das prestações já pagas pelo devedor[181].

Ressalta-se que além da busca e apreensão do bem, ao fiduciário também é garantido o direito a ação possessória, de depósito, de execução, bem como de reintegração de posse ou ação reivindicatória.

Na **ação de busca e apreensão**, vislumbra-se a devolução do bem e a atribuição da propriedade e posse plena, caso não efetuada a purgação da mora, ação com procedimento especial previsto no DL 911/69, possuindo como causa de pedir a mora, devendo ser comprovada na inicial a comunicação da mesma ao fiduciante, como já visto. Uma vez proposta a ação e estando os seus requisitos presentes, o juiz deferirá a liminar de busca e apreensão, podendo inclusive utilizar do sistema RENAJUD para proibir a circulação do mesmo, com a expedição do competente mandado, podendo inclusive requerer o cumprimento do mandado na comarca onde estiver o bem, independentemente de carta precatória (art. 3, §12º do referido diploma legal), e em plantão judiciário, podendo inclusive se frustrada a liminar de busca, haver a conversão da ação em execução (art. 4º). Uma vez cumprida a liminar, o fiduciante terá o prazo de 5 (cinco) dias, corridos, porquanto prazo de direito material, ou poderá apresentar contestação em 15 (quinze) dias, o réu deverá ser citado em ato subsequente ao da apreensão. Por fim, não efetuado o pagamento haverá a consolidação da propriedade plena, o qual poderá vendê-lo, cabendo a autoridade competente a emissão de um novo certificado de registro de propriedade em favor do fiduciário, da sentença da busca, caberá apelação, com efeito devolutivo, e da decisão que defere a liminar, caberá agravo de instrumento[182].

Com o advento da lei 13.043/2014, houve o advento da necessidade do fiduciário realizar a prestação de contas da venda pós adjudicação do bem, conforme nova redação do art. 2º, §4º do Decreto-Lei 911/69, em prol da boa-fé, bem como deverá arcar com todas os encargos da coisa, derivante da obrigação *propter rem*, como taxas, tributos e demais encargos[183].

Ressalta-se que em sua defesa, o réu poderá alegar abusividades previstas no contrato de alienação, referente aos encargos contratados, como juros, TAC, TEC e demais cláusulas exorbitantes, bem como poderá mencionar eventual tutela antecipada deferida em ação revisional c/c consignação em pagamento que suspende os efeitos da mora, obstando a apreensão do bem, além das matérias pertinentes ao direito, lembrando que a simples propositura de ação revisional não ilide a mora, necessitando-se da antecipação de tutela referida, conforme Súmula 380 do STJ.

Ademais, na hipótese em que o produto da venda do bem não seja suficiente para saldar o débito, diante dos encargos contratuais ou desvalorização do bem, ao fiduciário caberá ação monitória para persecução do saldo restante, uma vez que a não manifestação do devedor quanto a venda e o valor avaliado, retira a liquidez do contrato[184].

*In fine*, ultrapassado os aspectos mais importantes do contrato estudado neste capítulo, vislumbra-se que inexistirá óbice algum em relação a sua origem e constituição jurídica, ou até mesmo na legislação, posto que não há na lei proibição acerca da aplicação da teoria do adimplemento substancial. Ademais, por tratar da *fidúcia*, tal teoria deveria amplamente ser utilizada, na medida em que constitui um freio aos limites do poder discricionário da instituição financeira para saldar o débito, em que por se tratar de ínfima parte do contrato, provavelmente corresponderá unicamente aos encargos e juros contratuais, sendo que o valor do veículo objeto da alienação já está devidamente quitado. Em sua instituição, a *equity of redemption* fora um instituto aplicado pela Corte para vedar o abuso diante da perda do bem em relação aos valores ínfimos, bem como houve a possibilidade de purgação da mora para conservação do contrato, nesse viés e por se tratar de relação de consumo, deverá ser resguardado o direito do consumidor em relação a sua vontade real, que consiste na aquisição do veículo, assim em análise sumária o adimplemento substancial deverá ser utilizado para se valer a justiça contratual e a boa-fé, posto que é notória a desvalorização de veículo, e o restante do saldo devedor após quitação do contrato e encargos, inclusive com a venda, não basta para adquirir um novo veículo, sendo necessário efetuar um novo financiamento, o que torna por movimentar a economia do país, fator este fundamental para não aplicação da referida teoria.

Assim, no próximo capítulo será tratado o julgado que entendeu não ser aplicável a referida teoria, bem como seus fundamentos, relacionando-os com os princípios estudados e condições do contrato e procedimentos, com o viés de compatibilização entre estes, com uma análise econômica do julgado, pautando-se realmente em fundamento jurídico ou econômico, como forma de fomentar a economia do país, com rotatividade de financiamentos ou primazia do contrato e princípios, que sugerem a manutenção do contrato e que o credor utilize as demais modalidades processuais disponíveis para persecução de seu crédito que não seja a busca e apreensão do bem móvel tido como garantia, ante o prejuízo

que este irá causar ao devedor/consumidor, havendo outros meios menos gravosos para perseguição de seu crédito, evitando tal prejuízo.

### Capítulo 3

A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDOS PELA LEI 4.728/65 E DECRETO-LEI 911/69 – UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA E ECONÔMICA ACERCA DO RESP 1.622.555-MG

Por inequívoco que ao decorrer desta monografia, diante dos institutos estudados e de seus princípios basilares, verificou-se que não haveria empecilho para a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia, uma vez que, muito embora seja um contrato desvirtuado de sua concepção original pelo direito brasileiro, sendo um contrato de adesão, aplicam-se além dos princípios basilares já estudados, toda a política nacional de proteção ao consumidor. Contudo, recentemente, em análise do mérito do Recurso Especial 1.622.555-MG, o STJ, em sede de recurso repetitivo acabou por tornar inaplicável tal teoria, segundo o critério da especialidade do Decreto-Lei 911/69, decreto este, de natureza marcial, que alguns doutrinadores afirmam ser incompatível com a nova ordem democrática de direito, decisão que acabou por abalar toda a seara jurídica e o rumo das ações de busca e apreensão.

Assim, neste capítulo será realizado uma análise econômica do direito aplicado em tal julgado além da perspectiva principiológica acerca de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo como viés os princípios já estudados e as características do contrato ora em apreço, com a tentativa de demonstração do principal fator de julgamento, o de justiça social ou de uma análise econômica acerca da repercussão de tal julgado nas comarcas onde tramitam as ações de busca e apreensão, utilizando, inclusive, a analogia acerca de decisões de arrendamento mercantil, em que aquela corte aplica tal teoria.

#### 3.1 INTRODUÇÃO ÀS RAZÕES DO JULGAMENTO E SUA SOCIALIDADE

Frisa-se que o Recurso Especial analisado na presente monografia fora interposto pelo Banco Volkswagen S/A em face de consumidor pessoa física, requerendo o deferimento da liminar de busca e apreensão, a qual fora negada



diante do reconhecimento da teoria do adimplemento nas instâncias inferiores, resultando assim no Agravo em Recurso Especial nº 808.701 – MG, tendo como relator o Excelentíssimo Ministro Marco Buzzi. Este, por sua vez, restou por negar tal agravo, ante a perfeita aplicação e reconhecimento da teoria diante do preenchimento de seus requisitos, porquanto o consumidor havia quitado 44 (quarenta e quatro) das 48 (quarenta e oito) prestações do contrato de alienação fiduciária, cerca de R\$ 2.052,36 (dois mil e cinquenta e dois reais e trinta centavos) de um total do crédito concedido de R\$ 14.739,17 (quatorze mil, setecentos e trinta e nove reais e dezessete centavos) e após acréscimo de encargos totalizava a quantia de R\$ 21.113,28 (vinte e um mil, cento e treze reais e vinte e oito centavos), tendo o consumidor quitado 91,66% do contrato, restando ao credor perseguir o crédito pelos outros métodos previstos no direito<sup>[185]</sup>.

Posteriormente fora interposto agravo regimental o qual também restou negado pelo relator, contudo após pedido de vista pela Ministra Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira, fora dado provimento ao referido agravo pela Quarta Turma convertendo em recurso especial. Ressalta-se, desde já, que o EXMO. SR. Ministro Antonio Carlos Ferreira restou por entender que valores superiores à 8% do contrato já caracterizariam monta de natureza relevante e obstam a aplicação da referida teoria.

Por outro lado, a EXMA SRA. Ministra Nancy Andrichi ressaltou que, além da especialidade, há violação ao direito de acesso ao poder Judiciário quando o credor é privado de propor a ação de busca e apreensão para exigir o cumprimento da obrigação. Já a Ministra Maria Isabel Gallotti, entendeu que o valor não caracteriza monta irrisória e não está presente a boa-fé objetiva quando não respeitados os direitos recíprocos dos contratantes. Contudo deixou claro a exceção para aplicação da referida teoria quando a parcela for tão diminuta a ponto de que não tenha utilidade ao credor.

Insta salientar, desde já, que tal recurso restou provido, sendo vencedor o voto do EXMO SR. Ministro Marco Aurélio Bellizze, declarando em sede de recurso repetitivo a inaplicabilidade da teoria do adimplemento por “absoluta incompatibilidade” com o instituto da alienação, possuindo como fundamentos<sup>[186]</sup>:

1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis,

regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (ut Art. 1.368-A, introduzido pela Lei n. 10931/2004). **1.1** Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente. **2.** Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso — desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável —, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente. Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (Decreto-Lei n. 911/1969), [...] representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial. **3.** Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema

processual. Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada o ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito). **4.** A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada. **4.1** É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas — mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação —, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais

advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada. **4.2.** A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

Tais fundamentos, com a máxima vênia, mitigaram exponencialmente a boa-fé contratual, bem como padecem de caráter da socialidade, um princípio de caráter geral que incide no ordenamento jurídico, não apenas nas normas do Código Civil, além da eticidade e da operabilidade, que justamente mitigam tais preceitos de caráter formal para assegurar uma decisão mais justa e social, beneficiando o prol social em detrimento da propriedade particular, priorizando a boa-fé, a justa causa, preponderando o equilíbrio econômico dos contratos como base de todo o direito obrigacional, a visão do contrato como meramente meio de segurança jurídica já restou ultrapassada[187].

Inconteste que a atual visão do direito real se dirige a sua utilidade social frente ao princípio constitucional da proteção à propriedade social[188], visando proteger os bens e as necessidades comuns, sendo incontroverso que os bens móveis, como maquinários, veículos, alienados fiduciariamente são de grande valia e importância na vida social-econômica dos cidadãos, seja como meio de locomoção para o trabalho, como objeto de trabalho, bem como de movimentação da economia frente ao giro de capital posto no mercado, não sendo justo que o antigo absolutismo do direito que priorizava o individualismo, a vontade apenas do credor, prevaleça novamente[189].

Como assevera Flávio Tartuce[190], frente a solidariedade social constitucionalmente prevista, o egocentrismo deverá ser mitigado, prevalecendo o interesse mutuo, social, devendo os institutos do direito privado serem interpretados conforme tais premissas. Pode-se assim dizer, na visão deste

acadêmico, que tal julgado ofende tal princípio por prevalecer o interesse exclusivo do credor e prejudicando toda a coletividade, uma vez que qualquer pessoa que passar por alguma dificuldade financeira momentânea, quando do final do contrato de alienação fiduciária, ter o bem apreendido e vendido judicialmente para cobrir parcela ínfima, e por óbvio, que o saldo remanescente da venda não será suficiente para aquisição de um novo bem, tão somente para financiar um novo, sendo apenas esse ponto econômico, o giro de mercado, que será beneficiado.

Ademais, outro ponto crucial acerca de tal julgamento está na presunção da má-fé do consumidor, uma vez que a ementa frisa, no item "3", quando explana acerca da inconveniência da utilização de outros meios além da busca e apreensão, a possibilidade de o consumidor haver se desfeito do bem quando o credor ingressar com outra demanda persecutória do título extrajudicial que possui em mão, uma espécime de fraude contra credores presumidas, indo de encontro com todos as premissas e princípios norteadores das relações obrigacionais, estudados no primeiro capítulo, ora o princípio geral implícito do direito é de que se presume a boa-fé e a má-fé deverá ser provada, tendo inclusive o STJ fixado em sede de recurso repetitivo, no tema 243 tal parêmia[191].

De outro modo, tal julgado pressupõe que diante da possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento, todos os devedores fiduciários deixariam de quitar as últimas parcelas do financiamento, presumindo novamente a má-fé, esquecendo-se do principal elemento dos negócios fiduciários, muito embora mitigado na legislação brasileira, a fidúcia existente entre os contratantes – confiança -, além de relevar a inadimplência como modo de extinção regular do contrato, e não como uma condição inesperada e momentânea, por óbvio que a teoria do adimplemento busca preservar a relação negocial que poderá ser perseguida por outro modo menos gravoso, e não como um modo de desestimular o integral e regular cumprimento do contrato, que é o meio esperado de extinção das obrigações[192].

Ora, conforme estudado no primeiro capítulo, mesmo que institutos ou regras não previstas em lei, mas que se pautam em princípios possuem força obrigatória, diante da característica argumentativa dos princípios, com a função de desenvolver e integrar o ordenamento jurídico. A boa-fé confiança, a desproporção entre o interesse do credor e o prejuízo ao consumidor, claramente não fora observado, houve amparo ao procedimento claramente iníquo, pratica

ensejadora do abuso de direito. Notória que a jurisprudência do STJ acerca da alienação fiduciária não está em consonância com a doutrina, conforme visto no segundo capítulo acerca da purgação da mora e agora neste novo recurso repetitivo.

*In fine*, conforme colocado pelo relator Marco Buzzi, em relação a especialidade da norma, muito embora os princípios e teorias não estejam presentes em lei, ou no caso em tela, haja sua menção na lei de regência da alienação, eles incidem nas relações negociais, já que presente a relação de consumo, além de serem regras gerais implícitas no ordenamento jurídico. *Mutatis mutandis*, em ação executória posteriormente intentada contra o devedor, antes de atingir o bem que seria objeto da busca e apreensão, deverá se observar a ordem de penhora prevista no CPC (art. 835), de caráter obrigatório, ressalvando que até lá já haveria possibilidade de o devedor conseguir levantar o montante para quitar o seu débito que não no prazo ínfimo de 5 (cinco) dias previsto no Decreto-Lei 911/69, além de haver a possibilidade de parcelamento do saldo devedor na execução[193].

Uma vez destacado os principais pontos do julgamento relatado e algumas de suas discrepâncias, abordar-se-á com mais profundidade a sua compatibilidade com os demais princípios e a ordem jurídica brasileira, além de verificar a análise econômica como principal fator de julgamento.

### 3.2 A VIOLAÇÃO DA ORDEM ECONOMICA FRENTE A IRRELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO JULGAMENTO

Convém salientar que, historicamente as instituições financeiras ocupam papel privilegiado para os poderes governantes da nação, não se podendo olvidar que o governo ditatorial, em época que direitos e garantias constitucionais foram mitigados, visando realizar o milagre econômico, beneficiou as instituições financeiras editando o decreto da natureza marcial prevendo a ação autônoma de busca e apreensão, a qual violou princípios basilares da ordem econômica tanto em relação a constituição de 1969 quanto a atual, sendo eles a função social da propriedade e da defesa do consumidor, tendo o consumidor assumido os riscos do negócio, sem qualquer amparo, já prejudicado pela licitude da prática de juros usurários pelas instituições financeiras. Nestes termos, a proteção jurídica normativa foi conferida não à parte hipossuficiente da relação, que é o consumidor, mas à parte mais forte dela, quer dizer, as instituições financeiras[194].

Ademais, o contrato de alienação fiduciária é um típico contrato de adesão, contendo cláusulas contratuais preestabelecidas pelo fornecedor, os ideais de igualdade entre as partes, de isonomia contratual, não são observados no momento da conclusão do contrato, havendo verdadeira subordinação, em que uma das partes envolvidas determina as regras do jogo e a outra se limita a aceitá-las ou não[195]. Ainda, novamente diante do julgamento que declarou a inaplicabilidade da teoria, a posição privilegiada das instituições fora reforçada, não havendo freio ao seu limite executório do contrato, sendo lícito judicialmente praticar um abuso de direito, exigindo a resolução contratual frente ao inadimplemento de escassa importância. Tendo o STJ, diante da especialidade da lei marcial, prejudicado reiteradamente o consumidor, o qual a CRFB/88 fez titular de direitos fundamentais, imprescindível para o desenvolvimento da ordem econômica, direitos estes que não podem ser relevados pelo legislador ordinário[196].

Inconteste que a desigualdade entre os consumidores e fornecedores se eleva de tal forma que o Estado o ergueu à categoria de princípio da ordem econômica a defesa do consumidor e determinou que o Estado promovesse, na forma da lei, a defesa do consumidor, nos termos de seu artigo 5º, XXXII e evidentemente, que não basta ao estado editar normas voltadas à sua proteção, uma vez que o dever de proteção é do Estado e não do legislativo[197], devem todos os poderes, a sociedade visar proteger tal categoria e não mitiga-la sobre simples pretexto de aplicação subsidiária do CDC, ainda mais sedimentada a existência de relação de consumo no âmbito das relações financeiras (súmula 297 do STJ). *Mutatis mutandis*, leciona Carlos Alberto Bittar que o contrato de adesão adveio por força do dirigismo econômico e do monopólio de capitais nas grandes empresas, especialmente os fornecedores de crédito, categoria amplamente beneficiada pela nossa pátria[198].

Ainda, a ordem econômica, conforme previsto pelo legislador constituinte, embora alicerçada no sistema de livre iniciativa e concorrência, encontra limites na defesa do consumidor, através da Política Nacional das Relações de Consumo prevista no art. 4º do CDC, aquém de ter por fim assegurar a todos uma vida digna, pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, possuindo reflexos, na esfera consumerista além da função social da propriedade para pautar uma existência digna diante dos direitos humanos[199].

A respeito do conteúdo da função social da propriedade, encontra-se ligado ao trabalho que nela é desempenhado e o modo como este é realizado, na utilização do bem pelo possuidor. Ressaltando que os bens de produção, ou seja, aqueles destinados ao desempenho de uma atividade econômica, a propriedade urbana, a agrária, os bens culturais e os ambientais, sem dúvida, são bens capazes de servir tanto aos interesses individuais como aos sociais, tendo os veículos automotores desempenhado tais papéis, e a retirada de tal bem pela ínfima parcela contratual restante, ao invés de preservar o pacto e perseguir o crédito por outro meio demonstra plena violação a função social que esta exerce, atingido economicamente os sujeitos protegido pela ordem econômica constitucionalmente prevista[200].

Ressalta-se que as razões expostas no voto vencedor vão de encontro com a isonomia contratual, amparando o abuso do exercício do poder de persecução do crédito, ensejando um enriquecimento demasiado para a instituição, que além de já receber os valores decorrentes dos encargos do financiamento, no caso aqui estudado o consumidor já havia pago o valor do mutuo original e grande monta dos encargos contratuais, que por sinal não encontram limite em lei, este poderá ser novo sujeito de outro financiamento pelo consumidor prejudicado com a venda do bem, caso necessite de um novo veículo, correspondendo tal conduta uma prática abusiva pós-contratual judicialmente amparada, posto que é uma conduta comissiva praticada pelo fornecedor que violam os princípios, direitos dos consumidores[201], bem como está em desconformidade com os padrões praticados no mercado de boa conduta, boa-fé, lealdade, confiança em relação ao consumidor[202].

Insta salientar que há doutrinadores que atestam a não-recepção do marcial Decreto-Lei 911/69 pela CRFB/88, bem como a inconstitucionalidade da Lei nº 10.931/2004, frente a flagrante violação ao princípio da igualdade e garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, todos previstos na carta magna[203].

Importante ressaltar que após a vigência da lei 10.931/2004, houve alteração no Decreto-Lei 911/69, diante da norma ordem constitucional, da existência do CDC, bem como dos novos princípios existentes no CC/2002, alterando a forma de purgação da mora, para, supostamente, beneficiar o consumidor, em que a purgação da mora compreendia a integralidade da dívida pendente, não mais sujeito ao pagamento dos 40%. Ainda, sob uma visão principiológica e



interpretação priorizando a conservação dos contratos, a jurisprudências dos tribunais reiteradamente decidiam que a purgação da mora e a restituição do veículo, se dava mediante pagamento das prestações vencidas mais encargos, não mais da totalidade do valor do contrato, protegendo o consumidor, diante da nova sistemática constitucional, obrigacional e consumerista[204].

Frisa-se expor as palavras proferidas pelo relator do REsp analisado *in casu*, Marco Buzzi[205], em que sabiamente afirmou a violação da boa-fé, da isonomia contratual, da função social dos contratos, do princípio da menor onerosidade e da prática do abuso no excesso de execução caso fosse permitido ao credor realizar a venda do bem, retirando o principal motivo para realização do mutuo, com o fito unicamente de quitar parcela ínfima, valores que diante da condições financeira do fornecedor caracteriza monta irrisória, ante o lucro proveito[206] desta, tendo infringido os princípios da justiça e da equidade, linhas fundamentais previstos no CPC em sua tendência de humanização frente ao estado democrático de direito (art. 805 do CPC), o que atrai as noções de proporcionalidade e razoabilidade, em que se deve tratar os desiguais na medida da desigualdade para velar pela preservação da contratualidade e equilíbrio contratual, tendo a teoria do adimplemento substancial, conforme já estudado, tal fito.

Inconteste que há um título executivo extrajudicial (cédula de crédito bancário) o qual poderá ser executado para persecução do saldo devedor, sem que haja a quebra do vínculo contratual e da confiança mediante a retomada forçada do bem, não sendo justo, razoável a prática do meio mais gravoso para o ressarcimento de seu crédito, o que viola os ditames das legislações adjetivas e substantivas, impondo ônus excessivo perfeitamente dispensável e legalmente descabido ao devedor[207]. Para Maria da Graça Santos Dias, "A Justiça caracteriza-se como uma práxis humana, cuja pretensão é a resolução das questões próprias da vida social". Neste viés, toda uma sociedade fora prejudicada diante de tal julgamento, em que qualquer consumidor, que inesperadamente fique desempregado ou aconteça algum infortuno, mesmo que reste 1 (uma) parcela a ser paga, poderá ter o bem apreendido e leiloadado, sem amparo judicial que o proteja da pretensão executória insofreável das instituições financeiras[208].

Contudo, como aconteceu no julgado estudado em caso, o STJ restou por decidir, no REsp 1.418.593-MS, em recurso repetitivo, diante da literalidade da

norma, sem nenhum tipo de interpretação ou hermenêutica social, que compete ao devedor pagar a integralidade da dívida, sendo esta os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial, assim deixou à mera disposição do credor, que não observa o princípio da menor onerosidade ao devedor, derivante da boa-fé, a liberalidade de requerer a extinção do contrato e o vencimento antecipado das demais sem nenhuma limitação estatal frente as relações de consumo[209].

Posterior tal julgado, houve nova alteração legislativa, em que a Lei 13.043/2014, em seu art. 101, restou por facilitar ainda mais a tramitação da busca e apreensão, seja por plantão judiciário, criação do banco de mandados, dispensa da carta precatória para execução em outra comarca do mandado, possibilitou o bloqueio judicial do bem, além de que a comprovação da mora se dará pelo simples envio de carta com aviso de recebimento, sem a necessidade de assinatura pelo devedor, uma afronta aos princípios já estudados, tendo o Estado novamente criado mecanismos para que o mercado financeiro se sobreponha ao consumidor, além de contrariar a jurisprudência pacífica[210] acerca da constituição em mora que se dava mediante cartório de títulos e protestos[211].

Ressalta-se que o IDEC ajuizou a ADI 5291, a qual ainda está em tramite, questionando a constitucionalidade de tal norma, uma vez que a diversidade da pertinência temática, a lei trata de diversos assuntos sem nexos entre eles, com o objeto da proposição legislativa, viola os artigos 59 e 62 da CRFB/88, de modo que se ressente da Lei 13/11/2014 de inconstitucionalidade formal por ofensa ao processo legislativo constitucional[212].

*Mutatis mutandis*, é inequívoca a atuação do estado, em todas as suas áreas, a privilegiar as instituições financeiras, inexistindo um ativismo judicial que seria necessário para amparar o consumidor frente a sua hipossuficiência na relação contratual, uma vez que a lei, abaixo da constituição, e ainda no caso marcial, que regula as relações entre particulares, presume que há igualdade entre os sujeitos atingidos na relação, contudo tal presunção deverá ser relativizada pelo judiciário quando se depara com situação de desigualdade, uma afronta aos direitos fundamentais[213], devendo haver uma harmonização entre os sujeitos com os meios jurídicos adequados, o que infelizmente não acontece diante do lobby existente na seara bancária que comanda as rédeas desse país.

Notório que a justiça social fora mais uma vez mitigada frente ao mercado financeiro, muito embora sendo de conhecimento de todos que a sociedade nunca terá uma igualdade plena, diante das características econômicas, culturais, o

Estado, e no caso, o judiciário, deverá tecer condições para a tão almejada qualidade de vida para todos os participantes da sociedade, como uma forma de buscar um ideal de justiça[214], e não fechar os olhos ao literalismo da norma esquecendo dos princípios que regem todo o nosso ordenamento jurídico, uma vez que conforme já estudado no primeiro capítulo, os princípios possuem força normativa superiores as normas, ainda mais aqueles constitucionais, demonstrando que tal julgado não está de acordo com os princípios do novo direito obrigacional, frente a sua função social.

*In fine*, de acordo com Luís Felipe Salomão[215], a insuficiência obrigacional de uma das partes deveria ter sido relativizada visando a preservação da relevância social do contrato e da boa-fé, uma vez que a resolução do contrato como pretendido pelas instituições não responde a tais princípios, estes que são bases do nosso sistema, que não podem(riam) ser mitigados frente a especialidade da norma, não tendo na visão deste acadêmico aplicada a devida hermenêutica jurídica frente a política jurídica para solução do caso em sede de recurso repetitivo, que repercute em toda o sistema brasileiro, frente a seu caráter vinculativo.

### 3.3 A ESPECIALIDADE DE NORMA PROCESSUAL COMO SUCEDÂNEO A LIMITAÇÃO DO DIREITO MATERIAL.

Como já estudado o Decreto-Lei 911/69 com as suas alterações, consubstancia-se em norma de direito processual, e não de direito material, tendo o julgado utilizado como fator determinante a exigência da norma em realizar o pagamento da integralidade do débito pendente, não havendo possibilidade de utilização da teoria do adimplemento substancial. Desta forma, neste tópico será estudado acerca da viabilidade de norma processual vedar a aplicação de direito material, ainda mais princípios, bem como se a omissão legislativa implica na proibição automática de institutos jurídicos, como se apenas fosse possível utilizá-los acaso existentes na lei aplicável no caso *sub judice*.

Atualmente, o processo é concebido como meio de exercício da jurisdição, tendo a função de tutelar situações jurídicas, em casos concretos, introduzidos em um processo, de caráter substancial (direitos, deveres, dentre outros), correspondente ao mérito do processo, não se cogitando a ideia de haver processo sem situação jurídica em que necessite do amparo da tutela jurisdicional, denominada "direito material" ou "direito material processualizado"[216].

Desta forma, o processo deverá ser efetivado, compreendido, estudado e organizado em relação íntima com o direito material para qual serve a tutela jurisdicional, uma abordagem metodológica chamada de **instrumentalismo**, em que se estabelece entre o processo e o direito material um liame circular de interdependência, em que o processo é o meio de concretizar e efetivar o direito substancial, que confere ao processo o seu sentido[217].

Conforme assevera José Joaquim Calmon de Passos[218]:

“O termo instrumentalismo não significa qualquer espécie de diferença "hierárquica" entre o processo e o direito material [...] separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato decisório, será dissociar-se o que é indissociável. Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um”.

Assim, o STJ ao prender-se exclusivamente ao rito processual previsto no Decreto-Lei 911/69, relevou vários princípios do direito material, além da pacificação social - tanto do direito contratual, quanto da alienação fiduciária em garantia - uma vez que como já estudado, havia jurisprudência pacífica da utilização da teoria, contudo enferrujada diante do difícil cumprimento de seu requisito subjetivo, ou seja, a monta que caracterizaria cumprimento de suma importância. Assim, prevaleceu a norma de direito processual sobre a material, esquecendo-se dos princípios contratuais frente a nova função social do contrato e a constitucionalização da propriedade, tratando processo da busca e apreensão com maior relevância do que a função social-econômica do contrato a qual se insere, pratica esta não aceitável na nova ótica processual, como assevera Carnelutti[219] "O processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele", além de "O fim último do processo não é outro senão o da pacificação social por meio da justa composição do litígio"[220].

Inconteste que o direito processual, diante de sua autonomia se caracteriza por total diversidade de natureza e de objetivos, em contrapartida o direito material preconiza estabelecer rédeas nas relações jurídicas entre os sujeitos. O direito processual, eminentemente público, diante do exercício de sua função

pública estatal tem seus princípios antagônicos daqueles outros que inspiram o direito material, quase sempre de ordem privada[221].

No direito processual, deverá ser posto em prática pelos agentes processuais as características gerais da hermenêutica, a qual será tratada no próximo tópico, porém diante da função instrumental que o processo exerce não se pode olvidar a aplicação da regra contida no art. 5º da LINDB, que determina ao aplicador da lei atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (Decreto-Lei nº 4.657/1942), não sendo prudente o tribunal exclusivamente se pautar na utilização da técnica de subsunção. Destarte, tal prática foi incorporada pelo código de processo civil, em seu artigo 8º, como uma norma fundamental do processo[222].

Nas sábias palavras de Adolfo Schönke:

[...]as leis processuais não hão de ser um obstáculo que frustrar o direito material da parte. A inobservância de normas processuais, que por si seriam necessárias, pode não ser prejudicial, se sua obediência no caso concreto só se manifesta em consequência de mero trâmite procedimental, sem nenhuma significação. O que interessa ao direito processual de hoje é uma resolução justa e imparcial; a utilização das normas de procedimento não deve ser um obstáculo no caminho da pronta realização do verdadeiro direito.

O processo justo tem por principal característica ser um processo eficaz, respeitando os princípios e normas basilares, respeitando à segurança jurídica, e proporcionando às partes o mérito esperado pelo direito material, evidente que o processo tem de entregar aos litigantes, na medida do possível, o resultado esperado segundo as regras substanciais, de direito material[223]. Cumpra-se ressaltar que, no ponto de vista deste acadêmico, o processo, diante de sua função pública, deverá buscar causar menor danos às partes, principalmente o hipossuficiente na relação, tanto que há princípio da menor onerosidade ao executado, tendo o STJ mitigado tal característica do processo ao deixar de aplicar a teoria, causando enorme dano ao consumidor. Ademais, a parte ativa é exponencialmente superior, não estando em caráter de igualdade, sendo relevada toda sua expectativa de aquisição da propriedade proveniente da alienação, por inadimplência ínfima da relação, prática que poderia ser obstada pelo judiciário

ao exercer a função jurisdicional. Ora, o credor, além de ser instituição financeira, com enorme capital, possui outros meios processuais menos danosos a sua disposição. Infelizmente, a boa-fé e o abuso do direito não foram observados pelo STJ em seu julgamento, restando por prejudicar um número indeterminado de consumidores, que estavam prestes a findar o contrato, contudo sobrevindo alguma situação de dificuldade financeira, deixaram de quitar uma das últimas parcelas contratuais, sendo irrelevante no julgamento, a pacificação social, mas importante o individualismo das instituições financeiras.

*Mutatis mutandis*, o neoprocessualismo também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a revisão das categorias processuais a partir de novas premissas teóricas, destacando a importância que deverá ser concedida aos valores constitucionalmente protegidos no tocante aos direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual[224].

Desta forma, segundo a instrumentalidade do processo, o direito material deveria ser colocado como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais, ainda mais sobre a premissa do direito contemporâneo, com o reconhecimento da força normativa da Constituição, com aplicabilidade em todo o sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, bem como o desenvolvimento da teoria dos princípios, os quais deverão ser reconhecidos como força normativa, deixando de ser mera técnica de integração, além da transformação da hermenêutica jurídica, com o consequente fator criativo e normativo da atividade jurisdicional, uma função essencial ao desenvolvimento do direito concomitantemente com a expansão dos direitos fundamentais, respeitando a dignidade da pessoa humana[225].

Nesta seara, Teresa Arruda Alvim Wambier[226], abarcando acerca da insuficiência da hermenêutica tradicional (utilizada pelo STJ - subsunção) para resolver as situações jurídicas contemporâneas, observa que: "muitos são os pontos em que se evidencia a fragilidade, ou pelo menos a insuficiência, do raciocínio dedutivo e da lógica formal e pura, instrumentos típicos da dogmática tradicional".

De outro modo, o método da concretização dos textos normativos passa a conviver com o método da subsunção, expandindo-se a técnica legislativa das cláusulas gerais, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação e aplicação do Direito, pratica esta não observada no julgado em análise,

tendo o tribunal relevado a ideia de que os princípios exercem uma função bloqueadora, na medida em que servem para justificar a não-aplicação de textos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado de coisas que se busca promover, a pacificação social buscada no processo, neste julgamento, deu lugar para a liberdade irrestrita do credor na persecução do seu crédito, tornando irrelevante o lugar inferior em que o consumidor ocupa na relação contratual[227].

Ora, a técnica da aplicação restrita do fato ao enunciado normativo - subsunção, com incidência em casos de textos normativos típicos e fechados, não se mostra suficiente para a aplicabilidade das cláusulas gerais, uma vez que estas exigem concretização em vez de subsunção e desenvolveram-se preteritamente na seara do Direito Privado, sendo exemplos são as cláusulas gerais da boa-fé, da função social da propriedade e da função social do contrato. Logo, todos os princípios basilares da teoria do adimplemento substancial e dos contratos podem ser enquadrados como cláusulas gerais, tendo aplicabilidade em todo o sistema, não sendo condizente o posicionamento do STJ ao deixar de aplicar cláusulas gerais do direito material em detrimento do processo previsto no Decreto-Lei 911/69[228].

Conforme assevera Karl Larez[229]:

Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de 'generalizar' o caso; tem também de 'individualizar' até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na 'subsunção'. Quanto 'mais complexos' são os aspectos peculiares do caso a decidir, 'tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção.

Por fim, para André Hauriou, a convivência entre o direito material e processual é possível se levadas em conta as suas peculiaridades, aquelas marcadas pela existência de uma só categoria de sujeitos, com igualdade de direitos e idêntica subordinação à legalidade, já as normas de direito público, cita-se aqui o direito processual, demonstram-se pela existência de categorias distintas de sujeitos (administrados e administradores) e direitos diversos, além de estarem afeitas intimamente a uma finalidade pública[230], ora por analogia, sendo um processo uma regra cuja função seja atingir uma finalidade pública, exercício da jurisdição buscando a pacificação social, atesta-se novamente a atitude incongruente do tribunal ao aplicar restritamente, sob aspecto formal, o decreto

marcial, beneficiando a parte mais forte da relação do direito material, a qual não terá prejuízo algum com a persecução de seu crédito mediante outro método, muito pelo contrário, causou grande benefício econômico para a mesma, em que poderá reaver o bem, quando restam apenas valores ínfimos (referente aos encargos, como se pode constatar no caso em tela) e vende-lo extrajudicialmente, abrindo novas possibilidades de financiamento para a instituição e a perda do bem ao consumidor, que com o valor excedente da venda, decrescido o montante despendido para a concretização desta, certamente não conseguirá realizar a compra de um veículo novo, a não ser um novo financiamento, o que trará giro ao mercado novamente, ponto estritamente econômico, o qual será tratado em tópico posterior.

#### 3.4 DA HERMENÊUTICA (IN)APLICADA E DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA: OS RECURSOS REPETITIVOS E CASOS ANÁLOGOS EM QUE HOUVE A APLICAÇÃO DA TEORIA POSTERIOR AO JULGAMENTO DO RESP

Primordialmente, cumpra-se ressaltar acerca dos conceitos de hermenêutica e segurança jurídica para posterior averiguação de como estes foram utilizados no REsp 1.622.555-MG. Desta forma, para Canotilho<sup>[231]</sup>, o princípio geral da segurança jurídica em *latu sensu*, abrange a ideia de proteção da confiança, podendo ser conceituado como o direito do indivíduo de poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos sejam alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas, com efeitos jurídicos previstos na seara jurídica, tal segurança está entrelaçada com elementos objetivos da esfera jurídica, a **garantia da estabilidade jurídica**, segurança da orientação e realização do direito, já a proteção da confiança refere-se aos componentes subjetivos da segurança, como a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos, no caso em tela, das decisões judiciais. Desta forma, o princípio da segurança jurídica relativa a atos jurisdicionais condiciona à estabilidade da segurança jurídica dada as decisões dos poderes públicos uma vez adotadas, não podendo ser arbitrariamente modificada, salvo se ocorrer pressupostos materiais particularmente relevantes.

*Mutatis mutandis*, no tocante a hermenêutica, ressalta-se que a lei é fundamental para regular a Sociedade, mas sua interpretação deverá estar associada com a aplicação de todos os demais instrumentos que o Estado, objetivando o ajuste da lei aos princípios inerentes ao ordenamento jurídico de um país, busca o bem estar, a felicidade geral e que a Justiça Social sejam,



efetivamente, alcançados, tal interpretação se dá mediante a hermenêutica jurídica[232].

A hermenêutica jurídica se retrata na proposta de descrever as condições reais do intérprete, sendo este um sujeito integrado à um meio cultural, sem o qual não é imaginável ter acesso a um texto determinado. Não é prudente ao intérprete captar o conteúdo da norma desassociado da existência histórica, devendo o espírito da norma ser concretizada na atual situação histórica na qual se encontra[233].

Conforme leciona Lenio Streck[234], inexistem lacunas técnicas na lei, todas são axiológicas, sendo que a superação destas lacunas deverá ser feita hermenêuticamente, assumindo papel de grande relevância os princípios gerais do Direito, que, aliás, estão presentes no art. 4º da LINDB: "Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito", ora, tanto o DL 911/69 quanto a Lei 4.728/65 são omissos quanto a aplicação da teoria do adimplemento, dando ensejo a aplicação de tais cláusulas gerais. Assim, a nova hermenêutica, a maneira de pensar o direito, visa romper a ideia da subsunção do fato a norma que lhe corresponde e da possibilidade da autonomia do texto, abrangendo as mudanças das posições teóricas que nos põem a disposição, aplicando-a no mundo da vida, no contexto social a que ela está sendo utilizada, com todos os demais reflexos (de cunho econômico, social, constitucional, etc.).

Aliás, nesse sentido, ensina Osvaldo Ferreira de Melo[235]:

[...] não se pode esperar a evolução do Direito apenas com a contribuição do Judiciário. A este cabe produzir a norma individualizada. Só a lei pode criar norma jurídica geral e por isso as posições doutrinárias mais prudentes propugnam pela construção de um direito renovado, positivado sempre que possível, para prevalecer o geral sobre o individual, dando-se ao juiz o poder de aplicá-lo dentro do princípio da epiquéia, entendida esta com a licitude de operar fora da letra da norma, colocando assim a hermenêutica como mediadora entre a lei e a consciência Jurídica da sociedade, nos casos concretos.

Por fim, ressalta-se que a hermenêutica assumiu o papel de um instrumento de realização política, em que a legislação procurará concretizar princípios e programas implicitamente acobertados pelo texto constitucional, deixando de ser um mero problema de correta subsunção do fato à norma, tornando-se um problema de conformação política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico[236].

Neste viés, inequívoco que o STJ ao buscar trazer maior segurança jurídica aos contratos de alienação fiduciária em garantia, adotou o procedimento dos recursos repetitivos (art. 1.036 e seguintes do CPC) para julgar a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos regidos pelo Decreto-Lei 911/69, além de editar o Informativo 0599 ratificando a inaplicabilidade, contudo atualmente não está cumprindo *in totum*, com sua finalidade, o que será discutido posteriormente. Já no tocante a hermenêutica aplicada ao caso, incontestemente que fora adotado o método de mera subsunção do fato a norma, com inobservância do contexto histórico social a qual ele se insere, além dos princípios a ele inerentes, neste ponto, convém salientar que o relator do voto vencedor pautou como fundamento a inexistência de previsão legal no decreto acerca da teoria do adimplemento[237], ora, a primeira hipótese de incidência da teoria no judiciário brasileiro apenas se deu em 1988, conforme visto no capítulo 1 desta monografia, sendo o decreto de 1969 e a lei de regência de 1965, corroborando com a hipótese de que fora utilizado a mera subsunção, prática que não atende a pacificação social buscado pelo processo, conforme visto anteriormente. Deveria, diante da omissão, ter-se aplicado os princípios gerais do direito e as normas do CC/2002 e do CDC, os quais coadunam com a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Ultrapassado tal perspectiva, será tratado acerca da segurança jurídica que o rito dos recursos repetitivos proporciona, e como tal julgado está repercutindo no judiciário brasileiro.

*Ab initio*, diante das questões que se repetem cotidianamente nos foros, sentiu-se a necessidade de elaboração de uma técnica para a solução, com força de precedente obrigatório, seja de direito material (individual ou coletivo) ou processual. Tal técnica fora denominada de julgamento de casos repetitivos, tendo como microsistema o julgamento de recurso especiais repetitivos, destinados a formar precedentes com caráter obrigatórios, vinculando o próprio tribunal, seus órgãos e os juízos a ele subordinados[238].

Ressalta-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas concebido no art. 976 do CPC é um instrumento processual com a função de trazer eficácia pacificadora de múltiplos litígios, estabelecendo a tese aplicável as demais causas com a mesma questão de direito, objetivando implantar uniformidade de tratamento judicial a todos com idêntica questão de direito discutido no paradigma[239].

Ademais, conforme Humberto Theodoro Júnior, não ocorre a composição de lide, sedo que o acórdão pronunciado pelo tribunal na resolução do incidente de demandas repetitivas não faz coisa julgada material, contudo terá força vinculativa *erga omnes*, em que a tese fixada seja uniformemente aplicada em todos os litígios similares ao retratado no caso padrão. Insta ressaltar que embora detenha essa força obrigatória, não se pode cogitar de força executiva na espécie. Desta forma, nele não se procedeu à certificação da existência do direito ou da obrigação de alguém, sendo que no incidente o que vincula é o próprio precedente que dali se origina[240].

Neste viés, uma vez abarcada a mesma matéria, mas com questão fática diversa a parte poderá distinguir seu caso do paradigma, buscando resultado diverso, assim, a parte deve demonstrar fundamentadamente que seu caso versa sobre situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não abrangida pelo objeto do incidente, a impor solução jurídica diversa (art. 1.037, § 9º, CPC) cabendo inclusive ação rescisória (art. 966, §§5º e 6º, CPC). Assim, na ótica deste acadêmico, uma vez que a maioria dos ministros resolveram por não aplicar a teoria diante da não demonstração do adimplemento substancial, posto que não consideraram 4 (quatro) prestações como inadimplemento de escassa importância, o consumidor poderá se valer de tal divergência, caso reste demonstrado saldo devedor ínfimo do contrato do que aquele presente no paradigma, contudo será de difícil aplicação, diante do caráter subjetivo deste requisito[241].

Ora, o procedimento da busca e apreensão autônoma, aplica-se também nos contratos de leasing - arrendamento mercantil, conforme art. 2º, § 4º do Decreto-Lei 911/69, "Os procedimentos previstos no caput e no seu § 2º aplicam-se às operações de arrendamento mercantil previstas na forma da Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974", não havendo segurança jurídica na estabilidade de decisões, uma vez que o STJ já havia sedimentado entendimento acerca da aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de leasing

(arrendamento mercantil), tendo editado o Informativo nº 0480 para tanto, tendo como fundamento todo o aspecto principiológico abarcado neste trabalho de iniciação científica, pondo em contraditório o julgamento do REsp 1.622.555, na medida em que fora utilizado como fundamento a especialidade do decreto e que este não prevê abertura para aplicação da teoria<sup>[242]</sup>, ignorando todo o aspecto social principiológico utilizado para aplicar a teoria nos contratos de leasing, em que a resolução do contrato deveria sucumbir diante dos princípios já abarcados neste trabalho, devendo a instituição valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente adequados. Ademais, o art. 926 do CPC impõe aos juízos e tribunais o dever de uniformização da jurisprudência, bem como os deveres de mantê-la estável, íntegra e coerente<sup>[243]</sup>.

Ocorre que, recentemente, após o julgado acerca da alienação fiduciária, há julgados em que não se admite a aplicação da teoria do adimplemento também nos contratos de leasing<sup>[244]</sup>, há outros julgados em que se admitem a aplicação da referida teoria nos contratos de leasing<sup>[245]</sup>, o que corrobora com a insegurança jurídica, posto que antes do julgamento do REsp 1.622.555, os tribunais estaduais e o próprio STJ, desde que preenchido seus requisitos objetivos e subjetivos, aplicavam a teoria de forma pacífica<sup>[246]</sup>, desta forma tal julgado acabou por abalar todo o ordenamento jurídico. E posterior a tal julgado não há pacificação da solução de forma pacífica, posto que a cada processo tem-se uma resolução do mérito diversa em se tratando em casos da teoria do adimplemento substancial.

Desta forma, será tratado no tópico posterior a análise econômica do direito, tendo em vista que diante do estudo realizado desde a criação do contrato de alienação, modificado na legislação brasileira de seu conceito original, o grande fator determinante foi a sua análise econômica, diante dos interesses das instituições financeiras, assim, será averiguado se há também no julgado a economia como fator determinante para a resolução do mérito recursal.

### 3.5 O JULGAMENTO DO RESP 1.622.555 NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: MOTIVO DETERMINANTE DO JULGADO?

Inicialmente, frisa-se que análise econômica do direito objetiva o estudo do Direito, sob a perspectiva da racionalidade econômica, por meio de estatísticas é realizada análise de alguns pressupostos econômicos, como eficiência, equidade, externalidades, riscos e outros. Através da aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos no exame da elaboração, da conformação e das

consequências da aplicação de conceitos jurídicos diversos no ordenamento, bem como dos impactos ocasionados pela execução das decisões judiciais, tal disciplina visa inferir se dada situação é economicamente viável[247].

Visando maior objetividade, não será abarcada profundamente as especificações da referida disciplina, sendo que nesta monografia será voltada para a dogmática contratual, assim, ressalta-se que para o direito econômico, a função do contrato é permitir que ambas as partes obtenham ganhos recíprocos, denominado ganho de Pareto, um resultado ganha-ganha ou *win-win*[248].

Deste modo a teoria econômica se pauta na ideia de que agentes racionais, para mitigar os acidentes de percurso na celebração e execução de contratos, cientes de sua probabilidade de incidência, elaborarão medidas cujo custo seja inferior ao dos inconvenientes que buscam evitar, tais acidentes são denominados de externalidades, correspondente a efeitos de uma ação sobre terceiros em que a pessoa que decide não suporta o custo de sua decisão[249].

Tal figura pode ser aplicada ao caso em tela, na medida em que, as instituições na celebração do contrato, ciente dos riscos da contratação, auferem lucros com a inserção de outros valores ao crédito, amparado pelas autoridades competentes, como por exemplo, taxas incidentes sobre o financiamento, como comissão de permanência, juros remuneratórios, multas, dentre outras, embutindo índices de inflação, estratégias utilizadas para mitigar os possíveis acidentes de percursos na execução do contrato, aumentando as taxas de juros já elevadas e a remuneração do capital[250], no caso em tela, o valor financiado praticamente duplicou após a incidência de tais taxas. A externalidade presente no caso sub judice, poderá muito bem ser exemplificada como as decisões judiciais, em que o judiciário não suportará as ações de seu julgamento aplicado a terceiros (aqui podem ser enquadrada as partes do processo, bem como os demais consumidores que possuem contrato de alienação fiduciária).

Importante ressaltar que, do ponto de vista econômico, as externalidades assumem papel importante na medida em que traduzem a ideia de que a defesa do interesse individual em certas ocasiões, conduz a decisões que do ponto de vista coletivo não são eficientes[251], e, do ponto de vista econômico, a função fundamental do direito é evitar que a existência de externalidades impeça a obtenção de resultados socialmente eficientes[252], o que infelizmente não ocorreu no presente caso, diante da situação dos brasileiros em situação de

desemprego e pobreza, a decisão socialmente mais eficiente seria certamente a manutenção do bem alienado diante do ínfimo valor do saldo devedor.

Para a economia, havendo externalidades, o mercado falha, não sendo capaz de garantir a eficiente afetação dos recursos, sendo que para solucionar o impasse é necessário que o estado intervenha para impor a internalização da externalidade pelo seu causador[253], ou seja, a instituição financeira deveria assumir o risco da aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Ora, para realizar uma análise econômica, leva-se em conta as externalidades, o autopaternalismo – a parte irá se precaver contra decisões que se lamentaria – e o paternalismo puro em que remete à ideia de particularismo do processo político[254]. É inequívoco a presença do paternalismo puro na alienação fiduciária, tendo em vista que processo político estatal resulta da busca de rendas por grupos de interesses[255], tendo o *lobby* dos “banqueiros” grande influência política.

Em síntese, Wittman expõe que o cerne do direito contratual é minimizar o total de custos de modelagem do contrato pelas partes, levando em conta as decisões e interpretações judiciais além dos comportamentos ineficientes resultantes de contratos incompletos, ou seja, o custo global dos acidentes na execução contratual[256].

Ressalta-se que para a economia a sociedade não possui interesse em criar incentivos à obtenção de informação redistributiva – alterar a distribuição dos ganhos resultantes das transações –, em vez de os utilizar em atividades produtivas, empobrecendo a sociedade, havendo uma perda da eficiência[257]. A decisão do REsp 1.622.555 de certa forma contribuiu para a redistribuição, uma vez que a instituição financeira reaverá o bem, irá proceder a sua venda, sendo que o consumidor será prejudicado nesta relação, pois poderia utilizar o bem em atividades produtivas para a sociedade, seja como meio de locomoção para o trabalho ou como ferramenta de trabalho, rural ou urbano, além de outros bens móveis, como maquinários de empresas.

Do ponto de vista econômico, segundo a lógica do teorema de Coase, os riscos deverão ser imputados aquela parte que, ao melhor custo, puder assumi-los (*cheapest cost avoider*), diante de sua melhor posição para adotar medidas de precaução para evitar o evento, ou reduzir sua gravidade, ou porque pode se garantir a menor custo. Ainda, o direito estatal deverá atribuir o ônus à parte que pode assumi-lo ao menor custo, permitindo ganhos de eficiência: permite que o

risco seja assumido por quem o pode suportar ao menor custo, em troca de um compensação adequada[258]. Para este acadêmico, a instituição financeira além de estar na melhor posição, diante de sua disponibilidade de ajuizar ou não ação de busca e apreensão diante de escassa parcela, ou outra medida menos gravosa, além de seu poderio econômico, já foi devidamente compensada diante da prática permitida de aplicação de juros usurários.

Ademais, a alteração das circunstâncias, como o cumprimento de grande parcela contratual, pode mesmo implicar que o cumprimento do contrato não seja eficiente, embora a celebração o tivesse sido, uma vez que a consumação do contrato pode implicar prejuízos para uma parte que excedam os benefícios que traz à outra, nesse caso, diz-se que *ex-post* o contrato é ineficiente[259], ora, qual o benefício para a instituição financeira, grande detentora dos maiores capitais do país, que trará a venda do bem praticamente quitado, em relação ao prejuízo sofrido pelo consumidor.

Frisa-se que na economia os contratos, onerosos ou não, serão incompletos, na medida "é impossível pressupor todos os acontecimentos ou eventos que poderão ter lugar entre os seres humanos, em especial no futuro[260]".

Assim, a definição de leis gerais, para resolver o problema da externalidade, pode levar a soluções ineficientes (quando implica alteração do comportamento de uma parte que não é a que pode resolver o problema de forma mais eficiente). A avaliação das situações caso a caso exige muita informação e originaria maiores custos de litigação. Para além disso, cria um ambiente de incerteza jurídica, que pode prejudicar o desenvolvimento da atividade econômica[261]. Por certo que a renegociação do valor faltante, ou qualquer outro meio para persecução do crédito que a lei oferece ao credor será a medida mais eficiente do que aquela prevista pelo Decreto-Lei 911/69, e o julgamento do REsp 1.622.555 acabou por corroborar com os problemas, aumentando o custo da litigação (agora as instituições financeiras ajuizarão tal ação indistintamente frente ao novo posicionamento) bem como trouxe incerteza jurídica, conforme tópico anterior, já que tal julgado quando do seu proferimento, estava em dissintonia com os tribunais do país, além de que agora também é aplicado ao contrato de leasing, mesmo que o STJ tenha editado informativo de que a teoria é aplicável a tais contratos.

Outro fator econômica a ser exposto em tal julgado diz respeito a função econômica das sanções para o incumprimento, cita-se aqui como exemplo, a

busca e apreensão, que tem como objetivo eliminar ou ao menos mitigar, a divergência entre os interesses privados de cada uma das partes e os do conjunto da sociedade, de forma a evitar comportamentos ineficientes. Ocorre que, em se tratando de incumprimento eficiente, um regime legal que desobrigue as partes do cumprimento em circunstância como estas, corresponde à presumível vontade das partes caso tivessem celebrado um contrato que cobrisse todas as contingências possíveis, no ponto de que as sanções para o incumprimento não devem ser tão extremas que levem as partes a cumprir o contrato quando o incumprimento é eficiente[262], tal fator pode ser muito demonstrado quando do adimplemento substancial, posto que será totalmente ineficiente para as partes a resolução do contrato com a venda do bem, quando este está praticamente findo, possuindo outras formas de persecução do crédito que não torne o contrato *ex-post* ineficiente, respeitado o objeto do direito contratual.

Assim, na economia a regulação do contrato pelo juiz é conhecida como o problema da interpretação de contratos, devendo ser feita em circunstâncias que, caracterizado o oportunismo de uma das partes, estaria justificada a intervenção judicial. Sob ótica econômica, o combate ao oportunismo é um dos princípios estruturantes do direito dos contratos, além da atribuição de riscos e o paternalismo legal[263]. Ressalta-se que oportunismo abarca o comportamento de uma das partes que, por astúcia ou força, tenta obter para si vantagem na repartição dos ganhos conjuntos do contrato, em detrimento do outro contratante, ação oportunista perturba interesse geral[264]. Assim como no direito civil, para a economia a tutela da boa-fé contratual é ferramenta genérica para conter o oportunismo[265].

De mais a mais, o paternalismo caracteriza o conjunto de regras que modificam um ato jurídico para lhe conferir efeito diferente daquele visado pelo agente, o que pode até eliminar completamente o efeito[266], o paternalismo está presente desde a concepção do contrato de alienação fiduciária no Brasil, o qual foi desfigurado para melhor atender o interesse das instituições financeiras, além da interpretação dada ao STJ ao art. 2º, §2º do Decreto-Lei 911/69 já exposto neste trabalho, já em relação ao consumidor o mesmo não está presente, situação que poderia mudar frente a excepcionalidade da teoria do adimplemento substancial, a qual o STJ entendeu como prática cotidiana pelo devedor-fiduciante presumindo inclusive sua má-fé.



Ressalta-se que há no direito econômico vertente contrária a execução em espécie do contrato (aqui a figura da busca e apreensão) diante do potencial oportunismo da vítima da inexecução, qual seja, o credor. Tornando demasiadamente pior quando o valor de mercado do bem objeto da prestação é volátil, como por exemplo um veículo. Assim, Eisenberg preconiza a execução em espécie como sanção admissível desde que com restrições, ou reserva para tipos de casos em que se mostraria menos adequada[267]. Inequívoco que a busca e apreensão frente a ínfima parcela restante e diante do decréscimo do valor do veículo/bem, não se mostra mais adequada, pois além de vender a preço inferior aquele concedido para aquisição no início do contrato, será deduzido os valores referentes ao processo de busca e venda extrajudicial, restando valor irrisório ao consumidor, sem existir o *win-win* do direito contratual.

Frisa-se que toda análise econômica do direito está fundada na premissa de que as normas jurídicas devem ser julgadas à luz de estímulos que estabelecem e das conseqüentes mudanças comportamentais adotadas pelos interessados em resposta aos estímulos. Friedman os resume em três pontos: permite predizer os efeitos a serem produzidos por certas normas; explica por que existem normas particulares e permite decidir que regras devem existir[268].

No primeiro nível, a análise econômica auxilia o jurista a determinar os principais efeitos da mudança da regra e, por ricochete, os efeitos da regra que não foi modificada. Nos dois exemplos, a análise se limita a estabelecer algumas conseqüências importantes e se abstém de fazer julgamento moral[269]. Já, num segundo nível, a análise econômica do direito visa a esclarecer um fundamento das regras que são observadas nos sistemas existentes. Em toda análise conseqüencialistas, as regras são julgadas pelos seus efeitos, podendo-se, portanto, afirmar que a análise aponta na direção de balanço positivo dos efeitos produzidos segundo o primeiro tipo de análise[270].

Ademais, no terceiro nível, há a comparação sobre as regras existentes ou que poderiam ser adotadas, pratica encarregada pela doutrina dos países civilistas, consistindo em estabelecer os efeitos da norma e a julgá-la. Resumidamente, trata-se de determinar qual seria a norma eficiente e compará-la à regra existente ou à considerada[271].

Por fim, há a observação sistemática da realidade, mediante estudos empíricos, permitindo pronunciar-se sobre o bom fundamento das análises, não se limitando ao que é avaliável em moeda, mas sim, conforme os economistas

como Becker e Tullock, a fenômenos não de mercado e, por vezes, a comportamentos que, em aparência, não seriam racionais[272].

O MM. Ministro Antônio Carlos Ferreira[273], como exemplo da análise econômica, consequencialista, feita no julgado em tela, expos que o instituto da alienação fiduciária é útil para o desenvolvimento do País, não contemplando apenas veículos automotores, e na forma como é concebido, facilita o acesso ao crédito e reduz o seu custo, exatamente porque assegura ao credor mecanismos mais eficazes para a retomada do bem financiado e a recuperação do crédito, e sob pena de se criar insegurança jurídica e violação ao princípio da tripartição dos poderes, não cabendo ao Judiciário, a pretexto de interpretar a norma, terminar por, mediante engenhosa construção, criar hipótese de purgação da mora não contemplada pela Lei.

Ademais, a MM. Ministra Maria Isabel Gallotti[274], em outro ponto econômico a se destacar é de que a alienação fiduciária é imprescindível para que o consumidor pudesse ter acesso a crédito, repercutindo também na própria taxa de juros bancária, na diminuição do risco assumido pelo banco, uma vez que possibilita o retorno do capital de uma forma mais rápida em caso de inadimplência. Sendo exposto que a função social do contrato estudado é precisamente ensejar a circulação de riqueza, com a concessão de empréstimos a taxas melhores do que as que seriam obtidas por meio de outras linhas de crédito sem tal garantia, possibilitando o aumento da concessão de crédito e deveria levar a uma diminuição de taxa de juros, que, se não acontece, é um problema de economia de mercado, que será ainda mais agravado se houver decisões judiciais que tirem a força do sistema da alienação fiduciária. Tal ministra realizou a análise empírica e consequencialistas, expondo que acerca da externalidade negativa e suas consequências, a qual implica que o preço da atividade reflita, incorretamente, os sacrifícios necessários para sua produção[275].

Nesse sentido, sob uma ótica econômica do julgado nota-se que o adimplemento substancial aplicado aos contratos incompletos, no caso a alienação fiduciária, favorece, a priori, a manutenção da atividade empresária, da proteção do consumidor e do equilíbrio econômico deste, garantindo a circulação de riquezas e, conseqüentemente, gerando e garantindo a permanência de empregos. De outro viés, a longo prazo, se tal pratica começasse a ser utilizada de forma cotidiana, conforme frisado pelo ministro, causaria desequilíbrio na economia pátria, em que as instituições com o objetivo de evitar tal externalidade,

internalizariam tal acidente de execução no próprio custo, arcando os demais consumidores com a dificuldade de se realizar um financiamento, por meio do aumento de tarifas, juros, multas e pela imposição de mais rigorosas condições para a aprovação da celebração do pacto[276], contudo também é válido ressaltar que a boa-fé se presume, mantendo o dito que o adimplemento regular é o meio desejado de extinção do contrato, não podendo presumir de tal forma a má-fé ou que todos os consumidores deixaram de quitar o contrato diante de tal tese, posto que não é o fito de tal teoria, uma vez que o débito permanece, apenas a sanção devido ao inadimplemento é que deverá ser mitigado, podendo inclusive tal bem ser objeto de penhora em execução, sendo tal teoria justificável apenas a quem realmente não possui condições, por ora, em adimplir com o débito ínfimo restante.

*Mutatis Mutandis*, tal julgado refletirá em grande número de processos no judiciário, pois de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, dentre os processos mais demandados no judiciário no ano de 2015 estão: direito civil – contratos com 1.953.651 (4,61%) e direito do consumidor (relativo a contratos) 1.667.654 (3,94%). Ressalta-se que os mais demandados no STJ, no ano de 2015, estão Civil – contrato em 1º lugar com 44.026 (15,72%) e consumidor (contratos) em 8º com 7.245 (2,59%)[277].

Já em 2016[278] e 2017[279], há o mesmo número de processos, direito civil – contratos 1.944.996 (3,83%) e direito do consumidor relativo a contratos 1.760.905 (3,46%), tendo como justificativa de tal estagnação apesar da alta produtividade, não houve redução do estoque processual devido à reativação de casos que já haviam sido arquivados em anos anteriores e retornaram à tramitação no ano de 2017, e a fatores como, por exemplo, mudanças de classe. Desta forma, dentre eles certamente estão presentes ações revisionais de contrato e ações de busca e apreensão e reintegração de posse que certamente serão alvos do caráter vinculativo do precedente, o que demonstra a abrangência deste julgado e a realidade econômica que o consumidor se encontra.

*In fine*, incontestado que a análise econômica do direito foi utilizada para solucionar o caso analisado nesta monografia, diante da reiterada exposição pelos ministros das consequências econômicas caso seja aplicável tal teoria, além de já ser prática utilizada pela mesma corte[280], mas não é possível afirmar se este foi ou não determinante para o julgamento do feito, hipótese que será variada de acordo com cada sujeito, haja vista o caráter subjetivo desta indagação, nesta

seara, válido ressaltar a fala do Ministro Villas Boas Cueva no debate sobre impactos econômicos do ativismo judicial<sup>[281]</sup>, em que na abordagem de precedentes o fundamental é que haja a incorporação da análise econômica do Direito, como um instrumento adicional que permite realizar uma análise mais adequada dos custos e benefícios das decisões e até mesmo das consequências das decisões. Deste modo, a análise de custo e benefício das decisões na esfera de precedentes tomará lugar de sua justeza e do direito propriamente dito, ante o impacto social das decisões.

### Considerações Finais

Diante do exposto, ressalta-se que a presente pesquisa teve por principal esboço justificar a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis regulados pela lei 4.728/65 e com procedimento previsto no Decreto-Lei 911/69, bem como expor a incompatibilidade do julgamento efetivado no REsp 1.622.555 com o ordenamento jurídico, diante da violação de diversos princípios, enfatizando a análise econômica do direito como um dos motivos determinantes para tal julgado.

Na parte inicial da pesquisa, registrou-se que os princípios possuem força normativa, dependendo do grau em que se encontram situados, sendo estes os pilares de todo o sistema, posto que as normas derivam destes. Ademais, fora observado que os princípios estudados condizem perfeitamente com a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, seja por meio da boa-fé objetiva, no seu aspecto confiança em que gera legítima expectativa do direito, em sua forma controle e integrativa, na medida em que os direitos e deveres das partes devem ser visto sob uma ótica globalizante e não individual, devendo haver moderação no exercício de direitos, para não haver desequilíbrios e causar dano a outra parte, limitando a vontade do credor.

Por conseguinte, o plano da eficácia também poderá ser mitigado quando mostrar inaceitável sob a ótica da razoabilidade e equidade, comprometendo a função social do contrato. Ressalta-se a limitação da autonomia da vontade pelo princípio da supremacia da ordem pública, não sendo mais aceitável, atualmente, o absolutismo do *pacta sunt servanda*. Outros princípios também estudados, como o da finalidade (a expectativa com o contrato, o fim pelo qual este se efetua), princípios éticos do pagamento, *duty to mitigate the loss*, protecionismo ao consumidor, equilíbrio econômico do contrato, isonomia contratual, acabam por

corroborar com a ideia de que não poderá haver prejuízo demasiado para outra parte, quando houver escolha pelo credor, está deverá ser equilibrada, devendo haver por parte do poder público o combate a opressão dos economicamente mais fortes sobre os mais fracos.

Ademais, constatou-se que o adimplemento substancial corresponde a uma limitação da discricionariedade do credor, evitando a resolução quando houver adimplemento de grande monta em que a resolução se mostra por demais prejudicial, não justa, mas não exclui a responsabilidade pelo inadimplemento, possuindo aplicabilidade em qualquer espécie contratual, desde que verificadas as circunstâncias autorizadoras, quais sejam, o cumprimento substancial da obrigação, o inadimplemento de escassa importância, que o cumprimento atenda a finalidade do negócio jurídico, que haja satisfação integral do interesse do credor, interesse e diligência por parte do devedor em atender o desejo do credor e a manutenção do equilíbrio contratual, evitando o enriquecimento ilícito e abuso de direito. Para o STJ, restará configurada a aplicabilidade quando houver existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes, o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio e deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de persecução do créditos por outros meios.

Na segunda parte, anotou-se que o contrato de alienação fiduciária em garantia é imprescindível para o desenvolvimento econômico, uma vez que mediante contrato de financiamento ao consumidor, o qual não possui condição de arcar com a compra do bem de uma só vez, poderá adquirir o bem pretendido, momento em que este será dado como garantia ao contrato, mediante alienação fiduciária, transmitindo mediante a propriedade resolúvel a propriedade limitada do mesmo para o credor-fiduciário, ficando o devedor-fiduciante, mediante o constituto possessório, a posse direta do bem, tendo os deveres e responsabilidades de depositário.

No ordenamento jurídico brasileiro, a alienação fiduciária em garantia, espécie do gênero negócio fiduciário, fora instituída na lei que regula os mercados de capitais (art. 66 da lei 4.728/1965), bem como teve seu processo previsto no Decreto-Lei 911/1969 com as alterações da lei 10.931/2004 e 13.043/2014, posteriormente houve a positivação no Código Civil, em seus arts. 1.361 a 1.368-B, deste modo, no direito positivo brasileiro, há duas espécies de propriedade fiduciária de bens móveis para fins de garantia, aquela pertinente às

instituições financeiras, bem como do fisco e da previdência social (denominada mercadológicas, tendo vulnerabilidade em uma das partes), e a de caráter geral (denominada paritária, presumindo igualdade entre as partes), incumbido a qualquer pessoa, prevista no código civil, conforme observado no decorrer da monografia o tema restringiu-se aquela prevista na lei de mercado de capitais, em que instituições financeiras, mediante contrato de adesão, pactua com consumidores.

Ressalta-se que inicialmente, em sua origem histórica, havia a propriedade plena por parte do credor-fiduciário do bem, podendo este inclusive alienar o bem sem consentimento do devedor, existia, ademais, grande conotação da fidúcia, fator da confiança na celebração contratual, uma vez que não havia qualquer direito real ou pessoal contra aquele em que se fundou a confiança de transmitir o bem. Tal aspecto fora mitigado diante do instituto da propriedade resolúvel no ordenamento jurídico com o fito de possibilitar a aplicação de tal contrato, desta forma, o fiduciário contrai o dever de restituir a propriedade do bem ao fiduciante, assim que quitado o débito, formando nesta forma, o vínculo jurídico entre credor e devedor, possuindo a legislação medidas coercitivas para retomada do bem ao patrimônio do fiduciante, bem como o inverso em caso de inadimplemento por parte do fiduciante, como meio de garantir o débito.

Assim, sua natureza jurídica compreende direito de propriedade e da posse, posto que o fiduciário adquire a propriedade de forma resolutiva, ou seja, com uma condição de extinção daquela assim que liquidado o crédito, denominada propriedade *restrita e resolúvel*, não sendo um proprietário pleno da coisa, possuindo apenas titularidade de um direito sob condição resolutiva.

Ademais, observou-se que a alienação fiduciária está vinculada a um contrato de financiamento de veículo, havendo presença de três sujeitos, o comprador(devedor-fiduciante), o vendedor e um financiador (credor-fiduciário), sendo um contrato complexo, articulado por compra e venda, de financiamento e de garantia, em que o fiduciário celebra com o fiduciante um contrato de financiamento para aquisição do bem, entregando ao vendedor o valor, firmando um contrato de compra e venda com este, e por último, o fiduciante celebra com o fiduciário o contrato de garantia, transmitindo a propriedade fiduciária do bem adquirido, sendo este contrato de modalidade acessória.

*In fine*, importante ressaltar que além da busca e apreensão do bem, ao fiduciário também é garantido o direito a ação possessória, de depósito, de

execução, bem como de reintegração de posse ou ação reivindicatória. Concluiu-se diante do estudo acerca da evolução da alienação fiduciária desde a fidúcia que inexistia óbice algum em relação a sua origem e constituição jurídica, ou até mesmo na legislação, posto que não há na lei proibição acerca da aplicação da teoria do adimplemento substancial. Inclusive, em sua instituição, a *equity of redemption* fora um instituto aplicado pela Corte para vedar o abuso diante da perda do bem em relação aos valores ínfimos, bem como houve a possibilidade de purgação da mora para conservação do contrato, nesse viés e por se tratar de relação de consumo, deveria ser resguardado o direito do consumidor em relação a sua vontade real, que consiste na aquisição do veículo, e sua venda próximo do fim do contrato, levando em conta a notória desvalorização de veículo, e o restante do saldo devedor após quitação do contrato e encargos, inclusive com a venda, não basta para adquirir um novo veículo, tal escolha do credor na busca e apreensão do bem caracteriza uma afronta aos princípios que foram estudados na presente monografia.

Já em relação ao terceiro e último capítulo, foi possível verificar que dos oito ministros votantes no julgamento, dois dos seis ministros que acompanharam o voto vencedor se manifestaram pelo não preenchimento do requisito do adimplemento substancial, porquanto o montante de 91,66% de cumprimento não seria suficiente para justificar a aplicação, desta forma observou-se que os critérios e razões utilizados pelo relator do voto vencedor não mostram a totalidade das razões, posto que caso fosse considerado tal valor de grande monta, o julgamento estaria empatado, posto que quatro ministros seriam a favor do provimento e quatro não. Inclusive houve clara exceção para aplicação da referida teoria quando a parcela for tão diminuta a ponto de que a mesma não tenha mais utilidade ao credor, conforme voto da EXMA SRA. Ministra Nancy Anfrighi, assim constata-se que não existe absoluto impedimento para aplicação da referida teoria, apenas será dificultoso a ascensão do processo até o STJ, diante da força vinculante dos julgados repetitivos.

Averiguou-se que os fundamentos evocados no julgado vão de encontro com os princípios estudados, na medida em que estes servem como limitador da discricionariedade do credor e seu poder ilimitado, além de prezar pelo equilíbrio social e econômico, tendo o STJ inclusive, mediante tal julgado, presumido a má-fé do consumidor, que sequer fora tratado com o devido respeito ao qual o CDC o confere. Não podendo a formalidade, especialidade da norma especialidade da

norma ir de encontro com princípios (base para formulação de normas) que muito embora os princípios e teorias não estejam presentes na referida lei, de cunho marcial, eles incidem nas relações negociais, já que presente a relação de consumo, além de serem regras gerais implícitas no ordenamento jurídico.

Ademais, poderá o credor valer-se das demais ações a que detém para persecução do crédito, como a execução, já que a cédula de crédito é um título executivo extrajudicial, sendo que deverá ser obedecida a ordem de penhora antes de haver a expropriação do veículo, podendo inclusive o executado se valer do parcelamento previsto no art. 916 do CPC.

Constatou-se a violação da ordem econômica, uma vez que a figura do consumidor e todas as suas prerrogativas foram mitigadas pelo STJ, não havendo a incidência do princípio do protecionismo, e que, por sinal, o único que sempre esteve presente fora o da proteção a instituição financeira, sendo constatado que as alterações legislativas referente a alienação fiduciária e os julgados envolvendo tal conteúdo sempre favorecem as instituições financeiras. Inconteste que a desigualdade entre os consumidores e fornecedores se eleva de tal forma que o Estado o ergueu à categoria de princípio da ordem econômica a defesa do consumidor e determinou que o Estado promovesse, na forma da lei, a defesa do consumidor, nos termos de seu artigo 5º, XXXII e evidentemente, que não basta ao estado editar normas voltadas à sua proteção, uma vez que o dever de proteção é do Estado e não do legislativo. Neste viés, toda uma sociedade fora prejudicada diante de tal julgamento, em que qualquer consumidor, que inesperadamente fique desempregado ou aconteça algum infortuno, mesmo que reste 1 (uma) parcela a ser paga, poderá ter o bem apreendido e leiloado, sem amparo judicial que o proteja da pretensão executória insofreável das instituições financeiras.

Ademais, inferiu-se que o processo é um instrumento para a pacificação social, e este deverá estar em relação íntima com o direito material, posto que o processo é meio de caracterizar e concretizar o direito material, não podendo haver a supressão deste por aquele, inclusive o processo contém norma de direito público, devendo ser um processo justo, respeitando normas e princípios basilares, proporcionando a proteção a princípios e valores constitucionalmente protegidos através do neoprocessualismo, deixando de ser mero rigorismo formal, uma vez que a técnica da aplicação restrita do fato ao enunciado normativo - subsunção, com incidência em casos de textos normativos típicos e fechados, não se mostra suficiente para a aplicabilidade das cláusulas gerais, uma vez que estas exigem



concretização em vez de subsunção e desenvolveram-se preteritamente na seara do Direito Privado.

*Mutatis mutandis*, ressalta-se que a hermenêutica assumiu o papel de um instrumento de realização política, deixando de ser um mero problema de correta subsunção do fato à norma, tornando-se um problema de conformação política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico, sendo a hermenêutica uma mediadora entre a lei e a consciência jurídica da sociedade nos casos concretos. Concluiu-se aqui que o STJ utilizou da técnica de mera subsunção do fato a norma, em dissintonia com a nova hermenêutica, que busca aplicar a melhor resposta no contexto social a qual é utilizada, aplicando nitidamente o texto do Decreto-Lei 911/69 mitigando toda a seara principiológica e social do direito contratual frente ao estado democrático de direito, sendo que a omissão na lei acaso da teoria do adimplemento, levaria o julgador a observar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Para trazer maior segurança jurídica ao caso, o STJ acabou por adotar como repetitivo o recurso especial analisado, sendo que tal procedimento visa implantar uniformidade de tratamento judicial a todos com idêntica questão de direito discutido no paradigma. Contudo, constatou-se que o procedimento da busca e apreensão autônoma, aplica-se também nos contratos de leasing - arrendamento mercantil, conforme art. 2º, § 4º do Decreto-Lei 911/69, não havendo segurança jurídica na estabilidade de decisões uma vez que o STJ, já havia sedimentado entendimento acerca da aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de leasing (arrendamento mercantil), tendo editado o Informativo nº 0480 para tanto, tendo como fundamento todo o aspecto principiológico abarcado neste trabalho de iniciação científica, pondo em contraditório o julgamento do REsp 1.622.555. Outro ponto a se destacar é que após o julgado analisado, há julgamentos em que não se admite a aplicação da teoria do adimplemento também nos contratos de leasing, e outros em que se admitem a aplicação da teoria no mesmo caso, ambos pelo STJ, o que acaba por corroborar com a ideia de insegurança, não trazendo a pacificação social esperada.

Por fim, no tocante a análise econômica do direito asseverou que o adimplemento substancial aplicado aos contratos incompletos, no caso a alienação fiduciária, favorece, a priori, a manutenção da atividade empresária, da proteção do consumidor e do equilíbrio econômico deste, garantindo a circulação de riquezas e, conseqüentemente, gerando e garantindo a permanência de

empregos. De outro viés, a longo prazo, se tal prática começasse a ser utilizada de forma cotidiana, conforme frisado pelo ministro, causaria desequilíbrio na economia pátria, em que as instituições com o objetivo de evitar tal externalidade, internalizariam tal acidente de execução no próprio custo, arcando os demais consumidores com a dificuldade de se realizar um financiamento, por meio do aumento de tarifas, juros, multas e pela imposição de mais rigorosas condições para a aprovação da celebração do pacto.

Notou-se que nitidamente fora realizada a análise econômica no julgado, contudo com base na mesma análise constata-se que a inaplicabilidade de tal teoria causaria uma ineficiência *ex-post* do contrato, tendo o estado amparado, o oportunismo do credor, a qual já possui em ganho eficiente na celebração do contrato devido ao paternalismo legal, com encargos e juros usurários, sendo que a execução do contrato em espécie através da busca e apreensão não se mostra adequada, não havendo a característica *win-win* do direito contratual.

Os problemas formulados no início do trabalho foram os seguintes:

A teoria do adimplemento substancial dos contratos é aplicável ao contrato de alienação fiduciária em garantia regido pelo Decreto-Lei 911/69?

Poderá a norma de direito processual vedar a aplicação do direito material?

O julgamento do REsp 1.622.555 está em consonância com o aporte principiológico do ordenamento jurídico brasileiro?

Para estes problemas, naquele momento, levantaram-se as seguintes hipóteses de solução, respectivamente:

Sim, porquanto tal teoria aplica-se indistintamente a todos os contratos previstos no direito brasileiro, desde que preenchidos seus requisitos. Contudo também há imposição legal de norma processual prevista na lei 911/69 que impõe a purgação da mora integral para liberação do veículo, indo de encontro a teoria prevista, porém não há expressa vedação de sua aplicação, já que pertence ao direito material, que muito embora não positivada é amplamente aplicada na jurisprudência, porquanto seus princípios estão presentes no ordenamento jurídico.

Não, eis que o processo é o meio do Estado prestar a jurisdição, sendo um instrumento para persecução do direito material, desta forma poderá haver certos pressupostos para execução do direito material, mas nunca vedar a sua inteira

aplicação, devendo haver compatibilidade entre estes, uma vez que o processo é um acessório necessário para a tutela buscada mediante a intervenção estatal.

Não, tendo em vista que a aplicação de tal teoria contém fundamento em princípios norteadores do novo paradigma introduzido ao ordenamento pelo Código Civil, como por exemplo, a boa-fé objetiva, função social dos contratos e a função social da propriedade, vedação ao abuso do direito e a proibição do locupletamento ilícito, dentre outras disciplinas que poderão ser aplicadas ao caso *sub judice*, como por exemplo, o sistema de proteção e isonomia assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor, a qual sequer fora utilizada no julgado.

Findo a pesquisa, pode-se afirmar que a primeira hipótese foi PARCIALMENTE CONFIRMADA, tendo em vista que, conforme visto, muito embora a corrente doutrinária e teórica indubitavelmente confirme a aplicação da referida teoria no contrato de alienação fiduciária, na prática jurídica há o óbice decorrente do REsp analisado *in casu*, uma vez que este possui força de precedente obrigatório pelos juízos inferiores impedindo a aplicação, *a priori*, da referida teoria.

Contudo, frisa-se que no julgado dois dos seis ministros que acompanharam o voto vencedor deixaram de aplicar tal teoria unicamente pela falta de preenchimento de um dos seus requisitos, qual seja, o adimplemento significativo do contrato, não considerando cerca de 91% como hipótese caracterizadora do adimplemento substancial, assim caso houvesse cumprido tal requisito, restaria empatado o julgamento. Por consequência, em teoria, bastaria que o consumidor prejudicado, em situação de cumprimento contratual superior ao julgado paradigma justificasse a divergência fática existente, para que possa ser confirmada ou não a aplicabilidade da referida teoria em nova análise acerca da matéria, por hipótese fática distinta ou questão jurídica não abrangida pelo objeto do incidente, a impor solução jurídica diversa (987, §2º c/c art. 1.037, § 9º, CPC) cabendo inclusive ação rescisória (art. 966, §§5º e 6º, CPC).

Já no tocante a segunda hipótese, esta foi CONFIRMADA na medida que a norma de direito processual não poderá ser utilizada como sucedâneo a vedação do direito material, uma vez que detém caráter instrumental e deverá ser um meio para a prestação estatal da tutela pretendida do agente, desde que compatível com o ordenamento jurídico, uma vez que esta não é ilimitada e absoluta, havendo o freio do neoprocessualismo e todas as normas de direito público. Assim, ambas

deverão estar interligadas buscando a pacificação social, mas uma não poderá sopesar a outra.

Por fim, em relação a última hipótese, pode-se considerar que a mesma fora CONFIRMADA, porquanto o julgamento em análise restou por não atender com o aspecto atual do estado democrático de direito, deixando de aplicar a boa-fé objetiva e seus reflexos, seja integrativa e controle, na função de limitar o interesse do credor que acaba por prejudicar demasiadamente o consumidor, o que acaba por ir de encontro com a ordem econômica constitucional, já que o consumidor é um dos seus princípios fundamentais.

Ademais, a justiça contratual, a isonomia contratual, a proporcionalidade, razoabilidade, a vedação ao abuso do direito e ao enriquecimento ilícito, o protecionismo ao consumidor, a função social da propriedade, função social dos contratos, a supremacia da ordem pública, o princípio da finalidade, equivalência negocial, a própria segurança jurídica e os princípios éticos do pagamento acabaram sendo relevados no julgamento em apreço, sendo um retrocesso a supremacia do *pacta sunt servanda* em detrimento dos princípios retro citados, tendo amparo jurisprudencial o abuso do meio de execução do contrato pelo credor em condição de extrema superioridade, o qual já conseguiu grande benefício econômico com a pactuação, uma vez que diante do cumprimento substancial, restam-se apenas parte dos encargos bancários, os quais não obedecem o limite da lei de usura, e assim como no caso estudado nesta monografia, o valor financiado no final do contrato acaba por quase duplicar, tendo o consumidor aceitar ser retomada a propriedade e a mesma ser vendida, já desvalorizada diante do bem ora em apressado, para quitação de saldo ínfimo, não havendo proporcionalidade alguma entre o meio utilizado e o fim perseguido pelo agente, o qual tem poder de escolha dentre os tantos procedimentos que a lei o confere e mesmo assim prefere prejudicar, ainda mais, o devedor.

Outro ponto a ser destacado, é de que caso tal recurso fosse provido, havendo casos no judiciário para sua aplicação com a conseguinte improcedência das ações de busca e apreensão, se em alguma delas houvesse a apreensão do bem e a sua venda antes da sentença (prática corriqueira das instituições) que torna definitiva/plena a propriedade do credor-fiduciário, este deverá responder por perdas e danos além de multa de 50% do valor atualizado do financiamento (art. 3, §6º do DL 911/69), o que causaria um grande prejuízo para as instituições

financeiras, fator que certamente fora observado pelos ministros no julgamento de custo-benefício da decisão.

Desta forma, o julgado está em consonância com o aspecto econômico consequencial de longo prazo, o qual poderia incorrer em dificuldade de realização de novos financiamentos, devido a internalização da externalidade de possível aplicação da teoria, contudo deixou de aplicar as outras técnicas que o direito econômico visa utilizar quando da análise de um caso, seja a vedação a execução pura quando esta torna o contrato ex-post ineficiente ou a internalização das externalidades pela parte mais forte na relação, que melhor pode recuperar de seus efeitos, além dos valores sociais e constitucionais de maior relevância, sendo que conforme estudado, do ponto de vista econômico, tornaria o contrato mais eficiente do ponto de vista econômico e atenderia a sua função social, espalhando a boa-fé e a vedação do abuso do direito, a aplicação da referida teoria.

#### Referência das Fontes Citadas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Projeto do Código Civil** — As obrigações e os contratos. São Paulo: RT, 1989.

ALENCAR, Ana Cristina Soares. **Alienação fiduciária em garantia aplicada às relações de consumo**: análise da recepção do Decreto-Lei n. 911/69 na ordem constitucional de 1988. Dissertação (Dissertação de Mestrado em Direito). Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Fortaleza, 146 p., 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. III

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e reponsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. RT, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. Revista da Faculdade de Direito da

Universidade Federal do Rio Grande do Sul. vol. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993,

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**: Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003,

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003,

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. CNJ. Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>

BRASIL. CNJ. Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>

BRASIL. CNJ. Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em : <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>

BRASIL, STJ. Agravo em Recurso Especial nº 808.701-MG (2015/0279732-8). Relator: Min. Marco Buzzi. DJ: 16/12/2015. Disponível em: Acesso em: 20/08/2018.

BRASIL, STJ. Disponível em: <  
[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Debate-sobre-impactos-econ%C3%B4micos-encerra-semin%C3%A1rio-sobre-ativismo-judicial](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Debate-sobre-impactos-econ%C3%B4micos-encerra-semin%C3%A1rio-sobre-ativismo-judicial)> Acesso em 03/09/2018.

BRASIL, STJ. Embargos de divergência em recurso especial n. 129.732-RJ (99.0048263-8). Julgado em 23 de 02 de 2000. Dje: 1º de 08 de 2000. Disponível

em: < [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas2011\\_21\\_capSumula284.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas2011_21_capSumula284.pdf)> Acessado em: 15/06/2018.

BRASIL, STJ. REsp 1.051.270-RS, Rel Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 04/08/2011. Dje 05/09/2011. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21088578/recurso-especial-resp-1051270-rs-2008-0089345-5-stj>> Acessado em 01/09/2018

BRASIL, STJ. REsp 1.286.209/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.03.2016, Dje 14.03.2016. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?pagina=3&idarea=54&idmodelo=37667> > Acesso em: 10 mar 2018.

BRASIL, STJ. REsp 1051270/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011

BRASIL, STJ. REsp 1581505/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 28/09/2016. Disponível em: < <http://www.portaljustica.com.br/acordao/1914529>> Acessado em 20/08/2018.

BRASIL, STJ. REsp 735.168/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 11/03/2008, DJe 26/03/2008.

BRASIL. DECRETO-LEI N. 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, set 1942. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI N. 911, DE 1º DE OUTUBRO DE 1969. **Altera a redação do art. 66, da Lei nº, 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências**. Brasília, DF, out 1969. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. LEI N. 4.728, DE 14 DE JULHO DE 1965. **Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento**. Brasília, DF, jul 1965. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4728.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4728.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. LEI N. 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, DF, set 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. LEI N. 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. STF. ADI 5291 DF. Número: 0000891-10.2015.1.00.0000. Relator: Min Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4747791> Acessado em: 20/08/2018

BRASIL, STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.622.555 MG 2015/0279732-8. Relator: Min. Marco Buzzi. DJ: 22/02/2017. Disponível em: Acesso em: 01/03/2018.

BRASIL. STJ, REsp 436.853/DF, 3.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.05.2006, DJ 27.11.2006,

BRASIL. STJ. REsp 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial.** São Paulo: Saraiva, 2008.

BUZAID, Alfredo. **Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia.** Revistas dos Tribunais, v. 401.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. "**Profilo dei raportitra diritto e processo**". Rivista di Diritto Processuale, 1960, v. 35, n. 4

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil** v. I, n. 1. EJE: Buenos Aires, 1973.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiducária: negócio fiduciário.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, n. 12

CORREIA, Alexandre. SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano.** Vol. 1. Editora: Saraiva: 1953



CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

DELGADO, Mário Luiz. **Problemas de direito intertemporal no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Maria da Graça Santos. **A justiça e o imaginário social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

DIDER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. - 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **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. Ed. JusPodivm: Salvador, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo, Atlas, 1990

GOMES, Daniella Vasconcelos. **Os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos e a teoria contratual contemporânea**. São Paulo: RT. In: Revista de Direito Privado. Ano 7, n. 26, p. 77-104, abr-jun/2006.

GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. vol 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HART'S, Walter G. **"What is a trust?"**. The law Quarterly Review, v. 15, n. LIX, jul. 1899, apud BATIZA, Rodolfo. El fideicomiso, teoría y práctica. 3 ed. México: Porrúa, 1976.

HAURIOU, André. **A Utilização em Direito Administrativo das Regras e Princípios do Direito Privado. Revista de Direito Administrativo.** (trad. Paulo da Mata Machado) Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 1945.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil:** estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000,

HUMBERTO, Theodoro Júnior. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. 1 .56. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

JACQUELIN, René. De la fiducie, apud LIMA, Otto de Sousa. **Negócio Fiduciário.** São Paulo: RT, 1962

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3ª ed. José Lamago (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito;** tradução Rachel Sztajn. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade.** 3. ed. São Paulo: RT, 2011

MARINONI, Luiz Guilherme. **A conformação do processo e o controle jurisdicional a partir do dever estatal de proteção do consumidor.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** teoria do processo civil. vol. 1. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional.** 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Aline Lima Pessoa de. **Análise Econômica Da Aplicação Da Teoria Do Adimplemento Substancial Aos Contratos De Arrendamento Mercantil Sob A Égide Do Sistema Civil-Constitucional Brasileiro**. Revista da AMDE, [S.l.], v. 15, p. 120 - 137, set. 2017. ISSN 2175-5590. Disponível em: . Acesso em: 03 set. 2018.

MEORO, Mario E. Clemente. **La facultad de resolver los contratos por incumplimiento**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.

MESSINA, Giuseppe. Scritti Giuridici – **Negozi Fiduciari**. Milano: Giuffrè, 1948. p. 105.

MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. **O direito do consumidor como direito fundamental** – consequências jurídicas de um conceito. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, p.111-132, jul./set. 2002,

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. vol. 2: obrigações. 8ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2016.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NORONHA, Fernando. **O direito dos Contratos e seus princípios fundamentais: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **"Instrumentalidade do processo e devido processo legal"**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2001, n.102,

PAULA, Marcos José de. **A teoria do adimplemento substancial da obrigação no brasil**. Revista Eletrônica do Direito Privado da UEL, Londrina, v. 3, n. 2, maio/ago 2010, p. 43-67. Disponível em: < [http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/43-67\\_Marcos\\_Jos%C3%A9\\_Paula\\_Teoria\\_adimplemento.pdf](http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/43-67_Marcos_Jos%C3%A9_Paula_Teoria_adimplemento.pdf)>. Acessado em 18 mar 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PETTIT, Phillip Henry. **Equity and the law of trusts**. 7 ed. Londres: Butterworths, 1993

REALE, Miguel. **O Projeto do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RESTIFFER NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária**. 2º ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1976.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**: uma introdução. 2ª ed. Portugal: Editora Grupo Almedina, 2016.

RONCONI, Diego Richard. **A possibilidade de Responsabilidade Civil solidária do proprietário fiduciário por atos ilícitos cometidos pelo possuidor direto, à luz da política jurídica**. Tese (Doutorado em Produção do Direito Positivo) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. Direito contratual**. Temas atuais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 4: **Direito das Coisas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. III. 47. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

TORRES, Paula Cunha Menezes. **A teoria do adimplemento substancial**. EMERJ. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <

[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2009/trabalhos\\_22009/PaulaCunhaMenezesTorres.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/PaulaCunhaMenezesTorres.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria geral das obrigações e teoria geral do contrato. São Paulo: Atlas, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008.

NOTAS:

[1] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 83.

[2] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 4. p. 273.

[3] MENDONÇA, Aline Lima Pessoa de. **Análise Econômica Da Aplicação Da Teoria Do Adimplemento Substancial Aos Contratos De Arrendamento Mercantil Sob A Égide Do Sistema Civil-Constitucional Brasileiro**. Revista da AMDE, [S.l.], v. 15, p. 120 - 137, set. 2017. ISSN 2175-5590. Disponível em: . Acesso em: 03 set. 2018 às 19:30.

[4] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. vol 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24-25

[5] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 74-76

[6] RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia fiduciária**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 139.

[7] DIDER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. - 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 37

[8] DIDER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. p. 37

[9] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 153.

[10] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999. p. 187-188.

[11] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 92

[12] NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 656.

[13] PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 3º ed. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2003. p. 96-97.

[14] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 92

[15] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 54.

[16] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 257-264.

[17] “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87.

[18] “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 91.

[19] Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

[20] “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 58.

[21] “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 27.

[22] “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 39.

[23] “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 215.

[24] DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 36.

[25] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. p. 54.

[26] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. p. 54.

[27] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 292-294.

[28] DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. p. 42-43.

[29] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

[30] MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.322-324

[31] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109.

[32] MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 491.

[33] GOMES, Daniella Vasconcelos. **Os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos e a teoria contratual contemporânea**. São Paulo: RT. In: Revista de Direito Privado. Ano 7, n. 26, p. 77-104, abr-jun/2006.

[34] NORONHA, Fernando. **O direito dos Contratos e seus princípios fundamentais: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 129.

[35] BRASIL, STJ. REsp 735.168/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/03/2008, DJe 26/03/2008.

[36] Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes; Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. BRASIL. **LEI N. 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2018, às 18:42.

[37] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 127.

[38] NORONHA, Fernando. **O direito dos Contratos e seus princípios fundamentais**: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. p. 136.

[39] NORONHA, Fernando. **O direito dos Contratos e seus princípios fundamentais**: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. p. 138.

[40] NORONHA, Fernando. **O direito dos Contratos e seus princípios fundamentais**: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. p. 151.

[41] NORONHA, Fernando. **O direito dos Contratos e seus princípios fundamentais**: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. p. 159-160.

[42] NORONHA, Fernando. **O direito dos Contratos e seus princípios fundamentais**: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. p. 173-174.

[43] NORONHA, Fernando. **O direito dos Contratos e seus princípios fundamentais**: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. p. 175-179.

[44] BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.622.555 MG 2015/0279732-8. Relator: Min. Marco Buzzi. DJ: 22/02/2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1622555&aplicacao=processo.s.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em: 01/03/2018 às 16:32.

[45] TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. v. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 84.

[46] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. p. 23-24.



[47] BRASIL, STJ. REsp 1.286.209/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.03.2016, DJe 14.03.2016. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?pagina=3&idarea=54&idmodelo=37667> > Acesso em: 10 mar 2018 às 21:46.

[48] TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. p. 93-100.

[49] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. p. 24-25.

[50] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. p. 85-89.

[51] DELGADO, Mário Luiz. **Problemas de direito intertemporal no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 94.

[52] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 479-496.

[53] RONCONI, Diego Richard. **A possibilidade de Responsabilidade Civil solidária do proprietário fiduciário por atos ilícitos cometidos pelo possuidor direto, à luz da política jurídica**. Tese (Doutorado em Produção do Direito Positivo) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2012. p. 54

[54] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 259.

[55] NADER, Paulo. **Curso de direito civil vol. 2**: obrigações. 8ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 32.

[56] TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. p. 78-80.

[57] TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. p. 82.

[58] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 488.

[59] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. p. 259.

[60] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. p. 35.

[61] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Projeto do Código Civil** — As obrigações e os contratos. RT, 775/24.

[62] TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. p. 25.

[63] TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. p. 119.

[64] GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 36.

[65] TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. p. 120-121.

[66] TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. p. 18.

[67] NADER, Paulo. **Curso de direito civil vol. 2**: obrigações. p. 53.

[68] BRASIL. STJ, REsp 436.853/DF, 3.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.05.2006, DJ 27.11.2006, p. 273.

[69] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 57-58.

[70] NADER, Paulo. **Curso de direito civil vol. 2**: obrigações. p. 316.

[71] NADER, Paulo. **Curso de direito civil vol. 2**: obrigações. p. 242.

[72] NADER, Paulo. **Curso de direito civil vol. 2**: obrigações. p. 41.

[73] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria geral das obrigações e teoria geral do contrato. São Paulo: Atlas, 2011. p. 311-312.

[74] TORRES, Paula Cunha Menezes. **A teoria do adimplemento substancial**. EMERJ. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: < [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2009/trabalhos\\_22009/PaulaCunhaMenezesTorres.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/PaulaCunhaMenezesTorres.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2018 às 23:32.

[75] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43,

[76] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 42-45.

[77] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 46-47.

[78] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 48-50.

[79] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 50-51.

[80] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 52.

[81] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 53.

[82] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 55.

[83] BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. vol. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, p. 60-61.

[84] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. RT, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

[85] *Apud* BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. p.62.

[86] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 83.

[87] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 86/95.

[88] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 95-96.

[89] MEORO, Mario E. Clemente. **La facultad de resolver los contratos por incumplimiento**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998. P. 419.

[90] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 101.

[91] PAULA, Marcos José de. **A teoria do adimplemento substancial da obrigação no brasil**. Revista Eletrônica do Direito Privado da UEL, Londrina, v. 3, n. 2, maio/ago 2010, p. 43-67. Disponível em: <[http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/43-67\\_Marcos\\_Jos%C3%A9\\_Paula\\_Teoria\\_adimplemento.pdf](http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/43-67_Marcos_Jos%C3%A9_Paula_Teoria_adimplemento.pdf)>. Acessado em 18 mar 2018.

[92] BRASIL. STJ. REsp 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917.

[93] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 103.

[94] BRASIL. STJ. REsp 469.577-SC, rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 25-3-2003.

[95] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 107.

[96] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 107.

[97] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. p. 112-115.

[98] TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. p. 413.

[99] SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial**. Direito contratual. Temas atuais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008. P. 140.

[100] TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. p. 320.

[101] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária**: negócio fiduciário. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 9.

[102] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária**: negócio fiduciário. p. 9.

[103] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária**: negócio fiduciário. p. 10.

[104] CORREIA, Alexandre. SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. Vol. 1. Editora: Saraiva: 1953, p. 49.

[105] MESSINA, Giuseppe. **Scritti Giuridici – Negozi Fiduciari**. Milano: Giuffré, 1948. p. 105.

[106] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária**: negócio fiduciário. p. 11

[107] JACQUELIN, René. **De la fiducie, apud LIMA, Otto de Sousa. Negócio Fiduciário**. São Paulo: RT, 1962, p. 40.

[108] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária**: negócio fiduciário. p. 11-12.

[109] MESSINA, Giuseppe. **Scritti Giuridici – Negozi Fiduciari**. p. 107.

[110] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária**: negócio fiduciário. p. 11

[111] ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. III, p. 143.

[112] MESSINA, Giuseppe. **Scritti Giuridici – Negozi Fiduciari**. p. 146.

[113] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária**: negócio fiduciário. p. 14.

[114] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária**: negócio fiduciário. p. 14.

[115] *Apud* BUZOID, Alfredo. **Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia**. *Revistas dos Tribunais*, v. 401. p. 9.

[116] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: negócio fiduciário**. p. 15-16.

[117] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: negócio fiduciário**. p. 17.

[118] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: negócio fiduciário**. p. 18.

[119] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: negócio fiduciário**. p. 19-20.

[120] HART'S, Walter G. "What is a *trust*?". *The law Quarterly Review*, v. 15, n. LIX, jul. 1899, *apud* BATIZA, Rodolfo. **El fideicomiso, teoria y práctica**. 3 ed. México: Porrúa, 1976, p. 48.

[121] PETTIT, Phillip Henry. **Equity and the law of trusts**. 7 ed. Londres: Butterworths, 1993. p. 23.

[122] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: negócio fiduciário**. p. 21/23.

[123] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 58.

[124] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. p. 32-35.

[125] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. p. 32-35.

[126] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. III. p. 115-117.

[127] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. p. 38-39.

[128] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. p. 46-47.

[129] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. p. 58.

[130] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. p. 40-41.

[131] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. p. 42-45.

[132] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. p. 176.

[133] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**, volume único. p. 1157.

[134] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 1-3.

[135] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 18.

[136] Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento. **LEI N. 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018 às 13:24.

[137] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:[...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; **LEI N. 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, set 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018 às 13:41.

[138] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 22.

[139] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 18.

[140] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 33.

[141] RESTIFFER NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária**. 2º ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1976. p. 02.

- [142] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 20.
- [143] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. p. 166-173.
- [144] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 21.
- [145] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 22.
- [146] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 38.
- [147] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 39-40.
- [148] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. p. 54.
- [149] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 41.
- [150] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 51.
- [151] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. p. 182.
- [152] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 52-53.
- [153] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. p. 136.
- [154] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 53-54.
- [155] Ressalta-se que há existência no ordenamento jurídico brasileiro da alienação fiduciária de bens imóveis, instituída na lei 9.514/1997, a qual não será objeto da presente monografia.
- [156] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 54-55.
- [157] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**, volume único. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1126.
- [158] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. p. 56.
- [159] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. p. 188.



[160] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** p. 61-62.

[161] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** p. 63.

[162] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** p. 63-67.

[163] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** p. 71-72.

[164] RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária.** p. 09-29.

[165] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** p. 74-76.

[166] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** p. 77

[167] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** p. 78.

[168] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** p. 79.

[169] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** p. 81.

[170] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** p. 91.

[171] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** p. 92.

[172] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** p. 94-97.

[173] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário.** p. 194.

[174] GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** p. 101.

[175] BRASIL, STJ. **Embargos de divergência em recurso especial** n. 129.732-RJ (99.0048263-8). Julgado em 23 de 02 de 2000. Dje: 1º de 08 de 2000. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas2011\\_21\\_capSumula284.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas2011_21_capSumula284.pdf)> Acessado em: 15/06/2018.

[176] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário.** p. 194.

[177] BRASIL, STJ. **Resp.** 1.418.593-MS, 2ª Seção, rel. Min. Luís Felipe Salomão, *DJe* 27/05/2014.

[178] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário.** p. 199.

[179] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**, volume único. p. 1168.

[180] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário.** p. 210-211.

[181] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário.** p. 212-213.

[182] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário.** p. 220-221.

[183] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**, volume único. p. 1159/1172.

[184] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário.** p. 231-232.

[185] BRASIL, STJ. Agravo em Recurso Especial nº 808.701-MG (2015/0279732-8). Relator: Min. Marco Buzzi. DJ: 16/12/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1622555&aplicacao=processo.s.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em: 20/08/2018 às 19:53.

[186] BRASIL, STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.622.555 MG 2015/0279732-8. Relator: Min. Marco Buzzi. DJ: 22/02/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1622555&aplicacao=processos.e.a&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em: 20/08/2018 às 20:16.

[187] REALE, Miguel. **O Projeto do novo Código Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 8-9.

[188] RONCONI, Diego Richard. **A possibilidade de Responsabilidade Civil solidária do proprietário fiduciário por atos ilícitos cometidos pelo possuidor direto, à luz da política jurídica.** p. 100.

[189] MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade.** 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 73-74

[190] TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 4: Direito das Coisas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 88/340.

[191] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**, volume único. p. 86.

[192] BRASIL, STJ. REsp 1581505/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 28/09/2016. Disponível em: < <http://www.portaljustica.com.br/acordao/1914529>> Acessado em 20/08/2018.

[193] BRASIL, STJ. REsp 1.622.555 MG 2015/0279732-8.

[194] ALENCAR, Ana Cristina Soares. **Alienação fiduciária em garantia aplicada às relações de consumo**: análise da recepção do Decreto-Lei n. 911/69 na ordem constitucional de 1988. Dissertação (Dissertação de Mestrado em Direito). Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Fortaleza, 146 p., 2009. p. 85-91

[195] ALENCAR, Ana Cristina Soares. **Alienação fiduciária em garantia aplicada às relações de consumo**: análise da recepção do Decreto-Lei n. 911/69 na ordem constitucional de 1988. p. 16

[196] ALENCAR, Ana Cristina Soares. **Alienação fiduciária em garantia aplicada às relações de consumo**: análise da recepção do Decreto-Lei n. 911/69 na ordem constitucional de 1988. p. 33.

[197] MARINONI, Luiz Guilherme. **A conformação do processo e o controle jurisdicional a partir do dever estatal de proteção do consumidor**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.362.

[198] BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor** (Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990). 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.61-62.

[199] MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. **O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, p.111-132, jul./set. 2002, p.131.

[200] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil**: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.103.

[201] BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.145

[202] BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.319-320.

[203] ALENCAR, Ana Cristina Soares. **Alienação fiduciária em garantia aplicada às relações de consumo**: análise da recepção do Decreto-Lei n. 911/69 na ordem constitucional de 1988. p. 109.

[204] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. p. 194-195.

[205] BRASIL, STJ. REsp 1.622.555 MG 2015/0279732-8.

[206] Segundo Silva, "(...) A eventualidade do ganho, o fito da atividade da qual decorram os danos, e não os resultados mesmos dela, o proveito esperado, o enriquecimento obtido, é que seriam levados na devida conta. Só por essa forma, razoável e inteligente, é que se poderia entender a expressão lucro proveito". SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 107.

[207] BRASIL, STJ. REsp 1.622.555 MG 2015/0279732-8.

[208] DIAS, Maria da Graça Santos. **A justiça e o imaginário social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 70.

[209] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. p. 196-197.

[210] Não é por demais ressaltar que a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do AgRg no AREsp nº. 403.653/RS, do AgRg no AREsp nº. 529.844/RS, do AgRg no AREsp nº. 461.194/MS, do AgRg no AREsp nº. 575.916/MS, do AgRg no AREsp nº. 396.658/RS, do AgRg no Ag nº. 1.323.805/MG, do AgRg no Resp. nº. 885.656/SC.

[211] CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. p. 220-222.

[212] BRASIL. STF. **ADI 5291 DF**. Número: 0000891-10.2015.1.00.0000. Relator: Min Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4747791> Acessado em: 20/08/2018

[213] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. vol. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 61.

[214] RONCONI, Diego Richard. **A possibilidade de Responsabilidade Civil solidária do proprietário fiduciário por atos ilícitos cometidos pelo possuidor direto, à luz da política jurídica**. p. 208.

[215] BRASIL, STJ. REsp 1051270/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011

[216] DIDER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. - 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 37.

[217] DIDER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. p. 38.

[218] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **"Instrumentalidade do processo e devido processo legal"**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2001, n.102, p. 64.

[219] CARNELUTTI, Francesco. **"Profilo dei raportitra diritto e processo"**. Rivista di Diritto Processuale, 1960, v. 35, n. 4, p. 539-550.

[220] CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil** v. I, n. 1. Buenos Aires: EJE, 1973. p. 21-22.

[221] HUMBERTO, Theodoro Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. 1 .56. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 51

[222] HUMBERTO, Theodoro Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. p. 96.

[223] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, n. 12, p. 46.

[224] DIDER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. p 45.

[225] DIDER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. p. 39-42.

[226] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008, p. 37.

[227] DIDER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. p. 50.

[228] DIDER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. p. 53.

[229] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. José Lamago (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150

[230] HAURIOU, André. **A Utilização em Direito Administrativo das Regras e Princípios do Direito Privado**. Revista de Direito Administrativo. (trad. Paulo da Mata Machado) Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 1945. p. 466-468.

[231] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 257-264.

[232] MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 78.

[233] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 187-188.

[234] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 251-252.

[235] MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 78.

[236] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo, Atlas, 1990, p. 13

[237] STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.622.555 MG 2015/0279732-8. Relator: Min. Marco Buzzi. DJ: 22/02/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1622555&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em: 01/09/2018 às 22:46.

[238] DIDIER JR., Fredie. **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. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 587-590.

[239] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. vol. III. 47. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 905.

[240] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. p. 906.

[241] DIDIER JR., Fredie. **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. p. 601.

[242] BRASIL, STJ. REsp 1.051.270-RS, Rel Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 04/08/2011. Dje 05/09/2011. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21088578/recurso-especial-resp-1051270-rs-2008-0089345-5-stj>> Acessado em 01/09/2018

[243] DIDIER JR., Fredie. **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. p. 252

[244] BRASIL. STJ. REsp 1694642. Dje 21/05/2018. BRASIL. STJ. AREsp 1187058. Dje 07/11/2017.

[245] BRASIL. STJ. REsp 1731120. Dje: 23/05/2018. / BRASIL. TJSC. Apelação Cível n. 0018432-47.2012.8.24.0020. Data de julgamento: 02/08/2018.

[246] Citam-se alguns julgados: BRASIL. STJ. REsp 272739/MG; REsp 469577/SC; REsp 912697/RO; REsp 1255179/RJ/ BRASIL. TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.001496-1, de Tubarão, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 26-06-2014)/ BRASIL. TJRS. Apelação Cível Nº 70053874327, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 22/08/2013./ BRASIL. TJPR - 17ª C.Cível - AC - 1489432-1 - Arapongas - Rel.: Francisco Jorge - Unânime - J. 03.08.2016/ BRASIL. TJSP; Agravo de Instrumento 2203523-46.2016.8.26.0000; Relator (a):

Gomes Varjão; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Capivari - 2ª Vara; Data do Julgamento: 12/12/2016; Data de Registro: 12/12/2016.

[247] MENDONÇA, Aline Lima Pessoa de. **Análise Econômica Da Aplicação Da Teoria Do Adimplemento Substancial Aos Contratos De Arrendamento Mercantil Sob A Égide Do Sistema Civil-Constitucional Brasileiro**. Revista da AMDE, [S.l.], v. 15, p. 120 - 137, set. 2017. ISSN 2175-5590. Disponível em: . Acesso em: 03 set. 2018 às 18:13.

[248] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**; tradução Rachel Sztajn. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 405

[249] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 192

[250] RONCONI, Diego Richard. Apud, VENOSA. **A possibilidade de Responsabilidade Civil solidária do proprietário fiduciário por atos ilícitos cometidos pelo possuidor direto, à luz da política jurídica**. p. 135.

[251] RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. 2ª ed. Portugal: Editora Grupo Almedina, 2016. p. 39.

[252] RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. p. 40.

[253] RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. p. 42.

[254] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 291.

[255] RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. p. 125.

[256] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 416

[257] RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. p. 131-132

[258] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 415



[259] RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**: uma introdução. p. 135.

[260] PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro. Elsevier, 2005.

[261] RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**: uma introdução. p. 52.

[262] RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**: uma introdução. p. 131-132

[263] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 422.

[264] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 422.

[265] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 424.

[266] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 443.

[267] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 489

[268] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 666.

[269] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 667.

[270] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 668.

[271] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 669.

[272] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. p. 673-674.

[273] BRASIL, STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.622.555 MG 2015/0279732-8. Acesso em: 01/09/2018 às 16:32.

[274] BRASIL, STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.622.555 MG 2015/0279732-8. Acesso em: 01/09/2018 às 16:32.

[275] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito.** p. 123

[276] MENDONÇA, Aline Lima Pessoa de. **Análise Econômica Da Aplicação Da Teoria Do Adimplemento Substancial Aos Contratos De Arrendamento Mercantil Sob A Égide Do Sistema Civil-Constitucional Brasileiro.**

[277] Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>

[278] Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em 03/09/2018 às 16:32.

[279] Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em : <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>.

[280] STJ. Recurso Especial nº 1163283/RS. Ressalta-se que o julgamento teve como mérito contrato de financiamento imobiliário, permitindo a análise econômica tendo em vista direito de cunho patrimonial.

[281] BRASIL, STJ. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Debate-sobre-impactos-econ%C3%B4micos-encerra-semin%C3%A1rio-sobre-ativismo-judicial](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Debate-sobre-impactos-econ%C3%B4micos-encerra-semin%C3%A1rio-sobre-ativismo-judicial)> Acesso em 03/09/2018 às 17:01.

## **OXENTE! PRISÃO PREVENTIVA, GRAVIDADE CONCRETA E A DEUSA AFRODITE**

**IVAN JEZLER JÚNIOR:** Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS, Especialista em Direito Público pela Unyana, Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Ruy Barbosa, professor de Processo Penal do Centro de Estudos José Aras (CEJAS), Escola de Magistrados da Bahia, Escola Superior de Advocacia (ESA), Pós-Graduação LFG, Advogado.

### **I. INTRODUÇÃO DO PROBLEMA E DA HIPÓTESE:**

A palavra “oxente” é uma interjeição empregada com o significado de admiração, surpresa ou mesmo estranheza. O termo é costumeiramente popular na região nordeste do Brasil, onde se pode ouvir nas mais diversas redes de comunicação<sup>[1]</sup>.

E foi com estranheza, mas sem admiração, que fomos expectadores, nos últimos dez anos, da materialização de um novo argumento (fundamento) para decretação da prisão preventiva por juízes e Tribunais, a gravidade concreta do fato penalmente relevante.

Não se recusa a ideia de que a segregação antecipada é uma medida instrumental, hipotética, o instrumento do instrumento, já que a situação processual penal é meio necessário para a efetivação de uma reprimenda penal. E se é assim, o processo penal sendo o instrumento para eventual exercício do direito potestativo de punir, as medidas provisionais, e essa é a natureza jurídica da prisão preventiva, constituem o instrumento do instrumento.

Uma natureza instrumental naturalmente edificada pelas peculiaridades da segregação provisória. Tutelar situação processual ainda não finda, ao menos definitivamente, para assegurar o ajustamento do caso penal sem danos à produção probatória, esse é o principal escopo das cautelares, e assim surge a decretação dessa medida subsidiária por conveniência da instrução criminal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Mas o legislador não se limitou a tal requisito, exigindo o *fumus commissi delicti*, um lastro probatório mínimo para construir um juízo de possibilidade cautelar, como também permitiu a imposição corporal antecipada para garantir a

ordem pública, econômica ou para assegurar futura aplicação da Lei penal, complementando o *periculum libertatis*.

Não são novos, os ataques deitados pela dogmática em relação à viabilidade jurídica de se decretar a prisão cautelar com base em argumentos exógenos, pela lógica dos riscos, e da necessidade de uma resposta penal célere ao abalo social supostamente provocado pela prática criminosa. E os olhares recaem, nesse contexto, especialmente sobre a garantia da ordem pública. Mesmo os Tribunais Superiores, jamais conseguiram construir uma definição coerente para tal terminologia, ao menos sem oscilação em seus precedentes.

Assim, mais fácil tornou-se enumerar os casos em que a segregação não poderia se materializar para tutelar a ordem, tais como o clamor público, repercussão midiática, credibilidade da justiça e a gravidade em abstrato do delito.

Entretanto, nos últimos dez anos, as decisões se proliferaram como um vírus para admitir o surgimento de uma nova motivação cautelar, pretensamente empírica, a gravidade concreta do fato. Numa simples pesquisa no banco de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, nossa demanda é atendida com 11.341 (onze mil, trezentos e quarenta e um) acórdãos, 49.452 (quarenta e nove mil, quatrocentos e cinquenta e duas) decisões monocráticas e 5 (cinco) informativos de jurisprudência sobre o tema[2].

Com tais arestos percebemos que as duas Turmas do STJ[3] acolhem tal fundamentação para legitimar a prisão cautelar, especialmente em casos de grande apreensão de substâncias entorpecentes, crimes contra dignidade sexual ou pelo *modus operandi* do (suposto) delito.

## **II. O AMORFISMO DAS DECISÕES**

Por analogia, entende-se por uma forma de integração da Lei penal e processual, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal, provocando a aplicação de Lei existente em casos semelhantes para quais as regras aplicáveis são omissas[4], desde que *in bonam partem*.

No que toca a decisão interlocutória mista de pronúncia, nos termos do art. 413 do CPP, em seu parágrafo primeiro, existe uma previsão expressa de que tal juízo de admissibilidade da acusação dolosa contra a vida não permita um excesso vernacular, uma adjetivação excessiva, uma análise meritória, quando limitar-se-á

aos indícios suficientes de autoria/participação e materialidade. É o juízo de probabilidade.

Lopes Júnior<sup>[5]</sup> entende que a projeção de culpabilidade no processo penal é escalonada, há níveis de verificação da responsabilidade que, como num carrossel meritório, vão propiciando ao julgador juízos de certeza em menor ou maior grau, a depender das fases processuais.

Se é assim, no despacho positivo de recebimento da declaração petitória (art. 396 do CPP) o juiz verifica a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade (crime não-transeunte), sob pena de rejeição da inicial, quando, nesse último caso, o grau de “culpa” será reduzido. Na sentença condenatória recorrível, esse nível de culpabilidade sofre uma elevação, aumento que pode ser afastado em caso de eventual absolvição recursal.

Nessa linha intelectual, o juízo de culpabilidade existente, em tese, em uma decisão de pronúncia, é maior do que aquele concentrado na manifestação cartorária que impõe ou ratifica uma prisão preventiva. E, se ao pronunciar o acusado, o magistrado não pode se exceder na linguagem, invadir aspectos meritórios, sendo esta uma mera decisão processual, não seria lícito ao juiz, *mutatis mutandis*, enfrentar o mérito na manifestação cautelar, sob pena de nulidade do *decisum*.

Mas, a gravidade concreta se apegar a elementos instrumentais? São dados fáticos, empíricos? Pensamos que não. Mais do que isso, tal fundamentação revela uma antecipação do *meritum causae*, a análise do material probatório de maneira antecipada, antes de ser assegurado o contraditório, em um grau de cognição que não se coaduna com a gênese de uma medida acautelatória.

O que é isto<sup>[6]</sup>? Senão enfrentar a pretensão acusatória mediante um enfrentamento da pretensão acusatória, em sede incidental, afirmando que a quantidade de droga encontrada fora excessiva, que os crimes contra a dignidade sexual foram graves ou que o investigado integra organização criminosa. E na maioria dos *cases* a restrição à liberdade é imposta na fase inquisitorial, quando para esses mesmos Tribunais não há obrigatoriedade quanto à incidência do contraditório e da ampla defesa, núcleo rígido de direitos fundamentais que pela

previsão do art. 5º da CF88 deveria ser aplicado também na etapa investigatória. Isso por um lado.

Por outro, esses “acusados em geral” já são atingidos por um preconceito cautelar que viola a imparcialidade objetiva de um juiz que, por força do instituto da prevenção, por certo (ao menos até a aprovação do novo CPP) será o mesmo que analisará a matéria de fundo, já tendo, antecipadamente, se manifestado sobre os elementos objetivos e subjetivos que constituem a acusação.

De maneira reflexa, a presunção de inocência, que segundo PRADO<sup>[7]</sup> é um preceito que se aplica desde a notícia crime até eventual trânsito em julgado de sentença condenatória, também é violada, com uma antecipação de culpabilidade, e um desamor ao contraditório, pois a banalização da prisão propicia o empobrecimento moral e material do imputado, além de atingir o núcleo da ampla defesa. Não há reação contra a ação, dentro da cadeia. O único “re” que se perpetuará, é de uma futura reincidência. Todos perguntam acerca do rio que vem e tudo arrasta, mas ninguém comenta sobre as margens que o comprimem<sup>[8]</sup>. Uma medida que é naturalmente irreversível, pois o tempo perdido no cárcere não pode ser restabelecido.

Gloeckner afirma que a prevenção geral ou especial constitui um dos fins da pena. Dessa forma, a prevenção oriunda da aplicação da prisão preventiva, para garantia da ordem pública, é a mesma da prisão pena, não pode ser tratada como uma cautelar, que visa resguardar o processo e não antecipar uma reprimenda penal. E continua<sup>[9]</sup>:

Além de ser um instrumento que se destina ao controle social, seja fazendo as vezes de medida de segurança, enclausurando o respectivo perigoso ou ainda, executando uma pena antecipada, a garantia da ordem pública se reveste de claro autoritarismo, manifesto em sua sintática aberta, sujeita as mais flexíveis interpretações. O que vem a ser essa entidade metafísica que ronda a sociedade? Não se podendo apurar quem é o sujeito (ordem pública), como seria possível a determinação de um objeto (garantia)? Como garantir algo se este algo permanece indecifrável? Afronta, portanto, o princípio da legalidade e taxatividade em matéria penal, possibilitando o uso em larga escala,

mediante o construto de aparatos sintáticos e imprecisos, constituindo-se em verdadeira e ingente institucionalização de uma prisão *à la carte*.

O paradoxo, nesse evidente desnivelamento processual é que em sede de habeas corpus ou qualquer contracautela prisional, a defesa técnica não pode se aprofundar nos elementos meritórios, pena de não conhecimento da ação impugnativa, pois “a análise da prova é perfunctória” [10].

Chegamos ao final dessa pequena travessia, concluindo que a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública ou econômica, tendo por abrigo a gravidade em concreto do delito, viola a presunção de inocência e se reflete como uma moldura falsa da rechaçada gravidade em abstrato do tipo penal. Um meio para legitimar o encarceramento em massa, e saciar no senso comum, o prazer decorrente da desgraça alheia, pela ilusão de efetividade do sistema penal produzido por conta do aprisionamento antecipado.

Mas, continuamos a garantir algo que não conhecemos, e a “ordem pública” se assemelha a Afrodite, pois: como a personificação da beleza, a verdadeira aparência dessa Deusa é, na verdade, mutável, sua forma mudaria para se amoldar a cada pessoa que olhasse para ela. E assim, o problema da garantia da ordem pública continua muito mais no observador do que no objeto. O garantismo está nas pessoas, não num conceito ou definição casual de determinado instituto processual, pessoas que não mudam de acordo ao movimento jurisprudencial.

### III. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009.

LOPES JR., Aury. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. **O que é isto**: as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

[1] SIGNIFICADOS. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/oxente>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

[2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 02 de jan. 2019.

[3] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 02 de jan. 2019.

[4] ARAGÃO, Gerson. Jusbrasil.com.br. Qual a diferença entre interpretação analógica e analogia no Direito Penal?

[5] LOPES JR., Aury. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 157.

[6] STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. **O que é isto**: as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 6.

[7] PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b, p.33.

[8] PENSADOR. Disponível em: <<https://www.pensador.com/brechtbertolt>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

[9] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 322.

[10] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Habeas Corpus n. 143147. Paciente: Jonas Abib. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Ministro Ericson Maranhão. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 17 mar. 2016. Disponível: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200901445119](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901445119)>. Acesso em: 24 jan. 2019.



## AVANÇOS E RETROCESSOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ENTRE PASSADO E FUTURO

**MURILO RICARDO SILVA ALVES:** Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional. Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Advogado.

**Resumo:** O novo Código de Processo Civil trouxe inúmeras mudanças na sistemática processual brasileira, uma vez que não se tratou de mera reforma legislativa, mas da revogação integral do vestuto Código de Processo Civil promulgado em de 1973. Nesse sentido, mudanças tão profundas na sistemática que já vigorava há mais de 40 anos não poderiam passar incólumes a críticas, construtivas ou não. Buscou-se fazer uma análise sobre os possíveis avanços e retrocessos trazidos pelo novo Código de Processo Civil e seu impacto na sociedade através de pesquisa bibliográfica sobre o tema. Indiscutivelmente, o novo Código de Processo Civil trouxe mais avanços do que retrocessos, embora estes não possam ser desconsiderados, merecendo estudo aprofundado sobre as mudanças empreendidas.

**Palavras-chave:** Novo CPC. Avanços e retrocessos.

**Abstract:** The New Code of Civil Procedure brought numerous changes in the brazilian procedural system, since it was not a matter of mere legislative reform, but of the complete revocation of the Code of Civil Procedure enacted in 1973. In this sense, such profound changes in the system had been in force for more than 40 years could not pass unchallenged to criticism, constructive or not. An attempt was made to analyze the possible advances and setbacks brought by the new Code of Civil Procedure and its impact on society through bibliographic research on the subject. Arguably, the new Code of Civil Procedure has brought more progress than setbacks, although these can not be disregarded, deserving a thorough study of the changes undertaken.

**Keywords:** New CPC. Advances and retrocess

**Sumário:** Introdução. 1. Um breve esorço histórico da sistemática processual brasileira: os caminhos que levaram ao Novo CPC. 2. Novo Código de Processo Civil: quais os avanços? 3. A perda de uma oportunidade: os retrocessos na nova sistemática processual civil. Considerações finais.

## INTRODUÇÃO

Melhorar a legislação do país é sempre providência salutar e bem-vinda, pois a todos interessa a existência de leis constitucionais e adequadas à realidade brasileira e, no caso específico do processo civil, que atendam às garantias constitucionais da celeridade processual e da razoável duração do processo.

O direito está em constante alteração, assim como os procedimentos por ele utilizado, antes somente era possível apresentação de documentos através de documentos originais, em papel, porém hoje o processo eletrônico já é uma realidade.

O Código de 1973 já não era suficiente para resolver as demandas apresentadas, muitas das quais altamente complexas, razão pela qual durante longos anos o direito processual civil brasileiro padeceu de uma falta de sistemática.

Junte-se a isso a alta litigiosidade da sociedade brasileira, que vê no Poder Judiciário a panaceia para todos os males, pessoais ou coletivos.

O novo Código de Processo Civil surge nesse contexto de absoluta falta de sistemática fazendo um apelo não à celeridade, mas à resolução das demandas que *afogam* o Poder Judiciário não se preocupando se a decisão proferida vai resolver a lide.

É de se esperar que mudanças profundas tragam críticas, favoráveis ou contrárias, mormente, em se tratando de uma nova sistemática processual que pretende ser inovadora em todos os sentidos.

Atualmente já existem milhares de processos que tramitam completamente com a observância do novo Código, uma vez que foram ajuizados após sua entrada em vigor, de forma que já é possível perscrutar os avanços e possíveis retrocessos na sua aplicação.

### **1 UM BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA SISTEMATIZAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA: OS CAMINHOS QUE LEVARAM AO NOVO CPC.**

A Constituição Social de 1934 estabeleceu o processo unitário, extinguindo os códigos estaduais, estabelecendo como sendo competência da União legislar sobre direito processual.

Na esteira da novel competência constitucional, o Governo Vargas compôs comissão com a incumbência de elaborar o Código Nacional de Processo Civil, sendo que o Ministro da Justiça, Francisco Campos aprovou o projeto que, posteriormente, foi transformado em lei pelo Decreto-lei nº. 1.608/39, assim nasceu a primeira sistematização processual genuinamente brasileira.

O Código Campos, como ficou conhecido, não primava pela sistematização, embora fosse moderno em algumas partes e absolutamente anacrônico no restante.

Mesmo assim, regeu o processo civil brasileiro durante 34 (trinta e quatro) anos até que em 1973 foi aprovado o Código Buzaid.

Entretanto, o caráter anacrônico do Código de 39 fez com que as discussões sobre sua reforma já tivessem início na década de 1960, tendo durado até o ano de 1973, com a aprovação de um novo Código.

O Código de 1973 operou satisfatoriamente durante 2 (duas) décadas, quando passou a sofrer diversas reformas que mudariam drasticamente sua estrutura.

As sucessivas alterações contribuíram significativamente para o enfraquecimento da coesão de suas normas trazendo grave comprometimento à sua forma sistemática.

Nos últimos anos de vigência, o Código Buzaid já tinha perdido muito de sua originalidade com regras processuais inconciliáveis, inclusive, perdera a característica de um código face a multiplicação de leis extravagantes que passaram a disciplinar matérias revogando a disciplina codificada.

Nessa dimensão, advém a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, buscando obter-se um grau mais intenso de funcionalidade, surgindo a necessidade de elaboração de um novo código.

Formada a comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do novo CPC, as seguintes diretrizes foram postas:

*“1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas; 4)*

*dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (VANDRESEN e FREITAS, 2017, p.5)”.*

Após longos anos tramitando, o projeto de lei foi aprovado e sancionado pela presidenta Dilma Rousseff em 16/03/2015, através da Lei nº. 13.105, tendo entrado em vigor 1 (um) ano após a publicação no Diário Oficial da União.

## **2 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: QUAIS OS AVANÇOS?**

Passados dois anos e meio da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil já é possível ter retrato do seu impacto em uma sociedade altamente beligerante como a brasileira.

Nesse sentido, não se pode dizer que o novel Código foi apenas uma reforma, haja vista que rompeu com diversas tradições processuais até então vigentes, tratando-se de verdadeira mudança da sistemática processual.

Uma das características mais marcantes do novo CPC é a institucionalização da conciliação como instrumento de resolução dos conflitos, ainda que judicializados, e que não se esgota na audiência de tentativa de conciliação, uma vez que as partes podem tentá-la em qualquer momento do *iter* processual, inclusive, com designação de audiência para essa finalidade.

Não se pode passar despercebido que a resposta à ação somente passou a ser possível em caso de impossibilidade de conciliação, o que indica que o CPC privilegiou a solução amigável do conflito, indicando que estes nem sempre são solucionados satisfatoriamente pelo Poder Judiciário.

Outro ponto que pode ser considerado um avanço é a redução do número de recursos, agora são 9 (nove) espécies recursais.

Uma das grandes críticas à morosidade processual pertine aos recursos, manejados de forma indiscriminada como forma de protelar o trânsito em julgado de uma sentença desfavorável.

O CPC extinguiu o agravo retido, sendo possível, antes da sentença, apenas a interposição de agravo de instrumento, o que pode contribuir para a celeridade na tramitação do processo.

Além disso, a fixação de prazos - embora em dias úteis -, como o prazo para publicação de acórdãos, não pode ser considerado um retrocesso, uma vez que possibilita às partes, uma vez extrapolado os limites, requerer que seus pleitos sejam analisados.

Entretanto, uma das mais significativas mudanças ocorreu no tratamento dado aos tribunais quanto à jurisprudência.

Não houve uma tentativa de controlar, mas de uniformização como forma de produzir decisões que não afrontem a segurança jurídica.

Um dos grandes problemas existentes é, justamente, a interpretação do direito de forma desuniforme pelos tribunais, o que traz insegurança jurídica.

O Novo CPC deu nova roupagem aos precedentes judiciais, isto é, a importância que as decisões dos Tribunais passarão a ter, servindo de orientação aos juízes em geral, garantindo tratamento igualitário das questões e preservando a uniformidade na aplicação do direito.

Nesse sentido, o CPC trouxe os embargos de divergência e o incidente de resolução de demandas repetitivas como instrumentos garantidores dessa uniformidade almejada.

Ocorre que, como acentua STRECK (2016, p. 147), o novo Código deixou no passado o livre convencimento e a livre apreciação do juiz, vejamos:

*“Quando se examina o novo CPC, não se pode deixar de reconhecer alguns avanços consistentes. Não obstante, há de se ter muito cuidado para evitar que a própria dogmática jurídica, a partir de uma hermenêutica de bloqueio, proporcione retrocessos ao novo texto que aí vem. (...) Travei uma batalha contra o poder discricionário, travestido de livre convencimento, que infestava o Projeto do CPC em sua redação original. Dizia eu que de nada adiantará exigir do juiz que enfrente todos os argumentos deduzidos na ação (vejam-se os artigos 499 e seguintes do Projeto) se ele tiver a liberdade de invocar a “jurisprudência do Supremo” que afirma que o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões arguidas pelas partes. Dá-se com uma mão e tira-se com a outra”.*

O relator do projeto do novo CPC, deputado federal Paulo Teixeira, explica os motivos da mudança:

*"(...) embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado "coparticipação", com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do "livre convencimento". O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão (STRECK, 2016, p. 148)".*

Entretanto, uniformidade não pode significar eternização, o que é incompatível com o direito, essencialmente mutável.

O tratamento dado às medidas de urgência talvez seja uma das mudanças mais significativas, uma vez buscou dar efetividade aos pleitos antecipatórios ou cautelares, inclusive, excluindo os procedimentos cautelares enquanto figuras jurídicas autônomas, ou seja, não existe mais um processo cautelar autônomo.

Outro avanço considerável foi a previsão dos percentuais de honorários de sucumbência devidos ao advogado, de forma que a fixação deixou de estar ao alvedrio do juiz e passou a ser um direito do patrono vencedor.

A fixação de critérios claros é fundamental para que as partes possam exigir uma atuação judicial correta, afinal, se o Código estabelece os

parâmetros e se estes estão presentes no caso concreto, a atuação do juiz deve estar vinculada aos ditames da lei, do contrário, a parte prejudicada pode valer-se dos instrumentos processuais de reforma da decisão.

Não se pode olvidar da fixação do dever do juiz em apreciar todos os fundamentos aduzidos pelas partes como avanço de grande envergadura, embora a Constituição já estabelecesse o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Causa espécie que tenha sido necessário implementar uma norma infraconstitucional sobre uma garantia fundamental - a fundamentação das decisões judiciais é uma garantia *sine qua non* - para que o dever judicial de fundamentar as decisões seja efetivamente cumprido.

É importante ressaltar que o Novo Código de Processo Civil, não irá acabar com toda a burocracia existente no processo civil. Sobre o assunto, disserta WAMBIER (2016, p. 30):

*“A segunda observação consiste em que se deve ter presente que este Código não vai resolver todos os problemas da prestação jurisdicional no Brasil. Aliás, nem este e nenhum outro. A mudança da lei não tem senão um papel de coadjuvante nas mudanças sociais. Apenas numa certa medida terá um novo diploma legal o condão de produzir alterações visíveis no plano empírico. De fato, o excesso de litigiosidade, que é um problema social, é indiretamente responsável pela morosidade dos processos. Isto porque, estando muitos dos nossos tribunais abarrotados de processos e recursos para julgar, é natural que não consigam dar vazão a tudo num tempo que, socialmente, se considere razoável. Mas não se consegue, com a mudança da lei, acabar com o excesso de litigiosidade, que é um fenômeno sociológico. O máximo a que se pode chegar, com o novo CPC, é ao desestímulo ao ato de recorrer em face da jurisprudência pacificada”.*

### **3 A PERDA DE UMA OPORTUNIDADE: OS RETROCESSOS NA NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL**

Impossível não observar que o novo Código de Processo Civil rompeu com a tradição que vigorava no direito brasileiro concernente à função dos precedentes e, de resto, dos tribunais.

Entretanto, antes de tratar do tema em tela, é preciso fazer algumas considerações prévias sobre tema conexo: a manutenção da dicotomia questão de fato x questão de direito.

O CPC revogado já previa a dicotomia questão de fato x questão de direito ao prevê que o julgamento direto pelo tribunal ou a improcedência liminar da ação quando a temática versasse única ou exclusivamente de direito.

O Código em vigor manteve a diferenciação, razão pela é oportuno questionar se há questão de direito apartada de um fato?

Ora, soa estranho, mas o questionamento acima é decorrência natural da dicotomia entre fato e direito, como este não fosse decorrência daquele e pudesse existir sem vinculação com a realidade.

São exemplos dessa bizarrice o julgamento de casos repetitivos (art. 928, parágrafo único), o incidente de assunção de competência (art. 947, *caput*), o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976) e o julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivos (art. 1.036, *caput*).

Sobre isso, são percucientes as palavras de STRECK (2016, 161):

*"(...) impende ressaltar que sob uma perspectiva hermenêutica é impossível fazer tal distinção, porquanto a interpretação do direito é sempre uma aplicação (applicatio), e por isso, pressupõe o mundo prático (...) Ora, os fatos só terão importância para o direito se forem fatos juridicamente relevantes – e, daí, a necessária imbricação entre questões de fato e questão de direito, o que, em linguagem hermenêutica, denominamos de diferença ontológica".*

Ainda segundo STRECK (2016, p.162), o CPC vigente apresenta uma impropriedade técnica à medida que o objetivo do legislador não foi criar a dicotomia em tela, mas se referi a causas que não comportam dilação probatória, uma vez que toda as provas já foram constituídas previamente no momento da propositura da demanda.



Entretanto, em demandas cuja prova inicial não é suficiente ao julgamento da ação, a dilação probatória é indispensável, de forma que não se tem como fazer um juízo de similaridade.

Nesse sentido, STRECK (2016, p. 163) assevera que a *“lógica” dos precedentes não pode determinar como parâmetro de escolha do objeto de sua aplicação a distinção questão-de-direito, como se fosse possível cindi-la de uma pretensa questão-de-fato*”.

Aqui se insere a questão dos precedentes, uma vez que a padronização das decisões judiciais pressupõe essa dicotomia entre questão de fato e questão de direito, sem a qual não é possível vincular demandas futuras àquelas que já foram julgadas, sendo este o conceito amplo de precedente judicial.

VANDRESEN e FREITAS (2017, p. 11) explicam o significado do precedente judicial, é o que trazemos à colação:

*“A regra do precedente, se explica pelo adágio stare decisis et non quieta movere, que significa continuar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas. O precedente pretende irradiar uma ideia de segurança com efeito vinculante para todo o sistema, o que não se encontra na Constituição ou na lei, mas sim na tradição. Para a vinculação, a matéria, ou caso, deve ser similar. A aplicação não se dá automaticamente. Nesse sistema, sempre cabe examinar se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão somente uma observação ou uma opinião. Como consequência, há uma cisão entre texto e norma, aonde somente os fundamentos da decisão tem força vinculante. Os precedentes são feitos para decidir casos passados; sua aplicação em casos futuros é incidental”.*

Segundo MIRANDA (2016, p. 3):

*“A evolução histórica do processo civil moderno denota o estreitamento dos pontos de contato da tradição civil law com a sistemática delineada pela doctrine of binding precedent. 14 Isso porque a retórica subjacente à tradição civil law, a qual assestava sob a influência dos ideários da*

*Revolução Francesa que o juiz seria a bouche de la loi e estaria constricto ao pronunciamento desta, cedeu paulatinamente espaço à interpretação do texto legal para construção de soluções jurídicas qualificadas pela (i) segurança jurídica prospectada na sociedade; (ii) previsibilidade de comportamento; (iii) confiança justificada dos cidadãos na justiça; (iv) equidade na aplicação da norma; (v) estabilidade, (vi) igualdade perante à lei; (vii) coerência da ordem jurídica etc”.*

Ainda segundo MIRANDA (2016, p. 5):

*“Com o estreitamento identificado entre os sistemas jurídicos houve naturalmente o influxo de técnicas e práticas ínsitas ao modelo consuetudinário. O sistema normativo brasileiro, cuja tradição de civil law fez como alicerce da atividade judicante as codificações que sucederam ao longo dos anos, baseado no exercício subsuntivo da norma ao fato, transmutou, vagarosamente, a mentalidade jurídica proposta pelos ideários revolucionistas do século XVIII. Como o modelo de tradição civil law mostrou-se insuficiente ao atendimento dos objetivos de justiça idealizados, viu-se a necessidade de proceder com a implantação de um sistema vinculante de decisões judiciais”.*

Com isso, o novo CPC tornou obrigatória a aplicação de precedentes nas chamadas demandas repetitivas, criando verdadeiro microsistema.

Eis o retrocesso: a obrigatoriedade cega de seguir o precedente, o qual é dotado de feito vinculante, afinal, todas as demandas repetitivas terão o mesmo destino decisório.

O que preocupa é a possível atribuição, com o passar do tempo, de *status* superior ao da legislação, o que ocorreu com a súmula vinculante, aos precedentes, de forma que as decisões futuras não mais reportar-se-ão à lei, mas ao precedente.

Situação que não existe nem mesmo nos países que adotam a *Common Law*, em que o precedente não se sobrepõe à legislação.

As palavras de STRECK (2016, p. 164) são necessárias:

*“No afã de implantar o tal “sistema”, suprimimos direitos. E aumentamos o poder do Judiciário. Simples assim. A raiz disso tudo talvez esteja no que se entende por precedente. Ao que estamos lendo por aí, estão fazendo uma simplista equiparação do genuíno precedente do common law à jurisprudência vinculante pindoramense. Ora, o fato de o artigo 927 do CPC elencar diversos provimentos que passaram a ser vinculantes, não pode nos induzir a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do common law”.*

É de vital importância saber a noção exata de precedente no *Common Law* compreender o que é um provimento vinculante por disposição legal.

STRECK (2016, p. 165) apresenta a diferença:

*“O sistema genuíno de precedentes inglês é criador de complexidade. O que o CPC-2015 faz é criar provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva. Respostas antes das perguntas. Mas, não podemos equiparar o artigo 927 a um sistema de precedentes, sob pena de termos uma aplicação desvirtuada do CPC”.*

E conclui:

*“Portanto, não há aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Esse é a vã esperança dos defensores do “sistema”. Engraçado: a lei é interpretável... mas parece que o precedente (sic) já contém todas as interpretações”.*

A preocupação aqui é com a produção de decisões apartadas da Constituição e das leis, uma vez que os textos normativos, no sistema de precedentes, têm papel secundário.

Aliás, não são raras as decisões judiciais de tribunais superiores que desconsideram o texto normativo. Exemplo recente é a decisão proferida pelo STF sobre a execução provisória de sentença penal condenatória, na qual o tribunal passou a admitir o imediato cumprimento da pena após decisão proferida por tribunal estadual ou federal, mesmo o Texto Constitucional determinar o contrário, isto é, que o cumprimento da pena deve aguardar o trânsito em julgado da sentença.

O sistema de precedentes instituído pelo novo CPC pode causar graves danos aos direitos fundamentais, haja vista que fere o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, ferindo o próprio direito fundamental de ação.

O problema é que o próprio precedente já traz a interpretação da lei, de forma que a última fronteira - o Poder Judiciário - já foi ultrapassada, sendo que não restaria opção aos jurisdicionados de repelir lesão ou ameaça de lesão se já há uma interpretação padronizada e apartada das peculiaridades que cada caso tem.

É absolutamente esdrúxulo que o Poder encarregado da aplicação do direito também tenha a possibilidade de criar o direito, afinal, o que é o precedente obrigatório senão uma norma?

Outra perda de oportunidade foi a insistência de obrigar as partes a buscarem uma solução negociada ao conflito, com a designação de audiência de tentativa de conciliação sem observar que o Poder Judiciário neste país é absurdamente moroso.

Ora, o apelo à conciliação como panaceia à morosidade e ineficiência judiciais acaba produzindo efeito contrário, o aumento da duração da tramitação da demanda.

Não se desconsidera que a audiência de tentativa de conciliação possibilita a resolução da demanda em tempo célere, entretanto, é preciso pensar que a maior parte das demandas propostas não são solucionadas na referida audiência.

Antes disso, o CNJ já havia instaurado a catarse coletiva pela busca de conciliação para criação de estatísticas, não se importando se as partes estariam satisfeitas com a solução, o que acabou por prejudicar a imagem do Judiciário comprometendo a confiança que o jurisdicionado lhe depositava.

O CPC criou uma obrigação processual de cada parte dizer se tem interesse na conciliação, sendo que não houve o necessário aparelhamento dos órgãos judiciais dos recursos e meios necessários para a pronta resposta às partes, sendo que as audiências de conciliação estão seguindo o mesmo destino das existentes no microsistema dos Juizados Especiais: longo lapso temporal entre a distribuição da ação e a realização da audiência, sendo que não são raras as audiências que são marcadas com 6 (seis) meses ou até 1 (um) ano da propositura da demanda.

O mais curioso é ver nas assentadas destinadas à tentativa de conciliação a argumentação padronizada: *é melhor perder um pouco com um acordo do que ficar esperando anos pela decisão da Justiça. Ou seja, não se está preocupado com a feitura de Justiça no caso concreto, mas em desafogar o Poder Judiciário, nem que para isso o jurisdicionado perca a confiança na Justiça.*

As estatísticas dos tribunais demonstram que antes de propor uma demanda a parte já tentou solucionar o conflito na seara extrajudicial, de forma que a judicialização é a última fronteira, sendo ilógico obrigar as partes a promoverem uma conciliação ficta.

O mais desejável à celeridade seria não tornar obrigatória a realização de audiência de conciliação, ao invés disso, poder-se-ia exigir que a parte autora formulasse, em querendo, preliminar com proposta de conciliação, sendo que ao réu caberia, no prazo da resposta, apartada desta ou não, manifestar aceitação ou recusa.

Ou seja, não haveria nenhum prejuízo à celeridade processual, uma vez que em caso de não celebração de acordo o feito estaria percorrendo seu *iter* natural.

Por fim, um dos mais relevantes retrocessos, ou perda de oportunidade, foi a não vinculação da atividade do juiz.

Ora, nos debates sobre a morosidade judicial se discute sobre tudo: atuação das partes, instrumentos processuais que atrasam o deslinde definitivo do feito, servidores mal preparados, falta de recursos físicos, entretanto, não se discute o papel do juiz como o principal agente de morosidade.

Nos últimos séculos não houve absolutamente nenhuma modificação nas responsabilidades do juiz, o que não se pode dizer o mesmo dos personagens dos outros dois Poderes, uma vez que o chefe do executivo e os

legisladores podem ser responsabilizados mais facilmente pelos desvios no exercício das suas funções.

O juiz ainda é visto como autoridade intocável cujos atos, inclusive, os decisórios são inquestionáveis - fora da seara recursal.

Isso se deve à concentração das atenções no Executivo e Legislativo, enquanto o Judiciário fica isento de críticas mais contundentes, embora seja o Poder mais ineficiente - levando em consideração o prazo para a resposta às demandas apresentadas.

Como comparação, é possível a apreciação de projeto de lei em até 90 (noventa) dias - aqueles dotados de urgência constitucional. Entretanto, é praticamente impossível que uma ação judicial seja julgada em primeira instância no mesmo prazo e o que contribui para isso é a manutenção da ausência de responsabilização efetiva aos juízes que não cumprem os prazos previstos no CPC: 10 (dez) dias para despachar e 30 (trinta) dias para proferir sentença.

As partes estão absolutamente vinculadas aos prazos, cuja manifestação extemporânea gera consequência grave como a revelia.

Entretanto, os prazos para que o magistrado pratique o ato processual previsto não geram consequência se não observados pelo órgão julgante.

Ou seja, prazo sem consequência prática pela sua inobservância não cumpre nenhuma função processual.

Não são raros os processos que passam meses aguardando um despacho ou anos aguardando sentença - nada tendo a ver a atuação do advogado para a morosidade, haja vista que já praticou o ato que lhe cabia.

A sociedade perdeu uma grande oportunidade de terem fixadas diretrizes mais concretas à atuação do juiz, sobretudo, em se tratando de prazos.

Embora tenha adotado a ordem cronológica para a tomada de decisões não há absolutamente nenhuma consequência para o descumprimento da ordem, sendo essa uma questão secundária, uma vez que não tem nenhum resultado do ponto de vista da celeridade processual se ao juiz não é imposta consequência por não despachar ou proferir sentença nos prazos previstos.

O CPC perdeu a oportunidade de tratar juízes como servidores da Justiça, tirando essa imagem endeusada de autoridade pessoal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre avanços e retrocessos, é inegável que o novo Código de Processo Civil possui mais pontos positivos do que negativos.

Embora sua finalidade seja a superação da morosidade judicial, é possível que seja aplicado sem comprometer direitos fundamentais estatuídos na Constituição, embora, muitos incautos acabem pregando, desavisadamente, que esta deve ser interpretada segundo o Código, em absurda inversão paradigmática.

A colcha de retalhos que era o Código Buzaid já não era suficiente à complexidade das relações jurídicas vigentes, uma vez que nasceu em momento histórico completamente diverso do atual, de forma que não pode ser tido como anacrônico, foi excepcional no atendimento das necessidades da época para a qual foi criado.

O CPC vigente é um misto de novo e velho, liberal e conservador, digital e analógico, à medida que, inova em muitos pontos, mas não supera paradigmas antigos.

Inovação não significa avanço, há inovações deletérias como os precedentes obrigatórios, embora é sabido que o Código poderá ter sua finalidade melhorada ou desvirtuada de acordo com a interpretação que se consolidar.

Consoante se afirmou alhures, há mais avanços do que retrocessos ou perdas de oportunidade de evoluir no tratamento de algumas matérias, sendo que a própria sistematização das normas processuais em uma só lei, haja vista que com o esfacelamento da sistemática processual revogada, houve inegável desorganização, já é um avanço incomensurável, uma vez que o país ganhou uma legislação moderna e, pelo menos, comprometida com os temas que estão na ordem do dia da sociedade.

Um dos pontos centrais a favor do novo CPC é o abandono do livre convencimento e da livre apreciação da prova. Simbolicamente isso representa o desejo de mudar. Com efeito, seja do ponto de vista normativo, seja do ponto de vista performativo, "livre convencimento" (ou livre apreciação da prova) não é o mesmo que "decisão fundamentada".

Obviamente, em razão do longo tempo de vigência do Código revogado, os efeitos do novo Código somente serão observados em sua

completude com o passar dos anos, uma vez que prática jurídica já terá sido completamente transformada pelo que hoje é novo.

Entretanto, os retrocessos não podem ser desconsiderados, uma vez que podem comprometer a concretização dos objetivos perseguidos na nova sistemática.

Ficaram ainda alguns pontos que poderiam ter sido melhor desenvolvidos, como o problema do agir de ofício do juiz (arts. 2; 139, IV; 337 e 536), que se apresenta contraditório ao que dispõe o restante do Código. Também o poder cautelar do juiz representa um passo atrás, isto é, um passo na direção do velho social-protagonismo, incoerente, portanto, com os ditames dos artigos 10 e 926 e seguintes do Código.

De todo modo, creio que do projeto e sua complexidade podem ser retirados alguns princípios norteadores do novo Código, como o da necessidade de manter a coerência e a integridade da jurisprudência (incluídos os precedentes), a vedação do livre convencimento, o que implica um menor protagonismo e a necessidade da adoção do paradigma da intersubjetividade, ou seja, a subjetividade do juiz deve ser suspensa e controlada pela intersubjetividade estruturante do direito.

## REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro** - 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FREITAS, Eduardo Silva / VANDRESEN, Thaís. **Decisão Judicial no Novo CPC: Avanços e Retrocessos**. Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil. Disponível em: <  
<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/10148/5695>>  
Acesso em: 07 de outubro de 2018.

FUX, Luiz / NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Novo CPC Comparado - Código de Processo Civil Lei 13.105/2015** - 3ª Ed. São Paulo: Método, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo Civil - Vol. 1** - 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. **A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no CPC e a alteração legislativa promovida pela Lei**



**13.256/2016: uma análise do art. 1.030, I, "A"**. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: <  
[http://www.academia.edu/28601572/A\\_PARAMETRIZA%C3%87%C3%83O\\_DO\\_SISTEMA\\_DE\\_PRECEDENTES\\_OBRIGATORIOS\\_NO\\_CPC\\_E\\_A\\_ALTERA%C3%87%C3%83O\\_LEGISLATIVA\\_PROMOVIDA\\_PELA\\_LEI](http://www.academia.edu/28601572/A_PARAMETRIZA%C3%87%C3%83O_DO_SISTEMA_DE_PRECEDENTES_OBRIGATORIOS_NO_CPC_E_A_ALTERA%C3%87%C3%83O_LEGISLATIVA_PROMOVIDA_PELA_LEI)> Acesso em 16 de outubro de 2018.

NERY JR, Nelson / NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado** - 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma análise hermenêutica dos avanços trazidos pelo novo CPC**. Revista Estudos Institucionais. v. 2, nº. 1, 2016. Disponível em: <  
<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/39> > Acesso em: 07 de outubro de 2018.

## DO PRAZO PARA REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

**DANNY RODRIGUES MORAES:** Advogado, aprovado para Juiz de Direito Substituto no Tribunal de Justiça do Piauí e Tribunal de Justiça do Amazonas.

**Resumo:** Busca-se, no presente artigo, apontar os preceitos jurídicos e fundamentos doutrinários acerca do prazo para o redirecionamento da execução fiscal, abordando a jurisprudência dos tribunais superiores frente a posição da Fazenda Pública. Objetiva-se, assim, demonstrar a relevância do tema, principalmente para os que labutam na esfera tributária.

**Palavras-chave:** Execução fiscal. Redirecionamento. Prazo.

**Abstract:** In this article, it is intended to point out the legal precepts and doctrinal foundations regarding the term for the redirection of fiscal execution, addressing the jurisprudence of the superior courts against the position of the Public Treasury. The objective is to demonstrate the relevance of the theme, especially for those who work in the tax sphere.

**Keywords:** Tax enforcement. Redirection. Term.

**SUMÁRIO:** Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Referências bibliográficas.

---

### INTRODUÇÃO

Segundo pesquisa realizada no início desta década, o Conselho Nacional de Justiça noticiou que 1/3 (um terço) dos processos que tramitam nesse País, cerca de 29,3 milhões de ações, são processos de execução fiscal, o que denota a importância dessa espécie de demanda em nossa sociedade. Diante disso, trataremos de uma das principais celeumas que envolvem estes processos, qual seja o prazo prescricional para redirecionamento dos sócios.

### DESENVOLVIMENTO

Tal tema, atualmente não encontra-se positivado em nosso ordenamento, gerando uma discussão em nossos tribunais, que pode ser resumida em duas

correntes, uma primeira que entende que o prazo quinquenal é interrompido com a citação da pessoa jurídica, devedora principal, com esteio no artigo 125, III, do Código Tributário Nacional:

Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:

I- o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais;

II- a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;

III- a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.

Trata-se da posição majoritária na jurisprudência de nossos tribunais, notadamente no Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015.

INEXISTÊNCIA. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. CINCO ANOS DA CITAÇÃO VÁLIDA DA EMPRESA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 98 DA SÚMULA DO STJ.

I - Na origem trata-se de exceção de pré-executividade oposta em execução fiscal. Declarou-se a prescrição do crédito tributário.

II - Sobre a alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015, por suposta omissão pelo Tribunal de origem da análise da questão acerca reformatio in pejus, tenho que não assiste razão ao recorrente. III - Não se vislumbra a alegada omissão da questão jurídica apresentada pelo recorrente, tendo o julgador abordado a questão às fls. 124 dos autos,

explicitando ser a questão de ofício, podendo ser analisada em qualquer instância. Nesse panorama, a oposição dos embargos declaratórios caracterizou, tão somente, a irresignação do embargante diante de decisão contrária a seus interesses, o que não viabiliza o referido recurso. IV - Descaracterizada a alegada omissão, tem-se de rigor o afastamento da suposta violação do art.

535 do CPC/1973.

**V - No mérito, verifica-se que o pedido de redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da pessoa jurídica executada deve ser realizado até cinco anos da citação válida da empresa, sob pena de se consumir a prescrição.** Nesse sentido: AgRg no REsp 1120407/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 04/05/2017; AgRg no Ag 1239258/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 06/04/2015.

VI - Acerca da multa prevista no art. 1.026, §2º, do CPC/2015, tenho que assiste razão ao recorrente, tendo em vista não ser cabível multa pelos embargos de declaração opostos para viabilizar a interposição do recurso especial. Nesse diapasão, confirmam-se a súmula 98/STJ.

VII - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1732594/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser

exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. O acolhimento de recurso especial por violação ao art. 535 do CPC/1973 pressupõe a demonstração de que a Corte de origem, mesmo depois de provocada mediante embargos de declaração, deixou de sanar vício de integração contido em seu julgado, o que não ocorreu na espécie.

**3. Hipótese em que o acórdão recorrido foi claro ao decidir que, para fins de redirecionamento da execução fiscal, a citação dos sócios deve ocorrer no prazo prescricional de cinco anos contados da citação da pessoa jurídica, afastando, expressamente, a tese da *actio nata* atrelada à dissolução irregular defendida pela Fazenda estadual.**

4. A pretensão recursal limitada à anulação do acórdão recorrido por suposta infringência ao art. 535 do CPC/1973 (error in procedendo) não justifica o sobrestamento do feito até o julgamento do recurso repetitivo que cuida da matéria de mérito decidida pelo acórdão recorrido.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 587.322/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 16/08/2017)

Por outro lado, surgiu no âmbito da advocacia pública, com fulcro no artigo 189 do Código Civil : "Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os [arts. 205 e 206.](#)", a tese da *actio nata*, de que o lapso prescricional só deveria ser iniciado a partir do momento da ocorrência de lesão ao direito que autoriza o redirecionamento.

Da lição do notável Pontes de Miranda, mencionado nos Embargos de Divergência em Resp nº 327.043 - DF (2001/0188612-4), conceituamos o referido princípio da *actio nata*, universal em matéria de prescrição, segundo o qual a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão ou da ação.

Muito embora seja minoritária, alguns tribunais vêm acatando tal teoria, inclusive o Superior Tribunal de Justiça em algumas ocasiões:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL.  
REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. PRESCRIÇÃO.  
TEORIA DA "ACTIO NATA". RESPONSABILIDADE DOS  
SÓCIOS. MATÉRIA QUE EXIGE DILAÇÃO PROBATÓRIA.  
INCIDÊNCIA DA SÚMULA 393/STJ.

1. O termo inicial da prescrição é o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagrado no princípio universal da *actio nata*.

**2. In casu, não ocorreu a prescrição, porquanto o redirecionamento só se tornou possível a partir da dissolução irregular da empresa executada.**

3. A responsabilidade subsidiária dos sócios, em regra, não pode ser discutida em exceção de pré-executividade, por demandar dilação probatória, conforme decidido no Recurso Especial "repetitivo" 1.104.900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 25.3.2009, DJe 1º.4.2009, nos termos do art. 543-C, do CPC.

4. Incidência da Súmula 393/STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp 1196377/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. CITAÇÃO DA EMPRESA E DO SÓCIO-GERENTE. PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA.

**1. O Tribunal de origem reconheceu, in casu, que a Fazenda Pública sempre promoveu regularmente o andamento do feito e que somente após seis anos da citação da empresa se consolidou a pretensão do redirecionamento, daí reiniciando o prazo prescricional.**

2. A prescrição é medida que pune a negligência ou inércia do titular de pretensão não exercida, quando o poderia ser.

3. A citação do sócio-gerente foi realizada após o transcurso de prazo superior a cinco anos, contados da citação da empresa. Não houve prescrição, contudo, porque se trata de responsabilidade subsidiária, de modo que o redirecionamento só se tornou possível a partir do momento em que o juízo de origem se convenceu da inexistência de patrimônio da pessoa jurídica. Aplicação do princípio da actio nata.

4. Agravo Regimental provido.

(AGRESP 200801178464, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA

TURMA, 24/03/2009).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO.

1. O prazo de prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal é de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica.

2. A orientação deste Superior Tribunal de Justiça passou a ser aplicada de forma abstrata pelos órgãos

jurisdicionais, sem observância das circunstâncias do caso concreto, à luz da ciência jurídica.

3. A prescrição pressupõe, lógica e necessariamente, violação de direito e, cumulativamente, a existência de pretensão a ser exercida. Na ausência de um único destes elementos, não há fluência do prazo de prescrição.

4. Desta forma, não havendo direito violado e pretensão a ser exercida, não tem início a prescrição (art. 189 do Código Civil).

5. Decorrência natural é que a orientação do STJ somente é aplicável quando o ato de infração à lei ou aos estatutos sociais (*in casu*, dissolução irregular) é precedente à citação do devedor principal.

6. Na hipótese dos autos, a Fazenda do Estado de São Paulo alegou que a Execução Fiscal jamais esteve paralisada, pois houve citação da pessoa jurídica em 1999, penhora de seus bens e realização de quatro leilões, todos negativos. Somente com a tentativa de substituição da constrição judicial é que foi constatada a dissolução irregular da empresa (2006), ocorrida inquestionavelmente em momento posterior à citação da empresa, razão pela qual o pedido de redirecionamento, formulado em 2007, não estaria fulminado pela prescrição.

**7. A genérica observação, pelo órgão colegiado do Tribunal a quo, de que o pedido foi formulado após prazo superior a cinco anos da citação do estabelecimento empresarial é insuficiente, como se vê, para caracterizar efetivamente a prescrição, de modo que é manifesta a aplicação indevida da legislação federal.**

8. Agravo Regimental provido. Determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem, para reexame da prescrição, à luz das considerações acima." (STJ, AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.239.258 - SP



(2009/0194987-0), Agravante: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO x Agravada: FRIGORVAL REFRIGERAÇÃO COMÉRCIO IMPORTAÇÃO LTDA, Rel. p/ o acórdão Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª T, v. m., j. em 05/02/2015, DJe nº 1706 de 06/04/2015, pp. 1198/1199) – destaca-se.

A matéria encontra-se afetada à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, aguardando a solução do REsp 1.201.993/SP, de Relatoria do Ministro Herman Benjamin, sob o rito dos recursos repetitivos:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA SÓCIO-GERENTE. PRESCRIÇÃO. ACTIO NATA. MATÉRIA SUBMETIDA A RECURSO REPETITIVO. SOBRESTAMENTO NA ORIGEM. NECESSIDADE.

1. A discussão acerca do termo inicial da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal para o sócio-gerente encontra-se afetada à Primeira Seção do STJ, aguardando o julgamento do REsp 1.201.993/SP, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

2. A afetação de recursos especiais como representativos da controvérsia demanda ao tribunal de origem a suspensão de recursos interpostos que abordem idêntica questão, até o julgamento definitivo da controvérsia. Após o pronunciamento desta Corte, os recursos suspensos devem ser analisados na forma prevista nos §§ 7º e 8º do art. 543-C do CPC (art. 5º, inciso III, da Resolução 8/2008 da Presidência do STJ).

3. Diante da multiplicidade de causas, deve-se buscar resguardar a segurança jurídica aos litigantes, uma vez que a admissibilidade da manutenção de relações processuais inócuas conspira em desfavor dos princípios gerais do Direito, mais precisamente aquele segundo o qual as lides

nascem para serem solucionadas, e os processos devem representar um instrumento na realização da justiça.

Agravo regimental improvido.

(AgInt no AREsp 844.083/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016)

Não obstante essa divergência, com uma inclinação maior dos juristas em apoiar o primeiro posicionamento, vejamos a seguinte situação hipotética:

O Estado do Ceará ajuizou uma execução fiscal em janeiro de 2006 contra a empresa alfa, sendo esta citada no ano de 2007, tendo sido feito inúmeras diligências patrimoniais em face da devedora, porém infrutíferas, e em julho de 2012, como última medida o exequente pleiteia uma penhora sob faturamento da empresa, pois no cadastro junto à receita estadual a executada constava como ativa. O juiz diante do pleito, aceita e requer diligência do oficial de justiça junto ao endereço da empresa, o qual ao chegar no local constata que a executada fechou as portas em dezembro de 2012, sem comunicar o fisco, ocorrendo a situação de dissolução irregular, consolidada na súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça : "À luz do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional (CTN), o pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência". Em virtude de tal situação, indaga-se, seria permitido à Fazenda Estadual redirecionar o executivo em face dos sócios? Se adotada a corrente majoritária, não, pois transcorrido 05 (cinco) da citação da pessoa jurídica.

Ora, quem acompanha de perto tais demandas, percebe que a situação é por demais corriqueira, e a posição adotada majoritariamente pela Corte Cidadã parece estar totalmente dissociada da realidade, pois seria impossível harmonizar o seu próprio enunciado sumular (435), com a posição prevalente, eis que as demandas de execução ultrapassam 30% dos processos judiciais em nosso país, de modo que o trâmite destas é extremamente lento, o que prejudica as Fazendas Públicas, pois estão impedidas de aplicar o redirecionamento em sua plenitude, já que os processos ficam parados por anos nos gabinetes, e por vezes entre os atos de citação, busca de bens e constatação, facilmente decorre o prazo de 05 (cinco)

anos exigido pela norma. Somado a isso, é paradoxal retroagir o início de um prazo prescricional, para um momento anterior a hipótese autorizadora de seu manejo, como percebe-se do exemplo acima elencado, em que o Poder Público só tomou ciência da hipótese autorizadora do redirecionamento 06 (seis) anos após a citação da pessoa jurídica.

Somente a partir da ocorrência da causa que enseja o redirecionamento é que se vislumbra o interesse de agir, uma das condições da ação. Em suma, seria contraditório, contra a lógica, e até impossível, que começasse a correr a prescrição antes de nascer o direito à ação. Até porque, não pode prescrever o que ainda não existe.

## **CONCLUSÃO**

Observa-se que o tema é por demais complexo, abrangendo interesses tanto da Fazenda Pública, quanto do contribuinte como se retrata nas duas correntes.

De um lado temos a Fazenda Pública buscando a aplicação da Teoria da *actio nata* para evitar que o crédito tributário seja fulminado pela prescrição e de outro temos o contribuinte defendendo a máxima "O Direito não socorre aos que dormem".

Assim, sugere-se que haja uma regulamentação legislativa acerca da matéria, adotando a lógica da *actio nata*, pois as execuções fiscais representam um dos principais meios de concretizar a justiça social, sendo o principal meio de cobrança de tributos e outras receitas, que são utilizadas precipuaemente para consecução de políticas públicas, como construção de hospitais, escolas, obras de acessibilidade, dentre outras benesses imprescindíveis para a população. Além disso, espera-se que o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 1.201.993/SP, afetado a sistemática dos recursos repetitivos, atente para a incongruência da posição prevalente até os dias de hoje, mudando o posicionamento para a outra corrente explanada, ou até a adaptando como sugerido no AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.239.258 - SP 2009/0194987-0.

## **REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS**

ASSIS, Emanuel Carlos Dantas de. Arts. 134 e 135 do CTN: Responsabilidade Culposa e Dolosa dos Sócios e Administradores de Empresas por Dívidas Tributárias da Pessoa Jurídica. In: Responsabilidade Tributária. Coord. Maria Rita Ferragut e Marcos Vinicius Neder. São Paulo: Dialética, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORREIA, Rebecca Pereira Greenhalgh Santos. Prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio gerente por dissolução irregular da sociedade devedora. 59 f. 2014. TCC (Direito) – Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2014.

FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade Tributária: Conceitos Fundamentais. In: Responsabilidade Tributária. Coord. Maria Rita Ferragut e Marcos Vinicius Neder. São Paulo: Dialética, 2007.

FRANCO, Tiago. Aspectos Processuais da ilegitimidade passiva e da responsabilidade dos sócios-gerentes de sociedades limitadas nas execuções fiscais. Revista tributária e de finanças públicas, São Paulo, vol. 90, nº 90, p. 259, jan/fev. 2010.

GONÇALVES, Marco Fratezzi apud MELO FILHO, João Aurino. Modificações no polo passivo da execução fiscal: consequências da falência, da morte, da dissolução irregular da pessoa jurídica e da sucessão empresarial no processo executivo. In: Execução Fiscal Aplicada. Coord. João Aurino de Melo Filho. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Magistrados reunidos aprovam enunciado contra o direito de defesa e o contraditório. Disponível em: Acesso em: 02 nov. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. apud MELO FILHO, João Aurino; SANDRI, Marcos Paulo. Legitimidade no processo de execução fiscal: Fazenda Pública exequente e devedor ou responsável executado. In:

Execução Fiscal Aplicada. Coord. João Aurino de Melo Filho. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

MARINS, James. Direito Processual tributário brasileiro (administrativo e judicial). 2 ed. São Paulo: Dialética, 2002.

RIBERIRO FILHO, Eduardo de Assis. A responsabilidade tributária do sócio administrador, por uma concepção subjetiva e solidária. Disponível em: Acesso em: 18 nov. 2017.

SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. A desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

## **O INDICIAMENTO COMO ATO DECISIONAL DO DELEGADO DE POLÍCIA NO INQUÉRITO POLICIAL**

**ADILSON JOSÉ BRESSAN:** Delegado de Polícia. Especialista em Segurança Pública. Especialista em Ciências Penais. Especializando em Direito de Polícia Judiciária.

A investigação criminal foi atribuída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 à Polícia Judiciária, que assim como o Poder Judiciário, não é parte na relação persecutória penal, e por isso atua com imparcialidade.

A investigação levada a efeito pela Polícia Judiciária nos crimes de médio e de maior potencial ofensivo é formalizada no inquérito policial, cuja conceituação difundida pela doutrina tradicional é de que se trata de procedimento administrativo, inquisitorial, sigiloso, preparatório, destinado à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal.

Diz ainda a doutrina recorrente que o inquérito policial é mera peça informativa, dispensável, que não pode sustentar uma sentença penal condenatória sem que as provas sejam repetidas em Juízo.

Todavia, essa visão retrógada, simplificadora e reducionista da importância do inquérito policial não se coaduna com o pensamento complexo, que reclama seja o procedimento policial visto em sua multidisciplinaridade, enquanto procedimento híbrido, que embora imbricado no direito administrativo, produz efeitos no processo penal.

Ademais, não é mera peça informativa, revelando-se no principal instrumento de salvaguarda da história do crime, formando o arcabouço probatório, com muitas provas, aliás, irrepetíveis, e mesmo as repetíveis, via de regra, são apenas corroboradas em Juízo, muito tempo depois da ocorrência da infração penal, sem nada inovar.

Outro ponto que merece reparo da doutrina é a ideia do inquérito policial como unidirecional destinado ao titular da ação penal, pois tal entendimento está ultrapassado e desconforme ao sistema acusatório e aos valores constitucionais.

A conceituação do inquérito policial, no contexto atual, merece uma releitura, já que, inegavelmente, tornou-se instrumento de garantia de direitos fundamentais e de proteção contra acusações infundadas.

Não se presta o inquérito policial somente para produzir provas destinadas à acusação, serve também para embasar a defesa, haja vista sua dupla finalidade, de apontar autoria, materialidade e circunstâncias de um crime, e de proteger inocentes contra juízos apressados e imputações indevidas.

A presidência do inquérito policial cabe ao Delegado de Polícia, que é o dirigente da Polícia Judiciária e exerce funções de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.<sup>[1]</sup>

Nesse contexto, o Delegado de Polícia tem um único compromisso, que é com a verdade dos fatos, e sua atuação é regida pelo princípio da juridicidade, que não se confunde com jurisdição – própria do Judiciário.

Pelo princípio da juridicidade, o Delegado de Polícia deve agir não apenas conforme a Lei, mas conforme a Lei e o Direito, estando vinculado até mesmo na formalização, desenvolvimento e conclusão do inquérito policial, em especial nos atos decisórios.

Nesse passo, na investigação criminal a juridicidade imprime a condução das atividades investigativas com imparcialidade e com isenção, de acordo com os móveis técnico-jurídicos representados pelo dever de atuação não somente em harmonia com a lei, mas também em consonância com o Direito, entendido como ciência jurídico-dogmática.<sup>[2]</sup>

Daí a compreensão de que a função de Polícia Judiciária exercida pelo Delegado de Polícia na condução das investigações desfruta de autonomia como um imperativo decorrente de princípios constitucionais da maior envergadura.<sup>[3]</sup>

Dentro do inquérito policial, não com discricionariedade, como alguns apontam, mas sempre em busca do ato ótimo, o Delegado de Polícia pratica atos administrativos, administrativo-processuais e processuais.

Pratica ato puramente administrativo quando emite simples despachos de andamento do inquérito policial, como no caso em que determina ao escrivão a intimação de determinada pessoa, ou quando emana ordem de missão policial aos seus agentes para que sejam realizadas diligências.

Formaliza atos processuais quando decide pela prisão em flagrante delito de pessoa conduzida, quando decide pelo arbitramento de fiança, ou quando representa, por exemplo, por prisão preventiva.

Por outro lado, também pratica atos híbridos, bifrontes, administrativo-processuais, que embora nascidos no direito administrativo, produzem reflexos processuais, como são a portaria de instauração do inquérito policial, a decisão de indiciamento e o relatório final.

Desses atos decisoriais, o que interessa ao estudo é o indiciamento, que pode ser conceituado como um ato administrativo com efeitos processuais, vinculado, declaratório, fundamental e privativo do delegado de polícia enquanto autoridade policial.<sup>[4]</sup>

O indiciamento consiste na indicação oficial, com base em elementos fáticos e jurídicos, que determinada pessoa é provável autora do crime, implicando mudança no status do sujeito investigado, que passa de suspeito a provável autor, representando não um juízo de mera possibilidade, mas de probabilidade.

Entende-se que, em prestígio aos princípios do contraditório e da ampla defesa, aplicáveis de forma mitigada ou limitada ao inquérito policial, o indiciamento deve ser comunicado ao indiciado, evitando-se o ato surpresa, que inviabiliza o direito de se defender ainda na fase policial da persecução penal.<sup>[5]</sup>

Além disso, por imperativo legal, o ato formal de indiciamento deve se dar por uma decisão fundamentada do delegado de polícia, mediante análise técnico-jurídica do fato, com indicação da autoria, materialidade e circunstâncias.

Aliás, há quem defenda que mesmo o não indiciamento deve ser fundamentado, devendo o delegado de polícia revelar em despacho e no relatório final os motivos que o levaram a tomar tal decisão, sob o aspecto jurídico, indicando, por exemplo, falta de comprovação da tipicidade, causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade.<sup>[6]</sup>

Como ato privativo do Delegado de Polícia, o indiciamento não pode ser requisitado pelo Ministério Público nem pelo Judiciário, pois como explicitou o Ministro Luís Roberto Barroso em sua decisão no inquérito 4621, o indiciamento, a denúncia e a sentença representam, respectivamente, atos de competência privativa do Delegado de Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário, sendo vedada a interferência recíproca nas atribuições alheias, sob pena de subversão do modelo acusatório, baseado na separação entre as funções de investigar, acusar e julgar.



Como ato produtor de efeitos jurídicos, o indiciamento arbitrário é passível de habeas corpus ao juiz de direito da comarca que, considerando o ato ilegal, pode fazer cessar a coação por meio do trancamento da investigação.<sup>[7]</sup>

Portanto, o indiciamento é um ato administrativo-processual, no bojo do inquérito policial, que produz efeitos jurídicos, pelo qual o Delegado de Polícia, e somente ele, decide fundamentadamente, emitindo juízo de valor (princípio da juridicidade), atribuir ao investigado a condição de provável autora da infração penal.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 12.830 de 20 de junho de 2013. **Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm). Acesso em 23 set. 2018.

DEZAN, Sandro Lúcio. **A legalidade e a juridicidade da atuação da administração pública na função de polícia judiciária e na realização da investigação criminal. Irrelevância jurídico-sistemática do veto ao § 3.º, do art. 2.º, da Lei 12.830/2013.** Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13417](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13417). Acesso em 23 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio e SCLIAR, Fábio. **Breves considerações a respeito do Estatuto do Idoso.** Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 31 out. 2018.

ANSELMO, Márcio Adriano; BARBOSA, Ruchester Marreiros; GOMES, Rodrigo Carneiro; HOFFMANN, Henrique; MACHADO, Leonardo Marcondes. **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **O indiciamento policial não pode ser ato surpresa!** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/academia-policia-indiciamento-policial-nao-ato-surpresa>. Acesso em 02 nov. 2018.

LUPO, Fernando Pascoal. **O não indiciamento deve ser fundamentado.** Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_criminal/Artigos/O%20N%C3%83O%20INDICIAMENTO%20DEVE%20SER%20FUNDAMENTADO%20I.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos/O%20N%C3%83O%20INDICIAMENTO%20DEVE%20SER%20FUNDAMENTADO%20I.pdf). Acesso em 02 nov. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NOTAS:

[1] BRASIL. Lei 12.830 de 20 de junho de 2013. **Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCiVil/03/Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em 23 set. 2018.

[2] DEZAN. Sandro Lúcio. **A legalidade e a juridicidade da atuação da administração pública na função de polícia judiciária e na realização da investigação criminal. Irrelevância jurídico-sistemática do veto ao § 3.º, do art. 2.º, da Lei 12.830/2013**. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13417](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13417). Acesso em 23 set. 2018.

[3] GOMES, Luiz Flávio e SCLIAR, Fábio. **Breves considerações a respeito do Estatuto do Idoso**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 31 out. 2018.

[4] ANSELMO, Márcio Adriano; BARBOSA, Ruchester Marreiros; GOMES, Rodrigo Carneiro; HOFFMANN, Henrique; MACHADO, Leonardo Marcondes. **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

[5] MACHADO, Leonardo Marcondes. **O indiciamento policial não pode ser ato surpresa!** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/academia-policia-indiciamento-policial-nao-ato-surpresa>. Acesso em 02 nov. 2018.

[6] LUPO, Fernando Pascoal. **O não indiciamento deve ser fundamentado**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_criminal/Artigos/O%20N%C3%83O%20INDICIAMENTO%20DEVE%20SER%20FUNDAMENTADO%20I.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos/O%20N%C3%83O%20INDICIAMENTO%20DEVE%20SER%20FUNDAMENTADO%20I.pdf). Acesso em 02 nov. 2018.

[7] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

## QUESTÕES PRÁTICAS SOBRE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SOB A ÓTICA FAZENDÁRIA

**ANDRÉ RICARDO PEIXOTO:** Procurador do Município de São José dos Campos/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - Instituto Multidisciplinar - Departamento de Ciências Jurídicas.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por finalidade principal expor, de forma crítica, a repercussão dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal sobre a imunidade tributária para as entidades beneficentes de educação e de assistência social, especialmente com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1802/DF, demonstrando sua repercussão, também, nas esferas administrativas tributárias quanto à solução de determinadas questões de ordem prática.

**Palavras-chave:** Tributo – Imunidade – Entidade – Inconstitucionalidade – Requisitos.

**SUMÁRIO:** I. INTRODUÇÃO. II. QUESTIONAMENTOS SOBRE APLICAÇÕES PRÁTICAS. III. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

---

### I - INTRODUÇÃO

Para a confecção do presente trabalho, optamos por tratar, neste tópico, somente dos requisitos básicos e atuais para o reconhecimento da imunidade aqui tratada, delineando seus aspectos iniciais e fazendo ressalvas. Nos itens seguintes, esclareceremos, pontualmente, algumas questões práticas enfrentadas no cotidiano das autoridades tributárias sobre o reconhecimento (ou não) da imunidade em estudo, abordando o tema de forma interativa, num completo “pergunta X resposta”.

De forma breve, sabido é que a imunidade nada mais consiste do que numa hipótese de não incidência qualificada, configurada pela previsão, na Constituição Federal, de casos em que a tributação não incidirá. Figurando verdadeira limitação constitucional ao poder de tributar, poderá considerar tanto

critérios objetivos (em razão da matéria tributável) quando subjetivos (em razão da pessoa ocupante do polo passivo da relação tributária)<sup>[ii]</sup> e mistos. Conforme disposição constitucional expressa, as questões relativas às limitações constitucionais do poder de tributar são estabelecidas por Lei Complementar<sup>[iii]</sup>.

Especificamente sobre o tema, a imunidade tratada versa sobre as entidades não lucrativas de assistência social ou de educação, prevista na Constituição da República da seguinte maneira:

**Art. 150.** Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

**VI** - instituir impostos sobre:

[...]

**c)** patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

[...]

**§ 4º** As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

[...]

A imunidade aqui tratada é caracterizada como *subjetiva*, pois, para seu reconhecimento, liga-se somente à figura jurídica do suposto contribuinte: basta sua configuração como entidade educacional ou assistencial sem finalidade lucrativa para que haja, conforme o caso, direito subjetivo à imunidade tributária.

Atentando para o disposto nas letras da Constituição, os parâmetros para a imunidade tributária são **a)** sua aplicação tão somente à espécie tributária *imposto*; **b)** os potenciais contribuintes se configurarem como entidade assistencial ou educacional sem finalidade lucrativa; **c)** reconhecimento somente sobre renda, serviços e bens ligados à atividade essencial da entidade e **d)** atendimento aos requisitos fixados em lei.

Sobre o primeiro requisito, como o texto constitucional é claro quanto à espécie tributária sobre a qual é aplicada, são dispensáveis maiores divagações.

No que toca ao segundo requisito, é necessário que a constituição e funcionamento das entidades assim caracterizadas atendam aos requisitos delineados na Constituição para cada setor (arts. 203 e 204 para a assistência social e arts. 205 a 214 para a educação), bem como aos parâmetros de leis específicas para cada tipo de entidade. Lembramos aqui que entidades sem fins lucrativos de caráter cultural, de saúde ou áreas afins podem ser aqui encaixadas se possuírem intuito assistencialista, social<sup>[iii]</sup>.

Sobre a ausência de finalidade lucrativa, é importante salientar que essa difere do conceito de “lucro”: entidades sem finalidade lucrativa podem (e é recomendável que sejam) ser superavitárias, na intenção de que se mantenham com recursos próprios, não sendo a imunidade prejudicada com a entrada de recursos no caixa em razão, *e.g.*, de uma venda de alguma utilidade, desde que atendida sua reversão ao fim específico da entidade<sup>[iv]</sup>.

O terceiro parâmetro constitucional é, na verdade, uma limitação da imunidade: quando reconhecida, a imunidade tributária de entes assistenciais recairá tão somente sobre os bens, rendas e serviços que estejam ligados à finalidade essencial da entidade. Tal assertiva faz com que atos praticados em desvio de finalidade ou com intuito simulador, ou com finalidade até mesmo lucrativa, sejam abraçados pela possibilidade de tributação.

Além disso, tem-se o quarto requisito, no sentido de que as condições anteriores devem observar o que for estabelecido em lei. Por ser silencioso em tal ponto, o dispositivo merece uma interpretação em conjunto com o parágrafo no qual tratamos do conceito de imunidade tributária. Aqui, a *lei* a qual o dispositivo se refere é uma Lei Complementar, instrumento normativo pertinente para regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Como o legislador não atuou nesse sentido, boa parte dos aplicadores do Direito entendia que, enquanto referida lei complementar não fosse editada, o art. 14 do Código Tributário Nacional serviria de respaldo.

Após madura discussão nos Tribunais, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que, enquanto não editada a lei complementar tratada no art. 146, II da CRFB/88, para as entidades de assistência social e de educação sem finalidade lucrativa, aplicar-se-á tão somente os requisitos do art. 14 do CTN, sendo inconstitucionais quaisquer outros requisitos adicionais fixados por lei ordinária ou por decreto.

Confira-se:

Ação direta de inconstitucionalidade. Pertinência temática verificada. Alteração legislativa. Ausência de perda parcial do objeto. Imunidade. Artigo 150, VI, c, da CF. Artigos 12, 13 e 14 da Lei nº 9.532/97. Requisitos da imunidade. Reserva de lei complementar. Artigo 146, II, da CF. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Inconstitucionalidades formal e material. Ação direta parcialmente procedente. Confirmação da medida cautelar. 1. Com o advento da Constituição de 1988, o constituinte dedicou uma seção específica às “limitações do poder de tributar” (art. 146, II, CF) e nela fez constar a imunidade das instituições de assistência social. Mesmo com a referência expressa ao termo “lei”, não há mais como sustentar que inexistente reserva de lei complementar. No que se refere aos impostos, o maior rigor do quórum qualificado para a aprovação dessa importante regulamentação se justifica para se dar maior estabilidade à disciplina do tema e dificultar sua modificação, estabelecendo regras nacionalmente uniformes e rígidas.

2. A necessidade de lei complementar para disciplinar as limitações ao poder de tributar não impede que o constituinte selecione matérias passíveis de alteração de forma menos rígida, permitindo uma adaptação mais fácil do sistema às modificações fáticas e contextuais, com o propósito de velar melhor pelas finalidades constitucionais. Nos precedentes da Corte, prevalece a preocupação em respaldar normas de lei ordinária direcionadas a evitar que falsas instituições de assistência e educação sejam

favorecidas pela imunidade. É necessário reconhecer um espaço de atuação para o legislador ordinário no trato da matéria.

3. A orientação prevalecente no recente julgamento das ADIs nº 2.028/DF, 2.036/DF, 2.228/DF e 2.621/DF é no sentido de que os artigos de lei ordinária que dispõem sobre o modo beneficente (no caso de assistência e educação) de atuação das entidades acobertadas pela imunidade, especialmente aqueles que criaram contrapartidas a serem observadas pelas entidades, padecem de vício formal, por invadir competência reservada a lei complementar. Os aspectos procedimentais necessários à verificação do atendimento das finalidades constitucionais da regra de imunidade, tais como as referentes à certificação, à fiscalização e ao controle administrativo, continuam passíveis de definição por lei ordinária.

4. São inconstitucionais, por invadir campo reservado a lei complementar de que trata o art. 146, II, da CF: (i) a alínea f do § 2º do art. 12, por criar uma contrapartida que interfere diretamente na atuação da entidade; o art. 13, caput, e o art. 14, ao prever a pena se suspensão do gozo da imunidade nas hipóteses que enumera.

5. Padece de inconstitucionalidade formal e material o § 1º do art. 12 da Lei nº 9.532/97, com a subtração da imunidade de acréscimos patrimoniais abrangidos pela vedação constitucional de tributar.

6. Medida cautelar confirmada. Ação direta julgada parcialmente procedente, com a declaração i) da inconstitucionalidade formal da alínea f do § 2º do art. 12; do caput art. 13; e do art. 14; bem como ii) da inconstitucionalidade formal e material do art. 12, § 1º, todos da Lei nº 9.532/91, sendo a ação declarada improcedente quanto aos demais dispositivos legais.

(STF. ADI nº 1802/DF. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 12/04/2018)

Fixado o entendimento no bojo dos Tribunais<sup>[v]</sup>, resta-nos a leitura do art. 14 do Código Tributário Nacional, a saber:

**Art. 14.** O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

**I** – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

**II** - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

**III** - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

**§ 1º** Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

**§ 2º** Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

Sobre os três incisos do dispositivo supra, temos os três parágrafos seguintes.

O inciso I, em verdade, possui a vedação no sentido de distribuição de rendas e *superávits* entre os dirigentes ou associados das entidades com intuito arrecadatório/remuneratório, seja direta, seja indiretamente, em razão do trabalho ofertado para a gestão da entidade. Aqui, tem-se a necessária vedação ao rateio de dividendos entre os dirigentes<sup>[vi]</sup>. Qualquer distribuição de alguma renda, por parte da entidade, deve estar ligada às suas atividades institucionais, *e.g.* doação graciosa para os pobres, bolsas de estudo etc.

O que o parágrafo anterior quer dizer é que, malgrado a dicção do artigo esteja se referindo à distribuição de seu patrimônio a qualquer título, o que



ela quer mesmo significar é que as entidades (pretendentes do reconhecimento da imunidade) não podem repassar seu patrimônio a título remuneratório e unilateral com o intuito de conceder lucro aos dirigentes/administradores/gerentes.

Referida distribuição difere, logicamente, do pagamento aos funcionários (a título celetista) e dos serviços gratuitos concedidos a terceiros, quando ligados com suas finalidades precípuas, desde que, no caso concreto, não importe em enriquecimento ilícito alheio ou desvio de finalidade, importando em desfalque patrimonial visível. Caso a Administração verifique simulação nos negócios praticados pela entidade com o fito de desatender suas finalidades essenciais, será livre para afastar a imunidade e fazer os lançamentos cabíveis[vii].

O inciso II, por sua vez, apregoa a filosofia de que os investimentos realizados pela entidade devem estar restritos ao território brasileiro ou, mesmo que usufruídos fora do País, tragam retorno em território nacional. Como exemplos, a doutrina cita a contratação de um cientista do exterior para ministrar uma demonstração no Brasil, ou uma bolsa de estudos concedida no exterior para um aluno brasileiro, que volta ao País para conceder progresso do conhecimento local.

Aqui, outra vez, o que o legislador intenciona é que a *finalidade social* da entidade seja configurada em território nacional, pouco importando se algum procedimento, para tanto, seja realizado no exterior: A *atividade-fim* deve ser aqui atendida; a *atividade-meio*, não necessariamente.

Finalmente, o inciso III manda que as entidades obedeçam às normas específicas de escrituração de suas receitas e despesas relacionadas com a finalidade precípua de suas atividades, com o fito de facilitar (e de dar transparência) a fiscalização tributária e a comprovação do atendimento aos demais requisitos imunizantes. Aqui, é recomendável que as entidades obedeçam às normas gerais de Contabilidade (ou outra específica para o ramo).

Portanto, para as imunidades tributárias relativas às entidades assistenciais e educacionais sem fins lucrativos, devem ser observados os arts. 150 da CRFB/88 e 14 do CTN, sendo inconstitucional qualquer outro requisito estabelecido por ato normativo que não seja Lei Complementar.

Assim sendo, feita a breve análise do cenário atual sobre a imunidade para entidades educacionais e assistenciais sem finalidade lucrativa, temos três premissas gerais para orientação da Administração Tributária:

- A)** Para o reconhecimento da imunidade aqui estudada, devem ser considerados os requisitos estabelecidos tão somente pelo art. 150, VI, "c" e §4º da CRFB/88 e 14 do Código Tributário Nacional, sendo indevido qualquer outro requisito novo fixado por Lei Ordinária (ou ato regulamentar);
- B)** A aplicação de leis ordinárias deve ser restrita tão somente para procedimento administrativo interno de reconhecimento da imunidade, sendo os documentos ali previstos interpretados tão somente para comprovar a regularidade da constituição e funcionamento da entidade solicitante, configurando verdadeiros indicativos de idoneidade. Além disso, todos os documentos ali previstos devem, de forma direta ou indireta, convergir para o que apregoam os dispositivos mencionados no item "A" acima (ou seja, demonstrar aqueles requisitos), sob pena de violar a Constituição da República;
- C)** A imunidade reconhecida às entidades aqui estudadas não impede que sejam devedoras dos impostos na condição de *responsáveis tributárias*, inclusive por substituição tributária [\[viii\]](#).

## II – QUESTIONAMENTOS SOBRE APLICAÇÕES PRÁTICAS

Trabalhadas as questões supra, passamos, no presente momento, a responder cada questão relevante para a aplicação prática dos entendimentos estudados por parte da Administração Tributária, de forma pontual e justificada:

### ***1) O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) deverá ser exigido para as áreas da Educação, Saúde e Assistência Social?***

O CEBAS (Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social) consiste em documento, emitido pelo Governo Federal, às pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, nas áreas da Educação, da Assistência Social e da Saúde.

Referido documento serve para demonstrar que a entidade atendeu aos requisitos básicos de constituição e funcionamento nos

moldes da Lei Federal nº 12.101/2009<sup>[ix]</sup>, podendo, portanto, ser regulado por Lei Ordinária<sup>[x]</sup>, o que já foi trabalhado anteriormente no presente trabalho.

Todavia, por conta do julgamento da ADI nº 1802/DF, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que, malgrado o CEBAS seja requisito para a concessão de isenção tributária (na seara federal), o mesmo não ocorre para os casos de imunidade tributária: os requisitos para a não incidência qualificada são tão somente aqueles previstos no art. 14 do Código Tributário Nacional.

No Superior Tribunal de Justiça, parece que esse tem sido o mesmo entendimento. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SEM FINS LUCRATIVOS. IMUNIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, FUNDADO NAS PROVAS DOS AUTOS E EM PERÍCIA TÉCNICA, CONCLUI PELO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 14 DO CTN. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO CERTIFICADO DE ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, PELO TRIBUNAL A QUO, QUE DESATENDE À FINALIDADE DA NORMA IMUNIZANTE. AGRAVO REGIMENTAL DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO.

1. A incidência da norma imunizante constante no art. 150, VI c da CF/88 e 9o., IV c do CTN, além dos requisitos do art. 14 do CTN, deve levar em consideração a interpretação teleológica do dispositivo normativo, de modo a alcançar a diretriz hermenêutica que, de maneira firme e exata, salvasse, efetive e densifique o princípio, o valor ou a liberdade albergada pelo dispositivo. 2. A imunidade tributária conferida às instituições de assistência social sem fins lucrativos leva em consideração seu propósito elementar de servir à coletividade, colaborando com o Poder Público no exercício de funções precipuamente estatais e suprimindo, dessa forma, as deficiências prestacionais. 3. Condicionar a concessão de imunidade tributária à apresentação do certificado de entidade de assistência social, quando a

perícia técnica confirma o preenchimento dos requisitos legais, implica acréscimo desarrazoado e ilegal de pressupostos não previstos sequer em lei, mormente quando o próprio texto constitucional prevê como condicionante apenas a inexistência de finalidade lucrativa para que o sujeito seja contemplado com o benefício fiscal.

4. O Tribunal a quo consignou, a partir da análise de provas carreadas aos autos, inclusive provas periciais, estar demonstrado que a recorrida enquadra-se no conceito de instituição de ensino sem fins lucrativos, uma vez que preenche plenamente os requisitos previstos no art. 14 do CTN. [...]

(STJ. AgRg no AREsp nº 187.172/DF. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 18/02/2014)

Na alçada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[xi], perceptível é que esse ainda não se manifestou claramente sobre a matéria, mas tem entendido que, possuindo a entidade o CEBAS, usufrui de condição básica para as demais benesses derivadas da imunidade tributária[xii].

Tendo em vista as ocorrências jurisprudenciais até o presente momento, a opção mais recomendável para a Administração Tributária é a de que, possuindo a entidade requerente posse do CEBAS, este gerará *presunção relativa* de que a mesma atende ao disposto no art. 14 do Código Tributário Nacional, ressalvada, sempre, a possibilidade de fiscalização conforme cada caso concreto.

Caso a entidade não possua o referido certificado (ou ainda está em vias administrativas para adquiri-lo), fica a Administração Tributária livre para a exigência de qualquer outro documento (inclusive contábil) que comprove que a entidade segue os parâmetros legais para o reconhecimento da imunidade.

Em acréscimo, caso exista a situação de alguma entidade que tenha seu pedido (ou renovação) de emissão do CEBAS negado ou improvido pelo Ministério competente, a situação acima também é cabível, mas poderá a Administração Pública verificar as razões pelas quais o pleito administrativo da entidade solicitante restou por negado; caso a razão denegatória tenha relação direta com a violação de algum dos requisitos

do art. 14 do CTN ou do art. 150, VI, c da CRFB/88, também se permite que a Administração Tributária negue o reconhecimento da imunidade à entidade.

***2) Caso deva ser exigido para a área de Educação quando for exigido para Curso Superior, devemos também aceitá-lo para o Ensino Médio?***

Esta indagação restou prejudicada, tendo em vista o disposto no item anterior, ficando a Administração Tributária livre para a exigência de provas de que a entidade requerente segue os requisitos do art. 150, VI da CRFB/88 c/c o art. 14 do CTN.

***3) Sobre a gratuidade, existe um percentual a ser determinado em relação ao total da receita?***

A Constituição Federal e o Código Tributário Nacional não especificam o percentual de gratuidade dos serviços prestados pelas entidades para fins de reconhecimento da imunidade tributária. Como já trabalhado no Tópico II, a ausência de finalidade lucrativa por parte das entidades não veda que sejam superavitárias em suas receitas.

*In casu*, malgrado seja da essência das entidades a ausência de finalidade lucrativa, o fato de cobrar pelos serviços por si prestados ou pelos produtos por si produzidos[xiii] não afasta, por si só, a imunidade. Em tais situações, é a documentação contábil da entidade que vai demonstrar se os recursos derivados das atividades não gratuitas foram revertidos às finalidades das entidades beneficentes.

Em todo caso, e de acordo com as peculiaridades de cada situação concreta, a Administração Tributária deve atentar para a existência de eventual desvio de finalidade da entidade (tornando-se verdadeira "empresa") ou caracterização de sua receita em repartição de lucros entre seus dirigentes.

Uma leitura da lei que trata da matéria (Lei Federal nº 12101/2009) demonstra que, para que entidades beneficentes sejam classificadas como tal, exige-se que mantenham certos percentuais de atividades gratuitas (como um percentual de atividades destinadas ao Sistema Único de Saúde[xiv] e a oferta mínima de bolsas de estudo gratuitas[xv]).

Todavia, e como já salientado em linhas anteriores, por conta dos recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal, os únicos requisitos para o usufruto da imunidade tributária para entidades beneficentes de educação e de assistência social estão na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, não podendo outro instrumento normativo, que não uma lei complementar federal, acrescentar maiores parâmetros.

Desta forma, pode-se dizer que os requisitos expostos na Lei Federal nº 12.101/2009 servem para fins de reconhecimento e emissão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), atestando suas idôneas constituição, organização e funcionamento, não necessariamente vinculado ao reconhecimento da imunidade tributária, que é interpretada de forma ampla pelos Tribunais.

Reiterando o que dissemos na resposta à indagação nº 1, a constatação de existência do CEBAS para fins de imunidade tributária servirá como indicativo (de presunção relativa, logicamente) de que a entidade requerente atende aos requisitos para o reconhecimento. A ausência de CEBAS em tais casos, como já trabalhado, dificultará a análise documental por parte da Administração Tributária, podendo esta lançar mão de outros parâmetros para verificar se a entidade segue o disposto no art. 14 do CTN.

#### ***4) As doações realizadas a outras entidades beneficentes constituem vedação à imunidade tributária?***

Aqui, para fins de reconhecimento da imunidade tributária, a doação para outras entidades deverá constituir a essência da atividade da entidade (*e.g.* filantropia), ou fato apto a justificar que a referida transação é condizente com suas finalidades institucionais<sup>[xvii]</sup>.

Para tanto, a doação para auxílio institucional de outras entidades beneficentes deve ser interpretada como *aplicação dos recursos na manutenção de seus objetivos institucionais* (art. 14, II do CTN), e não *distribuição a título remuneratório* (vedação do art. 14, I do CTN).

Geralmente, a constituição de entidades beneficentes exige que parcela da receita bruta de referidas entidades seja direcionada para ações gratuitas (vide

arts. 8º e 8º-B da Lei Federal nº 12.101/2009), o que já foi trabalhado no item nº 2 deste capítulo.

Na ocasião, deverá a Administração Tributária, também, verificar se a entidade beneficiária da doação aplicou as benesses em suas atividades principais (também de cunho beneficente), o que pode ser feito com registro contábil competente.

Aqui, pouco importa se a doação é gratuita ou onerosa: a prioridade é a constatação de que a operação faz parte dos objetivos institucionais tanto da doadora quanto da donatária.

Em outras palavras, a manutenção da imunidade tributária para esses casos de doação exige uma *dupla-qualidade* da transação: **1)** que consista em atendimento à atividade principal da entidade doadora e **2)** que atenda à finalidade (também social) da donatária, ou que usufrua do bem doado como pretensão finalística da entidade doadora (como, por exemplo, doação de roupas, por uma ONG, para diversas famílias carentes).

#### ***5) É óbice à imunidade a aplicação de recursos em outras instituições legalmente constituídas?***

A presente indagação possui, como resposta, a combinação das respostas dadas aos itens 4 e 9: deve-se respeitar a finalidade beneficente de ambas as entidades, verificar-se a aplicação das receitas no País e na atividade-fim de cada uma, tudo devidamente contabilizado.

#### ***6) A doação para igrejas é óbice para o reconhecimento da imunidade tributária?***

Aplica-se, aqui, a mesma inteligência da resposta dada ao item nº 4, com a complementação de que os templos religiosos deverão, também, aplicar o material doado em suas atividades litúrgicas principais, sob pena de desvio de finalidade.

Como incremento, tal mecanismo é de mais fácil comprovação em razão da imunidade tributária específica dos templos de qualquer culto<sup>[xvii]</sup>, valendo-se, ainda, a necessidade de idônea comprovação contábil.

**7) O ensino religioso entre os cursos propostos é vedação para a imunidade tributária? E a oferta de ensino religioso como atividade única?**

De acordo com a Constituição Federal [xviii] e com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional [xix], o ensino religioso, de caráter facultativo, constitui disciplina componente da Educação Básica.

Como o termo *Educação* possui um conceito amplo, o ensino religioso é por ele abarcado, não havendo vedação ao reconhecimento de imunidade tributária às instituições beneficentes que o oferecem em suas grades curriculares. Se a entidade atende aos demais requisitos legais de constituição, funcionamento e às condições gerais para se encaixar na imunidade tributária, o ensino religioso também o será.

Vale aqui lembrar que o ensino religioso, componente do conceito de *Educação*, pode ser formal ou informal [xx], confessional ou não [xxi] (geralmente possuem natureza confessional quando ofertados por instituições religiosas, normalmente abarcadas pela imunidade do art. 150, VI, "b" da CRFB/88), sendo compreendido como serviço educacional da mesma forma.

**8) É permitida a venda de materiais didáticos, livros e apostilas pelas entidades imunes?**

Assim como trabalhado no anteriormente e na resposta à indagação nº 3, o fato de uma entidade não possuir finalidade lucrativa não inibe que esta tenha *superávit* em razão de suas atividades, podendo vir a gerar receitas com essa, como na venda de algum produto ou a prestação de algum serviço.

Contanto que a entidade não transforme a comercialização de bens ou a prestação de serviços em sua atividade primordial, não há impedimento à realização de tais transações desde que os recursos dali oriundos sejam revertidos à atividade social da entidade, não devendo tal receita, portanto, transformar-se em lucro.

No caso da venda de materiais didáticos, livros e apostilas, essa deve ser acessória à atividade social que desempenha, como, por exemplo, possuir teor educacional, de informação, científico ou de instrução pedagógica, devendo tais recursos ser revertidos à atividade-fim da entidade considerada imune.



Também, como apresentado no quesito nº 6, as finalidades das entidades beneficentes devem ser interpretadas de forma ampla, pouco importando se a utilização do material é formal ou informal, sendo necessária tão somente sua absorção na finalidade institucional da entidade[xxii].

***9) A aquisição de cotas sociais é compatível com o reconhecimento da imunidade tributária aqui tratada?***

Sob os moldes da legislação civil, não existe vedação quanto à participação de associações sem finalidades lucrativas na composição do quadro acionário de sociedade com finalidade econômica. Reiterando o que já salientamos anteriormente, o fato de uma entidade educacional ou assistencial não possuir finalidade lucrativa não as proíbe de adquirir renda com intuito de sustentabilidade financeira, sendo, antes de tudo, até recomendável que sejam superavitárias.

Assim sendo, devem as entidades assistenciais buscar os mais variados e possíveis meios para aquisição de recursos para sua manutenção. Inclusive, no que toca à aquisição de cotas sociais em empresas ou outras sociedades de caráter lucrativo/econômico, doutrina e jurisprudência já entenderam por sua pertinência, estando a entidade imune, por sua vez, vinculada à comprovação de que os recursos daí advindos foram aplicados em suas atividades essenciais.

Confira-se como bem apresentou o Supremo Tribunal Federal:

Entendendo que a imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos (CF/88, art. 150, VI, c) abrange inclusive os serviços que não se enquadrem em suas finalidades essenciais, a Turma manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que reconheceu à instituição de assistência social mantenedora de orfanato a imunidade relativamente ao pagamento do IPTU cobrado de imóvel utilizado para estacionamento de veículos.

**RE 257.700-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, 13.6.2000. (RE-257700) Informativo 193.**

No caso, malgrado tenha se tratado da utilização de estacionamento com intuito lucrativo, tem-se clara a ideia de que, mesmo que determinada forma de aquisição de renda não seja condizente com a atividade-fim da entidade imune, o Supremo Tribunal Federal bem entende que a receita dali derivada deverá ser devidamente convertida para as finalidades sociais das entidades beneficentes. O mesmo raciocínio é aplicável às operações financeiras (empréstimos e congêneres)[xxiii].

Didaticamente, há uma diferença cristalina entre **a)** o fato de a entidade adquirir receita (lucro) com suas diversas formas de captação de recursos (inclusive com contribuições de pessoas físicas ou jurídicas particulares, *e.g.* mensalidades[xxiv]), com reversão **somente** para o financiamento de suas atividades, e **b)** a distribuição da receita da entidade entre os seus dirigentes, a título de repartição de lucros e/ou rateio de dividendos: na primeira hipótese, a renda é imune; na segunda, não.

**10) As entidades imunes podem realizar parcerias com instituições de pesquisa e desenvolvimento internacionais?**

Aqui, o termo "parceria" será tomado em sentido amplo, significando qualquer tipo de ligação realizado entre as entidades/instituições para a consecução de uma atividade com finalidade comum entre os parceiros.

Nesta hipótese, a parceria deve ter, como finalidade, o atendimento das finalidades essenciais da entidade imune e, se envolver trespasse de recursos financeiros, deverá ser comprovado o pleno atendimento às atividades finalísticas.

Em outras palavras, o resultado da parceria deverá atender aos três requisitos impostos pelo art. 14 do Código Tributário Nacional, representando atendimento à finalidade institucional da entidade (o que poderá ser verificado com a leitura de seu Estatuto Social, *e.g.*), ser qualquer repasse ou recebimento de valores devidamente contabilizado e repassado para que a entidade cumpra suas funções primordiais e o resultado da parceria, se envolver dispêndio econômico (despesa) ao ente imune, configurar aplicação em território nacional, com resultado aqui configurado.

Em outros termos, tais parcerias não podem remontar remessa de divisas para fora do País sem a devida contrapartida em favor da atividade-fim do

parceiro imune: aqui, os recursos aplicados devem gerar resultado imediato ou mediato em território nacional.

Tal assertiva difere da que acentuamos alhures: ali, a contratação feita com sujeito (pessoa física ou jurídica) fora do País foi para trazer resultado finalístico dentro do espaço brasileiro; na situação descrita nesta indagação, teríamos remessa de valores para finalidade no exterior.

Tal situação será melhor explicada na resposta à indagação nº 12.

**11) *E se a entidade não possuir documentos contábeis?***

Neste ponto, o Código Tributário Nacional, como Lei Complementar existente para a regulamentação da matéria, dispõe que a escrituração contábil de receitas e despesas é um dos requisitos essenciais para o reconhecimento da entidade como imune aos impostos (CTN, art. 14, III).

Portanto, deve a entidade buscar manter, nos conformes das Normas Brasileiras de Contabilidade (ou outros meios normativos cabíveis), toda sua escrituração contábil, de forma com que assegure a transparência e a exatidão de todas as movimentações financeiras que realiza, com o fito de demonstrar que não está agindo em desvio de finalidade.

A ausência de tal requisito autorizará a Administração Tributária a não reconhecer a imunidade, ou a suspendê-la.

**12) *A entidade imune poderá manter bolsistas no exterior? Isso constitui remessa de resultados ao exterior?***

Aqui, existe imensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Pelo que constatamos na Literatura jurídica, parece existir conclusão sobre duas situações de manutenção de bolsistas no exterior: a manutenção de empregados da entidade no exterior, com fins de aperfeiçoamento, e a manutenção de estudantes.

Sobre a primeira hipótese, entende-se que a concessão de bolsas de estudos no exterior para funcionários da entidade não viola o disposto no art. 14, II do CTN, pois a filosofia do dispositivo é impedir que a evasão de divisas gere

proveito alheio no exterior, sem benefícios internos ou externos à entidade em solo nacional.

E isso se dá por que, caso a bolsa de estudos seja mantida para aperfeiçoamento da força de trabalho no exterior, mesmo remetendo valores para fora do País, a entidade “lucrará” com o retorno do funcionário e com a agregação de valor intelectual e de pessoal à equipe de trabalho que possui.

Manifestando-se sobre a questão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a mesma linha de raciocínio supra:

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA IPTU E ITBI ENTIDADE QUE BUSCA O DESENVOLVIMENTO DA CARDIOLOGIA NO BRASIL ÍNDOLE EDUCACIONAL EM SENTIDO AMPLO. AUSÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS PREVISTA NO ESTATUTO SOCIAL POSSIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO DOS DIRIGENTES POR SERVIÇOS NÃO INERENTES AOS RESPECTIVOS CARGOS A MERA CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDO NÃO CARACTERIZA DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS DESPESAS NO EXTERIOR COM CURSOS, BOLSAS DE ESTUDO, TRADUÇÕES, ASSINATURA DE PUBLICAÇÕES CIENTÍFICAS, ENTRE OUTROS, QUE VISAM O APRIMORAMENTO DO CONHECIMENTO TÉCNICO NA ÁREA CARDIOLÓGICA COMPATIBILIDADE COM OS FINS ESTATUTÁRIOS – ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DOS ARTS. 150, VI, “C”, DA CF E 9º,

IV, “C”, E 14, AMBOS DO CTN COMPROVAÇÃO DE QUE FAZ JUS AO BENEFÍCIO –SENTENÇA REFORMADA.

[...]Ora, as despesas no exterior com cursos, bolsas de estudo, traduções, assinatura de publicações científicas, entre outros, por si sós, não afrontam o disposto no inciso II do art. 14 do CTN, uma vez que tais atividades, destinadas ao aprimoramento do saber, são desenvolvidas visando o cumprimento das finalidades precípuas da entidade educacional, tudo indicando que o conhecimento obtido,

salvo melhor juízo, será aplicado em prol da sociedade brasileira. [...]

(TJSP. 18ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 0106572-74.2007.8.26.0053. Rel. Des. Francisco Olavo. Julgado em 31/07/2014)

A concessão de bolsa de estudos aos empregados não prejudicará a entidade quanto ao seu direito à imunidade. Apesar do dinheiro não retornar para ser reinvestido em território nacional, a entidade se beneficiará com o retorno do bolsista profissionalmente mais qualificado, agregando valor à entidade, para que possa atingir a essência dos seus objetivos sociais.

Neste caso, o investimento feito ao bolsista retornará ao país não em forma de pecúnia, mas, sim, como conhecimento adquirido. Nada diferente da compra de uma mercadoria importada ou de um serviço advindo do exterior, casos que também não levam a entidade a perder a imunidade[xxvi].

No caso dos estudantes em geral, a solução parece ser a mesma. Doutrina do calibre de Roque Antônio Carrazza advoga o seguinte:

Não arreda o direito à imunidade, porém, a concessão, a seus funcionários, de bolsas de estudos para o exterior. Conquanto o dinheiro não seja gasto no País, este acabará beneficiado com o retorno de um funcionário profissionalmente mais qualificado.

(in: Curso de Direito Constitucional Tributário. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 809)

Dentre tantos outros que partilham do mesmo entendimento[xxvii], percebe-se que todos partem do pressuposto de que o bolsista (empregado da entidade ou estudante/associado) voltará ao Brasil para, aqui, exercer suas atividades.

Analisando situação semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim já decidiu:

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. IPTU. AMPLITUDE DA NORMA CONSTITUCIONAL 'INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO' PARA FINS DE VER ACOLHIDA A FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO À IMUNIDADE DE IPTU. ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS DE PROPÓSITOS PREDOMINANTEMENTE CIENTÍFICOS. INVESTIMENTO EM BOLSAS DE ESTUDO NO EXTERIOR QUE NÃO DESCARACTERIZA A EXEGESE DO ART. 14 DO CTN. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE MERECE REFORMA. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO. - Supressão de uma parcela do poder estatal de tributar, por meio de uma norma constitucional, que recebe o nome de imunidade. - Entidade de fins científicos e culturais que visa o aprimoramento dos médicos e demais profissionais da área de saúde interessados em cardiologia, mediante o patrocínio de eventos, congressos, pesquisas e outros. - O propósito de lucro para os associados não deve pautar a atuação da entidade, sob pena de servir à satisfação de interesses econômicos privados. Atuação da entidade em prol da coletividade que se sobrepõe aos interesses de seus associados, em ação substitutiva ao Estado. - Distribuição de bolsas aos médicos para cursos no exterior que não descaracteriza a exegese do art. 14 do CTN, pois inegável o investimento de retorno nos profissionais que se reverte em prol da sociedade.

[...]

É incontroverso que a Apelante dá bolsas de estudo a cardiologistas brasileiros que queiram estudar no exterior. A toda evidência, entretanto, isso não desfigura a aplicação de recursos no País, mas, ao contrário, representa um investimento ainda mais sólido na educação destes profissionais que num curto espaço de tempo irão aplicar seus conhecimentos em pacientes brasileiros. A solidez e o aprimoramento pessoal, inegavelmente na Medicina, advêm desta troca de conhecimentos do que aqui existe e daquilo que se desenvolve alhures. Aliás, a premissa do

conhecimento globalizado é válida para todo e qualquer profissional em qualquer área de especialização.

[...]

(TJRJ. Vigésima Câmara Cível. Apelação nº 0097527-03.2007.8.19.0001. Rel. Des. Flávia Romano de Rezende. Julgado em 22/08/2012)

Portanto, embora inicialmente possível aceitar-se a concessão de bolsas de estudos no exterior para associados da entidade ou, mesmo, a estudantes (para os casos de entidade educacional) sem agressão à imunidade tributária, a dificuldade existe em comprovar, cabalmente, de que referido estudante retornará ao país para, aqui, exercer suas qualificações adquiridas fora do Brasil.

Nesse caso, deve a Administração tributária, se o caso, verificar se existe, por parte da entidade, algum instrumento que faça previsão de alguma contrapartida do bolsista em relação aos dispêndios estudantis realizados no exterior (como, por exemplo, alguma cláusula contratual entre a entidade e o estudante que faça previsão de contrapartida que envolva algum trabalho em prol da sociedade brasileira, como futuro trabalho voluntário durante determinado lapso de tempo).

Por fim, quanto à remessa de resultados ao exterior, prevista no art. 14, II do Código Tributário Nacional, essa pode ser sintetizada na ideia de que os investimentos feitos pela entidade imune, quando destinados ao exterior, não retornam alguma contrapartida que possa ser usufruída pela própria entidade em solo nacional, de forma com que existam dispêndios e benefícios unilaterais (respectivamente, o dispêndio fica com a entidade brasileira, mas o benefício vai para pessoa física ou jurídica exclusivamente no exterior).

Em outras palavras, a remessa proibida pelo CTN é a que não gera benefício material ou imaterial à entidade, que não possa ser aplicado em território brasileiro para o atendimento de suas finalidades essenciais.

Tome-se, como exemplo, um empréstimo contraído por uma entidade imune para com uma instituição financeira no exterior, com a finalidade de ampliar

suas atividades institucionais no Brasil. Referida aplicação é proibida pelo art. 14, II do CTN? Não, pois, mesmo que haja um dispêndio pela entidade para com o exterior, o resultado da atividade é produzido no Brasil, com incremento às finalidades da entidade e em benefício da atividade financeira, representando o empréstimo, *in casu*, mera operação de meio.

### **III – CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As linhas anteriores demonstram, de forma cristalina, que a lapidação dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal (e, por que não, também do Superior Tribunal de Justiça!?) abre espaço para o surgimento de uma diversidade de implicações práticas na atuação dos órgãos administrativos fazendários.

E a afirmação do parágrafo anterior, antes de derivar de um novo entendimento por parte das Cortes Superiores (na verdade, não passou de uma solidificação maior do que os Tribunais Superiores há muito tempo já entendiam), tem origem, na verdade, de uma mudança de cultura na atuação administrativa, que passará a ver o art. 14 do Código Tributário Nacional com outros olhos.

Viu-se que, ao dar primazia para a observância do art. 14 do CTN para o parâmetro do reconhecimento das imunidades tributárias às entidades beneficentes, os Tribunais em geral terminam, ainda que indiretamente, por alertar para dois grandes detalhes: aprimoramento da gestão administrativa das Fazendas municipais e apelo à omissão legislativa. Explica-se.

Sobre o aprimoramento da gestão fiscal das Administrações fazendárias municipais (incluindo-se, aqui, o Distrito Federal, que acumula as competências estaduais e municipais por permissão constitucional), assim se entende pelo fato de que, com a existência de somente um artigo de Lei Complementar como base para os requisitos do reconhecimento ou não de imunidade tributária para as entidades assistenciais, demandar-se-á dos fiscais, procuradores e demais protagonistas da Administração tributária maior empenho na apuração dos casos concretos a si apresentados, exigindo criatividade e responsabilidade tanto para o reconhecimento quanto para a cassação da imunidade constitucional.

Quanto ao apelo à omissão legislativa, e reiterando o que foi dito no parágrafo anterior, como a Administração tributária se socorre apenas do art. 14



do CTN como substrato de Lei Complementar para o tratamento das imunidades tributárias das entidades assistenciais tratadas no presente trabalho, ressaltou-se a necessidade de confecção de uma lei complementar para o saneamento e esclarecimento de diversas questões para aplicação prática, pois as Fazendas, no geral, sofrem com endêmica ausência de aparato burocrático (pessoal, recursos e afins) para estabelecer um procedimento idôneo para a análise das questões levantadas na vida prática.

Além disso, a ausência de uma lei complementar (por mais de trinta anos, a contar da promulgação da Constituição de 1988) causa insegurança às Administrações fazendárias quanto aos procedimentos: o receio cultural de se flexibilizar o princípio da legalidade administrativa (art. 37 da CRFB/88), para não se causar futura disputa judicial ou anulação de créditos tributários vultosos, sufoca o atuar dos agentes públicos envolvidos diretamente com a imunidade tributária aqui tratada, o que se resolverá, ao menos dando os caminhos das pedras, com a confecção de uma idônea lei complementar mais minudente e tratando com delicadeza a matéria.

Portanto, e sem o intuito de esgotar o tema, o presente trabalho apresentou algumas das muitas nuances práticas envolvidas simplesmente com a aplicação dos entendimentos dos Tribunais sobre a aplicação do art. 14 do Código Tributário Nacional, e a repercussão que isso gera na atuação administrativa fazendária. Com isso, acentuou-se a necessidade tanto de aprimoramento da atuação dos agentes públicos envolvidos com a matéria quanto de uma urgente confecção de lei complementar mais delicada e atenta à imunidade aqui estudada, sendo esta uma prioridade para o saneamento de dúvidas e inseguranças surgidas no cotidiano burocrático das Fazendas.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. Atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. 11 ed. São Paulo: Forense, 2010.

BARRUECO, Fernando Mauro. A Imunidade Tributária no Terceiro Setor. Disponível em <<https://www.webartigos.com/artigos/a-imunidade-tributaria-no-terceiro-setor/128455>>. Acesso em 30/08/2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicado no Diário Oficial da União em 5-10-1988.

BRASIL. Lei Federal nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Publicado no Diário Oficial da União em 27-10-1966.

BRASIL. Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Publicado no Diário Oficial da União de 23.12.1996.

BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União em 11-1-2002.

BRASIL. Lei Federal nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 30.11.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.802/DF. Requerente: Confederação Nacional de Saúde – Hospitais Estabelecimentos e Serviços – CNS. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Dias Toffoli. Julgado em 12-04-2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028/DF. Requerente: Confederação Nacional de Saúde-Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Rosa Weber.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Congresso Nacional, e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Relator: Luís Roberto Barroso. Julgado em 27/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 354.988/DF. Recorridos: Distrito Federal e Conselho Cultural Thomas Jefferson. Relatora: Ellen Gracie. Julgado em 21-03-2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 186.175/SP. Recorridos: Estado de São Paulo e Instituição Beneficente Lar de Maria. Relator: Ellen Gracie. Julgado em 23-08-2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 202.987/SP. Recorridos: Serviço Social da Indústria – SESI e Estado de São Paulo. Relator: Joaquim Barbosa. Julgado em 30-06-2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 257.700/MG. Partes: Município de Belo Horizonte e Associação Pão de Santo Antônio. Relator: Ilmar Galvão. Julgado em 13-06-2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno no Agravo Regimental nº 155822 SP, Relator: ILMAR GALVÃO. Data de Julgamento: 20/09/1994, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02-06- 1995.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 454.753/CE. Recorrente: União. Recorrido: Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Sobral. Relator: Joaquim Barbosa. Julgado em 20-04-2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 187.172/DF. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Associação das Filhas de Nossa Senhora de Monte Calvário. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 18-02-2014.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0023888-81.2012.8.26.0000. Agravante: Sociedade Assistencial Bandeirantes. Agravado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Décio Notarangeli. Julgado em 21/03/2012.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0106572-74.2007.8.26.0053. Apelante: Sociedade Brasileira de Cardiologia. Apelado: Município de São Paulo. Relator: Francisco Olavo. Julgado em 31-07-2014.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0097527-03.2007.8.19.0001. Apelante: Sociedade Brasileira de Cardiologia. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Flávia Romano de Rezende. Julgado em 22-08-2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. As associações sem fins econômicos podem ser empresárias? Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/direito-civil-atual-associacoes-fins-economicos-podem-empresarias>>. Acesso em 22/08/2018.

PAES, José Eduardo Sabo. **Pesquisas Tributárias**, Nova Série, n. 4, Editora Revista dos Tribunais, 1998,

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

#### NOTAS:

[i] COSTA, Regina Helena. Curso de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 106-109.

[ii] **Art. 146.** Cabe à lei complementar:

[...]

**II** - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

[...]

[iii] Assim transcrito no voto do relator da ADI nº 1802/DF, tratada neste trabalho.

[iv] [...] A ausência de finalidade lucrativa não se confunde com a ausência de finalidade econômica. A economicidade envolve a geração de riquezas para o desenvolvimento de escopos econômicos. Às associações não se interdita as atividades que persigam o lucro objetivo. Veda-se o lucro subjetivo, ou seja, a distribuição dos resultados aos associados.

Pode-se ir além. Nada impede que as associações exerçam, profissionalmente, atividade econômica organizada para a produção ou a

circulação de produtos ou serviços. É possível sustentar, portanto, a existência de uma associação empresária nos termos do art. 966 do Código Civil.[...] *in*: LEONARDO, Rodrigo Xavier. As associações sem fins econômicos podem ser empresárias? Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/direito-civil-atual-associacoes-fins-economicos-podem-empresarias>>. Acesso em 22/08/2018.

[v] Veja-se, também, o seguinte julgado: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. "ENTIDADE EDUCACIONAL". CONCEITO. LEI COMPLEMENTAR. 1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que, por se tratar de limitação constitucional ao poder de tributar, a demarcação do objeto material da imunidade das instituições de educação é matéria afeita à lei complementar (ADI 1.802-MC. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13.02.2004). 2. Agravo regimental improvido.

(Supremo Tribunal Federal. AgRg. No RE 354.988-0/DF. Rel. Min. Ellen Grace. Julgado em 21/03/2006)

[vi] Aqui, estamos falando dos dirigentes a título societário. Claro é que a entidade deverá pagar o salário (e a remuneração) dos funcionários que contrata nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

[vii] Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

[...]

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

[viii] CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E EDUCAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. INAPLICABILIDADE ÀS HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE OU SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS - ICM/ICMS. LANÇAMENTO FUNDADO NA RESPONSABILIDADE DO SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI PELO RECOLHIMENTO DE TRIBUTO INCIDENTE SOBRE A VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA PELA ENTIDADE. PRODUTOR-VENDEDOR CONTRIBUINTE DO TRIBUTO. TRIBUTAÇÃO SUJEITA A DIFERIMENTO. Recurso extraordinário interposto de acórdão que considerou válida a responsabilização tributária do Serviço Social da Indústria - SESI pelo recolhimento de ICMS devido

em operação de circulação de mercadoria, sob o regime de diferimento. Alegada violação do art. 150, IV, c da Constituição, que dispõe sobre a imunidade das entidades assistenciais sem fins lucrativos. A responsabilidade ou a substituição tributária não alteram as premissas centrais da tributação, cuja regra-matriz continua a incidir sobre a operação realizada pelo contribuinte. Portanto, a imunidade tributária não afeta, tão-somente por si, a relação de responsabilidade tributária ou de substituição e não exonera o responsável tributário ou o substituto. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento.

**(STF. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº 202.987/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 30/06/2009)**

[ix] Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

[x] STF. ADI nº 2028/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Processo ainda não finalizado.

[xi] TJSP. 9ª Câmara de Direito Público. AI nº 0023888-81.2012.8.26.0000. Rel. Des. Décio Notarangeli. Julgado em 21/03/2012.

[xii] TJSP. 18ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 0106572-74.2007.8.26.0053. Rel. Des. Francisco Olavo. Julgado em 31/07/2014.

[xiii] STF. Edv no ED no RE 186.175/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 23/08/2006.

[xiv] **Art. 4º** Para ser considerada beneficente e fazer jus à certificação, a entidade de saúde deverá, nos termos do regulamento:

[...]

**II** - ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento);

[...]

[xv] **Art. 13.** Para fins de concessão ou renovação da certificação, a entidade de educação que atua nas diferentes etapas e modalidades da educação básica, regular e presencial, deverá:

[...]

**III** - conceder anualmente bolsas de estudo na proporção de 1 (uma) bolsa de estudo integral para cada 5 (cinco) alunos pagantes.

[...]

[xvi] No geral, as entidades de caráter filantrópico possuem, em seus estatutos, regras que mandam que, em casos de dissolução ou liquidação, seus bens e rendas remanescentes serão destinados a outra entidade que atue na mesma atividade social. Vide, por exemplo, o art. 61 do Código Civil: Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do [art. 56](#), será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissis este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

[xvii] CRFB/88, art. 150, VI, "b".

[xviii] **Art. 210.** Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. [...]

[xix] **Lei Federal nº 9394/1996, Art. 33.** O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. [...]

[xx] O ensino é a transmissão de conhecimento ou de informações úteis à **educação**. Esta deve ser compreendida de modo lato, incluindo, de um lado, a proteção à educação formal ou curricular, por meio de entidades que têm um objetivo estritamente didático, com currículos aprovados pelo Governo (v.g., escolas, faculdades, universidades etc.) e, de outro, a guarda à educação informal ou extracurricular, abrangendo instituições culturais que não se propõem precipuamente a fornecer instrução (bibliotecas, associações culturais, centros de pesquisa, museus, teatros, centros de estudos etc.) in: SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**, 5ª ed., Saraiva, 2013, p. 357.

[xxi] STF. ADI 4439. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em 27/09/2017.

[xxii] STF - AI-AgR: 155822 SP, Relator: ILMAR GALVÃO. Data de Julgamento: 20/09/1994, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02-06- 1995.

[xxiii] STF. AgRg no RE nº 454.753/CE. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 20/04/2010.

[xxiv] [...] uma associação, desde que não proporcione ganhos aos associados, e uma fundação, desde que não desvirtue sua finalidade, não se desnaturaliza, mesmo que realize negócios para manter ou aumentar seu patrimônio (por ex. associação esportiva que vende aos seus membros uniformes, alimentos, bolas, raquetes, embora isso traga superávit para a entidade). [...] *Tr: PAES, José Eduardo Sabo. Pesquisas Tributárias, Nova Série, n. 4, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 376.*

[xxv] BARRUECO, Fernando Mauro. A Imunidade Tributária no Terceiro Setor. Disponível em <<https://www.webartigos.com/artigos/a-imunidade-tributaria-no-terceiro-setor/128455>>. Acesso em 30/08/2018.

[xxvi] O CTN, forte na Constituição de 1967, que autoriza a lei a estabelecer requisitos, impõe, como impunha a Constituição de 1946 (art. 31, V, b), que os partidos e instituições beneficiadas com a imunidade apliquem suas rendas integralmente no país para os respectivos fins, que se vinculam aos interesses nacionais. A Emenda nº 1/69 subordina a imunidade dessas entidades à cláusula “observados os requisitos da lei”, isto é, os do art. 14 do CTN ou quaisquer outros da lei ordinária.

Não nos parece necessária a lei complementar do § 1º in fine do art. 18, da Emenda 1/69.

Os fins educação, assistência social, orientação política ou religiosa é que se devem realizar no país, aproveitando a este. Não gozará da imunidade o partido organizado no Brasil para restauração da monarquia em Portugal; a congregação religiosa destinada à conversão dos chineses ao catolicismo; a associação voltada à prestação de socorros ou recursos educacionais à Abissínia. Nem poderá permanecer no gozo da imunidade a confraria que remete parte de suas rendas para a direção central em Roma ou para missões alhures. O fim específico há de ser procurado e realizado no Brasil.

Os fins, não, porém, os meios: parece-nos que não perde a imunidade a instituição que importa microscópios, aparelhos físicos, livros ou medicamentos



para uso exclusivo no Brasil, ou contrata um professor estrangeiro de nomeada para cursos e demonstrações em nosso país.

Aplica-se no país a parte da renda acaso despendida fora dele, para que uma prestação equivalente se realize no território nacional. Não se exclui também a bolsa concedida ao universitário para aperfeiçoamento no estrangeiro, pois ela é prestada no interesse de aproveitar-se a capacidade especializada do beneficiário no Brasil.

(*in*: BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. Atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. 11 ed. São Paulo: Forense, 2010. p. 178).

## O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO APLICADO AOS PODERES-DEVERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

**DANNY RODRIGUES MORAES:** Advogado, aprovado para Juiz de Direito Substituto no Tribunal de Justiça do Piauí e Tribunal de Justiça do Amazonas.

**Resumo:** A presente pesquisa estabelece uma análise crítica acerca das influências do Princípio da Cooperação, insculpido pelo artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015, sobre os deveres instrutórios do juiz, visando ponderar se o modelo de processo cooperativo reduz ou expande os poderes-deveres jurisdicionais. Para responder à inquietação temática, inicia-se o estudo com premissas introdutórias sobre o novel princípio processual no bojo das normas fundamentais do CPC/15, enquanto um dos principais institutos responsáveis pela democratização do processo civil brasileiro. Em seguida, é estabelecida uma análise crítica do princípio e de alguns aspectos teóricos acerca de sua 3/15. Ao final, busca-se empreender uma visão crítica acerca de sua contribuição para o desenvolvimento da ciência processual brasileira.

**Palavras-chaves:** Normas Fundamentais. Princípio da Cooperação. Poderes-deveres instrutórios do juiz.

**Abstract:** The current paper establishes a critical analysis about the influences of the Principle of Cooperation, inscribed by the article 6º of the Civil Procedure Code of 2015, about the instructional duties of the judge, aiming to investigate if the new cooperative model of process reduces or expands the jurisdictional duties. In order to respond to the thematic concern, the study begins with introductory premises about the new procedural principle in the core of the fundamental rules of the 2015's CPC, as one of the main institutes responsible for the democratization of the Brazilian civil process. Next, a critical analysis of the principle and of some theoretical aspects about its influence on the powers of the judge is established. Subsequently, its relationship with the instructional "powers-duties" of the judge is examined, making a comparison between the powers fixed in Article 125 of the 1973's CPC and in Article 139 of the 2015's CPC. Finally, it is seek to undertake a critical view about its contribution to the development of Brazilian procedural science.

**Key-words:** Fundamental rules. Principle of Cooperation. Instructional powers-duties of the judge.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Aspectos teóricos sobre o modelo de organização cooperativo do processo; 2. Manifestações do princípio da cooperação sobre os poderes-deveres do juiz; 2.1. Os poderes-deveres instrutórios sob a ótica do cpc/73; 2.2. As influências do princípio da cooperação sobre os poderes-deveres instrutórios dos órgãos jurisdicionais do cpc/15; Considerações finais; Referências bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), o primeiro diploma processual comum elaborado e promulgado em meio a um regime democrático de governo, também conhecido como Código Fux, trouxe inúmeras inovações na forma de pensar o processo. Dentre as mais notáveis, o novo diploma processual consagra na legislação processual o “modelo constitucional de processo civil” (CÂMARA, 2017, p. 21), pelo qual o CPC/15, em seu capítulo de Normas Fundamentais do Processo Civil, reafirma seu fundamento de validade na Constituição de República, buscando romper inteiramente com a faceta burocrática e com o rigor instrumental pelos quais era conhecido o Código Buzaid (CPC revogado - Lei n. 5.869/73).

Exsurge um novo processo civil, fruto dos avanços decorrentes da evolução histórica dos modelos de organização processual, desde a fase do processo inquisitório, do processo adversarial até o modelo cooperativo atual que reúne os princípios fundamentais da Constituição da República na posição de norteadores de todas as etapas processuais (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 391). Descortina-se, então, a ideia do processo justo, aquele cujo objetivo maior é prover a solução de mérito mais efetiva e adequada ao direito material discutido entre as partes, visando reduzir a barreira burocrática contra o acesso à justiça (CAPPELETTI, GARTH, 2002).

Para honrar seu compromisso com as normas constitucionais, o CPC/15 trouxe diversos novos mecanismos para efetivação dos Direitos Fundamentais à legislação processual brasileira. Uma das novidades que mais inspira admiração

pelos processualistas pátrios é a transição para um novo modelo de processo pautado no sistema cooperativo, o qual inaugura um procedimento impulsionado pelos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório reestruturado, que passam a revestir todos os atos praticados pelas partes que fazem parte do diálogo processual, nela inserida o órgão jurisdicional (DIDIER, 2016, p. 126). Trata-se, portanto, em nossa visão, de verdadeira reforma democrática do processo que veio harmonizar os papéis de todos os envolvidos na busca pela efetivação integral da tutela jurisdicional.

O art. 6º do CPC<sup>LI</sup>, que introduz o modelo de processo cooperativo no ordenamento jurídico brasileiro, rompe com a figura do magistrado dispositivo que adota uma conduta passiva, colocando o processo a disposição das partes ao atuar como julgador distante e imparcial sobre um procedimento adversarial, para seguir caminho a um processo colaborativo em que todos os sujeitos processuais colaboram entre si para a obtenção da melhor solução material do direito vindicado, em tempo razoável. O conceito adotado por este artigo não poderia ter sido mais acertado, na medida em que a ideia de efetividade da tutela jurisdicional é indissociável da preocupação pela razoável duração do processo por todos os sujeitos do processo.

Em meio a essa redistribuição democrática de competências entre as partes e o juiz, chama a atenção o estudo de seus impactos sobre os poderes-deveres do magistrado enquanto órgão jurisdicional. Marcelo Lima Guerra (2016), em debate degravado acerca dos poderes-deveres instrutórios do juiz, estabelece uma distinção ontológica interessante entre os poderes do juiz, como agente político, e os deveres do órgão jurisdicional, como ente despersonalizado que presta um serviço público.

O autor (GUERRA, 2016) defende que, apesar de tais autoridades serem tratadas muitas vezes como sinônimos, o juiz é o sujeito processual titular de poderes instrutórios para conduzir o processo e cumprir os deveres do órgão jurisdicional de entregar uma tutela estatal justa. Tal visão merece elogios e, sob nossa visão, é a mais acertada, tendo em vista que, de forma direta e objetiva, encerra a cizânia doutrinária acerca da terminologia adequada a partir de um conceito orgânico.

A pesquisa apresentada busca compreender, de maneira não exaustiva, os reflexos do novo modelo colaborativo sobre a atuação dos juízes na instrução processual. Procura-se discutir se a redistribuição de competências entre os sujeitos processuais reduziu ou expandiu os poderes do juiz, e se tal reconfiguração de poderes atende aos anseios da comunidade jurídica brasileira contemporânea.

Por fim, a presente pesquisa não objetiva esgotar a matéria, a qual clama por maior aprofundamento referencial e teórico, mas volta-se a homenagear os avanços processuais nas relações intraprocessuais que buscam tornar o processo civil mais democrático e justo, não apenas como mais um meio de resolução de conflitos diante do sistema multiportas, mas como verdadeiro instrumento garantidor de direitos fundamentais.

## **1. ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE O MODELO DE ORGANIZAÇÃO COOPERATIVO DO PROCESSO**

O art. 6º do CPC/15 é o dispositivo responsável pela introdução do modelo cooperativo de processo no ordenamento jurídico pátrio, exercido por todos os sujeitos processuais em conjunto, como premissa básica para a melhor resolução de mérito possível. Como norma fundamental do processo civil, emana influências sobre todo o corpo do CPC/15 e institui deveres de cooperação para todos os sujeitos processuais, tais como os listados no art. 77<sup>[2]</sup> do mesmo diploma processual.

Nesta mesma óptica, DIDIER (2016, p. 128) leciona que é ilícita qualquer atitude (de má-fé) contrária à comunidade processual no diálogo entre os sujeitos do processo, mesmo diante da inexistência de regras jurídicas expressas que salvaguardem a colaboração processual, uma vez que o princípio se encontra integrado ao ordenamento jurídico. E ele segue afirmando: "O princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários a obtenção de um processo leal e cooperativo"

No mesmo sentido, as lições de CÂMARA (2017, p. 26), ao dispor que o novo modelo de organização processual "impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é

conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual.”.

Entretanto, há resistências à sua aplicação, conforme elucida Eduardo Talamini (2015), haja vista que a jurisdição contenciosa, por natureza e tradição, não admite uma postura cooperativa entre os sujeitos diante do inarredável conflito de interesses entre as partes, no entanto, conforme o autor, o princípio da cooperação não possui caráter descritivo sobre o processo, mas imprime uma visão prospectiva de como ele deveria ser. Ao nosso ver, entende-se que as partes não precisam impor ou renunciar às suas pretensões para colaborarem entre si. Ambas, na esfera abstrata e no uso da boa-fé objetiva, possuem interesse no regular deslinde da demanda, com exaurimento do objeto do processo.

Demais disso, ainda no que toca às suas resistências para aplicação, mas por se tratar de pressuposto fundamental para a cooperação, merece destaque a norma do art. 9º do CPC/15<sup>[3]</sup>, pela qual os magistrados possuem o dever de informação prévia às partes sobre qualquer pronunciamento jurisdicional, inclusive sobre matérias que poderiam decidir de ofício, o que poderia acarretar morosidade processual.

Contudo, entendemos que tais críticas não encontram razão de ser, uma vez que privilegiam uma visão de gestão formal do processo – enaltecem a celeridade puramente procedimental do processo – em detrimento de uma lógica de gestão material<sup>[4]</sup>, cuja celeridade está diretamente atrelada a resolução gradativa do mérito, uma vez que oportunizar às partes o contraditório substancial sobre todos os atos processuais nada mais é do que esgotar as discussões de mérito em única instância, ao invés de precisar rediscutir questões incidentais nas instâncias superiores e, assim, causar verdadeiro excesso desnecessário na idade de tramitação do processo. Porém, a presente norma receberá uma análise mais detida na seção adiante, por se tratar de uma das principais influenciadoras dos poderes dos juízes.

DIDIER (2016, p. 137) destaca, ainda como desdobramento do Princípio da Cooperação, o princípio da Primazia de Julgamento de Mérito do art. 4º do CPC/15<sup>[5]</sup>, o qual tem sua finalidade umbilicalmente ligada aos fins do modelo cooperativo, como implicitamente e exige uma postura atenta do juiz no fim de buscar a flexibilização do procedimento em prol da resolução do direito material.

Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 74), por outro lado, entende que o Princípio da Cooperação consiste em consectário do princípio do contraditório moderno, concordando com Cassio Scarpinella Bueno (2016, p. 46), que entende que o contraditório substancial é alcançado diante da oportunização, pelo juiz para as partes, do poder de influência por todos os sujeitos processuais ao longo do processo, isto é, o próprio fim cooperativo do novo modelo de organização processual cooperativo.

## **2. MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO SOBRE OS PODERES-DEVERES DO JUIZ**

Este assunto foi motivo de fortes debates durante a elaboração do CPC/15 na comissão especial do Senado, sobretudo por força da expansão supostamente excessiva dos poderes do juiz na condução do processo (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016), fazendo contraste com a identificação do CPC pela alcunha de “Código dos Advogados”.

Os poderes dos juiz e deveres do órgão jurisdicional foram reorganizados sob o Capítulo I, Dos Poderes, dos Deveres e das Responsabilidades do Juiz, encontrado no Título IV do Livro I do CPC/15. Este capítulo é constituído pelos arts. 139 a 143, sendo o art. 139 o alvo de maiores discussões doutrinárias por ter expandido o rol de poderes previstos no CPC/73. Portanto, antes de adentrarmos na análise dos poderes instrutórios do Código Fux, é necessário tecer breves linhas a respeito dos deveres jurisdicionais instrutórios outrora vigentes por força do código revogado.

### **2.1. Os poderes-deveres instrutórios sob a ótica do CPC/73**

Os poderes-deveres gerais do juiz eram previstos no art. 125 do CPC/73, contudo, no que tange aos poderes instrutórios, a correspondência precisa se encontra nos arts. 130<sup>[6]</sup> e 131<sup>[7]</sup> do CPC/73, conforme bem elucida Alexandre Câmara(2007, p. 33 - 46):

O juiz tem, no processo civil brasileiro, o poder de conduzir a instrução do processo. Tal poder (que se desdobra em vários poderes “menores”, como o de determinar as provas que serão produzidas, conduzir sua produção e valorar cada prova produzida, por exemplo), está descrito,

fundamentalmente, em dois dispositivos do Código de Processo Civil: os arts. 130 e 131.

Neste talante, percebe-se que o autor direciona o estudo das atribuições do juiz, sob o sistema do código revogado, em seus arts. 130 e 131, sobre os quais, em suas palavras, extrai dois aspectos fundamentais: o juiz tem o poder de determinar que provas serão produzidas e, além disso, deve valorar tais provas segundo o sistema da persuasão racional (também chamado de livre convencimento motivado).

A respeito do poder de determinar as provas a serem produzidas, discutia-se acerca de seu alcance sem o comprometimento da imparcialidade. Parte da doutrina (GRECO FILHO, 2003, p. 227 - 228) considerava que a atuação do juiz deveria se dar de forma supletiva à atuação das partes – característica do modelo de processo adversarial/dispositivo – enquanto outros entendiam que os poderes-deveres do art. 130 deveriam ser efetivados da forma mais ampla possível (BEDAQUE, 2001, p. 159), já encontrando proximidade com o modelo cooperativo atual.

A incorporação desta lógica ao modo de pensar o processo expande os poderes do juiz para alcançar a satisfação justa da tutela jurisdicional. Para atingir este fim, o Código de Processo Civil de 1973 dispunha de diversos mecanismos para exercer poderes instrutórios de ofício, quais sejam: a) art. 130: Determinação, de ofício ou a requerimento, das provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias; b) art. 342: Possibilidade de, ex-officio, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa; c) art. 382: ordenar, de ofício, à parte a exibição parcial dos livros e documentos, extraindo-se deles as informações que guardem relação com o litígio, assim como cópias autenticadas; d) art. 399: Proceder a requisição, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, às repartições públicas para obtenção de certidões necessárias à prova das alegações das partes, bem como os procedimentos administrativos nas causas de interesse da União, do Estado, do Município, ou das respectivas entidades da administração indireta; e) art. 418: Ordenar, de ofício ou a requerimento da parte, a interrogação de testemunhas mencionadas nas declarações das partes ou das testemunhas; a acareação de duas ou mais testemunhas ou delas em conjunto com a parte, quando, sobre fato determinado,



divergirem as suas declarações de modo a influenciar a apreciação jurisdicional; f) art. 437: Determinar, de ofício ou a requerimento, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver efetivamente esclarecida. g) art. 440: Inspeccionar, de ofício ou por requerimento, em qualquer fase do processo, pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à sua cognição judicial.

## **2.2. As influências do princípio da cooperação sobre os poderes-deveres instrutórios dos órgãos jurisdicionais do CPC/15**

Muitos dos poderes instrutórios previstos sob a ordem processual do CPC/73 foram reposicionados no CPC/15, sobretudo no que diz respeito aos arts. 130 e 131 daquele código que foram recolocados nos arts. 370 e 371 do CPC vigente, entretanto, é impossível cogitar que a redação destes dispositivos foi meramente ratificada sob a nova ordem processual diante da vasta influência do Princípio da Cooperação sobre os poderes de condução do processo na busca da solução integral do mérito.

Tamanha é a influência do novo modelo de processo que o antigo artigo 125 do CPC/73, que trata dos poderes de direção do processo, sofreu expansão considerável de quatro para dez incisos no texto do art. 139 do CPC/15. Além das preocupações com a garantias de isonomia processual (inciso I); rápida solução do litígio (inciso II, com alteração do termo para razoável duração do processo); prevenir atos atentatórios contra a dignidade da justiça (inciso III) e de estimular a conciliação durante todas as fases processuais (inciso V), o novel artigo expandiu os poderes de gestão processual, trazendo o poder geral de efetivação das decisões judiciais (inciso IV); o poder de dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção de prova, conforme as necessidades do conflito (inciso VI) – influência direta do modelo cooperativo como garantidor dos direitos fundamentais no processo; exercício do poder de polícia, com autorização normativa para a convocação de força policial e segurança interna do tribunal (inciso VII); o reposicionamento do poder de determinar o comparecimento pessoal das partes para inquiri-las sobre os fatos da causa (inciso VIII, antigo art. 342 do CPC/73); o poder de determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais (inciso IX) e o poder de oficiar órgãos de legitimidade ativa extraordinária para demandas coletivas diante da repetição recorrente de demandas individuais (inciso X). Da leitura detida destes incisos,

percebe-se influências do modelo de processo cooperativo, sempre preocupado com a solução integral de mérito.

No que diz respeito a tais influências, a doutrina discute que o processo cooperativo se manifesta sob quatro formas sobre os poderes-deveres do juiz: esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio (TALAMINI, 2015).

Mediante o dever de esclarecimento, o juiz é incumbido de exigir clareza e maiores informações, sempre que necessárias, quanto às manifestações das partes, sempre visando sanar obscuridades, dúvidas e demais empecilhos da mesma natureza a fim de aperfeiçoar a apreciação jurisdicional. Exemplo claro dessa primeira inclinação deste dever é o art. 139, VIII do CPC/15, quando o juiz determina o comparecimento pessoal das partes para inquirí-las sobre os fatos da causa, não estando sujeitas a pena de revelia, isto é, inquirir as partes com o fim puro de conhecer detidamente os fatos da causa. Não obstante o poder-dever de exigir esclarecimento das partes, o juiz deve se pronunciar em consonância com o mesmo dever, conforme se verifica em outra norma fundamental insculpida no art. 489, §§ 1º e 2º do CPC<sup>[8]</sup>, a qual estabelece o dever de fundamentação das decisões judiciais, seguindo a estrutura proposta pela Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy.

O modelo cooperativo também institui para o juiz o dever de diálogo (ou de consulta). Deste dever, emana a vedação da decisão surpresa mesmo dos assuntos sobre os quais o juiz pode se pronunciar de ofício (art. 9º e 10º do CPC/15) e aqui se destaca o dever de informação prévia sobre a falta de pressupostos de admissibilidade processuais, questões de ordem pública (art. 139, IX do CPC/15), bem como a produção de provas de ofício (art. 370 do CPC/15) e a inversão do ônus da prova (art. 139, VI do CPC/15).

Inobstante, merece destaque o dever de prevenção do juiz, pelo qual o detentor do poder jurisdicional deve advertir as partes sobre prejuízos e riscos das estratégias por elas investidas, oportunizando o saneamento dos defeitos sempre que possível. Como exemplo claro deste dever, sobressai a norma do art. 321 do CPC/15, a qual confere o poder de determinar às partes que emendem ou aditem a petição inicial, no prazo de quinze dias, sempre que apresentar defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, indicando os

excertos que devem ser corrigidos, isto é, cooperando com as partes para prestar uma tutela jurisdicional o mais exauriente possível.

Por fim, seguindo a lógica do dever anterior, Eduardo Talamini (2015) destaca o dever de auxílio, o qual, apesar de receber muitas críticas pela doutrina<sup>91</sup>, diante da impropriedade de se distribuir este papel ao juiz diante da representação judicial das partes ou das funções dos demais órgãos essenciais à justiça (Ministério Público, Defensoria Pública), acredita-se que este dever se presta a eliminar barreiras formais do processo em prol da efetividade das garantias processuais. Trata-se, portanto, de verdadeiro supedâneo para a eliminação de obstáculos que dificultem exercício das faculdades processuais diante das peculiaridades de cada caso concreto.

Todos estes poderes-deveres norteiam os atos instrutórios do juiz. Além dos mencionados alhures, destacam-se no CPC/15: art. 191: discussão e homologação do calendário processual mediante diálogo cooperativo com as partes; art. 322, § 2º: possibilidade ao juiz interpretar os requerimentos das partes conforme o conjunto da postulação, no uso do princípio da boa-fé; artigo 352: poder do magistrado para corrigir das alegações do réu; art. 370: permite ao juiz, de ofício, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito; artigo 373, § 1º: permite ao juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, conforme a melhor necessidade do caso sob apreciação).

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todos os mecanismos de gestão processual apresentados, concluímos que os poderes instrutórios do juiz, enquanto agente político, foram expandidos em conjunto com os deveres do órgão jurisdicional. Tamaña expansão de poderes é necessária tendo em vista que o equilíbrio do dialogo processual idealizado pelo modelo de processo colaborativo é indissociável da adoção de uma postura mais ativa de todos os sujeitos processuais, inclusive do juiz, e o CPC/15 lhe confere maiores poderes para tanto.

Constata-se que o CPC/15 positivou uma tendência crescente nos últimos anos do CPC/73, dando os primeiros passos para o rompimento com a figura do juiz dispositivo, de mero expectador heterocompositivo do litígio, para a figura do juiz que participa e contribui efetivamente para o regular deslinde da controvérsia material.

Neste contexto propício ao ativismo judicial, é natural a indagação acerca da imparcialidade do magistrado na condução do processo. Sob nossa perspectiva, entende-se que não há prejuízo ao princípio do juízo natural, sobretudo na medida em que o dever de diálogo estabelece limites para a atividade jurisdicional a fim de evitar a quebra de neutralidade, tal como a oportunização do contraditório substancial pela intimação prévia de todos os atos de jurisdição, bem como, e mais importante, o dever de fundamentação adequada que, ao ser respeitado em sua essência, permite a falseabilidade necessária para a rediscussão e solução integral de mérito sempre que se houver suspeita de arbitrariedade.

Portanto, conclui-se que o Princípio da Cooperação do CPC/15 expandiu os deveres-poderes instrutórios do juiz de forma ordenada, visto que não olvidou de trazer limitações essenciais para garantir a ordem do processo. Neste esteio, entende-se que o juiz ativo não propicia favorecimento e desequilíbrio da isonomia processual, mas se presta exatamente a proporcionar a paridade de armas aos jurisdicionados uma vez que deve agir com respeito à garantia do devido processo legal.

Por derradeiro, concluímos que o Princípio da Cooperação trouxe uma contribuição de grande valia para o desenvolvimento da ciência processual brasileira, e atua como verdadeiro colaborador para a construção de um modelo de processo civil brasileiro pautado na justiça e na democracia, atendendo aos anseios da sociedade cada vez mais modernizada.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: RT, 3ª ed., 2001, p. 159

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do NOVO CPC Lei 13.105/15. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 21 - 26.

\_\_\_\_\_. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. Revista de Processo, v. 153, , 2007, p. 33-46.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

Degração do debate "ABDPRO/FALANDO DE PROCESSO #25 - Poderes Instrutórios do Juiz" com os professores Arlete Aurelli, Beclaute Oliveira Silva e Marcelo Lima Guerra, ocorrido em 30 jun. 2016, disponível em: . acesso em 29 jul. 2019.

DIDIER, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral, processo de conhecimento. 18. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. 3. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 391.

MOREIRA, Victória. NCPC: Os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil: Um contraponto entre a nova realidade brasileiro e o direito já existente em Portugal. Artigo disponível em: . Acesso em 20 jul. 2017.

TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz. Publicado em 1 set. 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Código de processo civil anotado. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227-228.

#### NOTAS:

<sup>[1]</sup> Art. 6º do CPC/15: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

[2] Art. 77 do CPC/15: "Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. [...]".

[3] Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. (princípio da vedação à decisão surpresa).

[4] Sobre técnicas de gestão formal e gestão material do processo, vale muito a pena conferir o artigo fortemente enriquecedor, sobre direito processual civil comparado de Victoria Moreira, colunista do grupo Processualistas: dedicado a análise do processo por mulheres – um projeto em parceria com o IBDP – Mulheres no Direito Processual Civil Brasileiro. Disponível em . Acesso em: 20 jul. 2017.

[5] Art. 4º do CPC/15: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. (princípio da primazia de julgamento de mérito.)".

[6] Art. 130 do CPC/73: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

[7] Art. 131 do CPC/73: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

[8] Art. 489, §§ 1º e 2º do CPC/15: "§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".

<sup>[9]</sup> Fredie Didier ressalta: Não nos parece possível defender a existência deste dever no direito processual brasileiro. A tarefa de auxiliar as partes é do seu representante judicial: advogado ou defensor público. Não só não é possível: também não é recomendável. É simplesmente imprevisível o que pode acontecer se se disser ao órgão julgador que ele tem um dever atípico de auxiliar as partes. (DIDIER, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral, processo de conhecimento. 18. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 133).

## PRETERIÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS E SUA DELIMITAÇÃO JURISPRUDENCIAL

**BRUNO DELGADO BRILHANTE:** Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-graduado pelo Centro de Ensino Luiz Flávio Gomes. Advogado com atuação em Direito Administrativo.

**Resumo:** Este artigo busca analisar, especificamente, a jurisprudência de Tribunal de Justiça estadual embasada em decisões do STJ e do STF sobre concursos públicos, em julgamentos do direito à nomeação de candidatos que, embora não estejam classificados dentro das vagas oferecidas em edital, mas que tenham suas posições alcançadas pela quantidade de contratações precárias.

**Palavras-chave:** Concursos públicos. Jurisprudência. Preterição. Contratação precária. Direito à nomeação.

**Abstract:** This article seeks to analyze the jurisprudence of the State Court based on decisions of the STJ and the STF on public tenders, on judgments of the right to nominate candidates who, although not classified within the vacancies offered in public notice, but have their positions reached by the number of precarious hires.

**Keywords:** Public tenders. Jurisprudence. Preterition. Precarious recruitment. Right to appointment.

**Sumário:** Introdução; 1. Da decisão do STF no RE 837.311; 2. Do entendimento do STJ sobre preterição em concursos públicos por contratações precárias; 3. Da definição de preterição pelo STF enquanto contratação precária e apta a justificar a nomeação de candidatos; 4. Da aplicação por Tribunal de Justiça estadual do entendimento do RE 837.311 em casos de contratação precária; 5. Considerações finais. 6. Referências.

---

### Introdução

Há decisões judiciais que tornam-se indiscutíveis vetores obrigatórios de subordinação aos nossos magistrados. Assim podem ser considerados os julgados



dos tribunais superiores tombados com o manto da repercussão geral, efeito este vinculador para os demais juízes e desembargadores.

Ocorre que, muitas vezes, na aplicação do direito, há uma generalização inadequada da justiça feita nas decisões paradigmas, convolvendo-as em verdadeiros instrumentos de “injustiça em série”, maquinizando o irrepetível, pois assim o são, muitas vezes, um processo judicial.

Tal fenômeno tem sido constatado nas decisões pátrias relativas ao enquadramento de contratações precárias como espécie de preterição dos candidatos aprovados em concursos públicos, ainda que fora do número inicial de vagas previsto em edital.

#### **1. Da decisão do STF no RE 837.311**

Na rotina dos concursos públicos *sub judice*, tem-se replicado como parâmetro para casos de preterição por contratação precária e inúmeras outras situações, a seguinte decisão do STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRATIVO PÚBLICO. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUIVOCADA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. AÇÃO RECORRIDA EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais:

i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099);

ii) **Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF);**

iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

(...)

9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

(RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUI?; Relator Min. Luiz Fux; Julgado em 09/12/2015)

(grifos nossos)

Como bem destaca a própria decisão do STF, as hipóteses de incidência “i), ii) e iii)” da regra de convocação da expectativa em direito subjetivo a nomeação são elencadas *verbi gratia*, ou seja, como exemplos.

Portanto, parece que, a fim de alcançar metas administrativas de processos sentenciados, enquanto vítimas de um sistema injusto de extrema sobrecarga processual, muitos julgadores tem decidido tal tema “em série”, fabricando lotes decisórios, criando uma realidade incompatível com a sensibilidade que cada demanda suplica.

Os trechos pétreos do RE 837.311 não deveriam ser tais tópicos, repita-se, *verbi gratia*, mas sim o trecho em que afirma que “o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito a nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame”, este sim o decifrador do espírito decisório em questão, detentor de margem hermenêutica para que o juiz de piso possa debruçar-se sobre o caso sob seu crivo e efetivamente ser um real instrumento de justiça social.

O RE 837.311, ao exemplificar a hipótese de preterição dos candidatos, limita-se a abordar a desobediência a ordem classificatória, o que, cabe ressaltar, sequer é uma prática comum no universo dos concursos públicos. Prática reiterada em verdade é aquela consistente na desmoralização social consistente em contratação precária de servidores sem concurso público e sem qualquer outro critério seletivo meritório, ao absoluto arrepio de todo um sistema normativo, chamado de estatuto constitucional do concurso público.

## **2. Do entendimento do STJ sobre preterição em concursos públicos por contratações precárias**

A decisão seguinte, do Superior Tribunal de Justiça, muito bem lança uma contraposição à caracterização de preterição em concursos públicos prevista no RE 837.311, do STF, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. **CONCURSO PÚBLICO** PARA O CARGO DE ANALISTA DE FINANÇAS E CONTROLE DA CGU, ÁREA DE COMUNICAÇÃO

SOCIAL. CANDIDATO APROVADO NO CADASTRO DE RESERVA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À **NOMEAÇÃO**. ORDEM DENEGADA, EM HARMONIA COM O PARECER MINISTERIAL.

1. É firme o entendimento do STJ de que os candidatos classificados além das vagas inicialmente oferecidas pelo Edital não têm direito líquido e certo à **nomeação**, não sendo a criação de vagas por lei e, tampouco o reconhecimento da necessidade de preenchimento dos cargos pela Administração Pública, motivo suficiente para convolar a mera expectativa de direito em direito líquido e certo. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no RMS 37.559/DF, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 26.8.2016.

2. In casu, para se reconhecer o direito subjetivo dos impetrantes à nomeação no cargo público, cabia-lhes provar, no tocante às vagas remanescentes, (i) que candidatos melhor classificados não teriam interesse ou condições de ocupar o cargo; (ii) que ocorreria preterição ou violação da ordem de classificação dos candidatos nomeados ou a contratação de outras pessoas de outras pessoas, precariamente, para estas mesmas vagas, ainda na vigência do concurso público; (iii) a abertura de novo certame, ainda na vigência do anterior. Todas essas hipóteses, em tese, levariam à procedência do pedido, o que, contudo, não é o caso dos autos.

3. De acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, os candidatos aprovados em concurso que não se classificam dentro do número de vagas previsto no edital têm mera expectativa de direito à nomeação, expectativa que só se converte em direito líquido certo, se ocorrer qualquer das hipóteses apontadas no item 2, ou se forem abertas vagas novas no prazo de validade do certame, bem como se surgir a abertura de lugar preenchível no quadro, decorrente, por exemplo, de aposentadorias, exonerações, demissões, óbitos ou outros eventos.

4. Registre-se que a figura da preterição de candidato concursado e aprovado pode assumir diversas faces por apresentar-se por meio de diversos estratagemas. **A única forma de preterição não é a convocação à nomeação de quem fora classificado em posição inferior**

à do impetrante, embora esta seja a sua forma mais comum. Também é preterição, por exemplo, a requisição de servidores de outros órgãos para preencher as vagas licitadas, a contratação temporária de pessoas, a atribuição das funções dos cargos submetidos a concursoa outrem, como estagiários, terceirizados, etc. A preservação do direito subjetivo dos concursados é tarefa que cabe ao Poder Judiciário cumprir, de modo que se combatam as muitas formas de magoar o direito subjetivo das partes.

#### 5. Ordem denegada.

(MS 21014 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2014/0122287-9; Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; 28/11/2018)

(grifos nossos)

A decisão do STJ, ao mesmo passo que desmistifica o aprisionamento jurisprudencial sobre a moldura cognitiva da preterição em concursos públicos emprestada por alguns tribunais e juizes de primeiro grau, confere às hipóteses aposentadoria, exoneração, óbito, entre outros, de servidores dos quadros o status de ocorrência de inequívoca de surgimento de novas vagas.

É prudente que sejam vistos entendimentos desta estirpe como um farol de discernimento aos julgadores de menor alcance decisório, seja pela posição própria de superioridade daquele tribunal, seja pelo seu caráter uniformizador, seja por, ao tempo que baliza, referencia a peculiaridade que reclama cada caso na seara dos concursos públicos levados a juízo.

### **3. Da definição de preterição pelo STF enquanto contratação precária e apta a justificar a nomeação de candidatos**

No mesmo sentir, interessante trazer, neste momento, decisão do próprio STF alargando o conceito de preterição no seguinte julgado, demonstrando inequivocamente o alcance distinto do significado outrora reduzido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. RECURSO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. EXISTÊNCIA DE CARGOS

VAGOS A SEREM PREENCHIDOS. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE PESSOAL. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO SÚMULA 279/STF. CARÁTER PROTELATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. A petição de agravo regimental não impugnou os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a repetir as razões de mérito desenvolvidas no recurso extraordinário. Nesses casos, é inadmissível o agravo, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal. Precedente. 2. **O exercício precário, por meio de provimento de cargo em comissão ou celebração de contrato de terceirização, de atribuições próprias do servidor de cargo efetivo para o qual há vagas e concurso público vigente configuraria preterição dos candidatos aprovados, ainda que em número excedente às vagas inicialmente previstas no edital. Caso comprovado que o número de contratações precárias alcançou a posição ocupada pelo candidato no momento da aprovação no respectivo certame, ficaria caracterizada a preterição e garantido o direito subjetivo à nomeação.** 3. **O Tribunal de origem assentou a existência de contratação de pessoal, a título precário, para o mesmo cargo para o qual a ora recorrida havia sido aprovada em concurso público, o que evidencia sua preterição.** De modo que dissentir dessa conclusão demandaria uma nova análise dos fatos e do material probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279/STF. Precedente. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 5. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 971251 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 05-09-2016 PUBLIC 06-09-2016)

(grifos nossos)

#### 4. **Da aplicação por Tribunal de Justiça estadual do entendimento do RE 837.311 em casos de contratação precária**

A exemplo do que até aqui foi combatido, insta trazer decisão do TJPB em que o direito à nomeação do candidato não foi reconhecido, citando-se o RE 837.311, sob o fundamento de que não foi comprovado a existência de vaga excedente criada dentro do prazo de validade. Ora, e se os cargos vagos já existem anteriormente ao certame? O que justifica a necessidade de se comprovar a criação de novas vagas necessariamente dentro do prazo de validade?

Os questionamentos buscam o verdadeiro balizamento dos termos ou exemplos utilizados nos acórdãos sob repercussão geral dos tribunais superiores com o caso sob o crivo do julgador de piso, com a, frise-se, sensibilidade ao julgar que roga cada processo envolvendo direitos dos candidatos em concursos públicos. Segue a decisão do TJPB:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS CLASSIFICADOS FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. **ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE VAGA EXCEDENTE CRIADA NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. NÃO DEMONSTRAÇÃO DAS HIPÓTESES DE PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.** ACERTO DA DECISÃO RECORRIDA. DESPROVIMENTO. - O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 837.311/PI, pacificou a orientação de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera, automaticamente, o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital. Fez-se ressalvas às hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, caracterizada "por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame", exigindo-se, no entanto, a demonstração, de forma cabal pelo candidato, da ocorrência dessas situações. - **Não há ilegalidade na contratação temporária por prazo determinado, autorizada pelo art. 37, IX, da Constituição Federal, durante o prazo de validade do concurso, visto que, não havendo previsão de vaga excedente para nomeação, poderá surgir para a Administração Pública razão excepcional para realizar a contratação temporária.**

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00889360420128152001, 1ª Câmara Especializada Cível, j. em 30-10-2018)

(grifos nossos)

Neste próximo julgado, igualmente do TJPB, o simples fato das vagas previstas em Edital não alcançarem o autor foi utilizado como permissa para a

improcedência do pedido, restando as contratações precárias invisíveis ao crivo do julgador, ao afirmar a ausência de preterição *in casu*.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DE CANDIDATO FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL. **CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS NO CURSO DO CERTAME. AUSÊNCIA DE PRETERIÇÃO. VAGAS EFETIVAS QUE NÃO ALCANÇAM A COLOCAÇÃO DO RECORRENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.** PRECEDENTE DO STF NO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS - RE 837311 - TEMA 784. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA E DESPROVIMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou a tese de repercussão geral no estabelecendo que: o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1- Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima'. **3- Não se confunde contratações temporárias de prestadores de serviço com vagas efetivas para fins de provimento de concurso público.** - Manutenção da Sentença e Desprovemento do recurso.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00571030220118152001, j. em 17-10-2018)

(grifos nossos)

O cerne da análise ao julgar deve ser a existência de cargos vagos criados por lei em quantidade suficiente a alcançar o candidato querelante, e não o quantitativo de vagas oferecidas no certame.



## 5. Considerações finais

Portanto, a problemática trazida, especificamente quanto ao tema da preterição em concursos públicos, permite constatar que é preciso que seja aprimorado o balizamento com que as decisões de magistrados e tribunais espelham acórdãos proferidos pelos tribunais superiores, a fim de que não se perca o estudo minucioso e a correlata hermenêutica decisória exigida em cada *case*.

Certamente, o espírito do RE 837.311 do STF foi, nas hipóteses ali elencadas, conceituar espécie de preterição, a saber, a existente na ordem classificatória, sem excluir circunstâncias outras que igualmente a configuram, a ser detidamente observada e tipificada a partir de cada caso.

**VICTOR CARVALHO DE AMARANTE**

**ADPF 347 - O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: condições  
das prisões e a síndrome da ineficiência no poder público**

**BARREIRAS – BAHIA**

**2018**

**VICTOR CARVALHO DE AMARANTE**

**ADPF 347 - O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: condições das prisões e a síndrome da ineficiência no poder público**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao curso de Direito da Faculdade Dom Pedro II de Barreiras, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador (a): Fadima Nakhala Darian e Silva

**BARREIRAS – BA  
2018**

---

A485a Amarante, Victor Carvalho de

ADPF 347 - O estado de coisas inconstitucional: condições das prisões e a síndrome da ineficiência no poder público / Victor Carvalho de Amarante -- Barreiras, 2018.  
57 p.

Monografia (Graduação – Curso de Bacharel em Direito) Faculdade Dom Pedro II – UNIDOM.  
Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Fadima Nakhala Darian e Silva.

1. Constituição da República Federativa do Brasil 2. Inconstitucionalidade 3. Estado de Coisas 4. Ineficiência 5. Omissão I. Silva, Fadima Nakhala Darian e II. Título.

CDU 342.4  
CDD 340

---

Ficha catalográfica elaborada por Bibliotecário  
Ednilson M. Brito Filho – CRB 5/1743

## **VICTOR CARVALHO DE AMARANTE**

**ADPF 347 – O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL:** condições das prisões e a síndrome da ineficiência no poder público

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada a Faculdade Dom Pedro II de Barreiras – Bahia, como requisito final à obtenção do título de bacharel em Direito.

BARREIRAS, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

### **Banca Examinadora:**

---

Orientador (a): Fadima Nakhala Darian e Silva

---

Lilian Castro De Oliveira

---

Kaline Tatiane Passos Da Hora

A Deus, porque dele, por ele e para ele são todas as coisas. Grato a Ele, pelo seu amor imensurável e indescritível, que me fez prosseguir avante em meio às dificuldades.

Aos meus Pais, Nilson Gonçalves de Amarante e Solange de Carvalho Amarante, pela dedicação, pela amizade e pelo companheirismo. Deixo a eles o meu agradecimento por toda contribuição na realização dos meus sonhos.

A minha orientadora, Professora Fadima Nakhala Darian e Silva, pelos sábios ensinamentos, colaboração e orientação durante a pesquisa.

A todos aqueles que fazem parte da minha vida, que de alguma forma, contribuíram para o desenvolvimento dessa Monografia.

“Costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos.”

Nelson Mandela

AMARANTE, Victor Carvalho de. **ADPF 347 - O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: condições das prisões e a síndrome da ineficiência no poder público.** Barreiras-Bahia, 2018, p 58.

## RESUMO

A presente pesquisa busca a análise técnica e científica do conceito jurídico denominado de Estado de Coisas Inconstitucional em face do sistema penitenciário, averiguando, portanto, o descumprimento funcional da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, mediante uma síndrome de ineficiência no Poder Público. O Estado de Coisas Inconstitucional surgiu na década de 90 na Colômbia, através da sua Corte Constitucional, que reconheceu uma violação massiva e generalizada de direitos e garantias fundamentais de professores que tiveram seus direitos previdenciários negados pelas autoridades locais. Adotou-se novamente o conceito relativamente ao sistema penitenciário, quanto à superlotação e a supressão dos direitos mínimos existenciais dos presos. O instituto em análise foi adotado no Brasil em 2015, quando o Supremo Tribunal Federal assumiu um papel ativo para resguardar a eficácia da Carta Constitucional, visando uma solução para a patente situação que expõe o quadro deficitário das prisões brasileiras. Foram arguidas pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), as mais variadas lesões aos preceitos fundamentais previstas na CRFB/88. Cita-se, ainda, a falta de alegação de recursos suficientes, a falta de vontade política para resolver o problema e o descaso total dos órgãos responsáveis, como aspectos determinantes para a crise das prisões brasileiras. Diante das condições atuais, a Suprema Corte adotou medidas cautelares determinando que os juízes observassem obrigatoriamente a audiência de custódia em até 90 dias, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Determinou ainda, o descontingenciamento das verbas existente no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, proibindo à União Federal de realizar novos contingenciamentos. Portanto, para o desenvolvimento do vigente trabalho, será utilizada a pesquisa bibliográfica, a partir de doutrinas, leis e casos específicos, adequando-os ao caso concreto, utilizando-se do método dedutivo, indutivo e dialético, que buscará desenvolver uma linha de raciocínio própria, a fim de se aprofundar no entendimento do tema escolhido.

Palavras-Chaves: Estado de Coisas; Inconstitucionalidade; Ineficiência; Omissão.



## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

|  |    |
|--|----|
| Figura I – Humilhação e Descaso: comidas servidas em sacos plásticos | 15 |
| Figura II – Cella que evidencia a degradação do sistema prisional    | 16 |
| Figura III – Superlotação nos presídios                              | 19 |
| Figura IV – Escolaridade dos presos no Brasil                        | 46 |
| Figura V – Trabalho dos presos na APAC                               | 51 |
| Figura VI – Função desenvolvida pelos detentos                       | 52 |
| Figura VII – Detentos fazendo a própria alimentação                  | 52 |

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais.

CF – Constituição Federal.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito.

CP – Código Penal.

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil.

ECI – Estado de Coisas Inconstitucional.

FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

LEP – Lei de Execução Penal.

STF – Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

|          |  |    |
|----------|--|----|
| <b>1</b> | <b>INTRODUÇÃO</b>  | 9  |
| <b>2</b> | <b>A PENA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988</b>   | 11 |
| 2.1      | LESÕES A PRECEITOS FUNDAMENTAIS  | 14 |
| 2.2      | SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA  | 18 |
| 2.3      | VIOLÊNCIAS NOS PRESÍDIOS   | 20 |
| 2.4      | CPI – SISTEMA CARCERÁRIO   | 21 |
| <b>3</b> | <b>FUNÇÕES DA PENA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO</b>                                | 24 |
| 3.1      | REPRESSÃO DE CRIMES  | 25 |
| 3.2      | PREVENÇÃO POR INTIMIDAÇÃO  | 26 |
| 3.3      | RESSOCIALIZAÇÃO E REINTEGRAÇÃO DO APENADO  | 26 |
| <b>4</b> | <b>A INÉRCIA DO PODER PÚBLICO E O DESCUMPRIMENTO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO</b>             | 30 |
| 4.1      | AS POLÍTICAS PÚBLICAS, A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL                        | 31 |
| 4.2      | O PAPEL DA JURISDIÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E DA MÁXIMA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL | 34 |
| <b>5</b> | <b>ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: a medida implementada pelo poder judiciário</b>      | 37 |
| 5.1      | ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347                                     | 39 |
| 5.1.1    | <b>Audiências De Custódia</b>  | 42 |
| 5.1.2    | <b>Fundo Penitenciário Nacional - Funpen</b>   | 43 |
| <b>6</b> | <b>MEDIDAS ALTERNATIVAS COMO SOLUÇÃO PARA A CRISE CARCERÁRIA NO BRASIL</b>                 | 44 |
| 6.1      | ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL E COLABORAÇÃO AO TRABALHO  | 45 |
| 6.2      | ASSISTÊNCIA SOCIAL E PENAS ALTERNATIVAS  | 49 |
| 6.3      | ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AO CONDENADO -APAC                                    | 51 |
| <b>7</b> | <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>  | 53 |
| <b>8</b> | <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>  | 55 |

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a adoção do instituto Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF) 347, relativamente ao sistema penitenciário brasileiro.

O conceito jurídico em análise é uma técnica adotada preliminarmente pela Corte Constitucional da Colômbia na década de 90. Assim, para a sua caracterização é necessário o reconhecimento de violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais, a omissão das autoridades públicas no cumprimento das obrigações constitucionais e a superação das violações por uma pluralidade de órgãos.

Nesse contexto, diante dos reiterados descumprimentos da Constituição Escrita, no que tange as violências, superlotação e lesões a preceitos fundamentais nas prisões nacionais, a proposta do trabalho científico visa apresentar conceitos e definições para a discussão de possíveis alterações nas políticas atuais e na busca de reconhecer e efetivar os direitos humanos fundamentais em sua totalidade.

Ao analisar o quadro histórico e surreal das prisões brasileiras, surge o questionamento: De que forma o reconhecimento e o enfrentamento do instituto denominado de Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, adotado pelo STF na ADPF 347, tem buscado a efetivação dos direitos constitucionais fundamentais pelo Poder Público?

Observa-se que, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, a Suprema Corte determinou à realização efetiva das audiências de custódia e a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), com o propósito de construir soluções estruturais às violações massivas aos apenados no sistema prisional nacional.

De forma geral, a referida pesquisa averiguará formas de superação das normas agravadas, como a reforma do sistema carcerário, tencionando medidas que melhorem as condições físicas, psíquicas e higiênicas e o investimento na assistência social, educacional e a saúde, bem como a colaboração para o trabalho, com o intuito de promover respeito à dignidade humana e a ressocialização e reintegração do preso na sociedade.

O Trabalho de Conclusão de Curso estrutura-se em seis capítulos, apresentando-se no segundo, aspectos constitucionais relativos à aplicação da pena e o seu efetivo descumprimento na sujeição dos presos aos mais variados tipos de lesões aos preceitos fundamentais.

No terceiro capítulo serão apresentadas as funções da pena adotadas pelo ordenamento jurídico pátrio, quais sejam: a repressão de crimes, prevenção por intimidação e a ressocialização. Inclusive, constatar-se-á que em razão da falta de estrutura e ineficiência pública, tais funções não alcançam seus objetivos, restando comprovado o alto índice de reincidência no País.

No quarto capítulo a abordagem refere-se ao descumprimento funcional da Constituição Escrita, mediante uma conduta omissiva por parte dos entes políticos, sendo inviável a justificativa da reserva do possível, tendo em vista, se tratar de direitos mínimos existenciais. Analisará, ainda, o papel da Suprema Corte em resguardar a eficácia da Constituição, diante da ação e omissão inconstitucional do Poder Público.

Segue-se, analisando, no quinto capítulo a expressão visível e lamentável de um estado de coisas inconstitucional, referente ao sistema penitenciário nacional. Também, serão observados os conceitos, requisitos e efeitos que norteiam o instituto supramencionado, adotado no Brasil em 2015, por meio de uma ADPF, e as suas contribuições para o quadro deficitário nacional.

Reserva-se ao capítulo sexto encerrar-se abordando as medidas alternativas, devidamente comprovadas, que poderá melhorar o quadro histórico e surreal das prisões brasileiras.

O estudo em caso utilizará como base, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, o Código Penal (CP) de 1940, a Lei 7.210 de 11 de Junho de 1984 – LEP, decisões jurisprudências e autores como: Barcelos (2010), Barroso (2011), Cabral (2006), Campos (2016), Cunha (2016), Cordeiro (2014), Filho (2012), Foucault (1988), Garavito (2017), Greco (2014, 2015, 2017), (Guimarães 2017), Marcão (2015), Mendes (2017), Moraes (2011), Novelino (2016), Salim e Azevedo (2017).

## 2 A PENA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Precipualemente destaca-se que o Brasil já teve varias constituições, cita-se: as de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967. Todas elas previam disposições relacionadas a aplicação da pena e o modo de tratamento do sentenciado. Algumas das Constituições em destaque regulamentava a aplicação de penas cruéis, degradantes e de morte.

A Carta Constitucional vigente até os dias atuais, chamada de Constituição da República Federativa do Brasil, foi promulgada em 5 de Outubro de 1988, através da assembleia nacional que instituiu um estado democrático de direito.

Considerada como a “Carta Cidadã”, a CRFB de 1988, baseou-se nos direitos da pessoa humana. Sendo assim, visualiza-se a relevância dos direitos assegurados ao homem, preliminarmente no preâmbulo do Texto Constitucional.

Nesse prelúdio (Brasil, 2018, p. 39, grifo nosso), é categoricamente revelado:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a **assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça** como valores supremos [...].

O artigo 5º a 11 da CRFB/88 apresenta um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais. Ademais, cumpre aqui relatar que a enumeração dos direitos fundamentais protegidos pelo Texto Constitucional abrange diversas dimensões, tais como: à vida, à liberdade, à saúde, à educação, à segurança, dentre outros.

Observa-se, que a Lei Maior de maneira exuberante utiliza-se variadas terminologias para se referir aos direitos do homem, cita-se: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias fundamentais (Título II) e direitos sociais (art. 6º). Isso demonstra a intensa preocupação do Constituinte Originário em estabelecer um nível de proteção mínima que o Poder Público deve respeitar.

Ainda, nos termos do artigo 5º, §3º, nota-se, que, as normas indicativas de direitos e garantias fundamentais são dotadas de aplicabilidade imediata, sendo assim, estão aptas desde o seu nascimento, a produzirem todos os seus efeitos.

Além disso, denota-se que, a Carta Constitucional dispõe no artigo 60, §4º, IV, que os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, logo, não podem ser alteradas ou abolidas da Carta Constitucional.

Vale salientar, que, os direitos fundamentais se efetiva através da dignidade da pessoa humana, conforme a dicção legal do artigo 1º, III, da Constituição Federal, que idealiza o mencionado princípio como a base do Estado.

Segundo explica Filho (2012, p. 140), os direitos fundamentais: “consiste em um conjunto de normas jurídicas, previstas primariamente na Constituição e destinadas a assegurar a dignidade humana em suas diversas manifestações.”

Ademais, os direitos fundamentais estão extremamente adstritos à ideia de pretensão, liberdade, poder e imunidade, sendo qualificados pela sua universalidade, indisponibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade.

A Constituição promulgada em 5 de Outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais. [...] A Constituição, que, significativamente, pela primeira vez na História do nosso constitucionalismo, apresentava o princípio à dignidade da pessoa humana e o Título dos direitos fundamentais logo no início das suas disposições, antes das normas de organização do Estado, estava mesmo disposta a acolher o adjetivo *cidadã* [...] (MENDES, 2017, p. 100 – 101).

Portanto, há dois enfoques para o princípio norteador da dignidade da pessoa humana, ao passo que o Estado deve atender as necessidades básicas do ser humano, como educação, a saúde, alimentação, trabalho, moradia e segurança, na forma do artigo 6º, caput, da CF/88, devendo, também, impor medidas de respeito e autoestima a integridade física do homem.

Sendo inegáveis e relevantes ao arcabouço normativo do Estado Democrático de Direito, e fulcro essencial ao constitucionalismo moderno, os direitos fundamentais, pretendem garantir que todos os indivíduos não sofram tortura e tratamento degradante que cause sofrimento psíquico e físico.

No Brasil, após uma longa história de penas cruéis e de tortura, a Lei Suprema de 1988, estabeleceu uma série de medidas que visaram garantir direitos fundamentais, protegendo, assim, os sujeitos que estão em território nacional.

Dispõe o artigo 5º, XLVII, da CRFB/88 que não haverá penas: de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. Portanto, houve uma proibição de uma série de penas que causam afronta a dignidade da pessoa humana.

Elucida a disposição do artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988 e o artigo 32 do Código Penal, que atualmente no Brasil, existem três espécies de penas: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.

Vale destacar, que o Estado detêm do direito exclusivo e indelegável de utilizar o “*ius puniendi*”, quando o agente comente um fato típico, ilícito e culpável. Contudo, as penas impostas devem obedecer aos princípios normativos previstos na Constituição Federal e no Código Penal.

Cumpra trazer à baila a disposição legal do artigo 38 do CP, na qual prevê que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, restando às autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

**Pena** é espécie sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata a autoria e materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável não atingido por causa extintiva de punibilidade (CUNHA, 2016, p.395, grifo do autor).

Na sua aplicação, a pena deve observar os princípios básicos que estão implícitos e explícitos na Carta Magna e no Código Penal de 1940. O ordenamento jurídico prevê inúmeras regras que regulam a prisão, o processo e a execução penal.

No que se refere à base constitucional, observa-se que a CRFB/88 regeu princípios normativos importantes quanto à justiça penal, a saber – legalidade, responsabilidade pessoal, humanidade, limitação das penas, ampla defesa e devido processo legal.

Os preceitos constitucionais relativos à prisão visaram frenar a atuação do Estado frente ao indivíduo, estabelecendo regras normativas pautadas no caráter humanitário, atendendo, portanto, a dignidade da pessoa humana.

Logo, há uma proteção garantida pela Lei Maior do Estado Brasileiro a todos os jurisdicionados, no que tange aos direitos da pessoa humana, afastando, desta maneira, as atuações violadoras de direitos mínimos e as arbitrariedades que possam ser cometidas pelo Estado.



<sup>1</sup>Direito de Punir.

## 2.1 LESÕES A PRECEITOS FUNDAMENTAIS

Precipuamente, compete destacar os diversos dispositivos constitucionais que regem o sistema penitenciário brasileiro, tais como: a proibição da tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a vedação de aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII), o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza da infração, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII), a segurança á integridade física e moral dos presos (art. 5º XLIX) e os direitos sociais, como a educação, a saúde, a alimentação e o trabalho (art. 6º).

No plano infraconstitucional, cita-se ainda, a Lei 7.210, de 11 de Julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal. Um dos principais objetivos da referida lei é efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, possibilitando condições para a reintegração e ressocialização do apenado.

No que se refere à LEP, tome-se por base para a interpretação e detalhamento dos princípios constitucionais que versam a respeito das condições das prisões os artigos 10 - 14, 17, 22, 24, 25, 28.

Conforme previsão normativa, nos termos do artigo 10 e 11 da LEP, a assistência aos presos é dever essencial do Estado, que deverá regular a execução penal, através da assistência material, a saúde, a jurídica, a educacional, social e a religiosa.

Além disso, prevê a norma jurídica, nos termos do artigo 31 a 36 da LEP, que o Estado deve colaborar para a obtenção do trabalho, com medidas finalísticas de educação e produtividade. Dispõe ainda, a necessidade de toda uma arquitetura dos estabelecimentos prisionais, devendo contar em suas dependências áreas que propiciem serviços de assistência mínima.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao proclamar o respeito à integridade física e moral dos presos, em que pese à natureza das relações jurídicas estabelecidas entre a Administração Penitenciária e os sentenciados a penas privativas da liberdade, consagra a conservação por parte dos presos de todos os direitos fundamentais reconhecidos à pessoa livre, com exceção obviamente daqueles incompatíveis com a condição peculiar de preso (MORAES, 2011, p.274).

Nesse ínterim, destacam-se as seguintes situações: insalubridade e proliferação, contágio de doenças, comida intragável, temperaturas extremas, tortura, crueldade, homicídios frequentes, espancamento e violência sexual, ausência de assistência judiciária adequada, homens aglomerados como lixo humano e degradação humana em estado de vulnerabilidade.

Figura I - Humilhação e Descaso: comidas servidas em sacos plásticos



Fonte: Comissão Parlamentar de Inquérito de 2009.

Diante do exposto, nota-se a frequência de violações massivas aos direitos e garantias fundamentais em grande parte dos presídios brasileiros, no tocante a dignidade da pessoa humana, higiene física e integridade psíquica.

Conforme narrado, não se pode olvidar que o texto constitucional e as normas infraconstitucionais que estabelece a aplicabilidade dos preceitos fundamentais aos apenados vêm sendo frequentemente violados e descumpridos por parte das autoridades competentes.

Indubitavelmente, o Estado detentor do direito de punir não deve ultrapassar as disposições legais da restrição de liberdade. Constata-se diariamente uma punição que vai além da segregação, aquela, porém, que retira os direitos mínimos existências garantidos a todos os seres humanos.

**O sentenciado**, ao ingressar no sistema prisional, **sofre uma punição** que a própria Constituição da República **proíbe e repudia**, pois a omissão estatal na adoção de providências **que viabilizem a justa execução da pena cria** situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, **culminando por subtrair** ao apenado o direito – *de que não pode ser despojado* – ao tratamento digno. (ADPF 347, p. 159, grifo do autor).

Daí, percebe-se, a complexidade e o agravamento da situação quando o Estado não se inclina para trazer soluções, levando a efeito consequências mais severas quanto apenas a restrição da liberdade. Assim, todo aparelhamento contribui e estimula comportamentos antissociais, que afastam de vez a reabilitação.

Figura II – Cella que evidencia a degradação do sistema prisional.



Fonte: Comissão Parlamentar de Inquérito 2009.

Conforme a lente normativa, o Estado não deve ultrapassar o previsto na Carta Constitucional, sendo vedado, portanto, a utilização de meios e fins que retirem dos apenados os direitos fundamentais.

Quanto à respectiva qualidade das prisões, Cabral (2006, p.130) cita que:

[...] os estabelecimentos penais devem ser avaliados em função de sua capacidade de [...] promover as condições necessárias para que o cumprimento da pena ocorra de forma digna e em consonância com os direitos humanos básicos. Em relação a este ultimo aspecto, destacam-se o direito a alimentação, à saúde e a um ambiente seguro no interior do cárcere – que não coloque em risco a integridade física e moral dos internos [...].

É de mencionar, no ano de 2015, a Organização das Nações Unidas - ONU, através do Conselho de Direitos Humanos, qualificou o sistema carcerário como perturbador e submeteu o Brasil às sanções, diante das imagens de violências entre os presos e a inércia para reverter esse quadro lamentável e angustiante.

Diante das reações internacionais, o Brasil alguns vezes se prontificou a investir nos presídios, com o intento de solucionar as violações constantes a dignidade da pessoa humana, levantando soluções que apenas permaneceram na teoria, não sendo constatável, por certo, um esforço real e imediato para resolver a situação.

As autoridades públicas não detêm do desejo de resolução, permanecendo omissos, sendo influenciados pela opinião pública e a mídia, que repudia veementemente os encarcerados, sem a mínima consciência que todo aparato interno se reflete externamente na sociedade em forma de violência urbana.

Não se reluta que os Governantes abandonam a pauta prisional em razão da deliberada rejeição popular quanto ao assunto. Os políticos lutam e, correto estão em fazer, pela saúde e a educação, que padecem de evidentes defeitos estruturais, mas observa-se a vontade política em resolvê-las.

Porém, quase não se vê campanhas eleitorais voltadas a resolução da crise carcerária nacional. Logo, em razão da ignorância política e o desprezo social, o debate e a ação parlamentar, por vezes, não alcança o sistema prisional brasileiro.

A causa do preso, definitivamente, não angaria a simpatia dos governantes que, mesmo veladamente, no fundo, a aceitam como forma de punição para aquele que praticou a infração penal. Na verdade, o comportamento dos governantes é um reflexo daquilo que a sociedade pensa sobre o tratamento que deve ser dirigido aos presos (GRECO, 2014, p.226).

Como observado acima, sendo a Constituição o direcionamento da atividade estatal, os entes políticos não devem se sujeitar ao senso comum. Lembra-se ainda, a opinião pública, que não possui diploma de bacharel em direito, não pode afetar a eficácia dos relevantes preceitos fundamentais, tendo em vista o desconhecimento da realidade medieval dos cárceres nacionais.

Em suma, a situação é extremamente desesperadora, ante as lesões aos direitos humanos fundamentais dentro dos presídios, e o aumento da violência e insegurança pública, fora deles. Nesse contexto, gradativamente, visualiza-se uma crise que há tempos vem se contrapondo ao ordenamento jurídico, atingindo a todos mediante o reflexo da realidade prisional nacional.

## 2.2. SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

O sistema penitenciário atual caminha em direção ao fracasso. Não se pode olvidar, a superlotação é a origem de todos os males. As notícias midiáticas revelam o colapso existente, fazendo notória a quantidade de presos e a qualidade de vida proporcionada pelo Estado aos apenados.

A superlotação carcerária é um mal que corrói o sistema penitenciário. O movimento de lei e ordem, ou seja, a adoção de um Direito Penal máximo, a cultura da prisão como resolução dos problemas sociais tem contribuído, enormemente, para este fenômeno. (GRECO , 2015, p.227)

Segundo dados do Instituto de Informações Penitenciárias (INFOPEN) 2016, o número de detentos no país chegou a 726 mil presos, diante de 368.049 mil vagas, o que resulta no déficit de 358.663 vagas. Os números assustadores indicam que o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, atrás dos Estados Unidos e China.

Entende-se, todavia, que consequências advindas da superlotação são imensuráveis, no tocante a integridade física e moral dos apenados, isto é – falta de condições mínimas de necessidades básicas, violência sexual, brigas de facções, epidemias, proliferação de doenças infectocontagiosas, insalubridade, homens amontoados como lixo humano, que dormem sem camas ou, em redes, em pé, em banheiros e pátios.

[...] as regras do cárcere demonstram uma absoluta incapacidade de alcançar a ressocialização do recluso. Além disso, a superlotação carcerária impossibilita que o preso viva com um mínimo de dignidade, num espaço físico razoável previsto em lei, [...] contribuindo tal quadro para a ocorrência de violências sexuais [...], a proliferação de doenças infectocontagiosas, bem como emula as rebeliões e o controle dos presídios por organizações criminosas (CORDEIRO, 2014, p. 142).

Sendo assim, é inquestionável que a superlotação produz efeitos estimulantes de vingança, tortura e crueldade, impedindo a reinserção e ressocialização do apenado ao convívio social, restando evidente que, ao saírem da prisão, os tais voltarão a práticas criminosas.

Figura III – Superlotação nos Presídios



Fonte: Comissão Parlamentar de Inquérito de 2009.

Malgrado haja previsão normativa quanto aos estabelecimentos penais no artigo 5º, inciso XLVIII da Carta Cidadã, dispondo a distinção de estabelecimentos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, na prática, observa-se o descumprimento total de um direito fundamental de aplicabilidade imediata.

Outrossim, consoante à regulamentação imposta pela lei infraconstitucional, ou seja, a LEP, especificamente nos artigos 82 a 90 da referida lei, evoca-se as mais variadas disposições quanto aos estabelecimentos penais. Destacam-se, um estabelecimento penal arquitetado com áreas e serviços destinados a assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

Nessa linha, a dicção legal afirma ainda os requisitos básicos da unidade celular, sendo elas - a salubridade do ambiente, a fim de proporcionar areação, insolação e condicionamento térmico, e ainda a área mínima de seis metros quadrados.

Assim, em razão da inexistência na prática do ordenamento jurídico quanto às condições das prisões, cumpre repetir aqui a contrariedade entre as normas e a realidade, por inércia legislativa e administrativa, em razão da rejeição popular e a indisponibilidade de recursos para a manutenção dos presos.

[...] “é público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social”. (RT, 736/685 Apud MARCÃO, 2015, p. 66).

Conforme citado acima, o déficit de vagas, indubitavelmente, instiga o não cumprimento das leis, e é considerado um problema singular e estrutural, de difícil reparação, consoante a estrutura terrificante e desvalida constituídas pelos poderes públicos.

Logo, é claro que a justiça penal deve ser efetiva, no sentido de reprimir a prática de crimes. Os juízes não se podem pautar na impunidade, deixando de aplicar a lei em decorrência da superlotação, posto à ineficiência do Poder Executivo, que detêm de competência constitucional prevista para efetivar as disposições constitucionais através de políticas públicas.

### 2.3 VIOLÊNCIAS NOS PRESÍDIOS

Além de estabelecer lesão à segurança do estabelecimento carcerário, a violência nos presídios ocasiona danos à coletividade, em decorrência da inadequação de mecanismos institucionais e ausência estratégica de um sistema satisfatório preventivo de conflitos.

Segundo dados do Instituto de Pesquisa Aplicada (IPEA) 2017, o Brasil ocupa uma das primeiras posições entre os países mais violentos do mundo, sendo registrados em 2015, aproximadamente 59.080 homicídios no país, isso significa 28,9 mortes a cada 100 mil habitantes.

Diante desses dados, ver-se que tais números apenas evidencia externamente o caos das prisões brasileiras. Essa conexão é vista no grande número de crimes adicionais cometidos por suspeitos, com o propósito de evitarem a prisão e o alto nível de reincidência.

Barcelos (2010, p. 57) leciona a respeito da conexão existente entre o tratamento dispensado e o aumento da criminalidade interna, isto é, nos presídios, e externa, ou seja, na sociedade.

O que se pretende registrar é apenas que há indícios de que o tratamento desumano conferido aos presos pelo sistema prisional brasileiro acaba por contribuir para o incremento da criminalidade e da violência urbana. Essa relação pode ser observada em ao menos duas circunstâncias diversas: no grande número de crimes graves adicionais cometidos por suspeitos, na tentativa de evitarem a prisão, e nos níveis altíssimos de reincidência verificados no Brasil. (BARCELOS, 2010, p.57)



Divulga-se com frequência, imagens chocantes de homens degolados, decapitados e carbonizados, destacando o quadro histórico e surreal, advinda da incapacidade do Estado de monitoramento interno. Os presos, por vezes, são encontrados com os mais variados tipos de objetos, como facas, armas e drogas.

Tentando exemplificar, cumpre necessário, relatar alguns casos específicos que ocasionaram repercussão nacional. Cita-se o caso no Carandiru, que em 02 de Outubro de 1992, segundo através de uma rebelião, terminou com 111 presos assassinados. Passando-se 24 anos, ocorre o segundo maior massacre, após uma briga de facções que deixou 56 mortos, esquartejados e decapitados, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus.

Nos primeiros dias do ano de 2017 a mídia brasileira e internacional revelou uma das maiores rebeliões ocorrida em diversos presídios nacionais. Foram constatadas diversas rebeliões em vários estados do Brasil, e isso, acarretou 133 mortes, em apenas 15 dias.

Os frequentes acontecimentos brutais surgem da falta de aplicação de recursos, falta de servidores, falta de monitoramento e vigilância, inclusive o alto índice de corrupção em massa existente das prisões brasileiras. Ressalta-se, que algumas cadeias estão sob o domínio de facções, considerando que, os agentes internos não conseguem conter e evitar acontecimentos bárbaros.

Portanto, conforme relata o Ministro Aurélio (ADPF 347, 2015, p. 26) é incontestável, que, as prisões funcionam como uma verdadeira escola de infrações, que transformam pequenos delinquentes em “monstros do crime”, dado o alto índice de reincidência em crimes mais graves.

Daí, tais estabelecimentos reproduzem comportamentos antissociais, afastando indubitavelmente, a ressocialização. Todavia, o aparelho do sistema atual com o seu modelo degradante atua socializando ainda mais o apenado à criminalidade.

#### 2.4 CPI – SISTEMA CARCERÁRIO

Prevista no artigo 58, § 3º, da CRFB/88, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) são comissões temporárias, criadas pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante o requerimento de 1/3 de seus membros, destinadas a investigar fato certo e determinado.

Diante dos absurdos advindos do sistema penitenciário nacional, em 2015, houvera sido criada uma CPI com o propósito de investigar as condições das prisões na atualidade. Saliente-se, entretanto, que esta é a segunda investigação relativa à realidade desse sistema, pois, em 2009, a Câmara dos Deputados já havia enfrentado a problemática existente.

A CPI (2009) constatou em diversos estabelecimentos carcerários esgotos escorrendo pelos pátios, proliferação de insetos, comida oferecida em sacos plásticos, presos com doenças infectocontagiosas misturados com outros detentos, falta de remédio e medicamentos.

Diante da latente desestruturação revelada pelos meios informativos, ante ao sistema carcerário, a CPI buscou enfatizar as crescentes e constantes rebeliões de presos, a superlotação dos presídios, as péssimas condições físicas das instalações e os altos custos financeiros de manutenção destes estabelecimentos.

Segundo relatos declarados no Relatório Final da CPI divulgada em 2017, os membros da comissão, constataram números elevados de déficit na quantidade de vagas, cenas de tortura e assassinatos, índice maior da expansão do narcotráfico e o domínio evidente dos estabelecimentos prisionais brasileiros pelas facções criminosas.

Nota-se, que, o Estado perdeu o controle dos presídios, conforme a análise da CPI (2017, p.179):

[...] as organizações criminosas atuantes nos presídios são capazes de se organizar de modo a promoverem rebeliões com o objetivo de concessão de entrada de objetos proibidos, alimentação diferenciada, impedir a desarticulação das lideranças, evitar que seus integrantes sejam submetidos a regime disciplinar diferenciado (RDD), bem como facilitar a realização de visitas íntimas, que hoje ocorrem de forma desumana e degradante, sendo utilizadas muitas vezes como chantagem entre presos de maiores escalões com os de menores, que em troca de sua integridade física ou benefícios tem que conceder suas esposas, mães ou irmãs aos demais presos nessas visitas, onde a prática de sexo muitas vezes é realizada na presença de crianças.

Resta evidente, que o Estado perdeu o controle da segurança em alguns presídios, e isso se revela assustador, tendo em vista à proporção que se instaura de insegurança e a síndrome de ineficiência do Poder Público em instituir medidas que efetivam a Lei Maior do Estado Brasileiro.

Constam, ainda, diversos problemas que ensejam lesões aos preceitos fundamentais mínimos, distribuídos em diversos estados da federação. Foram certificado falta de água potável, vasos sanitários construídos a partir de um buraco no chão, sem descarga, resultando em odor insuportável, contribuindo com a proliferação de insetos, comidas intragáveis entregues em sacos de plásticos e homens com doenças infectocontagiosas, misturados com outros detentos, sem a garantia do direito de tratamento e remédios.

Conforme observado, nota-se, que todo aparato que norteia o sistema penitenciário encontra-se em decadência, possibilitando o crescente desrespeito aos preceitos da Carta Magna, inviabilizando a ressocialização e transformando as prisões em uma verdadeira escola de crimes.

### 3 AS FUNÇÕES DA PENA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

No âmbito jurídico, entende-se, que a pena possui a elementar de retribuição, sendo esta, justa e merecida, conforme a proporcionalidade e a gravidade do delito. Ademais, os objetivos constituídos pelo ordenamento jurídico pátrio institui que os propósitos da pena são: a repressão de crimes, a prevenção por intimidação e a ressocialização do apenado.

O Código Penal em vigor adotou quanto à função da pena a teoria mista ou unificada, como está disposta no artigo 59, que diz:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Posto isto, tratando-se da culpabilidade, volta-se o legislador a exigir do magistrado a avaliação de reprovação do crime praticado, demonstrando, entretanto, que a censura deve incidir de forma ampla, ou seja, sobre o autor e o fato.

Em relação à matéria de antecedentes no direito penal, deve o Juiz analisar a vida pregressa do criminoso, especificamente em matéria criminal. Quanto à conduta social, vale registrar, que a lei trata do comportamento do réu na sociedade, que deve ser analisada criteriosamente para a individualização da pena. O Magistrado, portanto, deve averiguar a situação do criminoso no âmbito do trabalho, cidade, associações, dentre outros, que ela faça parte.

Quanto à personalidade, nota-se o conjunto de aspectos que envolvem características intrínsecas como a agressividade, sensibilidade, frieza, emotividade, benignidade, maldade, desonestidade, dentre outros. É extremamente necessário considerar o meio e as condições da formação do indivíduo, a partir de fatos que evidencie o tipo penal. Logo, a avaliação dos motivos do crime deve ser levada em conta na aplicação da pena base, tendo em vista a análise dos fatores que levaram o autor à ação criminosa.

O elemento circunstâncias do crime não participa da estrutura da pena base, mas se evidencia nas chamadas agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição, que são formulados mediante uma análise do Juiz.

As consequências do crime, ou seja, o resultado causado pelo ato, seus precedentes, sua repercussão constituem um elemento necessário que o Julgador tende a verificar na individualização da pena.

Em vista disso, verifica-se que todo aparato social que deu causa ao crime deve ser analisado pelo Magistrado na dosimetria da pena, sendo esta, uma medida apta a ensejar a repressão e a prevenção do crime, como fator inibidor de novas práticas infracionais.

### 3.1 REPRESSÃO DE CRIMES

Ao examinar o ordenamento jurídico pátrio, é possível conhecer medidas tomadas que institui como uma das funções da pena, a repressão de crimes. O Estado, detentor do *ius puniend*, visa aplicar medidas suficientes aos fatos tidos como típico, ilícito e culpável.

O Direito Penal se baseia na repressão como forma de retribuição, exatamente porque, concebe-se o pensamento que o crime é ato que atinge diretamente a sociedade, desta maneira, repreende-se o infrator, visto o interesse público na punição.

Segundo expõe Salim e Azevedo (2017, p.392, grifo do autor):

A pena é concebida como forma de **retribuição** justa pela prática de um delito. Concebe-se que o mal não deve restar impune, de sorte que, o delinquente deve receber um castigo como retribuição do mal causado para que seja a realizada a justiça.

De todo modo, o monopólio punitivo, típico do Estado Democrático de Direito, através dos princípios constitucionais, busca evita a utilização da cruel vingança privada, concentrando todo o poder nas mãos do Estado.

Por todos estes aspectos, é considerável analisar a evidencia desta função, aplicada por penas privativas de liberdade, que restringe a liberdade de locomoção do individuo, para evitar risco à ordem pública e o cometimento de novos delitos.

Sendo assim, a ordem criminal atual baseia-se na retribuição sanção do delito, que atinge a coletividade e causa defeitos irreparáveis.

### 3.2 PREVENÇÃO POR INTIMIDAÇÃO

A prevenção por intimidação se constitui mostrando à sociedade as consequências para os que cometem uma infração penal, através de uma visão intimidadora, cominada em abstrato a todos e concretamente aos criminosos.

Sendo uma violação ao direito, o Estado aplica medidas que buscam o impedimento de atos criminosos, por intermédio, da coação psíquica de intimidação e segregação.

De acordo o pensamento de Cunha (2016, p. 397):

Quando o legislador cria o crime, cominando-lhe a sanção pena (pena em abstrato), revela-se o seu caráter preventivo geral. Ao estabelecer os parâmetros mínimo e máximo da pena, afirma-se a validade da norma desafiada pela prática criminosa (prevenção geral positiva), buscando inibir o cidadão de delinquir (prevenção geral negativa).

Deste modo, a base da intimidação é a prevenção geral positiva e negativa. A prevenção geral positiva está ligada a ideia de intimidação dirigida a toda coletividade, no intuito de coibir futuras infrações.

Logo, busca-se aqui, restabelecer a ordem pública na sociedade, mediante a eficácia no sistema jurídico pátrio. A prevenção geral negativa está relacionada na aplicação de uma sanção penal, ao delinquente individualizado, objetivando que este não volte a delinquir.

### 3.3 A RESSOCIALIZAÇÃO E REINTEGRAÇÃO DO APENADO

Busca-se incessantemente maneiras de reinserir o apenado na sociedade, pois, a pena de prisão deve visar condições harmônicas de reintegração social do condenado e do internado. A propósito, a Lei de Execução Penal estabelece uma série de pressupostos que devem ser tomadas pelo Estado, para restabelecer o caráter social do preso.

A LEP no seu artigo 1º dispõe que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e internado”.

No entanto, por inércia legislativa e executiva em proporcionar medidas eficientes, torna-se difícil cumprir o papel institucional estabelecido pela lei. Na verdade, a situação é extremamente angustiante, pois há uma desorganização prisional, na qual, presos condenados definitivamente estão juntos presos provisórios, compartilhando da mesma cela, violando, assim, a disposição do artigo 5º, XLVIII da CRFB/88.

Entretanto, considera-se diante de tal premissa, que, a presunção de inocência, prevista no artigo 5º, inciso LVII da Carta Constitucional, é constantemente violada. Ainda, essa atitude inconstitucional causa socialização criminal, gerando assim, a reincidência.

.Como relata primorosamente o doutrinador Greco (2017, p. 623):

Em um sistema penitenciário falido, como faremos para reinserir o condenado na sociedade da qual ele fora retirado pelo Estado? Será que a pena cumpre, efetivamente, esse efeito ressocializante ou, ao contrário, acabar de corromper a personalidade do agente? Busca-se produzir que tipo de ressocialização? Quer-se impedir que o condenado volte a praticar novas infrações penais, ou quer-se fazer dele uma pessoa útil para a sociedade?

Como exposto acima, ver-se que a prisão como espécie de sanção penal visa à restrição da liberdade como forma de retribuição ao mal praticado, conter os instintos criminosos e teoricamente reintegrar e reinserir os condenados novamente na sociedade.

Todavia, diante do aparato degradante das prisões nacionais, as políticas atuais são insuficientes para restaurar a conduta de indivíduos corrompidos. Nota-se, que, o contágio criminal que opera nas cadeias apenas corrompe a personalidade dos agentes.

O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno do contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras da reincidência são por si só eloquentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitando agravam esse terrível panorama. (CERVENI Apud GRECO, 2017, p. 624).

Sendo um dos principais objetivos das penas, a ressocialização do apenado, introduzida na Constituição Federal, nas normas infralegais e principalmente na LEP, é um princípio do Direito Penal, que visa à reintegração do apenado ao convívio em sociedade, e tem por aspectos principais: psicológicos, sociológicos e organizacionais.

Dir-se-ia que, diante dos inúmeros problemas situados nas prisões brasileiras, o fenômeno da ressocialização torna-se cada dia mais dificultoso, tendo em vista, que desde o primeiro dia da execução penal, que os atos não condizem com a expressão legal.

Logo, os programas de recuperação do criminoso seriam eficazes caso houvesse um enfrentamento paralelo dos problemas sociais, para que ao saírem das prisões, os acusados se deparem com oportunidades, a fim de sentirem úteis para a sociedade.

Se as políticas externas e internas fossem efetivas, o papel institucional da ressocialização poderia mudar o quadro lamentável e instigante que se perpetua na sociedade prisional da atualidade.

Devemos entender que, mais que um simples problema do Direito Penal, **a ressocialização**, antes de tudo, **é um problema político-social do Estado. Enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel.** De que adianta, por exemplo, fazer com que o detento aprenda uma profissão ou um ofício dentro da penitenciária se, ao sair, ao tentar se reintegrar na sociedade, não conseguirá trabalhar? [...] Enfim, são problemas sociais que devem ser enfrentados paralelamente, ou mesmo antecipadamente, à preocupação ressocializante do preso (GRECO, 2017, p. 624, grifo nosso).

Assim sendo, enquanto não houver programas efetivos de assistência social, educacional e à saúde, bem como, a colaboração para obtenção do trabalho, o que se visualizará é o aumento da criminalidade, decorrente da reincidência.

Nos termos do artigo 63 do Código Penal, “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Portanto, evidencia-se a falta de ressocialização com o número alarmante de reincidentes no Brasil. Conforme dados da CPI – Sistema Carcerário realizada em 2009 verifica-se um alto índice de reincidência, que chega a aproximadamente 70%. Isso apenas mostra claro a ineficiência do Poder Público no que tange aos preceitos impostos pela CRFB/88.



O modelo de prisão estabelecido na atualidade pressupõe que a pena possui apenas funções simbólicas, aparentes e ideológicas, quanto ao método de controle social, que produz efeitos criminógenos, de reiteração criminal, reprodução da delinquência e a própria reincidência.

Minha hipótese é que a prisão esteve, desde a sua origem, ligada a um projeto de transformação do indivíduo. [...] Desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto à escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo em que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. (FOUCAULT, 1988, p.131-132).

Com base no que expõe o autor, nota-se que o sistema prisional fracassou, insurgindo-se em problemas insuperáveis, que não alcança os objetivos comuns. Já na década de 80, o filósofo Michel Foucault, previa que as prisões estariam fadadas ao fracasso e que se tornariam uma fábrica de criminosos.

Em última análise, visualiza-se o caos que cresce assustadoramente e eleva os índices da criminalidade, superlotação e uma série de ações estruturais que não produzem efeitos concretos e eficazes.

#### 4 A INÉRCIA DO PODER PÚBLICO E O DESCUMPRIMENTO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO

Nos termos do artigo 24, I, da CRFB/88, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre direito penitenciário. No plano infraconstitucional, dispõe a LEP no artigo 87, parágrafo único, que os referidos entes políticos poderão construir penitenciárias destinadas aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado.

Ao Poder Executivo foi destinado pelo Legislador a competência para construir estabelecimentos prisionais, possibilitar a criação de colônias agrícolas e industriais e as casas de albergado, devendo disponibilizar recursos para a fiel efetuação da Lei de Execução Penal, a fim de propiciar, notadamente, a harmônica integração social do apenado, nos termos do artigo 1º, “in fine”, da referida lei.

Alude o Texto Constitucional nos seus artigos 196, 203 e 205, que a Saúde, Assistência Social e a Educação são direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas.

É importante enfatizar, desse modo, que a Carta Constitucional no seu título II, trata-se de um rol meramente exemplificativo de Direitos e Garantias Fundamentais destinados a todos os residentes no país, nos termos do artigo 5º, caput.

Conforme relatado nesse trabalho científico, é importante rememorar, nesse ponto, que a Constituição da República assegurou a integridade física, psíquica e emocional do apenado, proibindo as diversas ações que propiciam lesão e ameaça ao homem.

Cabe enfatizar que, os entes políticos estão subordinados a Constituição Federal, devendo-lhes respeito e ação no cumprimento das imposições por ela imposta. A conduta estatal, em deixar de cumprir prestações impostas pela Lei Maior, incide em uma grave e negativa violação a autoridade suprema do Estado de Direito.

*Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (ADPF 347, p. 153, grifo do autor).*

Vê-se, o descumprimento funcional da Carta Constitucional pela ocorrência do fazer e o não fazer, mediante a omissão e ineficiência dos poderes políticos. Evidente, que, atos e comportamentos governamentais, que direta ou indiretamente encontra-se em contraste com as previsões da Lei Fundamental do Estado, caracterizam-se uma situação de inconstitucionalidade.

Enfatiza o Ministro Mello na ADPF 347 (2015, p. 153, grifo do autor) que:

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Em virtude do mencionado, há, porém, na omissão do Estado em razão das prisões, uma sanção além do previsto na norma jurídica, pois, o sentenciado quando submetido ao encarceramento, se sujeita a uma punição repudiada e proibida pela própria Constituição, tendo em vista, a inviabilidade estatal de condicionar medidas compatíveis com o texto constitucional.

Deste modo, sem dúvida alguma, situações de inconstitucionalidade provocadas pelo Poder Público afetam grandemente princípios base de uma ordem democrática de direito.

#### 4.1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS, A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A questão do sistema carcerário, no Brasil, há tempos vem sendo discutida, ultrapassando o campo regional, e tornando-se um problema de dimensão nacional.

O efeito degradante evolui-se enormemente nas cadeias brasileiras, por razão do não cumprimento pelo Poder Público das disposições legislativas, que se utiliza do princípio da reserva do possível para não efetivar a dignidade da pessoa humana, através do mínimo existencial.

Impende, desde logo assinalar, a teoria da reserva do possível pressupõe que a eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição está condicionada à capacidade orçamentaria dos cofres públicos, uma vez que não há finanças suficientes para suprir todas as deficiências sociais.

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal já sedimentou a sua jurisprudência, argumentando que o Estado não pode alegar o mencionado princípio em causas que exijam respeito à dignidade da pessoa humana, inclusive, a garantia do mínimo existencial.

Não obstante, o Ministro Barroso no Recurso Extraordinário 580.252/MS (2017) posiciona no sentido de afastar a ideia da utilização da reserva do possível em casos que se exija o respeito aos direitos fundamentais, tendo em vista a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos presos em decorrência da violação à dignidade, consequências da superlotação e do encarceramento em situação desumanas e degradantes. Alude ainda, a impossibilidade de se alegar tal teoria com o intento de negar a reparação de normas constitucionais de aplicabilidade direta e imediata.

Ademais, o artigo 37, §6º da CRFB/88, ainda dispõe ser da responsabilidade do Estado os danos causados aos agentes, que tiverem sob a custódia do Estado. Então, percebe-se que, a conduta estatal decorrente de uma omissão que cause danos aos custodiados é de responsabilidade subjetiva do Estado.

Porquanto, mostra-se ilícito, aos Entes Políticos formalizar dificuldades a partir da alegação de enorme crise financeira, pois, isso ofende a dignidade e parâmetros constitucionais, tais como: proibição ao retrocesso, garantia do mínimo existencial e vedação ao excesso.

O Ministro Barroso no RE 592.581 (2015, p. 96 - 97) destaca:

[...] a cláusula da reserva do possível não pode ser um artifício retórico, uma válvula de escape para o Estado deixar de cumprir a sua obrigação em situações em que ele evidentemente tem o dever jurídico de atuar. [...] o Estado, ao alocar recursos escassos, tem de observar pelo menos as prioridades impostas pela Constituição. Assim, a ideia de reserva do possível se aplica às escolhas políticas, mas não às escolhas que já tenham sido feitas pela Constituição.

Diante do exposto, o mencionado princípio deve ser utilizado na ocorrência de motivos considerados como justos, sendo totalmente incabível a isenção dolosa, de satisfazer as obrigações decorrentes da Constituição, designadamente quando, desse fazer negativo houver a invalidação de direitos mínimos fundamentais.

Nessa razão, diante do princípio da razoabilidade, é claramente observável que nas situações de escassez, não há como concretizar todos os direitos no seu grau máximo. No entanto, devem-se eleger prioridades, principalmente as constitucionais, para viabilizar pelo menos os direitos mínimos existenciais.

Conforme a fundamentação apresentada pelo Ministro Mello na ADPF 347 (2015, p. 175, grifo do autor), sustenta-se, que:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso afetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação, o direito à segurança e o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado.

Logo, conforme o alegado, a garantia de direitos mínimos para a existência digna e devida, deve ser postulado pelo Estado, pois, considera-se que o ente estatal centralize as suas políticas públicas no essencial previsto pela Constituição Federal.

Nesse pensamento, conforme elucida Barroso (Apud Masson 2011, p. 202) o princípio do mínimo existencial é um “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”.

Examina-se que o mínimo existencial está atrelado a dignidade da pessoa humana, na medida em que, todos devem viver uma vida em que tenham a garantia eficaz do respeito aos variados valores humanitários.

Sendo assim, qualquer mecanismo utilizado pelos Poderes Públicos em restringir a concessão dos direitos fundamentais, considera-se grave violação a dignidade da pessoa humana, restando claro um retrocesso aos tempos tenebrosos em que se aplicavam penas cruéis como castigo.

## 4.2 O PAPEL DA JURISDIÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E DA MÁXIMA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

Decidiu a Constituição da República conceder ao Supremo Tribunal Federal, a tarefa precípua da guarda da Supremacia da Constituição, conforme se verifica no artigo 102.

Nesse modo, está notadamente imposto a Corte Suprema, velar pelos preceitos dos direitos fundamentais, afastar as condutas estatais que põem em risco a integralidade da dignidade da pessoa humana e o de proteger e neutralizar qualquer tipo de tortura aos grupos vulneráveis.

Porém, discute-se demasiadamente, a atuação do STF em normas que versam sobre conteúdo programático, alegando alguns, o princípio da separação dos poderes, contido no artigo 2º, da CRFB/88.

Impende destacar, exordialmente, que normas programáticas são aquelas que visam às finalidades e metas que devem ser projetadas pelo Poder Público, a fim de produzirem os seus efeitos jurídicos principais.

A Corte Excelsa é enfática em admitir a sua atuação em normas que deveriam ser cumpridas pelo Executivo, fundamentando-se, que, os Tribunais não devem se afastar de atuar nas determinações do texto constitucional, inclusive as que promovem o respeito ao mínimo de existência digna.

Aliás, o Judiciário deve intervir nas situações constitucionais, efetuando medidas de se concretizar direitos fundamentais, que deveriam ser garantidos pelo Poder Político, mas em decorrência de omissão ou alegação de insuficiência de recursos, utiliza-se da tese da reserva do possível, como escusa de se efetivar a disposição legal.

O Ministro Melo no RTJ 185/794-796 (2014, p. 5, grifo do autor) enfatiza a importância da atuação do Poder Judiciário, no que tange, a inércia governamental em garantir os direitos fundamentais:

***É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público [...].***

Cumpra salientar, que há frequentes decisões judiciais determinando a efetivação de prestações constitucionais relativas aos direitos sociais, sendo totalmente legítima a atuação do STF nas garantias aos jurisdicionados.

Os Poderes da República, cita-se o Executivo, Legislativo e Judiciário não pode sujeitar a Constituição as suas próprias razões, criando mecanismos inconstitucionais, que desrespeitam o texto da lei fundamental.

O Plenário da Corte Suprema, em um precedente formulado no Recurso Extraordinário 592.581/RS (2015, p. 132 – 133), fixou a tese na qual é perfeitamente viável ao Poder Judiciário:

[...] impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Reluta-se que, diante da ineficiência prolongada dos poderes políticos e da absoluta indiferença em face das condições das prisões em garantir os direitos fundamentais descritos no art. 5º da CRFB/88, julga-se extremamente necessário à intervenção da mais alta instância do Poder Judiciário, para impor medidas que tornem efetivas a dignidade da pessoa humana. .

Na hipótese do Estado não elaborar atos legislativos, administrativos e orçamentários necessários à efetivação de direitos constitucionais, é possível exigir uma ação positiva do Poder Judiciário com fundamento na supremacia da Constituição.

Nesse ínterim, a Constituição é dotada de Supremacia, pois, ela se revela como a mais nobre e alta expressão legítima de um Estado Nacional. Mais do que um conjunto de normas, o Texto Constitucional é a base e o fundamento que assegura o Estado Democrático de Direito.

Conforme assevera Silva (2014, p. 48, grifo nosso):

**Nossa Constituição [...] é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais.** Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Logo, todos os entes políticos devem total obediência e submissão a ela, devendo-a cumprir-la integralmente na busca da garantia da segurança jurídica. Assim, as normas, princípios e preceitos em vigor na Carta Magna, encontram-se em grau hierárquico superior as demais normas jurídicas existentes no conjunto normativo pátrio.

Portanto, assim como as leis que entrarem em vigor no ordenamento jurídico pátrio, deve os atos do Poder Público respeitar a Lei Maior, tanto na ação, como na omissão. Destaca-se, que o “non facere<sup>2</sup>” do Estado naquilo que a Constituição lhe obriga, configura-se inconstitucional.

No que tange a máxima efetividade ou intervenção efetiva, constata-se que, as normas constitucionais devem atingir os seus objetivos. Este princípio está estritamente ligado às normas de conteúdo programático, principalmente as relativas aos direitos fundamentais.

Desenvolvido pelo Tribunal Constitucional alemão, o princípio da máxima efetividade costuma ser invocado no âmbito dos direitos fundamentais, a fim de que seja atribuído aos seus dispositivos o sentido capaz de conferir a maior efetividade possível, visando à realização concreta de sua função social. A máxima efetividade reivindica interpretações amplas dos dispositivos jus – fundamentais. Nesse sentido, atua de forma semelhante ao enunciado *in dubio pro libertate*, que parte de uma presunção de liberdade a favor do cidadão. (NOVELINO, 2016, p.138)

Conforme relatado, a Constituição de 1988 regulamentou uma série de direitos e, ainda estabeleceu ações no sentido de garantia da efetividade dos direitos fundamentais. Então, é contundente expressar a obrigação constitucional transferida ao Estado de efetivar os direitos da pessoa humana em todo território nacional.



<sup>2</sup> Não fazer.

## **5 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: a medida implementada pelo Poder Judiciário**

Recepcionado por países como a Argentina, Estados Unidos, Índia, África do Sul e Canadá, o instituto “Estado de Coisas Inconstitucional” é um conceito jurídico adotado inicialmente pela Corte Constitucional da Colômbia, através da Sentencia de Unificación<sup>3</sup> 559 de 1997, que pretendia buscar soluções estruturais para os atos tidos como inconstitucionais, em face das falhas dos poderes públicos.

O instituto nasceu quando 45 professores da cidade de Zambrano e Maria La Baja tiveram os seus direitos previdenciários gravemente feridos pelas autoridades locais, ante a distribuição irregular do subsidio educativo do Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério.

Ao analisar a situação na SU 559/97, a Corte Constitucional Colombiana constatou violações generalizadas, sistemáticas e contínuas de direitos fundamentais, surgidas pela omissão dos poderes públicos em descumprimento das garantias constitucionais.

A Corte Constitucional Colombiana voltou a reconhecer o instituto por intermédio da Sentencia de Tutela 153 de 1988, diante dos problemas do sistema carcerário quanto à privação de direitos. Contudo, foram apresentados problemas como a superlotação, deficiências nos serviços e assistências públicas, domínio da violência, extorsão e corrupção.

Nesta senda, o Estado de Coisas Inconstitucional é proveniente de um litígio estrutural, pois, constatam-se violações de direitos fundamentais a um número amplo de pessoas. Então, diante da sistemática, para enfrentar litígios dessa espécie, a Corte Constitucional tende a estabelecer remédios estruturais objetivando a execução de políticas públicas, mediante a participação de uma pluralidade de órgãos.

Conforme Garavito (2009 apud EGGER, 2017, p. 55):

a declaração do ECI tem um fim prático fundamental: impulsionar o aparato estatal para que este desenhe, implemente, financie e evolua políticas públicas necessárias para cessar a violação massiva de direitos que deu lugar a dita declaração.

---

<sup>3</sup> Palavra colombiana que significa “Sentença de Unificação”. Ditada pelo Tribunal Superior Constitucional a



[www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)

sentença de unificação objetiva a unificar as diversas decisões referentes ao mesmo assunto.

Nesse sentido, a Cúpula Máxima do Poder Judiciário, através de medidas próprias impõem soluções que visam superar a deficiência no âmbito político e institucional, fiscalizando o cumprimento da Constituição e coordenando ações de um conjunto de órgãos na adoção de soluções eficientes.

O instituto do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) segundo Campos (2016, p. 21), é definido como uma:

[...] técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instalar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e programarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

Entende-se por legítima a atuação da Suprema Corte quando esta intervém para se opor a qualquer tipo de risco aos direitos constitucionais dos jurisdicionados. Sendo assim, está medida excepcional aparece quando há inércia deliberada dos entes políticos.

O estado de coisas inconstitucional pode ser encarado como a expressão da proteção dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, uma vez que o seu reconhecimento acarreta mandado de ações e deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado. [...] Nessa medida, além de atuarem como direitos de defesa do cidadão contra o Estado, exigem que este empreenda um conjunto de ações administrativas e legislativas para assegurar a efetiva proteção dos direitos fundamentais. (HERNÁNDES, 2003 Apud GUIMARÃES, 2017, p. 82 -83).

No mais, frisa-se, que, a tese do estado de coisas inconstitucional não é somente fundamentada na omissão dos poderes legislativo e executivo, mas, acima de tudo, pela demonstração da grave violação de direitos fundamentais.

Neste cenário, entende-se que a técnica do ECI é uma forma de chamar a atenção dos Poderes quanto à violação de direitos humanos pela sua deliberada inação. Inobstante relatar que, abre-se aqui um ponto para diálogo entre as instituições, para que conjuntamente se empenhem para efetivar os direitos constitucionais.

## 5.1 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS 347

O Brasil, na seção plenária do Supremo Tribunal Federal, no dia 09 de Setembro de 2015, na apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF) nº 347, com pedido de medida liminar, impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, através da petição inicial formalizada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, relativamente ao sistema penitenciário nacional.

A ADPF, ação do controle concentrado de constitucionalidade, encontra-se prevista no artigo 102, §1º da CRFB/88 e tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

A referida ação também encontra fundamento na lei 9.882/99, e é um importante instrumento utilizado no combate de violação e lesão aos preceitos fundamentais decorrente de um fazer ou não fazer por parte da Administração.

Considera-se preceito fundamental, segundo consolidou o STF na ADPF 33 em rol meramente exemplificativo, os artigos 1º a 4º (Princípios Fundamentais), 5º a 17 (Direitos e Garantias Fundamentais), 34, VII (Princípios sensíveis), 37, caput (Princípios da Administração Pública), 60, §4º (Cláusulas Pétreas).

Diante dessa premissa básica, ressalta-se a utilização da referida Ação perante o Supremo Tribunal Federal, o órgão do judiciário que detêm de competência de processar e julgar o presente, nos termos do artigo 102, §1º da Carta Constitucional.

Narra a inicial, o contexto atual que se submetem os cárceres brasileiros, afirmando que o País trata os presos com barbárie, desumanidade e degradação. Usa-se a expressão “inferno dantesco” e “masmorras medievais” para conceituar a realidade atual, já que há uma série de fatos que confirmam o termo, como - superlotação, violação aos mais reiterados direitos humanos e garantias constitucionais, tais como: comida intragável, falta de água potável, temperaturas extremas, falta de produtos higiênicos, tortura e insalubridade, destacando-se os homicídios frequentes, decorrente do domínio das facções, a falta de acesso à saúde, educação e ao trabalho.

Ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, a Suprema Corte Brasileira, reconheceu as reiteradas violações massivas e generalizadas aos direitos fundamentais dos presos, resultante de uma clara e evidente omissão dos poderes legislativo e executivo.

Destacam-se os pressupostos e os requisitos para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional proferidas pelo Ministro Fachin no julgamento da ADPF 347 (2015 p. 54-55, grifo do autor):

O primeiro pressuposto é o da **constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas.**

[...]

O segundo pressuposto é o da **omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais.**

[...]

O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. **Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes.**

Consoante o mencionado, cumpre destacar, que é cabível tal conceito no sistema brasileiro, de maneira que, a realidade atual se adequa nos devidos pressupostos. Destarte, impende trazer à baila, as violações exacerbadas de direitos humanos a um número generalizado e significativo de pessoas, a imobilidade reiterada das autoridades públicas quanto aos direitos constitucionais dos presos e para a resolução da problemática, a necessidade da atuação de uma pluralidade de órgãos.

Sendo assim, diante do exposto, está efetivamente claro que no Brasil existe um “estado de coisas inconstitucional”, e, isso, constitui propósito, de se estabelecer meios de desaparelhamento através de imposições que tende a propiciar a formação de subsídios públicos para provimento e fiel execução da CF e da LEP.

Há, porém, uma sanção além do previsto na norma jurídica, pois, o sentenciado quando submetido ao encarceramento, se sujeita a uma punição repudiada e proibida pela própria Constituição, tendo em vista, a inviabilidade estatal de condicionar medidas compatíveis com o texto constitucional.

Desse não fazer por parte do ente estatal, que surge o Poder Judiciário com imposições para que se faça valer a integralidade da Lei Maior, sendo inaceitável o desprezo por parte dos entes governamentais quanto às irregularidades que inviabiliza o cumprimento da lei fundamental.

Enfatiza o Ministro Mello na ADPF 347 (2015, p. 153, grifo do autor) que:

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A Suprema Corte Brasileira ainda não julgou definitivamente o mérito da ADPF, mas já apreciou o pedido de liminar apreciando alguns dos pedidos formulados na inicial em forma de medida cautelar, por maioria dos seus ministros, conforme citado na ADPF 347 (2015, p. 209-210):

[...] aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; [...] à União que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional para a utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Pela observação dos aspectos analisados, a ADPF 347, julgada pelo STF em medida cautelar, tem o condão de impor aos poderes políticos, medidas de solução do problema institucional deflagrado, com a finalidade de se fazer valer a disposição contida no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, diante do mencionado as medidas cautelares deferidas tem a finalidade de proporcionar melhoria no sistema penitenciário, inclusive, as audiências de custódia visa desafogar o sistema, com prisões desnecessárias que elevam exacerbadamente o custo ao erário e a liberação dos recursos do Funpen para atender as necessidades básicas dos presos e proporcionar medidas eficientes nos cárceres nacionais.

### 5.1.1 Audiências De Custódia

As audiências de custódia é um mecanismo processual de previsão supralegal, encontrada especificamente no art. 7º, 5 do Pacto de São José da Costa Rica, dispondo que o preso em flagrante delito deve ser levado à presença de uma autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, para a avaliação das condições e legalidade de sua prisão.

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 e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

O Conselho Nacional de Justiça, por intermédio do projeto audiências de custódia, tem dado uma atenção especial quanto ao assunto, estabelecendo atos procedimentais que se baseiam na manifestação do Ministério Público, a entrevista com o autuado, a manifestação da defesa técnica, e conseqüentemente a decisão do magistrado.

O Magistrado impõem medidas judiciais, consistentes em: relaxamento de prisão (art. 5º, LXV, da CF e 310, I, do CPP), concessão de liberdade provisória (art. 5º, LXVI, da CF e 321 do CPP), substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares (art.319 do CPP) e a conversão da prisão em flagrante em preventiva (art. 311 e 312 do CPP), ou medidas não judiciais, estabelecendo mediação penal ou medidas sociais e assistenciais.

A medida determinada prevista no julgamento da ADPF 347 trata-se de uma observância obrigatória imposta aos juízes e tribunais, que frequentemente violam a previsão contida no ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, restou estabelecido o prazo de até noventa dias para se adequarem ao instituto, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.

Assim sendo, com tal mecanismo, evitam-se prisões desnecessárias, diminuindo, por conseguinte, a superlotação carcerária e os gastos que sucedem da manutenção de presos provisórios indevidamente.



### 5.1.2 Fundo Penitenciário Nacional – Funpen

O Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, integrante do Orçamento Fiscal da União, foi criado pela Lei Complementar Nº 79 de 7 de Janeiro de 1994, achando-se regulamentado pelo Decreto Nº 1.093 de 23 de Março de 1994.

Porquanto, na busca pelo aprimoramento do sistema prisional, o FUNPEN tem por finalidade oportunizar recursos e meios para financiar e apoiar atividades relativas às prisões, através de construções e ampliações dos estabelecimentos penais, a aquisição de matérias para os serviços básicos, equipamentos e veículos especializados e a manutenção de programas de assistência jurídica.

Os recursos são provenientes de 50% das taxas pagas em ações judiciais movidas contra a União e o correspondente a 2,1% das apostas feitas nas loterias federais. Segundo a ONG Contas Abertas, o saldo contábil existente no fundo em 2013 correspondia a R\$ 1,8 bilhão e ao final de 2014, chegou a R\$ 2,2 bilhões. Diante dos recursos contingenciados, o Supremo Tribunal Federal determinou que o poder executivo liberasse o saldo existente e se escusasse de praticar novos contingenciamentos.

Decorrente de dois anos do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a situação emblemática que expõe o sistema prisional brasileiro continua a mesma, a julgar pela desídia que se mantém o Poder Legislativo e Executivo, que alegam não possuir recursos suficientes para sustentar a demanda.

Ademais, no ano de 2016, o saldo contábil existente no FUNPEN era de R\$3,8 bilhões, sendo questionada pela Ordem dos Advogados do Brasil através do Conselho Federal no ofício 144/2016, a inércia persistente da União quanto o cumprimento da decisão do STF e a não divulgação das medidas cabíveis para executar a ordem judicial.

Não havendo relatos de valores repassados para a melhoria da crise carcerária, acentuando-se que, somente após as rebeliões ocorridas nos presídios em 2017, que o Governo liberou R\$ 1,1 bilhão, de R\$ 2,4 bilhões de saldo acumulado.

Diante da imobilidade deliberada dos entes políticos, comumente as deliberações feitas pelo STF, para a resolução das problemáticas, salienta-se que, o quadro se agrava gradualmente, refletindo sobre a sociedade que visualiza o caos institucional e persistente quanto à segurança pública.

## **6 MEDIDAS ALTERNATIVAS COMO SOLUÇÃO PARA A CRISE CARCERÁRIA NO BRASIL**

Para que haja mudanças significativas no quadro do sistema penitenciário nacional é necessária uma atuação conjunta dos Poderes da República. É indispensável o aumento de recursos para a ampliação dos presídios, contratação de agentes públicos, monitoramento da criminalidade, políticas eficientes de prevenção e repressão, combate a corrupção e o crime organizado que impera nas prisões.

Nota-se, que, o Brasil é um dos países que mais prendem, mais a raiz do problema está evidentemente na prisão mal efetuada. Sendo assim, uma organização eficiente geraria inúmeros resultados que conseqüentemente reduziria o incrível desgaste do sistema carcerário.

A priori, cumpre advertir que as vítimas das práticas infracionais não são assegurados devidamente pelo Estado. Logo, diante da responsabilidade estatal, seria digno adotar a justiça restaurativa, aquela que consiste em reparar os danos causados à vítima.

Não se pode deixar de conferir, que, há responsabilidade do Estado na medida em que deixam de assegurar garantias constitucionais, tais como: à vida, à segurança, à saúde e o bem estar social. Então, impende destacar que na ausência de medidas constitucionais, o Estado torna-se responsável pelos eventos decorrentes da falta de sua atuação.

Dessa forma, em paralelo com o enfrentamento ao desgaste penitenciário, deve o Estado enfrentar as desigualdades sociais nas diversas dimensões geográficas do País, pois, o Direito Penal deve dar satisfação às vítimas, reprimir os criminosos e adotar medidas para reintegração do condenado à sociedade.

Destaca-se para o melhoramento do quadro institucional - a criação de presídios, medidas de assistência social, educacional e a saúde. A LEP, criada com objetivo de efetivar as disposições de sentença e decisões judiciais, e proporcionar condições adequadas para a integração e reinserção do apenado à sociedade, nos seus artigos 22 e 23 preceitua que aos presos é garantido à assistência social e material, que corresponde à alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social:

I - conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;

II - relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;

III - acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;

IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;

V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;

VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho;

As normas regentes do sistema carcerário possuem uma série de medidas, que se efetivadas, solucionaria grande parte dos problemas dos cárceres nacionais. Não obstante, segundo análise comparativa, há de se levar em consideração, os pilares das prisões, tais como: humanidade, dignidade da pessoa humana e garantismo penal.

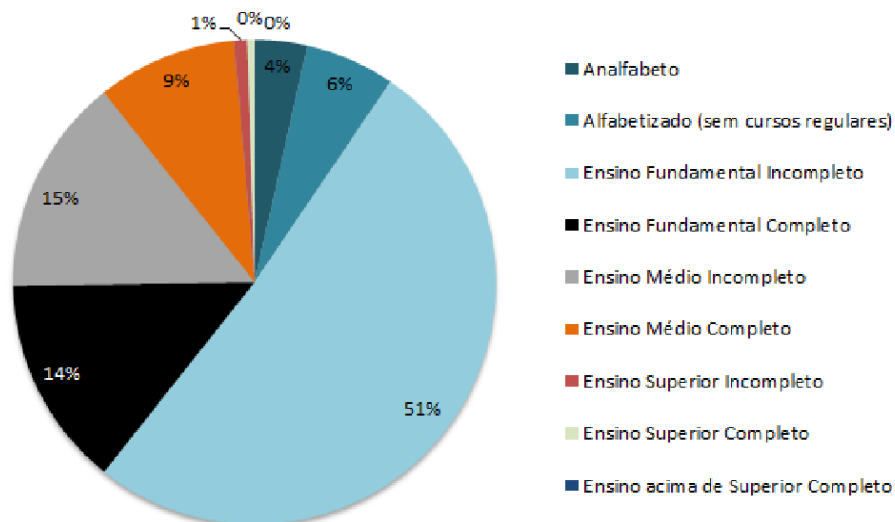
Os poderes políticos preocupam-se apenas em aumentar o quantum de determinados crimes. A história, porém, revela e evidencia que essa medida não é eficaz para conter a ação de criminosos, pois, a descrição fática do tipo penal, não importa ao agente infrator.

Dessa forma, revela-se importante o aumento das penas, em busca da prevenção geral em conjunto com uma atuação por parte do Estado de medidas assistenciais capazes de produzir a reintegração do apenado.

## 6.1 ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL E COLABORAÇÃO AO TRABALHO

Analisa-se que o grau de escolaridade da população prisional é extremamente baixo. Dados do INFOPEN (2016, p. 33) revelam a escolaridade dos apenados no Brasil, constatando que a média nacional de pessoas presas que frequentaram o ensino fundamental completo é de aproximadamente 14%, enquanto que os que estudaram até o ensino fundamental incompleto é de 51%. Em relação ao ensino médio, verifica-se que apenas 9%, completaram tal modalidade, enquanto que 15% iniciaram mais não terminaram. A taxa de alfabetizados sem cursos regulares equivale a 6% e os analfabetos a 4% da população carcerária. Pesquisas realizadas indicam que apenas 12% da população prisional estão envolvidas com algum tipo de atividade educacional.

Figura IV - Escolaridade dos presos no Brasil.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016

Mostra-se que os recursos liberados são tão insuficientes, que não garantem nem mesmo os direitos mínimos existenciais, como a educação. Não resta dúvidas que a única arma capaz de conter a violência e a degradação humana é a educação. Os acontecimentos brutais da atualidade revelam o reflexo de uma sociedade que há tempos sofre pela falta de educação e conhecimento.

Segundo disposições da ONU do item 77, 1 das regras mínimas para o tratamento de prisioneiros, o Estado deverá tomar medidas para melhorar e aperfeiçoar a educação de todos os encarcerados, incluindo a instrução religiosa e a obrigação de fornecer educação de analfabetos e presos jovens, com a devida e especial atenção.

A norma jurídica é enfática quando o assunto é assistência educacional aos apenados, tratando do assunto nos artigos 17 a 21 da LEP, que versa sobre a instrução escolar e a formação profissional do preso, coadunando-se com a dicção legal do artigo 205 da CRFB/1988.

É irrefutável a relevância dada pelo ordenamento jurídico pátrio à educação, isto é, tal elemento é um direito garantido a pessoa privada de liberdade, devendo ser oferecida pelo Estado ao indivíduo.

É inelutável que, os estigmas da educação trazem benefícios para os apenados, de maneira a proporcionar, formação educacional, oportunidade de reintegração social, prevenção à reincidência, diminuição das rebeliões, reflexão e interação quanto aos atos praticados e a redução do tempo de pena.

O ideário da LEP estabeleceu com exatidão o estímulo a busca do desenvolvimento educacional, através do acesso em duas principais modalidades, a saber: Formais, que institui o ensino fundamental, ensino médio, ensino tecnológico e ensino superior e as Complementares que estipula o projeto de leitura, a prática do esporte, as videotecas, o lazer e a cultura.

Ambos contribuem para solução de alguns problemas, tornando-se viável a redução de um dia de pena, daqueles que frequentam doze horas de aulas, subdivididas em três dias, como dispõe o artigo 126, § 1º, I, da referida lei.

Malgrado conscientes deste requisito básico, os entes legislativo e executivo investem pouco na área educacional, o que facilita a entrada de jovens cada vez na criminalidade. Posto isso, impende estabelecer que as mudanças ocorrerão quando o Estado agir primeiro nos problemas sociais externos à prisão, para evitar a entrada de novos membros no mundo do crime.

Destarte, o crescimento do sistema carcerário brasileiro, seria evitado com melhorias no ensino básico da educação. Em 1982, o antropólogo Darcy Ribeiro, em seu renomado presságio, relatou que se os governantes não construíssem escolas, em 20 anos faltaria dinheiro para construir presídios. Resta evidente, o cumprimento desta previsão, dado que no Brasil, presos custam 13 vezes mais que estudante.

Insta consignar, que uma das soluções para a crise carcerária, tanto interna quanto externa, no quesito violência urbana e aumento da criminalidade, seria o investimento gradual e eficiente da educação, aprimorando o sistema atual e abrindo oportunidades de capacitação profissional. .

No que tange a colaboração ao trabalho, segundo relatório do INFOPEN (2016, p. 56), em julho de 2016, apenas 15% da população prisional estava envolvido em algum tipo de atividade laboral, o que representa um total de 95.919 pessoas, sendo que destes, 87%, trabalham internamente no próprio estabelecimento prisional.

Corroborar-se a Lei de Execução Penal, na disposição legal do seu artigo 28, que o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá a finalidade educativa e produtiva, que podem ser realizados internamente (para presos provisórios e condenados) ou externamente (para condenados que já tenham cumprido pelo menos 1/6 da pena total).

Daí evidencia-se as vantagens econômicas e sociais resultantes do trabalho, e a possibilidade da remição da pena, segundo preceitua o artigo 126 da LEP, que dispõe a possibilidade de remição de um dia de pena, por três dias de trabalho. Interessante é, o Estado incentiva o trabalho, mais não proporciona instrumentos hábeis para que os mesmos sejam efetivados.

Como ensina Nucci (2016, p. 947) a respeito do incentivo da ociosidade do preso promovida pelo próprio Estado:

Há muito, temos nos insurgido contra as medidas do Poder Executivo, real administrador dos presídios, no sentido de permitir que os presos permaneçam em suas celas ou em pátios sem absolutamente nada para fazer. É um elevado estímulo à ociosidade, em confronto direto com os preceitos da Lei de Execução Penal. Por isso, muitas atividades que os presos poderiam realizar vinham sendo retiradas, aos poucos, pelos administradores executivos, tal como a importante lide na cozinha, passível de proporcionar a um enorme contingente de internos.

De todo modo, a atividade laboral, além de propiciar a profissionalização, objetiva a aptidão física, mental e intelectual, tirando o preso do ócio e conseqüentemente, a diminuição dos gastos públicos.

Por isso, seria de grande utilidade que o Estado levasse a fabrica para dentro dos presídios, com instrumentos hábeis de trabalho, evitando a ociosidade por parte dos presos, o que dar margem, porém, a cultura criminal.

No que se refere à importância do trabalho, sustenta Greco (2009, p. 150):

Como o Estado quer levar a efeito o programa de ressocialização do condenado se não cumpre as funções sociais que lhe são atribuídas pela Constituição Federal? De que adianta ensinar um ofício ao condenado durante o cumprimento de sua pena se, ao ser colocado em liberdade, não conseguirá emprego e, o pior que, muitas vezes voltará ao mesmo ambiente que lhe propiciou o ingresso na “vida do crime”?

Os apenados costumam passar parte do tempo construindo objetos como “barcos e costura de bola”, e, ao saírem das cadeias, os tais por falta de capacitação e oportunidade, acabam por voltar às práticas infracionais.

Em face das razões apresentadas, analisa-se que com as políticas atuais e os mecanismos ineficientes, não se pode esperar muitas mudanças, porque o Estado não se revela disposto a reverter à situação, ensejando assim, o descumprimento do ordenamento jurídico pátrio e a violação aos direitos sociais básicos.

## 6.2 ASSISTÊNCIA SOCIAL E PENAS ALTERNATIVAS

No quesito saúde, convém acentuar a previsão legal da LEP, quanto à saúde integral dos presos, consubstanciada em paradigmas, tais como – atendimento médico, farmacêutico e odontológico. O sistema carcerário deve estar aparelhado no mínimo, com serviços de atenção básica de saúde.

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

[...]

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré- natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Cumprir trazer a baila, o regramento instituído pela Constituição Federal, a expressão usada do artigo 196, quanto à saúde, que preceitua como um direito de todos e dever do Estado, na busca da redução do risco de doenças e seus agravos.

Ainda, destaca-se, conforme o artigo 12 da Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, que todos têm o direito aos mais altos padrões de saúde física e mental alcançável, pelo menos aquelas oferecidas à sociedade de maneira geral.

Um fator agravante da crise carcerária é a falta de serviços assistências que incluem a falta de orientação e direcionamento psicológico, fornecido pelos patronos públicos ou privados, de acordo o artigo 78 da LEP.

Verdade apodítica é que o Brasil tende a melhorar, principalmente nas políticas sociais e econômicas, mediante a aplicação do erário público. Assim fazendo, será reconhecidamente visto a resolução interna e externa dos problemas referentes à prisão, resolvidas conjuntamente.

Quanto as penas alternativas, a Constituição Federal prevê no seu artigo 5º, inciso XLVI, que a lei deverá regular a individualização da pena e adotarão medidas alternativas a privação de liberdade, tais como – perda de bem, multa, prestação social e suspensão ou interdição de direitos.

No plano infraconstitucional, dispõe o Código Penal Brasileiro no seu artigo 43 que as penas restritivas de direitos são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de direitos.

O entendimento idealizado pela norma jurídica é de proporcionar medidas alternativas aos crimes de menor gravidade, inclusive, analisa-se, que a prisão é exceção no Brasil. Então, julga-se que há um número amplo de medidas que poderiam ser adotadas em diversas situações.

Ocorre que não há uma fiscalização capaz de detectar na íntegra o cumprimento dessas penas, ocorrendo o descumprimento de medidas judiciais, tornando-se um ciclo vicioso. Contudo, segundo uma pesquisa feita pelo IPEA (2015, p. 87) “A falta de estrutura para execução e fiscalização do cumprimento deste tipo de sanção também é argumento corrente para justificar a não substituição em casos cabíveis”.

A efetivação das penas restritivas de direito são compostas por ações programáticas, necessitando assim de uma atuação de políticas públicas para melhor adequá-las. Sendo assim, deve haver um conjunto de ações entre Sociedade e Estado, para que o infrator deixe de ser um criminoso eventual e não passe a ser um infrator persistente.

Ainda, segundo dados da CPI (2009, p. 484) a vantagem para a aplicação das penas alternativas consiste no baixo índice de reincidência, pois, o número de reincidentes dos condenados a pena de prisão oscila entre 70% e 85%, o índice é de 2% a 12% para as penas alternativas.

Dentro dos limites previstos no CP, nos crimes de menor lesividade seria fundamental a aplicação de medidas alternativas, tanto para desafogar o sistema, como para reintegrar o criminoso através de ações educativas e limitadoras. A eficiência das penas alternativas seria visualizada, caso houvesse uma fiscalização interna e externa das restrições aplicáveis.



### 6.3 ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E AMPARO AOS CONDENADOS – APAC

A associação de proteção e amparo aos condenados (APAC) é uma entidade dedicada na recuperação dos criminosos. Ela atua conjuntamente em parceria com o Executivo e o Judiciário, justamente para viabilizar a execução penal.

Os objetivos principais das Apacs é promover uma adequada execução da pena, baseada na humanidade e nos princípios normativos da Carta Constitucional. Assim, busca medidas que afastem a reincidência, tendo por propósito principal a recuperação do infrator.

A associação atualmente é composta de 30 unidades, distribuídas em Minas Gerais e Espírito Santo, que abriga 2,5 mil detentos. Tais lugares são destinados aos presos de menor risco, tendo ao seu dispor, assistência religiosa e familiar, a ocupação através do trabalho, bem como a capacitação profissional, por intermédio de carpintaria e artesanatos.

Figura V – Trabalho dos presos na APAC



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017).

Essa associação estabelece critérios a serem cumpridos pelos apenados, quais sejam – limpeza da cela em que estão alojados, rotina de trabalho interno que começa às 6 horas da manhã com atividades de capacitação, sendo divididas em sala de aula, leitura de livros, informática e outros deveres.

O próprio Conselho Nacional de Justiça (2014) recomendou a expansão do modelo APAC, tendo em vista a originalidade de tal modelo que é destacada pela humanização das penas, sob o enfoque de que toda pessoa é recuperável, sem contar que o custo individual do detento, chega a ser de um salário mínimo e meio, enquanto nas cadeias tradicionais, o gasto chega a aproximadamente quatro salários.

Figura VI – Função desenvolvida pelos detentos



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017).

Posto isto, segundo pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2014) o modelo APAC é o indicado para ressocializar os criminosos, pois, as taxas de reincidência variam de 8% a 15%, enquanto nos estabelecimentos comuns a taxa equivale a aproximadamente 70%.

Figura VII – Detentos fazendo a alimentação



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017).

Porém, há na instituição do modelo APAC uma grande preocupação em cumprir a previsão legal, no tocante aos direitos fundamentais e principalmente a ressocialização, posto que o objetivo é retirar o apenado da vida do crime.

Logo, o CNJ já recomendou a instauração desse modelo prisional, reconhecendo que as medidas socioeducativas produzem os desejados efeitos. Sendo assim, observa que o cumprimento das Leis são suficientes para mudar o quadro deficitário.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil já possuiu diversas constituições, porém, já foi marco de tortura e crueldade. A CRFB/88 foi estabelecida com fundamento na dignidade da pessoa humana, estabelecendo, desta forma, medidas declaratórias de respeito físico, psíquico e emocional.

Logo, admitiu a restrição da liberdade como punição aos atos típicos, ilícitos e culpáveis, vedando sanções que ultrapassassem a humanidade e dignidade. Assim, o Estado ao ter alguém em sua custódia deveria proporcionar todos os meios constitucionais, com exceção daquelas relativas à prisão.

Daí, diante dos crescentes números de presos no Brasil, os entes políticos passaram a ignorar a situação vigente, permanecendo em uma inconstitucionalidade por omissão, descumprindo, a Constituição Escrita.

Constataram-se as mais diversas lesões aos preceitos constitucionais, tais como – superlotação, violência nos presídios, falta de garantias mínimas de sobrevivência e a sujeição à tortura e crueldade.

Diante da omissão política administrativa, o Partido PSOL ingressou com uma ADPF questionando ao STF, a inércia do Executivo em garantir o Texto da Constituição. Ao julgá-la, a Corte Suprema declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, declarando a observância obrigatória pelos juízes das audiências de custódia e o descongestionamento das verbas do FUNPEN pelo Executivo.

Sendo assim, a presente pesquisa avaliou o quadro de maneira técnica, acadêmica e científica, e constatou que ainda falta muita ação para resolver os problemas relativos às prisões no Brasil.

O Trabalho de Conclusão de Curso teve por objetivo investigar tecnicamente a ADPF 347 que institui o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, a legislação, doutrina e as jurisprudências, além de analisar as medidas modificativas das esferas legislativas, administrativas e orçamentaria quanto à temática de violações a direitos e garantias fundamentais do preso.

A pesquisa quanto a esses objetivos restou alcançada, tendo em vista, as reiteradas teorias, conceitos, decisões e jurisprudências que elucidam o presente caso. Visualizou-se profundamente a adequação do instituto Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil e a persistência do Estado em permanecer omissivo.

As hipóteses do presente trabalho como a reforma penitenciária, por intermédio da ampliação de presídios, o investimento de assistência social, educacional e à saúde, bem como, à colaboração para a obtenção do trabalho e a aplicação das penas alternativas são expressas no ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, o Estado não libera recursos suficientes para toda demanda, inclusive, para garantir o direito mínimo existencial, restando omissis à sua competência mesmo diante das decisões impostas pelo STF.

A pesquisa proporcionou visão ampla dos direitos e garantias constitucionais, do atual sistema penitenciário e das medidas necessárias para resolver os problemas internos e externos.

Quanto à decisão de declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, percebe-se que não houve efetividade e atuação do Poder Executivo. Resta claro que diante da falta de atuação conjunta dos Poderes da República, a inconstitucionalidade insiste no quadro prisional do Estado Brasileiro.

Sendo assim, não houve mudanças significativas nos cárceres nacionais, tendo em vista a exiguidade de uma ação ativa do Poder Público. Nessa dicção, contempla-se o agravamento da insegurança jurídica e o reflexo externo da degradação das prisões brasileiras.

## 8 REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula. **Violência Urbana, condições das prisões e dignidade humana**. In: Revista de Direito administrativo nº 254, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: as conceitos fundamentais e a construção da nova modelo**. 3º. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Código Penal (1940). **Vade mecum Acadêmico de Direito**. 24º ed. São Paulo: Rideel, 2017.

\_\_\_\_\_, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. 3º. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

\_\_\_\_\_, Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário (2009)**. Disponível em: <[bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi\\_sistema\\_carcerario.pdf?...](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?...) >. Acesso em: 20. fev. 2018.

\_\_\_\_\_, Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário (2017)**. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/31899/cpi\\_sistema\\_carcerario.pdf?...](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/31899/cpi_sistema_carcerario.pdf?...) >. Acesso em: 21. fev. 2018.

\_\_\_\_\_, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **CNJ recomenda expansão das APACs para redução da reincidência criminal no país**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84625-apac-metodo-de-ressocializacao-de-presos-reduz-reincidencia-ao-crime>>. Acesso em: 28. mai. 2018.

\_\_\_\_\_, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Apac: método de ressocialização do preso reduz reincidência ao crime**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84625-apac-metodo-de-ressocializacao-de-presos-reduz-reincidencia-ao-crime>>. Acesso em: 28. mai. 2018

\_\_\_\_\_, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Ressocializar presos é mais barato que mantê-los em presídios**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/8606-apac-onde-ressocializar-presos-custa-menos-do-que-nos-presidios>>. Acesso em: 28. mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 7.210 de Junho de 1984. **Lei de execução penal**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso: em 10.02.2018.

\_\_\_\_\_, Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN, 2016**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/ha-726->



[www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)

712-pessoas-presas.../relatorio\_2016\_junho.pdf>. Acesso em: 13. jan. 2018.

\_\_\_\_\_, Ministério do Planejamento. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Atlas da Violência 2017 mapeia os homicídios no Brasil**. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=30253](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253)>. Acesso em: 25. fev. 2018.

\_\_\_\_\_, Ordem dos Advogados do Brasil. **Ofício n. 144/2016 – AJU**. Disponível em: <[www.conjur.com.br/dloficio-oab-mj.pdf](http://www.conjur.com.br/dloficio-oab-mj.pdf). > Acesso em 25. Mai.2018.

\_\_\_\_\_, Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 20. Dez.2017.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 33**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2030720>>. Acesso em: 25. Mai.2018.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em: 15.02.2018.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.581**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 15.02.2018.

\_\_\_\_\_, Tratado Internacional. **Pacto São José da Costa Rica**. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 19. Dez. 2017.

CABRAL, Sandro. **“Além das Grades”: uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional**. 2006. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

CAMPOS, Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1º. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CORDEIRO, Greicianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. 2º.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

EGGER, Alice Catão. **O “Estado de Coisas Inconstitucional” do Sistema Penitenciário Brasileiro no Contexto do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: 2017.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 8.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**, 13. ed. São Paulo: Graal, 1988.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4 ed. Niterói-RJ: Impetus, 2009.

\_\_\_\_\_, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2°. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

\_\_\_\_\_, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 2°. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MASSOM, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4°. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13°. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12°.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13°.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SALIM Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal – Parte Geral**. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.