REVISTA JURÍDICA

da Seção Judiciária de Pernambuco

Número 10
2017

REVISTA JURÍDICA

da Seção Judiciária de Pernambuco

Número 10
2017

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juiz Federal Diretor do Foro
FREDERICO JOSÉ PINTO DE AZEVEDO

Juiz Federal Vice-Diretor do Foro
CESAR ARTHUR CAVALCANTI DE CARVALHO

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

Juízes Federais Integrantes do Conselho Editorial
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER – Diretor do Conselho Editorial
NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI
RODRIGO VASCONCELOS COÊLHO DE ARAÚJO
MARCOS ANTONIO MACIEL SARAIVA
BERNARDO MONTEIRO FERRAZ
FELIPE MOTA PIMENTEL DE OLIVEIRA
LUIZ BISPO DA SILVA NETO

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Secretário da Revista
FILIPE ISHIGAMI
LUANA SILVEIRA TUCCI

Revisão de Texto:
JOSÉ HONÓRIO DA SILVA FILHO
SOFIA SIMPLÍCIO SILVA

Capa
MARCELO SCHMITZ

Editoração Eletrônica
NYLHERMANN MIRANDA DE BRITO SILVA - NGE

Endereço: Justiça Federal de Primeira Instância
Seção Judiciária de Pernambuco
Av. Recife, 6250 – Jiquiá
CEP: 50.865-900, Recife-PE
www.jfpe.jus.br

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 10 (2017) Recife, 2017

Anual

ISSN 1984 – 512X

1.Direito – Periódico. 2.Doutrina. 3.Justiça Federal – Pernambuco.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca desta Seção Judiciária

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente
Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Vice-Presidente
Desembargador Federal **Cid Marconi Gurgel de Souza**

Corregedor
Desembargador Federal **Paulo Machado Cordeiro**

Desembargador Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**
Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**
Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**
Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**
Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**
Desembargador Federal **Edilson Pereira Nobre Júnior**
Desembargador Federal **Fernando Braga Damasceno**
Desembargador Federal **Francisco Roberto Machado**
Desembargador Federal **Paulo Machado Cordeiro**
Desembargador Federal **Cid Marconi Gurgel de Souza**
Desembargador Federal **Carlos Rebêlo Júnior**
Desembargador Federal **Rubens de Mendonça Canuto Neto**
Desembargador Federal **Alexandre Costa de Luna Freire**
Desembargador Federal **Élio Wanderley de Siqueira Filho**
Desembargador Federal **Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho**

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

Roberto Wanderley Nogueira
Francisco Alves dos Santos Júnior
Edvaldo Batista da Silva Júnior
Ubiratan de Couto Mauricio
Hélio Sílvio Ourem Campos
Nilcéa Maria Barbosa Maggi
Frederico José Pinto de Azevedo
Joana Carolina Lins Pereira
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
César Arthur Cavalcanti de Carvalho
Tarcísio Barros Borges
Ara Cárita Muniz da Silva Mascarenhas
Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo
Arthur Napoleão Teixeira Filho
Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti
Tiago Antunes de Aguiar
Georgius Luís Argentini Príncipe Credídio
José Baptista de Almeida Filho Neto
Carolina Souza Malta
Jorge André de Carvalho Mendonça
Flávio Roberto Ferreira de Lima
Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Roberta Walmsley Soares Carneiro Porto de Barros
Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Polyana Falcão Brito
Marília Ivo Neves
Allan Endry Veras Ferreira
Ivana Mafra Marinho
Kylce Anne Pereira Collier de Mendonça
Thalynni Maria Freitas De Lavor

José Moreira da Silva Neto
Paulo Roberto Parca de Pinho
Joaquim Lustosa Filho
Claudio Kitner
Leonardo Augusto Nunes Coutinho
Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo
Flávia Tavares Dantas
Ethel Francisco Ribeiro
Temístocles Araújo Oliveira
Mateus de Freitas Cavalcanti Costa
Marcos Antonio Maciel Saraiva
Tarcísio Corrêa Monte
Madja de Sousa Florêncio
Bernardo Monteiro Ferraz
Luiz Bispo da Silva Neto
Felipe Mota Pimentel de Oliveira
Carlos Vinícius Calheiros Nobre

Juízes Federais Substitutos:

Liz Corrêa de Azevedo
Isaac Batista de Carvalho Neto
Guilherme Soares Diniz
Danielli Farias Rabêlo Leitão Rodrigues
Augusto Cesar de Carvalho Leal
Lianne Pereira da Motta Pires
Katherine Bezerra Carvalho Melo
Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti
Gabriela Lima Fontenelle Câmara
Emanuel José Matias Guerra

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO
Nilcéa Maria Barbosa Maggi *13*

ARTIGOS

CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL
Danúbio Tavares Alves. *15*

LIMITES DA REFORMA OU RESCISÃO DA COISA JULGADA CONTRÁRIA AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 730.462/SP
Eleno Alberto da Silva. *47*

A JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA NAS TUTELAS DE URGÊNCIA: EM BUSCA DO SENTIDO DO ART. 300, § 2º, DO NOVO CPC EM BUSCA DO SENTIDO DO ART. 300, § 2º, DO NOVO CPC
Felippe Borring Rocha e Luísa Tostes Escocard de Oliveira *87*

A CUSTOSA QUESTÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA E AS INVERDADES CONVENIENTES
Francisco Glauber Pessoa Alves. *103*

DA (IN)APLICABILIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL
Gabriela Arruda Assunção. *127*

A FORÇA VINCULATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS SOBRE O LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO
Gustavo Henrique de Souza Ramos *159*

"A MORTE COMO PENA – CONTRADICTIO IN TERMINIS –, SEGUNDO O PENSAMENTO DE MIGUEL REALE"
Lucas Santos Jatobá *197*

A OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE OU EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE APÓS AS REFORMAS PROCESSUAIS E O CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL DE 2015
Marcela Neves Baptista Lins Stillitano. *211*

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DECRETO PRESIDENCIAL Nº 8.426 DE 2015. CONSTITUTIONAL ASPECTS OF PRESIDENTIAL DECREE No. 8.426 OF 2015
Marcos Antonio dos Santos. 227

ESPAÇO VIRTUAL DE MEMÓRIA INSTITUCIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL EM PERNAMBUCO: RELATO DE EXPERIÊNCIA
Maria de Lourdes Castelo Branco de Oliveira. 263

DA QUESTÃO PREJUDICIAL INCIDENTAL CONSTITUCIONAL NO STF E O NOVO REGIME DE COISA JULGADA
M. Y. Minami e Ravi Peixoto. 277

ÍNDICE DE FUNCIONALIDADE BRASILEIRO APLICADO PARA FINS DE CLASSIFICAÇÃO E CONCESSÃO DA APOSENTADORIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – IF-BRA, INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 142/2013: ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO TÉCNICA E JURÍDICA DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE SUSTENTAM A SUPOSTA REVOGAÇÃO DA PORTARIA INTERMINISTERIAL SDH/MPS/MPOG/AGU Nº 1/2014
Orion Sávio dos Santos e José Maurício Lindoso de Araujo 303

A EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO BRASILEIRO NO REGIME INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: HÁ MUDANÇA NO PARADIGMA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?
Pedro Henrique de Faria Barbosa. 325

O REGIME REMUNERATÓRIO DAS CONCESSÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS
Pedro Dias de Oliveira Netto 343

ALGUMAS NOVIDADES NA TRAMITAÇÃO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS NO CPC/2015
Vinicius Silva Lemos 379

O DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E O PARADIGMA DA CONFIANÇA
Vitor Galvão Fraga. 419

APRESENTAÇÃO

Festejamos, com muito entusiasmo, a publicação da décima edição da Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, sentindo-me imensamente honrada por fazer a sua apresentação.

Esta edição demonstra, mais uma vez, que a Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco não é apenas dos Juízes Federais e nem somente da SJPE, mas agrega todos aqueles que pretendem se aprofundar nos debates e aperfeiçoar o sistema de distribuição de justiça, com o objetivo de difundir conhecimentos úteis à melhoria da prestação jurisdicional.

Esta 10ª Edição da Revista, sem dúvida, conduzirá o leitor a profundas reflexões sobre temas da mais relevante importância, produzidos todos com inegável qualidade.

Festejamos, sim, uma edição constituída por artigos acadêmicos irretocáveis, de grande envergadura e sensibilidade, com exposição exaustiva da fundamentação, levando a conclusões coerentes e propositivas. Alguns calcados, na mais das vezes, na cotidiana experiência judicante, como o artigo "A custosa questão carcerária brasileira e as inverdades convenientes". Outros abordando temas cercados de incertezas, no aguardo de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, em especial, aqueles que tratam de alterações trazidas pelo novo CPC, como "A justificação prévia nas tutelas de urgência: em busca do sentido do art. 300, § 2º, do novo CPC", "Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime de coisa julgada", "A objeção de executividade ou exceção de pré-executividade após as reformas processuais e o Código Processual Civil de 2015", "Algumas novidades na tramitação dos recursos excepcionais no CPC/2015" e "A força vinculativa dos precedentes judiciais sobre o livre convencimento do magistrado". Também foram explorados temas a exigir profunda reflexão, a exemplo de "A morte como pena – *contradictio in termini* –, segundo o pensamento de Miguel Reale".

Nesta edição, todos os temas abordados estão em condição de auxiliar o Magistrado em seu ofício de decidir, bem como qualquer operador do Direito, ao buscar a efetivação da Justiça.

Esta Revista fora engrandecida com a edição deste 10º volume, pelo que agradeço imensamente a oportunidade de apresentá-la, parabenizando os autores, os editores e todos os que contribuíram para o êxito desta edição.

Nilcéa Maria Barbosa Maggi
Juíza Federal em Pernambuco
Professora da Faculdade de Direito do Recife/UFPE

CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

TAX CREDITS AND JUDICIAL REORGANIZATION

Danúbio Tavares Alves
Bacharel em Direito pela UFPE
Bacharel em Filosofia pela UPRA (Roma)
Assessor do Juízo da 7ª Vara Federal de Pernambuco.

RESUMO: O presente trabalho se propõe a realizar uma análise das alterações legislativas promovidas no Código Tributário Nacional por força da Lei Complementar nº 118/05. Posteriormente, verificar-se-á o sentido da autonomia conferida à execução fiscal, não a submetendo ao Juízo da recuperação judicial. Por meio da análise estatística de execuções fiscais em tramitação na Seção Judiciária de Pernambuco, constata-se que, apesar de os executivos fiscais não se submeterem ao crivo do Juízo da recuperação judicial, eles não logram, na prática, o seu objetivo primordial. Por fim, discutir-se-á o papel dos créditos tributários em face da recuperação judicial e a inovação legislativa da Lei nº 13.043/2014, que disciplinou a hipótese de parcelamento para empresas em recuperação judicial, suprindo-se, assim, a lacuna do art. 155-A, §3º, do CTN.
Palavras-chave: Recuperação judicial. Crédito tributário. Execução fiscal. Parcelamento.

ABSTRACT: This article is about the changes made in the Brazilian Tax Code by the Complementary Law n. 118/2005 and by the Law 13.043/2014. In that context, it studies the autonomy given to the judicial tax execution regarding the judicial reorganization court. Through statistical analysis based on judicial process, it concludes that, despite the autonomy of judicial tax execution, those processes don't reach their goal of tax fundraising. This work also deals with the Law n. 13.043/2014, which is about special debt installment in cases in which the firm is submitted to judicial reorganization.
Keywords: Judicial reorganization. Tax credits. Installment.

LISTA DE SIGLAS

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CDA – Certidão de Dívida Ativa
CTN – Código Tributário Nacional
CPC – Código de Processo Civil
CPEN – Certidão positiva com efeitos de negativa
LEF – Lei de execuções fiscais (Lei 6.830/80)
PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal

INTRODUÇÃO

Os tributos constituem a principal fonte de receitas de Estado. Com o uso adequado das receitas, o Estado cumpre uma de suas funções primordiais, que é a da busca do bem comum, conjunto de todas as condições de vida social que favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana e de sua sociedade.

O Código Tributário Nacional (CTN) define tributo como "toda prestação pecuniária compulsória" (art. 3º). No entanto, apesar de o tributo ser uma prestação compulsória, é considerável o fato de muitos se furtarem desse dever por meio da sua sonegação ou do simples inadimplemento. Assim, devido ao déficit arrecadatório que o descumprimento de tal obrigação acarreta, toda a sociedade arca com o ônus de serviços estatais deficitários, já que, ao menos, na teoria, a qualidade dos serviços públicos está diretamente relacionada a uma arrecadação eficiente que dá suporte financeiro ao Estado no exercício de suas atividades.

Nesse quadro de sonegação ou de inadimplência de tributos, o Estado se utiliza de meios administrativos para coagir os contribuintes ao cumprimento da prestação tributária. Porém, nos casos em que o contribuinte resiste à pretensão estatal, o crédito tributário é inscrito em dívida ativa, surgindo, então, um título executivo extrajudicial. A Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial, instruirá a petição inicial da execução fiscal, regida pela Lei 6.830 de 1980.

No entanto, verifica-se, na prática, a pouca efetividade da execução fiscal, uma vez que são raras as ocasiões em que o executado satisfaz espontaneamente o crédito exequendo ou o parcela. Tal situação é ainda mais evidente nas hipóteses em que o executado é empresa submetida ao regime de recuperação judicial, já que se encontra em situação de penúria econômica e tem uma série de outros créditos privados a serem satisfeitos. Nesse contexto, nem sempre os créditos tributários estão, naturalmente, no topo dos interesses dos gestores das empresas em tais situações.

A Lei 11.101/05 (LRE) trouxe uma importante reforma no ordenamento jurídico brasileiro, seja com nova roupagem dada ao processo falimentar, seja com a introdução do procedimento de recuperação judicial das empresas. Tal reforma enfatizou a necessidade de preservação da empresa por força de sua função social.

Juntamente com a promulgação da LRE, entrou em vigor a Lei Complementar 118/05, que adaptou o Código Tributário Nacional às novas diretrizes da recuperação judicial e da falência. As mais importantes alterações têm a ver com a nova posição dos créditos falimentares no Juízo universal,

bem como a autonomia dos créditos tributários no âmbito da recuperação judicial e da falência.

No caso da recuperação judicial, mesmo sendo um meio de satisfazer os interesses de credores privados, o legislador fez questão de dar primazia ao crédito tributário, deixando-o de fora do juízo recuperacional e colocando, como requisito para o deferimento da recuperação judicial, a regularidade fiscal da empresa.

No presente trabalho, após a análise dos créditos da recuperação judicial e do papel dos créditos tributários, far-se-á uma explicação breve do processo da execução fiscal e da sua viabilidade no caso das empresas em recuperação judicial. Tal viabilidade tem relação direta com os atos de penhora que o Juízo da execução pode realizar, independentemente do crivo do Juízo da recuperação. Questiona-se, a propósito, se haveria independência do Juízo da execução fiscal em relação ao da recuperação judicial.

Na prática, não. Constata-se, aqui, o paradoxo enfrentado por muitos procuradores fazendários: apesar de a Lei 11.101/05 expressamente determinar, em seu art. 6º, §7º, que as execuções fiscais não se suspenderão com o deferimento da recuperação judicial, pouco ou nada se consegue no que tange à efetiva satisfação do crédito tributário em empresas nessa situação. Ao mesmo tempo em que o legislador propõe a autonomia da execução fiscal, ela não se desenvolve satisfatoriamente porque qualquer ato que signifique a redução do patrimônio da empresa pode comprometer o bom andamento do plano de recuperação judicial.

Nesse contexto de "engessamento" da execução fiscal, há que se questionar como ficaria a Fazenda Pública em relação aos seus créditos. Diante da ausência de ativos que não estejam submetidos ao Juízo universal, o credor tributário acaba se submetendo, na prática, ao crivo do Juízo recuperacional e a execução fiscal resta sobrestada, aguardando o deslinde do processo de recuperação, na expectativa de que "sobre" algo para o credor tributário.

Depois de se debruçar sobre o papel dos créditos tributários, no processo de recuperação judicial, e a realização de atos expropriatórios em empresas submetidas ao processo recuperacional, pretende-se discutir a polêmica necessidade de apresentação da certidão de regularidade fiscal para se deferir a recuperação judicial das empresas, prevista no art. 191-A do CTN. Por outro lado, será problematizada a ausência de lei de parcelamento específico (até 2014) para as empresas em recuperação judicial e a viabilidade do deferimento do plano de recuperação à revelia da regularidade fiscal da empresa interessada.

Apesar das muitas inovações trazidas no âmbito da recuperação judicial, há que se questionar sobre as vantagens e desvantagens desse

procedimento para a Fazenda Pública na consecução dos seus créditos. Esse é, em suma, o objeto primordial da presente pesquisa.

1. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA E OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

1.1. Considerações gerais acerca da recuperação da empresa

A recuperação judicial foi uma novidade inserida no nosso ordenamento jurídico tão somente com o advento da Lei 11.101/05. Antes disso, junto à falência, vigia, no nosso ordenamento, o instituto da concordata, a qual não pode, de forma alguma, ser confundida com a recuperação judicial. Não são sinônimos.

A concordata era "uma forma de se obter dilação de prazo e/ou remissão dos créditos quirografários" (TEIXEIRA, 2016, p. 548). Era a concessão de um favor legal ao devedor e poderia ser suspensiva ou preventiva. Na primeira modalidade, ocorrida durante o processo de falência, ele era suspenso com a esperança de que a atividade do devedor não fosse extinta por causa de seus credores. Já a concordata preventiva era postulada antes de que se requeresse a falência da empresa em questão. Ressalte-se, ainda, que faria jus à concordata qualquer empresário que a requeresse, independentemente de sua viabilidade. Por fim, já havia previsão, na própria lei, sobre qual sacrifício seria imposto ao credor, ao passo que, na recuperação judicial, isso serria decidido no plano de cada empresa.

De logo, constata-se que o foco da concordata era na empresa em si, com uma visão eminentemente privatista de satisfação de seus credores quirografários. No entanto, com a inclusão da recuperação judicial no nosso ordenamento jurídico, o nosso ordenamento passou a adotar uma visão publicista da empresa, reconhecendo a sua função social, e o bem que a sua manutenção pode trazer para a coletividade (NAKAGOMI, 2009, p. 105).

Enquanto que a concordata consistia, basicamente, no perdão parcial dos débitos, dilação dos prazos de pagamentos ou na combinação dessas hipóteses, a recuperação judicial traz um enorme rol de possibilidades de que o empresário dispõe para evitar a falência do seu empreendimento. Tais possibilidades estão previstas no art. 50 da LRE, a seguir transcrito:

> Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:
> I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;
> II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade,

> constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;
> III – alteração do controle societário;
> IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;
> V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;
> VI – aumento de capital social;
> VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;
> VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;
> IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;
> X – constituição de sociedade de credores;
> XI – venda parcial dos bens;
> XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;
> XIII – usufruto da empresa;
> XIV – administração compartilhada;
> XV – emissão de valores mobiliários;
> XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.
> (...)

Da leitura do artigo supracitado, percebe-se a intenção do legislador de oferecer ideias ao empresário em situação de penúria para que seu empreendimento 'sobreviva', conforme meta da LRE. O objetivo, portanto, não é apenas o de pagar dívidas, mas fazer com que a atividade empresarial não cesse por causa da crise que a assola.

Na prática, a efetividade das recuperações judiciais (e dos processos falimentares) no Brasil ainda é questionada. De acordo com informações colhidas no sítio eletrônico do doingbusiness.com, estima-se que, em 2017, o Brasil tenha uma taxa de 15,8% de efetividade nos seus processos de recuperação de empresas em insolvência. Ainda segundo as informações do mesmo *site*, o custo desses processos é elevadíssimo, chegando a representar 12% do ativo da empresa. Comparativamente, estima-se que, nos Estados Unidos, os mesmos tipos de processo terão uma efetividade na ordem de 78,6%, representando 10% do ativo da empresa. O modelo brasileiro não

parece justificar o tão elevado custo e a tão pouca efetividade. Parece que a resolução prática da recuperação judicial encontra uma série de entraves no Brasil, a começar pelo fato de que tal matéria é submetida a uma corte não especializada no tema. Diante de um processo de recuperação judicial ou de falência, o juiz tem que lidar com uma série de conhecimentos empresariais, contábeis, econômicos que, não raramente, extrapolam o seu saber. Assim, termina o Magistrado por fiar-se na prova produzida por peritos para decidir pela viabilidade ou não de certos planos submetidos à sua apreciação.

Tanto a recuperação judicial quanto a falência estão inseridas em um contexto de crise da empresa. Essa crise é comumente dividida em estágios, quais sejam: econômico, financeiro e patrimonial. A crise econômica é entendida como uma retração considerável nos negócios da empresa, em face da redução do faturamento ou pelo aumento dos custos. A crise financeira ocorre quando a empresa não dispõe mais de caixa para honrar seus compromissos (crise de liquidez). Por fim, a crise patrimonial é a insolvência, quando há mais passivos que ativos, não podendo os primeiros ser satisfeitos pelos segundos (COELHO, 2016, p. 12). Nesse sentido, o ideal é que a empresa requeira a sua recuperação judicial entre a crise econômica e financeira. Quando já estiver perto da crise patrimonial, é sinal de que já está na iminência da falência.

A partir de uma simples leitura do artigo 47 da Lei 11.101/05, constata-se o intuito do legislador de dar uma nova visão da empresa em situação de penúria econômica:

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Nota-se uma clara ênfase na preservação da empresa - desde que esta seja realmente viável para a sociedade e não uma forma de burlar os credores –, pois se valoriza o seu papel como fonte produtora de riquezas, de empregos e de desenvolvimento nacional. Ressalta-se, ainda, a função social da empresa, em consonância com os princípios constitucionais que regem a atividade econômica e estão insculpidos no artigo 170 de nossa Carta Magna. Em outras palavras, pode-se dizer que a preservação da empresa é entendida como a recuperação da atividade empresarial de sua crise econômica, financeira ou patrimonial, com o escopo de continuidade do negócio, manutenção de empregos e interesses de terceiros, especialmente dos credores (TEIXEIRA, 2016, p. 553).

Assim, a grande novidade trazida pelo instituto da recuperação judicial é a de que não interessa ao legislador que a empresa "agonize" enquanto quita seus débitos. Busca-se, antes, que aquelas empresas que possam ser viáveis se restabeleçam no mercado e continuem exercendo sua função em prol da sociedade. Afinal, como se percebe facilmente pela crise que hoje assola o Brasil, a penúria de uma empresa pode trazer grande repercussão social, seja com o desemprego, com a redução da circulação de riquezas, ou, em maior escala, com o crescimento da inflação e a consequente redução do poder aquisitivo das pessoas.

Outra novidade trazida pelo nosso ordenamento no âmbito da recuperação foi a possibilidade de ela ser extrajudicial: homologa-se, judicialmente, um acordo entre a empresa devedora e seus credores. Seja na recuperação judicial ou na extrajudicial, busca-se o "saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos sus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores." (COELHO, 2016, p. 51).

A recuperação da empresa, entretanto, não é aplicável indistintamente. A própria Lei coloca alguns requisitos, previstos no art. 48, como forma de filtrar quais empresas podem requerer tal benesse. Ressalta-se, dessa maneira, o intuito do legislador de privilegiar aqueles empreendimentos que, realmente, possam se reerguer por meio da negociação com seus credores. Não sem razão a recuperação – judicial ou extrajudicial – se submete ao crivo do judiciário para análise de sua viabilidade.

Note-se, porém, que o crivo do judiciário não pode significar a substituição da empresa pelo juiz na busca de soluções para a empresa em crise. Se esta é inviável no mercado e não desperta qualquer interesse, a sua recuperação não deve ser privilegiada porque dificilmente será bem sucedida (COELHO, 2016, p. 53).

Quando inviável a recuperação, a falência deverá ser o caminho a ser trilhado. Esta, porém, não deve ser vista como um mal em si. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, "as *más* empresas devem falir para que as *boas* não se prejudiquem" (COELHO, 2016, p. 52).

Em suma, recuperação judicial é uma espécie de contrato processual: um processo que leva, por um acordo de vontade da maioria, à realização da recuperação judicial. A finalidade da recuperação é não deixar a empresa ir à falência, colocando-a em condições de operar. Economicamente, deve-se analisar o estágio de crise da empresa, porque a recuperação não é um instituto que deva ser banalizado, já que a recuperação não é viável para todas as empresas. Essa viabilidade é analisada pelos credores à luz dos elementos fáticos que terão à sua disposição. A lei não diz expressamente quais são as

condições de viabilidade. É a empresa, no plano de recuperação, que deve apresentar um estudo de viabilidade econômica. Caberá aos credores analisar tal viabilidade e levá-la ao crivo do judiciário para que o plano possa ser levado adiante[1].

1.2. Classificação dos créditos na recuperação judicial

O Juízo da falência é tido por universal: os credores estão sujeitos ao juízo da falência, independente do tipo de crédito. Nesse caso, como os credores se submetem ao juízo universal, a Lei prevê uma ordem (art. 83). Admitem-se, ainda, os credores extraconcursais na falência, previstos no art. 84 da LRE e se referem a despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição de seu produto, custas do processo de falência, impostos e contribuições incidentes após a decretação de falência, obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados no âmbito da falência, dentre outros (FAZZIO JR, 2016, p. 588-589). Na maioria dos casos, trata-se de créditos inerentes à continuidade da empresa após o início do processo falimentar.

Diferente do processo da falência, que é conhecida como uma forma de Juízo universal (tal como o Juízo sucessório), a recuperação judicial não abrange todos os créditos do devedor, a despeito do que preceitua o art. 49 da Lei 11.101/05.

Nesse contexto, o juízo recuperacional é limitado, porque há nele credores que são sujeitos e que são não sujeitos ao crivo do processo de recuperação. Esta é, de fato, a principal classificação dos créditos de uma empresa em recuperação judicial: aqueles que se submetem ao plano de recuperação judicial por imposição legal (sob pena de nada conseguir se não se sujeitar a tal juízo) e aqueles que estão fora da recuperação judicial e pode executar seus créditos autonomamente. Ou seja, nem todos os credores da empresa em recuperação serão chamados ao processo para que haja negociação dos seus créditos.

De fato, os seguintes créditos não são abrangidos pela recuperação judicial (TEIXEIRA, 2016, p. 585-586):

1. De natureza tributária, por força do art. 57 da LRE e do art. 187 do CTN.
2. Dos credores do devedor (em recuperação judicial) contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, por força do art. 49, §º1 da LRE.
3. Decorrentes de importâncias entregues ao devedor como adiantamento em contrato de câmbio para exportação, por força do art. 49, §4º e art. 86, II, da LRE.

1 - Anotações tomadas na aula de Direito Comercial 6, do dia 21/09/2016.

4. Do arrendador mercantil (contrato de leasing), do proprietário fiduciário, do promitente vendedor de imóvel cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, do proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, por força do art. 49, §3º, da LRE.

Tais credores não sujeitos devem receber o crédito da maneira como ele foi contratado, sem as restrições próprias da recuperação. São conhecidos como "trava bancária", uma vez que "não podem ser utilizados pela empresa para o seu fluxo de caixa, passando diretamente ao Banco" (GALVÃO, 2012).

Para os credores não sujeitos à recuperação, os efeitos do juízo são limitados. Na recuperação judicial, a ordem de pagamento é regulada pelo plano de recuperação. Assim, não é correto dizer que há concurso de credores, já que, tecnicamente, credores concursais e extraconcursais só estão presentes na falência. O correto, no caso da recuperação, seria dividir os credores entre sujeitos e não sujeitos ao regime recuperacional.

Vale ressaltar que a recuperação abrange, em regra, todos os credores existentes ao tempo do seu pedido e, obviamente, sujeitos ao regime de recuperação, conforme indica o caput do art. 49 da LRE. Isso significa que os créditos constituídos após o pedido de recuperação serão excluídos dos efeitos da dita recuperação (COELHO, 2016, p. 59).

O juízo competente para o requerimento da recuperação judicial ou falência é o do principal estabelecimento do devedor ou da filial da empresa que tenha sede fora do Brasil. Esse juízo não é o da sede formal da empresa, o do contrato social, mas se terá que analisar onde a empresa funciona ou é administrada.

Com o fim de evitar a quebra da empresa submetida à recuperação judicial ante a lógica de os credores não sujeitos ao plano buscarem a satisfação imediata de seus créditos, o legislador entendeu por bem estabelecer um período de "pausa" nas execuções, após o deferimento do plano de recuperação. É o assim chamado pela doutrina de *stay period*, previsto no art. 6º da LRE. Dessa forma, assegura-se à empresa um prazo razoável para que ela adquira o fôlego necessário para se restabelecer em sua atividade empresarial, saldar os seus credores, bem como traçar estratégias para a sua recuperação.

1.3. Créditos tributários e a recuperação judicial

Depois de se debruçar sobre a recuperação judicial e sobre a distinção fundamental entre os créditos sujeitos e não sujeitos àquela, é importante entender qual o papel dos créditos tributários no contexto de uma empresa insolvente e submetida ao regime recuperacional.

Convém assinalar, inicialmente, que, juntamente com a promulgação da LRE, foi promulgada a Lei Complementar 118/05, a qual promoveu uma

série de alterações no Código Tributário Nacional, muitas delas com relação direta com o processo de recuperação e de falência.

Conforme visto antes, os créditos tributários não se sujeitam ao juízo da recuperação judicial por expressa previsão legal, seja na LRE, seja no CTN. A regra geral, no direito tributário, é a da preferência de seus créditos em relação a quaisquer outros, excepcionados aqueles decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho (art. 186 do CTN). Isso porque se supõe que o crédito tributário é oriundo do interesse público, que se sobrepõe aos interesses de quaisquer outros credores privados. A única exceção que o legislador fez em relação a tal preferência foi para os créditos trabalhistas, já que estes representam verbas alimentares. De resto, o legislador foi enfático ao preferir o crédito tributário a qualquer outro.

No entanto, a regra geral de preferência dos créditos tributários foi, no âmbito da falência, mitigada. Conforme se lê no art. 186 do CTN, alterado por meio da Lei Complementar 118/05, o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, até o limite do bem gravado. Ainda em relação à falência, as multas tributárias são relegadas a um patamar ainda mais inferior, por se entender que somente o crédito tributário principal é que goza da preferência, já que as multas são encargos acessórios ao principal.

Para muitos, tais alterações legislativas promovidas no CTN vieram com o intuito de beneficiar os bancos, pois, no caso da falência, por exemplo, os créditos com garantia real são prioritários em relação aos tributários. O objetivo dessa alteração foi, segundo noticiou a imprensa à época, "contribuir para que os juros dos empréstimos bancários caiam. Isso porque, na medida em que se facilita a recuperação do crédito bancário, menor é o "custo" do crédito para as instituições financeiras" (SILVA, 2007, p. 962). Tal motivação se mostra falaciosa, sobretudo quando se constata, dez anos depois, que os juros dos empréstimos bancários em nada caíram. Parece que, no fundo, o intuito foi de privilegiar um grupo específico (bancos) em detrimento do próprio Poder Público, em uma briga de interesses.

Outra foi a justificativa que o legislador apresentou para as modificações propostas pela Lei complementar 118/05, conforme se lê a seguir:

> O presente projeto de lei complementar tem como finalidade principal reestruturar o regime de privilégios e garantias do crédito tributário, de modo a ensejar significativas modificações na legislação falencial e incrementar o sistema legal de proteção ao credor.
> Subjacente à questão da proteção dos credores, está a ordenação das

> preferências no tocante à partilha do patrimônio da empresa falida ou em processo de recuperação. Nesse sentido papel fundamental jogam os créditos públicos, mais especificamente, os créditos tributários. A participação do setor público, com prioridade na partilha dos bens da massa, encontra justificativa na defesa do bem-estar social, financiado, em regra, por recursos públicos.
>
> Não obstante, outros efeitos desta participação prioritária acabam geralmente alijados do debate. A posição preferencial dos créditos públicos geram (i) menor probabilidade de recuperação do capital dos credores privados (aumento do risco e do custo do capital), (ii) aumento da probabilidade de falências em cascata dos credores e, conseqüentemente, (iii) perda de bem-estar social.
>
> De outra parte, a experiência demonstra que os custos do Poder Público com a cobrança judicial de créditos públicos de massas falidas relativamente à condenação de honorários e verbas de sucumbência em sede de embargos do devedor são significativos, e, não raro, superam as quantias efetivamente recuperadas na falência.
>
> De tudo, conclui-se que a preferência legal ao crédito tributário, hoje em vigor, prejudica a formação de um ambiente econômico que propicie o desenvolvimento. Assim, vê-se a necessidade de modificação desse quadro, redefinindo o papel do crédito fiscal no processo de quebra de empresas e agentes econômicos[2].

De acordo com a justificativa do projeto de lei apresentado à Câmara de Deputados, o fato de os créditos tributários gozarem de preferência em relação a quaisquer outros fazia com que nada ou quase nada restassem aos demais credores após o término de um processo de recuperação ou falência das empresas.

Assim, entendeu o legislador por bem relegar, na falência, o crédito tributário a um terceiro plano, colocando-o depois dos créditos trabalhistas e daqueles com garantia real. Pergunta-se: será que restará algo ao Erário após o pagamento dos créditos prioritários? É de se reconhecer, de fato, que muitas empresas que se encontram em situação de penúria normalmente estão devendo grandes valores ao Fisco e relegam o pagamento de tributos para satisfazer outras dívidas que efetivamente manterão a empresa em funcionamento. No entanto, é salutar questionar se tal opção legislativa foi benéfica para todos ou só para um grupo específico de credores. Parece que uma opção plausível seria a de ter mantido os créditos tributários como prioritários (ainda que juntamente

2 - Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E6F1B0091C47743AEFC1D1D5F10925DF.proposicoesWebExterno1?codteor=149794&filename=Tramitacao-PLP+72/2003>. Acesso em 29.10.2016.

com os créditos de garantia real) e, após a apuração do ativo disponível da empresa, reparti-los proporcionalmente entre os credores prioritários.

No caso da recuperação judicial, objeto específico do presente estudo, nota-se que a LRE e o CTN colocam o crédito tributário como não sujeito ao regime recuperacional. Ou seja, o crédito tributário pode ser executado autonomamente em relação ao processo de recuperação judicial, não se submetendo a suas diretrizes ou concorrendo com os demais credores. É o que dispõe o artigo 187 do CTN: "A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento."

Isso significa, como se verá no próximo capítulo, que a execução fiscal tem, ao menos em tese, a sua autonomia para realizar atos de constrição em face de empresas em recuperação judicial, uma vez que os créditos tributários gozam de privilégios em relação aos demais créditos, por força do art. 186 do CTN. No entanto, constata-se algo bem diverso na prática forense.

Por outro lado, o art. 191-A do CTN dispõe que a concessão de recuperação judicial depende de apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 do mesmo CTN. Ao que parece, para se requerer a recuperação judicial, o legislador punha como requisito a quitação de todos os tributos devidos (ensejadora da certidão negativa de débitos tributários, prevista no art. 205 do CTN) ou a suspensão de sua exigibilidade, em quaisquer das hipóteses do art. 151 do CTN (ensejadora de certidão positiva com efeitos de negativa de débitos tributários, prevista no art. 206 do CTN). Por outro lado, se, no curso da recuperação judicial, surgirem novas dívidas tributárias, elas seriam executadas autonomamente.

Essa questão será aprofundada no próximo capítulo, quando será abordado o tema da execução de créditos tributários, bem como a possibilidade de parcelamento de tais créditos nos casos das empresas em regime de recuperação judicial, à luz da lei. 13.043/14.

2. AUTONOMIA DA EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

2.1. Breve explicação do rito da execução fiscal

A execução fiscal é um procedimento especial, no qual o sujeito ativo sempre será a Fazenda Pública. Regulada pela lei nº. 6.830/1980, e subsidiariamente pelas disposições do CPC, esse tipo de execução especial pressupõe a existência de uma obrigação certa, líquida e exigível,

consubstanciada na certidão de dívida ativa (CDA), título executivo extrajudicial, previsto expressamente no art. 784, IX do CPC.

Para o ajuizamento da execução, é necessária a apresentação de título que cristalize a obrigação. No caso da execução fiscal, isso ocorre por intermédio da certidão de dívida ativa (CDA), a qual possui presunção (*iuris tantum*) de certeza, exigibilidade e liquidez.

A inscrição da dívida ativa ocorre quando da existência da dívida em face da Fazenda Pública, seja ela de natureza tributária ou não-tributária (art. 11, §4º, da Lei nº. 4.320/64). Ao valor devido, se acrescem a atualização monetária, os juros, a multa de mora e os demais encargos previstos em lei.

Diante da descrição do fato gerador ou do fato constitutivo da infração - não sendo admitidas descrições genéricas acerca do débito - instaura-se um procedimento administrativo visando à apuração da liquidez e certeza do débito. Notifica-se, em sequência, o devedor, facultando-lhe o contraditório/ampla defesa, de modo que o suposto inadimplente arque com os valores, ou apresente as razões de sua defesa. No caso de tributos constituídos mediante declaração do próprio contribuinte, a jurisprudência entende não haver necessidade de processo administrativo, visto que toda a informação tributária foi apresentada pelo próprio sujeito passivo da obrigação.

Ao ser intimado na esfera administrativa, o suposto devedor poderá apresentar defesa, a qual, sendo aceita, desconstituirá a dívida; no caso de rejeição da defesa ou de sua ausência, sobrevirá ato administrativo que inscreverá a dívida ativa, dando origem a um crédito tributário exigível pelo Fisco. Dentro do prazo prescricional previsto no CTN, poderá a Fazenda Pública ajuizar a execução fiscal competente.

Ainda quanto à CDA, havendo vício ou elemento que afaste a liquidez ou a certeza do título, é possível a sua emenda ou substituição (lei nº 6830/80, art. 2º, §8º). O STJ editou a Súmula 392 que permite à Fazenda Pública "substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução." Caso a modificação extrapole o erro material ou formal, deverá a execução originária ser extinta por inépcia da inicial e uma nova execução terá que ser ajuizada com a CDA correta, respeitando-se, desde logo, o prazo prescricional para cobrança do tributo.

Quanto ao procedimento da execução fiscal, grosso modo, ele pode ser sintetizado da seguinte forma: ingressará a Fazenda Pública com a petição inicial, na qual identificará o executado, o valor da dívida e requererá sua citação. A inicial deverá ser instruída com a(s) certidão(ões) de dívida ativa (CDA), que lastreia(m) a execução fiscal, seguindo todos os requisitos legais previstos na lei 6.830/80 em seu artigo 2º, §5º.

Verificando o juiz que a petição inicial preenche os requisitos legais, determinará a citação do executado para que, em cinco dias, pague a dívida ou ofereça garantia para a execução. A citação será feita pelo correio, com aviso de recebimento, se a Fazenda não requerer de outra forma. Frustrada a citação por carta, proceder-se-á à citação por Oficial de Justiça ou edital, nos termos do art. 8º da lei de execuções fiscais. Segundo entendimento do STJ, a citação editalícia será nula se não forem esgotadas todas as diligências necessárias à localização do executado, uma vez que essa citação é ficta[3].

Se, após a citação por edital, o executado não se habilitar nos autos, não pagar ou não oferecer garantia à execução, ser-lhe-á nomeado curador especial. O art. 9º da lei 6.830/80 prevê quais garantias o executado pode oferecer na execução. Quando oferecer bens à penhora, deverá seguir preferencialmente a ordem indicada no art. 11 da mesma lei, priorizando-se o dinheiro, dada a sua maior liquidez.

Ainda no caso em que o executado foi citado e não pagou ou ofereceu garantia dentro do prazo legal, é possível que o Juiz determine a indisponibilidade de seus bens e direitos, o que se faz normalmente por meio do sistema Bacenjud (ativos financeiros), Renajud (veículos), Arisp e CNIB (bens imóveis). O resultado de tais diligências pode ser, posteriormente, convolado em penhora.

No caso de a penhora de ativos financeiros, veículos, imóveis ou outros bens ter sido frutífera, o executado deverá ser dela intimado, bem como do prazo legal para oposição de embargos à execução. Há controvérsias quanto à necessidade de garantia para o oferecimento dos embargos, mesmo havendo previsão legal que a dispense (art. 914 do CPC), sob o argumento de proporcionar o contraditório e ampla defesa. O STJ tem entendido que a regra especial da LEF (art. 16, §1º) subsiste mesmo diante da regra do CPC[4].

Toda a matéria de defesa pode ser arguida nos embargos. Nessa fase, não é admitida a reconvenção (art. 16, §3º, LEF). Recebidos os embargos, a Fazenda Pública será intimada para impugná-los no igual prazo. Também pode o juiz abreviar esse caminho, prolatando a sentença, caso os embargos versem apenas sobre direito ou se já estiver a causa pronta para julgamento. Via de regra, os embargos não possuem efeito suspensivo em relação ao feito executivo, a não ser que o julgador entenda ser necessário à luz de algum fato alegado pelas partes, ou caso a execução fiscal esteja integralmente garantida.

Os embargos, autuados em apartado e distribuídos por dependência, serão instruídos com peças importantes da execução, tais como a petição inicial, a CDA e o termo de penhora. Quando a execução fiscal for sobre quantia certa, o dinheiro dado em garantia, penhorado ou proveniente de hasta

3 - AAgAResp 201101231841, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 14/09/2011.
4 - REsp. 1.272.827-PE. Rel. Min. Mauro Campbell, DJE 31/05/2013.

pública não poderá ser destinado à Fazenda Pública até o trânsito em julgado. Caso a dívida esteja integralmente garantida, deverá a execução fiscal ser suspensa enquanto se aguarda o deslinde dos embargos (súmula 112 STJ).

A suspensão da execução fiscal pode ser definida como o sobrestamento justificado do processo em razão de situações havidas dentro ou fora dele, porém com repercussão nele. O crédito tributário é, por definição, exigível. No entanto, quando ocorre alguma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito, naturalmente se suspendem atos que pretendam a sua cobrança pela Fazenda Pública. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário tem duas consequências: a suspensão do prazo prescricional de cobrança do crédito tributário e a suspensão do curso da execução fiscal (MELO FILHO et al., 2015, p. 529-532): suspende-se a contagem do prazo prescricional em face da prescrição processual intercorrente, bem como a execução de atos que possam implicar sacrifício na esfera patrimonial do executado.

O Código Tributário Nacional prevê, no artigo 151, um rol de hipóteses nas quais a exigibilidade do crédito será suspensa. Nem todas elas se aplicam ao processo judicial, como, por exemplo, os recursos interpostos ainda na esfera do processo administrativo. Dentre as hipóteses previstas no CTN, as mais frequentes são as de parcelamento do crédito e a de depósito integral do montante executado. A continuidade de execução em situações como essa poderia significar um maior ônus para o executado, o que contrariaria o princípio que defende dever a execução se realizar da maneira menos gravosa para o executado.

Além dessas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito e, por conseguinte, da execução, a Lei 6.830/80 prevê a hipótese de suspensão nos casos em que não for possível encontrar o devedor ou bens sobre os quais possa recair a penhora. Nesses casos, o juiz suspenderá o feito pelo prazo de um ano, tempo durante o qual não correrá o prazo prescricional. Decorrido o prazo máximo de um ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos, momento em que passará a correr a contagem do prazo de prescrição intercorrente. Findo o prazo, o juiz intimará a exequente para que se manifeste sobre a ocorrência de prescrição intercorrente. Não havendo causa interruptiva ou suspensiva, o juiz reconhecerá a prescrição e declarará extinto o processo.

Outra hipótese na qual os autos da execução fiscal poderão ser arquivados sem baixa, nos casos de créditos executados pela Fazenda Nacional, ocorre quando o valor executado é inferior a um valor mínimo fixado por ato do Ministro da Fazenda. Não se deve, atualmente, ajuizar execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional cujo valor consolidado seja igual ou inferior a um milhão de reais (Portaria nº 396 da PGFN de 20/04/2016, art. 20). Valores

abaixo do estipulado pelo referido ato administrativo não são executados em homenagem ao princípio da eficiência administrativa, pois se verifica que os custos operacionais do processo superam o eventual proveito que dele se poderia obter. Não se trata de suspensão do crédito ou da execução, mas de arquivamento, o que denota uma paralisia nos atos executivos e enseja a contagem do prazo da prescrição intercorrente (MELO FILHO et al., 2015, p. 593-594). Como o pedido de arquivamento dos autos, nesse caso, é formulado pela própria exequente, a lei 6.830/80 dispensa a sua manifestação prévia para se declarar a prescrição intercorrente (art. 40, §5º[5]).

Após a realização da penhora e o julgamento dos embargos, caso haja, a execução seguirá o seu curso normal com a alienação dos eventuais bens pela via do leilão. O artigo 23 da LEF prevê que a alienação de quaisquer bens penhorados será feita por leilão público, em local designado pelo juiz. O fato de a lei especial mencionar a necessidade de leilão faz, em tese, que não seja possível outra forma de alienação, como a realizada por iniciativa particular. No entanto, existe entendimento jurisprudencial no sentido de se permitir a alienação por iniciativa particular, sob o argumento de que não há vedação expressa na Lei das Execuções Fiscais e tampouco se fala em exclusividade da modalidade do leilão (MELO FILHO et al., 2015, p. 517).

No caso do leilão, será nomeado um leiloeiro oficial que se encarregará dos trâmites práticos. Antes, porém, publica-se um edital com uma antecedência de 10 a 30 dias. Deverá haver, ainda, intimação pessoal e prévia do devedor do leilão a ser realizado, segundo a Súmula 121 do STJ.
O exequente também pode, se tiver interesse no bem penhorado, adjudicá-lo, incorporando-o ao seu patrimônio em troca do abatimento, total ou parcial, de seu crédito (MELO FILHO et al., 2015, p. 510). Ele pode, segundo a LEF (art. 24, I), adjudicar os bens penhorados antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos.

De maneira ampla, pode-se distinguir duas formas de extinção da execução fiscal.

Ela pode ser própria, nos casos em que há satisfação voluntária do executado, seja pelo pagamento integral da dívida, seja pela compensação, transação, consignação em pagamento, dação em pagamento de bens imóveis ou quitação do parcelamento. Pode ser própria, também, nos casos em que há satisfação involuntária por meio da entrega de dinheiro ou por meio da adjudicação de bens penhorados.

5 - Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. (...)
§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4o deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda.

A extinção, por outro lado, pode ser imprópria, nos casos em que se reconhece a decadência ou a prescrição ordinária (nos termos dos artigos 173 e 174 do CTN), ou nos casos de prescrição intercorrente (principalmente nos casos previstos no artigo 40 da Lei 6.830/80).

Ainda quanto à extinção imprópria, pode-se dar o caso de extinção do feito sem resolução de mérito quando há abandono da causa por parte da exequente e, finalmente, diante do julgamento final do processo falimentar.

2.2. Penhorabilidade de bens e ativos financeiros de empresas em recuperação judicial

Depois de explicar brevemente o rito da execução fiscal, será tratado o tema da penhorabilidade de bens e ativos financeiros de empresas que estão submetidas ao regime de recuperação judicial. Em uma análise superficial do tema e pela literalidade do artigo 187 do CTN, a linha de raciocínio mais óbvia seria a da viabilidade de quaisquer atos de constrição no âmbito da execução fiscal, uma vez que ela seguirá o seu rumo separadamente da recuperação judicial. Seguirá, assim, até o seu final, ou seja, até a satisfação dos créditos exequendos, com a única preocupação de verificar a existência de créditos trabalhistas ou acidentários pendentes de satisfação (PAULSEN, 2012, p. 1809).

Ademais, o art. 6º, §7º da LRE expressamente prevê que as execuções fiscais, diferentemente de outras execuções, não serão suspensas em virtude do processo de recuperação. A independência da cobrança dos créditos fiscais também fica patente em face do disposto no art. 76 da LRE:

> Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.
> Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no **caput** deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

Por fim, a própria LEF prevê, nos art. 5º e 29, que a execução fiscal não se submete a concurso de credores e a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo.

No entanto, apesar de todo esse respaldo legal em prol da não suspensão das execuções fiscais, isso nem sempre acontece na prática. A razão disso é

que os atos de constrição realizados nas execuções fiscais podem atrapalhar o andamento da recuperação judicial. De fato, ao se requerer a recuperação judicial de determinada empresa, o seu ativo é levado em conta como elemento essencial para sua recuperação, seja para a geração de novos ativos, seja para amortização das dívidas já existentes. No momento em que o credor tributário se imiscui na esfera patrimonial de dita empresa, poderá haver um descontrole patrimonial, uma vez que parte do seu patrimônio pode ser tolhida por força de uma execução fiscal em estágio avançado. Por exemplo, poderá uma empresa, em recuperação judicial, ter o seu parque industrial levado à hasta pública em uma execução fiscal (BORGES, 2013, p. 129-130). No entanto, o mesmo parque industrial é essencial para a manutenção de sua atividade como empresa. Dessa forma, por força da autonomia da execução fiscal, pode-se perder o propósito da recuperação judicial de reerguer uma empresa em crise.

Nesse contexto, já existe entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de preservar a integridade da empresa, evitando que se façam constrições que comprometam o seu patrimônio, ainda que contrariando as disposições do CTN e da LRE. Segundo esse entendimento, o deferimento do plano de recuperação judicial não suspende as execuções fiscais (diferentemente de outras modalidades de execução). No entanto, não são admitidos atos que comprometam o patrimônio da empresa em recuperação, uma vez restará também comprometido o plano de reestruturação inicialmente traçado. Afinal, permitir o regular andamento da execução fiscal seria ir de encontro ao princípio basilar da preservação da empresa (CUNHA, 2016, p. 424).

Assim, as execuções fiscais não se suspendem, mas tampouco podem alienar bens de tais empresas quando referidos bens estão sujeitos ao plano da recuperação judicial. Os atos de alienação devem se submeter ao crivo do Juízo recuperacional precisamente para salvaguardar a integridade da empresa, finalidade de todo o processo previsto na LRE.

É vasta, portanto, a jurisprudência do STJ nessa linha. Algumas delas advêm de conflitos de competência entre o Juízo da recuperação judicial e determinado Juízo fiscal. Defende-se a autonomia de ambos os Juízos, mas se privilegia o Juízo da recuperação quando se refere a quaisquer atos de alienação de bens. A título de exemplo, confira-se o seguinte julgado:

> TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. 1. Apesar de a lei prever que o pedido de recuperação judicial não suspende o processo executivo, «submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o

> patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em homenagem ao princípio da preservação da empresa" (CC 114.987/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 23/3/2011), de modo que a possibilidade de prosseguimento da execução fiscal bem como a preferência do crédito tributário não ensejam, automaticamente, a realização de atos constritivos que possam prejudicar a tentativa de recuperação da empresa. Súmula 83/STJ. 2. Ressalte-se que o indeferimento do pleito de penhora da empresa no juízo do feito executivo não obsta que o exequente requeira a penhora no rosto do processo de recuperação n o juízo falimentar, pois, repisa-se, os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação submetem-se ao crivo do juízo universal. Agravo regimental improvido. (STJ, AgResp 1556675, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 13/11/2015).

Esse tem sido, também, o entendimento nos diversos Tribunais Regionais Federais:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA DEVEDORA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. 1. "Embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto for mantida essa condição" (CC 116.213-DF, r. Ministra Nancy Andrighi, 2ª Seção do STJ). 2. Agravo regimental da União/exeqüente desprovido. (AGA 00746489720114010000, DESEMBARGADOR FEDERAL NOVÉLY VILANOVA, TRF1 - OITAVA TURMA, e-DJF1 DATA:05/09/2014 PAGINA:811.)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DO IMÓVEL SEDE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1. Esta Corte tem precedentes no sentido de que, embora tal fato não tenha o condão de determinar a suspensão do feito executivo, os atos constritivos de fato devem ser realizados na recuperação judicial. Nesse sentido: Embora a execução fiscal não se suspenda em razão do deferimento da recuperação judicial da empresa executada, são vedados os atos judiciais que importem a redução do patrimônio da empresa, ou exclua parte dele do processo de recuperação, sob pena de comprometer, de forma significativa, a sobrevivência desta. Precedentes: (TRF4 5022835-88.2013.404.0000, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Jorge Antonio Maurique, juntado aos autos em 24/10/2013) 2. A interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05, inibiria o cumprimento de

> eventual plano de recuperação apresentado por empresa ainda produtiva, tendo em vista o prosseguimento dos atos de constrição em sede de execuções fiscais. (AG 50081085620154040000, IVORI LUÍS DA SILVA SCHEFFER, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, D.E. 02/07/2015.)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENHORA DE BENS DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RESTRIÇÃO QUE SÓ PODE SER DETERMINADA POR JUIIZO COMPETENTE, IN CASU O DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. CARÁTER EXCEPCIONAL NÃO DEMONSTRADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO. 1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que determinou a constrição de bens em nome do devedor. 2. A mera aprovação da recuperação judicial não implica, necessariamente, a incidência da proteção patrimonial. Eventuais atos constritivos podem ser realizados desde que não inviabilizem a atividade econômica da empresa - em atenção ao princípio da preservação empresarial -, no entanto, eventual restrição apenas pode ser determinada pelo Juízo competente, sendo, no caso em comento, por determinação do Superior Tribunal de Justiça, o juízo universal da recuperação judicial - 2º Vara Cível de Garanhuns, em face de decisão liminar do Conflito de Competência n. 147260/PE. 3. A quebra do sigilo fiscal e imobiliário da empresa deve ocorrer mediante a análise de rígidos requisitos, sendo revestida, pois, pelo caráter da excepcionalidade. In casu, porém, a decisão agravada não cuidou por demonstrar as razões que eventualmente possam justificar a quebra de sigilo bancário da empresa. 4. Agravo provido para determinar, acaso mantido, o levantamento da restrição de transferência sobre os veículos constritos nos autos, assim como para suspender a decisão que determinou a quebra do sigilo fiscal e imobiliário da empresa executada. (AG 00011594020164050000, Desembargador Federal Edílson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data::14/10/2016 - Página::124.)

Ao que parece, diante da submissão prática das execuções fiscais ao crivo do Juízo universal, restam poucas alternativas à Fazenda Pública de ver o seu crédito satisfeito. A penhora no rosto dos autos parece ser uma alternativa à impossibilidade de realização de atos de constrição por parte do Juízo no qual tramitam os executivos fiscais.

Na mesma linha de raciocínio, por se tratar igualmente de constrição de patrimônio da empresa, não se tem deferido a realização de penhoras *online* via Bacenjud nas empresas em recuperação judicial, uma vez que implica efetiva redução do patrimônio da empresa e pode, igualmente, comprometer o plano de recuperação deferido. Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LEI Nº 11.101/05. SISTEMA BACENJUD. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. PRECEDENTE STJ. RECURSO PROVIDO. I - "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica", nos termos do artigo 47 da Lei nº 11.101/05. Precedente STJ. II - "A penhora de valores das contas da executada, obsta, neste momento, a tentativa da sociedade de honrar seus débitos e a tentativa de sair da crise financeira em que se encontra." III - Agravo de Instrumento conhecido e provido. (AG 201302010111350, Desembargador Federal MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO, TRF2 - TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data:11/12/2014.)

No entanto, apesar da jurisprudência dominante do STJ e dos Tribunais Regionais Federais, há quem entenda que a submissão ao crivo do Juízo recuperacional de quaisquer atos que importem alienação ou expropriação de bens contraria os propósitos da execução fiscal, bem como sua autonomia.

Em primeiro lugar, porque na recuperação judicial, diferente da falência, não há um Juízo universal ao qual todos os credores – públicos e privados – se submetem. Na recuperação, há um acerto entre credores privados e o devedor e, por força de tal acerto, suspendem-se as execuções privadas (VITORIA, 2014).

Além disso, argui-se o conflito de competência entre o Juízo da recuperação judicial e aquele da execução fiscal. Trata-se de competências claramente distintas. No entanto, a jurisdição fiscal acaba se submetendo à do Juízo recuperacional, o que tem sido causa de conflitos de competência. O STJ tem mitigado esse conflito de competência e tem preferido que o Juízo da recuperação (após o deferimento da recuperação judicial) prevaleça em relação ao fiscal. É o que se vê a seguir:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DESIGNAÇÃO DO JUÍZO ONDE SE PROCESSA A RECUPERAÇÃO PARA AS MEDIDAS URGENTES. LEILÃO. MANUTENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Após o deferimento da recuperação judicial, é do Juízo onde esta se processa a competência para prática de atos expropriatórios. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no CC 104.638/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 28/04/2010).

Por fim, como a Fazenda Pública não está submetida ao regime da recuperação judicial, pode ser que, ao final do processo, não lhe sobre nada para satisfação de seus créditos. Ocorre, assim, na prática, a suspensão de várias execuções fiscais, aguardando-se o deslinde do processo de recuperação (VITORIA, 2014; PISANI, 2015, p. 214).

A título de exemplo, cita-se o caso da 11ª Vara Fiscal da Justiça Federal de Pernambuco, privativa de execuções fiscais. Foi realizada uma pesquisa no acervo dessa Vara Federal e foram encontrados 46 (quarenta e seis) processos de execução fiscal cujas empresas estão em recuperação judicial. Desses processos, 16 (dezesseis) estão atualmente sobrestados após a realização de penhora no rosto dos autos do processo de recuperação judicial, 11 (onze) estão com a exigibilidade suspensa por causa do parcelamento da dívida tributária, 7 (sete) estão suspensos por força do art. 40 da Lei 6.830/80 (suspensão por não encontrar bens passíveis de penhora), 3 (três) estão suspensos por força da Portaria da PGFN 396/2016 (que determina a não execução de dívidas inferiores a um milhão de reais), 7 (sete) estão com mandados de penhora ou ordem de bloqueio de ativos (Bacenjud) pendentes, e 1 (um) está na fase inicial de citação da empresa executada. Percebe-se, pelos números mencionados, que a maioria dos processos está parada, seja porque não foram encontrados bens passíveis de execução, seja porque estão aguardando o deslinde do processo de recuperação judicial. É questionável a efetividade de penhoras realizadas no rosto dos autos do processo de recuperação judicial, já que os valores que, porventura sejam submetidos ao Juízo recuperacional, necessariamente estarão destinados à própria reestruturação da empresa.

Em suma, percebe-se, no geral, a tendência de manter a execução fiscal em um segundo plano, prezando pelo bom andamento da recuperação judicial por força do princípio da preservação da empresa. Ao que parece, privilegiam-se os credores privados em detrimento do credor público.

Tal opção do Judiciário não deixa de ser objeto de duras críticas, como se vê a seguir:

> Veja-se que, ao entender que cabe ao Juízo da recuperação judicial avaliar as medidas de constrição a ser tomadas na execução fiscal, o STJ inverteu circunstancialmente o sistema de privilégios do crédito público, baseado na supremacia do interesse público sobre o privado, pois acabou por conferir mais garantias ao crédito privado do que ao público! Ora, se o Juízo da recuperação judicial entender que não deve penhorar em execução fiscal determinado bem da empresa, ao argumento de que porá em risco o plano de recuperação, o fará em prol do credor privado, pois o público não está sujeito ao respectivo plano.
> (...)

> É que o entendimento [do STJ] ali encartado, ao criticar o privilégio do crédito tributário – o fiscal não tributário por tabela – e chegar à solução a qual chegou, acaba por conferir supremacia ao princípio da preservação da empresa sobre o princípio da solidariedade social. Subjuga, em última análise, uma das maiores expressões da soberania interna do Estado, que é justamente a invasão do patrimônio privado mediante a instituição de tributos (MELHO FILHO et al., 2015, p. 173).

O STJ recentemente tem revisitado a matéria e apresentado posicionamento diverso do mencionado acima. Antes, a Segunda Seção do STJ havia flexibilizado a norma do art. 57 e 58 da LRE para autorizar o deferimento da recuperação judicial, independentemente da apresentação de prova de regularidade fiscal, justamente diante da ausência de lei específica de parcelamento prevista no art. 155-A do CTN. Agora, tem-se optado pela seguinte linha de raciocínio:

> a) constatado que a concessão do Plano de Recuperação Judicial foi feita com estrita observância dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 (ou seja, com prova de regularidade fiscal), a Execução Fiscal será suspensa em razão da presunção de que os créditos fiscais encontram-se suspensos nos termos do art. 151 do CTN;
> b) caso contrário, isto é, se foi deferido, no juízo competente, o Plano de Recuperação judicial sem a apresentação da CND ou CPEN, incide a regra do art. 6o, § 7o, da Lei 11.101/2005, de modo que a Execução Fiscal terá regular prosseguimento, pois não é legítimo concluir que a regularização do estabelecimento empresarial possa ser feita exclusivamente em relação aos seus credores privados, e, ainda assim, às custas dos créditos de natureza fiscal. (STJ, REsp 1512118/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 31/3/2015).

Alguns Tribunais Regionais Federais já têm aplicado o entendimento do STJ, relativizando a ideia de que a execução fiscal deveria se submeter, na prática, ao crivo do Juízo da recuperação judicial. Veja-se:

> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATOS DE CONSTRIÇÃO NA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. PLEITO DE PENHORA PELO SISTEMA BACENJUD. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO CONHECIDO EM PARTE. PROVIDO NA PARTE CONHECIDA. 1. Constatado que o plano de recuperação judicial foi deferido sem apresentação de Certidão Negativa de Débito,

incide a regra do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, de modo que a Execução Fiscal terá regular prosseguimento, inclusive com a prática de atos de constrição. Precedentes**. 2. No presente caso, cópias de decisões acostadas aos autos do agravo de instrumento dão conta de que o plano de recuperação judicial foi deferido sem a apresentação de Certidão Negativa de Débito. Além disso, existe informação dando conta de que parcelamento da dívida perante a Fazenda Nacional não restou consolidado. Neste cenário, não há impedimento à realização de atos de constrição em desfavor da executada. Tal conclusão atende ao princípio da supremacia do interesse público e da preferência dos créditos de natureza tributária, nos termos do artigo 186 do Código Tributário Nacional. Precedentes desta Corte Regional.** 3. Já houve penhora on line no presente caso e o pronunciamento judicial recorrido não trata de reiteração de pedido de bloqueio pelo sistema Bacenjud. 4. O que há no pronunciamento judicial agravado é o indeferimento do pleito de continuidade da execução fiscal, porquanto o MM. Juízo a quo não acolheu a pretensão fazendária de cumprimento da anterior decisão dos autos de origem, a qual, por sua vez, determinara a expedição de mandado de penhora, porém de "imóveis indicados pela exequente". 5. Não tendo a decisão agravada enfrentado reiteração de pedido de penhora pelo sistema Bacenjud, já que a União sequer formulou esta pretensão na petição que ensejou o pronunciamento recorrido, não é possível ao Tribunal pronunciar-se a respeito, sob pena de incorrer em supressão de instância. 6. Agravo de instrumento conhecido em parte e, na parte conhecida, provido. (AI 00093226320164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2016) Sem destaques no original.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS. OCORRÊNCIA. OMISSÃO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. ARTS. 5º E 29 DA LEI N° 6.830/80 E ART. 6º, parágrafo 7º, DA LEI N° 11.101/05. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. 1. Nos termos do art. 1.022 do NCPC (Lei nº 13.105/15), cabem embargos declaratórios para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição (inc. I); suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento (inc. II) e para corrigir erro material (inc. III). 2. O parágrafo único do citado dispositivo legal estabelece que se considera omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento ou que incorra em qualquer das condutas descritas

> no art. 489, parágrafo 1º. 3. Aduz a embargante que o acórdão precisa ser integrado, porquanto apresenta lacuna no que toca à interpretação conjugada do previsto nos arts. 5º e 29 da Lei n° 6.830/80 e art. 191-A do CTN, que apontam para a necessidade de prosseguimento da execução, já que o crédito fiscal não integra o plano de recuperação judicial da executada. **4. Se a recuperação judicial foi deferida sem comprovação da regularidade fiscal, por força do disposto nos arts. 5º e 29 da Lei n° 6.830/80 e art. 6º, parágrafo 7º, da Lei n° 11.101/05, a execução fiscal ajuizada em desfavor da sociedade em recuperação deve prosseguir.** Precedente desta Turma e do STJ. 5. **No caso, como a recuperação judicial da agravada foi deferida a despeito da apresentação de certidões negativas de débitos tributários, a execução fiscal deve seguir seu curso, com a expedição da carta precatória ao juízo competente para realização da penhora do bem imóvel indicado pela agravante.** 6. Embargos providos, com atribuição de efeitos infringentes. (EDAG 00027498620154050000001, Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::24/05/2016 - Página::66.) Sem destaques no original.

Assim, o ponto fulcral para se dar andamento ou não à execução fiscal é a regularidade fiscal da empresa quando do requerimento da sua recuperação judicial, o que está intimamente relacionado com a suspensão da exigibilidade das dívidas tributárias. Conforme se verá a seguir, em 2014, foi editada Lei específica que disciplina o parcelamento dos créditos tributários federais para as empresas em recuperação judicial, suprindo-se a lacuna do art. 155-A do CTN.

2.3. Viabilidade do parcelamento dos créditos tributários

Depois de analisar a controvérsia dos atos de constrição em detrimento de uma empresa em recuperação judicial, é interessante analisar a viabilidade do parcelamento dos créditos tributários de empresas que se encontrem nessa situação de penúria econômica. De logo, o parcelamento dos créditos tributários nunca foi vedado pelo ordenamento jurídico, sendo ele, inclusive, uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, por conseguinte, do andamento da execução fiscal.

O art. 191-A do CTN condicionou a concessão da recuperação judicial à apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 do mesmo CTN. Disposição semelhante está insculpida no art. 57 da LRE.

O artigo 151 do CTN trata das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito. Isso significa que o legislador, no art. 191-A, quando se referiu à quitação de todos os tributos, na realidade também abriu margem à possibilidade de suspensão da exigibilidade dos créditos tributários como condição para o deferimento da recuperação judicial. Em outras palavras: não é necessário que os créditos tributários tenham sido extintos por força do pagamento ou de qualquer das hipóteses do art. 156 do CTN. Se tais créditos estiverem com a exigibilidade suspensa, é possível que o Juiz defira o pedido de recuperação judicial. O sentido de tal disposição normativa parece lógico: como o crédito tributário não está sujeito à recuperação judicial, quis o legislador garanti-lo antes de se proceder a negociações com credores privados.

No entanto, o montante dos créditos tributários devidos pode sobrepujar o ativo da empresa e, obviamente, tudo o que os demais credores pretendem receber. Assim, ao permitir que se aplique o art. 151 ao art. 191-A do CTN, a necessidade de quitação integral das dívidas restou mitigada pela possibilidade de, por exemplo, parcelá-las.

Os arts. 205 e 206 do CTN, por sua vez, dizem respeito às certidões negativas de débitos tributários ou às certidões positivas com efeitos de negativa (CPEN). Estas últimas são expedidas quanto o crédito tributário está com a exigibilidade suspensa ou quando, no curso da cobrança executiva, tenha sido efetivada a penhora. No contexto da recuperação judicial, provavelmente as CPEN seriam as mais viáveis.

Se, por um lado, o CTN condicionou o deferimento da recuperação judicial à quitação ou suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por outro lado, o art. 155-A, §3º estabeleceu que seria criada uma lei específica dispondo das condições de parcelamento dos créditos tributários de devedores em recuperação judicial.

No entanto, por muitos anos, houve uma celeuma no ordenamento jurídico por causa da inércia do legislativo em editar uma lei específica para tal modalidade de parcelamento. Diante da ausência dessa lei, questionou-se a constitucionalidade do art. 191-A do CTN, por entender se tratar de uma sanção desproporcional que limitava a possibilidade de se beneficiar com a recuperação judicial.

> A exigência de Certidão negativa de Débitos Tributários para a concessão da recuperação judicial, tal como previsto nos arts. 57 da Lei 11.101/05 e 191-A do CTN, é inconstitucional, posto que suas normas são intrinsecamente irracionais em relação ao texto constitucional, importam em verdadeira sanção política e são absolutamente desproporcionais (DE SOUZA JR apud PAULSEN, 2012, p. 1823).

Por isso, muitos doutrinadores defendiam a tese de que seria possível prescindir das certidões tributárias (negativas ou positivas com efeitos de negativas), seja pela desproporcionalidade da medida, seja, sobretudo, pela ausência de lei específica para o parcelamento dos créditos tributários de empresas em recuperação judicial. Essa era, por exemplo, a opinião de Hugo de Brito Machado. Para ele, a inexistência de lei específica de parcelamento e a impossibilidade de se obter certidões de regularidade fiscal não deveriam ser obstáculos para o deferimento da recuperação judicial (MACHADO, 2005, p. 70). Tal opção preza pela manutenção da empresa e pelo reconhecimento de sua função social. Não poderia a empresa ser prejudicada pela inércia do legislativo na edição de lei específica.

Ainda que se editasse uma lei Federal sobre o tema (como, de fato, aconteceu), Hugo de Brito Machado entendia que seria necessária a edição de leis Estaduais e Municipais que disciplinassem o parcelamento dos créditos tributários para suas respectivas Fazendas, uma vez que a regularidade fiscal exigida pelo CTN e pela LRE não fazia distinção de tributos. Defendia, assim, a edição de uma Lei Complementar da União que "regularia o parcelamento dos créditos tributários dos devedores em recuperação judicial, de modo uniforme, para todo o território nacional" (MACHADO, 2005, p. 77).

Apesar de o parágrafo 4º do art. 155-A estabelecer que, na ausência de lei, seriam aplicadas as leis gerais de parcelamento de cada ente da Federação, surgiram outros questionamentos: e se houver mais de uma Lei Federal? E se não houver lei estadual ou municipal regulamentando o parcelamento dos créditos de sua competência? Nesses casos, dever-se-ia aplicar a lei do parcelamento ordinário mais favorável e, se assim não o fosse, dever-se-ia afastar a exigência do art. 191-A do CTN (MACHADO, 2005, p. 78).

Nesse contexto de inércia do Poder Legislativo, não era estranho que a certidão de regularidade fiscal fosse dispensada por alguns juízes e, mesmo sem ela, fosse deferida a recuperação judicial. O fato de os créditos tributários não estarem sujeitos à recuperação judicial e, ao mesmo tempo, a necessidade de certidão de regularidade fiscal acabou criando um imbróglio processual que foi superado com a não aplicação do art. 191-A do CTN e do art. 57 da LRE (PISANI, 2015, p. 210).

Somente em novembro de 2014, por meio da Lei 13.043, foi regulamentado uma modalidade específica de parcelamento para as empresas em recuperação judicial. Por meio dessa Lei, foi incluído o art. 10-A na Lei 10.522 (que, dentre outras coisas, rege o parcelamento ordinário dos créditos da Fazenda Nacional):

> Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos

> arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada:
> I - da 1ª à 12ª prestação: 0,666% (seiscentos e sessenta e seis milésimos por cento);
> II - da 13ª à 24ª prestação: 1% (um por cento);
> III - da 25ª à 83ª prestação: 1,333% (um inteiro e trezentos e trinta e três milésimos por cento); e
> IV - 84ª prestação: saldo devedor remanescente.
> (...)

Com a edição dessa Lei, a omissão legislativa está suprida. Ainda que, anteriormente, fosse possível o parcelamento ordinário, muitas empresas se esquivaram da obrigação de apresentar certidão de regularidade fiscal, sob o argumento de que não havia lei específica e que o parcelamento ordinário não lhes era benéfico.

A inclusão do art. 10-A na Lei 10.522 permitiu que o crédito tributário devido fosse parcelado em até sete anos, com base em percentuais da dívida tributária que progridem ao longo dos anos. A ideia parece, a princípio, louvável, na medida em que os percentuais do começo do parcelamento são bem menores, o que permite à empresa ter um ano para se reestruturar nas suas finanças e se beneficiar da recuperação judicial.

Diante dessa novidade legislativa, há quem entenda que não se pode mais eximir de forma alguma a empresa que deseja se submeter à recuperação judicial da apresentação da certidão de regularidade fiscal, uma vez que não há mais omissão legislativa em relação ao art. 155, §3º do CTN (PISANI, 2015, p. 218). Apesar do entusiasmo de alguns doutrinadores em relação à aplicabilidade plena do disposto no art. 191 c/c 155, §3º do CTN, o fato é que não se pode afirmar que exista regulamentação específica quanto ao parcelamento dos créditos tributários estaduais e municipais. Segundo a dicção do CTN, é necessário que tais créditos também estejam quitados ou com sua exigibilidade suspensa.

CONCLUSÕES

Após a análise da relação dos créditos tributários e o processo de recuperação judicial, podem-se esboçar algumas conclusões do presente trabalho, como forma de sintetizar todo o recorrido das páginas anteriores.

A Lei 11.101/05 trouxe importantes inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, ao enfatizar a necessidade de preservação da empresa e a

sua função social como agente propulsor da economia. Assim, a manutenção daquelas empresas que contribuem para o desenvolvimento nacional se mostra necessária.

A recuperação judicial de empresas busca que tais empresas se reestruturem, fazendo um acordo com seus credores, e continuem a contribuir com o bem comum. Os créditos contemplados pela recuperação são privados e não se pode chamar o juízo recuperacional de universal, tal como se dá no falimentar. Mais do que falar em concurso de credores, a expressão tecnicamente correta é a de se distinguir os credores de determinada empresa em dois grandes grupos: aqueles sujeitos ao plano de recuperação judicial e aqueles que não o são.

Os credores não sujeitos ao plano de recuperação judicial possuem, em tese, a prerrogativa de cobrar seus créditos na sua integralidade e independente do Juízo recuperacional, sem se sujeitar ao plano deste. Os credores sujeitos ao plano de recuperação, mesmo que não recebam a integralidade de seus créditos, poderão receber algo, o que é melhor do que amargar um prejuízo integral.

O crédito tributário não está sujeito à recuperação judicial. Possui, ainda, o privilégio de não ter a sua cobrança suspensa quando do deferimento do plano de recuperação judicial (o *stay period*), por força do art. 6º, §7º da LRE. No entanto, o STJ e os demais Tribunais têm optado por submeter os atos de constrição de bens da empresa devedora ordenados pelo Juízo da execução fiscal ao crivo do Juízo falimentar, quase como se fosse um Juízo universal, sob o argumento de não prejudicar o plano de restruturação da empresa.

Para o deferimento da recuperação judicial, de acordo com o art. 191-A do CTN e art. 57 da LRE, é necessário que a empresa apresente certidão que comprove sua regularidade fiscal junto à Fazenda Pública (em todas as esferas). No entanto, diante do montante do crédito tributário (que, às vezes, supera em muito os demais créditos), muitos juízes ignoram a exigência legal e deferem a recuperação judicial de empresas, dispensando-as da apresentação da certidão de regularidade fiscal.

O obstáculo alegado por muitos para a consecução da referida certidão foi, muito tempo, a inviabilidade de parcelamento de dívidas tributárias, seja pela ausência de lei específica que concedesse condições especiais para a empresa em penúria econômica, seja porque a lei do parcelamento ordinário não se mostrava viável para a satisfação da lacuna prevista no art. 155-A, §3º do CTN.

Em 2014, a Lei 13.043 supriu tal lacuna legislativa, mas, ainda assim, há resistência para a realização de parcelamentos em face dos precedentes anteriormente criados. Ademais, apesar de já existir tal lei no âmbito da

Fazenda Nacional, não se pode garantir que as Fazendas Estaduais e Municipais possuam leis no mesmo sentido.

Tradicionalmente, o STJ tem optado por "suspender" as execuções fiscais em face de empresas em recuperação judicial e dispensar da obrigação de apresentação de certidão de regularidade fiscal. No entanto, já surgem posicionamentos mais recentes em sentido contrário: caso a empresa tenha logrado suspender a exigibilidade dos créditos antes ou no curso da recuperação judicial, a execução fiscal restará suspensa por força do art. 151 do CTN. Caso contrário, ela deverá seguir seu curso normal.

Diante de tudo o que foi exposto, parece oportuno concluir que se deve prezar pela manutenção da atividade empresarial por tudo o que esta significa perante a sociedade. Não se deve desprezar a função social da empresa e a repercussão prática que tem, na sociedade, uma empresa que se encontra em penúria. O paradoxo, porém, está em conservar a empresa apesar dos privilégios inerentes aos créditos tributários.

REFERÊNCIAS

BORGES, Tarcísio Barros. A execução fiscal e a recuperação judicial. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo: Oliveira Rocha, n. 199, p. 129-135.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de** Empresas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FAZZIO JR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. **Revista dialética de direito tributário**, São Paulo: Oliveira Rocha, n. 120, p. 69-81, set. 2005.

MELO FILHO, João Aurino de, et al.. **Execução Fiscal Aplicada:** Análise pragmática do processo de execução fiscal. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

NAKAGOMI, Érico Zeppone. Execução de contribuições previdenciárias pela justiça do trabalho (da impossibilidade de reconhecer o deferimento

do processamento da recuperação judicial como causa de suspensão da exigibilidade de crédito tributário). **Revista da AGU**, Brasília: Advocacia-Geral da União, n. 22, p. 99–127, out./dez. 2009.

PISANI, Carolina Dorneles. A cobrança tributária em face de empresa em processo de recuperação judicial. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo: Revista do Tribunais, n. 123, p. 209–222, jul./ago. 2015.

SILVA, Márcio Henrique Mendes da. As últimas alterações processuais (falência, execução fiscal) e a fazenda pública. **Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**, São Paulo, IOB, n. 24, p. 962–960, dez., 2007.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

Sítios de Internet:

GALVÃO, Janaína de Castro. **A problematização da trava bancária na recuperação judicial**. Migalhas. 28 jun. 2012. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI158429,71043-A+problematizacao+da+trava+bancaria+na+recuperacao+judicial. Acesso em: 1º nov. 2016.

VITORIA, Flavio Machado. **O STJ e o conflito entre recuperação judicial e execução fiscal federal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 jul. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48964&seo=1>. Acesso em: 31 out. 2016.

LIMITES DA REFORMA OU RESCISÃO DA COISA JULGADA CONTRÁRIA AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 730.462/SP

LIMITS OF THE REFORM OR TERMINATION OF THE RES JUDICATA AGAINST THE UNDERSTANDING OF THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT IN CONCENTRATED CONTROLE OF CONSTITUTIONALITY - ANALYSIS OF THE JUDGMENT RE 730.462/SP

Eleno Alberto da Silva
Graduado na Faculdade de Direito do Recife (UFPE).
Pós-graduado em Direito Tributário. Advogado.

RESUMO: Este estudo tem o objetivo de analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a possibilidade de uma decisão, em controle concentrado de constitucionalidade, permitir a reforma ou a rescisão de uma decisão judicial transitada em julgado, anteriormente proferida, que tenha adotado entendimento oposto. Para tanto, será examinada a decisão proferida pelo STF no Recurso Extraordinário 730.462/SP, julgado em 28/05/2015, comparando-se com a doutrina e com a legislação atual e anterior. O referido julgamento do STF, somado com a legislação atual (CPC-15), conferem critérios objetivos para regulamentar a denominada "coisa julgada inconstitucional".

ABSTRACT: This study has the objective of analyzing the jurisprudence of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) on the possibility of a decision, in concentrated control of constitutionality, to allow the reform or termination of a final judicial decision that has adopted an opposite understanding. Therefore, the decision proffered by the Supreme Court in Extraordinary Appeal 730.462/SP, adjudicated on 05/28/2015, will be examined, comparing this with the doctrine and with the current and previous legislation. This STF judgment, added with current legislation (CPC-15),

provides objective criteria for regulating the so-called "unconstitutional res judicata"

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a possibilidade de uma decisão, em controle concentrado de constitucionalidade, permitir a reforma ou rescisão de uma decisão judicial transitada em julgado, anteriormente proferida, que tenha adotado entendimento oposto.

O julgado a ser abordado possui importância para o Direito Processual Civil, pois trata de uma temática que foi, por alguns anos, arduamente debatida entre os doutrinadores, que é a denominada tese de "relativização da coisa julgada inconstitucional".

Essa proposição doutrinária afirma, em linhas gerais, que uma decisão judicial sob o manto da *res iudicata,* proferida em contrariedade a preceito normativo da Constituição, poderia ser, posteriormente, "relativizada" ou, em outras palavras, reformada ou rescindida. Em consonância com esse entendimento, pode-se dizer que, se uma sentença proferida em um caso concreto reconhecesse, incidentalmente, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, esta decisão, mesmo já transitada em julgado, poderia ser modificada se, posteriormente, o STF em controle concentrado proferisse acórdão contrário à sentença.

Diante desse cenário, será verificado se a Corte Suprema adotou a tese da "relativização da coisa julgada inconstitucional", bem como serão analisadas, criticamente, as respostas concedidas pelo STF às seguintes problemáticas: a coisa julgada contrária ao entendimento do STF deve ser modificada automaticamente ou não? Qual o instrumento processual que poderia ser utilizado para a reforma ou revisão? Haveria limite de prazo para se solicitar a modificação da "coisa julgada inconstitucional"? Em caso positivo, qual o termo inicial desse prazo?

O caso paradigma a ser examinado é a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 730.462/SP, julgado pelo Plenário no dia 28/05/2015. O tema debatido teve sua Repercussão Geral reconhecida (tema 733) por meio do plenário virtual do STF, com a seguinte redação:

> **Tema 733** - Relativização da coisa julgada fundada em norma posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle concentrado, após o prazo da ação rescisória.

Além do aspecto jurisprudencial, serão avaliados os preceitos normativos aplicáveis ao tema, em especial, os artigos do Código de Processo Civil revogado (então vigente durante o julgamento realizado pelo STF), bem como os artigos correspondentes à Lei n.º 13.105/2015 (CPC/15).

Será verificado, também, se o acórdão paradigma apresentou entendimento contrário a outros julgados proferidos pela própria Corte Suprema, em particular, em relação à decisão sobre relativização de coisa julgada estabelecida em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por falta de prova.

2. APRESENTAÇÃO DO CASO ANALISADO PELO STF (RE 730.462/SP)

Trata-se de Recurso Extraordinário proposto com base no art. 102, inciso III, alínea "a" da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3ª). No referido recurso, alegou-se violação do artigo 102, parágrafo segundo, da CRFB.

O acórdão proferido pelo TRF-3ª Região julgou o recurso de Agravo de Instrumento interposto em face de decisão interlocutória proferida pelo Juízo de Primeira Instância que, após o trânsito em julgado do processo, negou o pleito de inclusão de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, em demanda que versava sobre o reajuste do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

A ação originária teve como pedido a condenação da Caixa Econômica Federal (CEF) ao pagamento do valor correspondente ao reajuste do FGTS, relacionado ao período do Plano Collor, havendo sido julgada procedente. No entanto, a condenação em honorários advocatícios, que tinha sido arbitrada na sentença, foi excluída pelo TRF-3ª, após a apelação da CEF, sob o argumento da vedação prevista no artigo 29-C da Lei nº 8.036/90, incluído por intermédio da Medida Provisória nº 2.164/01.

Ocorre que, após o trânsito em julgado do processo, o STF proferiu decisão julgando procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 2736, reconhecendo a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.164/01 e confirmando o efeito retroativo (*ex tunc)*.

Diante desse fato, a parte vencedora requereu o desarquivamento dos autos e protocolou petição, solicitando a inclusão de condenação da parte vencida em pagar os honorários advocatícios sucumbenciais, tendo em vista que o art. 29-C da Lei nº 8.036/90, que impedia a condenação em honorários nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, havia

sido declarada inconstitucional pela Corte Suprema, com a manutenção de efeitos retroativos.

Em outras palavras, estava-se solicitando a desconsideração/relativização da coisa julgada, em virtude da decisão posterior do STF, em controle concentrado de constitucionalidade, ter sido contrária ao entendimento que havia transitado em julgado.

Perante esse pedido, o Juízo de Primeira Instância indeferiu a inclusão da condenação em honorários advocatícios, conforme se observa da decisão abaixo transcrita:

> A parte autora peticiona requerendo deste juízo o arbitramento de honorários de sucumbência, não deferidos por força do artigo 29-C da Lei 8.036/90 que suprimiu a condenação em honorários advocatícios nas ações entre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e os titulares de contas vinculadas.
> Ocorre que no caso em tela o feito foi extinto por sentença, está já com trânsito em julgado.
> Destarte, diante da sentença de extinção e do trânsito em julgado presentes nestes autos, indefiro os pedidos aqui aduzidos, devendo a parte autora, no interesse de alcançar tais pedidos, ingressar com a ação apropriada para o intencionado.
> Arquivem-se os autos.

Conforme relatado, em face dessa decisão interlocutória, a parte contrariada interpôs recurso de Agravo de Instrumento, alegando, em síntese, que, com o julgamento da ADIN nº 2736, declarando a inconstitucionalidade da MP nº 2164/01, foi reconhecida a nulidade do art. 29-C da Lei nº 8.036/90, desde sua vigência inicial. Dessa forma, sobre os honorários advocatícios, deveria ter sido aplicado o artigo 20 do CPC/73, então vigente.

No julgamento do referido recurso, a Quinta Turma do TRF-3ª, por unanimidade, negou provimento ao Agravo de Instrumento, conforme se observa da ementa colacionada a seguir:

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FGTS. ADIN 2736. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. COISA JULGADA.
> 1. Com o julgamento da ADIN nº 2736 pelo Supremo Tribunal Federal, em 08/09/2010 (DJE nº 173, de 16/09/2010), que concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41, a qual havia acrescentado o artigo 29-C na Lei 8.036/90, o entendimento acerca do não cabimento dos honorários advocatícios em demandas sobre o FGTS deixou de subsistir, prevalecendo o Código de Processo

> Civil para a fixação dos honorários nas ações da espécie.
> 2. A declaração de inconstitucionalidade, como regra, tem o condão de produzir efeitos para todos (erga omnes), alcançando os atos pretéritos eivados do vício de nulidade (ex tunc). Não significa dizer, contudo, que a retroatividade possa alcançar, inclusive, as decisões judiciais transitadas em julgado, sob pena de propiciar insegurança nas relações sociais e jurídicas.
> 3. Não procede a pretensão de arbitramento de honorários advocatícios em demanda já acobertada pelo manto da coisa julgada, ainda mais porque embasada a decisão na lei vigente à época, que vedava a fixação da verba em ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas.
> 4. Não é defeso ao autor ou ao causídico dos demandantes, dado não ser parte no processo e portanto não sofrer as conseqüências da preclusão, de se valerem dos meios juridicamente previstos para postular o direito invocado. O que não se admite é a discussão da questão após o trânsito em julgado da decisão, em consonância ao princípio da segurança jurídica.
> 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Em face desse acórdão, foi interposto Recurso Extraordinário sob o argumento, em resumo, de que a decisão recorrida, ao negar a inclusão da condenação de honorários advocatícios sucumbenciais, restou por violar o artigo 102, parágrafo segundo, da CRFB. Afirmou o recorrente que, como o STF julgou procedente a ADIN nº 2736, este entendimento deveria ter sido aplicado ao caso em concreto, pois o dispositivo constitucional violado declara que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, no controle concentrado de constitucionalidade, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante.

Após ser admitido pelo Tribunal de origem, o recurso foi encaminhado à Corte Suprema como representativo da controvérsia, diante da repetitividade de recursos sobre o mesmo tema.

Ao chegar ao STF, o Recurso Extraordinário foi autuado sob o número 730.462/SP. No dia 29/05/2014, o Tribunal Pleno (por meio eletrônico) reconheceu a Repercussão Geral da questão relativa à eficácia temporal de sentença transitada em julgado, fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle concentrado, conforme se observa da ementa e da decisão ora transcrita:

> **Ementa:** CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NEGADOS COM FUNDAMENTO EM LEI POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. EFICÁCIA TEMPORAL DA

> SENTENÇA. REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.
> 1. Possui repercussão geral a questão relativa à eficácia temporal de sentença transitada em julgado fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado.
> 2. Repercussão geral reconhecida.
> (RE 730462 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 29/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2014 PUBLIC 25-06-2014)
>
> **Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, que será submetida a posterior julgamento no Plenário físico. Ministro TEORI ZAVASCKI Relator

Diante da situação apresentada, nota-se que a questão analisada pelo STF possui viés processual, relacionada à tese da "relativização da coisa julgada inconstitucional", voltada, especialmente, aos seguintes questionamentos: a coisa julgada contrária ao entendimento do STF deve ser modificada automaticamente ou não? Qual instrumento processual pode ser utilizado para a "relativização"? Há prazo para se solicitar a modificação da "coisa julgada inconstitucional"? Em caso positivo, qual o termo inicial desse prazo?

2.1. Identificação das normas que regulamentam a matéria

De acordo com a sistemática do Processo Civil Brasileiro, após a prolação da sentença, a parte que se sentir prejudicada poderá interpor os recursos legalmente cabíveis. No entanto, a quantidade de recursos é limitada, podendo o litígio ser levado, em última instância, à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Além de serem limitados, os recursos possuem um prazo para sua interposição, que devem ser rigorosamente respeitados.

No momento em que ocorre o esgotamento dos recursos legalmente admitidos ou no caso do transcurso do lapso temporal, sem a devida irresignação recursal cabível (preclusão temporal), incide, em ambos os casos, o trânsito em julgado da decisão judicial, tornando-se ela, então, irrecorrível. Surge, assim, o instituto da coisa julgada.[1]

1 - CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 457.

A finalidade da coisa julgada é tutelar a segurança nas relações jurídicas, na medida em que proporciona a certeza da imutabilidade da decisão judicial, sendo, portanto, um instituto de valor fundamental na busca pela paz social. Possui, deste modo, fundamento não só de ordem jurídica, como também de natureza política.

Nesse sentido, encontram-se as lições de Dinamarco:

> Sendo um elemento imunizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo e sobre a vida exterior dos litigantes, sua utilidade consiste em assegurar estabilidade a esses efeitos, impedindo que voltem a ser questionados depois de definitivamente estabelecidos por sentença não mais sujeita a recurso. A garantia constitucional e a disciplina legal da coisa julgada recebem legitimidade política e social da capacidade, que têm, de conferir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença. (DINAMARCO, 2001, p. 8)

A coisa julgada estava legalmente disciplinada em seção própria do Código de Processo Civil de 1973, nos artigos 467 a 475, bem como possuía indicação em outros dispositivos do mesmo diploma, como, por exemplo, no art. 301, parágrafo 3º. Importa destacar que a estruturação do instituto da coisa julgada, no referido código revogado, foi elaborada tomando por base os ensinamentos de Liebman, conforme explica a Exposição de Motivos do CPC de 1973[2].

No atual Código de Processo Civil, manteve-se uma seção própria para tratar do instituto da coisa julgada (arts. 502 a 508), embora, ao longo do diploma, existam dispositivos que abordam o tema (como, por exemplo, o art. 337, § 4º).

O artigo 502 do CPC/15 define coisa julgada material nos seguintes termos:

> Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Além do CPC, a coisa julgada está indicada no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, e no art. 6º, *caput* e parágrafo 3º, do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), senão vejamos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

2 - PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 594.

> natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residen-tes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
>
> ---
>
> Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
> (...)
> § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Nota-se, portanto, que a principal característica da coisa julgada é sua imutabilidade. Esse atributo possui dois aspectos: um deles refere-se à impossibilidade de alterar os efeitos substanciais da sentença de mérito, que a doutrina denomina de coisa julgada material; enquanto que o outro diz respeito à incapacidade de modificar a sentença dentro da mesma relação processual, conhecida como coisa julgada formal. Ambas são faces da mesma figura, degraus do mesmo fenômeno, não sendo, portanto, dois institutos diferentes ou autônomos.

Humberto Theodoro Júnior ensina que:

> A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 439)

Pode-se afirmar, portanto, que a coisa julgada formal existe quando, dentro da mesma relação processual, já não for possível, pelas vias recursais, cassar ou substituir a sentença por outra decisão judicial. Configura-se, desse modo, um limite endoprocessual, que alguns doutrinadores denominam de preclusão máxima, por ser "uma extinção do poder de exigir novo julgamento quando a sentença já tiver passado em julgado". A coisa julgada formal incide sobre as sentenças de qualquer natureza, tanto nas sentenças terminativas (que extinguem o processo sem resolução do mérito), quanto nas sentenças definitivas (que extinguem o processo com resolução do mérito), porque não

está relacionada aos efeitos substancias, mas, sim, à própria sentença como ato processual.

A coisa julgada formal é pressuposto para que ocorra a coisa julgada material, ou seja, para que exista a imutabilidade dos efeitos da sentença, primeiro é necessário alcançar a indiscutibilidade da sentença dentro da relação processual de que é oriunda. No entanto, a recíproca não é verdadeira, isto é, pode ser que haja coisa julgada formal sem haver coisa julgada material.

A coisa julgada material é definida por Cândido Dinamarco como:

> A coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Quer se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente, no momento em que já não couber recurso algum institui-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado uma situação, ou estado, de grande firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem. Esse status, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha contrariar o que houver sido decidido. (DINAMARCO, 2001, p. 10)

Considerando que seus efeitos repercutem fora do processo, alguns doutrinadores defendem que a coisa julgada material é um dado extraprocessual. Vale ressaltar, também, que a coisa julgada material só irá incidir quando a sentença tiver julgado o mérito da causa, ou seja, quando diante do conflito de interesses, o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, concede total ou parcialmente razão a uma das partes e nega-a à outra. Sendo assim, a coisa julgada material não recairá sobre as sentenças terminativas, mas apenas sobre as sentenças definitivas.

A diferença entre coisa julgada material e formal está, justamente, em que a primeira é a imunidade dos efeitos (declaratórios, constitutivos, condenatórios) da sentença, que os acompanha na vida das pessoas ainda após a extinção do processo, impedindo que qualquer ato estatal, processual ou não, venha a alterá-los; por outro lado, a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo e diz respeito à sentença como ato processual, impossibilitando sua substituição por qualquer outra decisão judicial, dentro da mesma relação processual.

Importa para o presente trabalho apenas a coisa julgada material, pois ela representa o aspecto da imutabilidade que impede a alteração dos efeitos da decisão por novas decisões estatais, provenientes dos Poderes Executivo e

Judiciário, inviabilizando rediscussão da matéria no mesmo processo ou em processo diverso.

Após a apresentação do tema da coisa julgada, faz-se necessário abordar as consequências das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, em privilégio ao princípio da supremacia da constituição.

De acordo com o § 2º do art. 102 da CRFB, as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia contra todos (*erga omnes)*, efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública e são aplicáveis imediatamente, conforme se observa da transcrição do referido dispositivo:

> Art. 102. (...)
> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Nesse mesmo sentido está a Lei nº 9.868/99 (que dispõe sobre o julgamento da ADI e da ADC no âmbito do STF), conforme se observa do seu art. 28, parágrafo único:

> Art. 28 (...)
> Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Sobre o tema, cabe transcrever os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco:

> É possível que o STF venha a reconhecer a improcedência da ação declaratória de constitucionalidade ou a procedência da ação direta de inconstitucionalidade. Nesses casos haverá de declarar a inconstitucionalidade da lei questionada.
> Em face dos termos expressos do texto constitucional e da Lei 9.868/99 não subsiste dúvida de que a decisão de mérito sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade é dotada de eficácia contra todos.

> Significa dizer que, declarada a inconstitucionalidade de uma norma na ação declaratória de constitucionalidade, deve-se reconhecer, ipso jure, a sua imediata eliminação do ordenamento jurídico, salvo se, por algum fundamento específico, puder o Tribunal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (v.g., declaração de inconstitucionalidade com efeito a partir de um dado momento no futuro).
> **Aceita a ideia de nulidade da lei inconstitucional, sua eventual aplicação após a declaração de inconstitucionalidade equivaleria à aplicação de cláusula juridicamente inexistente.**
> **Efeito necessário e imediato da declaração de nulidade há de ser, pois, a exclusão de toda ultra-atividade da lei inconstitucional.**
> A eventual eliminação dos atos praticados com fundamento na lei inconstitucional há de ser considerada em face de todo o sistema jurídico, especialmente das chamadas "fórmulas de preclusão.
> (MENDES; BRANCO, 2013, p. 1293 e 1294, grifo nosso)

Por fim, cabe destacar que o acórdão do STF, analisado no presente estudo, aborda o tema da necessidade da relativização da coisa julgada inconstitucional por meio da ação rescisória.

Sabe-se que a ação rescisória é uma nova ação judicial, proposta com a finalidade de desconstituir uma decisão de mérito acobertada pela coisa julgada material. Trata-se, deste modo, de ação de natureza constitutiva negativa, tendo por objeto revisar um julgamento anterior, por meio de outro processo.

Cabe destacar, no entanto, que, sendo um caso de concessão feita pelo próprio ordenamento ao princípio da segurança jurídica, o cabimento da ação rescisória ocorre em situações excepcionais. Apenas nas estritas hipóteses previstas no rol taxativo do antigo art. 485, do Código de Processo Civil/73 (atual art. 966 do CPC/15), seria possível a sua propositura. Além disso, o seu ajuizamento submete-se ao prazo decadencial de dois anos (consoante art. 495 do CPC/73; hoje art. 975 do CPC/15), após o qual, ocorrerá a formação da denominada coisa julgada soberana (ou coisa soberanamente julgada).

A doutrina e a jurisprudência vêm admitindo o controle de constitucionalidade da sentença transitada em julgado por meio da ação rescisória, com respaldo na hipótese prevista no então vigente art. 485, inciso V, do CPC/73**,** atualmente disciplinada pelo art. 966, inciso V, do CPC/15.

Segue a reprodução dos mencionados dispositivos:

> Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)
V - violar literal disposição de lei;

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
(...)
V - violar manifestamente norma jurídica;

Observa-se que, do antigo dispositivo para o novo, houve a modificação de algumas expressões: de "sentença" para "decisão de mérito"; de "literal" para "manifestamente"; e de "lei" para "norma jurídica". Estas alterações foram provocadas pelas interpretações jurisprudenciais e doutrinárias que eram conferidas ao texto legal anterior, de modo que o novo artigo possui uma redação mais coerente com a norma.

De fato, embora o art. 485, V, do CPC/73, se referisse apenas ao termo "lei", esta expressão era entendida pela doutrina e pela jurisprudência de forma ampla, no sentido de norma jurídica geral e abstrata, havendo o CPC/15 incorporado essa interpretação. Portanto, de acordo tanto com o antigo diploma processual como também, com mais razão, com o novo, mostra-se possível a revisão da coisa julgada contrária ao entendimento firmado pelo STF, em controle concentrado de constitucionalidade, mediante o instrumento da ação rescisória.

2.2. Solução conferida pelo STF no julgamento

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 730.462/SP teve início, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 07/05/2015. Nesta ocasião, após a leitura do relatório e a sustentação oral promovida pelo advogado da recorrida, Caixa Econômica Federal (CEF), o julgamento foi sobrestado.

O exame do caso foi retomado no dia 28/05/2015, com a leitura do voto do Ministro Teori Zavascki (Relator) e com a apresentação do voto do Ministro Celso de Mello, além das observações de outros Ministros.

Inicialmente, o Relator esclareceu que não estava em julgamento a disciplina da matéria relacionada aos honorários advocatícios sucumbências, nem a formatação da disciplina da coisa julgada, por serem temas tipicamente infraconstitucionais.

Em seguida, aclarou que a matéria constitucional, que estava a ser julgada, era a seguinte: "*(...) cumpre decidir se a declaração de inconstitucionalidade tomada em ADI atinge desde logo sentenças anteriores*

já cobertas por trânsito em julgado, que tenham decidido em sentido contrário."

Na análise do caso, o Ministro Teori Zavascki apresentou seu entendimento no sentido de que as decisões do STF, no controle concentrado de constitucionalidade (em ADI ou ADC), geram, como consequência, duas eficácias: uma normativa e outra executiva ou instrumental.

Na eficácia normativa, há um juízo de validade ou nulidade da norma questionada em face da Constituição da República, podendo o STF mantê-la ou excluí-la do ordenamento jurídico, operando o efeito *ex tunc* (retroativo), pois a decisão se dirige ao nascimento da norma.

Por outro lado, na eficácia executiva ou instrumental, ocorre o efeito vinculante da decisão, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação aos atos administrativos ou judicias supervenientes. O efeito vinculante não decorre da validade ou invalidade da norma, mas, sim, da decisão que a examina. Desse modo, o termo inicial da eficácia executiva é a data da publicação do acórdão do STF no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/99).

Portanto, considerando que o efeito vinculante da decisão do STF, em controle concentrado de constitucionalidade, tem eficácia para os atos posteriores, pode-se aferir que as sentenças judiciais transitadas em julgado, que sejam contrárias, não são automaticamente reformadas ou rescindidas.

Segue excerto do voto do Relator sobre esse ponto:

> Sobrevindo decisão em ação de controle concentrado declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo, nem por isso se opera a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Conforme asseverado, o efeito executivo da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade deriva da decisão do STF, não atingindo, consequentemente, atos ou sentenças anteriores, ainda que inconstitucionais. Para desfazer as sentenças anteriores será indispensável ou a interposição de recurso próprio (se cabível), ou, tendo ocorrido o trânsito em julgado, a propositura da ação rescisória, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495).

Pode-se resumir o entendimento do Ministro Zavascki da seguinte forma: as decisões de mérito que sejam contrárias ao entendimento do STF em controle concentrado de constitucionalidade não são modificadas automaticamente. Para tanto, faz-se necessária a interposição dos recursos cabíveis, caso ainda não tenha transitada em julgado a decisão; por outro lado,

se já tiver ocorrido o trânsito em julgado, deve ser proposta a ação rescisória, observando-se o prazo decadencial, que deve ser contado da publicação da decisão que se pretende rescindir.

Com relação ao termo inicial da ação rescisória, o próprio Relator reconhece que o Código de Processo Civil de 2015 (que já havia sido publicado, mas ainda não estava vigente quando do julgamento) estabelece expressamente que a ação rescisória com a finalidade de desconstituir coisa julgada inconstitucional pode ser proposta no prazo de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão proferida pela Corte Suprema (§ 15 do art. 525 do CPC/15). No entanto, como, no CPC/73 (vigente à época do julgamento), não havia para esse tipo de rescisória termo inicial expressamente definido, o Ministro Teori entendeu ser aplicável a regra geral, no sentido de que o prazo começa a ser contado do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida, conforme prevê o art. 495 do CPC/73.

Relacionando o entendimento apresentado com o caso em concreto, o voto do Relator concluiu que, como se passaram mais de dois anos entre o trânsito em julgado da decisão reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164/01 (que acrescentou o art. 29-C na Lei nº 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, então a decisão transitada em julgado é insuscetível de rescisão ou revisão. Desse modo, o Ministro Teori Zavascki votou pela negativa de provimento do recurso extraordinário.

Cabe destacar, ainda, que o Relator ressalvou dois casos em que não se faz necessário o ajuizamento de ação rescisória para modificar as decisões transitadas em julgado contrárias ao entendimento do STF, em controle concentrado de constitucionalidade, são eles:

> a) Questão relacionada à execução de efeitos futuros das decisões proferidas em caso concreto, especificamente quando decidem sobre relações jurídicas de trato continuado, bastante comuns nas relações jurídico-tributárias;
>
> b) Coisa julgada estabelecida em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por falta de provas, em decorrência da não realização de exame de DNA, caso esse que foi apreciado pelo STF no julgamento do RE 363.889/DF.
>
> A fundamentação do voto é finalizada com a seguinte compreensão:
>
> > Com efeito, o que aqui se sustenta não é a imutabilidade absoluta da coisa julgada material, mas apenas que, transcorrido o prazo decadencial da ação rescisória, não podem ser desconstituídos os efeitos

> de sentença transitada em julgado sob o argumento de que a norma que a fundamentou foi posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Resguarda-se, nesta hipótese, a segurança jurídica, consubstanciada na preservação da coisa julgada material, sem, contudo, descartar a legitimidade de sua relativização em casos excepcionais, como aquele apreciado por esta Corte nos autos do RE 363.889.

O Ministro Celso de Mello, embora tenha acompanhado o voto do Relator, apresentou voto em separado alegando, em síntese, a importância da imutabilidade da coisa julgada material, que concretiza o princípio constitucional da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito.

De fato, o referido Ministro rechaça a aplicação, no caso em concreto, da tese da "relativização da coisa julgada inconstitucional", consoante se observa do trecho abaixo:

> Tenho para mim que essa postulação recursal, se admitida, antagonizar-se- ia com a proteção jurídica que a ordem constitucional dispensa, em caráter tutelar, à "res judicata".
>
> Na realidade, a desconsideração da "auctoritas rei judicatae" implicaria grave enfraquecimento de uma importantíssima garantia constitucional que surgiu, de modo expresso, em nosso ordenamento positivo, com a Constituição de 1934.
>
> A pretendida "relativização" da coisa julgada – tese que tenho repudiado em diversos julgamentos (monocráticos) proferidos no Supremo Tribunal Federal (RE 554.111/RS – RE 594.350/RS – RE 594.892/RS – RE 594.929/RS – RE 595.565/RS) – provocaria consequências altamente lesivas à estabilidade das relações intersubjetivas, à exigência de certeza e de segurança jurídicas e à preservação do equilíbrio social, valendo destacar, em face da absoluta pertinência de suas observações, a advertência de ARAKEN DE ASSIS ("Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional", "in" Revista Jurídica nº 301/7-29, 12-13): (...)

Por fim, o Ministro Mello conclui sua intervenção com o seguinte resumo da sua posição:

> Em suma: a decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional, em momento posterior, determinado diploma legislativo em que se apoie o ato sentencial transitado em julgado,

> não obstante impregnada de eficácia "ex tunc", como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, "in abstracto", da Suprema Corte.
> Sendo assim, e em face das razões expostas, nego provimento ao presente recurso extraordinário.
> É o meu voto.

Durante o julgamento, os Ministros Ricardo Lewandowski, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio ainda participaram do debate com intervenções pontuais.

Em conclusão ao julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 733 da Repercussão Geral, negou provimento ao recurso extraordinário. Sendo fixada a tese com o seguinte teor:

> A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495)".

O julgado foi ementado da seguinte forma:

> Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO.
> 1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito.

> 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, "l", da Carta Constitucional.
> 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, consequentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional.
> 4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado.
> 5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão.
> 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
> (RE 730462, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015)

Importa destacar que o julgado acima não recebeu qualquer tipo de recurso, havendo transitado em julgado no dia 15/09/2015.

3. ANÁLISE DO ENTENDIMENTO ADOTADO PELO STF

Neste ponto, será analisado o entendimento firmado no RE 730.462/SP em confronto com outro julgamento do STF sobre o tema da relativização da coisa julgada. Também será confrontada a decisão paradigma com os entendimentos firmados na doutrina especializada na matéria. Por fim, serão identificados os casos em que foi reconhecida a repercussão geral sobre o tema da coisa julgada inconstitucional e os dispositivos do CPC/15 que tratam sobre o tema.

3.1. Análise do julgamento com base em decisão aparentemente divergente

No caso em exame, o Parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR) foi no sentido de conceder provimento ao recurso extraordinário, alegando que seria possível desconstituir uma decisão transitada em julgado contrária ao entendimento proferido pelo STF em controle concentrado, ainda que transcorrido o prazo da ação rescisória. Como argumento, a PGR afirmou que o STF tinha precedente anterior no sentido defendido, conforme se observa do trecho do Parecer, abaixo transcrito:

> Acrescente-se: ainda que não se desconheçam precedentes da Corte sob orientação diversa, sabe-se que a linha argumentativa ora defendida prosperou no julgamento do Recurso Extraordinário 363.889, sobre a relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade por ausência de provas do vínculo genético entre pai e filho.

Segue a transcrição da ementa do julgado do RE 363.889/DF:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.
> 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da

> repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.
> 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.
> 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.
> 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.
> 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.
> (RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011 RTJ VOL-00223-01 PP-00420)

Ao analisar esse argumento, o Ministro Relator entendeu que não havia incompatibilidade entre a decisão do RE 363.889/DF e a tese, então defendida no voto, de que transcorrido o prazo decadencial da ação rescisória, não poderiam ser desconstituídos os efeitos da sentença transitada em julgado sob o argumento de que a norma que fundamentou foi posteriormente declarada inconstitucional pelo STF. Assim, restou esclarecido no voto do Ministro Teori:

> Saliente-se, por outro lado, que não há incompatibilidade com a tese aqui defendida e o decidido por esta Corte no RE 363.889 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Plenário, DJe de 16/12/2011), precedente suscitado no parecer da Procuradoria-Geral da República para fundamentar o provimento do recurso extraordinário. Nesse julgado, o STF reconheceu a legitimidade da relativização de coisa julgada estabelecida em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por falta de provas, em decorrência da não realização de exame de DNA. Privilegiou-se, assim, o direito à busca da identidade genética, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, em face do postulado da segurança jurídica.

Com todo respeito ao entendimento do Ministério Público Federal, entende-se que está com a razão o Ministro Relator. Embora exista uma aparente divergência entre os julgados, não há contrariedade entre as decisões, pois se trata de casos distintos.

O RE 363.889/DF firmou o entendimento de que era possível relativizar a coisa julgada em ações de investigação de paternidade que foram extintas, sem a realização do exame de DNA, conforme se observa da tese de Repercussão Geral, originada pela decisão (tema 392):

> I - É possível a repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova;
>
> II - Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

No caso em concreto do RE 363.889/DF, o STF possibilitou que fosse desconsiderada a coisa julgada, mesmo após o prazo para ajuizamento da ação rescisória, pois, em exame de proporcionalidade, considerou que os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável eram mais relevantes do que o princípio da segurança jurídica.

Por outro lado, no caso do RE 730.462/SP, o STF decidiu que não havia a modificação automática das decisões transitadas em julgado após o STF proferir decisão contrária em controle concentrado, não sendo possível ser desconsiderada a coisa julgada, após o prazo decadencial da ação rescisória.

Na primeira situação, a Corte Suprema decidiu ser possível a relativização da coisa julgada, mesmo após o prazo da ação rescisória, enquanto que, no segundo caso, decidiu que não seria possível relativizar a decisão transitada em julgado após o período decadencial da ação rescisória.

À primeira vista, parece que as decisões são conflitantes, mas acontece que os julgados analisaram situações fáticas distintas, possibilitando decisões diferentes. No RE 363.889/DF, foi analisa a relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade que foram extintas, sem a realização do exame de DNA, caso este denominado pela doutrina majoritária como "relativização da coisa julgada". Já no RE 730.462/SP, foi analisada a modificação da coisa julgada após decisão contrária do STF em controle

concentrado de constitucionalidade, caso intitulado pelos estudiosos de "coisa julgada inconstitucional".

Importa destacar, ainda, que a maioria dos doutrinadores faz uma distinção entre as expressões "relativização da coisa julgada" e "coisa julgada inconstitucional". Em verdade, "relativização da coisa julgada" seria o gênero que abarca duas espécies: as decisões transitadas em julgado "relativizáveis", porque contêm injustiças absurdas e as decisões transitadas em julgado "relativizáveis", porque possuem um vício de inconstitucionalidade ou, simplesmente, porque são coisas julgadas inconstitucionais.

Desse modo, entende-se que não existe divergência entre os acórdãos do RE 363.889/DF e do RE 730.462/SP, pois a primeira decisão trata da "relativização da coisa julgada" diante da injustiça de ter uma decisão passada em julgado, em ação de investigação de paternidade, sem a realização de exame de DNA; enquanto que a segunda trata da impossibilidade de modificação automática de decisão transitada em julgado que tenha adotado entendimento diferente do posteriormente declarado pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, abarcando a análise da "coisa julgada inconstitucional".

3.2. Análise do julgamento com base em revisão da literatura

A proposta da "relativização da coisa julgada" pode ser resumida como: a permissão da revisão de certas sentenças acobertadas pela coisa julgada material, mesmo após o prazo de dois anos da ação rescisória, ou seja, mesmo depois de já estar formada a denominada coisa julgada soberana, mediante meios processuais específicos.[3]

De acordo com a doutrina especializada, esta "relativização" seria possível em dois tipos de decisões judiciais: 1) nos casos de decisões que albergam injustiças intoleráveis; e 2) nos casos de decisões que contêm vício de inconstitucionalidade, denominada, pelos estudiosos, de coisa julgada inconstitucional.[4]

Podem ser consideradas injustiças intoleráveis, por exemplo, as sentenças da ação de investigação de paternidade que contradizem o resultado do exame de DNA, bem como o caso da sentença que impõe o pagamento de área desapropriada comprovado ser de propriedade do ente desapropriante, mesmo antes do início do processo. Por outro lado, seria exemplo de coisa julgada inconstitucional a sentença transitada em julgado que, posteriormente, mostra-se contrária ao entendimento firmado pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade.

3 - RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Coisa julgada inconstitucional**, São Paulo, Juspodivm, 2007, p. 72.
4 - Idem. p. 71.

Deve-se enfatizar, ainda, que não há uma equivalência entre as expressões "relativização da coisa julgada" e "coisa julgada inconstitucional". Essa diferenciação faz-se relevante, pois alguns juristas defendem a "relativização da coisa julgada" como forma de afastar as decisões transitadas em julgado decorrentes de injustiças inaceitáveis e possuidoras de vício de inconstitucionalidade, como, por exemplo, José Augusto Delgado ao alegar que as sentenças injustas, ofensivas aos princípios da legalidade e da moralidade e atentatórias à Constituição são sentenças que nunca terão força de coisa julgada e que poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas[5]. Nesse mesmo sentido, concordam Carlos Valder do Nascimento e Cândido Rangel Dinamarco.

Por outro lado, há estudiosos que advogam a tese de que só seria possível relativizar as decisões judiciais na ocorrência de "coisa julgada inconstitucional", estando incluídos os casos dos julgamentos transitados em julgado contrários ao entendimento posterior da Corte Suprema, firmados em controle de constitucionalidade. São exemplos de defensores dessa tese Humberto Theodoro Júnior e André Luiz Santa Cruz Ramos. Este último autor sintetiza seu pensamento da seguinte forma:

> (...) é descabida a afirmação de que sentenças *injustas* não são, nunca, acobertadas pela coisa julgada material, e que nesses casos, portanto, poderiam ser revistas a qualquer tempo, independentemente de propositura de ação rescisória. O grau de incerteza e insegurança que se instauraria comprometeria o exercício da jurisdição, em afronta ao Estado de Direito e aos seus princípios norteadores. (RAMOS, 2007, p.85)

Em ensaio específico sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria[6] afirmam que, apenas em casos excepcionais, é admissível haver o afastamento da imutabilidade da coisa julgada, quando presente sério vício capaz de ameaçar a sua própria razão de existir. Acrescentam, ainda, que não seria possível a relativização ocorrendo qualquer hipótese de injustiça, mas apenas nos casos em que a decisão judicial houver violado alguma norma constitucional, conforme se observa do trecho, a seguir, transcrito:

5 - DELGADO, José Augusto. A coisa julgada no direito contemporâneo e os princípios da legalidade e da moralidade. In: **Prática Jurídica**, Brasília, ano VII, nº 79, p. 10-13, 31 out. 2008.

6 - THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.) **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 161-199.

> Quando sustentamos a relativização do princípio da intangibilidade na hipótese de inconstitucionalidade, não amparamos nossa tese apenas e singelamente na injustiça da sentença, mas em um vício muito mais grave, qual seja, a vulneração pela sentença de algum preceito ou mandamento constitucional. Nessa hipótese, a insustentabilidade da força da *res iudicata* não seria conseqüência da injustiça da sentença apenas, mas sempre e necessariamente de sua incompatibilidade com a Constituição Federal. Aí reside a injustiça, ou seja, o desrespeito ao *direito justo* como sendo aquele decorrente das normas, garantias e princípios insculpidos na Constituição Federal, considerandos objetivamente. (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2008)

Com relação aos meios processuais cabíveis para impugnar a "coisa julgada inconstitucional", asseguram os referidos autores que, além dos meios legais, então previstos, quais sejam: os embargos à execução (antigo art. 741, parágrafo único, do CPC/73; atual art. 535, §5º, do CPC/15), a impugnação ao cumprimento de sentença (antigo art. 475-L, § 1º, do CPC/73; atual art. 525, § 12, do CPC/15) e a ação rescisória (antigo art. 485, V, do CPC/73; atual art. 966, V, do CPC/15), ainda seria possível a ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis)*. Alegam, ademais, que, sendo o vício de inconstitucionalidade uma causa de nulidade da decisão judicial, pode ser arguível e reconhecível a qualquer tempo e em qualquer processo, por qualquer juiz ou tribunal.

Há ainda estudiosos que defendem a impossibilidade de haver a relativização da decisão judicial, além dos casos previstos para a ação rescisória. Para eles, a garantia da coisa julgada é algo intrínseco ao princípio da segurança jurídica e, consequentemente, ao Estado Democrático de Direito, não podendo haver revisão da decisão transitada em julgado fora das possibilidades elencadas no antigo artigo 485 do CPC/73 (atual art. 966 do CPC/15). Comungam desse posicionamento Luiz Guilherme Marinoni, Nelson Nery Júnior, entre outros.

Em artigo intitulado "A intangibilidade da coisa julgada diante de decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos"[7], Marinoni demonstra que é contrário à utilização da ação rescisória, fundada no atual art. 966, V, do CPC/15 (antigo 485, V, do CPC/73), quando, no momento da decisão transitada em julgado, havia controvérsia sobre a interpretação constitucional da norma. Para o autor, a Súmula 343/STF[8] deveria ser aplicada também aos casos de resolução de questão constitucional

7 - MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante de decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. **Revista dos Tribunais de Processo**, São Paulo, vol. 251/2016, p. 275-307, jan. 2016.

8 - Súmula 343/STF: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

e não apenas na discussão de normas infralegais, sob pena de supressão dos Juízos inferiores realizarem controle de constitucionalidade. Segue transcrição de trechos do estudo:

> Contudo, a circunstância de uma questão constitucional chegar ao STF após o trânsito em julgado de decisões sobre a mesma questão certamente não é motivo para a admissão da retroatividade do pronunciamento do STF sobre a coisa julgada. As decisões que transitaram em julgado, tratando da questão constitucional posteriormente interpretada de outra maneira pelo STF, expressam um juízo legítimo sobre a constitucionalidade. Este juízo nada mais é do que resultado do dever-poder judicial de realizar o controle da constitucionalidade. Ademais, o fato de a decisão transitar em julgado, antes de a questão chegar à análise do STF, é mera consequência do sistema de controle da constitucionalidade brasileiro.
>
> A admissão da força de pronunciamento do STF sobre a coisa julgada, ao fundamento da sua natural e insuprimível demora para se manifestar sobre a questão constitucional, significa a negação do sistema de controle difuso da constitucionalidade. Ao invés da retroatividade das decisões do STF, seria efetiva e praticamente mais conveniente - obviamente se isto fosse juridicamente possível e conveniente no sistema brasileiro (o que evidentemente não é)- suprimir a possibilidade de o juiz ordinário realizar o controle da constitucionalidade.
>
> Note-se, além disto, que a aceitação da retroatividade do pronunciamento do STF sobre as decisões proferidas pelos tribunais significa colocar a coisa julgada sob condição ou em estado de provisoriedade, o que é absolutamente incompatível com o conceito e com a razão de ser da coisa julgada. Ora, este estado de indefinição nega o fundamento que está à base da coisa julgada material, isto é, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Aliás, a coisa julgada não é apenas condição para a proteção destes princípios, como também necessidade indispensável para a existência de discurso jurídico e, portanto, de processo jurisdicional.
>
> Assim, é até mesmo difícil - para não se dizer contrário aos fundamentos do direito - definir a natureza do procedimento que culmina em decisão que fica sob a condição de o STF não a contrariar. Esta decisão, por não ser dotada do devido recrudescimento, não configura verdadeira "decisão final", mas sim mero juízo provisório. Estar-se-ia diante de um processo jurisdicional autônomo, pois não destinado a dar segurança a outra tutela ou situação tutelável, mas cuja tutela jurisdicional, apesar de satisfativa, seria suscetível de revogação!
>
> (...)

> Perceba-se que tal raciocínio leva à conclusão de que uma decisão que produz coisa julgada material, e é legitimamente proferida pelo juiz, não gera qualquer proteção à confiança nela depositada. Ora, admitir esta conclusão significa colocar o jurisdicionado na posição de alguém que pode ser "legitimamente" surpreendido depois de ter obtido decisão jurisdicional favorável transitada em julgado. Não é preciso dizer que isto viola, de forma escancarada, a segurança jurídica, princípio concretizador do Estado de Direito.
> (...)
> Portanto, a Súmula 343 também deve ser aplicada nos casos de resolução de questão constitucional. A tentativa de eliminar a coisa julgada que resultou de uma dúvida de constitucionalidade não só elimina o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário - que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo -, como também coloca em xeque a legitimidade dos juízes e tribunais para o controle difuso da constitucionalidade.

Analisando o art. 966, V, do CPC/15, o referido doutrinador defende que a utilização da ação rescisória, fundada em manifesta violação de "norma jurídica", só será possível quando a decisão transitada em julgado for contrária a precedente vinculante do STF em controle de constitucionalidade, firmado antes da decisão que se pretende rescindir. Veja-se nesse sentido:

> A ação rescisória tem pleno cabimento em caso de manifesta violação de "norma jurídica" (art. 966, V, do CPC/2015). Diante da dissociação entre texto legal e norma e da função contemporânea do STF de definir o sentido do direito constitucional federal, norma jurídica é, além da decisão firmada em ação direta, precedente constitucional. Significa que cabe ação rescisória quando a decisão nega decisão proferida em ação direta ou precedente constitucional, tenham estes afirmado a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade. A decisão que se nega a adotar precedente ou decisão do STF que afirmou a constitucionalidade também é decisão que viola manifestamente norma jurídica e, assim, sujeita-se a ação rescisória.
>
> Note-se que, quando se nega decisão proferida em ação direta, precedente ou ainda súmula do STF, é possível falar em "violação de norma", o que certamente não ocorre quando é realizado juízo sobre a questão de constitucionalidade e, após o encerramento do processo, o STF fixa norma em sentido contrário.

Marinoni sustenta, ainda, que não se mostra adequado o entendimento de que a decisão do STF, em controle concentrado de constitucionalidade,

seja capaz de promover modificação automática das decisões transitadas em julgado contrárias ao seu julgamento. No entanto, reconhece o autor que, em situações excepcionais, poderia a Corte Suprema, por meio da técnica da "modulação dos efeitos", conferir a qualidade de determinado julgado, em controle de constitucionalidade, modificar automaticamente as coisas julgadas que tratam da matéria decidida. Assim esclarece o autor:

> Se a coisa julgada pudesse desaparecer diante da decisão do STF, não só inexistiria razão para se dar ao juiz e aos tribunais o poder de controlar a constitucionalidade, como também se estaria conferindo ao jurisdicionado uma coisa julgada sob "condição negativa imprevisível" - sob a condição de o STF não declarar a inconstitucionalidade da norma que fundou a decisão. Além de negar a razão de ser da coisa julgada e os princípios da segurança e da proteção da confiança, isto significaria, ainda, evidente lesão ao direito fundamental de ação, que tem como corolário o direito a uma decisão imutável e indiscutível. Dar à decisão de inconstitucionalidade o efeito automático e imediato de desfazer a coisa julgada significa não ver que a circunstância de uma lei inconstitucional não produzir efeitos válidos não interfere sobre a eficácia da decisão que a teve por constitucional e, além disso, que a coisa julgada é tutelada pela Constituição.
> (...)
> O STF não tem motivo para limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade para que a coisa julgada seja preservada, mas excepcionalmente, considerando relevante valor constitucional que, diante das circunstâncias concretas, sobrepõe-se, pode decidir de modo a desfazê-la. Se, por "modular efeitos", não se tem apenas limitar efeitos, mas também potencializar os efeitos, outorgando-lhes força que, em princípio, não têm, é possível usar a oportunidade conferida pela técnica da "modulação de efeitos" para, em casos excepcionalíssimos, extrair da decisão de inconstitucionalidade o efeito de atingir a coisa julgada. É certo que, nesse caso, não se está regulando os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo, mas conferindo-se determinada qualidade a estes efeitos. Porém, não importa. O que realmente releva é que isso é importante para o adequado exercício da jurisdição constitucional.
> (...)
> No caso de decisão que autoriza o alcance da coisa julgada, o STF deverá explicitar as razões da adoção deste drástico efeito, esclarecendo os motivos para se deixar de lado o valor da coisa julgada. Estes motivos vinculam o Supremo, impedindo-o de deles se libertar em decisões futuras a respeito do tema. Essa vinculação somente poderá cessar caso a Corte demonstre que os motivos já adotados não devem ser reprisados

> diante das especificidades de um novo caso. Recai sobre o Supremo um forte ônus argumentativo. Somente a superação deste ônus permitirá à Corte se libertar dos critérios que antes utilizou.

Comparando os entendimentos doutrinários apresentados com o RE 730.462/SP, nota-se que esse julgado tratou sobre a relativização da "coisa julgada inconstitucional", tendo em vista que firmou entendimento no sentido de que a decisão do STF, em controle concentrado de constitucionalidade, não modifica automaticamente as sentenças anteriores já transitadas em julgado que tenham decidido em sentido contrário.

Além disso, pode-se observar que o entendimento do acórdão paradigma se afasta da compreensão de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, no momento em que afirma não ser possível que a coisa julgada contrária ao entendimento do STF seja modificada a qualquer tempo e por qualquer meio, conforme defendem os referidos estudiosos. De fato, a Corte Suprema definiu, no tema 733 da Repercussão Geral, que a coisa julgada "inconstitucional" apenas poderia ser modificada por intermédio da propositura de ação rescisória, nos termos do antigo art. 485, V, do CPC/73 (atual art. 966, V, do CPC/15), observado o respectivo prazo decadencial.

Por fim, observa-se que tanto o STF quanto Marinoni entendem ser possível que uma decisão transitada em julgado seja modificada, mediante ação rescisória, por ser contrária à decisão em controle concentrado de constitucionalidade. Ocorre que Marinoni explicita que a decisão paradigma do STF deve ter sido proferida antes da decisão que transitou em julgado, pois ai, sim, estaria presente a "norma jurídica" contrariada, prevista no art. 966, V, do CPC/15 (antigo art. 485, V, do CPC/73). Por outro lado, o STF definiu, quando do julgamento do tema 733 da Repercussão Geral, que, mesmo sendo posterior a decisão do controle de constitucionalidade, ainda, sim, seria possível utilizá-la como paradigma para a modificação de coisa julgada contrária ao entendimento. Conforme se observa dos grifos abaixo:

> Repercussão Geral – Tema 733
> A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão **das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente**. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495)". (grifos acrescidos).

Ressalte-se, ainda, que parte do entendimento de Marinoni se assemelha aos fundamentos apresentados pela Corte Suprema, quando o doutrinador admite a possiblidade de, em situações especiais, o STF conferir a qualidade da decisão, em controle concentrado de constitucionalidade, de modificar coisas julgadas contrárias. Conforme esclarecido no presente trabalho, o Relator do RE 730.462/SP (Ministro Teori Zavascki), apresentou, em *obiter dictum*, que há situações nas quais não se faz necessário o ajuizamento de ação rescisória para modificar as decisões transitadas em julgado contrárias ao entendimento do STF em controle concentrado de constitucionalidade, como, por exemplo: a) a questão relacionada à execução de efeitos futuros das decisões proferidas em caso concreto, especificamente quando decidem sobre relações jurídicas de trato continuado, bastante comum nas relações jurídico-tributárias; b) as coisas julgadas estabelecidas em ação de investigação de paternidade julgadas improcedentes por falta de provas, em decorrência da não realização de exame de DNA.

4. OUTROS CASOS DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA SOBRE O TEMA

Além dos julgados analisados no presente trabalho (RE 363.889/DF – Tema 392 da Repercussão Geral e RE 730.462/SP – Tema 733 da Repercussão Geral), o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que existe Repercussão Geral em outras situações envolvendo a temática da "relativização da coisa julgada", mas ainda não realizou julgamento sobre o mérito, conforme se observa dos casos listados abaixo:

a) Recurso Extraordinário n.º 586.068/PR

Ementa da Repercussão Geral

> Processo Civil. Execução. Inexigibilidade do título executivo judicial (artigo 741, parágrafo único do CPC). Aplicabilidade no âmbito dos juizados especiais. Pensão por morte (Lei nº 9.032/1995). Decisão do Supremo Tribunal Federal. Extensão do precedente aos casos com trânsito em julgado. Coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal). Existência de repercussão geral, dada a relevância da questão versada.
> (RE 586068 RG, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 02/08/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-04 PP-00687)

Tema 100 da Repercussão Geral

a) Aplicação do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, no âmbito dos Juizados Especiais Federais;
b) Possibilidade de desconstituição de decisão judicial de processo com trânsito em julgado fundada em norma posteriormente declarada inconstitucional.

b) Recurso Extraordinário n.º 949.297/CE

Ementa da Repercussão Geral

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRELIMINAR. RECONHECIMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. LEI 7.689/88. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. LIMITES. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE ABSTRATO E CONCENTRADO. ADI 15. SÚMULA 239 DO STF.
1. A matéria constitucional controvertida consiste em delimitar o limite da coisa julgada em âmbito tributário, na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão judicial transitada em julgado que declare a inexistência de relação jurídico-tributária, ao fundamento de inconstitucionalidade incidental de tributo, por sua vez declarado constitucional, em momento posterior, na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF.
2. Preliminar de repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida.
(RE 949297 RG, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 24/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-097 DIVULG 12-05-2016 PUBLIC 13-05-2016)

Tema 881 da Repercussão Geral

Limites da coisa julgada em matéria tributária, notadamente diante de julgamento, em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, que declara a constitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional, na via do controle incidental, por decisão transitada em julgado.

c) Recurso Extraordinário n.º 955.227/BA

Ementa da Repercussão Geral

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO TRIBUTÁRIO. SENTENÇA QUE DECLARA EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DIFUSO. COISA JULGADA. EFEITOS FUTUROS. RELAÇÕES DE TRATO CONTINUADO. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.
1. Constitui questão constitucional saber se e como as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária, quando a sentença tiver se baseado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo.
2. Repercussão geral reconhecida.
(RE 955227 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 31/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 26-04-2016 PUBLIC 27-04-2016)

Tema 885 da Repercussão Geral

Efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade sobre a coisa julgada formada nas relações tributárias de trato continuado.

Considerando que os processos listados acima possuem grande importância para a temática da desconstituição das decisões transitadas em julgado contrárias ao entendimento do STF, principalmente em relação aos casos envolvendo tributos, mostra-se relevante o acompanhamento desses futuros precedentes.

5. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E O CPC/15

O julgado paradigma do presente trabalho foi finalizado no dia 28/05/2015, ou seja, momento em que o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15, de 16/03/15) já havia sido publicado, mas ainda não estava em vigor, por conta do *vacatio legis* de um ano (art. 1.045 do CPC/15). É por isso que o STF, quando do julgamento do RE 730.462/SP, se limitou a analisar o tema com base no antigo Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73).

Ocorre que o atual Código Processual trouxe novas disposições sobre a temática da desconstituição das decisões transitadas em julgado contrárias aos entendimentos da Corte Suprema em controle de constitucionalidade. As principais novidades estão dispostas nos parágrafos dos artigos 525 e 535 do CPC/15, abaixo transcritos:

> Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o paga-mento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.
>
> § 1o Na impugnação, o executado poderá alegar:
> (...)
> III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
> (...)
>
> § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1o deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em títu-lo executivo judicial fundado em lei ou ato normativo conside-rado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou funda-do em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Consti-tuição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.
>
> § 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribu-nal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à se-gurança jurídica.
>
> § 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.
>
> § 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

> Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu re-presentante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, im-pugnar a execução, podendo arguir:
> (...)
> III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
> (...)

> § 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em títu-lo executivo judicial fundado em lei ou ato normativo conside-rado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou funda-do em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Consti-tuição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.
>
> § 6º No caso do § 5o, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.
>
> § 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5o deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.
>
> § 8º Se a decisão referida no § 5o for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Além desses dispositivos, há, também, uma regra de transição prevista nas disposições finais:

> Art. 1.057. O disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, §§ 7º e 8º, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor deste Código, e, às decisões transitadas em julgado anteriormente, aplica-se o disposto no art. 475-L, § 1º, e no art. 741, parágrafo único, da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Pelas normas apresentadas, pode-se notar que a legislação infralegal manteve a possibilidade de o executado impugnar o cumprimento da sentença alegando que a obrigação se fundamentou em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tido pelo STF como incompatível com a Constituição da República.

Tanto no CPC/73 (art. 475-L, §1º e art. 741, parágrafo único), como no CPC/15 (art. 525, §12 e art. 535, § 5º), a declaração de inconstitucionalidade realizada pela Corte Suprema pode acontecer, segundo os dispositivos mencionados, de três modos distintos, como explica o professor Daniel Neves[9]:

9 - NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**, Salvador, JusPodivm, 2016, p. 920.

> (...) a) redução de texto, quando a lei é declarada inconstitucional para todos os fins e desaparece do ordenamento jurídico; b) aplicação da norma à situação considerada inconstitucional, quando ela será válida para certas situações e inválida para outras; c) interpretação conforme a Constituição, quando, havendo mais de uma interpretação possível, somente uma delas for considerada constitucional.

Apesar dessa semelhança entre os códigos, deve-se destacar as seguintes novidades do CPC/15 sobre o tema:

a) Expressa indicação da possibilidade da análise de constitucionalidade do STF (decisão paradigma) acontecer em controle difuso

Observa-se que o § 12 do art. 525 e o § 5º do art. 535, ambos do CPC/15, apresentam, ao final do dispositivo, a possibilidade expressa do controle de constitucionalidade do STF ocorrer em controle concentrado (ADI, ADC, ADO, ADPF) ou difuso. Essa nova redação acaba por conferir, ao controle difuso de constitucionalidade, eficácia *ultra partes* quando da alegação de coisa julgada inconstitucional, o que, de regra, não deveria ocorrer. Alguns doutrinadores defendem que, ao menos, essas decisões ocorridas no controle difuso deveriam respeitar a sistemática dos recursos repetitivos, de forma a permitir uma maior participação da comunidade na construção do enunciado judicial[10]. Sobre este ponto, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) definiu no enunciado nº 58 que *"as decisões de inconstitucionalidade a que se referem os art. 525, §§ 12 e 13 e art. 535, §§ 5º e 6º devem ser proferidas pelo plenário do STF"*. Demostra, assim, a preocupação dos estudiosos de que as decisões em controle difuso, passíveis de desconstituir coisas julgadas, tenham um respaldo de todos os membros do STF e não apenas de uma de suas turmas julgadoras.

b) Expressa possibilidade de se utilizar a ação rescisória para desconstituir a coisa julgada inconstitucional

Outro ponto que era polêmico, na doutrina, era a possibilidade de utilização de ação rescisória para desconstituir a coisa julgada inconstitucional. O CPC/73 já permitia que a coisa julgada fosse modificada por meio da impugnação ao cumprimento de sentença (arts. 475-L) e, também, por meio de embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 741), o que foi mantido pelo CPC/15 (vide arts. 525 e 535). Ocorre que o novo código processual trouxe expressa previsão no sentido de permitir a utilização da ação rescisória,

10 - Idem, p.922.

com fundamento no art. 966, V, do CPC/15, com a finalidade de desconstituir as decisões transitadas em julgado contrárias ao entendimento do STF em controle de constitucionalidade, conforme se observa do § 15 do art. 525 e § 8º do art. 535, ambos do CPC/15.

Importa enfatizar, no entanto, que o CPC/15 definiu que é cabível a ação rescisória se a decisão paradigma do STF (proferida em controle de constitucionalidade) for posterior ao trânsito em julgado da decisão a ser rescindida. Se, no entanto, o julgado paradigma da Corte Suprema for anterior à decisão a ser rescindida, cabe a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, § 14 e art. 535, § 7º, ambos do CPC/15).

Essas disposições legais se assemelham ao entendimento firmado no RE 730.462/SP, no momento em que afirma que: *"(...) a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria (...)"*

c) Expressa indicação de que o prazo da ação rescisória tem início com o trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF

O novo CPC também estabelece que o prazo decadencial de 2 (dois) anos da ação rescisória, com a finalidade de desconstituir coisa julgada inconstitucional, tem, como termo inicial, o trânsito em julgado da decisão paradigma proferida pelo STF (art. 525, § 15 e art. 535, § 8º, ambos do CPC/15). Esta é uma inovação, pois note-se que entre a coisa julgada que se quer rescindir e a propositura da ação rescisória pode haver mais de dois anos, o que não era permitido na sistemática anterior, conforme reconheceu o jugado do RE 730.462/SP, *in verbis*:

> No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão.

Conforme explicita a estudiosa Carla Gonçalves[11], conciliando o entendimento acima apresentado com a regra de transição prevista no artigo 1.057 do CPC/15, chega-se à seguinte conclusão:

Até o dia 17 de março de 2016 a revisão da decisão transitada em julgado em dissonância com julgado proferido pelo STF só poderia ocorrer dentro do prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Trata-se do limite legal veiculado pelo art. 495 do CPC/1973 (LGL\1973\5). A partir de 18 de março de 2016, a revisão poderá ocorrer no prazo de dois anos, contatos do trânsito em julgado da decisão do STF, para as decisões, individuais e concretas, que transitarem em julgado após esta data, em decorrência de regra transitória explicita do NCPC.

Essas são, portanto, as principais modificações inseridas pelo novo Código de Processo Civil na sistemática da coisa julgada inconstitucional.

6. CONCLUSÃO

Diante da análise do julgado RE 730.462/SP, bem como da revisão da doutrina e jurisprudência relacionada ao tema da "relativização da coisa julgada", pode-se concluir o presente estudo com os pontos assinalados a seguir.

A um que, comparando os entendimentos doutrinários com o RE 730.462/SP, nota-se que este julgado tratou sobre a relativização da "coisa julgada inconstitucional", consoante se observa da definição do Tema 733: *Relativização da coisa julgada fundada em norma posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle concentrado, após o prazo da ação rescisória*.

A dois que, ao decidir sobre o Tema 733 da Repercussão Geral (RE 730.462/SP), o Supremo Tribunal Federal compreendeu que a decisão transitada em julgada, contrária ao entendimento proferido em controle de constitucionalidade, não pode ser reformada ou rescindida automaticamente; para promover a modificação, pode-se utilizar os recursos disponíveis pelo ordenamento jurídico ou, se já transitada em julgado a sentença, pode-se utilizar a ação rescisória, que deve ser interposta no prazo decadencial de dois anos, a contar do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir, independentemente do momento da declaração de (in)constitucionalidade proferida pela Corte Suprema.

A três que o julgamento em análise apresentou como fundamento a ideia de que a sentença do STF, que afirma a constitucionalidade ou a

11 - GONÇALVES, Carla de Lourdes. Coisa julgada em matéria tributária e a (im)possibilidade de revisão em face de declaração de inconstitucionalidade pelo STF. **Revista dos Tribunais de Direito Tributário Contemporâneo***,* São Paulo, vol. 2/2016, p. 167-180, set-out.. 2016.

inconstitucionalidade de preceito normativo, gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito; dessa sentença decorre, também, o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (eficácia executiva ou instrumental); a eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999), sendo esta eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional.

A quatro que o Relator do RE 730.462/SP, Ministro Teori Zavascki, apresentou, no seu voto, em *obiter dictum*, que há situações nas quais não se faz necessário o ajuizamento de ação rescisória para modificar as decisões transitadas em julgado contrárias ao entendimento do STF em controle concentrado de constitucionalidade, como, por exemplo: a) a questão relacionada à execução de efeitos futuros das decisões proferidas em caso concreto, especificamente quando decidem sobre relações jurídicas de trato continuado, bastante comum nas relações jurídico-tributárias; b) as coisas julgadas estabelecidas em ação de investigação de paternidade julgadas improcedentes por falta de provas, em decorrência da não realização de exame de DNA; este entendimento se assemelha à compreensão do doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, que admite a possiblidade de, em situações especiais, o STF conferir a qualidade da decisão, em controle concentrado de constitucionalidade, de modificar coisas julgadas contrárias, independentemente de ação rescisória.

A cinco que tanto o STF, quanto Marinoni, entendem ser possível que uma decisão transitada em julgado seja modificada, mediante ação rescisória, por ser contrária à decisão em controle concentrado de constitucionalidade; acontece que Marinoni explicita que a decisão paradigma do STF deve ter sido proferida antes da decisão que transitou em julgado, pois, neste caso, estaria presente a "norma jurídica" contrariada prevista no art. 966, V, do CPC/15 (antigo art. 485, V, do CPC/73); por outro lado, o STF definiu que, mesmo sendo posterior a decisão do controle de constitucionalidade, ainda, sim, seria possível utilizá-la como paradigma para a modificação de coisa julgada contrária ao entendimento firmado, desde que observado o prazo decadencial da ação rescisória.

A seis que não existe divergência entre o RE 363.889/DF (Tema 392 da Repercussão Geral) e o RE 730.462/SP (Tema 733 da Repercussão Geral) pois a primeira decisão trata da "relativização da coisa julgada" diante da injustiça de ter uma decisão passada em julgado, em ação de investigação de

paternidade, sem a realização de exame de DNA; enquanto que a segunda trata da impossibilidade de modificação automática de decisão transitada em julgado que tenha adotado entendimento diferente do posteriormente declarado pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, abarcando a análise da "coisa julgada inconstitucional".

A sete que, além dos julgados analisados no presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que existe Repercussão Geral em outras situações envolvendo a temática da "relativização da coisa julgada", mas ainda não realizou julgamento sobre o mérito, sendo relevante o acompanhamento dos seguintes processos: RE 586.068/PR (Tema 100 da Repercussão Geral), RE 949.297/CE (Tema 881 da Repercussão Geral) e RE 955.227/BA (Tema 885 da Repercussão Geral).

A oito que o julgamento do RE 730.462/SP foi baseado no CPC/73, tendo em vista que a lei 13.105/15, embora publicada, ainda estava no período de *vacatio legis.*

A nove que O Novo Código Processual trouxe novas disposições sobre a temática da "coisa julgada inconstitucional", estando as principais novidades dispostas nos parágrafos dos artigos 525 e 535, podendo ser destacadas as seguintes inovações legislativas: 1) expressa possibilidade da análise de constitucionalidade do STF (decisão paradigma) acontecer em controle difuso; 2) expressa possibilidade de se utilizar a ação rescisória para desconstituir a coisa julgada inconstitucional; 3) indicação de que o prazo da ação rescisória tem início com o trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF.

Por fim, analisando a regra de transição do art. 1.057 do CPC/15, pode-se aferir que, até o dia 17/03/2016, a revisão da coisa julgada contrária ao julgado do STF em controle de constitucionalidade deve respeitar o prazo decadencial de dois anos da ação rescisória (art. 495 CPC/73), contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda; a partir do dia 18/03/2016, as decisões que transitarem em julgado podem ser revistas no prazo decadencial de dois anos da ação rescisória, contados do trânsito em julgado da decisão paradigma proferida pelo STF (art. 525, § 15 e art. 535, § 8º, ambos do CPC/15).

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Rossana Roberta de Sousa. Relativização da coisa julgada inconstitucional. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13772>. Acesso em 9 jan 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DELGADO, José Augusto. A coisa julgada no direito contemporâneo e os princípios da legalidade e da moralidade. In: **Prática Jurídica**, Brasília, ano VII, nº 79, p. 10-13, 31 out. 2008.

DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973.** Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Escola Paulista da Magistratura***,* São Paulo, v. 2, n. 2, p. 7-45, jul.-dez. 2001.

FREIRE, Breno Felipe Rocha. Coisa julgada inconstitucional. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 124, maio 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14751>. Acesso em 6 jan 2017.

GONÇALVES, Carla de Lourdes. Coisa julgada em matéria tributária e a (im) possibilidade de revisão em face de declaração de inconstitucionalidade pelo STF. **Revista dos Tribunais de Direito Tributário Contemporâneo***,* São Paulo, vol. 2/2016, p. 167-180, set-out. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante de decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. **Revista dos Tribunais de Processo***,* São Paulo, vol. 251/2016, p. 275-307, jan. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Hudson Rocha de. Relativização da coisa julgada inconstitucional. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6493>. Acesso em 6 jan 2017.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 594.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Juspodivm, 2007.

REICHELT, Luis Alberto. Reflexões sobre a relativização da coisa julgada no novo código de processo civil. **Revista dos Tribunais de Processo**, São Paulo, vol. 255/2016, p. 167-180, mai. 2016.

TEIXEIRA, Bruno Campos Christo. Os limites à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no âmbito do direito tributário. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 14, n. 81, p. 121-149, maio/jun. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.) **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

A JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA NAS TUTELAS DE URGÊNCIA: EM BUSCA DO SENTIDO DO ART. 300, § 2º, DO NOVO CPC

THE PRIOR JUSTIFICATION IN THE GUARDIANSHIP OF URGENCY: IN SEARCH OF THE SENSE OF ART. 300, § 2º, OF THE BRAZILIAN´S NEW CIVIL PROCEDURE CODE.

Felippe Borring Rocha
Mestre em Direito (UNESA/RJ) e doutorando em Sociologia e Direito (UFF).
Professor de Direito Processual Civil. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

Luísa Tostes Escocard de Oliveira
Mestre em Direito (UNESA/RJ) e doutorando em Sociologia e Direito (UFF).
Professor de Direito Processual Civil
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: O objetivo do presente estudo é analisar os possíveis sentidos da regra contida no parágrafo segundo do artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015, que permite a determinação da justificação prévia aos pedidos de concessão de tutela de urgência. Para tanto, o texto inicia realizando uma análise sobre a sistemática da justificação prévia no Código de Processo Civil revogado. Em seguida, são vistos os contornos atuais da justificação prévia no Código de Processo Civil em vigor. Mais à frente, é apresentado o significado defensivo que a justificação prévia tem recebido por parte da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Por fim, são identificados os possíveis confrontos entre a percepção jurisprudencial da justificação prévia como mecanismo de defesa e os princípios fundamentais da ciência processual, com a estrutura do novo procedimento comum e com a busca pela autocomposição prevista no parágrafo terceiro do artigo 3º do Novo Código.

Palavras-chave: Direito processual civil. Tutela provisória. Tutela de urgência. Justificação prévia.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the possible meanings of the rule contained in the second paragraph of article 300 of the Brazilian´s Code of Civil Procedure of 2015, which allows the determination of prior justification to requests for the guardianship of urgency. To do so, the text begins by conducting an analysis of the system of prior justification in the revoked Code of Civil Procedure. Next, the text analyses the current contours of prior justification are seen in the actual Civil Procedure Code. Further on, the paper presents the defensive meaning that prior justification has received from the case law in the Rio de Janeiro State Court of Justice. Finally, there are identified the possible confronts between the case law perception of prior justification as a defense mechanism and the fundamental principles of procedural science, the structure of the common procedure and with the search for self-composition provided in article 3 of Article 3 of the New Code.
Keywords: Civil procedural law. Temporary guardianship. Guardianship of urgency. Prior justification.

1. A JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL REVOGADO

Como se pode constatar da leitura do CPC/1973, o termo "justificação prévia" aparecia no seu texto em sete passagens. Havia a previsão de justificação prévia no regramento das tutelas específicas (art. 461, § 3º), no procedimento cautelar genérico (arts. 802, parágrafo único, II, e 804), em procedimentos cautelares de arresto, busca e apreensão e arrolamento de bens (arts. 815, 841 e 858), nos procedimentos possessórios (art. 930, parágrafo único) e no procedimento da nunciação de obra nova (art. 937).

Em todos estes dispositivos é possível identificar um traço comum. Com efeito, a finalidade substancial da justificação prévia era a de promover a colheita de prova oral para obtenção de subsídios capazes de permitir ao julgador uma análise mais segura sobre o pedido de tutela de urgência que lhe era formulado.[1] A justificação prévia, portanto, se materializava através de uma audiência especial de natureza instrutória.[2] O magistrado, então, quando tinha diante de si um pedido de tutela provisória de urgência deveria[3] marcar

1 - Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, **Processo Cautelar**, p. 131.
2 - Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**, p. 1392.
3 - O ideal é que sempre que o juiz entendesse necessária a complementação da instrução sobre o pedido de tutela de urgência, marcasse a audiência de justificação prévia. Seria, assim, um poder-dever. Nesse sentido, veja-se: *"Caso o magistrado entenda que a inicial não está instruída com prova documental suficientemente capaz de demonstrar em cognição sumária os requisitos do art. 927 do CPC, a lei determina que se ofereça ao autor a oportunidade de, ainda nesta mesma fase procedimental, realizar prova oral em audiência de justificação para este fim específico, com prévia citação do réu"* (TJRJ – 19ª Câmara Cível – AI 0031851-67.2014.8.19.0000 – Rel. Des. Ferdinaldo do Nascimento, j. em 10/12/2014). Na maioria da vez, entretanto, a jurisprudência entendida que esse poder do julgador era de natureza discricionária. Neste sentido, veja-se:

uma data para ouvir o requerente e suas testemunhas sobre a situação jurídica deduzida em juízo, seja para complementar o quadro probatório ou mesmo por prudência, uma vez que esse tipo de decisão pode gerar impactos sociais profundos e de difícil reversão.

No contexto presente no CPC/1973, ainda assim, é preciso sublinhar duas particularidades relacionadas à justificação prévia nas chamadas ações possessórias. Por um lado, a liminar[4] possessória (art. 928 do CPC/1973) era a única hipótese de cabimento da justificação prévia que não tinha natureza cautelar, mas satisfativa.[5] Não obstante, a orientação majoritária (e correta, a nosso sentir) era que a justificação prévia poderia ser também aplicada para outras espécies de tutelas de urgência satisfativas, por analogia.[6] De fato, as mesmas razões que levavam ao cabimento da justificação prévia nas tutelas cautelares poderiam estar presentes nas tutelas satisfativas.[7] Exatamente por isso, José Carlos Barbosa Moreira[8] afirmou, logo após a inclusão da tutela antecipada no CPC/1973 que:

> O juiz não é obrigado, mesmo que presentes, aparentemente ao menos, os pressupostos da tutela antecipada, a concedê-la sem estar suficientemente esclarecido sobre fatos que possam ser relevantes. Nada o impede, a meu ver, de determinar a realização de uma audiência para que se faça essa justificação prévia. Ele não tem que decidir aquilo no escuro. Aliás, nenhum juiz deve decidir nada no escuro, a não ser em casos de absoluta impossibilidade de esclarecimento.

"A designação de audiência de justificação é uma faculdade do julgador" (TJRS – 20ª Câmara Cível – AI 70059169920 – Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, j. em 04/04/2014).

4 - Importante esclarecer que utilizaremos ao longo do texto a expressão "liminar" num sentido "clássico", ou seja, como sinônimo de decisão interlocutória cujo conteúdo é uma tutela provisória. Parte da doutrina, no entanto, emprega o termo "liminar" para descrever a decisão proferida antes da oitiva da parte requerida (por todos, veja-se Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, **Curso de Direito Processual Civil**, p. 548).

5 - Na vigência do CPC/1973, a liminar possessória era rotulada como uma modalidade especial de tutela antecipada (Athos Gusmão Carneiro, **Da antecipação de tutela**, p. 117). Atualmente, a liminar possessória seria melhor classificada não como tutela antecipada, mas como tutela de evidência (art. 311 do CPC/2015), na medida em que não prevê, entre os requisitos para sua concessão, a urgência.

6 - Em sentido contrário, sustentado a inaplicabilidade da justificação prévia à tutela antecipatória, no regime do CPC/1973, veja-se José Eduardo Carreira Alvim, **Tutela Antecipada na Reforma Processual**, p. 60, e Joel Dias Figueira Júnior, **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 182.

7 - Nesse sentido, admitindo a designação de audiência de justificação prévia para os pedidos de tutela antecipada, veja-se, uma das decisões pioneiras, proferida logo após a inclusão da tutela antecipada de forma genérica no CPC/1973, pela Lei nº 8.952/1994: *"A designação de audiência de justificação para a concessão de tutela antecipada é medida discricionária do juízo quando entender necessária para a formação de seu livre convencimento"* (TJSC – 3ª Câmara Cível – AI 96.001.452-7 – Rel. Des. Amaral e Silva, j. em 17/09/1996). Em sentido contrário, defendendo que a justificação prévia somente poderia ser deferida quando expressamente prevista em lei, veja-se: *"Audiência de justificação. Inaplicabilidade no caso. Em se tratando de ação petitória não há previsão legal para designação de audiência de justificação da posse prevista no artigo 928 do CPC, destinada tão somente às ações possessórias"* (TJRS – 17ª Câmara Cível – AI 70067324707 – Rel. Des. Liege Puricelli Pires, j. em 30/11/2015).

8 - Barbosa José Carlos Moreira. **A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil**, p. 202.

Mais recentemente, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira endossaram a posição favorável à aplicação da justificação prévia às tutelas satisfativas:[9]

> Não é, outrossim, apenas a prova documental, pois, além de não existir em nosso sistema uma prevalência desse meio probatório, é perfeitamente possível que a antecipação de tutela seja concedida depois da fase de instrução do processo ou depois de uma audiência de justificação prévia, quando já se tenham colhidos diversas outras provas, como testemunhal, pericial, ou, até mesmo, com base em prova produzida antecipadamente (que pode ser tanto a pericial quanto a prova oral)

Outro ponto que merece ser destacado diz respeito à participação do requerido. Via de regra, nos procedimentos cautelares, a audiência de justificação prévia era unilateral, ou seja, realizada entre o requerente e o juiz. Desse modo, o requerido normalmente não era chamado a participar da audiência.[10] A lógica dessa postergação do contraditório, expressa no art. 804 do CPC/1973,[11] era evitar que a intimação do requerido pudesse frustrar os objetivos da tutela provisória.[12] Diferente solução era adotada quando a justificação prévia tinha como objetivo a análise de uma tutela satisfativa. No caso específico da liminar possessória (ou das demais tutelas satisfativas, para quem fazia a interpretação ampliativa) a regra era a intimação do requerido para participar do ato (art. 928 o CPC/1973).[13] Ainda assim, entendia-se que a convocação do réu poderia ser dispensada, quando ela pudesse comprometer a eficácia do provimento, na forma do supramencionado art. 804.[14]

9 - **Curso de Direito Processual Civil**, p. 549.

10 - Ovídio A. Baptista da Silva, **Curso de Processo Civil**, p. 125. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, **Processo Cautelar**, p. 130, no entanto, alertavam que sempre que a participação do requerido não prejudicasse a efetivação da medida postulada, este deveria ser intimado para participar da audiência de justificação prévia.

11 - Art. 804 do CPC/1973: *"É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer"*.

12 - A postergação do contraditório poderia ocorrer tanto para evitar que o requerido praticasse algum ato capaz de frustrar a medida pleiteada ou simplesmente pela demora que a sua convocação poderia causar à apreciação do pedido (Daniel Amorim Assumpção Neves, **Manual de Direito Processual Civil**, p. 1140).

13 - Art. 928 do CPC/1973: *"Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada"*.

14 - Comentando o art. 273 do CPC/1973, que tratava da tutela antecipada, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**, p. 549, assinalaram que: *"Se para a concessão da liminar o juiz entender necessário, designará audiência de justificação prévia. Para ela deverá ser citado e intimado o réu, salvo se o conhecimento do réu puder tornar ineficaz a medida. Neste caso, a audiência de justificação prévia será realizada apenas com a presença do autor e seu advogado"*. Não obstante, importante sublinhar que a falta de intimação do requerido para a audiência de justificação prévia possessória, quando não aplicada a ressalva prevista no art. 804 do CPC/1973, era causa de invalidação do ato. Neste sentido, veja-se: *"É nula a decisão que concede liminar de reintegração*

2. O PERFIL ATUAL DA JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA

Uma das grandes inovações do CPC/2015 foi concentrar a maioria das regras sobre tutelas provisórias, antes espalhadas pelo CPC/1973, num único livro (Livro V), inserido na sua Parte Geral. O objetivo do legislador, por certo, foi o de dar tratamento simétrico e sistemático às tutelas voltadas a combater os malefícios do tempo no processo, por meio de uma técnica sumária de cognição. Para tanto, dividiu as tutelas provisórias em duas espécies: de um lado as tutelas de evidência, pautadas na superioridade do direito do requerente ou na fragilidade da defesa apresentada pelo requerido; de outro lado, as tutelas de urgência, marcadas pela existência de um risco de dano. A tutela de urgência, por sua vez, foi subdivida em tutela cautelar e tutela antecipada.

A diferença entre essas tutelas de urgência repousa não apenas nas suas finalidades, mas também nos requisitos legais para sua concessão (art. 300 do CPC). Assim, no caso da tutela antecipada, o requerente deverá demonstrar a verossimilhança das suas alegações e o risco de dano para o efetivo exercício do direito subjetivo deduzido em juízo, além da possibilidade de reversão dos efeitos da medida.[15] Em se tratando de uma tutela cautelar, o interessado terá que apresentar a plausibilidade do direito alegado, chamada de *fumus boni iuris*, e o risco para o resultado útil do processo, conhecido como *periculum in mora*.

Nesse passo, necessário esclarecer que diferentemente do que tem defendido parte da doutrina,[16] sustentamos que não houve a unificação entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.[17] Em primeiro lugar, como sublinhado, cada uma delas tem requisitos próprios para sua concessão. Além disso, o Código confere nomes diferentes e regimes jurídicos específicos a essas modalidades de tutela de urgência, permitindo, inclusive, a fungibilidade entre elas (art. 305, parágrafo único). Nada disso seria consentâneo com a lógica da unificação. Por outro lado, afirmamos que, embora ambas estejam inseridas no plano da cognição sumária (juízo de probabilidade), a cognição

de posse em audiência de justificação prévia, se a ré não foi prévia e regularmente intimada a comparecer àquele ato (CPC, art. 928)" (TJRJ – 3ª Câmara Cível – AI 0009856-61.2015.8.19.0000 – Rel. Des. Fernando Foch, j. em 12/03/2015).

15 - A reversibilidade dos efeitos do provimento é um requisito que já era muito criticado na vigência do CPC/1973 (art. 273, § 2º), mas que, mesmo assim, foi mantido no Novo CPC (art. 300, § 3º). Na realidade, a reversibilidade prevista no texto legal deve ser aquela que permita o retorno ao *status quo ante* ou à uma situação análoga (Reis Friede, Débora Maliki Menaged e Marcelo Menaged, **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**, p. 109). Ademais, sempre que o direito protegido tiver um especial tratamento no ordenamento jurídico (direito à vida, à saúde, à personalidade etc), a exigência da reversibilidade pode ser afastada, em prol de um efetivo acesso à justiça (Fernando Gama de Miranda Netto, *Sobre o requisito da irreversibilidade das tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015 (art. 300, § 3º)*, p. 195).

16 - Por todos, veja-se Luiz Guilherme Marinoni, **Tutela de urgência e tutela da evidência**, p. 63.

17 - André Luiz Bäuml Tesser, *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*, p. 28.

na tutela antecipada é mais robusta que a cognição na tutela cautelar. De fato, para legitimar a tutela cautelar basta a formação de uma cognição rarefeita, já que seu objetivo maior é a proteção do resultado útil do processo; enquanto que no caso da tutela antecipada, é preciso vislumbrar que o direito subjetivo afirmado pelo requerente tem grandes chances de ser acolhido na decisão final. É certo, no entanto, que, em um caso ou no outro, não haverá espaço para uma apreciação detalhada e aprofundada das provas; todavia, é essencial que o juiz disponha de elementos mínimos que justifiquem a concessão de uma tutela em momento precoce do processo.

Nesse viés, o legislador entendeu por bem acolher a orientação doutrinária e inserir no Novo Código uma regra geral sobre a justificação prévia, aplicável a ambas as modalidades de tutela de urgência (cautelar e antecipada):

> Art. 300 (...)
> § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Além desse dispositivo, o CPC/2015 previu apenas outra referência à justificação prévia,[18] dentro do procedimento possessório:

> Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada

Apesar do texto presente no art. 300, § 2º, do CPC/2015 ser absolutamente lacônico, é possível concluir, com apoio nas regras previstas nos arts. 9º, parágrafo único, I, e 562 do mesmo Diploma, que a justificação prévia manteve seu propósito de colher prova oral necessária para a análise do pedido de tutela cautelar ou tutela antecipada, através de uma audiência, que será bilateral, salvo se o juiz verificar que a intimação do requerido poderá comprometer a efetividade da medida pleiteada. Corroborando tal entendimento, veja o que diz Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:[19]

> Por força do § 2º do art. 300, a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. Assim, caso o juiz, no exame

18 - Por certo, permanecem em vigor as regras contidas na legislação especial prevendo a justificação prévia, como ocorre no caso da liminar na ação civil pública (art. 12 da Lei 7.347/1985).
19 - RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: Do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 210.

> dos requisitos para a concessão da tutela de urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), não se convencer *prima facie*, deverá permitir à parte requerente que, em audiência de justificação prévia, traga mais elementos de prova quanto aos requisitos necessários à concessão da medida.

Sob a mesma perspectiva, leciona Cassio Scarpinella Bueno:[20]

> A "tutela de urgência" pode ser concedida liminarmente, isto é, no início do processo e sem a oitiva prévia da parte contrária, ou após justificação prévia (art. 300, § 2º). A justificação prévia, cabe anotar, é alternativa àqueles casos em que os pressupostos para a concessão da tutela de urgência não são passíveis de demonstração com a própria petição inicial (prova documental, ata notarial ou estudo técnico), sendo o caso, por exemplo, de ouvir testemunhas ou o próprio requerente da medida, o que merece ser justificado na própria petição em que é formulado o pedido. Nesta hipótese, o mais correto não é indeferir o pedido de tutela de urgência, mas designar a referida audiência para colheita da prova.

De qualquer forma, por ter natureza instrutória ao pedido de tutela de urgência do requerente, ainda que convocado, a ausência do requerido não lhe acarretará qualquer tipo de sanção processual.[21] No entanto, se comparecer à audiência, poderá submeter ao contraditório as provas que forem produzidas. De modo que o sujeito processual protagonista da audiência de justificação prévia é o requerente, pois é ele quem deve produzir provas em audiência a fim de convencer o magistrado de que não pode esperar o término do processo para obter aquele provimento. Em outras palavras, é o requerente, interessado na concessão da tutela de urgência, que deve se justificar.

Nesse passo, importante reafirmar que o pedido de tutela de urgência é um direito subjetivo processual da parte, ligado diretamente ao direito de ação. Por isso, a convicção do magistrado sobre o seu deferimento, embora calçado sobre uma cognição sumária, deve ser formada da melhor maneira possível, dentro de um quadro de celeridade inerente ao conceito de urgência. Por isso, a audiência de justificação prévia se mostra como a ferramenta mais adequada para a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Nas palavras de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:[22]

---

20 **- Novo Código de Processo Civil anotado**, p. 219.

21 - Essa orientação já existia antes mesmo da edição do CPC/2015. Neste sentido, veja-se: *"O termo citação é utilizado de maneira imprópria no art. 928 do CPC, na medida em que o réu não deve apresentar contestação na audiência de justificação prévia, nem é obrigado a comparecer"* (STJ – 3ª Turma – REsp 1232904/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 14/05/2013).

22 **- Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: Do CPC/1973 ao CPC/2015**, p. 210.

> A justificação prévia é uma providência bastante interessante para a demonstração do direito invocado pela parte e, bem assim, da situação de prejuízo que a acomete. Como se sabe, não se exige para a concessão da tutela de urgência, em nenhuma de suas modalidades, a existência de prova literal (leia-se documental), daí a necessidade de em algumas circunstâncias permitir-se alguma produção de prova para demonstrar o preenchimento dos requisitos autorizadores para sua concessão.

De todo modo, a existência de dispositivo expresso no CPC/2015 que oportuniza uma justificação previamente à concessão de tutelas de urgência (cautelar ou satisfativa) é de inegável relevância, pois pacifica a discussão sobre o cabimento de tal diligência em relação à tutela antecipada, como existia na vigência do Código revogado.

3. A NOVA FEIÇÃO DA JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA ADOTADA POR PARTE DA JURISPRUDÊNCIA

A despeito do perfil supramencionado, o que se tem verificado na prática forense é que alguns julgadores do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro têm atribuído à justificação prévia ao pedido de tutela de urgência o caráter de defesa específica. Assim, ao receber a petição inicial, esses magistrados têm determinado a intimação do requerido para, em 5 dias, apresentar em juízo resposta escrita ao pedido de tutela de urgência formulado. Neste sentido, veja-se o seguinte julgado:

> Intime-se a parte ré para apresentação de justificação prévia no pedido de antecipação de tutela na forma do art. 300, §2º do CPC no prazo de cinco dias.[23]

Note-se, ainda, que essas decisões têm interpretado que o silêncio do requerido em apresentar a justificação prévia por escrito implicaria numa modalidade especial de revelia, que serviria, *de per si*, como fundamento para a concessão da medida:

> 1) A parte ré foi intimada, conforme AR juntado a fls. 35/36, para apresentação de justificação prévia visando a apreciação do pedido de antecipação de tutela, e não se manifestou. Assim defiro o pedido de fls. 5 e determino a prestação de caução no valor equivalente a três meses de aluguel; 2) Prestada a caução necessária, expeça-se mandado de notificação para desocupação voluntária do réu, no prazo de 15

23 - TJRJ – 3ª Vara Cível Regional de Jacarepaguá – Juiz Jane Carneiro Silva Amorim, j. em 19/09/2016.

> dias, sob pena de despejo, nos termos do artigo 59, § 1º, IX da Lei nº 8.245/91;[24]

Essa decisão, inclusive, foi objeto de agravo de instrumento, que restou inadmitido pelo tribunal. Não obstante, no julgamento do agravo de instrumento, o órgão superior reconheceu, *in obter dictum*, a validade da natureza defensiva da justificação prévia. *In verbis*:

> Intimação para manifestação acerca da tutela de urgência que se trata de mero expediente com a finalidade de resguardar o contraditório processual, inexistindo obrigatoriedade ou mesmo imposição de audiência para tal fim.[25]

Outras decisões proferidas no âmbito do TJRJ têm caminhado no mesmo sentido de atribuir à justificação prévia a natureza de meio de defesa. Neste sentido, apenas para ilustrar, veja-se os seguintes julgados:

> Decisão do juízo *a quo* que determinou a intimação da parte ré para apresentação de justificação prévia visando após a apreciação do pedido antecipatório de tutela. Utilização dos medicamentos que se faz urgente. Direito à vida e à saúde. Do verbete sumular 210 do TJRJ. Recurso provido.[26]

> Recurso manejado contra decisão que se limita a determinar a intimação da parte ré para apresentação de justificação prévia para, após, apreciar o pedido de antecipação de tutela formulado pela parte autora. Pronunciamento judicial sem cunho decisório, não impugnável por agravo de instrumento. Negado seguimento ao recurso.[27]

Apesar disso, o mesmo tribunal não alterou o perfil instrutório da audiência de justificação prévia no procedimento possessório (art. 562 do CPC/2015). Neste sentido, diversas decisões proferidas sob a égide do Novo CPC podem ser destacadas, dentre as quais veja-se a seguinte:

> Tratando-se de ação de reintegração de posse fundada na retenção indevida do imóvel pelo suposto comodatário após a notificação, a menos de ano e dia, impõe-se a adoção do rito especial do art. 562 do

24 - Idem, j. em 06/12/2016.
25 - TJRJ – 12ª Câmara Cível – AI 0001505-31.2017.8.19.0000 – Rel. Des. José Acir Giordani, j. em 29/03/2017.
26 - TJRJ – 24ª Câmara Cível – AI 0039061-04.2016.8.19.0000 – Rel. Des. Andréa Fortuna, j. em 03/08/2016.
27 - TJRJ – 23ª Câmara Cível – AI 0051050-07.2016.8.19.0000 – Rel. Des. Maria Celeste Jatahy, j. em 30/09/2016.

> CPC de forma que, não conseguindo o autor comprovar de plano a sua posse indireta, deverá ser realizada de audiência de justificação prévia como oportunidade para realizar a prova inicial do alegado.[28]

Esse entendimento, a princípio, não conta com apoio ostensivo da doutrina. Ainda assim, Daniel Mitidiero[29] foi o único jurista identificado em nossa pesquisa que abertamente endossou a visão defensiva da justificação prévia regulada no art. 300, § 2º, do CPC/2015, assinalando que:

> A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente (isto é, *in liminem* no início do processo, sem que se tenha citado a parte contrária – *inaudita altera parte*), quando o tempo ou a atuação da parte contrária for capaz de frustrar a efetividade da tutela sumária. Neste caso, o contraditório tem que ser postergado para o momento do procedimento posterior à concessão da tutela. Não sendo o caso de concessão liminar, pode o juiz concedê-la depois da oitiva do demandado em justificação prévia (isto é, oitiva específica da parte contrária sobre o pedido de tutela de urgência)

Desse trecho, é possível concluir que Daniel Mitidiero emprestou à expressão "liminarmente", contida no art. 300, § 2º, do CPC/2015, o significado de "provimento deferido antes da oitiva da parte requerida" e a contrapôs à justificação prévia. Em outras palavras, o autor gaúcho sustentou que o magistrado poderia deferir a tutela de urgência sem a oitiva prévia do requerido "liminarmente" ou após a sua oitiva, através da justificação prévia. Desse modo, embora não tenha dito como essa oitiva seria ventilada, sua posição serve de amparo para a orientação jurisprudencial supramencionada, que defende que a manifestação do requerido deve se feita por escrito e no prazo de 5 dias, seja por aplicação subsidiária do art. 306 do CPC/2015 (prazo para contestação nos procedimentos cautelares), seja por representar o prazo "geral" das manifestações das partes (art. 218, § 3º, do CPC/2015).

4. AS CONSEQUÊNCIAS DA VISÃO DA JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA COMO MEIO DE DEFESA PARA A AUTOCOMPOSIÇÃO E PARA A ESTRUTURA DO PROCEDIMENTO COMUM

Um dos marcos teóricos do Novo Código de Processo Civil, sem sombra de dúvidas, é a adoção de um modelo contemporâneo de acesso à justiça, não mais construído sobre um modelo de "porta única", consistente na

28 - TJRJ – 9ª Câmara Cível – AI 0010607-77.2017.8.19.0000 – Rel. Des. Jose Roberto Compasso, j. em 04/04/2017.

29 - **Breves comentários ao novo Código de Processo civil**, p. 782.

clássica solução imposta pelo juiz, mas sim um modelo "multiportas".[30] Esse novo modelo é caracterizado por prestigiar formas alternativas de solução de conflito, dentre as quais se destaca a mediação e a conciliação. Exatamente por isso, o legislador, preocupado em garantir efetividade ao postulado do estímulo à autocomposição, previu, entre as normas fundamentais, um dever dos operadores do direito de incentivar a solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º), em sintonia com as diretrizes fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça no início desta década (Resolução nº 125/2010).[31]

Uma das principais consequências dessa busca pela solução consensual dos conflitos postos à apreciação do Poder Judiciário está materializada na estrutura do procedimento comum, que traz como regra a audiência de conciliação ou de mediação antes do oferecimento da contestação (arts. 334 e 335, I e II, do CPC/2015). De fato, a contestação é peça de defesa, na qual, por força do princípio da eventualidade, deve o réu impugnar especificamente todas as alegações feitas pelo autor. É neste momento, portanto, em que o réu "contra-ataca", conferindo ao processo a feição de uma verdadeira disputa. Instala-se a partir daí um cenário de enfrentamento que compromete o ânimo compositivo. Por esta razão, o legislador optou por uma estrutura procedimental formada por uma audiência destinada à conciliação ou a mediação antes do oferecimento da contestação.

A propósito, há vozes no sentido de que essa nova lógica do processo deve, inclusive, repercutir no modo de elaboração das petições iniciais:[32]

> Essa situação deverá mudar o modo de elaboração das petições iniciais pelos autores, não por força do novo requisito da exordial (art. 319, VII), mas pelo fato de que a inicial deverá ser vista como uma atividade preparatória de um potencial acordo, uma vez que, certamente, dependendo do modo como os argumentos forem apresentados, mesmo em uma ótica parcial e sob a potencialidade de o acordo na fase da audiência de conciliação/mediação ser infrutífero, uma vez que, se os argumentos forem suscitados de maneira agressiva, as chances de autocomposição diminuirão

Nesta ordem de ideias, entendemos que determinar que o requerido apresente nos autos uma defesa por escrito antes da realização da audiência de autocomposição prevista no art. 334 do CPC/2015 pode comprometer o

30 - No mesmo sentido, veja-se Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**, p. 241: *"Ao analisar o disposto no art. 3º do Novo CPC, percebe-se uma notória tendência de estruturar um modelo multiportas que adota a solução jurisdicional tradicional agregada à absorção dos meios alternativos"*.

31 - A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

32 - Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**, p. 242.

propósito conciliatório do procedimento, por antecipar e cindir a manifestação defensiva. Colocando a questão sob a ótica do jurisdicionado, imagine-se a situação do requerido que recebe um mandado de citação e intimação, simultaneamente para se defender por escrito no prazo de 5 dias e para comparecer, sob pena de multa, numa audiência de autocomposição. Qual a mensagem que isso passa para ele? Qual das duas atividades ele deverá priorizar? Foi exatamente essa contraditória sobreposição de atividades que levou o rito sumário a ser abolido do nosso sistema processual.

Necessário frisar, ainda, que a prosperar a visão supracitada, não será lícito limitar a atividade defensiva do requerido. Assim, ele poderá abordar toda a questão versada na exordial para se "justificar" diante do pedido de tutela de urgência, além de juntar provas. Assim, em respeito ao comando contido no art. 10 do CPC/2015, o requerente deverá ser ouvido, numa espécie anômala de réplica. Destarte, a própria instrução probatória será trazida para o início do procedimento, em franca inversão tumultuária do processo, agredindo o princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). É preciso sublinhar que o processo é uma sucessão de atos concatenados que compõem o procedimento e cada ato processual deve ser praticado no seu momento, isto é, ao tempo previsto pelo legislador. Se há etapa específica no procedimento para a apresentação de defesa pelo requerido, não poderia a justificação prévia antecipar esse ato, ainda que sob o argumento de "ampliar o contraditório" por meio de uma "flexibilização procedimental".[33] Na verdade, o contraditório deve ser assegurado com a intimação do requerido à audiência de justificação (salvo se sua presença for capaz de comprometer a eficácia da medida).

Por outro lado, considerar que a ausência da "justificação" conduziria a uma espécie de revelia ou de presunção de aceitação do pedido de tutela provisória, além de carecer de base legal, viola o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF, e art. 489, § 1º, do CPC/2015).

5. CONCLUSÕES

Com o devido respeito, não nos parece que a linha adotada pela jurisprudência e por Daniel Mitidiero, no sentido de que a justificação prévia deve ser feita por escrito pelo requerido, esteja de acordo com a natureza do tradicional instituto da justificação prévia.

33 - Informalmente, alguns julgadores aventaram que a determinação da apresentação da "justificação prévia defensiva" estaria no bojo dos poderes do magistrado de flexibilização procedimental, previstos no art. 139, VI, do CPC/2015. *Data venia*, mas essa justificativa não se sustenta. De fato, o referido artigo fala em *"dilatar prazos e alterar a ordem da produção de provas"*, o que não abarcar a situação ora descrita.

A raiz do problema, por certo, decorre do fato do Novo CPC ter sido omisso na regulamentação da justificação prévia presente no § 2º do art. 300. Ainda assim, é possível definir seus contornos a partir da aplicação analógica do regramento da justificação prévia previsto no procedimento possessório (art. 562). De acordo com esse dispositivo, quem deve se justificar é o requerente, e não o requerido, pois é ele o interessado na concessão da tutela de urgência. Além disso, o art. 562 do CPC/2015 deixa claro que a justificação prévia será realizada por meio de uma audiência especificamente designada para instruir o magistrado quanto à presença dos requisitos da tutela de urgência, quando, então, poderá formar o seu convencimento, ainda que baseado em cognição sumária, sobre deferir ou não o pedido.

Por outro lado, ao conferir natureza defensiva à justificação prévia, o entendimento ora criticado põe em risco o propósito compositivo da estrutura procedimental consagrada no rito comum e que se consubstancia num dos pilares do Novo Código (art. 3º, § 3º). Com efeito, a audiência de conciliação ou mediação foi trazida para o início do procedimento com o intuito de estimular a solução consensual do conflito, justamente porque, neste estágio do processo, ainda não houve a formação da disputa, pelo fato de o réu ainda não ter contestado. Então, atribuir à justificação prévia significado de defesa, compromete o objetivo por trás da estrutura procedimental adotada. Da mesma forma, ao definir caráter defensivo à justificação prévia, o juiz estará antecipando e dividindo a defesa do requerido, tumultuando o processo

Por fim, necessário reconhecer que, na hipótese da controvérsia se avolumar e não for pacificada pela jurisprudência, o ideal seria que o Novo CPC fosse alterado, para que:

a) o art. 300, § 2º, passasse a ter redação similar ao atual art. 562 e com parte do revogado art. 804 do CPC/1973:

> Art. 300 (...)
> § 2º A tutela de urgência pode ser concedida sem a oitiva do requerido, se essa providência puder comprometer a efetividade do provimento, ou mediante justificação prévia, quando for necessária a instrução do pedido. Neste último caso, as partes serão intimadas para comparecer à audiência onde as provas orais requeridas no pedido de tutela de urgência serão produzidas e submetidas ao contraditório.

b) o art. 562 passasse a ter em sua redação uma referência ao art. 300, § 2º:

> Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou

de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, nos termos do art. 300, § 2º, deste Código.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela Antecipada na Reforma Processual**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 1999.

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

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2, 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2013.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 4, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRIEDE, Roy Reis; MENAGED, Débora Maliki; MENAGED, Marcelo. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**. 7ª ed., Rio de Janeiro: GZ, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 6 ª ed., São Paulo, 2014.

MIRANDA NETTO. Fernando Gama de. *Sobre o requisito da irreversibilidade das tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015 (art. 300, § 3º)*. In: JATAHY, Carlos Roberto; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; AYOUB, Luiz Roberto (coord.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 191-224.

MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao art. 300*. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et altri (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Barbosa José Carlos. *A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil*. *In:* **Revista de Processo**. Vol. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 11**ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil.** Vol. 2, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TESSER, André Luiz Bäuml. *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*. In MACEDO, Lucas Burril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE (org.). **Novo CPC doutrina selecionada. Vol. 4: Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 23-44.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A CUSTOSA QUESTÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA E AS INVERDADES CONVENIENTES

THE DIFFICULT AND COSTLY BRAZILIAN PRISON QUESTION

Francisco Glauber Pessoa Alves
Juiz Federal/RN
Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC/SP)
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)
Membro do Instituto Potiguar de Processo Civil (IPPC)

RESUMO: O presente trabalho busca trazer subsídios acerca da questão carcerária. Esclarece que já há uma legislação que adequadamente confere tratamento humano ao preso. Destaca a dificuldade de estudo da matéria, notadamente pela difusão de soluções sem base científica ou empírica. Analisa estatísticas de diversos órgãos e traz uma abordagem socioeconômica. Reforça a necessidade de um caráter vinculante aos Planos de Política Criminal e Penitenciária. Utiliza dados de entidades nacionais e estrangeiras para formular determinadas assertivas. Procura desmistificar algumas inverdades convenientes. O método de trabalho foi essencialmente bibliográfico. Apresenta soluções possíveis.
Palavras-chave: Questão carcerária. Custo. Inverdades convenientes. Soluções.

ABSTRACT: The present work seeks to bring about the prison question. It clarifies that there is already legislation that adequately confers human treatment on the prisoner. It highlights the difficulty of studying the matter, notably by the diffusion of solutions without scientific or empirical basis. It analyzes data from various organs and brings a socio-economic approach. It reinforces the need for a binding character to the Criminal and Penitentiary Policy Plans. It uses statistics from national and foreign entities to formulate certain assertions. It seeks to demystify some desirable untruths. The method of work was essentially bibliographic. It presents possible solutions.
Keywords: Prison question. Cost. Desirable untruths. Solutions. Abril de 2017

1. INTRODUÇÃO.

A humanidade sempre tratou com desdém aqueles que, por um ou outro motivo, culpados ou não, infringem as regras sociais. Essa característica, que vem se repetindo ao longo da história de diferentes povos e nações, passou sempre pela matriz ideológica de que o preso não merecia atenção, muito menos investimento estatal qualificado para melhoria das condições carcerárias. Isso é bem testemunhado ao longo dos séculos, nas histórias das guerras e mesmo em tempos de paz. Beccaria, em seu clássico *Dos Delitos e das Penas,* já dizia, ainda no distante ano de 1764, que as prisões eram "mansões de desespero e de fome"[1].

A Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – LEP) prevê assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa ao egresso. Viabiliza o trabalho interno e externo ao preso. Regula uma série de direitos (dentre eles, a separação entre presos definitivos e provisórios, entre presos perigosos e os demais, a progressão de regime, o sursis, a anistia e o indulto) e deveres (regime disciplinar como um todo). Delimita os órgãos da execução penal e suas atribuições. Trata dos estabelecimentos penais (penitenciárias, para aqueles punidos com pena de reclusão, em regime fechado; colônia agrícola, industrial ou similar para os sancionados com regime semiaberto; casas de albergado, para aqueles condenados ao cumprimento de penas em regime aberto e de limitação do fim de semana; hospital de custódia e tratamento psiquiátrico para os inimputáveis e semi-imputáveis). Traça todo o trâmite da execução das penas (privativas de liberdade ou restritivas de direito, multa, medidas de segurança e sursis), com regimes de cumprimento, autorizações de saída, remição (direito à diminuição da pena por trabalho ou estudo) e livramento condicional. Autoriza a monitoração eletrônica e regula os procedimentos. Detalha, principalmente, o cumprimento de penas em celas individuais com dormitório, sanitário e lavatório, com área mínima de 6,00 metros quadrados.

Sim, caro leitor! Tudo isso já está positivado na LEP!! Pode parecer brincadeira, mas não é! Há mais de 30 anos o Brasil já tem um corpo normativo que, em tese, *tutela o respeito à pessoa do apenado*, assegurando um tratamento decente, dentro de padrões internacionais humanitários e propiciadores de ressocialização. Ainda assim ninguém se descura ou nega que, no geral, as prisões são lugares com amontoados de seres humanos postos em condições medievais (nenhuma palavra vem melhor a calhar que essa!). Daí que, quando eclodem, de tempos em tempos, motins, chacinas ou rebeliões, ressurge a discussão sobre os motivos do problema, a real extensão dele e as soluções viáveis.

Este artigo busca empreender uma análise do problema à luz de números, desmistificando alguns referenciais equivocados e apresentando soluções possíveis – não necessariamente fáceis e cumpridamente eficazes – nesse tema que possui a marca da atemporalidade. Algumas inverdades convenientes (= falsas premissas difundidas por superficialidade de abordagem) serão referidas, com o intuito de aprimorar o debate.

2. OS PROBLEMAS, ALGUNS DADOS E AS INVERDADES CONVENIENTES.

Se o preso não for tratado com respeito, retornará à sociedade (após cumprida a pena ou mesmo foragido) com a mesma régua que aprendeu no cárcere. Ele tenderá a prosseguir com o ímpeto de violência que impera nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Violência gera violência. Conquanto possam existir discussões quanto à melhor ou mais viável fórmula de execução penal, não há dúvidas sobre o raciocínio de que uma política que admita a violência contra o apenado incutirá ou aprofundará nele os instintos mais violentos.

Por outro lado, não há novidade: o Brasil não cumpre satisfatoriamente a LEP, senão nas penitenciárias federais[2]. Em grau reduzidíssimo, algumas unidades penitenciárias estaduais atingem os padrões normativos mínimos. Isso foi alvo de constatação científica em estudo de 2015 (IPEA, 2015a, p. 111-118), mas também é patente pelo que a mídia divulga nos diversos noticiários. A melhor definição é dada pelo Conselho Nacional de Política Penitenciária, ao descrever:

> As condições dos cárceres brasileiros bem como a superlotação de vagas no sistema prisional ainda estão muito distantes do que exigem Constituição Federal e Lei de Execução Penal brasileiras. Encontram-se celas sem nenhuma ventilação, iluminação ou incidência de sol. Há unidades prisionais que só tem celas sem espaço para visitas, atividades educativas ou laborais, administrativas ou alojamento para funcionários. A superlotação de vagas chega a situações extremas em diversas localidades, onde se abrigam mais de quatro pessoas por vaga disponível. É frequente, também, a ocorrência de mortes violentas intencionais dentro dos estabelecimentos prisionais e notícias de prática de tortura e tratamento cruel. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 30-31).

Ora, se a ressocialização a partir das penas privativas de liberdade (art. 33 do Código Penal – CP) já é uma solução de exceção – e de discutível

eficiência – para aqueles indivíduos que se recusam a cumprir a leis penais impostas a todos, é para lá de lógico que não haverá sucesso algum nessa meta ressocializadora enquanto *as condições humanas e estruturais dos estabelecimentos prisionais não forem plenamente implementadas*.

Segundo dados do Ministério da Justiça (2014, p. 14-17), havia 622.202 presos no sistema carcerário brasileiro, deixando nosso país atrás apenas dos Estados Unidos (2.217.000), da China (1.657.812) e da Rússia (644.237). A taxa brasileira de pessoas presas por 100 mil habitantes (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 14) é de 306, a sexta maior do mundo entre os países com mais de 10 milhões de habitantes, atrás dos Estados Unidos (698), Cuba (510), Tailândia (467), Rússia (446) e Ruanda (434). A taxa mundial de encarceramento é de 144 presos para cada 100 mil habitantes (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 14).

Do universo prisional brasileiro, destaca o Ministério da Justiça, 40% (248.880) são presos provisórios. Parece muito, mas deixa o Brasil apenas na 38ª posição entre os países com mais de 10 milhões de habitantes. E aqui já temos *uma primeira inverdade conveniente*: não é verdade que o Brasil possui uma população carcerária provisória tão elevada, se está atrás de tantos outros países – 37, para sermos mais exatos. O que não significa, verdade, que não se deva ou possa estudar e diminuir, se possível, tal realidade. A prisão processual deve ser exceção e não a regra. Entre países desenvolvidos, é menor o índice de presos provisórios: França (27,2 % em janeiro de 2016), Alemanha (19,8 % em novembro de 2015) e Estados Unidos (20,4 % em 2013). Na América do Sul, a título ilustrativo, importante frisar os dados do Chile (29,7 % em dezembro de 2015) e da Colômbia (35,9 % em janeiro de 2016).

Aqui é necessário um adendo. Estudo divulgado em 2015 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015b, p. 34) deu conta de que 54% dos processos com denúncias aceitas corriam contra réu preso. Desses, 86,9% tiveram prisão em flagrante. Raros, assim, os casos em que *a prisão deu-se na fase judicial*. Do total de flagrantes, 73,3% tiveram a prisão provisória mantida. Assim, na maioria das situações em que o réu foi preso em flagrante e o Ministério Público ofereceu a denúncia, uma vez aceita esta, restou mantida a prisão provisória pelo juiz. A manutenção da prisão em flagrante é uma consequência natural (embora não necessária) do ordenamento jurídico: a) a polícia prende (art. 301 e ss. do Código de Processo Penal – CPP); e, b) o juiz analisa a legalidade da prisão, a ocorrência de motivos para o relaxamento do flagrante e a conveniência de decretação da prisão preventiva ou da concessão de liberdade provisória (arts. 310 c.c. 321 do CPP). Se não relaxa a prisão e se presentes razões para a decretação da preventiva, a prisão remanesce, ainda que por fundamentação distinta da do flagrante.

Isso desdiz a tese de que os juízes prendem muito (ou, reversamente, que soltam muito). A prisão processual determinada em consequência de fato distinto do flagrante é, por assim dizer, a exceção. Tanto quanto a soltura, o que afasta o discurso comum de que "a polícia prende e a justiça solta". São duas faces de uma mesma moeda falsa. Trata-se de uma *segunda inverdade conveniente*. Avançando, o estudo destaca:

> (...) no caso dos réus que cumpriam prisão provisória, 62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 17,3% foram absolvidos. Um número considerável de presos provisórios foi condenado a penas alternativas (9,4%) ou teve de cumprir medidas alternativas (3,0%). Somando-se, ainda, os casos de arquivamento (3,6%), prescrição (3,6%) e medida de segurança (0,2%), constata-se que 37% dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados à pena privativa de liberdade. Ou seja, o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país. (IPEA, 2015b, p. 37-38).

Mais à frente, defende:

> Já entre os réus que responderam ao processo em liberdade, observou-se a seguinte distribuição das sentenças proferidas: 25,2% foram condenados à prisão; 23% foram absolvidos; e 26,0% foram condenados a penas ou medidas alternativas. Também é importante notar que 25,6% desses réus tiveram seus processos arquivados por falta de provas ou por prescrição.
> Em suma, pode-se constatar que a condenação à pena privativa de liberdade é o tipo de sentença mais frequente (46,8%). Além disso, verifica-se que 92,8% dos réus que cumpriram prisão provisória receberam uma sentença de mérito, ao passo que, entre os réus que responderam ao processo em liberdade, apenas 74,4% chegaram a uma sentença de mérito. (IPEA, 2015b, p. 38).

Conclui o estudo que há um elevado número de presos provisórios *porque 37% dos réus que responderam processos presos não foram condenados a uma pena privativa de liberdade*. O argumento, sedutor do ponto de vista estatístico, passa ao largo de um conteúdo extremamente relevante para qualquer conclusão jurídica: os requisitos e pressupostos para as prisões provisórias são distintos daqueles para a condenação. A cominação de uma

sanção definitiva leva em conta exaurimento probatório e devido processo legal pleno, sendo óbvio que haverá uma diferença, a menor, na relação entre réus condenados e réus presos. Do contrário, não seria necessário processo algum! A sentença pode reconhecer, após análise probatória, a situação de absolvição. Pode aplicar a prescrição da pretensão punitiva. Pode, mais, ao enveredar pela condenação, entender ser o caso de penas restritivas de direito, sursis, perdão judicial etc. ao invés de privação de liberdade. Descabido, portanto, comparar-se inadequada a prisão provisória por não lhe corresponder necessariamente uma condenação. A trilhar-se esse raciocínio, seria acertado dizer que se 25,2% dos que responderam ao processo em liberdade foram condenados à prisão, houve erro ao não aplicar-se a eles prisão provisória, o que não é verdade justamente porque requisitos para prisão processual são distintos daqueles para a prisão penal.

Costuma-se alegar, ainda, que há excesso de presos provisórios por decisões judiciais ilegais ou descabidas frente ao ordenamento jurídico. Esse argumento, aliás, é deveras comum. Ora, como se saber, em grau sólido, quantas dessas prisões são inequivocamente ilegais? O número de reformas de decisões condenatórias (não há dados sobre decisões interlocutórias) colegiadas em matéria penal é insignificante (1,12%, considerando-se decisões junto à competência do STF), o que levou, inclusive, a Corte Maior a usar isso como um dos argumentos para a execução provisória da pena, com prisão após a condenação (ou confirmação da condenação) em segunda instância[3]. Trata-se de uma *terceira inverdade conveniente* defender-se que há um excesso de presos provisórios – já que não restou suficientemente provada em bases estatísticas satisfatórias.

Não só isso. Argumento atual e assaz de vezes repetido é de que as audiências de custódia serviriam para diminuir o número de prisões provisórias[4]. Trata-se de uma afirmação sem qualquer base empírica. *Primeiro*, porque não há estatística consistente (por um período razoável de tempo e em um quantitativo de decisões pesquisadas) acerca do número de prisões em flagrante não convertidas em prisões preventivas *anteriormente* à implementação da audiência de custódia. *Segundo*, porque mesmo os dados divulgados pelo próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2016) indicam disparidades, como o Rio Grande do Sul, onde 84,88% das audiências resultaram em prisão preventiva, ao passo que em Alagoas, que somente realizou 99 audiências, o percentual de liberdade provisória foi de 78,79%. O que mudaria tanto entre dois Estados em diferentes regiões do país? *Terceiro*, porque a média nacional de opção judicial pelo encarceramento por ocasião de audiência e custódia foi de 53,80%, acima, inclusive, do percentual de presos provisórios de 40% detectados pelo Ministério da Justiça (2014, p. 14-17). Ou seja, *não há como*

dizer ser a audiência de custódia útil ao problema carcerário. Trata-se de uma *quarta inverdade conveniente*. Evidente que a audiência de custódia é deveras importante, a fim de inibir a violência policial ou mesmo assegurar um tratamento mais humano ao preso. Mas, chegar a dizê-la instrumento de diminuição da população carcerária, é não só temerário, como manifestamente equivocado à luz de dados estatísticos hoje existentes.

Reporta o Ministério da Justiça (2014, p. 18) que, excluindo-se as 397 vagas no Sistema Penitenciário Federal, as demais são formadas pelos Sistemas Penitenciários dos Estados (584.758) e carceragens de delegacias (37.444). *Há um déficit de 250.318 vagas* – déficit este que aumenta a cada dia. A população prisional cresceu 167,32% nos últimos 14 anos, bem acima do crescimento populacional. Num período de 25 anos, a população carcerária saltou de 90 mil presos no início da década de 1990 para mais de 622 mil em 2014 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 14).

Bom frisar que o crescimento da população prisional não é uma realidade apenas nacional. Conforme Relatório do *World Prison Brief* (INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH, 2016, p. 02), desde o ano de 2000, a população prisional mundial cresceu 20%, um pouco acima do crescimento populacional mundial (18%). Entretanto, na Oceania o crescimento foi de 60%, ao passo que nas Américas foi de 40% (14% nos EUA, 80% na América Central e 145% na América do Sul). Inversamente, a população prisional da Europa diminuiu em 21% no mesmo lapso (INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH, 2016, p. 02). O último *Council of Europe Annual Penal Statistics* (SPACE) aponta que houve um decréscimo na população carcerária europeia de 6,8%, só entre os anos de 2014 para 2015. Em 2015, havia 1.404.398 pessoas presas nas penitenciárias europeias (COUNCIL OF EUROPE, 2017, p. 06). Assim, é uma *quinta inverdade conveniente* a de que o crescimento da população carcerária é fenômeno apenas brasileiro. Em maior ou menor intensidade ele se repete no restante do mundo, com exceção da Europa.

O custo médio mensal de uma vaga no Sistema Penitenciário Estadual é de R$ 2.400,00, ao passo que no Federal é de R$ 3.800,00. Numa conta simples, há um custo global atual de R$ 1.403.419.200,00 quanto aos Estados, sendo necessários, ainda, outros R$ 600.763.200,00 para implementar as 250.318 vagas faltantes. É um vistoso acréscimo da ordem de 42,80 % na despesa, em tempos onde faltam recursos para pagamento de remuneração de servidores públicos e para o custeio de saúde, da educação e de outras demandas mais sensíveis à sociedade. Se somarmos a isso o custo de construção de cada vaga, na ordem de 20 a 70 mil reais (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 6-7), teremos de adicionar à conta o valor de R$ 400.000.000,00 (considerando o

menor valor, 20 mil reais). Não é pouco dinheiro, por mais que se trate de responsabilidade dividida entre União, Estados e Distrito Federal.

Ainda assim, parece evidente a necessidade desse investimento. Os dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015a, p. 23), em pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), considerando os critérios do Código Penal (arts. 63 e 64)[5], são de que um a cada quatro ex-condenados (24,4%) volta a ser condenado no prazo de cinco anos. O IPEA valeu-se da reincidência legal, não considerando o mero reingresso do ex-condenado no sistema penitenciário a título provisório, critério que gera distorções e que, no entanto, é usualmente citado, no patamar de 70% a 80%, a partir de menção no Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008). A se considerar o mero reingresso no sistema penitenciário, ainda que a título provisório, a reincidência atingiria patamares elevados e distintos. Permitimo-nos, pela pertinência, reproduzir trecho do estudo do IPEA (2015a, p. 13) que aponta a falta de uniformidade de critérios:

Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	*A Prisão sob a Ótica de seus Protagonistas*: itinerário de uma pesquisa.	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independentemente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%.
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	*Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974-1985).*	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julita Lemgruber	*Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.*	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: "compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou medida de segurança" (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Túlio Kahn	***Além das Grades***: radiografia e alternativas ao sistema prisional.	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	São Paulo: 50%, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Depen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70%; e Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%.

Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013 (revisão bibliográfica).

Essa disparidade de critérios (que aponta índices de reincidência de 29,34% a 70%) evidencia nossa pobreza científica e metodológica

na abordagem de um instituto jurídico que não é novo, como é o caso da reincidência. Por outro lado, há que se separar as discussões sobre (1) punição penal (o que a sociedade, via legislador, escolhe como infrações que merecem sanção penal, inclusive prisão) e (2) sua efetivação (cumprimento da pena). A academia, já no início do bacharelado em direito, discute acentuadamente desde a Lei do Talião até a humanização da pena (Beccaria o símbolo maior), assim como o conteúdo das infrações e a própria ineficácia da pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos e de multa) para evitar, por si só, o cometimento de novos crimes. Pouco ou nada se estuda nos bancos acadêmicos acerca do cumprimento da pena (2). A discussão surge muito tempo depois das graduações, de forma tangencial e superficial, geralmente nos momentos de crise, como os das tragédias do Carandiru (São Paulo, SP), do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (Pedrinhas, MA), do Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Manaus, AM), da Penitenciária Agrícola de Monte Cristo (Boa Vista, RR) ou de Alcaçuz (Natal, RN). Claro que há uma doutrina e institutos voltados à análise do problema da população carcerária (como o *Fórum Nacional de Segurança Pública*), porém, ou não são suficientemente ouvidos ou não há um interesse midiático em fomentar seus importantes trabalhos. Advém disso uma discussão enviesada, buscando-se bodes expiatórios e soluções fáceis[6], pouco amadurecidas, com imputações cruzadas de culpas.

Argumento assaz de vezes invocado é o de que houve um incremento extraordinário na população carcerária (28% hoje em dia)[7] por conta da tipologia aberta da Lei n. 11.343/2006, que não define exatamente o que seja traficante e usuário[8]. Ou porque as condenações em sede de tráfico seriam calcadas exclusivamente na prova policial (CONJUR, 2017c) ou a partir de juízos preconceituosos (CONJUR, 2017d). Todas essas considerações partem de premissas que não foram até aqui provadas com números. Elas expressam muito mais posições ideológicas de quem as defende. Portanto, suscetíveis a falhas e até mesmo a pré-conceitos sem base factual. Que dados comprovariam que tipos abertos ensejam maior arbitrariedade policial ou judicial? Ademais, os tipos penais descritos na lei não têm a pretensão de encaixar os fatos como outrora já se taxou (tráfico, porte). Os arts. 33 a 39 da Lei n. 11.343/2006 simplesmente definem atitudes ilícitas.

Desdoura mais esse falacioso argumento, por exemplo, o fato de cerca de 49,5% dos presos federais e 15,7% dos estaduais nos Estados Unidos da América estarem cumprindo pena por delitos referentes a drogas, conforme dados do *Bureau of Justice Statistics* (CONJUR, 2017e). Mesmo a Europa, em regra mais tolerante com o uso de psicotrópicos, tem uma média de encarceramento por delitos referentes a tráfico da ordem de 18,7% (COUNCIL

OF EUROPE, 2017, p. 6). Daí porque o aumento geométrico do encarceramento por tráfico de drogas é consequência do aumento das atividades do tráfico de drogas e/ou da sua punição em si. Não há outra conclusão possível. Aquele fato (elevado percentual de presos por tráfico de drogas) deriva deste (elevadas atividades de tráfico de drogas) e não o contrário. *Muito se prende por tráfico e tipos quejandos da Lei de Entorpecentes porque muito se trafica no Brasil*, assim como no restante do mundo. Essa é a triste verdade! Chegamos, então, à *sexta inverdade conveniente*, que é dizer decorrer a superlotação carcerária de falhas na legislação de combate às drogas, abuso (da polícia) ou preconceito (do sistema, da polícia, dos juízes).

Certo que se poderia enveredar pelo problema da (in)eficácia da punição penal a tais tipos de delitos, com opiniões abalizadas dando conta que o encarceramento não resolveu o problema do tráfico de entorpecentes – o que ninguém duvida – e que somente a descriminalização traria alguma atenuação (CONJUR, 2017e). Isso a partir de recomendações do *World Drug Report*, no sentido de que

> O excessivo encarceramento por crimes de menor potencial ofensivo relacionados a drogas é ineficaz em diminuir a reincidência e sobrecarrega os sistemas de justiça criminal, impedindo-nos de lidar melhor com crimes mais graves. (CONJUR, 2017e).

O dado concreto, porém, é que a solução oposta, a descriminalização, como realidade em dado contexto, não tem uma experiência significativa em países suficientes por um mínimo de tempo para se concluir[9], como política viável, pelo atingimento da diminuição do tráfico de entorpecentes com a descriminalização. Mesmo os que defendem o modelo do Uruguai ou da Holanda, por exemplo, reconhecem ser ele um teste (CONJUR, 2017f). Nenhum país do mundo, até aqui, parece ter conseguido vencer o poder do tráfico ilícito de entorpecentes, mesmo porque, ainda que se liberem determinadas drogas como maconha, cocaína ou heroína, outras tantas permanecerão ilícitas e lucrativas (crack, ecstasy etc.). Quanto a drogas outras, fora a maconha, a cocaína e a heroína, não se apresentam dados claros acerca dos eventuais benefícios da descriminalização. Algumas delas, como o crack, tem um efeito devastador e altamente viciante no organismo, a par de terem um custo de aquisição muito mais baixo do que suas primas ricas (cocaína, heroína, *e.g.*).

Outro erro é falar-se em descriminalizar isso ou aquilo para não acarretar a mistura do menos com o mais perigoso (problema derivado da ausência de estrutura carcerária adequada). Ora, a LEP já diz (art. 84) para

separar uns e outros. Não há novidade nisso. Que sejam separados. É uma *sétima inverdade conveniente* achar que se misturam uns e outros por ausência de norma. Na verdade, o descumprimento da norma posta é que enseja a realidade ilegal.

A negativa de cumprimento da LEP e da criação de mais vagas no sistema penitenciário pela dificuldade econômica tem sido a tônica dos executivos estaduais desde sempre. Não há dinheiro e, portanto, soluções mágicas devem ser pensadas. Duas decisões do STF, porém, têm potencial para mudar esse quadro nos próximos anos. A primeira delas, é o julgamento da ADPF 347 (Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJe-31 19.02.2016), onde foi deferida liminar para (a) realização das audiências de custódia e, principalmente, para (b) que a União libere "(...) o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos (...)". A *segunda*, não menos importante, foi o resultado do RE n. 580.252/MS, em 16.02.2017 (acórdão não publicado até a conclusão deste trabalho), onde predominou a tese de que o Estado deve ressarcir aos detentos os danos materiais e morais em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento[10].

Essas decisões terão repercussão nas finanças da União, dos Estados e do Distrito Federal, compelidos a equalizarem satisfatoriamente as condições carcerárias, sob pena *de criarem passivos* (débitos de FUNPEN, quanto à União, e de ações indenizatórias imputadas aos Estados e ao Distrito Federal devido à falta de condições mínimas de encarceramento) *sobre passivos* (o investimento mínimo no sistema penitenciário, em conformidade com a LEP). Também deve ser mencionada a decisão do Pleno do STF no RE 641.320/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, publicada no DJe de 01.08.2016, e julgado sob a sistemática de Repercussão Geral, analisando a concessão, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de prisão domiciliar à falta de estabelecimento adequado para o cumprimento do regime semiaberto, determinando

> "(...) que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto".

Essa última decisão do STF, porém, é consequencialista, porque não resolve o problema estrutural da ausência de estabelecimentos adequados

para o cumprimento do regime semiaberto. Na verdade, tal atribuição, como política pública complexa, é da alçada dos Executivos Federal, Estaduais e Distrital.

A falta de resolução da questão carcerária tem proporcionado um aumento exponencial do orçamento da segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal. Em 2015, o gasto com segurança pública no Brasil totalizou R$ 76,2 bilhões, um aumento de 11,6% em relação ao ano anterior, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (AGÊNCIA BRASIL, 2016). O Estado de São Paulo investiu R$ 11,3 bilhões, a União R$ 9 bilhões e o Estado de Minas Gerais R$ 8,8 bilhões. Ainda assim, os índices de criminalidade brasileira são elevadíssimos e não recuam, no geral. Vale o registro do *Atlas da Violência 2016*:

> Segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde, em 2014 houve 59.627 homicídios no Brasil – o que equivale a uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 29,1. Este é o maior número de homicídios já registrado e consolida uma mudança no nível desse indicador, que se distancia do patamar de 48 mil a 50 mil homicídios, ocorridos entre 2004 e 2007, e dos 50 a 53 mil mortes, registradas entre 2008 a 2011.
>
> Para situarmos o problema, estas mortes representam mais de 10% dos homicídios registrados no mundo e colocam o Brasil como o país com o maior número absoluto de homicídios. Numa comparação com uma lista de 154 países com dados disponíveis para 2012, o Brasil, com estes números de 2014, estaria entre os 12 com maiores taxas de homicídios por 100 mil habitantes. (IPEA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 6).

Como já dissemos, há um custo global atual de cerca de R$ 1.403.419.200,00 para manutenção da população carcerária quanto aos Estados, sendo necessários, ainda, outros R$ 600.763.200,00 para implementar as 250.318 vagas faltantes. E os gastos com segurança pública estão subindo ano a ano (cerca de R$ 68,64 bilhões em 2014 e R$ 76,2 bilhões em 2015), *de onde é claríssimo que valores que poderiam se prestar ao sistema penitenciário, de forma muito mais adequada aos fins sociais, estão indo para a segurança pública para conter*, dentre vários problemas, a criminalidade oriunda do sistema penitenciário falho e muitas vezes dominado pelo crime organizado.

À prática criminal gravosa segue-se, quando havida a devida apuração, o cumprimento da pena nos estabelecimentos prisionais, que, em condições

medievais, aprimora a delinquência dos internos, até mesmo por força do controle e da submissão aos ditames dos grupos criminosos organizados que comandam a vida interna desses ambientes. Daí porque é *uma oitava inverdade conveniente* negar a utilidade de investimento qualificado no sistema penitenciário.

Não se pode tangenciar a responsabilidade econômica quanto à questão penitenciária. Embora essa postura de fuga aos deveres seja uma característica inata do brasileiro, é o momento de se enfrentá-la adequada e racionalmente, sem o quê só veremos a situação piorar, no futuro, com o incremento de um crime organizado que, à falta do Estado, incorporou as penitenciárias como elementos lucrativos e essenciais em suas empresas.

Um modelo inspirador e que fala por si é o da Noruega (CONJUR, 2012). Rico, culto e desenvolvido, aquele país nórdico possui taxa de reincidência de apenas 20%, contra 50% na Inglaterra e 60% nos Estados Unidos (CONJUR, 2012). A ideia reinante nas suas penitenciárias é de recuperação do indivíduo em estabelecimentos-modelo, com equipes de trabalho longamente preparadas para lidar com os apenados e infraestrutura muito boa (médicos, biblioteca, dentistas, aulas diversas etc.), inclusive com prisões sem grades. Os noruegueses têm 73 presos por 100 mil habitantes (não esqueça, o Brasil tem 306), enquanto os suecos possuem 70 e os dinamarqueses possuem 74, ambos por 100 mil habitantes, que seguem a mesma linha do sistema penitenciário norueguês.

Fundamentalmente, ainda que se considere caro ao restante da sociedade, predomina nesses países a sistemática de efetiva reabilitação e correição, com reforma das deficiências do indivíduo e não do sistema, para que ele retorne à sociedade como membro produtivo. O custo diário de um preso na Europa (COUNCIL OF EUROPE, 2017, p. 121-122) é de 101,08 euros (mensal de 3.032,08 euros, *a representar o gasto mensal de R$ 10.097,89*[11]), enquanto que na Noruega é de 348 euros (mensal de 10.440 euros, *a representar o gasto mensal de R$ 34.765,20*), na Dinamarca de 191 euros (mensal de 5.730 euros, a representar o gasto mensal de R$ 19.080,90) e na Suécia de 354 euros (mensal de 10.620 euros, a representar o gasto mensal de R$ 35.364,60). Na Inglaterra, o gasto diário é de 115,76 euros (mensal de 3.472,80 euros, a representar um mensal de R$ 11.564,24), ao passo que na França é de 102,67 euros (mensal de 3.080,10 euros, a representar um mensal de R$ 10.256,73) e na Alemanha é de 129,35 euros (mensal de 3.880,50 euros, a representar um mensal de R$ 12.922,06).

Lembrando que (I), no Brasil, o custo médio mensal de uma vaga no Sistema Penitenciário Estadual é de R$ 2.400,00 e no Federal é de R$ 3.800,00; (II) que a Europa (com um gasto mensal de R$ 10.097,89), tem

tido uma redução no encarceramento médio de 21%, conforme o *World Prison Brief* (INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH, 2016, p. 02), e de 2014 para 2015 de 6,8%, segundo o último *Council of Europe Annual Penal Statistics* (COUNCIL OF EUROPE, 2017, p. 06); (III) que as menores taxas de reincidência estão nos países nórdicos, os que mais investem no sistema penitenciário; *é razoável dizer que há uma relação direta entre adequada política carcerária (com robustos investimentos) e baixa taxa de reincidência e de prisões*. Dito de forma mais clara, *quanto mais se investe em política penitenciária, menos reincidência há e menos se investe em segurança pública.*

Não se pode solucionar o problema carcerário brasileiro tangenciando a necessidade de um maior investimento por parte da União, dos Estados e do Distrito Federal. É preciso superar a barreira ideológica de que direcionar recursos para a adequação dos estabelecimentos prisionais aos patamares de humanidade e razoabilidade previstos na LEP e em outros preceitos normativos, inclusive internacionais, é gasto (e aqui chegamos à *nona e última inverdade conveniente*) ao invés de investimento. Cuida-se de investimento a se refletir diretamente na melhoria da segurança e da qualidade de vida da sociedade como um todo e, ao fim e ao cabo, a permitir a integral ressocialização dos indivíduos segregados que, potencialmente, podem se reinserir na sociedade e mostrarem-se produtivos.

Vale dizer, por questão de justiça, que na conformidade dos incisos I e II do art. 64 da LEP, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária tem implementado, a cada quatro anos, um Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária. O atual é de 2015 e vários dos temas de política carcerária que se discutem aqui já são ali previstos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 16-19)[12]. Muitas das medidas, inclusive, são tendentes ao desencarceramento. É, porém, um Plano que não vincula os Executivos Federais e Estaduais, o que faz com que, imbuído da melhor das experiências, seja apenas um referencial inábil à cobrança a quem de direito por resultados não atingidos. Assim, *essencial que se dê alteração legislativa*, constitucional inclusive, se necessário, para que o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária passe a ser vinculante quanto às autoridades responsáveis pela política criminal e penitenciária.

3. PROPOSTAS.

Chegamos aqui à apresentação de soluções que nos parecem adequadas. Interessante notar que muito já se escreveu e se propôs para resolução do problema carcerário. Pensamos, porém, que nada obstante seja nobre o intuito

de enfrentar o problema repensando a própria legislação penal (o que é algo muito mais complexo), é na política penitenciária que temos estado em déficit e onde está a raiz dos males. Nossas propostas, são, portanto, nessa linha. E pensamos que podem ser divididas por prazos de implementação (imediato, intermediário e longo). Elas não esgotam o que pode ser feito, mas parece que são o mínimo a ser feito.

Proposta 01. **Prazo de implementação *imediato*. Cumprimento da liminar concedida na ADPF n. 347.** Devem ser descontingenciados os recursos do FUNPEN e repassados aos Estados e DF para investimentos na infraestrutura carcerária, de modo a construir estabelecimentos dentro dos padrões mínimos de humanidade previstos na LEP.

Proposta 02. **Prazo de implementação *imediato*. Alteração legislativa para que o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (art. 64, I e II da LEP) passe a ter caráter vinculante para os Estados e DF.** Assim, restará garantido um cronograma de cumprimento da efetiva implementação, nos estabelecimentos prisionais, da LEP e de dinâmicos mecanismos de aprimoramento do sistema penitenciário. Metas de implemento de vagas têm de ser fixadas e rigidamente cumpridas. Por exemplo: 10% do número do déficit ser zerado no ano seguinte, 30% nos dois anos seguintes e assim por diante. Essa proposta já consta no Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 07-08)[13].

Proposta 03. **Prazo de implementação *imediato*. Entabulamento da Proposta 02 também mediante Termos de Ajustamento de Condutas com participação do Ministério Público atuante em cada Estado e no Distrito Federal.** No âmbito local, a atuação do Ministério Público será essencial para que ensejem (I) exequibilidade imediata e, caso não cumpridos, (II) consequências civis, penais, administrativas e de improbidade aos responsáveis pelo descumprimento.

Proposta 04. Prazo de implementação *imediato*. Realização de mutirões carcerários pelas Defensorias Públicas em linha de atuação com o Judiciário local competente. Esta solução não é definitiva e nem a melhor, mas é a mais expedita para a resolução temporal de problemas penitenciários: a) superlotação; b) indenização por cumprimento da pena além do tempo. A ideia não é ampla (mutirão genérico, sem linhas de trabalho claras) mas, muito claramente focada e voltada especificamente a: I) relaxamentos de prisão por excesso de prazo; II) concessão de benefícios (progressão de pena, livramento condicional, cumprimento no regime menos gravoso se não houver instituição adequada à observância do regime contido no título condenatório, monitoramento eletrônico etc.) a quem de direito; III) elaboração/alimentação de um cadastro atualizado dos custodiados. E só tem sentido se utilizada por

prazo determinado e concomitantemente às demais propostas que ora são apresentadas.

Proposta 05. Prazo de implementação *imediato*. Estruturação das Varas de Execuções Penais, ainda que provisoriamente. Relotação de servidores, especialização de varas e designação de juízes para auxílio temporário, de sorte a dar vazão às demandas reprimidas, observadas as mesmas cautelas da Proposta 04 quanto a prazos e concomitância de implementação de propostas.

Proposta 06. Prazo de implementação *intermediário*. Análise aprofundada de políticas penais e penitenciárias que adequadamente justifiquem um desencarceramento, tendo em conta experiências concretas nacionais ou estrangeiras e valores da sociedade. Aqui, através de eventos incentivados pelo Ministério da Justiça e com participação de todos os atores importantes (Judiciário, Ministério Público, Defensoria pública, advogados, gestores do Executivo etc.), de forma a viabilizar medidas legislativas calcadas em bases científicas suficientes para evitar ou atenuar o encarceramento.

Proposta 07. Prazo de implementação *intermediário*. Estruturação plena das Defensorias Públicas nos âmbitos federal e estaduais. Muitos Estados e mesmo a União ainda não estruturaram adequadamente, seja em termos físicos, seja em termos humanos, essa importante instituição, que é parte da solução do problema penitenciário. Dessa forma, concursos públicos devem ser abertos nos locais onde há déficit, dando-se a nomeação e posse aos selecionados o mais brevemente possível.

Proposta 08. Prazo de implementação *intermediário*. Estruturação plena das unidades penitenciárias. Nessa linha de déficit histórico, a contratação de agentes penitenciários, médicos, dentistas, psicólogos e assistentes sociais, dentre outros, para dar viabilidade de ressocialização efetiva e cumprimento dos reclamos da LEP.

Proposta 09. Prazo de implementação *longo*. Inclusão efetiva no currículo universitário do estudo do direito penitenciário e da realidade carcerária. Inútil tentar sensibilizar a sociedade a pensar e repensar a miríade de problemas que envolvem o sistema penitenciário sem que isso seja minimamente estudado pelos graduandos em direito. Soluções eficazes, como regra, só nascem do estudo aprofundado e da metodologia científica.

Claro que há um risco enorme de se seguir todas as propostas anteriormente apontadas (e mesmo outras elencadas pela doutrina e órgãos competentes) e não se atingir um resultado eficaz. Porém, cumprir-se a LEP exatamente como foi editada por um período mínimo para, em seguida, reavaliar-se se a criminalidade e a reincidência continuarão a subir, é algo elementar. Reavaliá-la, inclusive à luz dos problemas sociais, como baixa

instrução, falta de oportunidades de trabalho etc. Nesse caso – e só assim –, teremos informações sólidas para dizer se uma execução penal nos termos da lei é insuficiente e precisa mudar. Fora disso, é discussão calcada apenas em achismo, sem nenhuma razão e planejamento, a fomentar *inverdades convenientes*.

4. CONCLUSÃO.

Há mais de 30 anos o Brasil já tem um corpo normativo (LEP) que *tutela o respeito à pessoa do apenado*, por meio de uma execução penal asseguradora de um tratamento decente e dentro de padrões internacionais humanitários e propiciadores de ressocialização.

O enfrentamento da grave questão penitenciária não pode ser feito a partir de perspectivas isoladas e sem bases científicas bastantes.

O espraiamento de uma diversidade de opiniões calcadas em intuições ao invés de dados metodologicamente confiáveis mais confunde que ajuda, incentivando *inverdades convenientes*.

O assunto merece aprofundamento na discussão e seriedade no seu enfrentamento, sem o quê retornaremos a atravessar, infelizmente, por infinitos motins, chacinas e rebeliões dentro do sistema penitenciário.

Sem prejuízo da revisitação de conceitos e mesmo da inovação legislativa, não há solução que passe ao largo da incrementação financeira adequada, a fim de que haja o devido cumprimento da LEP. O que desconsiderar isso não será mais do que mero paliativo.

É preciso superar a barreira ideológica de que direcionar recursos para a adequação dos estabelecimentos prisionais aos patamares de humanidade e razoabilidade previstos na LEP e em outros preceitos normativos, inclusive internacionais, é gasto ao invés de investimento.

Uma execução penal adequada reflete-se diretamente na melhoria da segurança e da qualidade de vida da sociedade como um todo e, ao cabo, permite a integral ressocialização dos indivíduos segregados que, potencialmente, podem se reinserir na sociedade e mostrarem-se produtivos.

BIBLIOGRAFIA.

AGÊNCIA BRASIL. **Gastos com segurança pública no Brasil são insuficientes, diz especialista**. Disponível em: «http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/gastos-com-seguranca-publica-no-brasil-sao-insuficientes-mostra-anuario». Acesso em 10.04.2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em: «http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf». Acesso em 10.04.2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Relatório Final**. Brasília: julho de 2008. Disponível em: «http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/sistema-prisional/relatorio-final-cpi-sistema-carcerario-2008». Acesso em 12.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 580.252**. Brasília: 2015. Disponível em: «http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M». Acesso em 10.04.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. Brasília: 2015. Disponível em: «http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246». Acesso em 10.04.2017.

CONJUR. **IDDD apresenta seis propostas para melhorar sistema penitenciário**. São Paulo: 2017a. Disponível em: «http://www.conjur.com.br/2017-fev-02/iddd-apresenta-seis-propostas-melhorar-sistema-penitenciario». Acesso em 10.04.2017.

_____. **Guerra às drogas sobrecarrega prisões e alimenta massacres**. São Paulo: 2017b. Disponível em: «http://www.conjur.com.br/2017-jan-08/guerra-drogas-sobrecarrega-prisoes-alimenta-massacres». Acesso em 10.04.2017.

_____. **74% das prisões por tráfico têm apenas policiais como testemunhas do caso**. São Paulo: 2017c. Disponível em: «http://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-prisoes-trafico-apenas-policiais-testemunhas». Acesso em 10.04.2017.

_____. **Mesmo sem provas, acusado de tráfico e furto já começa o processo condenado**. São Paulo: 2017d. Disponível em: «http://www.conjur.com.br/2017-fev-21/entrevista-tecio-lins-silva-criminalista-presidente-iab». Acesso em 10.04.2017.

_____. **Repressão do Estado não diminuiu uso nem comércio de drogas mundo afora**. São Paulo: 2017e. Disponível em: «http://www.conjur.com.br/2017-fev-16/repressao-estado-nao-diminuiu-uso-nem-comercio-drogas». Acesso em 10.04.2017.

_____. **É absolutamente ilegítimo que o Estado limite o uso de qualquer droga**. São Paulo: 2017f. Disponível em: «http://www.conjur.

com.br/2017-fev-20/entrevista-salo-carvalho-professor-direito-penal-ufrj». Acesso em 10.04.2017.

_____. **Noruega consegue reabilitar 80% de seus criminosos**. São Paulo: 2012. Disponível em: «http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/noruega-reabilitar-80-criminosos-prisoes». Acesso em 10.04.2017. Recomendamos fortemente a leitura desse artigo, muito elucidativo.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia. Dados Estatísticos**. Brasília: 2016. Disponível em: «http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil». Acesso em 12.01.2017.

COUNCIL OF EUROPE. **Council of Europe Annual Penal Statistics (SPACE)**. Strasbourg: 2017. Disponível em: «http://wp.unil.ch/space/files/2017/03/SPACE_I_2015_Report_170314.pdf». Acesso em 12.01.2017.

INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH. **World Prison Brief: World Prison Population List**. London: 2016. Disponível em: «http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf». Acesso em 12.01.2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Reincidência criminal no Brasil**. Rio de Janeiro: 2015a. Disponível em: «http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/577d8ea3d35e53c27c2ccc265cd62b4e.pdf». Acesso em 12.01.2017.

_____. **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas**. Rio de Janeiro: 2015b. Disponível em: «http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf». Acesso em 12.01.2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da violência 2016**. Brasília: 2016. Disponível em: «http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf». Acesso em 10.04.2017.

JOTA. **Audiências de custódia podem reverter o caos carcerário?**. Disponível em: «http://jota.info/justica/audiencias-de-custodia-podem-reverter-o-caos-carcerario-14012017». Acesso em 10.04.2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: 2015. Disponível em: «http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf». Acesso em 12.01.2017.

_____. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Infopen – dezembro 2014. Brasília: 2014. Disponível em: «http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf». Acesso em 12.01.2017.

1 - "À medida que as penas forem mais brandas, quando as prisões já não forem a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade penetrarem nas masmorras, quando enfim os executores impiedosos dos rigores da justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão contentar-se com indícios mais fracos para ordenar a prisão". Disponível em: «http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf», p. 14-15. Acesso em 10.04.2017.

2 - Atualmente são quatro: Campo Grande (MS), Catanduvas (PR), Porto Velho (RO) e Mossoró (RN). Criadas pela Lei n. 11.671/2008, as penitenciárias federais têm uma finalidade específica e clara, normativamente definida: "Art. 3º. Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório". Bem estruturadas e com limite de lotação devidamente obedecido, elas não se prestam, portanto, ao cumprimento ordinária das penas privativas de liberdade de custodiados que não se enquadrem nessas condições (interesse da segurança pública), atribuição dos Estados e Distrito Federal.

3 - Do voto do Ministro Luis Roberto Barroso: "Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: «http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246», p. 33, nota de rodapé 6. Acesso em 10.04.2017. Mais à frente, frisa Sua Excelência: "Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: «http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246», p. 33, nota de rodapé 7. Acesso em 10.04.2017. O STF entendeu pela possibilidade de execução provisória após decisão da segunda instância no HC 126.292/SP, Pleno, rel. Min. Teori Zavascki, DJe-100 17.05.2016. Dito entendimento restou asseverado nos julgamentos das ADCs n. 43 e 44 (acórdãos não publicados, julgados ambos em 05.10.2016, indeferindo-se as cautelares ali buscadas), bem como no ARE 964.246 RG/SP (Pleno, rel. Min. Teori Zavascki, DJe-251 25.11.2016, reafirmando, em repercussão geral, o entendimento do HC 126.292/SP).

4 - JOTA. Audiências de custódia podem reverter o caos carcerário?. Disponível em: «http://jota.info/justica/audiencias-de-custodia-podem-reverter-o-caos-carcerario-14012017». Acesso em 10.04.2017.

5 - Art. 63 - 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.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

6 - O Instituto de Defesa do Direito de Defesa apresentou seis propostas para tentar equacionar o problema carcerário (CONJUR, 2017a): Proposta 1: Audiências de custódia; Proposta 2: Proibição da prisão preventiva para tráfico privilegiado; Proposta 3: Proibição da prisão preventiva para crimes sem violência ou grave ameaça com pena mínima igual ou menor a quatro anos; Proposta 4: Edição de resolução pelo CNJ para controle das prisões provisórias e medidas cautelares; Proposta 5: Edição de súmulas vinculantes que pacifiquem os entendimentos consolidados pelo STF e criação de mecanismos urgentes que garantam o cumprimento das súmulas do STJ; Proposta 6: Alterações na Lei de Execução Penal para garantir direitos do apenado.

7 - “A mudança resultou em uma explosão do número de presos por tráfico de entorpecentes. Em 2005, eram 31.520 detidos por esse crime, o equivalente a 9% da população carcerária do país, que então contava com 361.402 pessoas, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, órgão do Ministério da Justiça. Já em 2014, o número de presos por tráfico subiu para 174.216, e esse delito passou a ser o que mais leva gente para as penitenciárias: 28% dos 622.202 detentos do Brasil. Esse percentual é ainda maior quando a conta inclui apenas mulheres: 64% das presidiárias estão encarceradas pelo artigo 33 da Lei de Drogas” (CONJUR, 2017b).

8 - Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinqüenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

9 - Houve liberação da compra e uso da maconha na Holanda, no Uruguai, em Portugal e em estados norte-americanos como Colorado e Califórnia, dentre outros. Porém, mais números seriam necessários para se saber se houve diminuição do tráfico ou dos crimes a ele associados a ele associado em tais países.

10 - A tese fixada pelo STF, conforme consta no site, foi: "Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento". BRASIL. Disponível em: «http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M». Acesso em 10.04.2017.

11- Câmbio de 1 euro valendo R$ 3,33 reais, em 12.04.2017, a ser utilizado nas conversões seguintes.

12 - Para fins da chamada Medida 8 (Condições do cárcere e tratamento digno do preso), propõem-se: a) Garantir o cumprimento da Resolução nº 09/2011 do CNPCP, que edita as diretrizes básicas para a arquitetura prisional; b) Combater a violência institucional, com ênfase na erradicação da tortura e na redução das letalidades policial e prisional; c) Instituir procedimento de investigação para toda morte ocorrida no sistema prisional e monitorar o seu funcionamento; d) Implementar a Lei 12.847/2013, que institui o Sistema nacional de Prevenção e Combate à Tortura, cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e) Estabelecer limite ao número de vagas no sistema prisional no País e gerenciar o sistema penal a partir disso ("numerus clausus"); f) Instituir mecanismos de fiscalização e controle do sistema prisional de âmbito nacional, com poderes sancionatórios. Para a Medida 9 (Gestão prisional e combate aos fatores geradores de ineficiência), indicam-se: a) Realizar estudos para viabilizar repasse de recursos fundo a fundo, que facilite o acesso aos recursos, mas mantenha a função de indução de políticas públicas do Ministério da Justiça. b) Modificar as prioridades de destinação dos recursos do FUNPEN, para que alcance a política criminal de forma ampla, desde aspectos da porta de entrada e, no tocante ao sistema, com equilíbrio para investimento no sistema prisional, medidas de segurança, alternativas penais, monitoramento eletrônico, política para egressos e garantia de direitos; c) Estimular e fomentar a implantação de modelos alternativos de gestão prisional com participação da comunidade e da sociedade civil, com possibilidade de financiamento público para sua implantação e manutenção, a exemplo de modelos já existentes; d) Aprofundar o debate, para oferecer parecer e posicionamento do CNPCP, sobre os modelos de terceirização, privatização e sobre atividades típicas estado, relativos à administração dos serviços de execução penal. e) Fomentar nos Municípios maior participação na execução penal e nas condições de encarceramento das populações locais, inclusive e principalmente daquelas recolhidas em estabelecimentos distantes da administração estadual. f) Promover a regulamentação nacional da gestão prisional.

13 - Para fins da chamada Medida 1 (Governança da política criminal e penitenciária), propõem-se: a) Institucionalização formal da política criminal e penitenciária por meio de norma que regule a atuação das diversas esferas de governo e poderes envolvidos, que defina de forma clara as competências, objetivos, papéis, responsabilidades, recursos e obrigações de todos os envolvidos. A norma deve também identificar e dividir riscos e oportunidades, bem como estabelecer formas de revisão, avaliação e monitoramento da política; b) Elaboração de planos e objetivos pelos gestores que definam resultados da política com visão de longo prazo, baseados em evidências; c) Estabelecimento de modelo de participação social, no qual se promova o envolvimento da sociedade, dos usuários e demais partes interessadas na definição de prioridades da política; d) Aperfeiçoamento da capacidade organizacional e recursos, de modo a garantir a distribuição das responsabilidades entre os diversos atores da política, o balanceamento de poder e a disponibilidade de dotação orçamentária suficiente à realização das ações programadas; e) Seja estabelecida coerência entre os diversos atores envolvidos, bem como demais políticas públicas afetas, de forma que as ações e os objetivos específicos das intervenções empreendidas sejam alinhados, os resultados esperados possam ser alcançados e reforcem-se mutualmente, ampliando o impacto à população; f) Definição do escopo, do propósito e dos demandantes do sistema de monitoramento e avaliação, bem como de indicadores-chave de progresso para os principais objetivos da política; g) Definição e formalização dos mecanismos e instrumentos para promoção da *accountability* da política; h) Elaboração sistemática de dados, de forma acessível e transparente.

DA (IN)APLICABILIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

(IN)APPLICABILITY OF GROUP LITIGATION ORDER IN THE FEDERAL SPECIAL COURT: PRECEDENTS ANALYSIS

Gabriela Arruda de Assunção
Analista Judiciária – assessora na 32ª Vara Federal/JFPE
Graduada em Direito pela UFPE e Especialista em
Direito Tributário pelo IBET
E-mail funcional: gabriela.arruda@jfpe.jus.br

RESUMO: O Novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) primou pela valorização dos precedentes, utilizando-se o julgamento por amostragem como mecanismo de resolução da multiplicidade de causas repetitivas criando, assim, dentre outras novidades, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Esse artigo tem por objetivo tratar do IRDR no que tange à sua aplicabilidade no microssistema dos juizados especiais federais (JEFs). Para tanto, serão analisadas as fundamentações de casos concretos, já julgados ou com julgamento pendente, em tribunais pátrios. O estudo será feito à luz da legislação de regência e da doutrina especializada, considerando, ainda, os princípios balizadores do microssistema dos JEFs, sopesando os prós e os contras da aplicabilidade do mencionado instituto nos julgados oriundos dos juizados.
Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Precedentes. Juizados Especiais Federais.

ABSTRACT: The New 2015 Civil Procedure Code (Law 13.105/2015) has prioritized the valorization of precedents, using trial by sampling as a mechanism to solve the multiplicity of mass litigation, creating, therefore, among other novelties, the group litigation order. This article aims to deal with the institute in reference of its applicability in the Federal special courts' (FSCs) microsystem. For such purpose, the grounds of specific cases,

already judged or with pending judgment in national courts, will be analyzed. This study will be conducted in light of the governing laws and specialized doctrine, considering likewise the guiding principles of the FSC's microsystem bearing in mind the pros and cons of the applicability of mentioned institutes to the trials originating from such special courts.
Keywords: Group litigation order. Precedents. Federal Special Courts.

1. INTRODUÇÃO

A aprovação do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) trouxe inúmeras inovações no ordenamento jurídico pátrio, sendo algumas positivas - e já anteriormente consolidadas por entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores -, e outras não tão festejadas, mas que representam anseios de parcela dos operadores do direito, revestidas, portanto, de legitimidade.

Tais inovações repercutem não somente na seara processual civil, mas, também, nos demais ramos do direito que se utilizam do CPC como forma subsidiária para nortear seus procedimentos, a exemplo do direito penal e do trabalhista.

Nesse sentir, surgiram questionamentos acerca das implicações que o neonato código teria no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos e regidos pela Lei 10.259/2001.

Muitos doutrinadores se insurgiram acerca de novidades trazidas, que tiveram sua aplicabilidade aos juizados questionada, a exemplo da contagem dos prazos processuais em dias úteis. Tal norma fora, inclusive, objeto de enunciados em fóruns de discussão de processualistas[1] que, como se vê, tiveram opiniões dissonantes.

Questão igualmente delicada é a que se propõe o presente estudo: (in) aplicabilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas às causas repetitivas pendentes de julgamento nos juizados especiais federais.

A discussão do referido tema traz ponderações deveras relevantes, e, à iminência da vigência do CPC atual, quando algumas obras jurídicas foram publicadas, doutrinadores já anteviam possíveis problemas e incoerências sistêmicas decorrentes da aplicação do IRDR.[2]

1 - ENUNCIADO 13 do FONAJE - A contagem dos prazos processuais nos Juizados da Fazenda Pública será feita de forma contínua, observando-se, inclusive, a regra especial de que não há prazo diferenciado para a Fazenda Pública - art. 7º da Lei 12.153/09 (XXXIX Encontro - Maceió-AL).
Enunciado 175 do XIII FONAJEF "Por falta de previsão legal específica nas leis que tratam dos juizados especiais, aplica-se, nestes, a previsão da contagem dos prazos em dias úteis (CPC/2015, art. 219)" .
Enunciado 45 da ENFAM: "a contagem dos prazos em dias úteis aplica-se ao sistema dos juizados especiais".
2 - KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Os problemas e os desafios decorrentes da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). **Repercussões do Novo CPC:** Juizados Especiais. Salvador: Juspodium, 2015. Cap. 37. p. 573-584.

O destaque do tema é tanto que muitos tribunais criaram núcleos próprios para acompanhar o julgamento de causas repetitivas, com base na Resolução 235/2016[3] do CNJ. Segundo noticiado pelo próprio conselho, em novembro de 2016, pelo menos 22 dos 91 tribunais brasileiros (aproximadamente 24%) já instalaram o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep).[4]

Ressalte-se que o Nugep fora criado não somente para acompanhamento dos IRDRs, mas, também, dos Incidentes de Assunção de Incompetência – IACs.

Ainda, segundo notícia atualizada do Conselho Nacional de Justiça, ele já instituiu seu banco de dados para pesquisa da comunidade jurídica. A plataforma, elaborada por meio da Resolução n. 235, determinou a criação de um sistema para reunir informações de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Incidentes de Assunção de Competência (IAC), que podem ser instaurados pelos tribunais de 2º grau em relação a demandas repetitivas ou de grande repercussão social.

Até o momento (23/05/2017), constam, no banco, 72 IRDRs – 64 criados em 2016 e 8 em 2017 - e 18 IACs. Além disso, 2.159 temas de repercussão geral, recurso especial repetitivo, grupos de representativos, controvérsias, incidentes de resolução de demandas repetitivas e incidentes de assunção de competência estão cadastrados na plataforma do CNJ.[5]

Somente a título de curiosidade, segue a lista de atribuições do Nugep, nos termos da Resolução 235/2016 do CNJ:

> Art. 7º. O Nugep terá como principais atribuições:
> I – informar ao Nugep do CNJ e manter na página do tribunal na internet dados atualizados de seus integrantes, tais como nome, telefone e e-mail, com a principal finalidade de permitir a integração entre os tribunais do país, bem como enviar esses dados, observadas as competências constitucionais, ao STF, ao STJ e ao TST, sempre que houver alteração em sua composição;
> II – uniformizar, nos termos desta Resolução, o gerenciamento dos procedimentos administrativos decorrentes da aplicação da repercussão geral, de julgamentos de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência;
> III – acompanhar os processos submetidos à técnica dos casos repetitivos e da assunção de competência em todas as suas fases, nos

3 - A resolução, que padroniza os procedimentos em processos de repercussão geral e casos repetitivos, foi uma das cinco normas criadas para normatizar determinações do novo Código de Processo Civil (CPC).
4 - NOTÍCIAS, Agência Cnj de. **Causas repetitivas ganham núcleos próprios em 22 tribunais.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83862-causas-repetitivas-ganham-nucleos-proprios-em-22-tribunais>. Acesso em: 08 jun. 2017.
5 - NOTÍCIAS, Agência Cnj de. **Banco de demandas repetitivas do CNJ tem mais de 2 mil temas.** 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84823-banco-de-demandas-repetitivas-do-cnj-tem-mais-de-2-mil-temas>. Acesso em: 08 jun. 2017.

termos dos arts. 8º e 11 desta Resolução, alimentando o banco de dados a que se refere o art. 5º, observado o disposto nos Anexos I (julgamento de casos repetitivos) ou V (incidente de assunção de competência) desta Resolução;
IV – controlar os dados referentes aos grupos de representativos previstos no art. 9º desta Resolução, bem como disponibilizar informações para as áreas técnicas de cada tribunal quanto à alteração da situação do grupo, inclusive se admitido como Controvérsia ou Tema, conforme o tribunal superior, alimentando o banco de dados a que se refere o art. 5º, observado o disposto no Anexo II desta Resolução;
V – acompanhar a tramitação dos recursos selecionados pelo tribunal como representativos da controvérsia encaminhados ao STF, ao STJ e ao TST (art. 1.036, § 1º, do CPC), a fim de subsidiar a atividade dos órgãos jurisdicionais competentes pelo juízo de admissibilidade e pelo sobrestamento de feitos, alimentando o banco de dados a que se refere o art. 5º, observado o disposto no Anexo III (controvérsia recebida pelo tribunal superior) desta Resolução;
VI – auxiliar os órgãos julgadores na gestão do acervo sobrestado;
VII – manter, disponibilizar e alimentar o banco de dados previsto no art. 5º, com informações atualizadas sobre os processos sobrestados no estado ou na região, conforme o caso, bem como nas turmas e colégios recursais e nos juízos de execução fiscal, identificando o acervo a partir do tema de repercussão geral ou de repetitivos, ou de incidente de resolução de demandas repetitivas e do processo paradigma, conforme a classificação realizada pelos tribunais superiores e o respectivo regional federal, regional do trabalho ou tribunal de justiça, observado o disposto no Anexo IV desta Resolução;
VIII – informar a publicação e o trânsito em julgado dos acórdãos dos paradigmas para os fins dos arts. 985; 1.035, § 8º; 1.039; 1.040 e 1.041 do Código de Processo Civil;
IX – receber e compilar os dados referentes aos recursos sobrestados no estado ou na região, conforme o caso, bem como nas turmas e colégios recursais e nos juízos de execução fiscal;
X – informar ao Nugep do CNJ a existência de processos com possibilidade de gestão perante empresas, públicas e privadas, bem como agências reguladoras de serviços públicos, para implementação de práticas autocompositivas, nos termos do art. 6º, VII, da Resolução CNJ 125/2010.

Para desenvolver o tema ora proposto, o presente trabalho foi dividido em três etapas: 1) uma análise geral acerca das inovações trazidas pelo novo CPC para o universo dos juizados especiais; 2) uma exploração dos principais pontos relativos ao incidente de resolução de demandas repetitivas; e 3) uma

avaliação dos casos concretos até agora existentes na jurisprudência. Ao final, a conclusão pretende averiguar não só a aplicabilidade do instituto ao microssistema de julgamento, mas, também, considerar os possíveis problemas e implicações que a sistemática poderia trazer em termos práticos.

2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

De início, é preciso fazer um breve histórico do surgimento dos juizados no Brasil. Eles surgiram em um momento de ondas renovatórias no processo civil brasileiro que buscava a ampliação do acesso à justiça, aliado a um sistema mais informal, que trouxesse celeridade, menos custos e rapidez.

Os juizados de pequenas causas, inicialmente, foram criados com a Lei 7244/1984. Com o advento da CF/88, e, posteriormente, a EC 22/99, houve a previsão para criar juizados no âmbito da justiça federal, tendo ocorrido com a atual lei de 2001.

Algumas das características inovadoras do sistema foram: simplificação de procedimentos e dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública (mediante expedição de RPV); juizados itinerantes que, até hoje, têm grande relevância, principalmente em regiões do norte do país, onde o acesso a serviços públicos básicos, como atendimento médico, muitas vezes se dá por meio de barcos; a possibilidade de a Fazenda Pública celebrar acordos nos autos, situação que vem sendo, cada vez mais, incentivada, notadamente pelo novo CPC, quando da criação de centrais de mediação e conciliação (Art. 165 e seguintes da Lei 13.105/2015).

Considerando a proposta de reforma do Código de Processo Civil, pode-se inferir que a atual tentativa de implantar melhorias vem, principalmente, da necessidade de combater os entraves processuais responsáveis pela morosidade da Justiça destacando-se os seguintes pontos: excesso de formalidades, expressivo volume de demandas e grande número de recursos no sistema processual em vigor.

Em razão de os juizados compreenderem um microssistema com características que lhes são próprias, a Lei 10259/2001, já em seu Art. 1º dispõe: "São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, **aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.**" (Grifei)

A Lei 9.099/95, por sua vez, no capítulo que trata da execução de seus julgados, faz referências à aplicação subsidiária do CPC ao caso concreto.[6]

6 - Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:
(...)
Art. 53. A execução de título executivo extrajudicial, no valor de até quarenta salários mínimos, obedecerá ao disposto no Código de Processo Civil com as modificações introduzidas por esta Lei.

Ressalte-se que a utilização das normas insculpidas na lei dos juizados especiais cíveis e criminais não deve ser empregada de forma automática sem antes haver uma ponderação, levando-se em conta as peculiaridades do microssistema.

De outro lado, não encontramos, no CPC, norma que faça referência ao seu emprego de forma direta e imediata ao microssistema dos juizados. Entretanto, algumas normas esparsas tratam de temas específicos, como no caso do artigo inserido no capítulo que trata do incidente de resolução de demandas repetitivas, em destaque abaixo:

> Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:
> I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, **inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região**; (Grifei)
> (...)

O juiz federal Vilian Bollmann bem enumera as ocasiões em que o CPC menciona, de forma expressa, os juizados especiais[7]:

> [1] ao tratar da extensão da aplicação da decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas (NCPC, Art. 985, I);
> [2] ao prever o cabimento do incidente de desconsideração de personalidade jurídica (NCPC, Art. 1.062[8]);
> [3] na determinação da perpetuação da competência para processo do rito sumário do art. 275, II, do antigo CPC (NCPC, Art. 1.063[9]) e
> [4] na aplicação do novo regime dos embargos de declaração - hipóteses de cabimento e efeito quanto aos prazos recursais (NCPC, Arts. 1.064, 1.065 e 1.066, que alteraram os artigos 48, 50 e 83, da Lei 9.099/95). Neste último caso, os embargos nos juizados, que antes tinham efeito suspensivo para a interposição de recurso, agora são dotados de efeito interruptivo. Ainda, as hipóteses de cabimento, que eram explicitadas na referida lei (obscuridade, contradição, omissão ou dúvida), passam a ser as mesas previstas no CPC (incluiu o erro material).

O primeiro caso é justamente o que se pretende tratar no presente artigo. Mas, antes, veremos como se deu a absorção pelo ordenamento jurídico

7 - BOLLMANN, Vilian. O novo Código de Processo Civil e os juizados especiais federais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). **Repercussões do Novo CPC:** Juizados Especiais. Salvador: Juspodium, 2015. Cap. 2. p. 33-51.
8 - Art. 1.062. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.
9 - Art. 1.063. Até a edição de lei específica, os juizados especiais cíveis previstos na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, continuam competentes para o processamento e julgamento das causas previstas no art. 275, inciso II, da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

pátrio como um todo do IRDR, apontando suas características e discorrendo acerca de sua natureza jurídica.

3. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

No CPC 2015, nos termos do prelecionado no Art. 928[10], considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. O julgamento de tais recursos tem por objeto questão de direito material ou processual (parágrafo único do citado artigo).

Ainda, dispõe o Enunciado 88 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento."

Tais instrumentos têm por escopo decidir, de forma racional e uniformizada, os casos repetitivos, criando precedentes obrigatórios, que vinculam o próprio tribunal, seus órgãos e os juízes a ele subordinados.

Consigna Luiz Guilherme Marinoni que, no caso do IRDR, não há formação de precedente, pois resolve apenas casos idênticos, criando uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações precedentes. Já no que tange aos recursos repetitivos, haveria a formação de precedentes, dado seu julgamento por cortes supremas. Para o autor, o IRDR pertence ao discurso do caso concreto, os precedentes, ao discurso da ordem pública.[11]

Contrariamente ao acima exposto, é o entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha, expondo o autor que:

> Não concordamos com essa distinção. Tanto no IRDR como nos recursos repetitivos, o tribunal julga a causa e fixa o entendimento a ser seguido: da *ratio decidendi* do julgado surge o precedente a orientar os casos pendentes que ficam sobrestados e, igualmente, os casos futuros que se enquadrem na mesma situação ou que se assemelhem à hipótese decidida.[12]

10 - Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
II - recursos especial e extraordinário repetitivos.
Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.
11 - MARINONI, Luiz Guilherme. O "problema" do incidente de resolução de demanda repetitiva e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 249, 2015, p399-419.
12 - CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Fazenda Pública em Juízo.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 213.

Para fixar uma premissa sobre a força vinculante do IRDR, busquemos a origem do instituto na exposição de motivos do CPC, conforme transcrição abaixo:

> Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.[13]

Ainda segundo a comissão:

> No direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (= Muster) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu.

Portanto, a questão cinge-se, aqui, ao debate da natureza jurídica do IRDR (instituto voltado para a solução de casos concretos e fixação de teses jurídicas ou objetivo de formar teses jurídicas, sem compromisso com a decisão de um caso concreto especifico). Resumidamente, o sistema adotado deve ser o de causa-piloto ou o de causa-modelo?

Sofia Temer, em obra dedicada ao tema, aborda o conteúdo:

> A definição da natureza do incidente é tarefa complexa, porque a lei não é clara a respeito de um aspecto essencial para determina-la: saber se o incidente compreenderá julgamento da "causa", ou seja, do conflito subjetivo que levou à sua instauração, ou se apenas haverá resolução pontual da questão de direito, em abstrato, fixando-se a tese jurídica sem a resolução de conflitos subjetivos[14]

Refere, ademais, que:

> Diverge-se sobre a circunstância de haver, em razão do incidente, uma cisão cognitiva e decisória, ou não. Discute-se se o IRDR leva ao julgamento da demanda (pretensão) ou se apenas fixa tese jurídica, sem resolver a "lide". Permeia tal discussão a referência aos modelos da "causa piloto" e do "procedimento-modelo", empregados para identificar a unidade cognitiva e decisória ou a sua cisão, respectivamente.[15]

13 - BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 21.
14 - TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas, Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 65/66.
15 - Ibidem, p. 66.

Consoante Alexandre Câmara, citado por Sofia Temer, o IRDR somente poderia ser instaurado a partir de processo em trâmite perante os tribunais:

> (...) o processo em que tal instauração ocorra será afetado para julgamento por órgão a que se tenha especificamente atribuído a competência para conhecer do incidente, o qual julgará o caso concreto como uma verdadeira causa-piloto, devendo o julgamento desse caso concreto ser, além da decisão do caso efetivamente julgado, um precedente que funcionará como padrão decisório para outros casos, pendentes ou futuros (…) Esse órgão colegiado, competente para fixar o padrão decisório através do IRDR, não se limitará a estabelecer a tese. A ele competirá, também, julgar o caso concreto (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do tribunal), nos termos do art. 978, parágrafo único. Daí a razão pela qual se tem, aqui, falado que o processo em que se instaura o incidente funciona como verdadeira causa-piloto.

Ainda sobre a temática, o Fórum Permanente de Processualistas Civis possui os seguintes enunciados:

> - Enunciado 344: A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.
> - Enunciado 342: O incidente de resolução de demandas repetitivas aplica-se ao recurso, a remessa necessária ou a qualquer causa de competência originária.

Conclui Sofia Temer, em sua obra acima referida, que o IRDR apenas resolve a questão de direito fixando a tese jurídica, que será, posteriormente, aplicada tanto nos casos que serviram como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos pendentes e futuros. Para ela, no caso do incidente, não haverá julgamento de "causa-piloto", mas, sim, a formação de um "procedimento-modelo"

A fim de reforçar sua tese, enumera alguns argumentos: no IRDR há apenas a resolução de questões de direito; a desistência do processo que seria a "causa piloto" não impede o prosseguimento do incidente, que passa a tramitar sem um caso concreto a ele subjacente; a natureza objetiva parece mais adequada para a aplicação da tese a casos futuros.

Retomando o entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha sobre o tema, o autor aponta em sentido contrário ao da autora mencionada.

Segundo aduz, no sistema pátrio, os recursos especiais e extraordinários repetitivos são processados como causa-piloto, conforme o disposto no Art. 1.036 e seguintes do CPC.

Com o julgamento dos recursos paradigmas, são decididas as causas-piloto e, ainda, há a fixação de tese para ser aplicada aos processos sobrestados.

No que tange ao IRDR, o tribunal julga a causa e fixa o entendimento a ser aplicado aos demais casos repetitivos ante a literalidade do Art. 978 do CPC, em seu parágrafo único: "O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente." (Grifei)

Explica o autor que, dada a natureza de incidente do IRDR, faz-se necessária a existência de um incidente correndo no tribunal. Para ele, se não houver um caso tramitando no tribunal, não se trata de incidente, mas, sim, de processo originário, com a transferência, para a corte, de parte da cognição que deveria ser realizada nos tribunais de primeira instância.

Quanto à possibilidade de desistência da demanda ou do recurso afetado para julgamento em sede de IRDR (um dos argumentos trazidos por Sofia Temer para embasar sua tese de causa-modelo, dado que seria possível existir IRDR sem causa para julgamento), tem-se que, da precisão do Art. 998 do CPC, relativamente a recursos repetitivos, não há empecilho à análise do mérito do incidente.

Leonardo Cunha entende a hipótese acima como uma exceção ao paradigma da causa-piloto, aplicando-se, então, a ideia de causa-modelo. Vejamos abaixo:

> Assim, se houver desistência de um dos casos, o outro há de prosseguir, devendo ser processado e julgado, mantendo-se, assim, o sistema de causa-piloto. Se, todavia, houver desistência dos dois ou mais casos, ou seja, se for formalizada a desistência em todos eles, ter-se-á, então o prosseguimento do incidente para que apenas se emita a fixação da tese, com a caracterização de uma causa-modelo, passando o Ministério Público a assumir sua titularidade (art. 976, §2º, do CPC).[16]

O excerto menciona a "desistência de dois ou mais casos". Quanto a isso, cabe uma pequena explanação acerca do procedimento de afetação dos casos a serem julgados na sistemática do IRDR.

Quando um caso é selecionado para julgamento, tem-se um novo procedimento instaurado. Portanto, em paralelo ao processo original ou

16 - CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Fazenda Pública em Juízo.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 219.

ao recurso, há o procedimento para julgar e fixar a tese jurídica, que terá repercussão perante vários outros casos repetitivos, conforme inciso III, do art. 927, do CPC - Os juízes e os tribunais observarão: III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Assim, ainda que a parte possa desistir do recurso, é como se houvesse uma cisão de procedimentos e ela estivesse desistindo somente quanto ao procedimento principal, responsável por resolver sua questão individual.

No que diz respeito ao aspecto incidental (trata da definição de precedente ou tese a ser adotada), dado seu caráter objetivo, não caberia desistência.

Ressalte-se, ademais, que, nos termos do art. 1.036, do CPC, devem ser selecionados dois ou mais casos para julgamento por amostragem.[17] Desse modo, é reduzida a chance de não existir qualquer caso representativo da controvérsia para julgamento.

Como se não bastasse divergência doutrinária, também observamos opiniões distintas na jurisprudência dos tribunais nacionais:

> 1) Julgamento proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região no IRDR nº 0804575-80.2016.4.05.0000 – o IRDR do caso em discussão foi suscitado pelo Juiz Federal Substituto João Pereira de Andrade Filho, da 1ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba e trata da inclusão da Caixa Econômica Federal em processos que envolvem seguros de mútuo habitacional do SFH.

Seguem, abaixo, alguns trechos em destaque:

> Há divergência na doutrina acerca do processamento do IRDR. Duas grandes dúvidas ainda pairam: 1) o Órgão designado para apreciar o IRDR (no TRF5, o Plenário) apenas fixa a tese jurídica a ser aplicada na área de jurisdição do tribunal (causa-modelo); ou, além disso, também aprecia uma causa (causa-piloto)? 2) na hipótese de se adotar o sistema

17 - Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.
§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.
(...)
§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

> causa-piloto, como compatibilizar a legitimidade do Juiz do 1º Grau para requerer a instauração do IRDR e a necessidade de uma causa no Tribunal, para julgamento conjunto com a fixação da tese jurídica?
> (...)
> No caso concreto, o incidente foi suscitado pelo Juiz de primeiro grau, via ofício, em processo não sentenciado (Processo nº 0006259-48.2015.4.05.8200), invocando o art. 977, I, do CPC. Diga-se: em que pese inexistir processos sob minha relatoria acerca da matéria controvertida, é notória a existência de inúmeros recursos, sobre o tema, em trâmite neste Tribunal. No site de consulta à Jurisprudência, constata-se que, em julho/2016, agosto/2016 e setembro/2016, foram julgados aos menos 10, 20 e 13 recursos acerca da controvérsia de mérito deste IRDR, demonstrando que já existe maturidade do debate no âmbito deste TRF5. Como este incidente foi-me distribuído sem que haja sido selecionado um processo em trâmite no Tribunal, este órgão Plenário deve ser responsável apenas pela fixação da tese jurídica, a ser aplicada nos casos concretos em trâmite na área de sua jurisdição (causa-modelo). A propósito, penso que razão assiste ao professor Joaquim Felipe Spadoni quando leciona: "A instauração do incidente provoca uma cisão do procedimento da ação que o originou: esta continuará tramitando no juízo de origem (embora sobrestada), mas também dará ensejo à instauração de um procedimento incidental com curso no Tribunal, que é o órgão competente para processá-lo e julgá-lo (art. 978, caput, e parágrafo único). Não há deslocamento ou afetação do processo ao Tribunal competente para julgar o IRDR. Não há, de igual modo, seleção de processo para julgamento pelo Tribunal, enquanto os demais ficam sobrestados, como ocorre no julgamento de recurso especial repetitivo (art, 1.036, § 1º)"[9]. A título de remate, a par das inconsistências legislativas e, a estas alturas, já não interessando perquirir a vontade do legislador, senão respeitar a vontade da lei, tenho que, tal como positivado, o Juiz de Primeiro Grau tem legitimidade para requerer a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, ex vi do disposto no art. 977, I, do CPC, cabendo ao plenário deste Tribunal, em conhecendo e decidindo este IRDR, fixar a tese jurídica a ser aplicada nos casos concretos em trâmite na área de sua atuação (causa-modelo).

Nesse caso, os processos que versam sobre a mesma matéria ficaram suspensos até a apreciação e julgamento do incidente no Pleno. De acordo com o relator, desembargador federal Roberto Machado, **como este incidente foi distribuído sem que haja sido selecionado um processo em trâmite no Tribunal, o órgão Plenário deve ser responsável apenas pela fixação da tese jurídica, a ser aplicada**

nos casos concretos em trâmite na área de sua jurisdição (causa-modelo).

Conforme noticiado pelo site do TRF5, o Pleno entendeu que todos os requisitos para admissibilidade do IRDR foram atendidos: 1) efetiva repetição de processos sobre o tema na 5ª Região; 2) matéria de direito controvertida; 3) existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica 4) inexistência, nos STJ ou STF, de recurso afetado à sistemática de recursos repetitivos sobre a questão.
O Tribunal determinou a suspensão dos processos pendentes, individuais e coletivos, que tramitam na 5ª Região sobre a mesma questão de direito, inclusive aqueles que tramitam nos Juizados Especiais, pelo prazo de um ano (artigos 980, 982, Inciso I, e 985, Inciso I, todos do CPC) ou até o advento da situação prevista no parágrafo 5º do artigo 982 do CPC/2015, expedindo-se as comunicações necessárias aos órgãos jurisdicionais competentes (artigo 982, parágrafo 1º, do CPC).[18](Grifei)

2) Julgamento proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no Incidente de Resolução de Demandas repetitivas nº 0023205-97.2016.8.19.0000 – questão submetida a julgamento: Constitucionalidade e legalidade, a uma, dos atos governamentais editados a partir de dezembro 2015 neste Estado com o fim de postergar o pagamento de vencimentos, proventos e pensões e, a duas, do arresto de verbas públicas estaduais para garantir, em demanda individualmente ajuizada, o pagamento de servidor público, aposentado ou pensionista, em datas anteriores às estabelecidas por aqueles atos governamentais.

Abaixo, trecho do julgado:

> Neste ponto, cabe fazer uma observação sobre o cabimento deste incidente em casos como este, em que o processo originário nº 0135325-80.2016.8.19.0001, deflagrado por ação de obrigação de fazer, tramita em primeira instância.
> *É que uma leitura apressada do parágrafo único do art. 978, do Código de Processo Civil, poderia levar à conclusão, a meu ver, equivocada,*

18 - TRF5ª região, Divisão de Comunicação Social do. **TRF5 admite IRDR envolvendo a CEF e empresas seguradoras:** IRDR trata da inclusão da Caixa Econômica Federal em processos que envolvem seguros de mútuo habitacional do SFH. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/index.php?option=com_noticia_rss&view=main&article-id=aHR0cDovL3d3dy50cmY1Lmp1cy5ici9ub3RpY2lhcy81OTQ5>. Acesso em: 13 jun. 2017.

> *de que o incidente só seria cabível se suscitado em recurso, remessa necessária ou em processo de competência originária do Tribunal. Ocorre que, segundo penso, não faz sentido restringir o seu cabimento a feitos em trâmite no Tribunal, pois* seria um estímulo à desnecessária proliferação de ações marcadas pela mesma controvérsia.
> No entanto, a meu pensar, naquele parágrafo único estão expressos os casos em que o próprio colegiado competente para decidir o incidente julgará a questão constitutiva do mérito dos processos originários, o que não acarretará supressão de instância, nem significa dizer que o incidente não seja cabível se suscitado em caso como este.
> Aliás, o art. 977, I, prevê expressamente a legitimidade do juiz para provocar instauração do incidente ao Presidente do Tribunal e, neste caso, a todas as luzes, feito o pedido por Juíza de Direito em ação de obrigação de fazer em fase de citação, sem que tenha sido nela interposto qualquer recurso, é de se afirmar, desde já, que não poderá ocorrer a avocação) do parágrafo único do art. 978 do Código de Processo Civil, porque o incidente se originou de processo que tramita em primeira instância, a qual não pode ser suprimida e, por isso, excluída fica a competência para julgar o feito originário.[19]

Ante tudo exposto acerca dos dois sistemas (causa-modelo e causa-piloto), cumpre, a título de conclusão deste ponto, tecer comentários concernentes a cada um.

O primeiro deles (causa-piloto ou processo-teste) trata de casos em que um ou mais processos são selecionados para julgamento, e a solução, daí advinda, servirá como replicação para os demais casos sobrestados. Neste formato, temos o que se chama de unidade cognitiva, já que o mesmo órgão que aprecia a questão comum será o responsável por julgar o caso. É o que se tem nos julgamentos por amostragem.

No segundo (causa-modelo), somente serão apreciadas questões comuns a todos os casos similares. Aqui, cada juiz do caso concreto será o responsável pela decisão do processo originário. Contrariamente ao sistema anterior, há uma dissociação cognitiva e decisória. Nesse caso, há uma decisão conjugada, diante da incorporação da tese definida no incidente repetitivo à decisão do magistrado da causa originária.

Portanto, conforme o já citado Art. 978, parágrafo único, do CPC, "o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente". Trata-se, então, de uma causa-piloto, e não de uma causa-modelo.

19 - TJRJ. **Processo No: 0023205-97.2016.8.19.0000.** Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201629100022>. Acesso em: 13 jun. 2017.

4. (IN)APLICABILIDADE DO IRDR AO MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS SOB A ÓPTICA DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Segundo *já* sintetizado na introdução, dada a importância dos incidentes repetitivos, os tribunais pátrios criaram Núcleos de Gerenciamento de Precedentes (Nugeps). Com base nestes repositórios, será feita a análise de como a jurisprudência pátria tem seguido quanto à aplicabilidade do IRDR especificamente no microssistema dos juizados especiais federais.

A fim de restringir o estudo, serão analisados alguns temas afetados em sede de IRDR nos Tribunais Regionais Federais das 5 regiões.

Fixo, inicialmente, o marco temporal dos dados, cuja análise se deu até a data de 15.06.2017.

> **1) Tribunal Regional Federal da 1ª Região** – de acordo com o site institucional,[20] até a presente data, 7 temas foram distribuídos, mas somente 1 deles fora admito, em 31/05/2017, com o seguinte tema: **Adicional de produtividade - sistema remuneratório e benefícios - servidor público civil – administrativo**. Processo IRDR nº 0008087-81.2017.4.01.0000/TRF1 - Relator: Des. Federal NOVÉLY VILANOVA.
>
> No acórdão de admissão, consignou o relator que: "Há repetição de processos com decisões divergentes na Seção Judiciária do DF acerca da impossibilidade de auditores fiscais/conselheiros participar de julgamento de recursos administrativos no CARF em virtude do recebimento do "bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira" instituído pela Medida Provisória 765/2016."
>
> Não houve referência, no referido voto, à suspensão dos processos que se encontrem tramitando em juizados federais.

> **2) Tribunal Regional Federal da 2ª Região** – de acordo com o site institucional[21], até a presente data, foi admitido 1 único tema, em 06/10/2016, com o seguinte tema: **Fixação do juízo competente para o processamento e julgamento de execução fiscal ajuizada por ente federal e distribuída anteriormente ao advento da Lei nº 13.043-2014, que revogou a competência federal delegada dos Juízos da Justiça Ordinária Local prevista no inciso I do artigo 15**

20 - TRF1ª região. **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR.** Disponível em: <http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/jurisprudencia/gestao-de-precedentes/irdr/>. Acesso em: 14 jun. 2017.

21 - TRF2ª região. **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR.** Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas/gerenciamento-de-precedentes-obrigatorios-novo-cpc-nugep/irdr-incidentes-de-resolucao-de-demandas-repetitivas/>. Acesso em: 14 jun. 2017.

da Lei nº 5.010-66. Processo IRDR nº 0004491-96.2016.4.02.0000 – Relator: Des. Federal André Fontes.
Não houve referência, no referido voto, à suspensão dos processos que se encontrem tramitando em juizados federais.

3) Tribunal Regional Federal da 3ª Região - de acordo com o site institucional[22], até a presente data, foi admitido 1 único tema, em 08/02/2017, com o seguinte tema: **O redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. Processo paradigma nº 0017610-97.2016.4.03.0000 – Relator: Des. Federal BAPTISTA PEREIRA.
Dado que se trata de matéria que foge à competência dos juizados (execução fiscal), não há que se falar em afetação de processos desse microssistema.

Em conformidade com o visto acima, no caso dos tribunais referidos, não houve qualquer menção à suspensão dos processos em trâmite nos juizados especiais federais. Tal compilação se deu somente para fins de conhecimento do cenário atual no que tange às distribuições e admissões dos IRDRs, restando evidenciado que as cortes federais estão seguindo os preceitos do CPC vigente, abraçando os institutos inovadores.

De forma diversa, observaremos nos casos dos TRFs da 4ª e 5ª regiões.

4) Tribunal Regional Federal da 4ª Região – de acordo com o site institucional[23], até a presente data, foram admitidos 10 incidentes. Com a finalidade de não fugir ao tema proposto, tomemos para aprofundamento, neste caso, somente os IRDRs que mencionem a afetação a processos oriundos dos juizados especiais federais.

a) IRDR admitido em 01/12/2016, com a seguinte controvérsia posta: **Os servidores públicos que se aposentaram com base na regra do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005 tem direito a receber proventos integrais, equivalentes à última remuneração do cargo em que se deu a aposentadoria, com a manutenção de todas as rubricas que a integram, inclusive a GDASS, esta**

22 - TRF 3ª região. **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR**. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/Precedentes/Consulta>. Acesso em: 14 jun. 2017.
23 - TRF 4ª região. **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR.** Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=irdr_listar>. Acesso em: 14 jun. 2017.

sendo devida em patamar igual ao da última remuneração? Ao final, o relator (Des Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA), na admissão do IRDR (50410155020164040000), evento 13, foi determinada a suspensão **de todas as ações versando esta matéria na Justiça Federal da 4ª Região.**

b) IRDR admitido em 15/12/2016, com a seguinte controvérsia posta: **Discute-se a aplicação da regra prevista no art. 29, I e II, da Lei 8.213/91, quando mais favorável que a regra de transição prevista no art. 3º da Lei 9.876/99**. Aqui, na decisão do evento 17 do IRDR (50527135320164040000), foi determinada a suspensão, no âmbito da Quarta Região, **incluindo os Juizados Especiais e Turmas Recursais, de todos os processos, individuais e coletivos, que versem sobre o tema deste incidente.**

c) IRDR admitido em 20/10/2016, com a seguinte controvérsia posta: **Discute-se a possibilidade de se computar, como tempo de serviço especial, para fins de inativação, o período em que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença de natureza não acidentária**. Na decisão do evento 59 do IRDR (5017896-60.2016.4.04.0000), foi determinado, nos processos em trâmite na Justiça Federal da 4ª Região (incluindo juízo comum federal, **juizados especiais federais** e juízo comum estadual no exercício da competência delegada): I - o normal prosseguimento da instrução dos processos em trâmite no primeiro grau somente até a conclusão para sentença; II - a imediata suspensão dos processos já sentenciados ou já remetidos a este Tribunal Regional Federal ou às Turmas Recursais; III - o normal prosseguimento de atos ou medidas tendentes à concessão ou à efetivação de tutela provisória.

d) IRDR admitido em 22/09/2016 e julgado em 27/04/2017, com a seguinte controvérsia posta: **Na definição do valor a ser considerado para deliberação sobre a competência dos Juizados Especiais Federais, inclusive para efeito de renúncia, algum montante representado por parcelas vincendas deve ser somado ao montante representado pelas parcelas vencidas?** No despacho, no evento 31 do IRDR (5033207-91.2016.4.04.0000), foi determinada a **suspensão de todos os processos relacionados ao tema que tramitam na Região.**

Ao final, a tese fixada em julgamento foi: a) No âmbito dos Juizados Especiais Federais, há duas possibilidades de renúncia: (i) uma inicial, considerando a repercussão econômica da demanda que se inaugura, para efeito de definição da competência; (ii) outra, na

fase de cumprimento da decisão condenatória, para que o credor, se assim desejar, receba seu crédito mediante requisição de pequeno valor. b) Havendo discussão sobre relação de trato sucessivo no âmbito dos Juizados Especiais Federais, devem ser observadas as seguintes diretrizes para a apuração de valor da causa, e, logo, para a definição da competência, inclusive mediante renúncia: (i) quando a causa versar apenas sobre prestações vincendas e a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, considera-se para a apuração de seu valor o montante representado por uma anuidade; (ii) quando a causa versar sobre prestações vencidas e vincendas, e a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, considera-se para a apuração do seu valor o montante representado pela soma das parcelas vencidas com uma anuidade das parcelas vincendas; (iii) obtido o valor da causa nos termos antes especificados, a renúncia para efeito de opção pelo rito previsto na Lei 10.259/2001 incide sobre o montante total apurado, consideradas, assim, parcelas vencidas e vincendas. c) Quando da liquidação da condenação, havendo prestações vencidas e vincendas, e tendo o autor renunciado ao excedente a sessenta salários mínimos para litigar nos Juizados Especiais Federais, o montante representado pelo que foi objeto do ato inicial de renúncia (desde o termo inicial das parcelas vencidas até o termo final da anuidade então vincenda) deverá ser apurado considerando-se sessenta salários mínimos vigentes à data do ajuizamento, admitida a partir deste marco, no que toca a este montante, apenas a incidência de juros e atualização monetária. A acumulação de novas parcelas a este montante inicialmente definido somente se dará em relação às prestações que se vencerem a partir de um ano a contar da data do ajuizamento, incidindo juros e atualização monetária a partir dos respectivos vencimentos. A sistemática a ser observada para o pagamento (§ 3º do artigo 17 da Lei 10.259), de todo modo, considerará o valor total do crédito (soma do montante apurado com base na renúncia inicial com o montante apurado com base nas parcelas acumuladas a partir de doze meses contados do ajuizamento).

Na parte final de seu voto, o Des. Federal relator aduz:

> Ante o exposto, voto por acolher o incidente, **firmando entendimento aplicável a todos os processos individuais ou coletivos que versam sobre idênticas questões de direito e**

> **que tramitam na área de jurisdição deste Tribunal, inclusive àqueles que tramitam nos Juizados Especiais (incluído o caso concreto), e bem assim aos casos futuros que versem idênticas questões de direito e que venham a tramitar no território de competência deste Tribunal** (salvo revisão na forma do artigo 986 do CPC), nos termos acima explicitados.[24] (Grifei)

e) IRDR admitido em 15/12/2016, com a seguinte controvérsia posta: **Discute-se se o adicional de 25% previsto no art. 45 da 8.213/91, destinado à aposentadoria por invalidez, em face do princípio da isonomia, pode ser estendido aos demais tipos de aposentadoria e aos beneficiários de pensão por morte e do benefício assistencial**. Na decisão do evento 28 do IRDR (5026813-68.2016.4.04.0000), foi determinada a suspensão, no âmbito da Quarta Região, **incluindo os Juizados Especiais e Turmas Recursais, de todos os processos, individuais e coletivos**, que versem sobre o tema deste incidente.

Portanto, o que se nota nos julgados acima, de forma unânime e pacífica, é a possibilidade, pelo TRF4, de afetação dos processos em trâmite nos juizados especiais federais, bem como nas Turmas Recursais.

Observa-se, ademais, no caso do item julgado (item "d" acima), o reforço ao entendimento da natureza de causa-piloto do IRDR, quando menciona o relator que, com o acolhimento do incidente, foi fixada a tese a ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versam sobre idênticas questões de direito e que tramitam na área de jurisdição do Tribunal, bem como aos casos futuros que versem idênticas questões de direito.

> **5) Tribunal Regional Federal da 5ª Região –** de acordo com o site institucional[25], até a presente data, dos 6 incidentes apresentados, 2 foram admitidos, 2 estão pendentes de julgamento e 2 foram inadmitidos. Dos admitidos, temos:

> a) Caso já mencionado, quando da explanação sobre a natureza jurídica do IRDR em item anterior deste artigo. Como demarcado, o tribunal adotou a tese da causa-modelo.

24 - PEREIRA, Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle. Evento 77. **Voto do relator no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (Corte Especial) Nº 5033207-91.2016.4.04.0000/SC.** Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=414939136476692211191431841 21&evento=414939136476692211191432246 93&key=90c688bd01db66997a64341545523b0a4e6378b82e0c82ead8c0ee74835c8270>. Acesso em: 15 jun. 2017.

25 - TRF 5ª região. **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR.** Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/irdr/paginas/publico.xhtml>. Acesso em: 15 jun. 2017.

IRDR admitido em 29/09/2016, Proc. nº 0804575-80.2 016.4.05.0000, com a seguinte descrição: **Fixação de tese jurídica acerca da influência da Lei nº 13.000/2014 sobre o entendimento firmado nos REsp's 1.091.363/SC e 1.091.393/SC, determinando-se qual a natureza jurídica da intervenção da Caixa Econômica Federal e o que se exige para demonstrar, caso a caso, o seu interesse em intervir nas ações que envolvem seguros de mútuo habitacional do SFH, nos contratos celebrados de 02/12/1988 a 29/12/2009 e vinculados ao FCVS (apólices públicas, ramo 66**).
O Tribunal determinou a **suspensão dos processos pendentes, individuais e coletivos, que tramitam na 5ª Região sobre a mesma questão de direito, inclusive aqueles que tramitam nos Juizados Especiais,** pelo prazo de um ano (artigos 980, 982, Inciso I, e 985, Inciso I, todos do CPC) ou até o advento da situação prevista no parágrafo 5º do artigo 982 do CPC/2015, expedindo-se as comunicações necessárias aos órgãos jurisdicionais competentes (artigo 982, parágrafo 1º, do CPC).

b) IRDR admitido em 03/05/2016, Processo nº 0804985-07.2015.4.05.8300, com a seguinte temática: **Aposentadoria. Professor. Ensino médio/fundamental. Discussão acerca da incidência do fator previdenciário. Demanda repetitiva. Julgamentos divergentes. Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica**. Nesse caso, o relator determinou a suspensão do trâmite das ações sobre a mesma questão de direito em toda a 5ª Região.
No que tange especificamente acerca deste tema, destaco, abaixo, ementa da decisão da Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da 5ª região (TRU5), em 16/05/2016, Recurso 05028477120144058302, relator: FÁBIO CORDEIRO DE LIMA. Dada sua extensão, alguns pontos serão suprimidos:

> EMENTA PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA DE PROFESSOR. EXCLUSÃO DO FATOR PREVIDENCIÁIRO. PRELIMINAR. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR PELO TRF DA 5ª REGIÃO. TEMA N.º 1. PROCESSO N.º 0804985-07.2 015.4.05.8300. DISPOSIÇÕES DO ART. 982 DO NCPC. ART. 2º, § 6º, DA RESOLUÇÃO N.º 347/2015, ALTERADA PELA RESOLUÇÃO N.º 393/2016, AMBAS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL - CJF. **INAPLICABILIDADE**

DA SUSPENSÃO DO PROCESSO E DA VINCULAÇÃO DE PRECEDENTES DE TRIBUNAIS REGIONAIS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. INTERPRETAÇÃO CONFORME O ART. 98, INCISO I, DA CF/88 APLICADA AO NOVO CPC. ILEGALIDADE DO ART. 2, § 6º, DA RESOLUÇÃO N.º 347/2015, DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL - CJF. MÉRITO. EXCLUSÃO DO FATOR PREVIDENCIÁIRO. PRECEDENTE DA TNU PELA POSSIBILIDADE, SEM LIMITAÇÕES TEMPORAIS. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO DO STJ EM SENTIDO CONTRÁRIO: POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO DA APOSENTADORIA DE PROFESSOR APENAS SE TODOS OS REQUISITOS PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO TIVEREM SIDO SATISFEITOS ATÉ 05/12/1999, DIA ANTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 9.786/99. DECISÃO DO STJ EM CONFRONTO COM O ART. 201, § 8º, DA CF/88. INTERPRETEÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO APENAS SE FOR FAVORÁVEL AO SEGURADO. PEDILEF CONHECIDO E PROVIDO. 1. Os Juizados Especiais Federais têm fundamento no art. 98, inciso I, da CF/88, cuja principal característica é o de serem um sistema processual apartado da jurisdição ordinária. 2. O sistema processual dos Juizados Especiais Federais é regido por legislação especial própria, através das Leis n.º 9.099/95, n.º 10.259/2001 e n.º 12.153/2009, aplicando-se apenas subsidiariamente os Códigos de Processos Civil e Penal. 3. No âmbito dos Juizados Especiais Federais, o sistema recursal admissível é aquele estabelecido nas Leis n.º 9.099/95 e n.º 10.259/2001. 4. **Viola ao art. 98, inciso I, da CF/88 a interpretação que admite a submissão dos Juizados Especiais Federais a decisões dos Tribunais Regionais Federais em questões de direito material, inclusive aquela que determina a suspensão de processos em razão de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR.** 5. É ilegal o art. 2º, § 6º, da Resolução n.º 347/2015, alterada pela Resolução n.º 393/2016, do Conselho da Justiça Federal - CJF, por ultrapassar os limites da competência administrativa do CJF prevista na Lei n.º 11.798/2008, além de violar a reserva legal em matéria de direito processual estabelecida no art. 22, inciso I, da CF/88. 6. Possibilidade de julgamento do PEDILEF. (...)

11. Pedido de uniformização conhecido e provido. VOTO Pedido de uniformização de interpretação de lei federal - PEDILEF apresentado contra acórdão de Turma Recursal que negou provimento a recurso inominado, em sede de demanda visando à exclusão do fator previdenciário do cálculo da renda mensal de beneficio da aposentadoria por tempo de contribuição de professor, e manteve a sentença de improcedência da demanda. **Preliminarmente, o Tribunal Regional Federal - TRF da 5ª Região instaurou instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR no âmbito no processo n.º 0804985-07.2 015.4.05.8300 (tema n.º 1), que versa sobre a mesma questão de direito discutida nestes autos. No caso, tal fato determinaria a incidência do art. 982 do NCPC e art. 2º, § 6º, da Resolução n.º 347/2015, alterada pela Resolução n.º 393/2016, ambas do Conselho da Justiça Federal - CJF, que determinam a necessária suspensão dos processos versando a mesma questão no âmbito da jurisdição do Tribunal. Ocorre que tal suspensão não pode ocorrer. Primeiro, os Juizados Especiais Federais têm fundamento constitucional no art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988 - CF/88 e foram criados pela Lei n.º 10.259/2001, apartados da jurisdição ordinária das demais unidades judiciárias ordinárias, inclusive separado dos Tribuansi Regionais Federais, exceto em matéria administrativa, à semalhança do que ocorre com os Juizados Especais estaduais. Segundo, o sistema processual dos Juizados Especiais Federais é regido por legislação especial própria, a saber as Leis n.º 9.099/95, n.º 10.259/2001 e n.º 12.153/2009, razão pela qual as disposições dos Códigos de Procesos Civil e Penal somente se lhes aplicam subsidiriamente e naquilo que não conflitarem com os princípios e regras que os regem. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR criado pelo Novo Código de Processo Civil é incompatível com o sistema processual dos Juizados Especiais Federais, ao menos no que diz respeito à sua instauração por Corte Regional, pois isso levaria à vinculação dos JEF aos Tribunais Regionais Federais - TRF em questões de direito material, o que violaria o disposto no art. 98, inciso I, da CF/88, já que somente seriam admissíveis julgamentos de recursos por juízes de primeiro grau.** Além disso, o sistema recursal dos Juizados Especiais Federais está

> todo previsto e regulado nas Leis n.º 9.099/95, n.º 10.259/2001 e n.º 12.153/2009, e aquelas somente prevêem pedidos de uniformização regional e nacional em questões de direito material, conforme a origem da divergência. Destaque-se que a **admissão de IRDR regional com efeitos sobre os JEF criaria uma situação de perplexidade na aplicação dos precedentes, especialmente quando houver divergência entre o que decide a Turma Nacional de Uniformização - TNU e os Trubunais Regionais, pois se uma Turma Recursal vier a decidir de acordo com o precedente da primeira, caberia Reclamação para o segundo e vice-versa. Assim, a interpretação mais conforme do Capitulo VIII, do Título I, do Livro III, do Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13/105/2015) é aquela que determina a vinculação dos JEF apenas a IRDR relativo a questões de direito material instaurado no âmbito das Turmas Regionais de Uniformização, da Turma Nacional de Uniformização, do Superior Tribunal de Justiça - STJ ou do Supremo Tribunal Federal -STF, nunca a IRDR instaurado por TRF.** Por isso, o art. 2º, § 6º, da Resolução n.º 347/2015, alterado pela Resolução n.º 393/2016, do Conselho da Justiça Federal - CJF, é ilegal, por ter ultrapassado os limites estabelecidos pelas Leis n.º 9.099/95, n.º 10.259/2001 e n.º 12.153/2009, além da própria competência administrativa prevista na Lei n.º 11.798/2008, bem como violar a reserva legal e a competência privativa da União para legislar sobre direito processual. Não fosse somente isso, **o art. 982, inciso I, do NCPC estabelece a faculdade do relator determinar a suspensão dos processos quando da instauração do IRDR, enquanto a Resolução do CJF extrapolou aquela disposição, pois estabelece a suspensão imediata, decorrente apenas da instauração do incidente**. Por tais razões, o julgamento do PEDILEF pode ter continuidade, e ele deve ser conhecido, pois há divergência entre a decisão recorrida e outra da SEGUNDA TURMA RECURSAL Recursal de Pernambuco, conforme decisão constante no anexo n.º 31 (art. 14, § 2º, da Lei n.º 10.259/2001). (...)

Ante os fundamentos esposados pelo relator do recurso, impede, aqui, uma análise mais detida. A inaplicabilidade da suspensão do processo e da vinculação de precedentes de tribunais regionais no âmbito dos juizados especiais federais dá-se em virtude de:

> 1. Ilegalidade do art. 2º, § 6º, da Resolução n.º 347/2015, alterada pela Resolução n.º 393/2016, do Conselho da Justiça Federal - CJF[26], por ultrapassar os limites da competência administrativa do CJF, prevista na Lei n.º 11.798/2008, além de violar a reserva legal em matéria de direito processual estabelecida no art. 22, inciso I, da CF/88;
> 2. O sistema processual dos Juizados Especiais Federais é regido por legislação especial própria, a saber as Leis n.º 9.099/95, n.º 10.259/2001 e n.º 12.153/2009, razão pela qual as disposições dos Códigos de Processo Civil e Penal somente se aplicam a eles subsidiariamente e naquilo que não conflitarem com os princípios e regras que os regem;
> 3. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, criado pelo Novo Código de Processo Civil, é incompatível com o sistema processual dos Juizados Especiais Federais, ao menos no que diz respeito à sua instauração por Corte Regional, pois isso levaria à vinculação dos JEF aos Tribunais Regionais Federais - TRF em questões de direito material, o que violaria o disposto no art. 98, inciso I, da CF/88, já que somente seriam admissíveis julgamentos de recursos por juízes de primeiro grau;
> 4. A admissão de IRDR regional com efeitos sobre os JEF criaria uma situação de perplexidade na aplicação dos precedentes, especialmente quando houver divergência entre o que decide a Turma Nacional de Uniformização - TNU e os Tribunais Regionais, pois se uma Turma Recursal vier a decidir de acordo com o precedente da primeira, caberia Reclamação para o segundo e vice-versa.

Por fim, defende o relator que a interpretação mais conforme do Capitulo VIII, do Título I, do Livro III, do Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13/105/2015) é aquela que **determina a vinculação dos JEF apenas a IRDR relativo a questões de direito material instaurado no âmbito das Turmas Regionais de Uniformização, da Turma Nacional de Uniformização, do Superior Tribunal de Justiça - STJ ou do Supremo Tribunal Federal - STF**, **nunca a IRDR instaurado por TRF**.

Entendo haver incompatibilidade mesmo no caso do STJ. Isso porque há claro entendimento sumulado do STJ indicando o não cabimento de REsp nos juizados.[27] O STJ não é órgão a cujas decisões se submetem os juizados.

26 - 6º A admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas por tribunal regional federal suspende o processamento de pedido de uniformização regional, no âmbito de sua jurisdição." (NR) (Alterado pela Resolução n. 393, de 19/04/2016).
27 - Súmula 203 do STJ - Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais

Apesar das divergências ora apresentadas, denota-se que a vinculação dos JEFs ao IRDR, em contornos gerais, é tese bem aceita pela jurisprudência nos casos sob exame indicados, o que não poderia se dar de forma diversa, ante a expressa previsão no Art. 985, I, CPC.

Entretanto, quando a instauração do IRDR se der nas esferas dos tribunais de Justiça estaduais e nos tribunais regionais federais, há certa discordância, visto que os juízes dos Juizados Especiais não se submetem em hierarquia jurisdicional aos TJs e/ou TRFs, mas à sua própria Turma Recursal.

Cabe mencionar, todavia, que tal vinculação endossistêmica não se aplica de forma absoluta, já que o STJ possui entendimento no sentido de o tribunal estadual ou ao tribunal regional federal processar e julgar Mandado de Segurança contra ato praticado pelo Juizado Especial com vista a controlar sua competência:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **CONTROLE DE COMPETÊNCIA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO**. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS PARA EXECUTAR SEUS PRÓPRIOS JULGADOS. 1. É possível a impetração de mandado de segurança com a finalidade de promover o controle de competência nos processos em trâmite nos juizados especiais. 2. Compete ao próprio juizado especial cível a execução de suas sentenças independentemente do valor acrescido à condenação. 3. Recurso ordinário desprovido. (STJ. 3ª T. RMS: 41964 GO 2013/0104769-0, Rel. Min. João Otávio De Noronha, Data de Julgamento: 06.02.2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13.02.2014).(Grifei)

Cumpre ressaltar que a lei do JEF (Lei nº 10.259/2001) trouxe, em seu art. 14, a previsão de que a parte pode formular pedido de uniformização de jurisprudência para a Turma Regional de Uniformização (TRU) ou para a Turma Nacional de Uniformização (TNU), a depender do caso. Se a orientação acolhida pela Turma de Uniformização contrariar súmula ou jurisprudência dominante no STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação do referido tribunal, que dirimirá a divergência.

Caso consideremos possível o seguimentos das decisões proferidas em IRDRs, advindos dos tribunais de 2ª instância pelos juizados especiais, teríamos que lidar com algumas questões, dentre elas a possibilidade de diferenças de entendimento entre mencionados órgãos.

Não se pode deixar de notar, da leitura dos julgados admitidos pelos TRFs da 4ª e 5ª regiões, supra relatados, que temas, cotidianamente afeitos aos juizados especiais federais - as regras insculpidas na Lei 8213/91, cálculo do teto para fins de fixação de competência e da execução dos julgados, adicionais próprios de benefícios previdenciários, aplicação do fator previdenciário à RMI do professor –, originalmente julgados pelos órgãos do microssistema, terão suas teses definidas pelos TRFs, afastando, assim, o papel das TRs, TRUs e TNUs.

Inquietante também é o fato de o CPC somente ter mencionado que cabe a TRIBUNAIS o julgamento do IRDR. Portanto, está afastada a possibilidade de as turmas julgarem tais incidentes.

Surge, então, o questionamento: qual seria a função das Turmas Nacionais de Uniformização diante da afetação dos julgados pelo IRDR? Parte-se da premissa que decisões oriundas dos TJs e TRFs iriam vincular os juizados em detrimento das tomadas pela TNU, bem como pelas TRs e TRUs.

A debatida questão foi levantada por Frederico Augusto Leopoldino Koehler, em artigo de sua autoria, abaixo transcrito:

> Destarte, inobservado o precedente fixado em IRDR nos juizados, caberá reclamação perante o TJ/Tribunal Regional ou STF/STJ – a depender de quem tenha julgado o IRDR -, para o controle da aplicação do precedente fixado, mesmo que, como adrede demonstrado, o iter recursal desse microssistema passe ao largo desses tribunais (com exceção do STF). É O que afirma o enunciado nº 349 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC: "Cabe reclamação para o tribunal que julgou o incidente de resolução de demandas repetitivas caso afrontada a autoridade dessa decisão". Ou seja, se uma TR descumpre, por exemplo, entendimento fixado pelo TRF em IRDR, cabe, ao mesmo tempo, reclamação para o TRF e incidente de uniformização de jurisprudência para a TRU ou TNU (a depender do caso concreto). *Quid juris*, se o TRF julgar procedente a reclamação e a TNU entender em sentido diverso na apreciação do incidente de uniformização de jurisprudência? É mais uma grave incoerência sistêmica que merece registro. Tal incoerência ocorre porque, de regra, o tribunal competente para julgar o IRDR e para apreciar a respectiva reclamação também deve ser o tribunal competente para apreciar os recursos cabíveis contra os julgados proferidos nos casos concretos. Essa, contudo, não é a situação que ocorre nos juizados, como demonstramos.[28]

28 - KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino (Org.). O NCPC, o incidente de resolução de demandas

Como visto, inúmeras são as questões controvertidas em torno do caso.

Inclusive, a fim de dar um norte aos operadores do direito brasileiro, uma liminar dada pelo conselheiro Henrique Ávila, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em abril/2017, suspendeu, cautelarmente, os sistemas de recursos repetitivos nos Juizados Especiais de todo o País.

A requerente é parte autora em um processo em tramitação no 2º Juizado Especial Cível de Colatina/ES, e sustenta ter sido prejudicada em razão de decisão proferida, em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), pela turma recursal dos Juizados Especiais Cíveis, colegiado que seria incompetente para tal julgamento.

A decisão, que será também submetida ao Plenário do CNJ, se deu em um pedido de providências proposto contra uma norma do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) – a Resolução n. 23/2016 – que instituiu um regimento interno do Colegiado Recursal e da Turma de Uniformização de Interpretação de Lei dos Juizados Especiais do Estado do Espírito Santo.

A liminar do CNJ determinou a suspensão da resolução do tribunal capixaba e oficiou aos 26 Tribunais de Justiça (TJs) e cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) para que suspendam eventuais órgãos recursais dos juizados responsáveis por julgar os chamados Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) que tiverem sido instaurados.

Vê-se, portanto, que o ordenamento já está sentindo os efeitos da sistemática ora adotada, e, à medida que as controvérsias surgem, são dadas soluções instantâneas. Seguir assim gerará mais problemas do que soluções, levando à subversão princípios constitucionais e processuais balizadores da estrutura jurídica pátria.

5. CONCLUSÃO

Com o advento da CF/88, tivemos uma intensificação do "acesso à justiça", que se tornou símbolo da expressa garantia do cidadão na busca de seus direitos, notadamente, a atividade judicial na proteção de seus direitos individuais.

Instaurou-se, assim, um novo paradigma, acarretando uma reorganização na estrutura social e a inversão do papel do cidadão, que, no Estado Social, encontrava-se na posição de "cliente" do Estado, passou a ser um sujeito ativo na ordem processual, sendo o Poder Judiciário chamado a atuar sobre todo e qualquer conflito.

repetitivas, os precedentes e os juizados especiais: esqueceram das turmas de uniformização? In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Coleção grandes temas do Novo CPC - 3:** Precedentes. Salvador: Juspoidum, 2015. Cap. 30. p. 659-670.

De outro lado, não pudemos observar avanços legislativos em matéria processual para que as demandas fossem analisadas na mesma proporção que chegavam novos processos. O resultado não poderia ser outro: um acúmulo de demandas que se arrastam nos tribunais por um longo período, até a efetiva solução, dando origem ao fenômeno denominado de "crise do Judiciário".

Um dos objetivos da atual reforma é tornar o processo mais célere, justo e isonômico, ao mesmo tempo em que prima pela redução do enorme quantitativo do acervo nacional.

Nesse sentir, o incidente de resolução de demandas repetitivas apresenta-se como meio de valorização dos precedentes jurisprudenciais e como forma de diminuir o número de demandas no Judiciário.

A decisão da causa piloto terá o amplo efeito vinculante. Consoante a exposição de motivos do anteprojeto, o IRDR teria aplicação para solucionar, de forma coletiva, demandas com identidade de questões de direito, visando implementar a celeridade processual, uniformizar as decisões e evitar decisões conflitantes, buscando, assim, a almejada segurança jurídica.

Em meio a tudo isso, devemos ponderar a aplicação de tal incidente ao microssistema dos juizados especiais. A letra da lei (art. 985, I, CPC) nos leva à imediata resposta afirmativa. Todavia, a discussão doutrinária e jurisprudencial que só a prática revela traz mais questionamentos do que certezas.

Dada a amplitude da matéria, este artigo se propôs a analisar, especificamente, os contornos de referida aplicabilidade nos casos dos juizados especiais federais.

Para tanto, foram utilizados dados disponibilizados pelos tribunais regionais federais das 5 regiões do país, em seus Núcleos de Gerenciamento de Precedentes (Nugeps).

Da coleta, os precedentes mais relevantes foram dos TRFs da 4ª e 5ª regiões. Como se pode notar, a maioria dos processos paradigmas admitidos para julgamento, nessas cortes, tratam de matéria afeitas cotidianamente aos juizados federais.

Isso leva a inúmeras inconsistências sistêmicas, chegando ao ponto de, em decisão recente, o CNJ deferir liminar suspendendo a aplicabilidade dos IRDRs nos juizados de todo o país.

Entendo que o próprio CPC pode ser usado como parâmetro para dirimir algumas questões. Isso porque o cabimento desse peculiar incidente demanda a existência simultânea de dois requisitos: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão, unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

É justamente essa última que deve ser levada em consideração quando o colegiado profere decisão.

Deve-se indagar: com tantas incertezas jurídicas e supressões de princípios caros aos juizados, estaríamos colocando em risco a isonomia e a segurança jurídica ao aplicar o IRDR ao microssistema?

Neste caso, somente uma modificação da lei, excluindo a parte do dispositivo em destaque poderia resolver esse entraves jurídicos.

Uma decisão padronizada não é, necessariamente, a melhor forma de se buscar a segurança jurídica no ordenamento jurídico. A decisão da causa piloto é correta para as questões – de direito – levantadas e discutidas naquele determinado caso, mas não será, necessariamente, a correta decisão para os demais, sobretudo porque deve haver o debate das questões não só de direito, como, também, das questões de fato.

Em prol da racionalização das decisões em demandas repetitivas, dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, o novel instituto não deve reduzir outras garantias igualmente importantes, como o contraditório e a ampla defesa.

6. REFERÊNCIAS

BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. **IRDR: causa-piloto ou procedimento-modelo?** Disponível em: <https://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/irdr-causa-piloto-ou-procedimento-modelo-30032017>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BOLLMANN, Vilian. **Aplicar novo CPC a Juizados Especiais Federais passa por condições.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-31/aplicar-cpc-juizados-especiais-federais-passa-condicoes>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 21.

CABRAL, Antônio do Passo. A escolha das causa-piloto no incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo. v. 231, Maio/2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Fazenda Pública em Juízo.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. Seminário – O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil. **Enunciados aprovados**. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues (org.). **Precedentes judiciais no NCPC**. Coleção novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015. Disponível em: < http://www.academia.edu/12353024/APLICA%C3%87%C3%83O_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_NO_CPC_2015>. Acesso em: 6 jun. 2017.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Os problemas e os desafios decorrentes da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). **Repercussões do Novo CPC:** Juizados Especiais. Salvador: Juspodium, 2015. Cap. 37. p. 573-584.

_____. O incidente de resolução de demandas repetitivas e os juizados especiais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 237, p. 497-507, nov. 2014.

_____. (Org.). O NCPC, o incidente de resolução de demandas repetitivas, os precedentes e os juizados especiais: esqueceram das turmas de uniformização? In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Coleção grandes temas do Novo CPC - 3:** Precedentes. Salvador: Juspodium, 2015. Cap. 30. p. 659-670.
NOTÍCIAS, Agência Cnj de. **Banco de demandas repetitivas do CNJ tem mais de 2 mil temas.** 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84823-banco-de-demandas-repetitivas-do-cnj-tem-mais-de-2-mil-temas>. Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. **Causas repetitivas ganham núcleos próprios em 22 tribunais.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83862-causas-repetitivas-ganham-nucleos-proprios-em-22-tribunais>. Acesso em: 08 jun. 2017.
MARINONI, Luiz Guilherme. O "problema" do incidente de resolução de

demanda repetitiva e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 249, 2015.

NUNES, Dierle. **O IRDR do novo CPC:** este "estranho" que merece ser compreendido. Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em: 6 set. 2015.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; XAVIER, Conceição Lourdes; AZEVEDO, Fábio Silva. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. **Revista Cej,** Brasilia, Ano XIX, v. 67, p.85-94, set/dez. 2015.

PEREIRA, Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle. Evento 77. **Voto do relator no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (Corte Especial) Nº 5033207-91.2016.4.04.0000/SC.** Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=414939136476692211191431841 21&evento=41493913647669221119143224693&key=90c688bd01db66997a64341545523b0a4e6378b82e0c82ead8c0ee74835c8270>. Acesso em: 15 jun. 2017.

TALAMINI, Eduardo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>. Acesso em: 15 jun. 2017.
TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas, Salvador, Ed. Juspodivm, 2016.

TJRJ **Processo No: 0023205-97.2016.8.19.0000.** Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201629100022>. Acesso em: 13 jun. 2017.

TRF1ª região. **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR.** Disponível em: <http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/jurisprudencia/gestao-de-precedentes/irdr/>. Acesso em: 14 jun. 2017.

TRF2ª região. **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR.** Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas/gerenciamento-de-precedentes-obrigatorios-novo-cpc-nugep/irdr-incidentes--de-resolucao-de-demandas-repetitivas/>. Acesso em: 14 jun. 2017.

TRF 3ª região. **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR**. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/Precedentes/Consulta>. Acesso em: 14 jun. 2017.

TRF 4ª região. **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR.** Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=irdr_listar>. Acesso em: 14 jun. 2017.

TRF5ª região, Divisão de Comunicação Social do. **TRF5 admite IRDR envolvendo a CEF e empresas seguradoras:** IRDR trata da inclusão da Caixa Econômica Federal em processos que envolvem seguros de mútuo habitacional do SFH. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/index.php?option=-com_noticia_rss&view=main&article-id=aHR0cDovL3d3dy50cmY1Lmp-1cy5ici9ub3RpY2lhcy81OTQ5>. Acesso em: 13 jun. 2017.

A FORÇA VINCULATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS SOBRE O LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO

THE BINDING FORCE OF JUDICIAL PRECEDENTS ON THE FREE CONVICTION OF THE MAGISTRATE

Gustavo Henrique de Souza Ramos
Bacharelando em Direito pelo Grupo Ser Educacional – FJN
Estagiário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT

RESUMO: Em que pese as várias passagens em legislações anteriores que induzem pela aplicação do *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro, foi somente após a vigência do Código de Processo Civil de 2015 que a utilização da referida doutrina ganhou força legal, na medida em que foram lançadas novas previsões normativas a respeito da observância das decisões exaradas em instâncias superiores. Foi conferida verdadeira força vinculativa aos motivos determinantes das decisões judiciais que constituem precedentes judiciais. A necessidade de delinear linhas limítrofes sobre a atuação da força vinculante dos precedentes judiciais sobre o poder decisório do magistrado, passa pela indispensabilidade de seus próprios mecanismos de superação e aplicação. Nesse passo, tais instrumentos configuram essencial instrumento garantidor para a efetiva prestação da tutela jurisdicional.
Palavras-chave: Precedente judicial. Poder decisório. Força vinculativa.

ABSTRACT: Despite the various passages in previous legislation that induce the application of stare decisis in the Brazilian legal system, it was only after the validity of the Code of Civil Procedure of 2015 that the use of said doctrine gained legal force, as new Normative forecasts regarding compliance with decisions made in higher instances. A binding force has been conferred on the determining grounds for judicial decisions which are judicial precedents. The need to delineate boundary lines on the performance of the binding force of judicial precedents on the decision-making power of the magistrate, passes through the indispensability of its own mechanisms of

overcoming and application. In this step, these instruments constitute essential guarantee instrument for the effective provision of judicial protection.
Key words: Judicial precedente. Decision-making power. Binding force.

1. INTRODUÇÃO

O antigo Código de Processo Civil, datado do ano de 1973, apesar de possuir algumas diretrizes a respeito da aplicação da doutrina do *stare decisis*, tecnicamente insculpida na utilização do sistema de precedentes judiciais, não atribuía tamanha força vinculativa às decisões judiciais emanadas dos tribunais superiores, conquanto atribuída pelo Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105/15.

Como se já não bastasse a estrutura judiciária brasileira ser organizada de maneira hierarquizada, o que confere por si só o respeito às decisões advindas de instâncias superiores, o CPC/2015 passou a dispor, em capítulo próprio, normas de caráter cogente que correspondem à verdadeira obrigação conferida aos magistrados em observar os precedentes judiciais.

Isso quer dizer que, ao se debruçar sobre uma demanda judicial que possua determinada situação fática e de direito, o magistrado estará obrigado a observar as decisões anteriores, chamadas de "decisões paradigmas", que tratavam de casos igualitários em matéria fática e de direito, devendo, à primeira vista, seguir o entendimento jurídico (*ratio decidendi*) já formado nessas decisões.

A doutrina majoritária entende que a utilização do sistema de precedentes judiciais proporciona maior agilidade à atividade jurisdicional, bem como uniformiza os variados entendimentos das Cortes Superiores, o que, consequentemente, garante a estabilidade jurídica característica de um Estado Democrático de Direito. Em que pese os pontos positivos, a outra parte da doutrina compreende que a aplicação do sistema de precedentes limita o poder decisório do magistrado, já que, ao apenas observar e repetir as decisões das instâncias superiores, não estaria exercendo sua atividade precípua, qual seja, a de julgar.

Diante dessa dicotomia de posições doutrinarias, surge a dúvida se existiria um limite que incidisse sobre essa força vinculativa decorrente do precedente judicial, e, acaso exista, qual seria esse limite. Analisar tal temática, a partir das inovações trazidas pelo CPC/2015, confere a possibilidade de analisar os novos mecanismos processuais que visam aprimorar a função do Poder Judiciário que é a de prover tutela jurisdicional condizente com os direitos debatidos no processo.

Mais do que isso, analisar a força vinculante que incide sobre o poder decisório do magistrado, é realçar a importância dos mecanismos processuais

enquanto instrumentos de alcance de efetivação e boa prestação da tutela jurisdicional.

Apontar um limite objetivo para a força vinculativa dos precedentes judiciais é imprescindível tanto para os magistrados, já que o dever de seguir as decisões judiciais que constituem precedentes recai sobre a formação de seu convencimento no exercício de sua função pública, quanto para os advogados militantes na busca constante pela justiça.

Desta forma, o presente trabalho apresenta as características do precedente judicial, evidenciando seus conceitos basilares e distingue os dois grandes sistemas jurídicos, quais sejam, a *common law* e a *civil law.* Expõe ainda, detalhadamente, a utilização da doutrina do *stare decisis* nos ordenamentos jurídicos brasileiros, seguindo uma linha crescente contada a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 até chegar no CPC/2015, Lei n. 13.105/2015.

Aborda, também, o princípio do livre convencimento motivado, apresentando os diversos sistemas de valoração da prova, mas dando maior ênfase no sistema da persuasão racional, o qual está intrinsicamente ligado ao princípio comentado. É abordada, outrossim, a discussão a respeito da manutenção do referido princípio no CPC/2015, reafirmando pela sua continuidade no diploma processual. Demonstra, ainda, o dever do magistrado de fundamentar suas decisões, expondo que tal obrigação se trata de uma garantia do jurisdicionado em poder supervisionar a atividade jurisdicional.

Por fim, explana sobre a força vinculativa atribuída pelo CPC/2015 aos precedentes judiciais, demonstrando pontos controvertidos entre os posicionamentos do STF e a essência da doutrina do *stare decisis*, destacando os mecanismos de aplicação e superação dos precedentes judiciais, instrumentos estes que se opõem à força vinculante. E, por fim, apresenta a necessidade de impor um limite ao poder vinculativo, evidenciando qual seria este limite.

2. PRECEDENTES JUDICIAIS: CONCEITO, SISTEMAS E PREVISÃO LEGAL

2.1. Conceituação do precedente judicial

Faz-se, inicialmente, imperioso trazer à baila posicionamentos doutrinários a fim de se conceituar e caracterizar os precedentes judiciais. Nesse sentido, ensinam Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 385) que "precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos".

Nessas mesmas linhas, Tucci (2004, p.11-12) diz que "o precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos".

Já para Viveiros (2009, p. 139), precedente pode ser definido como "uma decisão judicial que servirá como parâmetros nos posteriores julgamentos de casos análogos sempre que tenha certa capacidade de adaptação ao futuro".

A partir das palavras transcritas, já é possível desconstruir uma ideia errônea que existe sobre os precedentes: não é somente a primeira decisão acerca de determinada norma.

Isso porque, para se constituir um precedente, a decisão judicial deve seguir uma série de requisitos, além de que, quando se diz que a decisão judicial pode, futuramente, servir de regra para casos análogos, deve-se ter, em consciência, que os "casos análogos" não se referem propriamente à matéria fática do processo, mas, sim, à matéria de direito *sub judice*.

Não que a matéria fática esteja sendo menosprezada. Longe disso. Tal matéria é extremamente relevante para se saber se o procedente judicial será aplicado em determinado caso, conforme será posteriormente demonstrado[1]. Entretanto, o instituto do precedente judicial visa atingir as matérias de direito, já que são essas as que possuem maior relevância para a pacificação das discussões nos tribunais superiores.

Nesse diapasão, são as palavras do professor Marinoni (2016, p. 158):

> Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, seja por não tratar de questão de direito ou não sustentar um fundamento por maioria, seja por se limitar a afirmar a letra da lei ou a reafirmar precedente. Outrossim, **um precedente requer a análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito**, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado. **Nesta dimensão, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente ao menos por maioria, definitivamente a delineia, deixando-a cristalina**. (grifo nosso)

Disso, pode-se afirmar que, para a caracterização de um precedente judicial, é necessário que os seguintes requisitos sejam observados:

1. A decisão judicial tenha enfrentado todos os principais argumentos relacionados à questão de direito *sub judice;*

2. Que esta decisão judicial seja a primeira que combata os principais argumentos levantados ou que seja suficiente para delineá-los;

1 - Vide capítulo 4.2 infra.

3. Que tal decisão seja seguida por maioria dos membros do órgão colegiado do Tribunal.

Sobre o último requisito, deve-se salientar que o que importa para a caracterização do precedente judicial não é apenas o resultado do recurso, o qual está mais relacionado ao (im) provimento do recurso apresentado perante o Tribunal. O que realmente importa é que a maioria dos membros do órgão colegiado siga o mesmo fundamento jurídico.

Para facilitar o entendimento desse requisito, tome-se, como exemplo, a seguinte situação: por meio de recurso, é levado ao Tribunal um pedido de declaração de nulidade plena do negócio jurídico. Nas razões do recurso, consta a tese jurídica X e a tese jurídica Y. O Tribunal declara a nulidade plena do negócio jurídico (provimento do recurso/ resultado) por cinco votos a quatro, mas, nos fundamentos (matéria de direito), diverge por seis a três votos sobre qual tese a ser aceita.

Sendo, por exemplo, a tese X aceita pela maioria dos membros do órgão colegiado, e por ela ter sido o negócio jurídico declarado nulo de pleno direito, desde que o argumento Y também tenha sido enfrentado, tem-se, então, a constituição de um precedente judicial.

Foram aí seguidos todos os requisitos para sua caracterização: enfrentamento de todas as teses levadas à apreciação, delimitação dos argumentos e concordância por maioria dos membros do órgão colegiado do Tribunal.

No sistema da *common law*, os precedentes constituem a principal fonte de direito, possuindo, em regra, força vinculante perante as futuras decisões dos magistrados. Essa força vinculante advém da teoria do *stare decisis*, que significa "mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido".

A teoria do *stare decisis* detém dois aspectos basilares: a força vinculante atribuída aos precedentes judiciais e a posição hierárquica que exerce sobre a aplicação dos precedentes judiciais.

A força vinculante pode ser exercida tanto dentro dos próprios Tribunais que constituíram os precedentes, vinculando seus órgãos colegiados, quanto aos hierarquicamente inferiores a estes, vinculando Tribunais *a quo* e varas judiciárias. No primeiro caso, a vinculação será chamada de "horizontal", enquanto que, no segundo caso, a vinculação será denominada de "vertical".

Para esta teoria, as decisões que constituem precedentes judiciais são de utilização obrigatória, formando o que se tem por "*binding precedent"*. Dessa forma, quando o juiz, no momento do julgamento de mérito, verificar a existência de precedentes sobre o caso em apreço, deverá se utilizar destes para fundamentar sua decisão. Acerca dessa temática, vejamos o que diz Tucci

(2004, p. 12-13):

> O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os *precedentes* como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes *precedentes*, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point)* de uma corte de hierarquia superior.

Desta feita, o fundamento da decisão que constitui precedente e que passa a ser aplicável em casos futuros recebe o nome técnico de "*ratio decidendi"* que significa "razão de decidir".
Para melhor entender o conceito da *ratio decidendi*, tome-se, por exemplo, a situação trazida por Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 386):

> O art. 1.102-A do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de 'prova escrita' que não tenha eficácia de título executivo. 'Prova escrita' é termo vago. O STJ decidiu que 'cheque prescrito' (n. 299 da súmula do STJ) e 'contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário' (n. 247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. A partir de casos concretos, criou 'duas normas gerais' à luz do Direito positivo, que podem ser aplicadas em diversas outras situações, tanto que se transformaram em enunciado da súmula daquele Tribunal Superior. Note que a formulação desses enunciados sumulados não possui qualquer conceito vago, não dando margem a muitas dúvidas quanto à sua incidência.
>
> Como se percebe, à luz de uma situação concreta, o magistrado termina por criar uma norma jurídica que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso – por exemplo, 'cheque prescrito' se enquadra no conceito de 'prova escrita' de que fala o art. 1.102-A do CPC. Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*.

Juntamente com a *ratio decidendi*, tese jurídica que se encontra no cerne da decisão judicial, existem, também, alegações periféricas que não possuem força vinculante para os julgamentos futuros; estas alegações recebem o nome técnico de "*obter dictum"*.

O *obter dictum* se resume a tudo aquilo que, apesar de se encontrar na fundamentação da decisão, orbita ao redor da *ratio decidendi*. Nas palavras de Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 387-388):

> O *obter dictum* (*obter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, **consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão.** (grifo nosso)

A título exemplificativo, imagine-se que, no acórdão proferido pelo tribunal, o relator tece comentários que não se faziam essenciais para a decisão proferida ou que poderiam ser retirados sem alterar sua decisão. Estes comentários, apesar de integrarem a decisão judicial, não constituem a *ratio decidendi*, orbitando ao seu redor, constituindo, assim, um *obter dictum*.

Em que pese o *obter dictum* ficar em segundo plano, sua existência não é de toda inútil. O voto vencido que, apesar de integrar a decisão, não integra o fundamento chave (*ratio decidendi*), pode servir para a elaboração de um recurso ou sinalizar uma futura superação de precedente (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2011, p. 388).

Nesse sentido, também ensina Tucci (2004, p. 17), ao afirmar que o *obter dictum* "não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão".

Visto isso, tem-se que precedente judicial é a decisão judicial tomada pela maioria dos membros do órgão colegiado que analisa o mérito de determinada demanda judicial enfrentando seus principais aspectos, clareando ou delimitando sua matéria e estabelecendo uma regra geral (*ratio decidendi*) que deverá ser aplicada em futuros casos análogos.

2.2. Estruturas jurídicas: *common law* e *civil law*

Atualmente, em grande maioria, os países adotam como sistema jurídico a *common law* ou a *civil law.* Desta forma, indispensável trazer alguns comentários acerca da diferenciação dessas duas grandes estruturas jurídicas; porém, antes disso, necessário também se faz deixar clara a diferença entre a *common law* e a teoria do *stare decisis*.

Como dito alhures, a teoria do precedente judicial, *stare decisis*, é uma ferramenta que está intrinsecamente ligada ao sistema da *common law*, devendo a evolução histórica de ambos ser observada conjuntamente. Entretanto, no que concerne à conceituação destes, não se confundem.

Quando se fala em *common law*, está a se falar de um sistema jurídico o qual tem como principal característica a utilização do costume como fonte primária do Direito. Já quando se fala em precedente judicial, está a se falar

a despeito da teoria do *stare* decisis, o mecanismo utilizado na prática pela *common law.* (OLIVEIRA, 2014, p.49)

Imagine-se que a *common law* é uma indústria e que, para obter resultados, utiliza-se da teoria do *stare decisis* como forma de organização, enquanto que este se formaliza por meio dos precedentes judiciais.

Dessa forma, fica claro que, apesar de andarem historicamente juntos, o sistema da *common law* e a teoria do *stare decisis* não se confundem, pois, enquanto o primeiro se trata de um sistema que utiliza os costumes como fonte de Direito, o outro serve para que este sistema consiga funcionar.

Restando clara essa diferença, deve-se, agora, apontar algumas diferenças entre os dois grandes sistemas jurídicos: *common law* e *civil law*.

A título de primeira diferença, tem-se a origem dos dois sistemas. A *civil law* teve seu nascimento nos países de origem romano-germânica, enquanto que a *common law* teve seu nascimento nos países de origem anglo-saxônica.

A *civil law* é utilizada na Itália, na França, na Alemanha, na Espanha e em Portugal, assim como em toda América Latina colonizada por portugueses e espanhóis (GRECO, 2010, p.1).

Nesse sistema, *civil law*, a fonte primária de Direito é a lei. As jurisdições dos países que adotam a *civil law* são organizadas por meio das leis. Nestes casos, o juiz é considerado como sendo "boca da lei", sendo apenas mero locutor da vontade da lei.

Já no sistema da *common law*, no qual se aplica, como fonte primária aquilo que já foi comumente decidido e não o direito legalizado como na *civil law*, prepondera a figura do juiz enquanto pacificador.

Em resumo, pode-se diferenciar os dois sistemas nos seguintes aspectos:

a) Quanto à **origem:** a *civil law* teve origem e aplicação nos países de origem romano-germânica. A *common law* teve origem e tem aplicação nos países de origem *anglo-saxônica;*

b) Quanto à **fonte:** no sistema da *civil law*, a fonte primária do Direito é a norma estabelecida pelo Estado em suas leis. Já na *common law*, a fonte primária do Direito originalmente eram os costumes, mais atualmente foi adotado o termo "direito costumeiro" para ficar nítido que os "costumes" a que se referem a *common law*, são aquelas decisões judiciais já decididas anteriormente, ou seja, aquilo que já é de costume ser decidido daquela forma.

c) Quanto à liberdade do juiz: na estrutura jurídica da *civil law*, o juiz está subordinado à vontade da lei. Isso quer dizer que o poder decisório está adstrito aos limites impostos pela lei. Já na *common law*, o juiz tem maior liberdade para decidir sobre o caso a ele apresentado, independentemente se

foi à luz da lei ou de outro preceito, o que, na verdade, importa é que a decisão seja adequada aos litigantes.

2.3. Teoria do *stare decisis* perante o ordenamento jurídico brasileiro

Antes de adentrar na atual sistemática dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil vigente, Lei n. 13.105/2015, necessário se faz tecer alguns comentários a respeito de como a doutrina do *stare decisis* foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro.

Seguindo uma linha crescente, contada a partir do Código de Processo Civil de 1973, tem-se, como primeira lei especial a tratar sobre a obrigatoriedade da observância das decisões judiciais anteriores, a Lei n. 8.038/1990, a qual previa, em seu art. 38, que:

> Art. 38 O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal. (BRASIL, 1990)

Em que pese o referido artigo ter sido revogado pelo CPC vigente, não se exclui o fato de que a Lei n. 8.038/1990 foi a primeira a tratar sobre o tema da obrigatoriedade da observância dos precedentes.

Seguidamente, a Emenda Constitucional n° 3/1993 acrescentou o §2° ao art. 102 da CFRB/88 para que as decisões definitivas proferidas pelo STF nas ADC's contra lei ou ato normativo federal tivessem eficácia perante todos e vinculassem os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo (BRASIL, 1993).

Anos depois, foi promulgada a Emenda Constitucional n° 45/2004, emenda esta que foi responsável por fazer grandes alterações nos moldes constitucionais do Poder Judiciário.

Com a EC 45/2004, foi conferida nova redação ao §2° do art. 102 da CFRB/88, para que as decisões definitivas do STF nas ADC's de lei ou ato normativo federal passassem a vincular especificamente os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal (BRASIL, 2004).

Também foi incluído o §3° no art. 102 da CFRB/88, passando a ser exigida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário como requisito de admissibilidade recursal (BRASIL,

2004). A repercussão geral também é tratada em diversos artigos do CPC vigente, porém, no que pertence a este tema, a doutrina do *stare decisis* toma maiores contornos na norma do art. 1.035, §3°, I, o qual determina que haverá repercussão geral quando o recurso extraordinário atacar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF.

Neste caso, fica nítido que, para haver a repercussão geral nos moldes do dispositivo legal supracitado, devem ser, obrigatoriamente, observados os precedentes judiciais anteriores no sentido de encontrar contrariedade entre a jurisprudência dominante e o acórdão que se pretende reformar por meio do recurso extraordinário.

No que se refere ao antigo CPC, Lei n. 5.869/1973, é possível verificar que diversas previsões emanavam a doutrina do *stare decisis*.

O art. 285-A, do já revogado CPC/73, tratava da possibilidade de dispensa da citação e imediata prolatação de sentença, quando a matéria controvertida fosse unicamente de direito e que já houvesse sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos (BRASIL, 1973).

No art. 475, artigo este que tratava do reexame necessário, o §3.º afirmava que não seriam casos do duplo grau de jurisdição obrigatório os casos em que a sentença estivesse fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula do respectivo Tribunal ou de Tribunal Superior (BRASIL, 1973).

Já em seu art. 481, parágrafo único, o CPC/73 firmava a tese de que as arguições de constitucionalidade não seriam submetidas ao plenário ou a órgão especial quando já se houvesse pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão (BRASIL, 1973).

De acordo com o art. 518, §1.º, era possível o não recebimento do recurso de apelação quando a sentença estivesse em conformidade com súmula do STJ ou do STF. Mais adiante, no art. 557, do CPC/73, era conferido ao relator o poder de negar seguimento ao recurso que confrontasse súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior (BRASIL, 1973).

Observando estes dispositivos legais provenientes do CPC/73, é possível concluir que, ao decorrer dos anos, a doutrina do *stare decisis* sempre esteve presente em nosso ordenamento jurídico, de tal forma que veio a ganhar maiores contornos no CPC vigente, Lei n. 13.605/2015.

O antigo art. 285-A passou a corresponder com o art. 332 do CPC/2015 (DIDIER JR. e PEIXOTO, 2015, p. 171), bem como passou a prever demais possibilidades de improcedência liminar do pedido:

> Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:
> **I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;**
> **II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;**
> **III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;**
> **IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.**
> (BRASIL, 2015, grifo nosso)

Analisando o dispositivo legal acima transcrito, infere-se que todas as hipóteses de improcedência liminar do pedido se dão pela observância ao que foi anteriormente decidido, em plena consonância com os fundamentos da doutrina do *stare decisis*.

O §3º do art. 475 do CPC/73, o qual tratava das hipóteses de não aplicação do reexame necessário, corresponde ao §4º do art. 496 do CPC/2015 (DIDIER JR. e PEIXOTO, 2015, p. 232-233). Nesse artigo, a lei processual vigente determina que não haverá reexame necessário quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, ou ainda quando estiver fundada em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada em âmbito administrativo pelo próprio tribunal.

Já o art. 557 do CPC/73 encontra correspondência no art. 932 do CPC/2015 (DIDIER JR. e PEIXOTO, 2015, p. 395). Com os ditames introduzidos pela nova lei processual, é incumbido ao relator o dever de negar provimento ao recurso que for contrário à súmula do STF, do STJ ou do próprio Tribunal, que for contra acórdão proferido pelo STF e pelo STJ e, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Pode, também, o relator dar provimento ao recurso interposto, quando a sentença for contrária aos mesmos casos acima descritos.

Ademais, o CPC/2015 teve o cuidado de dar contornos legais às determinações de observância das decisões proferidas pelos tribunais, suas súmulas e à jurisprudência dominante, conforme se depreende dos art. 926 e 927:

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

> § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
> § 2º **Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.**
>
> **Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:**
> **I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;**
> **II - os enunciados de súmula vinculante;**
> **III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;**
> **IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;**
> **V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.** (BRASIL, 2015, grifo nosso)

No mais, no *caput* do art. 985, artigo este que versa sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o CPC/2015 afirma que:

> Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:
> I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;
> II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, savo revisão na forma do art. 986. (BRASIL, 2015).

A "tese jurídica" a que se refere o *caput* do art. 985 é exatamente a *ratio decidendi*. Essa deve ser aplicada nos casos dos incisos I e II acima transcritos.

Além disso, o mesmo diploma legal passou a prever, em seu art. 988, inciso IV - artigo este que não encontra correspondência no código processual anterior (DIDIER JR. e PEIXOTO, 2015, p. 421) -, que é possível apresentar reclamação constitucional para "garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência".

Isso quer dizer que, caso a instância inferior não observe a tese jurídica (*ratio decidendi*) firmada em sede de recurso repetitivo, pode o jurisdicionado

ou o Ministério Público apresentar a reclamação constitucional para que possa ser observado o precedente judicial.

Dessa comparação entre os dispositivos do antigo CPC e do novo CPC, verifica-se a latente preocupação do legislador em contemplar os fundamentos da doutrina do *stare decisis*, uma vez que existe a enorme preocupação em uniformizar os entendimentos advindos dos Tribunais Superiores, no sentido de garantir maior estabilidade jurídica, encontrando-se, por conseguinte, nos precedentes judiciais a possibilidade de alcançar a legítima homogeneidade daqueles casos levados ao Poder Judiciário e que possuem semelhança fática e, principalmente, de direito.

3. O PRÍNCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

3.1. Os sistemas processuais de valoração das provas

Antes de se falar, especificamente, sobre o princípio do livre convencimento motivado, deve-se ter a ideia de que ele encontra aplicação prática em um dos vários sistemas de valoração das provas. O exercício de valoração das provas é "a atividade de percepção por parte do juiz dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo" (NIEVA FENOLL, 2010, p. 34 *apud* BUSTAMANTE, 2013, p. 415).

Entender os sistemas de valorização das provas perfaz-se ser essencial à continuidade do presente estudo, haja vista sua intrínseca relação no que pertine ao poder decisório do magistrado.

A doutrina afirma existir três sistemas que regem a apreciação das provas: sistema do livre convencimento imotivado ou da íntima convicção do juiz, sistema da verdade legal ou tarifado e sistema do livre convencimento ou da persuasão racional.

O primeiro sistema, sistema do livre convencimento imotivado ou da íntima convicção do juiz, consiste na análise das provas feita pelo magistrado, utilizando seu caráter racional, levando em consideração as provas constantes nos autos e seu conhecimento empírico, sem que precise fundamentar suas decisões.

O sistema do livre convencimento imotivado já não é mais utilizado, porém, ainda é possível encontrar resquícios de sua utilização no sistema jurídico brasileiro, mais precisamente no ordenamento penal, a exemplo disso é o sistema de valoração das provas, utilizado no Tribunal do Júri, no qual os jurados - aqueles que exercem a atividade judicante -, valoram as provas sem qualquer conhecimento jurídico ou técnico, levando em conta apenas suas experiências de vida, decidindo se o réu é inocente ou culpado, sem sequer precisarem motivar seus votos.

O segundo sistema, sistema da verdade legal ou tarifado, predominou sobre ordenamentos jurídicos de diversos países até meados de XVII, sendo, posteriormente, substituído pelo sistema do livre convencimento motivado, entretanto, é ainda utilizado em países como Espanha e Itália. Tal sistema implica a valoração das provas pré-estabelecidas pelo ordenamento jurídico, conforme diz Bustamante (2013, p. 416):

> Neste sistema, somente certas provas de valor legal previamente estabelecido serviam para determinar a verdade dos fatos alegados. Assim, a cada uma das provas legais lhes era atribuído um valor, de modo que o juiz não necessitava realizar nenhuma ponderação ou juízo de valor, bastando apenas somar os valores para chegar a um resultado segundo o qual ditaria a sentença final.

A utilização do sistema de valoração das provas tarifado visa se contrapor àquilo que preconiza o sistema do livre convencimento imotivado, ou seja, visa afastar o caráter pessoal que tinha o magistrado para valorar as provas, bem como coibir a falta de motivação, já que ela seria pré-existente na norma legal.

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível ainda encontrar resquícios desse sistema de valoração das provas, tendo, como exemplo, a Súmula 149/STJ:

> **Súmula 149/STJ - 08/03/2017. Seguridade social. Trabalhador rural. Rurícola. Atividade rurícola. Prova exclusivamente testemunhal. CF/88, art. 202. Lei Compl. 16/73. Lei 8.213/1991, art. 55, § 3º. Dec. 83.080/79, art. 57, § 5º.**
> A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade de rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário. (BRASIL, 1995, grifo original)

Após a utilização do sistema tarifado de valoração das provas, passou-se a ser utilizado o sistema da persuasão racional, ou sistema do livre convencimento. É exatamente, neste sistema, que o princípio do livre convencimento motivado encontra guarida.

Como cediço, falar de princípios do direito é o mesmo que falar sobre as diversas essências que nutrem as normas jurídicas insculpidas no texto legal. A título de trabalho analítico da norma, deve-se acolher o preceito legal e verificar qual princípio jurídico rege seu mandamento. Dessa forma, sem despender grande esforço hermenêutico, verifica-se, a partir da parte inicial

do inciso do IX do art. 93 da CFRB/88, a nítida presença do princípio do livre convencimento motivado:

> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, **observados os seguintes princípios:**
>
> (...)
>
> IX **todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade (BRASIL, 1998, grifo nosso)

É graças a essa previsão constitucional que o sistema da persuasão racional de apreciação das provas foi adotado pelo ordenamento processualista pátrio.

Baseia-se o referido sistema na impossibilidade de hierarquizar absolutamente as provas, devendo o magistrado julgar baseando-se em qualquer uma das provas de acordo com sua própria convicção, sem qualquer pré-existência normativa de valores das provas, devendo necessariamente apresentar os motivos que o levaram àquela decisão.

Nesse diapasão, pertinentes se fazem as palavras de Nery Jr. (2004, p.519):

> "O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. **Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula pleno jure (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem.** Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto." (grifo nosso)

Em suma, o princípio do livre convencimento motivado, aplicado ao sistema da persuasão racional, implica uma liberdade conferida ao magistrado no trabalho de valoração das provas.

Diferente do que ocorre no sistema tarifado, no caso, em tela, a lei não pré-estabelece os valores das provas, cabendo ao magistrado valorar, de acordo com sua razão, quais provas são suficientemente relevantes para seu convencimento. Diferentemente também do que acontece no sistema do livre convencimento imotivado, nesse caso, se mostra obrigatória a necessidade de fundamentar as decisões judiciais.

Deve-se registrar que, apesar de não existirem regras que estabeleçam os valores das provas, tem-se que a liberdade do magistrado não é absoluta, haja vista que é limitada pelas regras jurídicas e pelo desenvolvimento racional advindo do chaveamento lógico das provas. Nesse sentido, Ferrer Beltrán (2007, p.45 *apud* BUSTAMANTE, 2013, p. 418) afirma que a liberdade do magistrado "é livre somente no sentido de que não está sujeita a normas jurídicas que predeterminem o resultado desta valoração".

O que, na verdade, se infere como objetivo do princípio do livre convencimento motivado e, consequentemente, do sistema da persuasão racional, é que seja conferido ao magistrado um poder discricionário para valorar as provas, criando, assim, seu convencimento a partir delas, determinando quais provas são mais relevantes para seu convencimento, sendo seu poder discricionário limitado pelas provas dos autos, as regras jurídicas de legalidade das provas ou qualquer outra norma jurídica que cinja-se sobre matéria probatória e ao dever de fundamentação.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 116.153 MS, de relatoria da Min. Cármem Lúcia, atual presidente do STF:

> HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. IMPUTAÇÃO DA INFRAÇÃO DO ART. 290, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. **SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.** 1. Decidir de forma diversa do que assentado nas instâncias antecedentes demandaria afastar a idoneidade dos peritos que produziram o laudo de exame de constatação e concluir pela insuficiência das demais provas que o corroboraram, o que demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o habeas corpus. **2. Não há hierarquia entre as provas, podendo o magistrado valorá-las segundo o seu livre convencimento, de forma motivada, como se tem na espécie vertente. Sistema do livre convencimento motivado.** 3. Ordem denegada. (BRASIL, 2013, grifo nosso)

Esse sistema também podia ser encontrado no art. 131 do CPC/73, que dizia que "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". Entretanto, com a vigência do CPC/105, surgiu uma discussão acerca da permanência do princípio do livre convencimento motivado no texto da lei processual. Tal discussão será tratada em momento oportuno[2].

2 - Vide capítulo 3.2 infra.

Agora, uma vez explanados os sistemas de valoração das provas e verificado em qual deles o princípio do livre convencimento motivado se encaixa, passa-se à conceituação doutrinária e sua existência perante o Código de Processo Civil de 2015.

3.2. A (in)existência do princípio do livre convencimento motivado no CPC/2015

Como dito no item anterior, o princípio, em comento, é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro em razão da previsão contida na norma do art. 93, IX da CFRB/88, que se refere à atividade de valoração das provas processuais realizada pelos magistrados na fase de instrução do processo.

Além da previsão constitucional, existia na norma do art. 131, do revogado CPC/73, hipótese normativa da qual emanava o princípio do livre convencimento motivado, conforme dito no item anterior.

A título de conhecimento, o também revogado Código de Processo Civil de 1939 estabelecia em seu art. 118 que:

> Art. 118. **Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos**, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não admitirá a prova por outro meio.
>
> Parágrafo único: **O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.** (BRASIL, 1939, grifo nosso)

Pois bem. Percebe-se que, tanto no CPC de 1939 quanto no CPC de 1973, existia a expressão "livremente", no sentido de que o magistrado estaria livre para formar seu convencimento, desde que respeitados os limites legais e lógicos, conforme dito no item anterior.

Com a edição do texto e posterior vigência do CPC/2015, o art. 131 do CPC/73 passou a corresponder ao art. 371. (DIDIER JR. e PEIXOTO, 2015, p. 189). Com a nova redação que lhe foi dada, a expressão "livremente" foi excluída do texto legal.

Tal fato fez criar uma discussão doutrinária acerca do fim do princípio do livre convencimento motivado.

O art. 371 do CPC/2015 diz que "o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões de formação de seu convencimento." (BRASIL, 2015).

O principal argumento utilizado pela doutrina favorável à expulsão do princípio do livre convencimento motivado do ordenamento jurídico brasileiro, é o de que os magistrados valoram as provas e as julgam a seu bel-prazer, mesmo que motivadamente, utilizando o princípio do livre convencimento motivado como um mero artifício para esconder seus votos pessoais.

Para afirmarem que estão com a razão, Delfino e Lopes (2015) aduzem que:

> A verdade é que o 'princípio' do livre convencimento motivado não se sustenta em um sistema normativo como o novo CPC, que aposta suas fichas no contraditório como garantia de influência e não surpresa e, por isso, alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade, em que o processo é encarado como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais.

Em um ponto, os ilustres autores têm razão: o CPC/2015 trouxe nova dinâmica na relação processual. Ao juiz não cabe mais somente ter o papel de conduzir o andamento processual, recebendo as provas e definindo seus valores; cabe a ele, outrossim, o interesse de ver findar a contenda, sendo respeitado o princípio da imparcialidade, obviamente, de maneira que passa o magistrado também participar da formação do contraditório. Conforme Dinamarco e Lopes (2016, p. 65):

> O que a garantia constitucional do contraditório lhe exige é que saia de uma postura de indiferença e, percebendo a possibilidade de alguma prova relevante e pertinente que as partes não hajam requerido, tome a iniciativa que elas não tomaram e mande que se produze. Exige-lhe também, para a efetividade da isonomia processual, que diligencie o que a parte pobre não soube ou não pôde diligenciar (até porque muitas vezes patrocinada por advogados dativos, nem sempre empenhados em sua efetiva defesa). O processo civil moderno repudia a ideia do *juiz Pilatos*, que, em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça, ' lavando as mãos' e atribuindo a falha aos litigantes.

Entretanto, *permissa vênia*, não se pode creditar votos à doutrina que ensina pela extinção do livre convencimento motivado. Isso porque, conforme diz Gajardoni (2015), "o fato de não haver mais no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir."

A verdade é que, como mencionado em tópico anterior, o sistema de valoração das provas pelo livre convencimento motivado surgiu para se contrapor aos sistemas do livre convencimento imotivado e o da prova tarifada. O que se quer dizer, aqui, é que tal sistema/princípio "jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite." (GAJARDONI, 2015).

Não é somente porque a expressão "livremente" foi retirada do art. 371 do CPC/2015 que o princípio deixou de existir. Em tópico anterior, foi dito que um dos limites impostos à liberdade do magistrado, na atividade de valorar as provas, era, exatamente, o limite imposto pelas próprias provas constantes nos autos, as regras de legalidade das provas e as demais normas que versassem sobre matéria probatória e o dever de motivar suas decisões.

Como se isso não bastasse, o art. 372, do mesmo diploma legal, diz o seguinte: "o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, **atribuindo-lhe o valor que considerar adequado**, observado o contraditório." (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Da análise do referido artigo, é possível enxergar perfeitamente a junção entre a nova dinâmica instaurada pelo CPC/2015 e o princípio do livre convencimento motivado.

Dentro da ideia de "contraditório dinâmico", tem-se que as provas serão colocadas à prova do contraditório perante as partes e que, a partir da apresentação das manifestações das partes, o magistrado, limitado pelas provas dos autos, regras de legalidade das provas e seu dever de motivar, atribuirá o valor que considerar adequado. Nesse sentido, são as palavras de Dinamarco e Lopes (2016, p. 72):

> No estado de direito, em que o poder se autolimita e seu exercício só se considera legítimo quando fiel aos valores da nação e a certas regras procedimentais adequadas, é natural que à liberdade de forma livremente seu convencimento no processo corresponda para o juiz o dever de motivar suas decisões. Daí a regra do *livre convencimento motivado*, inerente ao contexto de legalidade contido na cláusula *due processo of law* (Const., art. 5º, inc. LIV) e manifestado na fórmula de equilíbrio fornecida pelo art. 371 do Código de Processo Civil – o juiz formará livremente seu convencimento mas necessariamente mediante apreciação da prova constante dos autos.

Dessa forma, diante dos motivos abordados, pode-se chegar à conclusão de que, apesar de não haver mais a previsão legal do termo "livremente" no art. 371 do CPC/2015, o princípio do livre convencimento

motivado do magistrado não foi expurgado do ordenamento jurídico brasileiro, perfazendo-se, inclusive, princípio extremamente importante para a atividade jurisdicional.

3.3. O dever do magistrado de fundamentar a sentença

Após apresentados os sistemas de valoração das provas e expostos os argumentos pelos quais se acredita pela presença do princípio do livre convencimento motivado do magistrado no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente, no CPC/2015, não se pode deixar de tecer comentários sobre um terceiro tema que está bastante ligado à atividade de apreciação das provas: o dever do magistrado de motivar sua decisão.

Conforme dito alhures, o magistrado deve apreciar as provas de acordo com seu livre convencimento de maneira **motivada**. Isso quer dizer que, no momento em que for proferida a decisão judicial, o magistrado deve apresentar os motivos que o levaram a valorar as provas daquela maneira.

Para se chegar a essa conclusão, basta apenas a simples leitura do art. 93, IX da CFRB/88 e da parte final do art. 371 do CPC/2015 que diz que o juiz "indicará na decisão as razões de formação de seu convencimento."

O dever do magistrado de motivar as decisões judiciais, previsto na CFRB/88 e no CPC/2015, serve como verdadeira garantia da sociedade, no sentido de ser a ela garantido o conhecimento dos motivos que levaram o magistrado a chegar àquela conclusão, e, consequentemente, ter a garantia do poder de supervisionar a atividade jurisdicional.

Cediço é que a atividade jurisdicional, materializada no processo, possui três escopos: social, política e jurídica. O primeiro escopo, o social, que é o principal entre os três, corresponde à eliminação dos conflitos entre as pessoas de forma justa. O segundo escopo, o político, confere à atividade jurisdicional o poder de resguardar a estabilidade das instituições jurídicas. Já o terceiro escopo, o jurídico, é materializado, no processo, em virtude da vontade concreta do direito. (DINAMARCO e LOPES, 2016, p. 20).

Nesse sentido, haja vista a imensa importância da atividade jurisdicional, o Estado que se diz Democrático de Direito, assim como é o Brasil, deve conferir poderes à sua sociedade para que ela possa supervisioná-lo. Com isso,

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como um levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu, para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos,

em que altura do caminho o magistrado desorientou (CALAMANDREI, 1971, p. 143).

Nesse mesmo sentido, são as palavras de Nojiri (1999, p.68):

> O dever de fundamentar as decisões, ao mesmo tempo em que é um consectário de um Estado Democrático de Direito, é também uma garantia. Quando o jurisdicionado suspeitar que o magistrado decidiu contra a lei, desrespeitando direitos fundamentais ou extrapolando suas funções institucionais, deverá buscar na fundamentação desta decisão subsídios para aferir a qualidade da atividade jurisdicional prestada.

O dever de fundamentar as decisões judiciais é regido por um princípio específico, o princípio da motivação das decisões, o qual também encontrava previsão no CPC/73, mais precisamente nos art. 165 e 458.

Conforme Didier Jr. e Peixoto (2015, p.477), o art. 165 do antigo CPC não encontra correspondência no CPC/2015. Já o art. 458 do CPC/73 passou a ser o art. 489 do CPC/2015 (DIDIER JR. e PEIXOTO, 2015, p. 228).

O art. 489 do CPC/2015 versa sobre os elementos da sentença:

> **Art. 489. São elementos essenciais da sentença:**
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
> **II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito**;
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. (BRASIL, 2015, grifo nosso)

As decisões judiciais devem ser obrigatoriamente motivadas, seja pelo mandamento constitucional insculpido no art. 93, inc. IX, seja pelo ditame legal contido no CPC/2015 acima citado.

Além disso, a decisão judicial, como ato de comunicação privativo do juiz, deve seguir os caminhos lógicos de um discurso racional bem produzido, de maneira que "passa a exercer função persuasiva sobre os participantes da ação. As razões apresentadas na fundamentação servem, assim, para demonstrar e induzir o destinatário da norma a crer que a atitude tomada pelo juiz é a mais correta (...)" (NOJIRI, 1999, p. 103).

Tendo em vista a grande importância da decisão judicial, uma vez verificada a inexistência de elementos motivacionais, a consequência não poderia ser outra, senão, a nulidade da decisão judicial. Nesse diapasão, são as palavras de Nery Jr. (1997, p. 177):

> Interessante observar que a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade.

Entretanto, em que pese a gravidade do erro do magistrado "(...) pode-se afirmar que uma decisão judicial, pertencente ao ordenamento jurídico, é válida, quando emanada de um órgão competente previsto no sistema, ainda que com vícios de forma ou conteúdo" (NOJIRI, 1999, p.107).

É possível verificar a seguinte situação, no exemplo em que a decisão judicial é proferida, eivada pela inexistência de fundamentação, e as partes não recorrem no prazo. Decorrido o prazo recursal e não apresentado o recurso cabível, a decisão judicial faz coisa julgada, não podendo ser mais modificada.

O art. 494, do CPC/2015, confirma esse entendimento, ao passo que aduz que a sentença só pode ser alterada a requerimento da parte ou de ofício, no caso de inexatidões materiais ou erros de cálculo, e por meio de embargos de declaração (BRASIL, 2015).

Saliente-se que uma decisão judicial com fundamentação inexistente é diferente de uma fundamentação sucinta. Essa, apesar de básica, não encontra nenhuma mácula. É existente. Apresenta elementos motivacionais suficientes para cumprir o dever de fundamentar a decisão.

Além disso, o CPC/2015 inovou e passou a prever um rol, meramente exemplificativo, de possibilidades de decisões judiciais não fundamentadas:

> **Art. 489**
> **(...)**
> § 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. (BRASIL, 2015, grifo nosso)

A preocupação do legislador em elencar tais situações pode ser creditada na evolução e consolidação do Poder Judiciário como principal personagem na efetivação dos objetivos democráticos de direito.

O processo, enquanto meio de resolução dos conflitos sociais, deve ser dotado de legalidade, no intuito de interceder de maneira correta na vida dos jurisdicionados. De forma que, sabendo dos motivos que levaram o juiz a decidir de determinada maneira, o autor da demanda processual obterá concessão de tutela jurisdicional aplicada de uma melhor maneira. Nesse passo, seguem os dizeres de Dinamarco e Lopes (2016, p. 22):

> Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar ou a resistir a uma pretensão de outro sujeito e propriciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter, sob pena de carecer de utilidade e portanto, de legitimidade social.

Por conseguinte, infere-se que a fundamentação da decisão judicial, elemento indispensável de qualquer decisão judicial, apresenta-se como uma poderosa ferramenta para a efetivação do Estado Democrático de Direito, haja vista que, uma vez inexistindo fundamentação, estaria sendo desrespeitada norma constitucional e norma infraconstitucional, causando, assim, a nulidade do ato processual, devendo esta ser arguida de ofício pelo próprio magistrado ou pelo agente, passivo ou ativo, do processo em que foi proferida a decisão.

4. O PODER VINCULATIVO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PERANTE O PODER DECISÓRIO DO MAGISTRADO

4.1. O poder vinculativo atribuído pelo Código de Processo Civil

Após visto o surgimento e a caracterização do precedente judicial, bem como também visto o princípio do livre convencimento do magistrado e sua importância na formulação das decisões judiciais, convém estimar o poder da força vinculativa dos precedentes judiciais sobre a atividade de julgar

(poder decisório) dos magistrados. Então, o que se pretende, neste momento, é discutir o que passa a ser vinculativo após a vigência do CPC/2015.

Deve-se, inicialmente, verificar que, constitucionalmente falando, a organização judiciária brasileira é estruturada de maneira hierárquica, ou seja, há uma verdadeira gradação de órgãos dentro do Poder Judiciário.

De baixo para cima, começa com a figura do juiz de primeira instância, seguidamente o tribunal *a quo* e, posteriormente, o tribunal *ad quem*, exemplificativamente: Juiz da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, seguidamente o Tribunal Regional Federal da 5ª Região e, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça. Tal estruturação é seguida, também, na justiça comum estadual (na qual o tribunal *ad quem* também é o STJ), justiça do trabalho, militar e eleitoral.

Acima de todos os tribunais superiores das diversas justiças especializadas, encontra-se o STF, guardião da constituição, conforme preconiza a norma do art. 102, *caput* da CFRB/88, ocupando o mais alto patamar do Poder Judiciário brasileiro.

Em razão dessa estruturação verticalizada, "as instâncias inferiores devem, como regra, aplicar a lei tal como interpretada pelas cortes superiores " (GAJARDONI, 2015). Ou seja, é da própria essência da estruturação judiciária brasileira o respeito aos julgados advindos dos tribunais superiores, haja vista a importância hierárquica desses.

Se isso não fosse suficiente para creditar força vinculante às decisões emanadas dos tribunais superiores, o CPC/2015 passou a ter a previsão expressa sobre a observância das decisões proferidas por esses tribunais, creditando mais força à teoria do *stare decisis,* que se manifesta pelo instituto do precedente judicial, conforme dito no Capítulo 2.

Como visto, em momento anterior, em razão da utilização do precedente judicial, a *ratio decidendi* – o fundamento (razão) da decisão que constitui precedente – passa a ter poder vinculativo, diferente das razões *obter dicta,* que não possuem nenhum efeito vinculante.

A vinculação *erga omnes* dos fundamentos (*ratio decidendi*) da decisão judicial é defendida pela Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes. Nesse particular, o STF entende que a eficácia vinculante, em controle concentrado de constitucionalidade, abrange somente a parte dispositiva da decisão judicial, ou seja, a parte da decisão que faz coisa julgada material, sem alcançar a tese jurídica (*ratio* decidendi), que foi utilizada para se chegar à conclusão da decisão. Nesse sentido, podem ser mencionadas a Rcl 4.454 AgR/RS, Rcl 18.788/SP AgR, Rcl 9.778-AgR/RJ, Rcl 9.294-AgR/RN, Rcl 6.319-AgR/SC, Rcl 5.703-AgR/SP, Rcl 3.014/SP.

Entretanto, há registro de que o STF entendia pela aplicação da transcendência dos motivos determinantes, conforme trecho da Rcl nº 2.986 de relatoria Min. Celso de Mello, abaixo transcrita:

> (...) **Não se desconhece que há aqueles que sustentam a possibilidade de invocar-se, para fins de reclamação, o denominado efeito transcendente da fundamentação que deu suporte ao julgamento proferido em sede de fiscalização abstrata (RTJ 193/513, Rel. Min. GILMAR MENDES – Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, v.g.), em ordem a reconhecer que o alcance da eficácia vinculante pode estender-se para além da parte dispositiva do acórdão, abrangendo, também, os próprios fundamentos subjacentes à decisão emanada do Supremo Tribunal Federal. Também partilho desse mesmo entendimento, vale dizer, o de que é possível reconhecer, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da "transcendência dos motivos que embasaram a decisão" emanada desta Suprema Corte em processo de fiscalização abstrata, para que se torne viável proclamar, em decorrência dessa orientação, que o efeito vinculante refere-se, igualmente, à própria "ratio decidendi", projetando- -se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento que se proferiu em sede de controle normativo abstrato.**
>
> (...)
>
> **Não obstante a minha pessoal convicção em sentido contrário, devo ajustar o meu entendimento à diretriz jurisprudencial prevalecente no Supremo Tribunal Federal, em respeito e em atenção ao princípio da colegialidade, o que afasta a possibilidade de reconhecer, com apoio no argumento da eficácia vinculante dos motivos determinantes, ofensa à decisão que esta Corte proferiu nos autos do julgamento invocado como padrão de confronto.** Sendo assim, e em face das razões expostas e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, nego seguimento à presente reclamação, tornando sem efeito o provimento cautelar anteriormente deferido. Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Seguindo a antiga linha de raciocínio do STF, o Min. Gilmar Mendes ensina pela aplicação da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes:

> (...) Com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai (...) (MENDES e BRANCO, 2012, p. 1.403)

De fato, com a vigência do CPC/2015, a discussão sobre o que vem a ser vinculante em um precedente judicial volta à tona. Isso porque, conforme demonstrado no Cap. 2, o CPC vigente trouxe inovações no que se refere à utilização dos precedentes judiciais.

O maior destaque se encontra no *caput* do art. 927, o qual prevê que os juízes e os tribunais observarão as decisões emanadas de tribunais superiores, nos termos dos incisos I, II, III, IV e V. Registre-se que a expressão "observarão" deve ser entendida como "se vincularão". O Enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis corrobora esse entendimento ao dizer que "as decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 **são vinculantes** aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos." (2015, grifo nosso).

Em grande maioria, a doutrina tem aduzido que a vinculação conferida pelo art. 927 alcançaria os motivos determinantes (*ratio* decidendi) da decisão judicial, não se limitando somente à parte dispositiva:

> Ao dispor sobre a produção jurisprudencial a ser observada pelos juízes e pelos tribunais, o CPC/2015 arrolou, no artigo 927, *caput*, figuras bastante díspares entre si. Há algo que as une, a nosso ver, e que consiste naquilo que, realmente, deve ser 'observado' pelo julgador, ao proferir a decisão em respeito a precedente, súmula e jurisprudência dominante, e que (...) reunimos sob a expressão *ratio decidendi*, que vem a ser, como afirmamos em outro estudo, os argumentos principais sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis. (MEDINA, 2016, p. 1325)

Nesse diapasão, o professor Alexandre Câmara (2016, p.442-444) afirma que a força vinculante aferida pelo CPC/2015 alcançaria, também, "os fundamentos determinantes da decisão".

Já Mello (2015, p. 48), aduz que a atual tese defendida pelo STF – a não aplicação da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes -, vai de encontro com o que preconiza o CPC/2015:

> (...) Na elaboração das súmulas vinculantes, o Supremo habitualmente produz verbetes que sintetizam a razão de decidir comum a diversos julgados sobre uma mesma matéria, aos quais é atribuída força normativa. Além disso, a adoção de precedentes normativos em matéria constitucional, tal como pretendida pelo novo código, passa necessariamente pelo reconhecimento de efeitos normativos à tese de direito que serve de base para a decisão. Esta é a única maneira de gerar um precedente normativo em sede de controle difuso da constitucionalidade, e o novo CPC determinou expressamente que

> também as decisões proferidas em recursos extraordinários repetitivos produzirão efeitos normativos e possibilitarão a propositura de reclamação. (...) Nesse contexto, é incoerente reconhecer a eficácia normativa da *ratio decidendi* na elaboração de súmulas vinculantes e nos precedentes proferidos no controle difuso e rejeitar a mesma eficácia à *ratio decidendi* em sede concentrada.

É certo que o entendimento do STF, negando aplicação à Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, encontra óbice na utilização dos precedentes judiciais.

Como dito, incansavelmente no Cap. 2, a essência do precedente judicial é a sua *ratio decidendi*, sendo exatamente ela o que passa a ter poder vinculante.

Na medida em que o STF confere esse poder somente ao dispositivo da decisão judicial, afasta a principal característica do precedente judicial e nega a aplicação aos mandamentos do CPC/2015.

Argumento importante para a não mudança de entendimento do STF sobre a referida teoria, é que o CPC entrou em vigência em 18 de março de 2016 e que não passou tempo suficiente para a matéria ser levada para nova análise do Pretório Excelso.

A verdade é que o STF se encontrará em um impasse que ele mesmo se colocou: ou passa a adotar a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes e, consequentemente, passa a reconhecer a vinculação da *ratio decidendi,* ou continua a passar por cima da essência do instituto do precedente judicial, instrumento este tão estimado pelo CPC/2015, negando poder vinculante aos fundamentos das decisões.

Por simetria, como também em razão da estrutura hierarquizada do Poder Judiciário brasileiro, uma vez havendo posição do STF no sentido de aplicação da referida teoria, os demais tribunais devem utilizá-la também, já que os precedentes judiciais são de observância e vinculação à todos do Poder Judiciário.

4.2. Mecanismos de aplicação e superação dos precedentes judiciais

Em toda demanda processual, existem, basicamente, duas matérias: fática e jurídica. A primeira diz respeito aos fatos ensejadores da prestação da tutela jurisdicional, enquanto que a segunda diz respeito às razões de direito que garantem concessão da tutela requerida.

Aos precedentes judiciais, conforme dito no Cap. 2.4, importa, majoritariamente, a matéria de direito, já que, a partir dela, o juízo formará a

tese jurídica que embasará sua decisão (*ratio decidendi*). Entretanto, a matéria fática não é de toda dispensável; muito pelo contrário, as razões fáticas são imprescindíveis para os mecanismos de aplicação e superação do precedente judicial.

O juiz, no exercício da atividade judicante, não pode utilizar os precedentes judiciais de qualquer maneira. Dizer que "todo caso é um caso" é uma boa justificativa para tal afirmativa. Isso porque, a imensidão de situações fáticas diferentes que são levadas ao Poder Judiciário necessita de uma observação apurada a fim de que a determinado caso não seja aplicada teoria jurídica diversa da que necessitava.

Para tanto, é necessário que o magistrado observe as particularidades de cada caso e, assim, verificar se tal situação é ou não a mesma (ou semelhante) à de determinado precedente judicial. Em resumo, é necessário que haja um confronto entre a demanda apresentada e o precedente judicial para que este seja aplicado.

Sobre esse processo de análise realizado pelo magistrado, Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 402) trazem, detalhadamente, sua formulação:

> Nas hipóteses em que o magistrado está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores.

Segundo Tucci (2004, p. 174), essa comparação feita entre determinada demanda e o precedente judicial, "pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma" é chamado de *distinguish*.

O *distinguish* significa "distinção" e é o método de aplicação utilizado pelos magistrados para afirmar que o caso *sub judice* não encontra ligação com a *ratio decidendi* de um caso paradigma (leia-se aqui precedente judicial).

O dever do magistrado de fazer a distinção entre o caso paradigma e a nova situação *sub judice* encontra guarida no art. 489, §1º do CPC/2015:

> §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> (...)

> VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, **sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento** ou a superação àqueles fundamentos. (grifo nosso)

Como visto no Cap. 3.3, o magistrado tem verdadeiro dever de fundamentar todas as suas decisões, estando incluso, nesse caos, a justificativa que o levou a não aplicar o precedente judicial em determinado caso, conforme a letra de lei acima transcrita.

Corroborando esse entendimento, tome-se, por exemplo, o despacho proferido nos autos do Processo n. 0000079-95.2015.5.06.0313, que tramita perante a Justiça do Trabalho, exarado pelo Excelentíssimo Desembargador Presidente do TRT da 6ª Região, Valdir José Silva de Carvalho, o qual determina que o acórdão prolatado em sede de recurso ordinário seja readequado à *ratio decidendi* firmada em Incidente de Uniformização de Jurisprudência:

> Acerca da necessidade de readequação do acórdão regional à tese prevalecente adotada no julgamento de incidente de uniformização de jurisprudência, entendo importante fazer algumas considerações.
> (...)
>
> Com essas considerações, encaminho os autos à Desembargadora Relatora para que submeta a questão ao órgão fracionário que proferiu o acórdão ora recorrido, juiz natural do recurso ordinário, **para adequar a decisão à tese prevalecente adotada pelo Tribunal Pleno, no julgamento do IUJ em face do qual estava este feito sobrestado, ou, se for o caso, para fundamentar a decisão de manutenção do acórdão divergente, demonstrando a existência de distinção, com a demonstração de que a situação de fato ou de direito tratada neste caso é distinta das existentes no IUJ julgado**.

Disso, percebe-se que, da análise minuciosa das peculiaridades das demandas judiciais, o magistrado se deparará com situações em que aplicará ou não a tese jurídica advinda do precedente judicial.

Destarte, haverá situações mais complicadas de se atuar; por exemplo, quando a *ratio decidendi* do caso paradigma for aplicada de maneira extensiva no novo caso em julgamento. Nesse caso, dá-se o nome de *ampliative distinguish* ou *extending.* Também haverá casos em que a *ratio decidendi* a ser aplicada sofrerá restrições em sua interpretação e, nessa hipótese, dá-se o nome de *restritive distinguish* ou *norrowing* (ROSITO, 2012, p. 303).

No que tange ao processo de superação do precedente judicial, ou melhor dizendo, processo de mudança de *ratio decidendi*, isso porque o que

é superado é o fundamento jurídico que embasou o precedente, os métodos aplicados são o *overruling* e o *overriding*.

Conforme Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 405), "o*verruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por um outro precedente."

Essa substituição pode se dar de maneira expressa ou de maneira tácita. No primeiro caso, o tribunal passa a adotar expressamente nova orientação jurídica; já no segundo caso, o tribunal adota nova orientação em confronto com a antiga sem que haja, necessariamente, a substituição (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2011, p. 405).

Nesses dizeres, é possível afirmar que o *overruling* é um método de superação integral do precedente judicial, ou seja, modifica por inteiro o entendimento firmado no caso paradigma.

Já o *overriding* é o mecanismo que "apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal" (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2011, p. 406). Ou seja, diferentemente do *overruling*, o *overreding* é um método de superação parcial do precedente judicial. Em outros termos para melhor entendimento, é como se esse fosse uma derrogação (revogação parcial) e aquele, uma ab-rogação (revogação total).

Os dois mecanismos de superação do precedente judicial, aqui ditos, requerem uma grande carga de fundamentação do magistrado, já que ele deverá demonstrar argumentos que, antes, não foram analisados e justificar, de maneira convincente, a necessidade de mudança da *ratio decidendi* (DIDIER. JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2011, p.406).

Cediço é que o sistema de precedentes judiciais é um verdadeiro mecanismo de estabilização da jurisprudência, o que garante a segurança jurídica aos jurisdicionados. Entretanto, o universo jurídico não pode ser estável ao ponto de deixar um mesmo entendimento jurídico se prolongar por tempo demais. A sociedade é dinâmica e é dever do Direito acompanhar as alterações que ali surgiram. Nesse particular, é que os mecanismos de superação do precedente judicial se mostram extremamente importantes, já que são a partir deles e em respeito a eles que os Tribunais acompanharam as mudanças da comunidade civil.

4.3. O limite da força vinculativa do precedente judicial

Após comentado sobre o que passa a ser vinculativo com a vigência do CPC/2015 e, consequentemente, a efetiva aplicação da doutrina do *stare*

decisis, é preciso saber quais são seus limites perante o poder decisório do magistrado.

Uma vez estabelecido o dever do magistrado de observar determinadas decisões judiciais, elas passam a exercer peso sobre seu poder decisório. A necessidade de que se imponha um limite, com vista a se evitar excessos, mostra-se indispensável para a garantia da boa prestação jurisdicional.

Parte da doutrina afirma que a utilização do sistema de precedentes acarreta em uma diminuição do poder de decidir do magistrado, já que ele apenas realizaria uma análise do caso *sub judice* e observaria se existiria decisões paradigmas sobre o tema discutido. Se houvesse, apenas seguiria o entendimento já firmado pelo tribunal, sem, necessariamente, exercer seu poder decisório.

É por demais comum observar, em sentenças e acórdãos das mais diversas justiças especializadas, a ocasião em que o magistrado deixa de decidir segundo entendimento pessoal sobre a matéria e segue os entendimentos já firmados pelos tribunais superiores.

Tome-se, por exemplo, o acórdão proferido em sede de recurso ordinário na Justiça do Trabalho, no Processo n. 0001327-54.2014.5.06.0015 de relatoria da Excelentíssima Senhora Juíza Ana Maria Soares Ribeiro de Barros, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região:

> Primeiramente, necessário esclarecer que a questão posta ao exame desta instância ad quem, versa, essencialmente, a respeito de pleito de diferenças de horas extras com base em conflito de norma coletiva com normal legal, quanto à base de cálculos do referido título, passível de integrar o objeto de reclamação trabalhista ajuizada perante o primeiro grau desta Justiça Especializada, não havendo motivo para se falar em impropriedade da via eleita ou incompetência absoluta.
>
> Pois bem.
>
> **Nada obstante possuir posicionamento pessoal diverso, adoto o entendimento dominante no TST e no Regional acerca da matéria versada no apelo**. (grifo nosso)

Percebe-se disso que, apesar de ter formado entendimento contrário acerca de determinada matéria jurídica, os magistrados observam as decisões já emanadas pelo tribunal, de forma que sua decisão não seja conflitante com a tese jurídica dominante naquele tribunal.

Tal situação deve ser analisada com o devido cuidado. Explica-se o porquê.

Cediço é que o sistema de precedentes judiciais é uma ferramenta que fomenta a estabilização da jurisprudência, ou seja, promove a perpetuação no tempo do mesmo entendimento jurídico de forma a garantir segurança jurídica.

A segurança jurídica é um dos pilares de um Estado de Direito, tratando-se de verdadeira garantia do jurisdicionado de que sua demanda judicial será decidida conforme moldes pré-estabelecidos. Corroborando esse entendimento:

> Convém recordar que o Estado de Direito é a consagração jurídica de um projeto político. Nele se estratifica o objetivo de garantir o cidadão contra intemperanças do Poder Público, mediante prévia subordinação do poder e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato cuja função precípua é conformar efetivamente a conduta estatal a certos parâmetros antecipadamente estabelecidos como forma de defesa dos indivíduos (MELLO, 1983, p. 1).

Entretanto, não se pode esquecer de que o magistrado está investido do múnus público apto a exercer a atividade jurisdicional de forma autônoma. Inegável é que a função precípua de um magistrado é a de julgar.

Nesse ínterim, para que se possa vincular o poder decisório do magistrado à tese jurídica firmada anteriormente é preciso que também lhe conceda a possibilidade de decidir contrariamente a elas. O que de fato é possível, conforme ficou demonstrado anteriormente, quando analisados os mecanismos de superação[3].

Os mecanismos de superação expõem o limite objetivo existente à vinculação da *ratio decidendi* contida em um precedente judicial. Os próprios magistrados encontram os limites objetivos no momento do *distinguish* e do *overruling*.

É que, ao realizar os processos de distinção e superação do precedente judicial, o magistrado verifica se existe algum óbice objetivo que o impeça de aplicar a *ratio decidendi* do caso X no caso Y. Esse óbice objetivo se trata, exatamente, das peculiaridades que toda demanda judicial apresenta.

Como dito no Cap. 4.2, a matéria fática é extremamente importante para os mecanismos de superação do precedente judicial. É a partir dela que o magistrado formará seu convencimento a respeito da aplicabilidade do precedente judicial naquele caso ou não.

É possível asseverar que a existência desses óbices resulta em uma imposição de limite à força vinculativa dos precedentes judiciais perante o convencimento do magistrado.

3 - Vide capítulo 4.2 infra.

A existência desse limite se mostra importante já que o dinamismo do universo jurídico requer a superação, quando necessário e possível, dos entendimentos jurídicos indutores do processo de estabilização (engessamento) da jurisprudência.

Enquanto Poder responsável pela apreciação das demandas sociais, ao Judiciário é imposto o dever de prestar efetiva tutela jurisdicional àqueles que o procuram. A cada jurisdicionado é condicionada situação diferente que deve ser analisada, de caso a caso, no intuito de ser oferecida a melhor solução possível; nesse sentido são as normas do art. 4º, VII e art. 5º, XXXV e LXXXVIII da CFRB/88.

A tutela jurisdicional efetiva "deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter, sob pena de carecer de utilidade e portanto, de legitimidade social." (DINAMARCO e LOPES, 2016, p.22). Em virtude disso, os institutos jurídicos, existentes no ordenamento pátrio, devem ser utilizados com sabedoria e proporcionalidade.

CONCLUSÕES

Pode-se afirmar que a doutrina do *stare decisis* começou a ter previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e previsões contidas no Código de Processo Civil de 1973, passando, cada vez mais, a ocupar espaço significativo no universo jurídico, sendo alvo de debates doutrinários a respeito de sua aplicação em um país de sistema jurídico *civil law* como é o Brasil, até ganhar escopo legal no Código de Processo Civil de 2015.

Por si só, a estrutura dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro confere aos magistrados de primeira instância e desembargadores dos tribunais *a quo*, o dever de observar e respeitar as decisões emanadas dos Cortes Superiores.

Não bastasse isso, ao passo que o CPC/2015 deu contornos legais à aplicação da doutrina do *stare decisis,* conferiu aos precedentes judiciais força poderosa sobre o convencimento do magistrado, quando do exercício da sua função precípua, qual seja, a de julgar.

Em que pese um lado da doutrina se inclinar pela existência de uma limitação imposta pelos precedentes judiciais sobre o poder decisório do magistrado, convém ressaltar os ensinamentos da doutrina, que entende pela inexistência dos limites vinculativos impostos ao magistrado.

Sobre o primeiro argumento, deve-se ter em mente que a existência de uma força vinculativa entre um caso paradigma X e um novo caso Y de situação fática e de mérito semelhante não quer dizer que o magistrado ficará

impedido de julgar a demanda a ele apresentada e passará a ser apenas um repetidor das decisões proferidas pelos tribunais superiores.

O instituto do precedente judicial nunca se prestou para limitar o poder decisório do magistrado, muito pelo contrário. Diferentemente dessa ficção doutrinária, a doutrina do *stare decisis* ensina, tão somente, pela manutenção e continuidade das teses jurídicas perante as diversas instâncias dentro do Poder Judiciário.

O principal objetivo dos precedentes é o de uniformizar os entendimentos jurídicos, de forma a garantir uma estabilidade jurídica advinda dos Tribunais Superiores.

Ademais, a doutrina do *stare decisis* concede mecanismos próprios de aplicação e superação dos precedentes judiciais, quais sejam, o *distinguish,* o *overruling* e o *overriding*. Além disso, também existem mecanismos legais de superação dos entendimentos firmados pelos tribunais superiores, como é o caso da possibilidade de revisão de súmula vinculante e possibilidade de superação da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas no âmbito do STJ.

Tais mecanismos são os verdadeiros freios existentes que se opõem perante a força vinculante que emana das teses jurídicas firmadas em precedentes judiciais.

Isso porque o limite objetivo que existe sobre a força vinculante de um precedente judicial se trata exatamente das peculiaridades do caso a caso. Uma vez existindo peculiaridade que obste a vinculação do convencimento do magistrado com a *ratio decidendi* do precedente judicial, ele não deve ser aplicado ao caso sob exame.

Percebe-se, então, que a *ratio decidendi* tanto vincula como também se auto limita perante a atividade de convencimento do magistrado.

A existência desse limite objetivo imposto à vinculação dos precedentes judiciais é de extrema importância já que o dinamismo da sociedade civil é constante. A possibilidade de revisar as teses jurídicas firmadas em sede de precedentes judiciais se coaduna com a máxima "nenhuma verdade é absoluta". A tese que, hoje, é aceita pelos tribunais, amanhã, pode não ser mais aplicada em decorrência da aplicação de tese totalmente diferente.

Ademais, enquanto Poder receptor dos litígios sociais, o Poder Judiciário recebe, diariamente, uma enxurrada de demandas das mais variadas naturezas jurídicas, e, dentro de cada natureza jurídica, comporta ainda outra enxurrada de casos indiferentes entre si. Dessa forma, perfaz-se necessário que o magistrado, no exercício da atividade jurisdicional, disponha de mecanismos capazes de suportar a quantidade exorbitante de casos peculiares.

As inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 a respeito da aplicação da doutrina do *stare decisis* proporcionará não apenas uma solução mais rápida dos litígios apresentados ao Poder Judiciário, como também garantirá maior igualdade nas decisões proferidas pelos tribunais e previsibilidade das relações jurídicas, o que, consequentemente, assegurará maior segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 3**, de 17 de março de 1993. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 mar. 1993. Seção 1, p. 3209. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm>. Acesso em: 13 de maio 2017.

_____. **Constituição (1998). Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de novembro de 2004. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 30 de dez. 2004. Seção 1, p. 9. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 13 de maio 2017.

_____. **Decreto-Lei 1.608**, de 18 de setembro de 1939. Coleção de Leis do Brasil – vol. 006. Poder Legislativo. Brasília, DF, 18 de dez. 1929, p. 311, col. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 13 de maio 2017.

_____. **Lei n.º 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 de jan. 1973, Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 13 de maio 2017.

_____. **Lei n.º 8.038**, de 28 de maio de 1990. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 de mai. 1990. Seção 1, p. 10159. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 13 de maio 2017.

_____. **Lei n.º 13.105**, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Brasília, DF, 17 de mar. 2015, Seção 1, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 13 de maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 149**. Brasília, DF, 18 de dez. 1995. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.

jsp?livre=S%FAmula+149&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true#-DOC2>. Acesso em: 16 de maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 116153 MS**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, Brasília, DF, 06 de jun. 2013. Disponível em: < https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23352294/habeas-corpus-hc-116153-ms-stf/inteiro-teor-111688908>. Acesso em: 16 de maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. 2986 SE**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 17 de mar. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24987020/reclamacao-rcl-2986-se-stf>. Acesso em: 16 de maio 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **Processo TRT nº 0001327-54.2016.5.06.0015 (RO)**, Relator: Juíza Convocada Ana Maria Soares Ribeiro de Barros. Recife, PE, 13 de set. 2016. Disponível em: <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/418271258/recurso-ordinario--ro-13275420145060015/inteiro-teor-418271268?ref=juris-tabs>. Acesso em: 22 de maio 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **Processo TRT nº 0000079-95.2015.5.06.0313 (RO)**, Relator: Desembargadora Maria das Graças de Arruda França. Recife, PE, 15 de mar. 2017. Disponível em: <https://pje.trt6.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_id=xUh6U6qIf2w%3D&p_completo=0&p_tamanho=0&cid=29929>. Acesso em: 30 de maio 2017.

BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. A valoração racional das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE, 2013, São Paulo. **Anais eletrônicos**. São Paulo: CONPEDI, 2013. p. 407-428. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471>. Acesso em: 25 abr. 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.** Tradução dos Santos. 4 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

CÂMARA, Alexandre Freitas. ***O Novo Processo Civil Brasileiro***. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas. **Justificando:** mentes inquietas pensam Direito. 13 abr. 2015. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/13/a-expulsao-do--livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>. Acesso em: 05 de maio 2017.

DIDIER JR.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 6 ed. Salvador: Editora JusPODVM, 2011.

DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo código de processo civil:** comparativo com o código de 1973. Salvador: Editora JusPODVIM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. **JOTA.** 06 abr. 2015. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em: 04 de maio 2017.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, vol.I. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: RT, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**: São Paulo, 1983. Abr.-jun. p. 152: 1-15.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais. Como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil? **Universitas JUS**. vol. 26, n. 2, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Princípios Fundamentais** – Teoria Geral dos Recursos. 4 ed. São Paulo: RT, 1997.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. **Constituição, Economia e Desenvolvi-**

mento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, Jan.-Jun. p. 43-68.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis – V FPPC, 2015, Vitória. **Carta de Vitória:** enunciados do fórum permanente de processualistas civis. Vitória: 2015. Disponível em:< http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 22 de abr. 2017.

VIVEIROS, Mauro. O Precedente no Controle de Constitucionalidade Brasileiro: visita ao modelo Norte Americano. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, Cuiabá, ano 4, n. 6, p. 135-151, jan./jun. 2009

A MORTE COMO PENA – *CONTRADICTIO IN TERMINIS* –, SEGUNDO O PENSAMENTO DE MIGUEL REALE

DEATH AS A PENALTY – CONTRADICTIO IN TERMINIS –, ACCORDING TO THE THOUGHT OF MIGUEL REALE

Lucas Santos Jatobá
Pós-graduado, *lato sensu,* em Direito Administrativo (UFPE) e em Direito Penal e Proc.Penal (Esmape/Fac.Mauricio de Nassau). Concluiu Curso de Preparação à Magistratura (5ª Turma – Esmape).

RESUMO: A ausência de definição, como categoria sancionatória juridicamente aceitável, para o evento morte, torna rarefeitos, imprecisos, e muitas vezes divergentes, quaisquer significados ao mesmo atribuível, inclusive nos mais diversos campos do conhecimento, sinalizando, tal inconsistência de significado, em consórcio com a imensa gama de interpretações religiosas e filosóficas indemonstráveis, para a impropriedade da utilização da morte como sanção penal, vez que desprovida do mínimo de expressão empírica plausível do seu caráter como pena, pelo desconhecimento mesmo de o evento ser ou não justificadamente servível a propósitos e fins sociais, pedagógicos e retributivos, face à conduta delituosa.

ABSTRACT: The lack of definition, as legally acceptable punitive category for the event death, becomes rarefied, innacurate, and often divergent, any meanings at the same attributable, even in the most diverse fields of knowledge, signaling, the inconsistency of meaning, in consortium with the vast range of religious and philosophical interpretations unprovable, for the improper use of death as a penalty, without the least plausible empirical expression of his character as a penalty, even for lack of knowledge if the event can be or not justifiably suitable for the purposes and social, educational and remunerative, in the face of criminal conduct.

1. INTRODUÇÃO

Objetiva-se, nestas linhas, demonstrar a importância do legado do saudoso catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo, então membro da Academia Brasileira de Letras, professor Miguel Reale (1910–2006), para o debate, longe de seu termo, que sempre se apresenta à sociedade jurídica mundial, em torno da abolição da pena capital, dada a originalidade e inegável plausibilidade de suas proposições defendidas no já longínquo ano de 1968, em *O Direito como experiência*,[1] uma de suas mais festejadas obras, precisamente no ensaio XII, intitulado *Pena de morte e mistério*.[2]

Com efeito, veremos que também assertivas e digressões não necessariamente jurídicas gravitam em torno da singular explanação do jusfilósofo contemporâneo acerca da imprestabilidade da sanção máxima, porquanto contrária aos valores essencialmente resguardados pelo direito, antinômica em sua ontogênese, sendo ainda largamente utilizada em inúmeros países não exclusivamente pobres, periféricos ou mesmo guiados por regimes impregnados de autoritarismos e religiosidade exacerbada, mas legitimada, ainda, pela maior potência econômica do planeta.

Espera-se, assim, trazer à baila ligeiros apontamentos sobre o específico entendimento do professor Miguel Reale quanto à análise da essencialidade mesma daquilo que se costuma apresentar a ordenamentos jurídico-penais como sanção, a saber, a morte, mas que, paradoxalmente, revela-se a própria antítese do bem jurídico mais valioso e, portanto, melhor preservado pelo direito penal ocidental, ou seja, a existência humana, repositório de características individualizadas e inalienáveis, que há de ter no direito salvaguardas institucionais para preservação da espécie *homo sapiens*, e não, ao inverso, institutos de roupagem extrajurídica que põe-na em inaceitável vulnerabilidade, para não dizer, em vias, legitimadas, de extinção de seres humanos.

Pena de morte e mistério, ensaio XII, da festejada produção do professor Miguel Reale, antes referenciada, parte da problematização da temática legitimadora da punição extrema a partir, principalmente, do enfrentamento sistemático da conceitualização racional do instituto da pena em paralelo à questão da morte, esta sendo abordada sob prismas filosóficos, daí haver o professor Reale eleito Santo Agostinho, Sêneca, Heidegger e Sartre, e respectivas doutrinas, visando demonstrar a incompatibilidade,

1 - REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.
2 - *Idem,* pp. 277-287.

dada a completa ausência de parâmetros mínimos de coerência lógica, de fenômenos essencialmente díspares, antagônicos em todos os sentidos, portanto inconciliáveis, como sendo: morte e pena.

Interessa-nos, neste despretensioso estudo e no rastro dos categóricos posicionamentos jusfilosóficos do catedrático Miguel Reale, traçar algumas linhas acerca do desvirtuamento patente do instituto da pena, revelado todas as vezes que se adota instrumento inexperimentável e irrepetível como a morte, cuja decifração dos enigmas metafísicos que a envolvem passa ao largo das limitações do conhecimento humano, afigurando-se intraduzível, ignota, fonte de mistérios e conjeturas as mais desencontradas, revelando-se, como bem diz o vulgo, "a única certeza de nossas vidas", e merecendo, o *post mortem*, tanto dos religiosos e teólogos, como dos filósofos e mesmo dos cientistas, miríades de definições e presunções, levando Shakespeare, através do "imortal" personagem Hamlet, a formular o magistral questionamento: "Ser ou não ser... Eis a questão. Que é mais nobre para a alma: suportar os dardos e arremessos do fardo sempre adverso, ou armar-se contra um mar de desventuras e dar-lhes fim tentando resistir-lhes? Morrer... dormir...mais nada... Imaginar que um sono põe remate aos sofrimentos do coração e aos golpes infinitos que constituem a natural herança da carne, é solução para almejar-se. Morrer... dormir...dormir...Talvez sonhar...É aí que bate o ponto. O não sabermos que sonhos poderá trazer o sono da morte, quando ao fim desenrolarmos toda a meada mortal, nos põe suspensos. É essa ideia que torna verdadeira calamidade a vida assim tão longa! Pois quem suportaria o escárnio e os golpes do mundo, as injustiças dos mais fortes, os maus-tratos dos tolos, a agonia do amor não retribuído, as leis amorosas, a implicância dos chefes e o desprezo da inépcia contra o mérito paciente, se estivesse em suas mãos obter sossego com um punhal? Quem fardos levaria nesta vida cansada, a suar, gemendo, se não por temer algo após a morte – terra desconhecida de cujo âmbito jamais ninguém voltou – que nos inibe a vontade, fazendo que aceitemos os males conhecidos, sem buscarmos refúgio noutros males ignorados? De todos faz covardes a consciência. Desta arte o natural frescor de nossa resolução definha sob a máscara do pensamento, e empresas momentosas se desviam da meta diante dessas reflexões, e até o nome de ação perdem!".[3]

2. REALE E A CONCEITUAÇÃO DE PENA. RAZÃO E EXPERIÊNCIA

A crítica realeana, formulada em *Pena de morte e mistério*, quanto ao distanciamento dos estudiosos do direito em abordar o problema da

3 - SHAKESPEARE, William. **Hamlet.** Tradução de Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993, p. 74.

morte, na particular questão da sua aplicação como sanção penal, residiria, principalmente, na impossibilidade de se conceber a ciência do direito dissociada de abordagens prospectivas de fatos imanentes à condição e experiências humanas, que justamente se pretendem ver regulados pelo direito. Daí não se poder atribuir exclusividade alguma à exploração da temática da morte aos campos da filosofia, arte ou literatura, dada a dimensão universalizadora que acompanha a sua própria condição interdisciplinar, pois em que pese a implantação da pena capital se encontrar associada a questões de ordem política, a sua natureza encerra, a um só tempo, importâncias e dimensões jurídicas, mas igualmente reuniria contornos reconhecidamente filosóficos, tanto pelo seu peculiar conteúdo, quanto pela repercussão que enseja no meio social, a fomentar os mais diversos questionamentos e múltiplas reações comportamentais.

Reale explora, ainda, a discutível legitimidade do poder instituidor da pena capital conferido ao legislador, visto que a normatização, por si só e alheia aos questionamentos filosóficos de sua viabilidade, relegando aos operadores do direito a mera sujeição aos seus ditames processualísticos, apenas tem acrescido o problema de sua legitimidade, mormente quando se indaga da própria discricionariedade do órgão estatal soberano em decretar ou reinstaurar a punição em comento. Neste sentido, mister nos socorrermos da visão do grande Voltaire: "As leis não podem deixar de ressentir-se da fraqueza dos homens que as fizeram. Elas são variáveis como eles."[4]

Importa, sobremaneira, destacar em Reale a relevância que o mesmo confere à necessidade de se partir de estudos e meditações produzidos por filósofos e pensadores de nomeada, acerca do evento morte, perseguindo, assim, o firme propósito de estabelecer, à luz da filosofia existencialista e sem qualquer menoscabo às inferências próprias da filosofia analítica - pelo contrário, dada a probabilidade de até mesmo confluírem -, balizas interpretativas que ao menos acenem para uma até então improvável "compatibilidade lógica entre o conceito de pena e o conceito de morte".[5]

É nítida a preocupação de Miguel Reale quanto à necessidade de se buscar o conceito fundamental de pena, desde que se possa revelar capaz de identificar fielmente sua natureza e finalidades, diante de não poucas divergências suscitadas pela plêiade de teorias que se prestam a abordar problema de contornos tão multifacetados. Ainda assim, não se poderia de todo descartar a existência de liames intrínsecos aos seus aparentemente

4 - VOLTAIRE, Cândido. **O preço da justiça**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 07.
5 - REALE, Miguel. Ob.cit. (nota 1), p. 279.

dessemelhantes conteúdos e paradigmas, porventura indicadores de alguma comunhão de objetivos ou mesmo confluências em torno de um único propósito.

Alerta o estudioso, entretanto, acerca do desvirtuamento gerado pela impossibilidade, frequentemente observada, de se tentar desincompatibilizar a pena do conceito englobante e generalizante de sanção. Inadmissível, ao Direito Penal, assim se tem revelado, conceber qualquer critério exclusivista, como que originalíssimo e dissociado daquele significado comum que se atribui à sanção em um ordenamento juridicamente estabelecido.

A pena, contudo, já encerraria em si mesma a natureza da própria sanção, apenas sua aplicação se voltaria, em caráter especial, às violações de preceitos tipicamente penais, ao passo que a sanção seria tomada como elemento inerente a todo preceito jurídico, dada a sua função protetiva que exsurge na medida em que o comando expresso pela regra jurídica resta inobservado, inadimplência que redunda em violação ao ordenamento do direito como um todo.

Distinguir-se-ia a pena das outras sanções, tanto em relação a requisitos formais, mas essencialmente pela singularidade e relevância de seu conteúdo, a representar valores e interesses especificamente tutelados.

Não bastando afirmar-se como mera consequência jurídica do crime, ou mesmo simples e previsível relação de causalidade, a aplicabilidade da pena, longe de tais contornos reducionistas, exprimiria, precipuamente, todo um arcabouço, um modelo bem definido e acabado de situações valoradas e racionalmente concebidas que integraram aquele normativo especificamente afrontado.

Como categoria racional, por sua natureza e especificidade finalística, a pena supera divergências de ordem puramente conceitual, onde se lhe atribuem ou ressaltam características de cunho eminentemente preventivo, como também feição preponderantemente retributivista, havendo ainda correntes doutrinárias que apontem, a um só tempo, o seu viés repressor e preventivo. Fato é que a experiência demonstra a preponderância da racionalidade teleológica em sua concepção.

Voltada à periculosidade do agente ou associada à ideia de eticidade, quando representada pela imposição de castigo ao infrator, importa que a consequência da aplicação da pena terá, sempre, que se firmar sob um parâmetro naturalístico de mudanças em um plano juridicamente aceitável, porquanto resultado de valorações prévias da ilicitude que a precedeu e se configurou, forjadas na racionalização da experiência, como anteriormente fora colocado, donde se chegará a uma correlação lógica, de meio a fim, acorde com o paradigma escolhido.

Diante de todo um característico cenário de balizamentos teóricos predominantemente penais, restará ao penalista sopesar, segundo a lição de Miguel Reale, os critérios norteadores de ajuste e graduação da pena, fazendo-o com o concurso da razão e da experiência, e a partir das peculiaridades do bem jurídico ofendido pela lesão delituosa, considerando-se a pessoa do agente e dimensionando indicadores advindos da consciência individual e do senso comum.

Dar-se-á o emprego da razão e experiência, nessa atmosfera de justificação e aplicabilidade da sanção penal, na medida em que confluírem, de forma sistematizada, critérios científicos emanados de uma multidisciplinaridade representada, por exemplo, pelo cotejo de apanhados e experimentos dos mais variados matizes, a saber, advindos de aferições sociológicas, prospecções estatísticas, bem como originários de estudos psicológicos. Encontramos em Gustav Radbruch a seguinte ponderação: "Os argumentos decisivos contra a pena de morte devem-se buscar em planos situados mais acima e mais abaixo da filosofia do direito: por um lado, nos argumentos éticos e religiosos contra sua admissibilidade, e, por outro, nas provas estatísticas e psicológicas que a experiência nos oferece contra a sua necessidade."[6]

Reale ensina que somente a partir de uma "racionalização concreta"[7], cogitada a partir da experimentação pontual dos apostolados teóricos, exsurgirá uma política criminal prenhe de viabilidade e condizente com seu propósito fundamentalmente ético a que teleologicamente deverá se prestar.

3. A MORTE COMO CATEGORIA PENAL SANCIONATÓRIA: DISCUSSÕES FILOSÓFICAS SOBRE O SIGNIFICADO DA MORTE

Firmadas as premissas de ordem racional e experiencial utilizáveis na construção do conceito realeano de pena, afigurar-se-ia flagrante a literal oposição revelada em relação ao conceito de morte, aliás, única conclusão plausível, dadas as diferenciações de ordem lógica, bem como ontológica, que ambos os eventos compreendem, vez que essencial e diametralmente inconciliáveis, daí a impossibilidade de aglutinação de institutos tão díspares – antitéticos mesmo. Não há como, por completa negação lógica de um conceito em relação a outro, servir a morte como instrumental da pena e vice-versa.

Amparado na filosofia agostiniana, infere o professor Miguel Reale acerca da apenas vã tentativa de se alcançar o mínimo de consenso a respeito

6 - RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 254

7 - REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 280.

da decifração do enigma e mistério que permeiam o evento morte, a partir mesmo da incapacidade de se promover aferição precisa da delimitação do seu limiar, do verdadeiro "estado de morte"[8] e do seu porvir. Pior: estaria o homem, na concepção de Santo Agostinho, em contínuo perecimento, isto desde o nascimento. Além do que, forte na doutrina de Haidegger, preconizadora do absurdo que a morte representa, pelas impossibilidades que confere à existência plena e ideal, nenhuma experiência adviria do óbito de qualquer semelhante em relação aos seus pares.

Não haveria nenhum grau ou espécie de intersubjetividade no fenômeno da morte, dado o seu peculiar caráter inexperienciável, porquanto intransmissível e reduzido a limites estritamente individualizados, na ótica de Gabriel Marcel, Roger Mehl e Ferrater Mora. A morte dos outros representaria tão-somente uma inalcançável "quase-experiência" do evento final.

A imposição da pena de morte não pode passar ao largo dos questionamentos antes colocados, essenciais à própria justificação de sua aplicação, visto que o reducionismo do alcance e significado de medida tão extrema e irreversível, traduzir-se-ia em conceber o sancionamento capital como mero instrumento de eliminação material de corpos – qual banal expurgo de membros de um tecido social estruturado sob paradigmas em tese não observados pelo agente do delito, e nem mesmo pelas relações de poder, ao não se questionar valores outros, intrínsecos à própria existencialidade humana -, pois admitida como irrelevante etapa processual já de todo vencida. Opera-se, então, sob uma moldura de pseudo racionalidade, o paroxismo da relativização da vida, debalde a total ausência de razoabilidade minimamente aceitável quanto ao severo e nunca resolvido dilema sobre a enigmática e misteriosa "destinação"[9], a que as limitações humanas estão, até os nossos dias, subjugadas pela imperscrutável e mística aura do além e da incorporeidade.

Novamente partindo das concepções existencialistas de Heidegger e Sartre, entende o professor Miguel Reale que a contradição no emprego da modalidade de pena aqui discutida se avoluma quando, servindo a morte de instrumento penal, antecipa o ocaso de uma consequência natural de nossa existência, sem que esse episódio, por ser inato à condição humana, apresente-se sob a forma de sanção, castigo, mas de "elemento essencial da vida".[10] Injustificadamente seria, ainda, seguindo tal raciocínio, a intervenção do braço estatal em seara tão personalíssima, íntima mesmo - a própria morte do indivíduo -, insusceptível, como se é possível conjeturar, de ser conspurcada por regulações institucionalizadas, estabelecidas sob a forma de deliberações

8 - REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 281.
9 - *Idem,* p. 282.
10 - *Idem,* p. 283.

burocráticas acerca de um extermínio previamente estabelecido, a exemplo da eleição da data, lugar, método e horário da execução.

Com suporte em Sêneca, *"nemo moritur nisi sua morte"* e *"nemo nisi suo die moritur"*,[11] pondera o professor Reale que o veredicto da pena capital, por si só, representaria verdadeira substituição da pessoa do infeliz condenado, já desconsiderada na essência, tal a abrupta desconstrução que se operaria em torno da figura humana do réu, prévia e eticamente destruído, qual antecipação de uma fatalidade que sabidamente se avizinhará, numa preestabelecida sucessão de ilogicidades institucionalmente admitidas, em patente subversão à ordem natural da escala cronológica do viver terreno. A firme deliberação estatal pró-morte, só de longe revestida de qualquer objetividade científica, mais se assemelharia, segundo Miguel Reale, à instrumentalização de "insondáveis desígnios",[12] dada a pseudo racionalidade que a integra, vazia de rigor científico juridicamente aceitável.

Visto que, assevera o jurista, inseparáveis os conceitos de morte e de pessoa, inexplicável se apresenta o emprego da morte como pena, dada a eliminação do seu próprio destinatário, além de negar a pessoa em sua plenitude, dando-lhe uma acepção de mero objeto, sem qualquer reconhecimento aos valores inerentes à própria espécie humana, à condição peculiaríssima de cada ser como realidade biopsicossocial e, a um só tempo, universal.

A efetivação da pena capital, na visão sartreana, traduzir-se-ia no total aniquilamento do homem e de suas possibilidades, a preponderância mesma de juízos de outrem sobre a própria avaliação axiológica individual, num quadro de desconstrução estatal e generalizada dos valores humanos, a qual Carnelutti,[13] invocado por Reale, teria identificado a sua natureza expropriatória da condição humana, reduzida que fora a uma banal e distorcida projeção estigmatizante esquadrinhada pelo Estado, como sendo a de um ser já de todo e precocemente espoliado do seu patrimônio ético e transcendente, excelso e objetivamente imensurável, mas inato a todos, independentemente de faltas e imperfeições que nele se possam reunir.

A morte, como vislumbra Reale, não deve ser levada à categoria de um problema, a ser racionalmente observado e equacionado, até mesmo pela impossibilidade do êxito de tal indústria. Etapa mais que previsível da própria existência, destinação imanente desta última, cerca a morte uma aura de mistério que, na verdade, envolve a própria existência, havendo igualmente que se falar também do mistério que se debruça sobre o nascimento.

11 - REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 283.
12 - *Idem, ibidem*.
13 - [13]REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 283.

O estudo de Reale acerca da pena de morte possui caráter eminentemente laico, assim atestado quando se percebe o seu distanciamento relacionado a questionamentos - e que a história demonstra serem muitos - voltados para uma seara preponderantemente religiosa. Intenta o aludido luminar do direito demonstrar que as justificativas para aplicação da sanção em debate são forjadas em bases descoladas do menor substrato lógico-racional, advindo de tal constatação a imprestabilidade, como pena, da utilização da morte.

4. MORTE E DOSIMETRIA PENAL. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS QUANTIFICATIVOS. A PROPORCIONALIDADE INEXISTENTE

Aspecto brilhantemente enfocado pelo professor Reale, no intuito de apontar o absurdo da morte frente à gradação das penas em um ordenamento juridicamente estabelecido, é o da incapacidade plena de se adequar a morte a parâmetros lógicos de cômputo temporal para estipulação de pena, dada a atipicidade invencível com que a mesma se apresenta diante de qualquer modelo de dosimetria penal. Quanto à morte não haverá possibilidade matemática plausível que demonstre o acerto de uma proporcionalidade minimamente aceitável em graduação penal, levando-se em consideração que é próprio da função estatal servir-se de estimativas logicamente aferíveis para o exercício do *jus puniendi.* Ora, seria da própria natureza da justiça penal um sistema legal com previsão gradativamente criteriosa de sanções, formulado com base, principalmente, nos múltiplos aspectos que permeiam o ilícito cometido e a personalidade do infrator, dentre outros requisitos, pois, do contrário, as sanções desarrazoadamente aplicadas importariam em negação da justiça, visto que os juízos firmados sobre a infração e a pessoa do infrator seriam imprestáveis para a fixação do *quantum satis.*

Sem escalas de proporcionalidade, a pena de morte induz à quebra da lógica das gradações temporais, cronológicas, ultrapassando abruptamente o tempo da vida para o "não tempo da morte",[14] tornando-a insusceptível de submissão à qualquer fórmula de quantificação proporcional possível e razoável.

Reale não negligencia a censurável inércia do não enfrentamento dessas aporias pelos adeptos da sanção capital, que quando não apenas deixam de emitir qualquer juízo contornam a problemática homenageando opiniões de cunho unicamente subjetivista de renomados penalistas, a exemplo de Giuseppe Bettiol, citado pelo professor Miguel Reale, que longe de conceber como aceitável a imposição de "sofrimento infligido ao culpado

14 - REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 285.

além da exigência retributiva"[15], admite que a determinados fatos de extrema gravidade "o desequilíbrio por eles produzido no seio da coletividade não pode ser compensado ou contrabalançado senão com a aplicação da pena de morte, a única que, nas circunstâncias concretas, se mostra verdadeiramente retributiva e proporcionada ao mal perpetrado"[16]. Mais uma vez avultaria a desproporcionalidade inata à pena capital, desprovida de critérios aferíveis de quantificação e de referência lógica e que no dizer de Reale, "na ordem social das sanções penais a pena de morte representa, na realidade, um *plus,* insuscetível de gradação objetiva"[17].

5. LIMITES AO PODER PUNITIVO DO ESTADO. CARRARA E AS PENAS AFLITIVAS

A Reale não se justificaria, como vimos, sob o menor fundamento, a pena de morte. Como instrumento de defesa ou prevenção sociais, buscando alijar o infrator do seio do tecido social, a reclusão duradoura ou mesmo perpétua, com todas as suas mazelas e paradoxos, num específico particular de estreita comparação com a penalidade máxima, ainda seria solução racionalmente aceitável, nunca ideal, mas capaz de proporcionar a aferição de alguma real e efetiva funcionalidade da pena, voltando-se ao estudo da personalidade do criminoso, preservando-se, a um só tempo, os valores da convivência humana. E aqui é forçoso trazer, nessa ordem de ideias e em complemento ao estudo de Reale, a igualmente bela doutrina de Carrara que pontifica, quanto às denominadas penas aflitivas - aquelas que "afligem o culpado, sem chegar-lhe a tirar a vida"[18], dentre as quais a reclusão -, o seguinte ensinamento: "A pena aflitiva restringe a liberdade e impede certos atos. Mas a liberdade permanece no condenado como direito formal, não obstante limitada no objeto; e ele a atua, ressalvada a restrição em que incorreu por violar a lei. Ele conserva a liberdade de consciência, a livre manifestação do pensamento, a liberdade de movimento dentro da cela. Em uma palavra, é sempre homem: não cessou a sua personalidade. Tanto isso é verdade que pode novamente delinquir. Toda essa teoria depende de um princípio capital: decidir se o homem tem na vida um fim, e qual seja este."[19]

Tem-se, ainda com Francesco Carrara, desde o remoto ano de 1875, o magistério edificado em bases incondicionalmente protecionistas da espécie

15 - *Idem,* p. 286.
16 - *Idem, ibidem.*
17 - *Idem, ibidem.*
18 - CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal, Parte Geral, vol.II.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: LZN Editora, 2002, p.122.
19 - *Idem,* p.115.

humana, vazado nos seguintes termos: "Somos levados a concluir pela negação do poder de matar; porque a lei da natureza é lei essencialmente conservadora. Neste sumo princípio se inspira aquela lei e constantemente a ele adere, salvo os casos em que a conservação de um ente seja atualmente incompatível com a conservação de outros seres iguais, quando então a lei que permite a destruição não contraria, mas confirma, o princípio conservador. Ora, deste magno princípio nos parece dever-se deduzir que a lei da conservação não permite a destruição de um homem, quando a necessidade presente da defesa dos outros homens não exija tanto sacrifício, assim como não a permite sequer como pena da já consumada destruição de outro ser, pois não se pode afirmar que ao assassino seja dada a morte para conservar o assassinado. Levada a disputa a esse ponto, a legitimidade da pena de morte já não é hoje sustentável. As condições atuais dos povos cultos não mais fazem (na delinquência ordinária, e nos tempos normais dos Estados) do extermínio do inimigo social uma necessidade material".[20]

Carnelutti, que vê na pena, como Carrara, expressão maior da lei natural, "que constitui o fundamento das leis jurídicas penais",[21] firmou, nos idos de 1933, em relação à pena capital, a sua posição humanística concebida a partir de substratos notadamente éticos e religiosos: "Matando um homem, diferentemente de um animal, não se corta somente uma vida, mas antecipa-se o termo fixado por Deus para o desenvolvimento de um espírito, ou seja, para a conquista de uma liberdade. Somente quem não leva em consideração o valor da vida do corpo em relação àquele desenvolvimento e àquela conquista pode ignorar que da vida de um homem nenhum outro, qualquer que seja sua autoridade e qualquer que seja sua razão, pode dispor sem usurpar o poder de Deus."[22]

Gustav Radbruch,[23] citado por Reale, argumenta acerca da impropriedade da disponibilização, pelo Estado, do direito sobre a vida e morte das pessoas, qual a concepção hegeliana exclusivamente supraindividualista, negadora, portanto, da essencialidade humana e favorável à "totalidade ética" - a todos impondo subordinação.

Etapa natural da vida humana, não se pode emprestar uma conotação de terror ao evento morte, para o fim de servir de instrumento de controle e prevenção criminais, dado não ser esse o essencial significado que deriva de toda a sua complexidade e mistério fenomênicos. Lembremos de Schopenhauer, para quem a morte, "por mais temida que seja, não pode

20 - *Idem,* p.112.
21 - CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 15.
22 - CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit. (nota 21), p. 33.
23 - REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 284.

ser propriamente mal algum. Muitas vezes ela aparece até como um bem, como algo desejado, como uma amiga bem-vinda. Qualquer um que deparou com obstáculos intransponíveis para sua existência, ou para suas aspirações, que sofra doenças incuráveis, ou desgostos inconsoláveis, tem como último refúgio, que muitas vezes se oferece por si mesmo, o retorno ao ventre da natureza".[24]

Simmel,[25] festejado por Reale, concebe uma aura enigmática da morte, imperscrutável, insondável mesmo, cercada de uma intangibilidade sempre capaz de repelir os insuficientes artifícios da razão em decifrá-la. Reduzir a concepção do que seja a morte, somente para usos e fins penais, buscando um significado qualquer que exprima mera e banal desconstrução corpórea, seria imprimir censurável reducionismo hipócrita a uma essencialidade jamais humanamente compreensível. E como atribuir efeitos de natureza penal àquilo que se desconhece? Dita impossibilidade remete-nos à lembrança das palavras de Goldschmidt: "La pena capital despoja al hombre de su vida. Dicha pena es injusta por cortar el libre desarrollo de la personalidad. Pero también lo es porque desconocemos sus efectos completos, y porque no sólo es injusto atribuir impotencia por razones incognoscibles, sino porque también es injusto atribuir una impotencia incognoscible."[26]

6. CONCLUSÃO

Em consonância com o que aqui expusemos da teoria de Reale, acerca da fundamentação do direito de punir, não há como olvidar a célebre e secular conclusão a que chegou Tobias Barreto, quando aduz que sua base conceitual deve se erigir em substratos científicos: "O direito de punir é um conceito científico, isto é, uma fórmula, uma espécie de notação algébrica, por meio da qual a ciência designa o fato geral e quase cotidiano da imposição de penas aos criminosos, aos que perturbam e ofendem, por seus atos, a ordem social."[27]

Em seguida, o expoente da Escola do Recife igualmente pontua acerca do desvio de finalidade a que se atribui a utilização da pena: "Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o fato de que ela tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há de mais alheio à vida jurídica".[28]

24 - SCHOPENHAUER, Arthur. **Metafísica do amor, metafísica da morte**. Tradução de Martial Gueroult. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 71.
25 - REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 287.
26 - GOLDSCHMIDT, Werner. **La ciencia de la justicia (Dikelogia).** Madrid: Aguilar, 1958, p.371.
27 - BARRETO, Tobias. **Estudos de Filosofia. In Obras completas de Tobias Barreto**. Tomo I.Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1966, p. 167.
28 - *Idem*. p. 177.

Pois bem. Ainda por quanto tempo se colocará o dilema monocórdio, esse de que possa evento tão multifacetado como a morte, genuinamente polissêmico, coadunar-se com o instituto da pena, que cada vez mais procura alicerçar-se em fundamentações teórico-empíricas cientificamente demonstráveis?

O prognóstico de Mittermaier já ultrapassou mais de século, não sendo, contudo, ainda concretizado em sua inteireza: "Considerou-se, por muito tempo, indispensável a tortura, as mutilações e a pena de morte qualificada: todos esses gêneros de suplícios desapareceram, graças ao progresso da civilização e da moral. Ver-se-á desaparecer também a pena de morte."[29]

As palavras que seguem, em literal transcrição, são da lavra do eminente jurista Miguel Reale. Serviram como arremate do trabalho original do mestre e, em homenagem ao mesmo, fazemos uso de suas linhas para igualmente finalizar esta sucinta abordagem, a que se pretendeu enaltecer a grandeza da originalidade das ideias realeanas sobre tema tão controverso e visto, pelo catedrático, sob um enfoque de singular e erudita interpretação, cujas décadas de divulgação estão longe de alijá-las de qualquer grande debate acadêmico na atualidade, *verbis:* " Penso, em suma, que, analisada à luz de seus valores semânticos, o conceito de pena e o conceito de morte são entre si lógica e ontologicamente irreconciliáveis e que, assim sendo, 'pena de morte' é uma *contradictio in terminis.*"[30]

7. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BARRETO, Tobias. **Estudos de Filosofia**. *In* Obras completas de Tobias Barreto. Tomo I. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1966.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**, Parte Geral, vol.II. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: LZN Editora, 2002.

DEL VALLE, Agustín Basave Fernández. **Meditación sobre la pena de muerte**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1997.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La ciencia de la justicia (Dikelogia)**. Madrid: Aguilar, 1958.

29 - MITTERMAIER, Karl Josef Anton. **A pena de morte**. Tradução de Amilcare Carletti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004, p. 24.
30 - REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 287.

FALCÓN Y TELLA, Fernando; FALCÓN Y TELLA, Maria José. **Fundamento e finalidade da sanção. Existe um direito de castigar?** Tradução de Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MITTERMAIER, Karl Josef Anton. **A pena de morte.** Tradução de Amilcare Carletti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** Tradução de Tadeu Antônio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEREU, Ítalo. **A morte como pena: ensaio sobre a violência legal.** Tradução de Cristina Sarteschi. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência.** São Paulo: Saraiva, 1968.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Metafísica do amor, metafísica da morte.** Tradução de Martial Gueroult. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet.** Tradução de Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993.

VOLTAIRE, Cândido. **O preço da justiça.** Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

A OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE OU EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE APÓS AS REFORMAS PROCESSUAIS E O CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL DE 2015

THE OBJECTION OF EXECUTIVITY OR EXCEPTION OF PRE-EXECUTIVITY AFTER THE PROCESSUAL REFORMS AND THE CIVIL PROCEDURAL CODE OF 2015

Marcela Neves Baptista Lins Stillitano
Técnica Judiciária da Justiça Federal de Pernambuco
Ex-advogada atuante nas áreas de Direito Administrativo e Direito Civil
Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário UNINTER. Graduada em Direito pela UFPE

RESUMO: O instituto da objeção de executividade ou exceção de pré-executividade, corolário dos direitos constitucionais de petição, do devido processo legal e do contraditório, após ser introduzido por Pontes de Miranda, já se encontra consagrado no âmbito da doutrina e da jurisprudência nacionais, tratando-se, inclusive, de matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça. Representa a possibilidade de defesa do devedor sem a necessidade de garantir o juízo por intermédio de matérias de ordem pública, conhecíveis de ofício (dentre as quais se destacam a ilegitimidade da parte, erros formais no título, a prescrição e a decadência), as quais dispensam dilação probatória. Justifica-se seu estudo sobretudo diante da necessidade de tornar o processo executivo menos oneroso e mais célere, além de mais eficaz e equânime. O objetivo do presente artigo é, por intermédio de compilações doutrinárias, jurisprudenciais e recortes das legislações pretérita e vigente, responder à seguinte pergunta: com as alterações que influenciaram os contornos da exceção de pré-executividade desde o Códex Processual Civil de 1973 até a recente lei 13.105/15, esse mecanismo permanece relevante ou não mais se justifica sua utilização?

Palavras chave: Objeção de executividade. Ordem pública. Dilação probatória. Alterações. Lei 13.105/15.

ABSTRACT: The institute of objection of executivity or exception of pre-executivity, a corollary of the constitutional rights of petition, due process of law and contradictory, after being introduced by Pontes de Miranda, is already enshrined in the framework of national doctrine and jurisprudence, being including the matter summarized by the Superior Court of Justice. It represents the possibility of defense of the debtor without the need to guarantee the judgment through matters of public order, knowable *ex officio* (among which stand out the illegitimacy of the party, formal errors in the title, prescription and decay) which dispense probationary delay. Their study is justified especially in view of the need to make the executive process less costly and faster, as well as more efficient and equitable. The purpose of this article is to answer the following question through doctrinal compilations, jurisprudence and current and past legislative cuttings: with the changes that influenced the contours of the pre-executivity exception from the Civil Procedure Code of 1973 to the recent Law 13.105/15, is this mechanism relevant or no longer warranted?
Key words: Objection of executivity. Public order. Probationary probation. Changes. Law 13.105/15.

1. INTRODUÇÃO

A fim de propiciar ao devedor a defesa de uma execução infundada sem o constrangimento decorrente da constrição de seus bens, surgiu a objeção de executividade ou exceção de pré-executividade.

Essa construção doutrinária creditada a Pontes de Miranda começou, aos poucos, a ser delimitada pelos juristas pátrios, bem como passou a ser alvo de excertos jurisprudenciais, incluindo a súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça[1], que estabelece requisitos formais e materiais para a sua validade.

Hodiernamente, com o advento do novo Códex Processual Civil de 2015, a objeção de executividade ou exceção de pré-executividade foi regulada em dois de seus dispositivos: o art. 525, § 11 e o art. 803, parágrafo único.

A questão que se coloca em meio ao cenário em lume é a seguinte: a recente positivação no ordenamento jurídico consolida o prestígio desse meio de defesa? Representaria a necessidade de atendimento aos preceitos constitucionais do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a"), da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, LV) ou, simplesmente, sinalizaria o avanço do movimento de simplificação

1 - BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 393. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2016.

processual e eficiência, sendo o instituto desnecessário ante os ditames do novo Código?

Em outras palavras, houve um alargamento da objeção ou exceção de pré-executividade? Deve ela permanecer na ordem jurídica ou ser extinta?

A necessidade de responder satisfatoriamente às indagações suscitadas por essa problemática é justificativa bastante plausível para o aprofundamento do tema.

Logo, procede-se à análise de diversos estudos doutrinários e excertos jurisprudenciais, bem como ao exame da legislação processual em vigor, vez que essa metodologia se mostra a mais adequada para atender aos objetivos do presente artigo.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE A OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE OU EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

De modo a demarcar o instituto da objeção ou exceção de pré-executividade, mister apresentar, ao menos, quatro elementos relativos a ele: (i) suas origens, (ii) seus fundamentos decorrentes de um diploma com superioridade hierárquica – a saber, a Lei Maior, (iii) conceito e requisitos para utilização e, por fim, (iv) a terminologia adequada, haja vista a polêmica existente a respeito.

Pois bem. São esses quatro elementos que se passa a explicitar para que, ao fim, seja possível obter uma noção ampla de como surgiu, quais os alicerces, o que é e como pode ser utilizada a objeção de executividade ou exceção de pré-executividade, bem como o nome mais adequado para ela.

2.1. Origens do Instituto

Para compreender qualquer tema de modo abrangente, fundamental demonstrar a partir de quando ele se tornou perceptível para o mundo como um todo e por qual razão tal fato ocorreu. Com os institutos jurídicos, essa ideia não é diferente.

Daí a necessidade de especificar que há consenso no âmbito doutrinário acerca do destaque que a objeção de executividade ou exceção de pré-executividade recebeu com o jurista Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, nos termos do Parecer número 95 de sua coleção Dez Anos de Pareceres[2].

2 - MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Dez anos de pareceres**. v.4. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1975, p. 125-139.

De acordo com aquela obra, em meados de 1966, Pontes de Miranda foi contratado para elaborar parecer acerca de diversos pedidos de falência contra a Companhia Siderúrgica Mannesmann.

Ocorre que tais pedidos se baseavam em títulos falsos. Consequentemente, a falência da referida empresa não foi decretada.

Insatisfeitos, os supostos credores ingressaram, posteriormente, com execuções tendo como objeto, mais uma vez, os títulos em questão. Caso quisesse se defender, em tese, a Companhia Siderúrgica precisaria apresentar embargos do devedor, os quais apenas seriam aceitos ante a segurança do juízo, segundo a legislação vigente.

Tratava-se de uma situação injusta, mormente ante o elevado valor dos falsos créditos e, consequentemente, da penhora a ser realizada para viabilizar a defesa da Mannesmann.

Foi nesse panorama que o parecerista supracitado alegou, como matéria de ordem pública - a qual dispensaria a segurança do juízo -, a nulidade do título e a impossibilidade de sua execução.

Pontes de Miranda foi, assim, o primeiro a aventar a referida possibilidade.

2.2. Fundamentos Constitucionais

Como considerar um instituto sólido sem expor as bases que o sustentam? Caso os alicerces do referido emanem da Carta Magna – cuja superioridade hierárquica é inerente aos demais diplomais legais no ordenamento jurídico pátrio – isto demonstrará a viabilidade do mecanismo analisado.

No caso da objeção ou exceção de pré-executividade, ela decorre do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, bem como ao devido processo legal, originado do direito norte-americano (*due process of law*) e consagrado no art. 5º, LV da Lei Maior, *ipsis litteris*:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;[3]

3 - BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2016.

Nos termos do referido artigo, a parte não pode ter restringida sua esfera jurídica sem ter exercitado o direito ao contraditório, sob pena de restar configurado o cerceamento de defesa. Afinal, é inviável estar em vigor uma ação executiva sem a observância das formalidades legais básicas e, por isso mesmo, se admite o ingresso com a objeção de executividade ou exceção pré-executividade para corrigir a referida falha.

É certo que, no processo de execução, como ora tratado, os princípios do contraditório e da ampla defesa se revelam menos abrangentes, de acordo com uma parte da doutrina, haja vista a ocorrência prévia de um procedimento cognitivo (nesse sentido, Rosa e Nelson Nery, para quem o contraditório, na execução, é limitado pela própria natureza desse tipo de processo[4]); contudo, ainda que se entenda pela existência de um contraditório atenuado no processo executivo, ele necessita estar presente a fim de assegurar a adequada distribuição da justiça.

Seguindo essa linha de raciocínio, a objeção de executividade ou exceção de pré-executividade representa nada mais do que o exercício do direito de petição constitucionalmente previsto. Com efeito, o instituto possui seu fundamento constitucional na alínea "a" do inciso XXXIV do art. 5º da Lei Maior. De acordo com José Afonso da Silva, citado por Pedro Lenza na obra Direito Constitucional Esquematizado:

> O direito de petição define-se 'como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou situação', seja para denunciar uma lesão concreta, e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade [...][5]

Assim, o objetivo do direito de petição é levar ao conhecimento do poder público um ato ilegal para tomada das medidas cabíveis. Questões de ordem pública, conhecíveis de ofício pelo magistrado, também se incluem nesse rol, e são justamente objeto do meio de defesa ora analisado.

Por isso mesmo, é inadmissível o acréscimo na objeção de executividade ou exceção de pré-executividade do valor da causa: afinal, apesar de se tratar de um mecanismo de defesa, como ora ressaltado, não constitui uma ação propriamente dita, e, sim, consubstancia mero direito de petição.

4 - NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 431.

5 - SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. *Apud* LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 1195.

Ademais, ante a simplicidade da petição e a relevância das matérias suscetíveis de arguição em seu bojo, é inegável que ela representa um avanço rumo à efetividade processual prelecionada no art. 5º, LXXVIII da Carta Magna.

2.3. Conceito e Requisitos Básicos

Examinada a origem do instituto e os fundamentos que o solidificam, cumpre prosseguir nas noções gerais do referido, esclarecendo o conceito e os requisitos para sua utilização.

Siqueira Filho sintetiza o conceito da objeção ou exceção de pré-executividade de modo bastante completo ao especificar que se trata de:

> [...] argüição de nulidade feita pelo devedor, terceiro interessado, ou credor, independente de forma, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, referente aos requisitos da execução, que suspende o processo até o seu julgamento, mediante procedimento próprio, e que visa à desconstituição da relação jurídica processual executiva e conseqüente sustação dos atos de constrição material.[6]

Embora o supracitado autor alerte para a possibilidade de esse mecanismo interromper atos constritivos, conforme se observará adiante, com a lei 13.105/15, a suspensão da execução não mais tem o condão de impedir atos executórios de penhora ou outros semelhantes. Nos demais aspectos, o conceito permanece atualizado.

Para fins de comparação, veja-se como é definido o instituto por Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, hodiernamente, em seus Comentários ao Código de Processo Civil de 2015:

> O fato de o CPC 914 prever que o devedor pode opor-se na execução por meio de embargos não significa que não possa valer-se de outros meios de defesa, além dos embargos, quando isso for possível pelo sistema processual, como, por exemplo, quando o credor for parte ilegítima para ajuizar execução. Neste caso, pode opor *objeção de executividade*, pois a matéria atinente às condições da ação, como a legitimidade das partes, o juiz deve conhecer *ex officio*, independentemente de alegação da parte (CPC 485 VI e § 3.º). Se o juiz

6 - SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. **Exceção de pré-executividade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000 *Apud* SOUZA, Demétrius Coelho. Exceção ou objeção de pré-executividade. Revista Jurídica da UniFil, Londrina, Paraná, ano III, n. 3, p. 47, 2006. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica_03-4.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2016.

> deve conhecê-la, por que o devedor não poderia alegá-la por qualquer meio não formal?[7]

Logo, a defesa a qual alega falta das condições e dos pressupostos da ação executiva denomina-se objeção de executividade ou exceção de pré-executividade. Representa uma alternativa à oposição dos embargos à execução, que são o meio de defesa por excelência na fase executória.

Observe-se que o instituto da objeção de executividade ou exceção de pré-executividade, por sua própria natureza, trata de matéria da maior relevância – na denominação jurídica, matéria de ordem pública – conhecível de ofício pelo magistrado, que dispensa dilação probatória.

A jurisprudência pátria, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, não diverge do conceito exposto pelos juristas mencionados. A título exemplificativo, seguem os contornos do instituto apresentados pelo referido Tribunal no âmbito do RESP 915.503/PR, *in verbis*:

> A exceção de pré-executividade é espécie excepcional de defesa específica do processo de execução, admitida, conforme entendimento da Corte, nas hipóteses em que a nulidade do título possa ser verificada de plano, bem como quanto às questões de ordem pública, pertinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, desde que desnecessária a dilação probatória.[8]

No final de 2009, esse mesmo Tribunal Superior sumulou o tema, ressaltando a necessidade de prova pré-constituída, isto é, a impossibilidade de dilação probatória (requisito formal), além do requisito material de que a matéria invocada seja de ordem pública, cujo conhecimento pode ser realizado de ofício pelo magistrado, conforme é possível verificar no enunciado a seguir:

> Súmula 393, Superior Tribunal de Justiça. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. Data da Publicação: DJe 7-10-2009[9]

Logo, os requisitos formal (prova pré-constituída) e material (matéria de ordem pública) para cabimento do instituto são cumulativos, razão pela qual a ausência de quaisquer deles acarreta a necessidade de defesa via embargos do devedor.

---

7 - NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 688.

8 - BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido no Recurso Especial Nº915.503/PR. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 08 dez. 2016.

9 - BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 393. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2016.

Extrai-se, outrossim, das palavras dos doutrinadores e da jurisprudência ora subscrita que, como não pode subsistir uma ação executiva sem as formalidades legais, é admissível o ingresso com a objeção de executividade ou exceção de pré-executividade.

2.4. A Terminologia Adequada: Objeção de Executividade ou Exceção de Pré-Executividade?

Alguns doutrinadores – dentre os quais se destacam Barbosa Moreira e Daniel Amorim de Assumpção Neves, conforme se verá a seguir – ressaltam a impropriedade da utilização do termo "exceção" de pré-executividade. Apesar de, originariamente, Pontes de Miranda, criador do instituto, se referir a "exceção", cumpre esclarecer que, naquela época, estava vigente o Código Processual Civil de 1939. De acordo com o referido diploma, a denominação "exceção" era dada para as matérias de defesa que dependiam de alegação da parte interessada.

Ocorre que, hodiernamente, em se tratando de tema que possa ser conhecível de ofício, como aqueles atinentes à prescrição, decadência, ilegitimidade e erros formais no título, dentre outros, o termo mais adequado é "objeção". É isso que ensina Barbosa Moreira, vejamos:

> É de se dizer, nesse momento, que a denominação "exceção de pré-executividade", muito embora tradicional (e, por tal razão, empregada ao longo do texto), não é das mais apropriadas. Por esse motivo, aliás, é que a grafamos entre aspas. Como se sabe, a denominação exceção foi, tradicionalmente, reservada para aquelas matérias de defesa que só podem ser conhecidas mediante alegação do interessado. Fala-se, neste sentido, em exceção de contrato não cumprido. Para se referir às matérias de defesa que podem se conhecidas de ofício, a doutrina sempre preferiu reservar o nome objeção, como se tem, por exemplo, na objeção de litispendência ou na objeção de decadência. Além disso, a rigor a questão suscitada não diz respeito ao que é prévio à execução, razão pela qual tampouco é adequado falar-se em pré-executividade. (grifo do autor)[10]

Conforme verificado no trecho alhures transcrito, além de criticar o termo "exceção", Barbosa Moreira também alega a impropriedade do prefixo "pré". Para o supracitado autor, o mecanismo de defesa, ora analisado, não faz referência a nada anterior à execução, razão pela qual o uso desse prefixo

10 - MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Exceção de pré-executividade**: uma denominação infeliz. São Paulo: Revista Forense, v. 96, n. 351, set. 2000, p. 585-586.

não se justificaria. Logo, de acordo com o mesmo, o correto seria falar em "objeção de executividade" e não em "exceção de pré-executividade".

Esse posicionamento é compartilhado por parte da doutrina, como Daniel Amorim Assumpção Neves[11]. Em sentido contrário, destaca-se Alberto Camiña Moreira[12], que defende a nomenclatura tradicional de "exceção de pré-executividade". Para ele, "exceção" não é apenas a alegação que depende da parte interessada, mas qualquer alegação do executado como forma de defesa.

Ademais, Camiña Moreira explica que o prefixo "pré" constante da expressão "exceção de pré-executividade" não se refere àquilo que ocorreu antes da execução, e, sim, representa a possibilidade de defesa antes da penhora.

O fato é que, independentemente da nomenclatura utilizada, o instituto é da mais acentuada relevância e persiste nos dias atuais.

3. A OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE OU EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO CPC/1973 E NO CPC/2015

Enquanto o anacrônico Códex Processual Civil de 1973 – embora, diversas vezes, alterado por legislações mais modernas – não ostentava qualquer previsão a respeito da objeção de executividade ou exceção de pré-executividade, a lei 13.105/15 inovou ao tratar do tema expressamente em dois de seus artigos. Com efeito, isso impactou bastante no modo pelo qual os juristas visualizam o instituto nos tempos hodiernos.

Desse modo, a seguir, passa-se a realizar uma análise do aludido mecanismo de defesa em ambos os sistemas processuais, comparando-os e ressaltando suas características mais notáveis.

3.1. O Instituto no Cpc/1973 e suas Transformações em Decorrência das Leis 11.232/05 e 11.382/06

O Código Buzaid, lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, enfrentou diversas reformas objetivando simplificar os procedimentos civis e torná-los mais céleres, bem como melhor adaptados à realidade social. Dentre tais modificações, algumas delas impactaram significativamente no instituto da exceção de pré-executividade, razão pela qual é necessário delineá-las a seguir.

11 - NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: Volume único. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 226.
12 - MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado**: exceção de pré-executividade. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 37-39.

De início, cumpre ressaltar as alterações trazidas pela lei 11.232/05, a qual culminou no denominado processo sincrético, objetivando reunir o processo de conhecimento e o de execução, que deixaram de ser autônomos. Nos dizeres de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> A atual dicotomia da execução (cumprimento da sentença e execução de título extrajudicial), produzida pelas modificações ocorridas no sistema do CPC/1973 com as alterações provocadas pelas L 11232/05 e 11382/06, transformou a forma de execução das sentenças e dos demais títulos executivos. Para os títulos executivos judiciais, reservou-se o instituto do cumprimento da sentença, que passou a configurar-se como continuação do processo de conhecimento, numa simbiose que se tem denominado de processo sincrético.[13]

Portanto, como consequência lógica do processo sincrético e a junção entre processo de conhecimento e de execução, passa a existir o cumprimento de sentença ao invés da execução propriamente dita e o meio de defesa do devedor diante do referido é a impugnação, não mais os embargos.

Ante a discussão doutrinária, à época, a respeito da necessidade ou não de garantia do juízo para apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença, a objeção de executividade ou exceção de pré-executividade se demonstra como alternativa viável para a alegação de matérias de ordem pública a qualquer tempo antes do trânsito em julgado do processo.

Meses após essas significativas alterações, introduzidas pela lei 11.232/05, sobrevém a lei 11.382/06, alterando o *caput* do art. 736 do CPC/1973 para prelecionar que o devedor pode apresentar embargos independentemente da garantia do juízo. Tal garantia apenas permaneceu necessária para a concessão de efeito suspensivo ao feito, nos termos do §1º do art. 739-A.

Foi então que uma corrente de juristas passou a interpretar que havia sido extinto o instituto da exceção de pré-executividade, inclusive porque assim consta na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.497 de 2004, da Câmara dos Deputados, cuja aprovação deu origem à Lei nº 11.382/2006, vejamos:

> [...] nas execuções por título extrajudicial a defesa do executado - que não mais dependerá da 'segurança do juízo', far-se-á através de embargos, de regra sem efeito suspensivo (a serem opostos nos quinze dias subseqüentes à citação), seguindo-se instrução probatória e sentença; com tal sistema, desaparecerá qualquer motivo para a interposição da assim chamada (mui impropriamente) 'exceção de pré-

13 - NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 410.

> executividade', de criação pretoriana e que tantos embaraços e demoras atualmente causa ao andamento das Execuções.[14] (grifos do autor)

Ocorre que tal interpretação não parece razoável, sobretudo ante o alicerce constitucional a embasar o instituto em exame. Sustentando a tese de subsistência da objeção da executividade, dentre outros doutrinadores de relevância nacional, transcreve-se Misael Montenegro Filho:

> Embora o legislador responsável pela edição da Lei 11.382/2006 tenha tentado eliminar a exceção de pré-executividade (a partir da previsão de que os embargos independem da segurança do juízo), a doutrina tem se posicionado no sentido de admitir a apresentação da comentada manifestação processual, com apoio na alínea a do inciso XXXIV do art. 5º da CF, já que o incidente em estudo se apoia em questão de ordem pública, do interesse do Estado, que pode e deve ser conhecida mesmo de ofício pelo julgador.[15]

Nessa toada, a alegação de extinção da exceção de pré-executividade soa precipitada diante do fundamento constitucional desse mecanismo e, ainda mais, quando levado em consideração que, na execução fiscal, regida por lei própria (a saber, a lei 6.830/80), permanece a exigência de garantia do juízo para a admissibilidade dos embargos, segundo §1º do art. 16 daquela legislação, *in verbis*:

> Art. 16, lei 6.830/80 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:
> I - do depósito;
> II - da juntada da prova da fiança bancária ou do seguro garantia; (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)
> III - da intimação da penhora.
> § 1º - **Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução[16].** (grifos nossos)

A súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também é cristalina ao admitir tal possibilidade:

> Súmula 393, Superior Tribunal de Justiça. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias

14 - BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.497/2004**, da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A4B9BEF5E70BEECA7F92FE380C3819D2.proposicoesWebExterno1?codteor=252414&filename=PL+4497/2004>. Acesso em: 22 dez. 2016.

15 - MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de Processo Civil comentado e interpretado**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 798.

16 - BRASIL. **Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 02 jan. 2017.

> conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. Data da Publicação: DJe 7-10-2009[17]

Assim, a objeção de executividade permanece vigente no ordenamento jurídico brasileiro e o advento da lei 13.105/15, conforme se passará a especificar, concedeu ainda mais relevância a ela.

3.2. O Instituto no Cpc/2015 e a sua Positivação

A lei 5.869/73, com as alterações introduzidas pelas leis 11.232/05 e 11.382/06, foi revogada diante do advento da lei 13.105/15, também denominada de novo Código de Processo Civil. Ocorre que, ao menos no âmbito da execução, as alterações decorrentes não foram significativas, sendo mantido substancialmente aquilo que já estabelecia o diploma anterior.

Contudo, há de ser destacada a inclusão de dois dispositivos na supracitada lei, os quais vêm sendo interpretados pelos juristas como a positivação da objeção de executividade, cuja previsão legal inexistia anteriormente. São eles – o §11 do art. 525 e o parágrafo único do art. 803, com o seguinte teor:

> Art. 525, § 11, NCPC: As questões relativas a fato superveniente ao término do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes, **podem ser arguidas por simples petição, tendo o executado, em qualquer dos casos, o prazo de 15 (quinze) dias para formular esta arguição**, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato.[18] (grifos nossos)

> Art. 803. É nula a execução se:
> I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível;
> II - o executado não for regularmente citado;
> III - for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo.
> Parágrafo único. A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, **independentemente de embargos à execução**.[19] (grifos nossos)

17 - BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 393. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2016.
18 - BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 jan. 2017.
19 - *Idem, ibidem*.

Portanto, se a exceção de pré-executividade, quando da vigência do Diploma de 1973, não contava com previsão no ordenamento jurídico e, de acordo com a doutrina majoritária, poderia ser alegada a qualquer momento antes do trânsito em julgado da execução, com a nova legislação, deixa de ser um instituto atípico e, nas situações do §11 do art. 525 do NCPC haverá um prazo de 15 (quinze) dias para o executado se valer do referido instrumento.

Quanto às questões de ordem pública, a exemplo da prescrição, decadência, ilegitimidade da parte e erros formais no título executivo, dentre outras, ante a possibilidade de seu conhecimento até mesmo de ofício, continuam a poder ser alegadas a qualquer tempo.

Nesse contexto, o Códex Processual Civil de 2015 ampliou o campo de abrangência da exceção de pré-executividade, com sua implantação, também, em momentos processuais específicos e acréscimo de prazo processual nos casos do §11 do art. 525 do NCPC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concebido por Pontes de Miranda, o conceito de objeção de executividade ou exceção de pré-executividade se refere, em suma, à possibilidade de apresentar defesa sobre matérias conhecíveis de ofício nas ações executivas sem a necessidade de garantia prévia do juízo (penhora, depósito ou caução).

Embora polêmico, o tema, aos poucos, foi sendo incorporado pela doutrina e pela jurisprudência nacionais. Chegou a ser considerado extinto por uma corrente de juristas com o advento das leis 11.232/05 e 11.382/06, que reformaram o Códex Processual Civil de 1973; contudo, alguns anos depois, foi objeto da vigente súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça.

A recente lei 13.105/15, também denominada de Novo Código de Processo Civil, por sua vez, inovou ao positivar o assunto em dois de seus dispositivos: o art. 525, § 11 e o art. 803, parágrafo único. Portanto, o instituto permanece vivo nos dias atuais – e com acentuada relevância – sobretudo no âmbito das execuções fiscais (para as quais ainda permanece a exigência de constrição de bens como requisito para admissibilidade dos embargos à execução), tendo sido suas diversas facetas especificadas no presente artigo.

Apesar de ser uma decorrência lógica do devido processo legal, do direito ao contraditório e do próprio direito de petição, deve-se atentar para que a objeção de pré-executividade não seja utilizada de forma indiscriminada, já que a dispensa de garantia de juízo pode estimular causídicos ou partes mal-intencionadas a manejarem o instituto com intuito meramente procrastinatório,

a fim de retardar indevidamente o ato executivo. Nesses casos, ressalte-se o cabimento da multa prevista no parágrafo único do art. 774 da lei 13.105/15.

Por outro lado, se utilizada com observância das formalidades legais, para alertar o juízo acerca de matérias de ordem pública conhecíveis de ofício, a objeção de pré-executividade representa, indubitavelmente, um instrumento eficaz o qual propicia a defesa sem a necessidade de penhora, evitando, portanto, maiores prejuízos ao executado, bem como propiciando a celeridade processual, consagrada no art. 5º, LXXVIII da Lei Maior.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2016.

BRASIL. **Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 02 jan. 2017.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 jan. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.497/2004**, da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A4B9BEF5E70BEECA7F92FE380C3819D2.proposicoesWebExterno1?codteor=252414&filename=PL+4497/2004>. Acesso em: 22 dez. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido no Recurso Especial Nº915.503/PR. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 08 dez. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 393. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Dez anos de pareceres**. v.4. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1975.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de Processo Civil comentado e interpretado**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado**: exceção de pré-executividade. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Exceção de pré-executividade**: uma denominação infeliz. São Paulo: Revista Forense, v. 96, n. 351, set. 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: Volume único. São Paulo: Editora Método, 2011.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SOUZA, Demétrius Coelho. **Exceção ou objeção de pré-executividade**. Revista Jurídica da UniFil, Londrina, Paraná, ano III, n. 3, p. 46-58, 2006. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica_03-4.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2016.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DECRETO PRESIDENCIAL Nº 8.426 DE 2015.

CONSTITUTIONAL ASPECTS OF PRESIDENTIAL DECREE NO. 8.426 OF 2015.

Marcos Antonio Dos Santos.
Graduando do Curso de Direito da Faculdade
Joaquim Nabuco de Paulista-PE;
Estagiário de Direito da Procuradoria da Fazenda Nacional.

RESUMO: O presente estudo analisou a constitucionalidade do Decreto presidencial nº 8.426 de 2015, sob o prisma do princípio da legalidade estrita em Direito Tributário. O referido Decreto presidencial, fundamentado na lei nº 10.865 de 2004, restabeleceu para 0,65% e 4% as alíquotas das contribuições de Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, incidentes sobre receitas financeiras das pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa. Estas alíquotas estavam em zero por cento desde a entrada em vigor do Decreto nº 5.442 de 2005. Os resultados obtidos demonstraram a inconstitucionalidade do Decreto nº 8.426/2015 por arrastamento, sob os efeitos da Lei nº 10.865 de 2004, diante da afronta ao princípio da legalidade estrita.
Palavras-chave: PIS, COFINS, Legalidade, Decreto, alíquotas.

ABSTRACT: The present study analyzed the constitutionality of Presidential Decree No. 8,426 of 2015, through the principle of strict legality in tax law. The presidential decree, based on Law No. 10,865 of 2004, brought back to 0.65% and 4% the rates of contributions of Social Integration Programs and Public Server Patrimony Formation - PIS / PASEP and Contribution for the Financing of Security Social - COFINS, on financial income of legal entities subject to the non-cumulative calculation regime. These rates were at zero percent since the entry of Decree No. 5,442 of 2005. The results obtained demonstrated the unconstitutionality of Decree

No. 8.426 / 2015 by entrainment, under the effects of Law No. 10.865 of 2004, before the violation of the principle of strict legality.
Keywords: PIS, COFINS, legality, Decree, Rates.

1. INTRODUÇÃO

Em consonância com a Lei nº 10.865/2004, a Presidência da República editou, em abril do ano de 2015, o Decreto nº 8.426, que passou a surtir efeitos jurídicos a partir do mês de julho do mesmo ano. Por força desse Decreto, foram alteradas as alíquotas das contribuições de Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, incidentes sobre as receitas financeiras das pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade dessas contribuições.

Com essa alteração, o poder público fez incidirem as alíquotas de 0,65% e 4%, respectivamente, sobre essas contribuições, eis que, desde o ano de 2005, tais alíquotas estavam em zero por cento, pela edição do Decreto nº 5.442, e, com a vigência das novas alíquotas, a tributação, então zerada, voltou a pesar no planejamento dos contribuintes, que, em consequência, ingressaram com ações judiciais, questionando a juridicidade do ato.

O presente estudo teve como justificativa a relevância jurídica em torno do Decreto 8.426, eis que a discussão da matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal no ano de 2016, tendo essa corte enviado a sua apreciação para o Superior Tribunal de Justiça e, novamente, em 2017, a discussão retornou à Suprema Corte. É relevante, também, o aspecto econômico e financeiro do objeto deste estudo, por ter alterado alíquotas tributárias de contribuições sociais, que são espécies tributárias de notória relevância acadêmica, exercendo papel fundamental no cenário econômico e fiscal, figurando como as mais importantes dentre as contribuições em geral em face de sua vultosa arrecadação (SABBAG, 2011).

Desta forma, foi necessário considerar que o escopo do Direito Tributário é disciplinar a relação jurídica existente entre o Estado soberano e os contribuintes, de maneira que sejam efetivados o pagamento da exação por esses e o recebimento por aquele (COÊLHO, 2010), ao passo que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o princípio da legalidade tributária, estabelecendo que, como regra geral, a instituição e alteração tributária só podem ser realizadas por meio de lei, em processo regular de formação mediante debate nas casas legislativas brasileiras.

Destarte, a Constituição Federal autorizou o Poder Executivo a alterar certos tributos por ato administrativo, de forma a permitir uma maior

agilidade da intervenção estatal na atividade econômica e financeira nacional. Segundo Sabbag (2011), esses tributos são dotados da característica da extrafiscalidade, ao passo que a problemática deste estudo surgiu na medida em que as alterações tributárias realizadas pelo Decreto 8.426, deram-se por modo operacional típico de tributos extrafiscais, decerto que as contribuições sociais não o são.

Desta feita, o problema de pesquisa encontra-se nos aspectos constitucionais presentes na alteração tributária por intermédio do Decreto 8.426 de 2015, eis que os tributos, ora majorados, não poderiam ter sido alterados, em regra, sem ser por meio de Lei, surgindo, desta forma, a necessidade de determinar a constitucionalidade ou não deste ato presidencial.

O objetivo geral do estudo foi analisar a constitucionalidade do Decreto nº 8.426/2015, uma vez que não há previsão constitucional para alteração de contribuições sociais por meio de ato do poder executivo; e objetivos específicos: identificar a natureza jurídica das contribuições de Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social; caracterizar o princípio constitucional da estrita legalidade em direito tributário; analisar o fenômeno da inconstitucionalidade por arrastamento; demonstrar as características da alteração tributária por Decreto, com suas especificidades.

A investigação teve finalidade explicativa, observando a natureza da alteração tributária por meio de Decreto e suas peculiaridades, com pesquisa documental, analisando-se decisões judiciais, e pesquisa bibliográfica, com fulcro nos ensinamentos de acadêmicos do Direito brasileiro. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, partindo-se da observação dos princípios jurídicos sedimentados no ordenamento pátrio, doutrinas, decisões judiciais, para uma explicitação temática conclusiva. Quanto à abordagem, utilizou-se pesquisa qualitativa, concentrando-se na compreensão e explicação da dinâmica da relação jurídico-social exercida pelo fenômeno da tributação (SILVEIRA et al, 2009).

Na realização deste estudo, foi desenvolvida, no primeiro capítulo, uma contextualização do Decreto 8.426/2015, trazendo o posicionamento dos tribunais superiores pátrios, assim como a importância deste decreto à luz das diversas implicações derivadas de sua edição. No segundo capítulo, foram analisadas as contribuições de PIS/PASEP e COFINS na Constituição Federal de 1988, com suas previsões constitucionais. No capítulo seguinte, foram estudadas as características dos tributos denominados Contribuições, sua natureza jurídica, analisando o fenômeno da extrafiscalidade, sendo definidos os contornos sobre a obrigação legislativa de instituir ou alterar tributos por meio de lei, como regra geral, de maneira que as hipóteses excepcionais

fossem bem delimitadas a fim de afastar as variáveis jurídicas não suscetíveis à interpretação objetiva deste princípio.

No quarto capítulo, analisou-se o Princípio da Legalidade Estrita em Direito Tributário, estabelecendo-se sua relação com a alteração tributária ocasionada pelo Decreto 8.426/2015, estudando-se o regramento constitucional inerente à necessidade de lei para instituição e alteração tributária e sua relação com o processo legislativo. No capítulo cinco, foram analisados a natureza e o alcance dos Decretos do Poder Executivo em matéria tributária, uma vez que tal espécie legislativa difere de Lei, em sentido formal, seja na sua formação, seja na competência institucional, com importantes reflexos na ordem jurídica nacional. O capítulo seis foi dedicado ao estudo da inconstitucionalidade por arrastamento, ou seja, o fenômeno jurídico do arrasto, como determinante de inconstitucionalidade de texto legal derivado de outro eventualmente inconstitucional.

Por fim, concluiu-se sobre os aspectos constitucionais do Decreto 8.426/2015, considerando os elementos teóricos indispensáveis à formulação do reconhecimento da sua inconstitucionalidade por arrastamento, e, nesse passo, deixando espaço para pesquisas vindouras, a teor do raciocínio utilizado na hipótese.

2. O DECRETO PRESIDENCIAL 8.426 DE 2015

Com a majoração ocorrida em 2015, pela vigência do Decreto 8.426, os contribuintes vieram a sentir o peso do ajuste fiscal ocasionado pelo retorno da cobrança das contribuições PIS/PASEP e COFINS sobre receitas financeiras, e socorreram-se no poder judiciário em busca da suposta ilegalidade do ato presidencial. Nesta toada, o poder judiciário, por seus membros, vem analisando as repercussões legais inerentes à vigência deste Decreto, conjuntamente com a norma legal que o fundamentou, a Lei 10.865/2004.

O judiciário vem analisando os aspectos constitucionais e legais do Decreto em estudo mediante diversas interpretações em diferentes graus de jurisdição, com variadas análises, desde os juízes singulares até a instância máxima do Poder judiciário, o Supremo Tribunal Federal – STF, onde a apreciação, inicialmente, foi declinada para o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2016, no qual os debates iniciaram e vários pedidos de vista foram realizados pelos Ministros, de sorte que se faz mister analisar a tramitação das ações nas Cortes Superiores brasileiras.

2.1. O Decreto 8.426/2015 no Supremo Tribunal Federal

Na Suprema Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 981.760, que discute a cobrança do PIS/PASEP e da COFINS, incidentes sobre receitas financeiras das pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade dessas contribuições, a Ministra relatora Rosa Weber negou seguimento ao recurso, por entender não haver ofensa a preceito da Constituição da República. Eis a transcrição de trecho da decisão da eminente Ministra relatora:

> As instâncias ordinárias decidiram a questão com fundamento na legislação infraconstitucional aplicável à espécie, razão pela qual, consideradas as circunstâncias jurídico-normativas da decisão recorrida, reputo inocorrente afronta ao art. 150, I, da Constituição da República. Aplicação da Súmula 636/STF: "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida"[1].

A decisão monocrática foi publicada no dia 23 de agosto de 2016, mesmo dia em que a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça começou a julgar o tema. Assim como dois ministros do STJ, Rosa Weber entende que o assunto é infraconstitucional e que, portanto, não deve ser apreciado pelo Supremo. Ao analisar pedido das empresas Clion Assessoria e Comercialização de Energia Elétrica e Rio Grande Energia, a Ministra negou o pedido por entender que não havia discussão constitucional, portanto, o tema não deveria passar pelo Tribunal. A constitucionalidade da discussão é justamente um dos argumentos apresentados pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional no STJ para levar o tema para o Supremo. Já houve decisão da 2ª Turma da Corte no sentido de que o assunto é constitucional e deveria subir de instância, ou seja, ao STF[2].

O Supremo Tribunal Federal veio a receber o Recurso Extraordinário nº 986.296, fundamentado na mesma celeuma em torno do Decreto 8.426/2015, com relatoria diferente, agora sob a responsabilidade do Ministro Dias Toffoli, que reconheceu a necessidade de apreciação constitucional da matéria. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Carmem Lúcia, vencido o Ministro Edson Fachin.

1 - Recurso Extraordinário nº 981.760/RS.

2 - http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias_carrossel/ministra-decide-que-stj-deve-julgar-disputa-sobre-receitas-financeiras/. Acessado em 18/04/2017.

Eis o entendimento do Ministro Relator Dias Toffoli:

> A matéria é similar à discutida na ADI nº 5.277/DF, de minha relatoria, de modo que entendo estarem presentes a densidade constitucional e a repercussão geral. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de **repercussão geral da questão constitucional** suscitada, submetendo-a à apreciação dos demais Ministros desta Corte[3]. (Grifo nosso)

Neste mesmo processo, o Ministro Marco Aurélio Melo manifestou-se no sentido de estarem presentes pressupostos do reconhecimento de repercussão geral, demonstrando-se a necessidade de apreciação pela Suprema Corte para pacificação da matéria. No seu dizer:

> Tem-se tema de envergadura constitucional, podendo vir a repetir-se em inúmeros processos. Tudo recomenda a atuação do Supremo, definindo-se, vez por todas, se o Decreto nº 8.426/2015 implicou **usurpação da competência normativa do Congresso, no que versa alíquotas referentes ao PIS**. (Grifo nosso)

Mesmo com o envio da apreciação do tema ao STJ pela Ministra Rosa Weber, a palavra final sobre as ações judiciais decorrentes da edição do Decreto 8.426/2015 apresenta-se em vias de ser decidida pela Corte do STF, uma vez reconhecida a matéria como de índole constitucional. Com os posicionamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda sem deixar de observar a falta de manifestação dos Ministros Gilmar Mendes e Carmem Lúcia, percebe-se que o ineditismo da autorização legislativa ao Poder Executivo para flutuar nas alíquotas das Contribuições Sociais requer dos poderes instituídos a aplicação da máxima efetividade da Constituição Federal.

A exemplo dos Ministros do Supremo, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça também tem divergido sobre os desdobramentos da autorização disposta na Lei 10.865/2004, em especial no tocante ao Decreto 8.426/2015, uma vez que a questão a ser discutida invoca questões legais, infralegais e constitucionais, observando-se, de pronto, que a legalidade é principiada na Constituição, ao passo que a norma em apreço é executiva, ou seja, um Decreto, com desdobramentos previstos em lei nacional.

Assim, a apreciação do Decreto 8.426/2015 no Superior Tribunal de Justiça teve notável controvérsia, de sorte que os posicionamentos adotados pelos Ministros divergiram sobremaneira justamente no tocante à matéria ser ou não de competência daquele Tribunal, ou seja, de índole infraconstitucional.

3 - Recurso Extraordinário nº 986.296/PR.

2.2. O Decreto 8.426/2015 no Superior Tribunal de Justiça

O julgamento foi iniciado em agosto no Superior Tribunal de Justiça, sendo retomado em 18 de abril de 2017, com o voto do ministro Gurgel de Faria, que havia pedido vista do processo em fevereiro. Para ele, o aumento das alíquotas por Decreto é legal. Isso porque o Decreto apenas trabalhou dentro do que a Lei 10.865/2004 permitiu. O Ministro afirmou que, se tivesse ultrapassado o estabelecido na lei, haveria uma ilegalidade, ressaltando que não foi o que ocorreu. Ele havia pedido vista dos autos em fevereiro e entendeu que o legislador não utilizou da melhor técnica, pois a alteração de alíquotas por meio de decreto deveria ficar restrita às hipóteses previstas na Constituição. Mas, uma vez considerada constitucional a lei, permite-se ao poder Executivo tanto reduzir como restabelecer as alíquotas de PIS/PASEP e COFINS sobre as receitas financeiras das pessoas jurídicas, negando provimento ao recurso da Companhia Zaffari Comércio e Indústria.

Para o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a retomada da tributação ofenderia a regra da legalidade tributária. Ainda segundo ele, a redução da alíquota por decreto não autoriza o uso do mesmo instrumento para realizar movimento inverso porque, neste último caso, onera o patrimônio do contribuinte.

No início do julgamento do caso, em agosto de 2016, os ministros analisaram se a matéria era constitucional, o que impediria o STJ de analisar o caso. Os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Regina Helena Costa e Benedito Gonçalves entenderam que o STJ pode analisar a causa. O ministro Sérgio Kukina não votou na preliminar. E o ministro Gurgel de Faria se manifestou pelo não conhecimento do recurso especial, ou seja, para que o STJ não julgasse a discussão. Para ele, a decisão questionada do Tribunal Regional Federal da 4ª Região é fundamentada apenas em princípios constitucionais. Logo, a competência para analisar o caso seria do Supremo Tribunal Federal[4].

O certo é que a interpretação final e as implicações jurídicas e financeiras da decisão têm envergadura suficiente para que haja tanta discussão, uma vez que o Decreto 8.426/2015 afigura-se perfunctoriamente como legal, mas, ao mesmo tempo, inconstitucional. A importância da discussão repousa, ainda, na opulência financeira em torno da tributação do PIS/PASEP e da COFINS, eis que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional estima que a mudança na legislação pode acarretar uma arrecadação de oito bilhões de reais[5].

4 - https://jota.info/tributario/stj-se-divide-sobre-piscofins-de-receitas-financeiras-18042017. Acessado em 19/04/2017.

5 - http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias_carrossel/ministra-decide-que-stj-deve-julgar-disputa-sobre-receitas-financeiras/

2.3. Importância do Decreto 8.426/2015

As repercussões jurídicas da interpretação final desta norma residem, principalmente, em duas vertentes, quais sejam a definição jurídica constitucional do poder de tributar do Estado na pessoa do Poder Executivo, e a envergadura financeira do tema, uma vez que as contribuições em apreço têm considerável peso na tributação, e, nesta senda, ainda é possível observar a controvérsia elementar na definição de competência para decidir a matéria, eis que as cortes superiores divergem sobremaneira em relação da natureza do julgamento, se constitucional ou infraconstitucional. De sorte que a matéria é tão delicada que, no STJ, os ministros revezam-se nos pedidos de vista dos autos do processo sob sua responsabilidade, ao passo que entre eles as interpretações sobre a competência para julgamento continuam a se defrontar.

Com as controvérsias jurídicas postas, faz-se necessário, inicialmente, a caracterização das contribuições sociais do PIS/PASEP e da COFINS, no intuito de definir a natureza específica destes tributos, com a finalidade de estabelecer fundamentos necessários ao aprofundamento da análise relativa às suas alterações tributárias, tendo como espeque o princípio da legalidade estrita no Direito Tributário, a rigor do preconizado no artigo 150, I da Constituição Federal.

3. PIS/PASEP E COFINS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os tributos de PIS/PASEP e COFINS não estão previstos explicitamente e com denominação própria na Constituição Federal, mas encontram amparo na autorização prevista em seu Título VIII, que trata da Ordem Social, bem como no artigo 11 da Lei 8.212 de 1991. Segundo Sabbag:

> A contribuição social é espécie tributária vinculada à atuação indireta do Estado. Tem como fato gerador uma atuação indireta do Poder Público mediatamente referida ao sujeito passivo da obrigação tributária. (SABBAG, apud HARADA, 2011, p. 518)

As contribuições para o PIS e PASEP foram instituídas, respectivamente, pelas Leis Complementares nº 7 e nº 8 de 1970, sendo unificadas com o advento da Lei Complementar nº 26 de 1975, com efeitos a partir de julho de 1976, passando a ter a denominação de PIS. São destinadas à promoção da integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas e à formação do patrimônio do servidor público, respectivamente (SABBAG, 2011). Portanto, suas permanências no ordenamento jurídico

pátrio pressupõem terem sido recepcionadas pela Constituição Federal, eis que promulgada posteriormente.

Após a Constituição de 1988, os recursos oriundos destas contribuições tiveram nova destinação, passando a financiar o programa do seguro desemprego e o abono salarial, benefício de um salário mínimo disponibilizado anualmente aos empregados que recebem até dois salários mínimos de remuneração mensal, sendo condição que seus empregadores contribuam para o PIS. Já a COFINS foi instituída pela Lei nº 70 de 1991, em substituição ao antigo FINSOCIAL(SABBAG, 2011), ou seja, é norma processada e instituída contemporaneamente à nova ordem constitucional trazida em 1988.

3.1. Previsão Constitucional das Contribuições

A existência das contribuições sociais está ligada ao custeio da seguridade social, que a teor do artigo 194 da Constituição Federal, tem seus princípios formadores alicerçados num "conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social".

Passando-se ao artigo 195 da Constituição, estatuiu-se que "a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei".

Observa-se que é da lei que se consubstanciam os recursos da seguridade, de forma que o constituinte originário teve o cuidado de àquela atribuir a competência para disciplinar as contribuições, proporcionando a segurança jurídica necessária à sua criação ou alteração. Nesta esteira, ainda é possível observar a carga principiológica instituída sobre as contribuições, em especial no § 6º do artigo 195 da Constituição Federal de 1988:

> As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, *b*. (BRASIL, 1988).

Trata-se da utilização de dois princípios tributários relativamente às contribuições, quais sejam, o da noventena[6], e o da anterioridade[7] – este não se aplicando, o que demonstra a natureza tributária das contribuições

6 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, cobrar tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o princípio da anterioridade. (PAROLIM, 2013, p. 145).

7 - É vedado às pessoas políticas cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que instituiu ou aumentou. (PAROLIM, 2013, p. 140).

sociais. De toda sorte, na previsão constitucional das contribuições sociais, o constituinte originário não fez referência ao disposto no artigo 153, § 1º da CF[8], que atribui a característica de regulatórios a certos tributos, facultando ao poder executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e IV daquele artigo, depreendendo-se, neste sentido, que, apesar de terem características próprias dos tributos, as contribuições sociais não têm a mesma natureza jurídica dos tributos regulatórios, sendo estes bem delineados no regramento constitucional.

Note-se que a previsão dos tributos com características regulatórias tem expressa previsão constitucional, e, neste sentido, remete-se à luz da rigidez inerente à matéria tributária instituída na Carta Maior brasileira, uma vez que o sistema tributário nacional é particularmente delineado e delimitado pela legislação de maior peso no ordenamento, qual seja, a Constituição Federal. Assim, não há margem de liberdade ao legislador brasileiro no sentido de inovar em matéria de legislação tributária, corroborando com este entendimento a lição de Emerenciano:

> Nenhum arbítrio e limitadíssima esfera de discrição outorgada ao legislador ordinário. A matéria tributária é exaustivamente tratada pela nossa constituição, sendo o nosso sistema tributário todo moldado pelo próprio constituinte, que **não abriu à lei a menor possibilidade de criar coisa alguma** – se não expressamente prevista – ou mesmo introduzir variações não, prévia e explicitamente, contempladas. (EMERENCIANO et al, apud ATALIBA, 2006, p. 903). (Grifo nosso).

Neste toar, a análise das repercussões inerentes às alterações das alíquotas das contribuições sociais PIS/PASEP e COFINS, por intermédio de Decreto Presidencial, tornam indispensável a caracterização da natureza jurídica destes tributos, diante da impossibilidade de discricionariedade conferida ao legislador tributário, o que, de pronto, é reflexo da rigidez constitucional aplicada à matéria.

3.2. Natureza Jurídica das Contribuições

A constituição federal de 1988 autorizou a instituição – vinculada a certos fins colimados, de três contribuições pela União Federal, quais sejam, as Contribuições Sociais, as de Intervenção no Domínio Econômico e as de Interesse das Categorias Profissionais ou Econômicas, conforme regramento do artigo 149, cabeça, subdividindo-se as contribuições sociais em duas

8 - Constituição da República Federativa do Brasil.

subespécies, as Genéricas e as com destinação para Seguridade Social (TOMÉ, et al, 2005).

Segundo Coêlho (2010, p. 111) "pelo caráter unilateralmente compulsório, as contribuições parafiscais, já Vimos *ab initio,* são ontológica e sistematicamente tributos, apenas afetados a finalidades específicas [...]" (Grifo do autor). No plano constitucional, as contribuições PIS/PASEP e COFINS têm suas finalidades descritas no título VIII da Carta Magna, que, em seu artigo 193, cabeça, determina que "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o **bem-estar e a justiça sociais**" (Grifo nosso).

Em seu artigo 194, a CF/88 traz as disposições gerais relativas à seguridade social, assim estatuídas: "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social".

No ensinamento de Baleeiro (2013, p. 59), "o que diz a Constituição é que as contribuições nascem para custear a construção do Estado Democrático de Direito, ou melhor, a atuação da União nessa construção", e, nesta senda, percebe-se que os fins colimados pelo legislador constitucional vertem para a atuação estatal na busca de garantir seus objetivos como nação democrática, prevalecendo o cunho social, de bem-estar e de dignidade da pessoa humana, a rigor do artigo 1º, III da Constituição Federal.

Paralelamente à análise da criação e natureza jurídica das contribuições sociais à luz Constituição Federal, mostra-se relevante analisá-las tendo em vista a legislação especificamente pertinente às contribuições, objeto deste estudo, eis que "As contribuições para o PIS e a COFINS estão no rol daqueles tributos cujas leis instituidoras são objeto de constantes discussões judiciais. Na verdade, este é um dado que marca a história destes dois tributos" (PEREIRA et al, 2005, p. 610).

Importa mencionar que as discussões judiciais em torno das contribuições em muito se devem às alterações legislativas, tendo como exemplos os Decretos-Leis nº 2.445 e 2.449 de 1988. Outras discussões tem nascimento nas características particularmente inerentes às contribuições e referem-se a interesses atendidos unicamente por alguns contribuintes, estes pertencentes a determinadas categorias (PEREIRA, et al, 2005).

Assim, a diferenciação trazida por Coêlho tem especial contribuição na definição da natureza jurídica das contribuições sociais:

> Nas contribuições sociais *latu sensu,* pagas de direito pelos empregadores (COFINS, vg.), mas repassadas aos consumidores, os fatos jurígenos são *lucro, faturamento, pagamento de salários e receita de jogos.*

> São fatos do contribuinte. Inexiste atuação estatal a ele voltada. A receita vai para o *Caixa da Seguridade Geral* para atender às pessoas (generalizadamente). (COÊLHO, 2010, p. 387). (Grifo do autor)

Salienta o Professor Coelho (2010, p. 388), que "a *finalidade*, nas contribuições, por si só, não as autonomiza como espécie tributária" (Grifo do autor). Eis que em relação às contribuições, "A atuação do Estado se dá sempre especificamente, relativamente à pessoa do contribuinte. Este o fundamento dos tributos vinculados a atuações específicas" (COELHO, 2010, p. 388).

Com tal fundamento, a diferenciação de natureza jurídica das contribuições sociais em relação aos tributos regulatórios pode ser entendida pela finalidade pretendida pelo constituinte originário, pois "*se o imposto é informado pelo princípio da capacidade contributiva* e a taxa informada pelo princípio da remuneração, *as contribuições serão informadas por princípio diverso"* (COELHO, apud ATALIBA 2010, p. 393). (Grifo do autor)

Com estas considerações, suscita-se definir se as contribuições sociais comportam em sua formação características inerentes aos demais tributos, mais especificamente a característica da extrafiscalidade.

3.3. O Decreto 8.426/2015 e a Extrafiscalidade

A extrafiscalidade aparece como característica orientadora das ressalvas constitucionais que excepcionam o princípio da estrita legalidade tributária. Ocorre na possibilidade de alteração tributária mediante ato do Poder Executivo sobre os chamados tributos regulatórios, como, por exemplo, o Imposto de Importação, que, pela circunstância de ser o imposto desta natureza, no mundo contemporâneo, mais é um instrumento de regulação do comércio internacional e da política cambial do que um meio de recolher receitas, permitindo a Constituição expressamente que, nos limites e condições da lei, o Executivo possa graduar a alíquota, tudo do mínimo ao máximo da tarifa flexível (BALEEIRO, 2013).

Em termos formais, a extrafiscalidade aparece no artigo 153, § 1º da CF, a saber: "É facultado ao **Poder Executivo**, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V" (Grifo nosso) relativamente aos impostos de importação; exportação para o exterior de produtos nacionais ou nacionalizados; produtos industrializados; e operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

Também há previsão de extrafiscalidade no artigo 155, § 4º, IV, c da CF: "poderão ser reduzidas e restabelecidas, **não se lhes aplicando o disposto**

no art. 150, III, b" (Grifo nosso), relativamente ao ICMS[9];e no artigo 177, § 4º, I, b, também da Carta Magna: "reduzida e restabelecida por ato do **Poder Executivo**, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b" (Grifo nosso) relativamente à CIDE[10] Combustíveis.

No dizer de Novais:

> A extrafiscalidade consiste na utilização do tributo não para a sua aptidão que é a arrecadação de fundos para que o estado possa cumprir as suas finalidades essenciais, mas sim como **instrumento de regulação** de ações dos integrantes do Estado. (NOVAIS, et al 2006, p. 1.058). (Grifo nosso)

Com este ensinamento, a autora passa à análise da possibilidade de desvio de finalidade constitucional nas prerrogativas conferidas ao legislador relativamente à extrafiscalidade, uma vez que suscita ao debate o fato de que, na ocorrência da utilização dessas prerrogativas para finalidades arrecadatórias, dado que a autorização constitucional outorga competência extrafiscal objetivando certas finalidades, que não se atribuem a outros tributos.

Na sua lição, Novais aduz que:

> A arrecadação deve ser promovida, mas **resguardando-se os indivíduos contra ações estatais que possam lhes retirar a segurança** por meios de ações que não lhes permitam planejar as suas vidas, ou antecipar os defeitos das relações jurídicas de que venham a tomar parte, exacerbar de forma confiscatória os limites da propriedade individual, promover a desigualdade etc., valores, dentre outros, de importância suprema. Disso decorre concluir que, **quando se trate do exercício da tributação com finalidade arrecadatória**, ou seja, quando o seu exercício se restrinja ao plano da **fiscalidade, o legislador constituinte impôs limites sem exceções**, pois se extrai do exame da constituição que o exercício da fiscalidade se encontra em posição de perfeito equilíbrio com a mais absoluta e sem exceção manutenção dos referidos valores constitucionais. (NOVAIS, et al 2006, p. 1.059). (Grifo nosso).

Neste entender, é possível observar a interdependência entre a fiscalidade e a segurança jurídica, ao passo que a legalidade é consequência lógica e inevitável, necessária e suficiente ao equilíbrio entre o direito de arrecadar do Estado e a razoabilidade, na arrecadação. Desta forma, o instituto da extrafiscalidade aparece como situação excepcionalíssima ao princípio da legalidade, relativamente a tributos com características próprias de regulação econômica e fiscal, bem definidos e exauridos no texto constitucional.

9 - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.
10 - Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico.

Observadas as características e a finalidade das contribuições sociais, bem como a previsão constitucional para sua existência e a destinação de seus recursos, percebe-se, com nitidez, a necessidade de ser obedecido o princípio da legalidade tributária quando da alteração de alíquotas relativas a tais tributos, dadas a interligação das contribuições sociais com a fiscalidade e, necessariamente, a envergadura jurídica daquele princípio.

4. O DECRETO 8.426/2015 E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA

O princípio da legalidade tributária aparece com relevante importância histórica, uma vez que tem vinculação com a proteção da propriedade de cada indivíduo, já sendo possível observar seu aparecimento na Magna Carta Libertatum[11], outorgada por João Sem-Terra em 1.215:

> Não lançaremos taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino *(commue concilium regni),* a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres (MORAES, 2014, p. 906). (Grifo do autor).

Neste entender, é possível observar que, já no ano de 1.215, o princípio da legalidade era regra geral, abrindo-se exceções pontuais e bem definidas, o que se poderia dizer como extrafiscais, se comparadas ao sistematizado na Constituição Federal do Brasil.

Neste entendimento, os desdobramentos da Lei nº 10.865/04 devem ser observados à luz dos princípios tributários insculpidos na ordem jurídica nacional, especialmente o da estrita legalidade, uma vez que "A Carta de 1988 veda a possibilidade de criação ou majoração de tributo sem prévia previsão legislativa,que, nos termos do art. 62 da Constituição Federal, admite medidas provisórias" (MORAES, 2014, p. 906).

As exceções ao princípio da legalidade, entretanto, encontram-se nas hipóteses previstas nos arts. 153, § 1º, 177, § 4º, I, b, e 155, § 4º, IV, todos da Constituição Federal em vigor, possibilitando ao Poder Executivo a discricionariedade de, em ato próprio, sem necessidade de processo legislativo nas casas do Congresso, alterar alíquotas tributárias dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos em Lei (BALEEIRO, 2013).

11 - Documento que tornou limitado o poder da monarquia na Inglaterra, impedindo, assim, o exercício do poder absoluto.

A alteração das alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS nestes moldes, convergindo para interferência executiva diretamente em suas alíquotas, dadas as características inerentes às contribuições, juntamente com o tratamento extrafiscal, não se apresenta alinhada com o regramento geral estabelecido na Constituição Federal Brasileira.

A Lei 10.865/2004, autorizadora do Decreto 8.426/2015, traz o regramento em seu art. 27, § 2º estatuindo a possibilidade do Poder Executivo operar as alíquotas em apreço:

> O Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer, até os percentuais de que tratam os incisos I e II do caput do art. 8º desta Lei, as alíquotas da contribuição para o PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar. (BRASIL, 2015)

Evidencia-se, por conseguinte, que, materialmente, e obedecidos os limites estabelecidos, o Poder Executivo ficou legalmente autorizado a alterar alíquotas, dispensando-se, portanto, a elaboração de lei no momento em que desejar alterar as referidas exações. Ocorre, assim, situação análoga aos tributos regulatórios, quais sejam, de Importação, Exportação, Produtos Industrializados, sobre Operações Financeiras e a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – combustíveis.

Tal analogia não apresenta-se como a mais adequada, a teor do que explanou o Juiz da 12 ª vara Federal de São Paulo, em luminosa sentença, ao fundamentar sobre o artigo 27 da Lei nº 10.865 de 2004, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 0012386-51.2015.4.03.6100:

> [...]o art. 27 foi editado pelo legislador para delegar a modulação livre da alíquota desde que dentro dos percentuais legais, tendo em conta a dinâmica da economia, na mesma esteira em que se faz para o II, o IE, o IPI, o IOF e a CIDE combustíveis, de forma que mantê-la apenas no quanto benéfica ao contribuinte, podendo o executivo reduzir a alíquota, dispensando-se lei, mas não restabelecê-la, o que dependeria **sempre de nova lei**, levaria a uma distorção tributária, um desvio da finalidade da lei e do legislador, criando uma terceira norma mutiladora da política fiscal[...][12]. (Grifo nosso).

Observa-se, no entendimento do magistrado, que, para não ocorrerem distorções, é necessário estabelecer limites ao poder de tributar, e o processo

12 - http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/. Processo 0012386-51.2015.4.03.6100. Acessado em 13/05/2017

legislativo ordinário. nas casas do Congresso Nacional. surge como meio garantidor do princípio constitucional da legalidade tributária.

Este princípio, na lição de Baleeiro (2013, p. 77) "prende-se à própria razão de ser dos Parlamentos, desde a penosa e longa luta das Câmaras inglesas para efetividade da aspiração contida na fórmula *"no taxation without representation"*[13]. (Grifo do Autor). Desta feita, o nascimento da lei como instrumento necessário e suficiente à instituição e alteração de tributo é justamente o meio eficaz para salvaguardar a relação entre o estado e o contribuinte, por meio dos representantes eleitos pelo povo, os legisladores, em que a previsão de majoração e instituição de tributos encontra seu meio institucional de realização.

Nesse sentido, observa-se que a lei, em sentido formal, figura como meio necessário à consecução da atividade tributária, sendo imperioso que sua formação esteja diretamente ligada à atividade legislativa, realizada contemporaneamente à alteração do tributo, de forma que a própria lei não pode delegar a outro poder a incumbência típica do poder legislativo, que é de legislar. Corrobora com esse entendimento a lição de Mendes:

> O princípio da legalidade, em matéria tributária, apresenta-se com diferentes dimensões e implicações. Em primeiro lugar, a legalidade está consubstanciada na pura e simples exigência de lei: não há tributo sem lei que o institua. O princípio determina que a lei, em sentido formal, seja o veículo necessário à criação e modificação dos tributos. Em regra, lei ordinária. **Veda-se, por conseguinte, a delegação de competência tributária ao executivo. A tarefa de instituir tributos é própria da atividade legislativa.** E mais, todos os elementos do tributo devem ser veiculados por lei. Esse segundo aspecto do princípio exige, para validade do tributo, que todos os seus elementos, aspectos ou critérios estejam contidos no veículo legislativo adequado — lei ordinária ou complementar, conforme o caso. Há, decerto, exceções, as hipóteses em que é dado ao Executivo alterar alíquotas fixadas por lei, como nos arts. 153, § 1º, 177, § 4º, b, e 155, § 4º, todos da Constituição Federal em vigor.(MENDES, 2015, p. 1.415). (Grifo nosso).

Nesse diapasão, pode-se perceber que o constituinte originário manifestou-se no sentido de que, no momento em que houver necessidade de ter-se modificado certo tributo, faz-se necessária a participação do Poder Legislativo, de forma que ele não está autorizado a delegar ao Executivo a responsabilidade de alterar qualquer exação, salvo as exceções dos tributos regulatórios, vez que, à luz do princípio da legalidade estrita, esta possibilidade inexiste.

13 - Nenhuma taxação sem representação.

No caso do Decreto 8.426, o Poder Legislativo autorizou a si mesmo de não legislar em caso de alteração das alíquotas tributárias, deixando os limites máximos a serem operados pelo Poder Executivo. Assim, o tratamento dispensado às contribuições de PIS/PASEP e COFINS mostra-se a ferir não somente o princípio da legalidade estrita em matéria tributária, como também o da reserva legal[14], eis que o texto constitucional deixou as hipóteses de alteração tributária pelo poder executivo expressamente previstas, em consonância com a principiologia da estrita legalidade, como bem leciona Sabbag:

> No plano axiológico, o princípio da legalidade tributária, abrindo-se para a interpretação, apresenta-se carregado de carga valorativa, sendo informado pelos ideais de **segurança jurídica e justiça – vetores que não podem ser solapados na seara da tributação**.
> [...]
> Em outras palavras, **o tributo depende de lei para ser instituído e para ser majorado**. Se o tributo é veículo de invasão patrimonial, é prudente que isso ocorra segundo a **vontade popular**, cuja lapidação se dá no **Poder Legislativo e em suas Casas Legislativas**. Tal atrelamento, no trinômio "tributo-lei-povo" assegura ao particular um "escudo" protetor contra injunções estatais feitas por instrumento diverso de lei. (SABBAG, 2011, p. 62). (Grifo nosso).

Neste entendimento, a missão institucional conferida ao Poder Legislativo na Carta Magna brasileira tem carga valorativa máxima, derivando do atributo da segurança jurídica nacional. Efetivamente, "O poder de tributar, na Constituição, é regulado segundo rígidos princípios que deitam raízes nas próprias origens históricas e políticas do regime democrático por ela adotado" (BALEEIRO, 2013, p. 77).

Para Sabbag (2011), a necessidade de lei para criação e majoração de tributos deriva diretamente da constituição federal, e tal perspectiva deve observar inclusive a extinção de tributos. Ele nos ensina que:

> A Constituição Federal de 1988 foi explícita ao mencionar os elementos "instituição" e "aumento", levando o intérprete, à primeira vista, a associar da lei apenas aos processos de *criação e majoração* do tributo. Essa não parece ser a melhor exegese: a lei tributária deve servir de parâmetro para criar e, em outro giro, para extinguir o tributo; para aumentar e, em outra banda, reduzir a exação. (SABBAG, 2011, p. 63). (Grifo do autor).

14 - Exigência de que algumas matérias devem ser necessariamente tratadas por meio de lei (reservadas à lei). (MENDES, 2015, p. 856).

O que ocorreu pela edição da Lei 10.865/04 foi a delegação de competência legislativa ao Poder Executivo, atribuindo-lhe a responsabilidade de analisar as circunstâncias ensejadoras da alteração tributária, tarefa esta originariamente reservada ao Congresso Nacional.

Nesta toada, a noção de justeza legal no trato da questão tributária, uma vez que legalidade e segurança jurídica exigem reserva absoluta, encontra respaldo na lição de Meyer-Pflug:

> O princípio da legalidade está a vedar a instituição ou majoração de tributo sem a prévia **autorização legislativa**, ou seja, a criação ou aumento de tributos deve ser feita por meio de lei. Todavia, o princípio da legalidade também exige uma **ordem jurídica mais justa**. Trata-se de uma expressão geral do princípio da legalidade que rege toda a Administração Pública e que deriva da própria noção de Estado de Direito e visa garantir também o princípio da segurança jurídica. Pode-se afirmar que no Direito Tributário o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica assumem peculiar relevância, na medida em que se exige **reserva absoluta de lei formal** para a criação e majoração de tributos. (MEYER-PFLUG et al, 2013, p. 149). (Grifo nosso)

Neste enfoque, mostra-se necessária a atuação legislativa contemporânea à instituição do tributo, sob a perspectiva de que não se faz mister apenas a autorização legislativa para alteração tributária, mas, também, se exige, na óptica do art. 150/CF, que seja realizado o devido processo legislativo com atuação do congresso nacional e debate da alteração, e não que esta incumbência constitucional seja repassada ao poder executivo em forma de autorização para decretar, dando-lhe limites máximos para alíquotas.

Parece ser inconstitucional tal autorização, sob o prisma de que existe hierarquia da constituição, e tal hierarquia não pode ser quebrada ou maculada pela vontade do legislador infraconstitucional. Neste sentido, o ideal de rigidez e permanência da ordem pressupõe que:

> A exigência da preservação da segurança jurídica torna a questão da estabilidade constitucional um axioma que se encontra refletido no pensamento consensado denominado rigidez constitucional, por meio do qual se pretende dar perenidade aos valores **e prescrições da Constituição**. (EMERENCIANO et al, 2006, p. 899). (Grifo nosso).

A norma constitucional é explícita ao garantir a participação do Poder Legislativo, no momento da alteração tributária. O princípio da legalidade

tributária toa como mecanismo garantidor do rito constitucional tendente a limitar a alteração tributária ao desígnio da lei, de forma que

> É preferível adotar a terminologia de ***princípio da estrita legalidade*** para designar um modelo específico para a legalidade em matéria tributária, no sentido de que não se exige lei ordinária formal para veicular todas as matérias tributárias, **não se permitindo, por outro lado, a edição de normas tributárias criar ou majorar tributos que não sejam, ao menos equiparadas às normas veiculadas pelo Poder Legislativo.** (PAROLIN, 2013, p. 135). (Grifo nosso).

Por meio dessa lição, é possível entender que, mesmo as normas tributárias que não sejam lei, em sentido formal, devem guardar equiparação legislativa àquela. É o caso do instituto da medida provisória, que, a rigor do artigo 62 da Constituição Federal, preconiza que "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional".

Observa-se que, os pressupostos de relevância e urgência devem ser conjuntamente atendidos, decerto que o poder judiciário já analisou o preenchimento destes requisitos na ocorrência de alteração tributária por ato do Poder Executivo, por intermédio de uma medida provisória, "No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.753-2, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, suspendeu a eficácia de uma medida provisória em virtude da ausência desses pressupostos" (TROIANELLI et al, 2005, p. 328).

Com estas considerações, faz-se necessário analisar a força normativa dos decretos em matéria tributária, a fim de se estabelecer sua natureza jurídica e seu cabimento, posto que esta análise torna possível obter os parâmetros necessários à determinação, em sentido estrito, dos aspectos constitucionais do Decreto 8.426 de 2015, à luz do princípio da legalidade estrita em Direito Tributário.

5. OS DECRETOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A expedição de decretos pelo Poder Executivo está ligada ao Poder Regulamentar da Administração Pública, a teor do regrado no artigo 84, IV da Constituição Federal, como ensina Moraes:

> Os regulamentos, portanto, são normas expedidas privativamente pelo chefe do Poder Executivo, cuja finalidade precípua é facilitar a execução das leis, removendo eventuais obstáculos práticos que podem surgir em sua aplicação e exteriorizam-se por meio de **decreto**, sendo, pois, como

> relembra Marcelo Caetano, importante fonte do Direito Administrativo. (MORAES, 2013, p. 1.242). (Grifo nosso).

Segundo Parolin (2013), pode-se dizer que as funções do Decreto Regulamentar dizem respeito a aspectos substantivos e à harmonização do procedimento dos órgãos e entidades da Administração Pública, além de determinarem normas relativas aos procedimentos nas instituições, com o fito de assegurar o tratamento igualitário aos administrados, porquanto são definidores do modo de operar a técnica legislativa.

Com efeito, as obrigatoriedades provenientes da lei, em regra, não podem ser do mesmo modo advindas de Decretos, uma vez que estes não têm o condão de fazer brotar no mundo os mesmos efeitos jurídicos das leis, que são formadas nas Casas Legislativas. Neste sentido:

> É correto afirmar que o regulamento expedido pelo chefe do poder executivo para fiel execução da lei não cria obrigação, pois somente a lei poderá fazê-lo, e não socorre o argumento no sentido de que o Decreto Regulamentar é ato explicativo ou supletivo da lei, de maneira que sua função não poderia ser somente a de copiar os termos da lei, o que resultaria sua completa inutilidade. (PAROLIN, 2013, p. 139).

Assim, percebe-se que a natureza jurídica e a função dos decretos em matéria tributária aparecem como elementos imprescindíveis à compreensão das repercussões ocasionadas pela edição da Lei 10.865/2004, eis que trouxe dispositivo autorizador de alteração de alíquotas mediante ato do Poder Executivo, e este, dentro das suas competências institucionais, editou decretos que trazem carga valorativa hibridizada, ao passo que se mostram, ao mesmo tempo, dentro da legalidade e da inconstitucionalidade.

Na lição de Corrêa, a natureza dos decretos figura da espécie legislativa Decreto encontra melhor nitidez:

> Sem embargo, merece destaque a regra do art. 99 do CTN, que dispõe: "o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função dos quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei". Enfim, os decretos, no âmbito tributário, valem como regras emanadas do poder executivo, destinadas a dispor sobre a **execução das leis tributárias**, aliás, por meio dos decretos costuma serem baixados os regulamentos, que, normalmente, de maneira ordenada, dispõem sobre a **exigência e a satisfação** de determinados tributos. (CORRÊA et al, 2013, p. 90). (Grifo nosso).

Depreende-se que os Decretos, fora das exceções expressamente previstas na Constituição Federal, têm função regulamentar, ou seja, de destinar o modo de operação e realização, na administração pública, da arrecadação tributária, sendo excepcional sua utilização para alteração de alíquotas, adstringindo-se em regra às atividades administrativas necessárias à consecução dos fins colimados pelo Estado tributante.

É imperioso, para caracterizar a função dos decretos em matéria tributária, fazer a inter-relação com os limites legais do poder de tributar, impondo-se distinguir as materialidades reservadas a cada espécie normativa. Neste sentido, ensina Carvalho que:

> A legalidade tem duas dimensões: formal e material. A legalidade formal diz respeito à natureza do **veículo introdutor da norma jurídica**. Refere-se ao diploma normativo formalmente considerado: **se esse introduzir normas que criem novos direitos e obrigações, o veículo tem de ser lei em sentido amplo**, i.e., produto de um processo realizado pelo Poder Legislativo. Trata-se um limite objetivo, pois para ver se o mesmo foi atendido, basta verificar a natureza do veículo normativo. Já a legalidade material diz respeito à norma introduzida. A obrigatoriedade de condutas se circunscreve a ela. (CARVALHO et al, 2006, p. 884). (Grifo nosso).

Assim, é possível observar vários aspectos vinculados à majoração tributária realizada por Decreto Presidencial, eis que o Decreto 8.426/2015, materialmente, criou uma obrigação de pagar aos contribuintes das contribuições do PIS/PASEP e da COFINS, ou seja, introduziu obrigatoriedade de condutas a elas circunscritas, decerto que não houve um processo legislativo contemporâneo autorizador da exação, o que se amoldaria aos princípios constitucionais, mas, sim, uma autorização extemporânea ao quadro sócio-econômico que a ensejou.

A criação de obrigação tributária por meio de Decreto é caso tão excepcional, à luz da força jurídica dos princípios tributários, que "se por ventura fosse revogado algum desses princípios, como por exemplo, a estrita legalidade tributária, não significaria que o Poder Executivo poderia criar tributos **via decreto"** (CARVALHO et al, 2006, p. 886) (Grifo nosso).

Neste toar, em razão do julgamento dos Embargos de Declaração em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.600/STJ, do Estado do Espírito Santo, o Ministro Relator Humberto Gomes de Barros do Superior Tribunal de Justiça asseverou que:

> Não atende ao princípio da reserva legal, o dispositivo da Lei estadual capixaba 5.298/96, que **transfere ao Poder Executivo** a competência para atribuir responsabilidade tributária a quem comercia, "toda e qualquer mercadoria classificada na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado – NBM/SH". […] A fixação da base de cálculo, com fundamento em **livre estimativa do Poder Executivo** maltrata Art. 97, III, do CTN e o Art. 8º da LC 87/96[15]. (Grifo nosso).

Com fulcro neste entendimento, a inter-relação entre a limitação de tributar e a estrita legalidade, e também do princípio da reserva legal, permite observar que atuação do Poder Executivo, em matéria de obrigação tributária, encontra-se adstrito à sua Função Administrativa, que, na lição de Melo:

> É a função que o Estado, ou quem faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário.* (MELO, 2011. P. 36). (Grifo do autor).

Em matéria tributária, quando da autorização legislativa para alterar alíquotas de tributos fiscais – e não extrafiscais, pode ocorrer delegação legislativa indevida, em desacordo com os preceitos constitucionais, eis que "A doutrina assinala, majoritariamente, que há delegação indevida quando se permite ao regramento inovar na ordem jurídica, atribuindo-se-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento de direito, dever, obrigação ou restrição". (MENDES, 2008, p. 834).

A força normativa da Constituição Federal e seus princípios, uma vez que "Na constituição encontra-se a matriz de todas as competências" (AMARO, 2005, p. 166), impõe obediência máxima ao agente estatal na prática de seus atos, seja na execução ou na elaboração das normas, eis que "A eficácia dos atos jurídicos consiste em sua aptidão para a produção de efeitos, para irradiação das consequências que lhe são próprias". (BARROSO, 2009, p. 14).

Assim, melhor entendimento sobre o alcance normativo imposto à espécie legislativa dos Decretos pode ser obtido a partir de uma contextualização específica destes à luz das considerações constitucionais inerentes à competência reservada ao Poder Executivo, em virtude da consecução de suas funções.

15 - https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200000175544&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acessado em 14/05/2017.

5.1. Os Decretos como Regulamentos

A competência normativa conferida ao Presidente da República no artigo 84, IV da Constituição Federal, ao contrário do precipuado em países europeus, consubstancia menor grau de discricionariedade ao Chefe de Estado brasileiro, autorizando disposições via Decreto que não criem aumento de despesa ou não extingam cargos públicos (MELO, 2011).

Regulamento é "ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei […]" (MELO, 2011, p. 343). (Grifo nosso).

Neste sentido, em que pese a existência dos tributos regulatórios, de cuja natureza se extrai o fenômeno da extrafiscalidade, os Decretos de competência do Presidente da República, ou nas esferas estadual e municipal, de competência dos Governadores e Prefeitos, não estão agasalhados pela força normativa de lei, limitando-se, portanto, a explicá-la, decerto que a ela está em subordinação. Neste sentido:

> O regulamento, posto em vigência por decreto, "embora não possa modificar a lei, tem a missão de explicá-la e de prover sobre minúcias não abrangidas pela norma geral editada pelo Legislativo." (PAULSEN, apud MEIRELLES, 2007, p. 817)

Para evitar delegações disfarçadas e inconstitucionais, o poder constituinte originário foi bastante profícuo[16] em delimitar as competências reservadas a cada função do poder estatal, porquanto atingiu, também, a criação de obrigação tributária. "Disto se ressalva, tão-só, a hipótese de "leis delegadas" – pela própria Constituição previstas no art. 59, IV, mas editáveis apenas em decorrência do procedimento legislativo regulado no art. 68 e segundo as condições e limites ali estabelecidos" (MELO, 2011, p. 356).

Por tais considerações, faz-se necessário analisar detidamente a autorização legislativa estabelecida pelo § 2º do artigo 27 da Lei 10.865/2015, sob o aspecto da constitucionalidade, uma vez que sua eventual nulidade frente aos princípios e normas preceituados na Carta Magna pode desencadear a invalidade jurídica de outras normas fundamentadas na referida lei, objetivando-se, dessa forma, a análise do Decreto 8.426/2015.

16 - Proficiente. Capaz. Competente.

6. O DECRETO 8.426/2015 SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Considerando o objetivo geral do presente estudo, faz-se mister analisar a validade e eficácia do Decreto 8.426/2015 à luz do Direito Constitucional, e, por conseguinte, do controle de constitucionalidade. Neste sentido, o confrontamento com a doutrina sedimentada na rigidez constitucional brasileira é medida que se impõe, uma vez que:

> O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na **verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição**. (BARROSO, 2009, p. 1).(Grifo nosso).

Não se pretende, contudo, adentrar detidamente nos aspectos centrais do controle de constitucionalidade, como, por exemplo, tratar da legitimidade para propositura de eventual ação ou demais requisitos. O que se propõe a fazer, inicialmente, é alicerçar os aspectos necessários à possibilidade de existir controle sobre um Decreto, como ato normativo infraconstitucional.

Neste sentido, ensina o eminente Ministro Gilmar Mendes, apud Söhn (1996, p. 91) que "O processo de controle abstrato de normas destina-se fundamentalmente, à defesa da ordem jurídica contra leis inconstitucionais e, portanto, à segurança jurídica, sendo instaurado no interesse da comunidade". É portanto, à luz do interesse da comunidade – como detentora do poder soberano, e da segurança jurídica, que se presta o estudo dos aspectos constitucionais do Decreto 8.426/2015.

Em termos de análise objetiva, é necessário consignar que a inconstitucionalidade "constitui vício aferido no plano da validade. Reconhecida a invalidade, tal fato se projeta para o plano seguinte, que é o da eficácia" (BARROSO 2009, p. 14). Assim, a medida do confrontamento da norma legal, objeto do presente estudo com os ditames da Constituição Federal, passa, necessariamente, pelo plano da eficácia jurídica.

No plano da eficácia, é vedado validar-se qualquer ato que seja contrário às disposições contidas na Carta Maior da República (BARROSO, 2009), e, neste toar, o quantum de validade do Decreto 8.426/2015 pode ser analisado à luz de algumas decisões judiciais, observando-se os aspectos controvertidos e o posicionamento adotado pelos magistrados brasileiros.

6.1. Controvérsia em Torno do Decreto 8.426/2015.

Conceituar controvérsia exige que se tenha em mente a "divergência objetiva entre pessoas diversas" (MENDES, apud TRIEPEL 1996, p. 95). Este parâmetro de análise, à luz do conceito basilar de controvérsia, também denominada como *Meinungsverschiedenheit*[17]no direito alemão, toma forma na medida em que as Cortes Superiores brasileiras têm discutido o Decreto 8.426/2015 com recorrentes tomadas de vista dos autos do processos pelos magistrados, bem como declínios de competência jurisdicional, e, até mesmo, a rejeição e posterior recebimento da matéria pelo mesmo Tribunal.

6.1.1. Mandado de Segurança nº 0012386-51.2015.4.03.6100

Cumpre, neste sentido, tomar como referência, inicialmente, as decisões de primeiro grau de jurisdição, eis que é neste juízo onde tem início a relação jurídica processual. Como exemplo, no Mandado de Segurança nº 0012386-51.2015.4.03.6100 da Justiça Federal de São Paulo, em que o magistrado de primeiro grau concedeu a segurança pleiteada pela parte autora, mesmo tendo explicitado claramente no início da sentença que a pretensão requerida não merecia ser atendida.

Nesta ação judicial, a parte autora defendia a inconstitucionalidade do Decreto 8.426/2015. A controvérsia da matéria em exame atingiu tal magnitude que, na mesma decisão judicial, ou seja, na mesma cognição exauriente, o Estado Juiz expressou um sentir controverso. Neste sentido, reputa-se fundamental a transcrição de trechos da decisão do Magistrado:

> **Não merece guarida a pretensão da parte impetrante.** [...] Assim, salta aos olhos que o que se tem é uma situação teratológica, pois todas as normas envolvidas, legais e infralegais, mais benéficas ou menos benéficas, seriam **manifestamente inconstitucionais em face do princípio da estrita legalidade tributária**, que se aplicaria tanto para agravar a situação do contribuinte. [...] A rigor, os decretos são legais se analisados em face estritamente do artigo 27, mas, se este artigo for inconstitucional, também o seriam as normas dele derivadas, **por arrastamento**[18]. (Grifo nosso).

O douto Magistrado iniciou sua decisão claramente afirmando que a pretensão do autor do Mandado de Segurança não deveria ser atendida,

17 - Desacordo.

18 - As citações deste subcapítulo são referentes a: http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/. Processo 0012386-51.2015.4.03.6100. Acessado em 13/05/2017.

passando a afirmar que a situação em análise é uma questão de Teratologia[19]. Assim, o julgador, luminosamente, registra a anormalidade da Lei 10.865/2004, uma vez que o Decreto 8.426/2015 veio a revogar inteiramente o Decreto 5.442/2005, ambos fundamentados naquela Lei, sendo que o primeiro reduziu a zero as alíquotas, e o outro as restabeleceu.

Considerando o Magistrado que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 10.865/2004 levaria a uma situação prejudicial à parte autora, pelo fato de que a redução a zero também seria inconstitucional, por arrastamento, o que seria inadmissível em razão da vedação à *reformátio in pejus*[20], o julgador segue mudando gradativamente seu entendimento:

> [...] Nessa ordem de ideias, **sendo o resultado conforme o Direito mais gravoso à parte que a situação atual**, que seria formalmente tão inconstitucional quanto a situação pretendida e materialmente mais próxima da alíquota legal, a forma mais adequada e razoável de não prejudicá-la e ofender o mínimo possível a Constituição é **manter o status quo**, que lhe é ainda mais benéfico que o plenamente constitucional. Assim, **a única solução cabível para o caso seria reconhecer a inconstitucionalidade da lei e atos derivados**, mas manter o status quo em razão da vedação à reformatio in pejus. (Grifo nosso).

Ressalte-se que o Juiz reconhece como única solução cabível o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei 10.865/2004 e os Decretos dela derivados, ao passo que, em sua decisão, não pode ensejar prejuízo à parte autora, pois esta se limitou a suscitar ao Poder Judiciário a inconstitucionalidade apenas do Decreto 8.426/2015. Assim, a decisão do Juízo no sentido de declarar inconstitucional o artigo 27 da Lei, sem reservas, estaria levando à parte autora um status não pleiteado, além de prejudicial.

Com tais considerações, o nobre julgador concedeu a segurança pleiteada, reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 10.865/2004 e a afronta ao princípio da legalidade estrita, suspendendo as cobranças relativamente às contribuições do PIS e da COFINS da impetrante, assim decidindo:

> Diante de todo o exposto, mantenho a liminar concedida, julgo procedente o pedido formulado e CONCEDO A SEGURANÇA para que não sejam realizadas cobranças das contribuições do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras da impetrante com base no Decreto nº 8.426/2015, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil. (Grifo do autor).

19 - Estudo das deformidades orgânicas.
20 - Reforma para pior. A reforma que muda para pior a situação do recorrente.

Observa-se, por conseguinte, que os aspectos constitucionais do Decreto 8.426 de 2015 são tão controvertidos que o Magistrado iniciou a sentença registrando que "não merece guarida a pretensão da parte impetrante", mas reconheceu anormalidade jurídica das normas em apreço, concedendo o pedido autoral.

Assim, em sentido contrário ao explanado inicialmente, no dispositivo final da sentença, o julgador concedeu o Direito à parte autora do Mandado de Segurança a não ser tributada com as contribuições do PIS e da COFINS sobre suas receitas financeiras, por entender inconstitucional o artigo 27 da Lei 10.865/2004.

Ressalte-se que a decisão, em sede de recurso da apelação no Tribunal Regional Federal da Terceira Região 3ª Região, de numeração 0012386-51.2015.4.03.6100/SP, o Egrégio Tribunal entendeu pela consonância da Lei 10.865/2004 com o princípio da estrita legalidade tributária, dando provimento à apelação da Fazenda Nacional.

6.1.2. Recurso Especial nº 1.586.950

No Superior Tribunal de Justiça, a matéria relativa ao Decreto 8.426/2015 foi recebida no dia 25 de fevereiro de 2016, e distribuída por sorteio ao Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, da Primeira Turma. No dia 23 de agosto de 2016, no julgamento em plenário, Após o voto do Sr. Ministro Relator, em preliminar, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Benedito Gonçalves, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Quando do retorno do julgamento em plenário em 25 de outubro de 2016, a Turma, em preliminar, por maioria, vencidos os Srs. Sérgio Kukina e Gurgel de Faria (voto-vista), conheceu do recurso especial e, no mérito, após o voto do Sr. Ministro Relator dando-lhe parcial provimento para declarar a não incidência do PIS/PASEP e COFINS sobre as receitas financeiras, pediu vista antecipada a Sra. Ministra Regina Helena Costa.

Prosseguindo no julgamento, em 07 de fevereiro de 2017, após o voto-vista da Sra. Ministra Regina Helena Costa dando parcial provimento ao Recurso Especial, em que reconheceu a legalidade da incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre receitas financeiras das pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade dessas contribuições, afastando a aplicação do art. 1º, caput, do Decreto n. 8.426/2015, restabelecendo-se o regime anterior de alíquotas. Novamente, houve pedido de vista, agora pelo Sr. Ministro Gurgel de Faria[21].

21 - https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/. RESP 1586950. Acessado em 14 de maio de 2017.

Assim, o julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça encontra-se há pelo menos um ano em tramitação, totalizando três pedidos de vista pelos Srs. Ministros, de sorte que o aspecto controvertido mostra-se mais evidenciado a cada julgamento, em especial, pelo reconhecimento do Supremo Tribunal Federal relativo à repercussão geral da matéria.

6.1.3. Recursos Extraordinários nsº 981760/RS e 986296/PR

No Supremo Tribunal Federal, a celeuma em torno do Decreto 8.426 de 2015 chegou à relatoria da Sra. Ministra Rosa Weber em 04 de julho de 2016, no Recurso Extraordinário nº 981.760. Na decisão prolatada em 17 de agosto de 2016, a Sra. Ministra entendeu que a matéria não tem índole constitucional, negando seguimento ao recurso, de sorte que não deveria ser apreciada na Suprema Corte.

Em contrapartida, na data de 05 de maio de 2017, após apreciação da matéria pelo Plenário Virtual do Supremo em virtude do Recurso Extraordinário nº 986.296, a Sra. Ministra voltou atrás da decisão de negar seguimento ao Recurso Extraordinário, com a seguinte explanação:

> Após a publicação da decisão agravada, a matéria restou submetida ao Plenário Virtual para análise quanto à existência de repercussão geral no RE 986.296-RG, *verbis*: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO
> GERAL. PIS E COFINS. LEI Nº 10.865/2004. PRINCÍPIO DALEGALIDADE. DECRETO Nº 8.426/2015. REDUÇÃO ERESTABELECIMENTO DE ALÍQUOTAS". Ante o exposto, **reconsidero** a decisão recorrida para aplicar o paradigma da repercussão geral. **Devolvam-se os autos** ao Tribunal *a quo* para os fins previstos no art. 1.036 do CPC/2015[22]. (Grifo nosso).

O recurso Extraordinário nº 986.296, de relatoria do Exmo. Sr. Dias Toffoli, foi submetido à análise do Plenário Virtual do STF, em 03 de março de 2017, e, nesta apreciação, foi reconhecida a repercussão geral da matéria, como de índole constitucional. Segundo o Eminente Relator Ministro Dias Toffoli:

> É de se fixar orientação sobre a possibilidade de o art. 27, § 2º, da Lei nº 10.865/2004 transferir a regulamento - portanto, a ato infralegal – a competência para reduzir e restabelecer as alíquotas da contribuição ao PIS e da COFINS. A matéria é similar à discutida na ADI nº 5.277/DF,

22 - http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp. RE 981760. Acessado em 14/05/2017.

> de minha relatoria, de modo que entendo estarem presentes a densidade constitucional e a repercussão geral[23].

Com esta decisão, a matéria inevitavelmente há de ter sua jurisprudência definida pela instância máxima da Justiça Brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

Por tais razões, cumpre mencionar o parecer do Ministério Público Federal, po meio da Procuradoria Geral da República, quando da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.277, que serviu de fundamento ao Relator Dias Toffoli para levar a apreciação do Decreto 8.426/2015 ao Plenário do Supremo.

No desenrolar da Ação, que cuida da delegação ao Poder Executivo para fixação de coeficiente de redução das alíquotas das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, o Procurador Geral da República, Exmo. Sr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, manifestou-se no sentido de que:

> A discricionariedade **delegada ao Executivo** para, nos parâmetros contidos em lei, alterar a alíquota de tributo (a maior ou a menor) **ofende a tipicidade fechada do Direito Tributário**, ao retirar da lei em sentido estrito a função de definir os elementos essenciais da regra-matriz de incidência. Daí as exceções ao princípio da legalidade tributária serem apenas as previstas na própria Constituição[24]. (Grifo nosso).

Nesse passo, a controvérsia constitucional em torno do Decreto Presidencial 8.426/2015 resta configurada, ante a pluralidade de opiniões, as divergências constatadas nos processos, o reconhecimento de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a existência de Ação Direta de Inconstitucionalidade em andamento com matéria análoga.

Cumpre analisar, por conseguinte, a possibilidade de ser declarado o Decreto 8.426/2015 como inconstitucional, pela via do arrastamento, eis que o mesmo apresenta-se em perfeita harmonia com sua Lei fundamentadora, e, portanto, dentro da legalidade, só podendo ser atingido pelo fenômeno da inconstitucionalidade consequencial – por arrastamento.

6.1.4. O Decreto 8.426/2015 e Inconstitucionalidade por arrastamento

A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento pode ocorrer em situações em que certo dispositivo, reputado como inconstitucional, guardar relação de interdependência com outra norma, cuja aferição de

23 - http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp. RE 986296. Acessado em 14/05/17.
24 - http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp. ADI 5277. Acessado em 14/05/17.

constitucionalidade não esteja em análise por ocasião de eventual controle de constitucionalidade, podendo o Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional dispositivo com fundamentos diversos dos oferecidos pelo autor da demanda constitucional (MORAES, 2014).

A aferição da constitucionalidade de um Decreto do Poder Executivo passa, inicialmente, pela possibilidade jurídica de um ato regulamentar ser submetido à análise constitucional. No caso do Decreto 8.426/2015, a aferição da constitucionalidade haverá de ser realizada à luz do princípio geral da legalidade, uma vez que foi editado com fundamento na Lei 10.865/2004.

Além da necessidade de analisar o princípio da legalidade estrita em Direito Tributário, o entendimento de que o Decreto Regulamento pode ser posto em análise constitucional suscita o raciocínio de que:

> A aferição da constitucionalidade dos decretos com força de lei não depende de maiores justificações, uma vez que esses decretos têm a mesma hierarquia da lei. Daí serem chamados de decretos com força de lei. Todavia, afigura-se recomendável que o controle de constitucionalidade não se limite a esses atos, abrangendo também os **atos de execução, isto é, os atos tipicamente regulamentares**. (MENDES, apud KELSEN, 1996, p. 173). (Grifo nosso).

Considerando-se a possibilidade de ser analisada a constitucionalidade do Decreto 8.426/2015, uma vez que é ato regulamentar, afigura-se necessário determinar, também, a hipótese da sua disponibilidade ao fenômeno da inconstitucionalidade por arrastamento, e, neste sentido:

> A hipótese de inconstitucionalidade por arrastamento é possível tanto em relação a dispositivos existentes na mesma lei ou ato normativo impugnado, quanto em relação a texto normativo diverso, porém **elaborado sob o seu fundamento**". (MORAES, 2014, p. 775). (Grifo nosso).

O artigo 27 da Lei 10.865/2004, em seu parágrafo 2º, dispõe sobre o regramento fundamentador do Decreto 8.426/2015, autorizando o Poder Executivo a reduzir e estabelecer as alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS, por ato próprio, sem a necessidade de processo legislativo contemporâneo para tal feito.

Assim, configura-se a possibilidade de ser arrastado o Decreto 8.426/2015 pela eventual inconstitucionalidade de sua Lei autorizadora, ou seja, existe a possibilidade jurídica do Decreto ser arrastado para a inconstitucionalidade.

Neste sentido, resta analisar se a delegação realizada pelo Poder Legislativo autorizando as alterações nas alíquotas do PIS/PASEP e COFINS, por meio do § 2º da Lei 10.865/2004 é constitucional, e, posteriormente, passar à tipificação de eventual arrastamento, com consequente perda de validade do dispositivo, eis que:

> Esta contaminação ou perda de validade pode ser reconhecida, também, em relação a **decreto que se fundava em lei declarada inconstitucional**. Então, o STF vem falando em inconstitucionalidade por **arrastamento do decreto que se fundava na lei** (cf., por exemplo, ADI 2.995/PE, Rel. Min. Celso de Mello, 13.12.2006). (LENZA, 2012, p. 308). (Grifo nosso).

Finalmente, cumpre mencionar que o dispositivo da Lei 10.865/2004 estabeleceu delegação ao Poder Executivo no sentido de alterar alíquotas, com tratamento idêntico ao dispensado aos tributos extrafiscais. Neste passo, a lição de Paulsen merece destaque:

> **Alteração pelo executivo. Inconstitucionalidade**. O art. 2º, § 3º, da lei 10.833/03, incluído pela Lei 10.865/04 e alterado pela Lei 11.196/05, ainda autoriza o Executivo a reduzir e a restabelecer a alíquota relativa à receita de venda, dentre outros, de produtos químicos e farmacêuticos e destinados ao uso em laboratório que refere, sem que haja, contudo, previsão constitucional para tanto, eis que apenas quanto aos impostos federais referidos no art. 153, § 1º, da Constituição e quanto às contribuições de intervenção no domínio econômico relativas às atividades de importação e comercialização de combustíveis, previstas no § 4º do art. 177 da CF por força de EC 33/01, é que há atenuação à legalidade tributária. (PAULSEN, 2007, p. 487). (Grifo do autor).

Em consonância com esse pensar, a notável lição de Pontes de Miranda nos ensina que "Não há tributo sem lei que o haja estabelecido, respeitados os princípios constitucionais. Não se pode, por meio de analogia, ou de argumentos lógicos, estender o que se edictou nas leis. O entendimento é rígido e estrito". (MIRANDA 1970, p. 398).

Com este entender, que reforça todo o expendido, a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 10.865/2004 arrastando o Decreto 8.426/2015, mostra-se com lucidez cristalina, à luz do histórico princípio da legalidade tributária. Pela força deste princípio, "O tributo constitui uma obrigação *ex lege*"[25]. (BALEEIRO, 2013, p. 37) (Grifo do autor), e, neste sentido, deve-se guardar a máxima obediência à reserva legal.

25 - Por Lei. Segundo a Lei.

7. CONCLUSÃO

Considerando-se os objetivos específicos do presente estudo, cumpre firmar, inicialmente, o obtido quanto à natureza dos tributos PIS/PASEP e COFINS, entendendo-os como contribuições sociais com destinação constitucional diversa dos tributos regulatórios, e, assim, não se apresentando como tributos cuja arrecadação está vinculada à intervenção rápida do Poder Executivo na política econômica governamental.

No objetivado especificamente no sentido de caracterizar o princípio da legalidade estrita no Direito Tributário, cumpre asseverar o entendimento de que o legislador constitucional teve o cuidado de reservar à Lei, em sentido formal, a característica de ser instrumento normativo fundamental para a instituição e alteração tributárias, excepcionando apenas casos expressamente previstos nos artigos 153, § 1º, 177, § 4º, b, e 155, § 4º, ambos da Constituição Federal.

Como resultado, qualquer nova exceção a esta regra necessitaria, em tese, de alteração no Texto Magno por meio de Emenda Constitucional, o que, de regra, já nasceria em afronta aos princípios máximos constitucionais, eis que a referência ao Imposto de Importação, Exportação, Produtos Industrializados, e Operações Financeiras, tem rol taxativo, e mesmo por Emenda à Constituição não seria permitido modificar sua essência (PAULSEN, 2007).

Desta feita, a análise da constitucionalidade do Decreto 8.426/2015 necessita ser confrontada com a autorização contida no § 2º do artigo 27 da Lei 10.865/2004, que por ser norma autorizadora, circunscreve outros textos legais derivados de seu texto, que tem validade jurídica em consequência daquela.

Impõe-se necessário considerar os resultados obtidos mediante objetivo específico de analisar a o fenômeno da inconstitucionalidade por arrastamento, tendo-se que este tipo de inconstitucionalidade pode ocorrer não somente em relação a disposições constantes em uma mesma legislação, ou mesmo em outra espécie normativa, mas, também, em situações em que haja texto legal com fundamentação naquela (MORAES, 2014).

Importa considerar, também, que a alteração tributária realizada pelo Decreto 8.426/2015 ocorreu por norma jurídica caracterizada como regulamento administrativo, fulcrada no § 2º do artigo 27 da Lei 10.865/2004, exsurgindo que tal alteração foi realizada com natureza visivelmente extrafiscal.

Quanto à análise da extrafiscalidade, desponta o entendimento de que tal característica não tem previsão constitucional vinculada ao regramento das contribuições sociais, e, portanto, não se amolda ao tratamento dispensado a estes tributos.

Considerando-se que o tratamento extrafiscal dispensado a certos tributos pela Constituição é delegação de competência legislativa, competência esta que, de regra, é indelegável, e considerando-se que, na ocorrência de delegação legislativa fora da autorização constitucional, urge a inconstitucionalidade como patente (COELHO, 2010).

Considerando-se o objetivo geral deste estudo, qual seja, analisar a constitucionalidade do Decreto 8.426/2015, à luz do princípio da legalidade tributária, os resultados apontam para a sua inconstitucionalidade, em consequência do arrastamento trazido pelo § 2º do artigo 27 da Lei 10.865 de 2004, uma vez que este dispositivo legal delegou competência legislativa em afronta à Constituição Federal, de sorte que dispensou às Contribuições Sociais tratamento extrafiscal, que a estas não se aplica.

Desta forma, o Disposto no § 2º do artigo 27 da Lei 10.865/2004 é inconstitucional, ainda, por afrontar o princípio da legalidade estrita em Direito Tributário, uma vez que, ao realizar delegação legislativa não prevista na Constituição da República, as alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS ficaram, dentro dos limites estabelecidos em Lei, disponíveis à livre flutuação Pelo Poder Executivo.

Com esta autorização, as contribuições do PIS/PASEP e da COFINS passaram a figurar no rol de tributos regulatórios, em afronta ao objetivo firmado pelo legislador constitucional, que as atribuiu natureza jurídica vinculada à ordem social, natureza esta visivelmente desvinculada da atividade econômica, esta que circunscreve os tributos com natureza regulatória.

Com tais considerações, conclui-se pela inconstitucionalidade do Decreto 8.426/2015, por arrastamento, em ofensa ao princípio da legalidade estrita em Direito Tributário, na medida em que a Lei 10.865/2004 afrontou, também, a ordem social e a atividade econômica do Estado, devendo ser interpretada à luz da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano, **Direito Tributário Brasileiro**. - 11ª Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

BALEEIRO, Aliomar, **Direito Tributário Brasileiro**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. – 12. Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto, **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência**. – 4ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BRASIL. **Decreto nº 8.426, de 1º de abril de 2015**. Restabelece as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições. Diário Oficial da União - Seção 1 - Edição Extra - 1/4/2015, Página 1 (Publicação Original).

BRASIL. **Lei 10.865, de 30 de abril de 2004**. Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: V. 141, nº 82-A, p. 1 a 7, 30 de abr., 2004. Seção 1, pt. 1.

CARVALHO, Cristiano Rosa de, in Santi, Eurico Marcos Diniz de (Coord), **Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CÓRDOVA, Fernanda Peixoto, in Silveira, Denise Tolfo (Org.) / Gerhardt, Tatiana Engel (Org.), **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro, **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. – 11ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CORRÊA, Walter Barbosa/Rezek, Francisco José de Castro (atual.) in Martins, Ives Gandra da Silva, **Curso de direito tributário** (coord.). – 14 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da, **Dicionário compacto do Direito** – 10ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. P. 253.

EMERENCIANO, Adelmo da Silva, in Santi, Eurico Marcos Diniz de (Coord), **Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LAKATOS, Eva Maria, **Fundamentos da metodologia científica** / Mariana de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. – 7 ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

MELO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de direito constitucional.** Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 3ª. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de direito constitucional.** Gilmar Ferreira Mendes / Paulo Gustavo Gonet Branco. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MEYER-PFLUG, Samantha in Martins, Ives Gandra da Silva, **Curso de Direito Tributário** (coord.) – 14 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Pontes de, **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969. Tomo II (Arts. 8º - 31)**. – 2ª Ed. rev. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MORAES, Alexandre de, **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**/Alexandre de Moraes. – 9 ed. atualizada até a EC nº 71/12 – São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**/Alexandre de Moraes**.** – 30ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro, in Santi, Eurico Marcos Diniz de (Coord), **Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006..

PAROLIN, Marcos Cesar Pavani, **Curso de Direito Tributário**. Belo Horizonte: Del Ray, 2013.

PAULSEN, Leandro, **Direito Tributário: constituição e Código Tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência**. – 9ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007.

PEREIRA, João Luís de Souza in Fischer, Octávio Campos; Peixoto, Marcelo Magalhães (Coord.), **PIS – COFINS – Questões atuais e polêmicas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SABBAG, Eduardo - **Manual de direito tributário**. – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

TOMÉ, Fabiana Del Patre in Fischer, Octávio Campos; Peixoto, Marcelo Magalhães (Coord.), **PIS – COFINS – Questões atuais e polêmicas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda in Fischer, Octávio Campos; Peixoto, Marcelo Magalhães (Coord.), **PIS – COFINS – Questões atuais e polêmicas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

XIMENES, Sérgio, **Dicionário da Língua Portuguesa**. – 3ª Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Ediouro, 2001.

ESPAÇO VIRTUAL DE MEMÓRIA INSTITUCIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL EM PERNAMBUCO: RELATO DE EXPERIÊNCIA

Maria de Lourdes Castelo Branco de Oliveira
Graduada em Biblioteconomia pela UFPE.
Especialista em Planejamento e Gestão Organizacional, pela UPE e em Gestão e Tecnologia da Informação pela UFPE. Bibliotecária e Membro da Comissão do Espaço Memória da Justiça Federal em Pernambuco

RESUMO: Relata-se acerca da experiência da implantação do Espaço Virtual de Memória Institucional da Justiça Federal em Pernambuco – JFPE, um domínio inserido no portal da internet da referida Justiça Federal, cuja importância é facilitar o acesso da sociedade à memória da JFPE, bem como estruturar eficazmente um ambiente de pesquisa, guarda e produção da história da instituição. Ressalta-se a importância de se preservar a memória de uma instituição e resgatá-la com o apoio de métodos organizacionais, contando com o profissionalismo dos servidores e outros colaboradores envolvidos, e de se propagar na instituição um ambiente de pesquisa sociocultural de significativo valor. Discorre-se sobre a elaboração dos componentes do citado espaço: Histórico da Justiça Federal no Brasil e em Pernambuco; Galeria dos Juízes; Diretores de Foro; Servidores; Seção/Subseções Judiciárias; Linha do Tempo e Banco de Imagens. Mencionam-se as dificuldades enfrentadas e o primeiro produto gerado com os dados do Espaço Virtual.
Palavras chave: Poder Judiciário. Justiça Federal. Pernambuco. Memória Institucional. Internet.

ABSTRACT: It is related to the experience of the implementation of the Virtual Space of Institutional Memory of the Federal Justice in Pernambuco - JFPE, a domain inserted in the internet portal of the referred Federal Justice, whose importance is to facilitate the access of the society to the memory of JFPE, as well as to structure effectively an environment of research, custody and production of the history of the institution. It emphasizes the importance

of preserving the memory of an institution and rescue it with the help of organizational methods, relying on the professionalism of the servers and other involved employees; and to spread in the institution a sociocultural research environment of significant value. It talks about the preparation of the referred space components: History of the Federal Court in Brazil and Pernambuco; Gallery of Judges; Forum of Directors; Servers; Section/Subsections Judiciary; Timeline; and Images. It was cited the difficulties faced and the first generated product with the Virtual Space data.
Keywords: Judicial Power. Federal Justice. Pernambuco. Institutional Memory. Internet.

"A vida só pode ser compreendida olhando-se para trás;
mas só pode ser vivida olhando-se para a frente".
Soren Kierkegaard

1. INTRODUÇÃO

Este relato de experiência aborda o processo de elaboração do Espaço Virtual Memória Institucional da Justiça Federal em Pernambuco – JFPE e objetiva apresentar as etapas de sua preparação, bem como as dificuldades vivenciadas. Pretende-se também contribuir com aqueles que desejarem fazer o registro da história de uma instituição, ou seja, com os profissionais que se preocupam com a memória institucional.

Uma das atribuições dos profissionais de informação - o bibliotecário é um deles - é a preservação da informação e sua disseminação.

A Seção de Biblioteca, vinculada à Secretaria Administrativa, é uma das Seções responsáveis pela preservação e disseminação da memória institucional da Justiça Federal em Pernambuco. Supervisionada pela bibliotecária e servidora Maria de Lourdes Castelo Branco de Oliveira, membro de todas as Comissões de Memória da JFPE, nessa seção também atuam um servidor da área de Direito e um colaborador terceirizado.

Compõem este relato um sucinto histórico da Justiça Federal no Brasil e Pernambuco, uma breve revisão de literatura sobre memória institucional e o processo de elaboração da Galeria de Juízes, da Linha do Tempo, do Banco de Imagens, bem como dos arquivos sobre Diretores de Foro, Servidores e Seção/Subseções Judiciárias, finalizando-se com as considerações gerais.

2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTIÇA FEDERAL NO BRASIL E EM PERNAMBUCO

Um ano depois da Proclamação da República, em 15 de novembro 1889, o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, Campos Salles, elaborou o Decreto nº 848, de 11 de novembro de 1890. O texto, editado pelo Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, assinala a criação da Justiça Federal, inicialmente composta pelo Supremo Tribunal Federal e por Juízes de Seção. Cada Estado e o Distrito Federal formavam uma Seção Judiciária, com um Juiz Federal e um Juiz Substituto. Marco legislativo inicial da história da Justiça Federal brasileira, regulamentou a sua organização e funcionamento antes mesmo da primeira Constituição republicana. Considerava-se sua criação o pressuposto necessário para a consolidação da soberania nacional. A Justiça Federal constituiu-se de uma Seção Judiciária para cada Estado, bem como para o Distrito Federal, com sede na respectiva capital, sob a responsabilidade de um Juiz Seccional, auxiliado por um Juiz Substituto.

Escrever sobre os Juízes Federais da primeira fase da Justiça Federal em Pernambuco, no período compreendido entre 1890 a 1937, é muito complexo pois quase nada foi preservado. Conseguiu-se resgatar muito pouco a partir de pesquisas em livros, textos isolados, jornais da época e na internet. Segundo Freitas (2003, p. 27), a grande maioria dos Juízes dessa época se formou na Faculdade de Direito do Recife.

Na Era Vargas, a Constituição de 1937, do chamado Estado Novo, extinguiu a Justiça Federal. No período da extinção, 1937 a 1966, atribuiu-se a competência para julgamento dos feitos ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE.

Durante o regime militar, a Justiça Federal brasileira voltou a existir com o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, que serviu de base à edição da Lei Orgânica da Justiça Federal, Lei nº. 5.010, de 30 de maio de 1966, a qual reimplantou a Justiça Federal no Brasil e estruturou a Justiça Federal de primeiro grau. Com essa lei, as primeiras nomeações de juiz federal e juiz federal substituto couberam ao Presidente da República, com assentimento do Senado Federal e para o primeiro provimento dos cargos nos serviços auxiliares poderiam ser aproveitados servidores estáveis da União e das varas da Fazenda Nacional dos Estados (artigo 74, §2º).

Vinculou-se a Seção Judiciária de Pernambuco - SJPE à 3ª Região Judiciária Nordeste, pela Lei 5.010, de 30 de maio de 1966. Com a Lei nº 5.345, de 3 de novembro de 1967, compuseram-na os estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco e Território de Fernando de Noronha, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe. Em 1967, instalou-se, provisoriamente,

em espaços cedidos por outros órgãos. Foram nomeados e tomaram posse os juízes federais, porém a solenidade de instalação da Justiça Federal em Pernambuco só ocorreu em 1968.

Inicialmente, duas Varas Federais a formaram. A 1ª Vara e a Diretoria do Foro foram instaladas, primeiramente, em uma pequena sala no Edifício Bitury, na Rua Diário de Pernambuco. A 2ª Vara funcionou em espaço cedido pela Procuradoria da República, no Palácio da Justiça Estadual. Os primeiros magistrados federais, empossados em 2 de maio de 1967, foram: na 1ª Vara: Juiz Titular Dr. Arthur Barbosa Maciel e Juiz Substituto Adaucto José de Melo; e na 2ª Vara: Juiz Titular Dr. Orlando Cavalcanti Neves e Juiz Substituto Dr. Emerson Câmara Benjamim.

Os primeiros servidores, recrutados de outros órgãos de acordo com o Decreto nº 60.468 , de 14 de março de 1967, tiveram sua nomeação publicada no Diário Oficial da União de 18 de agosto de 1967, Seção I, Parte I, através de Decreto do Ministério da Justiça de 17 de agosto de 1967.

Para proceder à instalação da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, designou-se o Ministro Djalma Tavares da Cunha Mello como representante, através do Ato nº 19, de 7 de outubro de 1968, do Conselho da Justiça Federal.

A Justiça Federal em Pernambuco estabeleceu-se solenemente no antigo prédio onde funcionara a Cia Nacional de Navegação Costeira (Lloyd Brasileira), à Rua da Moeda, 47, no dia 11 de dezembro de 1968. Recebeu a denominação de Fórum Desembargador Neves Filho, em homenagem ao pai do Juiz Orlando Cavalcanti Neves.

A Seção Judiciária de Pernambuco faz parte da primeira instância da Justiça Federal, com sede no Recife. Formada por um conjunto de varas federais onde atuam os juízes federais a quem cabe o julgamento originário da quase totalidade das questões que envolvam a União.

Com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, a estrutura do Poder Judiciário passou por profundas modificações. No âmbito da Justiça Federal (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT, art. 27, § 6º) cria, em substituição ao Tribunal Federal de Recursos, cinco Tribunais Regionais Federais - TRF, com sedes e jurisdições definidas na Resolução nº 1, de 6 de outubro de 1988, do extinto Tribunal Federal de Recursos. A Lei nº 7.727, de 9 de janeiro de 1989, previu suas composições iniciais. A Seção Judiciária de Pernambuco está subordinada ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF-5ªR, instalado em 30 de março de 1989, no Palácio Frei Caneca, situado à Avenida Cruz Cabugá, bairro de Santo Amaro, em cerimônia presidida pelo então Presidente do Tribunal Federal de Recursos, Ministro Evandro Gueiros Leite.

Em 12 de julho de 2001, foram criados os Juizados Especiais Federais, através da Lei nº 10.259, para proporcionar ao cidadão julgamentos mais rápidos e simplificados. São responsáveis por julgar as ações com causas de até 60 salários-mínimos, estabelecer pena de até dois anos ou aplicar multa. Nos Juizados, funcionam as Turmas Recursais que julgam os recursos das sentenças proferidas nos Juizados Especiais Federais.

Antes da decisão nacional de interiorização da Justiça Federal, a partir de 1987, verifica-se a interiorização da Justiça Federal em Pernambuco com a instalação da 8ª Vara Federal, no sertão de Pernambuco, com sede na cidade de Petrolina. Em 21 de novembro de 2003, aprofundou-se a interiorização com a edição da Lei nº 10.772 que criou 183 novas varas, inclusive com Juizados Especiais Federais adjuntos ou não. Com a edição da Lei nº 12.011, de 4 de agosto de 2009, deu-se continuidade ao processo de interiorização da Justiça Federal com a criação de novas varas e em novembro de 2014, cumpriu-se o ciclo de interiorização estabelecido na referida lei com a inauguração da 38ª Vara Federal na Subseção Judiciária de Serra Talhada.

As Subseções que se seguiram à de Petrolina, no processo de interiorização, foram instaladas nas cidades de Caruaru (2004), Serra Talhada, Salgueiro e Garanhuns (2005), Ouricuri, Palmares e Goiana (2010), Arcoverde e Jaboatão dos Guararapes (2011) e Cabo de Santo Agostinho (2013).

As informações contidas nesta parte constituem uma síntese da história da Justiça Federal no Brasil e, especificamente, da pernambucana.

3. MEMÓRIA INSTITUCIONAL: REVISÃO DE LITERATURA

O tratamento sistemático da memória institucional começa a partir da década de 1970, como reflexo dos estudos sociológicos, antropológicos e históricos voltados à questão da memória. As empresas perceberam que para seu crescimento era importante registrar e preservar sua memória. Nota-se assim um movimento de valorização da memória institucional (MARQUES, 2007), que vem se fortalecendo com a utilização das novas tecnologias, como meio de divulgação e disseminação, proporcionando o acesso rápido a essas informações.

Le Goff (1994, p.423 apud MARQUES, 2007, p. 30), indiretamente, enfoca a importância da valorização da informação do presente e do passado como forma de registro com a utilização da memória:

> A memória, como propriedade de conservar certas informações, remete-nos em primeiro lugar a um conjunto de funções psíquicas, graças às quais o homem pode atualizar impressões ou informações passadas, ou o que ele representa como passadas.

A memória institucional compreende um trabalho de resgate, organização e disponibilização, sendo fundamental ser pensada de forma sistêmica como garantia de caráter histórico, probatório ou de patrimônio documental. Visa desenvolver trabalhos de valorização do passado, apresentar os principais fatos da trajetória da instituição. É um programa permanente, cujo intuito é a construção e reconstrução contínua da história da instituição.

Le Coadic (1996 apud SILVA, 2008, p.2) afirma que:

> As necessidades de informação traduzem um estado de conhecimento no qual alguém se encontra quando se confronta com a exigência de uma informação que lhe falta e lhe é necessária para prosseguir um trabalho. Muda com o tempo sob o efeito da exposição às diferentes informações iniciais e é produzida dinamicamente gerando novas necessidades.

A gestão do conhecimento nas organizações é um processo constante de aprendizado e ocorre por meio dos indivíduos. A organização que aprende é aquela que possui habilidades para criar, adquirir e transferir esses conhecimentos.

Davenport e Prusak (1999 apud DE SORDI; AXT; FONSECA, 2007, p. 5) esclarece: o conhecimento de uma organização pode ser classificado em tácito, algo difícil de ser formalizado e comunicado aos outros, em que se inserem as experiências de vida dos membros de uma organização; e explícito, formal e sistemático, fácil de ser transmitido aos demais, todo o conhecimento registrado em atos oficiais, normativos e publicações. Afirmam, ainda, que o poder do conhecimento provém de valores e crenças, tanto quanto da informação e da lógica, confirmando, assim, a importância dos princípios norteadores da Gestão do Conhecimento para o aprimoramento institucional.

Relaciona-se também à Gestão do Conhecimento a Cultura do Compartilhamento que compreende o modo como os membros de uma organização encaram a necessidade de partilhar o conhecimento.

4. HISTÓRICO DA CONSTRUÇÃO DO ESPAÇO MEMÓRIA DA JFPE

A Portaria nº 39-DF, de 12 de fevereiro de 1998, do então Diretor do Foro, Juiz Federal Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, instituiu a 1ª Comissão destinada à elaboração da Memória da JFPE, coordenada pela servidora Francisca de Paula G. Salazar da Veiga Pessoa, lotada na Secretaria Administrativa, Seção de Contratos.

A Seção de Biblioteca da JFPE, por meio de sua supervisora, manteve a preocupação de coletar dados sobre todos os fatos importantes ocorridos, principalmente as informações de caráter histórico. Começou-se a elaboração da Linha do Tempo, consultando relatórios existentes na Seção de Treinamento e firmou-se a ação cotidiana de coletar, em artigos, notícias e demais registros, informações sobre o desenvolvimento e a inserção social da instituição.

Com a chegada do Diretor do Foro Juiz Federal Frederico José Pinto de Azevedo, em 2005, graças à sua sensibilidade e visão macro, tornou-se realidade a criação do Espaço Memória físico, em área da sede da JFPE e com o patrocínio da Caixa Econômica Federal.

No mesmo ano, a Comissão da Memória deu mais um passo em direção à concretização do Espaço de Memória físico com a elaboração de um projeto idealizado pelo museólogo Albino Barbosa de Oliveira Júnior, que contou com a participação de outros profissionais como: Mônica Maria de Pádua Souto da Cunha (pesquisa histórica), Flávio André de Athayde Lamenha (fotografias), Eduardo Souza (design da montagem da exposição) e Cláudia Torres (projeto luminotécnico). Nessa ocasião, por sugestão do museólogo Albino Oliveira, criou-se o espaço memória virtual, em função da sua permanente e ágil atualização.

Em 11 de dezembro de 2006 inaugurou-se o Espaço Memória, que representa um marco importante para a Justiça Federal em Pernambuco. Ficou, primeiramente, situado no 10º andar do Edifício-Sede da JFPE. Em 19 de março de 2015 o Espaço ganhou novo local, passando a funcionar no 1º andar do mesmo Edifício.

Concomitantemente com a criação do Espaço Memória físico foi desenvolvido o Espaço de Memória virtual, para torná-lo fonte sempre atualizada das informações sobre a história da JFPE.

Criaram-se outras duas Comissões por meio das Portarias nº 205-DF, de 24 de abril de 2006 e nº 11-DF, de 9 de janeiro de 2007. Por último, a Comissão atual foi criada pela Portaria nº 18-DF, de 13 de janeiro de 2014, sob a coordenação do Juiz Federal Ubiratan de Couto Maurício e composta pelo Juiz Federal Frederico José Pinto de Azevedo e pelos servidores Alexandre de Souza Albuquerque e Maria de Lourdes Castelo Branco de Oliveira (bibliotecária).

Na organização da memória virtual institucional é essencial a presença do profissional da informação, o bibliotecário, uma vez que ficará responsável pela coleta, organização e disponibilização de dados, além da produção de conhecimento novo. Esse profissional é capaz de utilizar a estrutura da organização onde atua, ou seja, sabe onde e a quem recorrer quanto ao suporte técnico para as redes computacionais bem como sabe assegurar, na

organização das informações, a clareza necessária na apresentação e disposição do conteúdo, possibilitando ao usuário navegar/mover-se de forma mais eficaz para satisfazer suas necessidades de informação.

No Programa de Gestão Documental da Justiça Federal, instaurado pela Resolução nº 318, de 4 de novembro de 2014, do Conselho da Justiça Federal-CJF, incluiu-se o projeto Memória da Justiça Federal que tem como objetivo a consolidação da memória institucional e o registro da contribuição da instituição ao exercício da cidadania.

Em 6 de março de 2015, foi solicitada a inserção da página *Espaço Memória* no Programa Nacional de Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário (Proname) que tem por missão, além de organizar e disponibilizar a informação, preservar a memória da Justiça. O Conselho Nacional de Justiça, por meio deste Programa, incentiva e apoia ações que buscam preservar e divulgar a memória judiciária em todos os seus ramos de atuação e em cada região do País.

4.1. Espaço Virtual de Memória Institucional da Justiça Federal em Pernambuco

O Espaço Virtual de Memória Institucional consiste em um domínio inserido no Portal da Justiça Federal em Pernambuco, coordenado pela bibliotecária supervisora da Seção de Biblioteca, Maria de Lourdes Castelo Branco de Oliveira que, para atender solicitações, começou a organizar os dados que o compõem.

Implementou-se, no ano de 2000, a memória virtual no *site* disponibilizando-se dados bem simples sobre a Justiça no Brasil e a Justiça Federal em Pernambuco, bem como as fotos dos prédios em que funcionou a JFPE. Entre os anos 2000 e 2008, mesmo existindo Comissões de Memória, a atualização caminhou a passos lentos.

O referido Espaço Virtual mostra a trajetória coletiva construída ao longo da sua existência. É referência de valores e experiências, buscando garantir a identidade institucional. Sua importância reside na apresentação dos processos passados que expressam a evolução da instituição e fundamentam a formação da sua cultura, seus valores e seu capital intelectual, com reflexo no presente e no futuro.

A elaboração, produção e divulgação da página de Memória institucional da JFPE resultaram da colaboração de várias pessoas que compuseram as Comissões de Memória e de técnicos de apoio, conforme se expõe a seguir.

A primeira colaboradora foi Liliane Campos Gonzaga, estagiária nos anos 2003 a 2005 e profissional terceirizada de 2006 a 2008, graduada em Biblioteconomia e com conhecimentos de web design**.**

Desde 2013 conta-se com um novo colaborador terceirizado, Igor Pires Lima, com conhecimentos de *web design*, e graduando em Biblioteconomia, dotado da compreensão do valor da clareza exigida nos registros e consciente do valor da seleção e da importância de informações necessárias para bem informar o usuário. É o responsável pela inserção dos dados na página, atividade muito importante para mantê-la atualizada.

Arquitetura da informação é a arte e a ciência de organizar e catalogar *websites*, *intranets*, comunidades *online* e *softwares* de modo que a usabilidade seja garantida. O princípio básico da arquitetura da informação é a busca pelo equilíbrio entre três fatores: conteúdo, contexto e usuários. Trata-se de um processo contínuo e multidisciplinar. Cada pessoa envolvida contribui com seu conhecimento. O *site* precisa ter uma boa interface da usabilidade / encontrabilidade para poupar o tempo do leitor. E é imprescindível aos envolvidos em sua construção colocar-se no lugar do usuário (informação verbal)[1].

Paula Azevedo Macedo destacou que Richard Saul Wurman, arquiteto e *designer* gráfico, autor do livro *Ansiedade de informação*: *como transformar informação em compreensão* (1991), foi uma das primeiras pessoas a usar o termo arquiteto de informação em 1975. O autor salienta que o arquiteto de informação é alguém que humaniza a tecnologia, focando nas pessoas e organiza os padrões inerentes da informação, tornando o complexo claro.

O papel do arquiteto da informação é conseguir balancear (usuário-conteúdo-contexto) para que a informação certa seja acessada pela pessoa certa no momento certo.

A partir disso sentiu-se a necessidade de aperfeiçoar a página observando estilo, diagramação, atribuição de créditos aos autores das informações, critérios de acessibilidade, funcionalidade, legibilidade, apresentação de dados concisa e gramaticalmente correta, sempre com o olhar atento na legislação vigente sobre direitos autorais para evitar problemas futuros.

A coordenadora do Espaço Virtual sempre se preocupou em elaborar um Plano de Ação que viesse a tratar a Memória Institucional com mais amplitude e profissionalismo na JFPE.

Compõem o Espaço Virtual um breve histórico da construção da Memória Institucional da JFPE, informações sobre a Galeria de Juízes, a Linha

1 - Fornecidas por Paula Azevedo Macedo, em palestra no II Encontro dos Profissionais da Informação da Justiça Federal, realizado pelo Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, de 20 a 22 de novembro de 2013, Brasília.

do Tempo e o Banco de Imagens, bem como sobre os arquivos referentes a Direção do Foro, Servidores e a Seção/Subseções Judiciárias de Pernambuco.

O tópico *Histórico da Justiça* compreende a história da Justiça no Brasil e em Pernambuco (1ª fase:1890-1937 e 1966 até os dias atuais), com informações obtidas em bibliografias sobre o tema.

Imagem: *Página inicial do Espaço Memória Virtual*

Na elaboração da *Galeria dos Juízes* que atuam e atuaram na JFPE, contou-se com a colaboração do Núcleo de Assuntos da Magistratura (NAMAG) do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF 5ªR, na pessoa de Alexandre Pereira de Lima Neto. De cada juiz informam-se, através de um índice onomástico, naturalidade, formação acadêmica, atuação profissional, ingresso na JFPE – Concurso (data de posse e data de promoção), varas de atuação, exercício como diretores/subdiretores de Foro, desligamento (remoção, aposentadoria etc.,; produção científica atualizada de livros, artigos de periódicos, artigos em jornais de grande circulação. Tais dados são resultantes de buscas em catálogos de bibliotecas, especificamente as do Senado Federal, do Conselho da Justiça Federal e da Seção Judiciária de São Paulo, cujas fontes de pesquisa são indicadas (NAMAG, Plataforma Lattes, Currículo Vitae)).

A seção *Direção do Foro* é o resultado do levantamento, em ordem cronológica, dos juízes que ocuparam os cargos de Diretor e Vice-Diretor. Indicam-se o nome completo do juiz e os períodos de atuação no cargo. Teve como base atos normativos do Conselho da Justiça Federal - CJF (Provimentos) e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF-5ªR. (Provimentos e Resoluções).

No arquivo *Servidores,* listam-se os servidores desde 1967 até os dias atuais. Fruto de pesquisa no Núcleo de Gestão de Pessoas, nele são informados, cronologicamente por década e, dentro dela, por ano: o nome completo do servidor, a data de posse e a data de desligamento.

O tópico *Seção/Subseções Judiciárias* apresenta breve histórico do município, a legislação/atos normativos referentes à criação, jurisdição e competência e as respectivas Varas com os juízes e diretores de Secretaria que atuam e atuaram na JFPE, em ordem cronológica, além de Banco de Imagens.

A *Linha do Tempo* é a apresentação sucinta dos principais fatos históricos da JFPE, organizados em ordem cronológica. Tem como objetivo mostrar fatos e personagens da Justiça Federal em Pernambuco ao longo de sua existência, a partir de 1967, após sua reestruturação de acordo com a Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966. Organizada por décadas e, cada década, por anos, essa seção foi elaborada pela bibliotecária Maria de Lourdes Castelo Branco de Oliveira, auxiliada pelo servidor e membro da Comissão de Memória, Alexandre de Souza Albuquerque. É atualizada regularmente.

No ano de 2014 iniciou-se, com tratamento efetivo das fotografias existentes, a implementação do *Banco de Imagens*. A fotografia é um dos suportes de informação e conhecimento mais utilizados pela sociedade porque registra fatos, ambientes, pessoas comuns, personalidades e eventos, dentre outros aspectos. Enfim, é uma representação da expressão cultural dos povos.

Com o desenvolvimento da tecnologia, e o uso cada vez mais frequente de câmeras digitais, o registro fotográfico se popularizou, ocasionando um aumento exponencial na produção de fotografias.

A organização e a disponibilização de acervo fotográfico, através das redes de comunicação (internet e intranet), tornam mais democrático o acesso à informação e possibilitam o resgate da história (da sociedade, de instituições e de indivíduos) por meio de imagens que, sem elas, se perderiam.

As fotografias encontravam-se dispersas nas Seções de Administração Predial, Comunicação e Treinamento que estão ligadas à Secretaria Administrativa da JFPE. A supervisora da Seção de Biblioteca resolveu implantar o Banco de Imagens como um componente da página do Espaço Memória. Para iniciá-lo, coletaram-se, nas referidas Seções, as fotografias ali disponíveis. Seguiram-se a seleção, a digitalização das fotografias

analógicas (formato tradicional), o armazenamento das fotografias digitais, o processamento técnico de todas as fotografias (descrição e crédito), a disponibilização e disseminação via *web*. Após uma pesquisa em vários *sites* do Poder Judiciário, observou-se que os bancos de imagens se encontravam no Flickr, que é um *site* da *web* de hospedagem e partilha de imagens fotográficas. O Flickr permite aos usuários criarem álbuns para armazenamento de fotografias. É considerado um dos componentes mais exemplares da Web 2.0, devido ao nível de interatividade permitido aos usuários. Após autorização do então Juiz Diretor do Foro Frederico José Pinto de Azevedo, incluiu-se o Banco de Imagens da JFPE no Flickr.

Atualmente encontra-se em andamento uma pesquisa sobre as notícias relacionadas à Seção Judiciária de Pernambuco e Subseções, veiculadas nos jornais internos da JFPE, do TRF5, além dos jornais de grande circulação. São feitos os clippings das notícias e acrescentadas nos respectivos menus da Seção e Subseções Judiciárias.

Todas as mencionadas atividades são realizadas pela Seção de Biblioteca.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A memória, muito embora a ideia transmitida pela palavra seja de algo estático, revela-se, na prática, algo de um dinamismo sem medida. Sem memória não é possível a criação do futuro e, assim pensando e agindo cotidianamente, são alimentados os registros do que serão memórias no futuro.

O Espaço Virtual de Memória Institucional da JFPE é resultado dos conhecimentos classificados por Davenport e Prusak (1999 apud SORDI; AXT; FONSECA, 2007, p. 5), como tácito e explícito de todos os envolvidos na sua elaboração ou que foram fonte de informação.

Na preparação da Página do Espaço virtual de Memória, enfrentaram-se dificuldades de várias ordens:

- a disponibilidade de tempo porque, concomitantemente, continuou-se a realizar as tarefas de gestor da Seção de Biblioteca e as biblioteconômicas;
- os diferentes níveis de compreensão da importância e necessidade do registro, organização, preservação e disseminação da memória institucional;
- o acesso aos dados; e
- a escassez e irregularidade de dados e fontes de informação.

Procurou-se atingir um alto nível de exatidão nas informações disponibilizadas, porém se está consciente de que erros e omissões podem, eventualmente, ser detectados.

Sugestões para aperfeiçoamento da página e/ou correção de dados são bem vindas.

É imprescindível salientar o total apoio recebido dos juízes que compõem a Comissão de Memória – o Juiz Federal Ubiratan de Couto Mauricio, coordenador, e o Juiz Federal Frederico José Pinto de Azevedo, membro.

Espera-se que este relato possa oferecer subsídios àqueles que se envolverem na preservação da memória institucional.

Ressalta-se que o Espaço Virtual de Memória Institucional já gerou um produto: o livro *Por causa do tempo*: *memória da Justiça Federal em Pernambuco*, editado em 2015.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária de Pernambuco. **Por causa do tempo**: memória da Justiça Federal em Pernambuco. Recife: 2Abad, 2015.

ESPAÇO Memória. In: JUSTIÇA FEDERAL EM PERNAMBUCO. Disponível em: <http://www.jfpe.jus.br/index.php/institucional/espaco-memoria.html>. Acesso em: 8 jan. 2016.

FLICKR. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Flickr>. Acesso em: 10 fev. 2016.

FONTANELLI, Silvana Aparecida. **Centro de memória e ciência da informação**: uma interação necessária. 2005. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em:<http://rabci.org/rabci/sites/default/files/Fontanelli-Memoria.pdf.>. Acesso em: 8 fev. 2016.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Justiça federal**: histórico e evolução no Brasil. Curitiba: Juruá, 2003.

MARQUES, Otacílio Guedes. **Informação histórica**: recuperação e divulgação da memória do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: UNB, 2007. Dissertação de Mestrado. Disponível em:<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1563/1/Dissertacao_Otacilio_Guedes_Marques.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2016.

MEMÓRIA do Poder Judiciário. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-proname/memoria-do-poder-judiciario>. Acesso em: 8 fev. 2016.

PROJETO Memória da Justiça Federal. Disponível em: <**https://www2.jf.jus.br/portal /gestaodocumental/.../ProjetoMemoria.doc>. Acesso em: 8 jan. 2016.**

RUEDA, Valéria Matias da Silva; FREITAS, Aline de; VALLS, Valéria Martin. Memória Institucional: uma revisão de literatura. **CRB-8 Digital**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 78-89, abr. 2011. Disponível em: <**http://revista.crb8.org. br/index.php/crb8digital/article/view/62/64**>. Acesso em 8 fev. 2016.

SILVA, Patrícia Maria da. A arquitetura da informação centrada no usuário: estudo do website da biblioteca virtual em saúde (bvs). **Encontros Bibli**: Revista Eletrônica de. Biblioteconomia e Ciência da Informação, Florianópolis, v.13, n. 26, 2. sem. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/view/1518-2924.2008v13n26p119/6647>. Acesso em: 9 abr. 2016.

SORDI, Neide Alves Dias de; AXT, Gunter; FONSECA, Paulo Rosemberg Prata da. **Manual de procedimentos do Programa de História Oral da Justiça Federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

DA QUESTÃO PREJUDICIAL INCIDENTAL CONSTITUCIONAL NO STF E O NOVO REGIME DE COISA JULGADA[1]

THE CONSTITUTIONAL PREJUDICIAL QUESTION IN THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT AND THE NEW OBJECTIVE LIMITS OF THE RES JUDICATA

M.Y.Minami
Doutorando (UFBA). Mestre (UFBA)
Especialista (UNISUL)
Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP)
Professor de Processo Civil (FAP-CE)
Professor de Pós-Graduação em Processo Civil (URCA-CE e FAP-CE)
Técnico Judiciário (TRE-CE)

Ravi Peixoto
Doutorando em direito processual pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPE. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP), do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)
Procurador do Município de João Pessoa
Advogado

RESUMO: O advento de um novo Código de Processo Civil provoca discussões sobre as mais diversas questões. Uma delas diz respeito à mudança dos limites objetivos da coisa julgada, agora estendida para as questões prejudiciais incidentais em alguns casos. Este estudo pretende discorrer sobre um problema que pode vir a surgir: o cabimento da coisa julgada na questão prejudicial constitucional nos casos em que o processo seja de competência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Novo Código de Processo Civil. Coisa julgada. Questões prejudiciais. Questão constitucional.

1 - Publicado originalmente na Revista de Processo, n. 261. Esta versão conta com ligeiras modificações.

ABSTRACT: The existence of a new Civil Procedure Code causes discussions about a lot of questions. One of them is relative to the changing of the objective limits of the claim preclusion, witch is now able to cover the prejudicial questions in some cases. This article intends to explore one problem that may rise with the new objective limits of the claim preclusion: the possibility of the res judicata in the constitutional prejudicial question when the process is in the competence of the brazilian Supreme Tribunal Court.
Keywords: New Civil Procedure Code. Claim Preclusion. Prejudicial Question. Constitutional question.

INTRODUÇÃO

Sem entrar no mérito sobre se o Código de Processo Civil de 2015 tem aptidão para melhorar a qualidade da prestação jurisdicional aos cidadãos, o fato é que alguns institutos processuais devem ser revistos. Um deles, certamente, é a coisa julgada. Ao tratar do tema, a Lei 13.105/2015 ampliou, em alguns casos, a ocorrência da coisa julgada material às questões prejudiciais incidentais. Dentre as possíveis dúvidas oriundas dessa mudança, uma delas diz respeito à compatibilidade desse regime às decisões proferidas pelo STF acerca das questões constitucionais prejudiciais. E antecipamos: o objetivo deste escrito é demonstrar a inaplicabilidade do §1º do art. 503 do CPC/15 aos julgados da Corte Maior.

Para isso, analisaremos em pequenos tópicos a teoria da decisão, a cognição, a própria coisa julgada, as possibilidades de conhecimento do STF acerca da questão constitucional e a diferenciação entre eficácia do precedente e a coisa julgada. Não abordaremos esses temas de forma exauriente e apenas traremos informações que de algum modo se relacionem às conclusões almejadas. O novo Código alterou alguns institutos consagrados e aos poucos vamos descobrindo quais as repercussões para o sistema dessas alterações. Nas páginas que seguem algumas perguntas serão respondidas para preparar uma conclusão adequada para o objeto deste artigo.

1. DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Em uma decisão, o magistrado realiza dois discursos[2] e, normalmente, eles se encontram na fundamentação da decisão.

2 - MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedentes: dois discursos a partir da decisão judicial. AMARAL, Guilherme Rizzo; MITIDIERO, Daniel. (coords). *Processo civil*: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 91; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.* São Paulo: RT, 2015, v. II, p. 412.

Um deles é direcionado precipuamente às partes do conflito. É um discurso que traz as bases argumentativas para a solução do caso concreto. Explica como se partiu dos enunciados normativos, abstratos e prévios, para se chegar à solução, particularizada e posterior, constante no dispositivo da decisão.

Após realizar uma detida análise do caso, das questões de fato e dos enunciados aplicados a ele, o magistrado muitas vezes delineia, delimita, lapida a aplicação da lei para um caso mais particular da vida. Elabora-se então o que alguns chamam de *regra geral do caso concreto*[3]. Um exemplo sempre ajuda.

O Código Civil anuncia, no art. 186, que aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Por sua vez, o art. 927 explicita que quem causar dano fica obrigado a reparálo. Dito isso, vejamos o julgado abaixo, recentemente extraído de um caso concreto ocorrido no Ceará:

> A 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) condenou a Horizonte Comércio Transporte e Turismo a pagar R$ 100 mil para comerciante que ficou impossibilitado de exercer a profissão, após acidente em ônibus da empresa. A decisão, proferida nessa segunda-feira (10/08), teve como relator o desembargador Washington Luís Bezerra de Araújo. [4]

O Código Civil, como vimos, previu o dano, mas não teceu minúcias de sua ocorrência. Então o judiciário se depara com uma demanda de alguém que sofre acidente de ônibus e fica impossibilitado de trabalhar. Partindo dos preceitos mais gerais e lapidando sua aplicação ao caso, o magistrado pode então elaborar a seguinte *regra geral do caso concreto*: "Comerciante de cerca de 60 anos que fica impossibilitado de exercer a profissão por causa de um acidente tem direito a danos materiais e danos morais pagos pelo causador do acidente".

Percebe-se que o enunciado elaborado pelo juiz não é tão genérico como a lei e ajuda a compreender como o dispositivo da decisão, citado acima, fora elaborado. Porém, frisamos, o órgão decisor precisa justificar analiticamente como chegou a essa conclusão permitindo às partes o controle dessa fundamentação. Defeitos como contradição, ausência de base legal, incoerências etc. poderão ser percebidos. O recurso, necessariamente, deve

3 - DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil.* 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. II, p. 452.
4 - BRASIL. *Tribunal de Justiça do Ceará.* Notícias. 11 ago. 2015. Disponível em:
< http://www.tjce.jus.br/noticias/noticia-detalhe.asp?nr_sqtex=36627>, Acesso em: 26 ago. 2015.

apontar de maneira analítica, eventual *error in procedendo* ou *in judicando* da decisão.

E essa *regra geral do caso concreto* possui ainda uma importante função e que nos remete ao segundo tipo de discurso trazido na fundamentação de uma decisão: *o discurso para a ordem jurídica*. É que, ao criar a regra jurídica geral para o caso, aquela decisão pode servir de paradigma para resolver casos semelhantes futuros. Além disso, pelo discurso realizado na fundamentação, os cidadãos, *titulares do poder* fiscalizam como o *seu* poder está sendo exercido pelo Judiciário.

Mas o aspecto da fundamentação importante para nossas conclusões é de um viés mais técnico. Isso porque é na fundamentação o lugar da decisão para a análise das *questões incidentais*. Essas questões são alvo de cognição, mas não farão parte do dispositivo da decisão. No dispositivo são analisadas apenas as questões ditas *principais*. A doutrina explica que na fundamentação ocorre análise *incidenter tantum,* enquanto no dispositivo ocorre análise *principaliter.* A repercussão prática dessa diferença é grande.

As questões postas para análise incidental não são, tradicionalmente, aptas à coisa julgada. Por sua vez, as questões analisadas *principaliter* são aptas à indiscutibilidade e imutabilidade. Quem escolhe a forma de análise de uma questão são as partes. Se alguém, por exemplo, alega que determinada pessoa é seu pai e ingressa com pedido de alimentos – e apenas sobre isso realiza pedido – fará com que apenas a questão dos alimentos receba análise *principaliter*. A relação de filiação poderá até ser analisada pelo magistrado, mas ele o fará na fundamentação, e terá essa questão como incidental. Isso acarreta na possibilidade de essa mesma questão vir a ser alvo de outro processo, agora como questão principal, sendo admitido pelo ordenamento jurídico que, nesse outro caso, haja uma conclusão conflitante com a primeira vez em que a mesma questão foi submetida ao Poder Judiciário.

Do mesmo modo, se alguém pede reconhecimento de um direito a um crédito oriundo de um determinado contrato, tendo-o como válido, terá uma decisão cujo dispositivo apenas tratará do crédito – se há ou não direito a ele. A discussão da validade do contrato, se ocorrer, constará na fundamentação da decisão.

Nesse sentido, Didier Jr. explica que há algumas questões submetidas ao magistrado como fundamento para a solução de outras e há questões a que se roga que sobre elas ocorra decisão judicial. "Em relação a todas haverá cognição; em relação às últimas, haverá também julgamento. Todas compõem o objeto de conhecimento do órgão julgador, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*)". [5]

5 - DIDIER, Civil. *"Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro."* In: Procedure Review, v.6, n.1: 81-94, jan-apr., 2015, p. 82-83.

A fundamentação, então: a) possibilita o controle da decisão pelas partes permitindo a verificação da coerência e racionalidade do pensamento do juiz bem como a ausência de contradições; b) permite o controle da decisão pelo *titular do poder*; c) é a parte principal da decisão de onde se extrai a *norma geral do caso concreto*: o precedente e d) é a parte da decisão em que são analisadas as questões incidentais.

Antes de passar ao próximo ponto, apenas um alerta: tradicionalmente, nenhuma parte da fundamentação se submete à coisa julgada. Isso, contudo, foi transformado a partir da Lei 13.105/2015 conforme veremos.

2. DO DISPOSITIVO

No dispositivo de uma decisão o magistrado resolve o problema a ele posto.[6] "Nele se contém a decisão da causa". [7] A partir dessa premissa, três são as conclusões importantes para o momento.

Na solução trazida pelo dispositivo, a cognição do magistrado incidirá sobre as *questões principais*, aquelas postas como pedido pelas partes – análise *principaliter*. Se se pede alimentos, sua concessão ou negativa ocorrerá aqui. A resposta ao caso é o que alguns chamam de *regra individual que regula o caso* e que deriva justamente da *regra geral do caso* encontrada *principalmente* na fundamentação[8]. Por fim, *tradicionalmente*, a parte da decisão apta à coisa julgada material é o dispositivo: se a decisão não mais se sujeitar a recurso, tornar-se-á imutável e indiscutível. As mudanças nesse regime veremos a seguir.

3. DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS

3.1. Ponto e Questão – superando o conceito de "ponto"

As questões são as dúvidas postas pelas partes e também argumentos que o próprio juiz pode trazer ao processo.[9]-[10] A solução dessas questões ocorre mediante atividade intelectiva do magistrado batizada pelo jargão jurídico de

6 - Não se ignora aqui a principal função do processo: efetivar a tutela do direito na vida do jurisdicionado. Por vezes, a sentença apenas certifica o direito e necessitará de uma efetivação. É o cumprimento de sentença. Contudo, para os fins deste escrito, basta que fiquemos com a afirmação acima.

7 - THEODORO JÚNIOR. *Curso de direito processual*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I, p. 1048.

8 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil... cit.,* p. 452.

9 - CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: EJEA, s/a, v. I, p. 36. No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. "*Questões preliminares e questões prejudiciais*". Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 74-75; FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade.* São Paulo: RT, 1988, p. 57.

10 - É sempre bom alertar que, na vigência do CPC, qualquer questão de fato ou de direito trazida de ofício pelo juiz deve ser precedida de oportunização do prévio contraditório às partes (art. 10, CPC/2015).

cognição. Nas lições de Watanabe, "A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento judicium, do julgamento do objeto litigioso do processo". [11]

A *controvérsia* não é aspecto essencial do conceito de *questão*, mas uma qualidade eventual, que decorre da oposição da parte contrária a quem lhe seja favorável. Nesse sentido, Barbosa Moreira conceitua questão como sendo "ponto duvidoso, de fato ou de direito" que será analisado pelo juiz[12]. Percebe-se que não há menção, no texto, da necessidade de controvérsia para a identificação de uma questão. Na verdade, eis o que parece ser o aspecto principal: *a dúvida não surge da controvérsia, mas da necessidade de haver pronunciamento judicial sobre o tema e todos os pontos fáticos e jurídicos essenciais ao processo devem ser analisados pelo magistrado.*

Dizemos tudo isso, pois parte da doutrina batiza a questão sobre a qual não houve controvérsia de *ponto*. *Ponto* seria uma *questão* caracterizada pela *incontrovérsia.*

Ocorre que entendemos desnecessário, ou, pelo menos, pouco útil, essa distinção que se faz entre "ponto", tradicionalmente entendido como "fundamento de uma afirmação referente ao mérito ou ao processo" e "questão" como sendo "o ponto de fato ou de direito controvertido".[13] Enquanto o primeiro instituto, a saber, "ponto", pode ser ignorado, as "questões" podem ser mais bem definidas como: *temas que devem ser decididos pelo juiz, sejam eles controvertidos ou não*. O fato de uma questão não se tornar controvertida não lhe retira a natureza de questão, apenas a torna incontroversa, mas continua sendo necessária a análise do magistrado.

Há, inclusive, diversos casos em que incontrovérsia de uma questão de fato não implica em sua admissão. Afinal, se a parte alega um fato absurdo e a parte adversa não o controverte, o juiz não está obrigado a acatar tal alegação e, de qualquer forma, ainda será necessária a sua solução pelo magistrado. Havendo revelia, mesmo com a incidência dos seus efeitos materiais, o juiz ainda precisará afirmar que se considera determinado fato provado pela incidência de uma presunção de veracidade. Se a parte requer o pagamento de alimentos e insere, como questão prejudicial, a paternidade, independentemente da controvérsia haverá uma *questão prejudicial*.

11 - WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil.* São Paulo: RT, 1987, p. 41.
12 - MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. *Temas de direito processual* – 2ª série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 243.
13 - CÂMARA, Alexandre Freitas. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buril de; FREIRE, Alexandre (coord). *Doutrina selecionada – Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 570; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil.* 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. I, p. 432.

Pelo exposto, não parece correto afirmar que "os pontos prejudiciais, por não serem controvertidos, não são objeto de resolução judicial".[14] Ainda que o suposto pai não controverta a questão, deve haver decisão do magistrado. Afinal, se a parte tivesse optado por *cumular* ambos os pedidos, por óbvio, ninguém diria que, ausente a controvérsia, não haveria resolução judicial e, por conseguinte não haveria coisa julgada – o *caput* do art. 503 aponta que a coisa julgada apenas atinge a *questão prejudicial expressamente decidida*. Portanto, questão prejudicial de mérito, é toda afirmação inserida pelas partes ou pelo juiz da qual depende a resolução da questão principal e que deve ser, por ele, decidida.

3.2. Das Questões Prejudiciais

A cognição, então, incide sobre as questões postas ao magistrado. Essas questões possuem diversos planos de análise pela doutrina: questões de fato e de direito, questões subordinadas e subordinantes, questões principais e incidentes, questões preliminares e prejudiciais.

Não é necessário agora analisar todos. Para nossos objetivos, basta que se saiba o que são as *questões principais* e *questões incidentes* – já explicamos isso – e o que se entende por *questões prejudiciais* – o que faremos a seguir.

Há questões que para serem resolvidas dependem logicamente de outras. Uma será subordinante, a outra subordinada. As questões subordinantes são ditas questões prévias. Elas se dividem em *preliminares* e *prejudiciais*.

Não se distinguem *preliminares* de *prejudiciais* pelo conteúdo de cada uma delas.[15] É preciso analisar em conjunto a questão subordinante e a questão subordinada e como essa subordinação se apresenta no caso concreto para só então determinar se estamos diante de uma preliminar ou de uma prejudicial.

As questões preliminares são aquelas questões prévias que podem *impedir* a análise da questão subordinada, mas sem nada dizer acerca de seu conteúdo ou sentido. Elas impedem o exame da questão subordinada, criando uma barreira para sua análise. A dependência que a solução da questão subordinante exerce sobre a subordinada "[...] traduz-se no fato de que aquela condiciona a *existência* desta, mas não o seu eventual *conteúdo*" [16].

Como exemplo, temos a competência. Se o juiz se afirma incompetente, não pode avançar para decidir acerca do pedido. Nada disse sobre seu conteúdo, pois a questão preliminar impediu seu exame.

14 - CÂMARA, Alexandre Freitas. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil... cit., p. 570.

15 - Em sentido contrário, distinguindo-as pela sua natureza, defendendo que as questões preliminares versam sobre direito processual e as prejudiciais sobre o mérito: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 803.

16 - MOREIRA, José Carlos Barbosa. "*Questões preliminares e questões prejudiciais*". In: Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 82.

Por outro lado, a questão prejudicial é aquela que influi diretamente no conteúdo da questão subordinada. Da solução da questão subordinante, depende o conteúdo ou o sentido que se quer dar à questão subordinada. [17] Consoante Barbosa Moreira, a decisão da questão prejudicial é antecipação do juízo sobre a outra questão. "Resolvida a prejudicial, resolvida está, virtualmente, a outra, bastando que o juiz tire as consequências lógicas de rigor." [18]

Como exemplo, podemos citar uma ação requerendo a entrega de uma coisa em que o réu alega que o contrato que determinava essa entrega é nulo. Caso o juiz decida que o contrato é mesmo defeituoso, essa questão prejudicial prévia invade sobremaneira a decisão sobre a entrega da coisa. O juiz deve decidir sobre a entrega, mas já vai totalmente condicionado pelo que decidiu na questão prévia.

4. DA COISA JULGADA

A coisa julgada é, para usar expressão da lei, "a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso" – art. 502, CPC/2015. Ao falar de autoridade, como bem lembra Cabral, o legislador quis fugir da discussão sobre se a coisa julgada é ou não eficácia.[19] Não sendo o momento para esse debate, o fato é que a lei traz os dois aspectos principais da coisa julgada: a *imutabilidade* e a *indiscutibilidade*. A primeira proíbe sua alteração posterior, seja pelas partes, seja por outros órgãos do próprio judiciário ou pelos outros poderes (funções) do Estado[20]. A indiscutibilidade trata da impossibilidade de rediscussão da matéria. [21]

Normalmente, a coisa julgada (indiscutibilidade e imutabilidade) recai sobre a decisão de mérito. Topograficamente, essa *decisão de mérito* consta no dispositivo. Assim, tradicionalmente, a parte da decisão que não apenas resolve o caso, mas torna-se indiscutível e imutável é o dispositivo. Eis o limite objetivo *tradicional* da coisa julgada. Contudo, o Código de Processo Civil de 2015 inovou na matéria permitindo a extensão da coisa julgada para além do dispositivo em algumas situações.

17 - MOREIRA, op. cit. p. 85.
18 - MOREIRA, op. cit. p. 86.
19 - CABRAL, Antonio do Passo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*/ Tereza Arruda Alvim Wambier... [et al.], coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1281.
20 - CABRAL, op. cit., p. 1282.
21 - CABRAL, op. cit., p. 1281.

5. COISA JULGADA DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS INCIDENTAIS

Conforme o §1º do art. 503 do CPC/2015, as questões prejudiciais, mesmo decididas *incidenter tantum*, ou seja, na fundamentação da decisão, são aptas à coisa julgada, que ocorrerá independentemente de pedido de qualquer das partes. É um novo paradigma para nosso direito. Eis o preceito:

> Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.
> § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:
> I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;
> II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;
> III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.
> § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

O objetivo da alteração legislativa seria o de coibir a contradição lógica tornada possível pelo sistema anterior, impedindo que uma determinada questão, originariamente discutida em um processo como prejudicial, possa ser rediscutida e decidida diferentemente em ações futuras.[22] Pela sistemática do CPC/1973, não ajuizada a ação declaratória incidental, seria possível imaginar a seguinte situação: em uma primeira ação, o juiz considera válido um contrato em uma demanda que questiona a inadimplência de juros. Em outra ação, acerca do mesmo contrato em que a parte venha requerer a compensação pelo inadimplemento dos termos do acordo, poderia considerá-lo inválido. Assim, a alteração dos limites objetivos teria por finalidade impedir a existência de decisões conflitantes sobre uma mesma situação concreta.

A ocorrência dessa coisa julgada para além dos limites tradicionais – coisa julgada especial – não prescinde de alguns pressupostos. Eles estão

22 - WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, abr.-2014, p. 81. Para um breve panorama dos posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários à inovação, cf.: DELLORE, Luiz. Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (L. 13.105/2015): conceito e limites objetivos. PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buril de; FREIRE, Alexandre (coord). *Doutrina selecionada – Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 664-672. Em sentido crítico à opção legal: PRATES, Marília Zanella Prates. *A coisa julgada no direito comparado:* Brasil e Estados Unidos. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 205-208.

previstos nos §§ 1º e 2º do mesmo art. 503. São em número de cinco e são cumulativos:

a) A questão prejudicial resolvida *incidenter tantum* a ser albergada pela coisa julgada deve ser imprescindível para a solução da questão principal. Ela não deve ser apenas relevante a ela, mas necessária.[23] Assim: a paternidade como prejudicial para alimentos; a validade de um contrato como prejudicial à sua cobrança; relação de emprego como prejudicial de uma cobrança de verbas trabalhistas.

b) Deve ter havido decisão expressa sobre tal questão. Não há coisa julgada de questão prejudicial incidente implícita.

c) Deve ter ocorrido contraditório prévio e efetivo. Como uma forma de valorizar o contraditório, a legislação veda, de forma expressa, o regime especial da coisa julgada no caso de revelia. A revelia, nessa hipótese, deve ser entendida como o mero ato-fato de não contestar, sendo irrelevante que sejam agregados outros efeitos jurídicos, como a presunção de veracidade (art. 343, CPC).[24]

d) O órgão judicante deve ter competência em razão da matéria e da pessoa (art. 503, §1º, III) para resolver a questão prejudicial caso ela viesse em análise *principaliter*.[25] Assim, por exemplo, a prejudicial de paternidade, em um pedido de alimentos perante o Judiciário Estadual, mesmo analisada *incidenter tantum,* pode ser apta à coisa julgada, pois aquele juízo é competente para ambas as questões. Por outro lado, a prejudicial incidental de parentesco em um pedido de benefício previdenciário perante a Justiça Federal não fará coisa julgada vez que não possui a Justiça Federal competência para causas de família.

e) Por fim, o procedimento não pode conter qualquer restrição probatória, pois haveria um impedimento ao aprofundamento da cognição sobre a questão prejudicial incidental. Não se deve admitir, por exemplo, a formação do regime especial da coisa julgada em processos de cognição sumária, a exemplo da tutela antecipada antecedente de urgência (arts. 303 e 304, CPC).

23 - CABRAL, op. cit., p. 1292.

24 - SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no código de processo civil de 2015*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 308.

25 - Há posicionamento doutrinário no sentido de que o juiz também deve ser absolutamente competente em razão de *todos os critérios absolutos*, o que abrangeria ainda os casos de competência territorial absoluta e os critérios de competência interna (CÂMARA, Alexandre Freitas. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil... cit., p. 573; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil*... cit., p. 633; SENRA, Alexandre. op. cit., p. 316). Por não ser o objeto deste ensaio uma análise exaustiva dos requisitos para a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial, deixamos este diálogo para uma próxima oportunidade.

> Acerca da eventual restrição probatória do procedimento, há quem entenda necessária uma análise concreta, sendo possível, por exemplo, a formação da coisa julgada sobre questão prejudicial incidental em procedimento de mandado de segurança, nos casos em que não haja a necessidade de prova além da documental para tratar da questão prejudicial aduzida.[26] De certa forma, esse posicionamento admite sempre a formação da coisa julgada mesmo que haja restrição probatória, eis que, caso haja necessidade, no mandado de segurança, de prova além de testemunhal, esse procedimento deve ser extinto em exame do mérito. Por outro lado, outros entendem que se trataria de uma análise abstrata: havendo qualquer restrição probatória no procedimento, não poderia haver a formação desse regime especial da coisa julgada.[27]

Há quem alegue, como requisito, a controvérsia da questão para que ela possa ser acobertada pela coisa julgada.[28] Não concordamos com esse posicionamento. Primeiro, porque, pelo conceito de questão adotado, não se tem como requisito para sua constituição a controvérsia – ou seja, nessa perspectiva, sequer faz sentido exigi-la. A inexistência de coisa julgada sobre questão prejudicial no caso da revelia não decorre da incontrovérsia, mas da inexistência de contraditório efetivo[29]. Portanto, embora não haja a coisa julgada sobre a prejudicial nos casos de revelia, é possível pensar em situações em que não ocorra controvérsia, mas haja coisa julgada sobre a prejudicial. O exemplo principal é o caso de parte adversa concordando com a questão prejudicial proposta – o clássico exemplo da paternidade -. Afinal, a

26 - CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 596-597; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*... cit., p. 804-805; SENRA, Alexandre. op. cit., p.321-323.

27 -CÂMARA, Alexandre Freitas. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil... cit., p. 574; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, v. III, p. 1.449; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil*... cit., p. 634.

28 - REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 248, out.-2015, p. 49; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, versão digital, comentários ao art. 503, n. vii; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*... cit., p. 804.

29 - Não há qualquer vedação a que uma questão possa ser alvo de contraditório prévio e efetivo, mesmo em caso de revelia. Imagine a situação em que o réu foi revel mas o autor alegou fato absurdo ou não provado. O magistrado, ou pelos próprios elementos da causa, ou mesmo tendo produzido provas pelo poder instrutório, chegou à conclusão de que o réu, mesmo revel, possui razão. Mas foi uma opção legislativa o fato de que a revelia, por si só, já impede a formação da coisa julgada prejudicial incidental. Bem pensadas as coisas, não haveria problemas em termos uma coisa julgada prejudicial, mesmo em caso de revelia, desde que a favor do revel. Imagine pedido de alimentos a quem evidentemente não é pai. Magistrado negará alimentos *principaliter*, após ter resolvido, *incidenter tantum,* a improcedência macroscópica da paternidade.

autocomposição não atua como obstáculo seja para a coisa julgada tradicional, seja para esse regime especial.[30]

Estes são, de forma bastante resumida, os requisitos para a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial no CPC/2015. Para os propósitos deste texto, os que possuem maior relevância serão os aspectos da competência e do contraditório, que, em suas especificidades, serão analisados no decorrer do ensaio.

6. A DIFERENÇA ENTRE A EFICÁCIA VINCULANTE DO PRECEDENTE E A INDISCUTIBILIDADE DA COISA JULGADA

É possível que haja certa confusão entre coisa julgada e a eficácia do precedente, especialmente quando ele é vinculante. No entanto, elas não devem ser confundidas, pois, embora ambas tutelem a segurança jurídica, o fazem de forma diversa.[31] Como vimos ao analisar a fundamentação, é possível afirmar a formação, em uma decisão, de duas normas jurídicas: uma proveniente da formação do precedente – mais propriamente a *ratio decidendi*, encontrada na fundamentação – e outra relacionada com as conclusões do caso concreto – a regra individual do caso concreto, localizada no dispositivo.

A coisa julgada, em regra, incide sobre o dispositivo e está diretamente relacionada à solução do caso concreto e apenas ao que foi efetivamente julgado. Não se pode falar em aplicação de uma coisa julgada a situações análogas, tal qual ocorre com o precedente. Por meio dela, uma determinada relação jurídica concreta torna-se *indiscutível*. A relação aqui é com a *eficácia declaratória da decisão*.

O precedente, por sua vez, embora se origine de um caso concreto, dele se destaca e, a partir disso, se expande. Tem-se sua formação por meio da identificação da *ratio decidendi*, de uma norma jurídica aplicável a casos "iguais", mas também a outras situações similares.[32] A sua eficácia, por sua própria natureza, se relaciona com a sua aplicabilidade a outros casos

30 - DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil.* 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. II, p. 550. No mesmo sentido: SENRA, Alexandre. op. cit., p. 312-313.

31 - MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 139-40.

32 - Embora a colocação do problema pareça denotar simplicidade na identificação e aplicação dos precedentes, na prática, a tarefa mostra-se árdua. Basta pensar em decisões a partir das quais é possível extrair diferentes *rationes decidendi* (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais.* São Paulo: Noeses, 2012, p. 258). Contudo, em que pese divergência doutrinária acerca da identificação do precedente (se surge de uma decisão, de uma combinação delas etc.) e sua aplicação, parece não haver controvérsia de que será precedente apenas a solução possível de aplicação futura.
Sobre a *ratio decidendi* de forma mais detida: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica.* 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 151-167.

parecidos[33]. Eis aqui o primeiro de dois pontos fundamentais da teoria dos precedentes.

Além disso, embora ambos, precedente e coisa julgada, tutelem a segurança jurídica, o fazem a partir de diferentes perspectivas. Enquanto a coisa julgada imutabiliza a discussão do caso concreto, a segurança do precedente atua de forma dinâmica. O precedente não é feito para ser imutável, podendo ser modificado, seja pela distinção restritiva/ampliativa, como também por meio da superação – e aqui encontramos o segundo dos dois pontos fundamentais do estudo e aplicação dos precedentes. A coisa julgada, no entanto, ultrapassado o prazo da rescisória, passa a ser qualificada de *soberana*, por não existirem mais meios para que o tema possa ser rediscutido[34].

Mais ainda, enquanto o precedente tem uma relação nítida com a hierarquia judiciária,[35] destacando-se, nesse ponto, a vinculação vertical – de cima para baixo –, a coisa julgada, enquanto norma concreta, impede a rediscussão do tema independentemente da hierarquia do órgão judiciário.[36] Portanto, enquanto um precedente de um Tribunal de Justiça não tem aptidão para vincular o STJ, uma coisa julgada produzida por um juiz de primeiro grau impede, inclusive, decisões conflitantes do STF.[37]

Outro aspecto relaciona-se com os atingidos pela coisa julgada e pelo precedente. A coisa julgada, em regra, atinge apenas as partes que participaram do processo – tem apenas eficácia *inter partes* –. A indiscutibilidade limita-se aos sujeitos parciais de cada caso concreto. A tutela da confiança aqui se dirige àquela do cidadão no ato estatal que decidiu o *seu caso específico*, de forma a assegurar que o benefício a ele outorgado não lhe seja retirado;[38] do ponto de vista do sucumbente, a coisa julgada limita a parcela da sua esfera jurídica que pode ser afetada de forma desfavorável. Por sua vez, o precedente tem por objetivo assegurar a segurança jurídica para todos os jurisdicionados

33 - ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 329.

34 - O movimento de relativização da coisa julgada não vingou no Brasil e apenas excepcionalmente admite-se sua quebra. Talvez o mais famoso dos casos seja o dos §12 a 15 do art. 525 do CPC/2015 (repetido no art. 535, §5º a 8º, do CPC/2015).

35 - A relação entre a estrutura judiciária e a existência dos precedentes obrigatórios sempre foi destacada pela doutrina – sempre como foco para o aspecto da hierarquia -. (BARROS, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 450. De forma semelhante: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 308-310; TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents*: a comparative study. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 437-443; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 344-345.).

36 - MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 115.

37 - Isso em homenagem à função positiva da coisa julgada. "A coisa julgada vincula partes e órgãos judiciais à regra jurídica concreta formulada na sentença." ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. III, p. 1477.

38 - MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*... cit., p. 139.

em situação semelhante, impondo que casos parecidos tenham soluções coerentes entre si. A conclusão é a de que enquanto o precedente afeta todos os jurisdicionados em situação análoga, a coisa julgada, em regra, afeta apenas as partes.[39]

Em resumo, enquanto a coisa julgada foca na imutabilidade e na concretude do caso concreto, o precedente objetiva uma segurança jurídica de cunho dinâmico e a proteção dos jurisdicionados em geral. Embora ambas tutelem a segurança jurídica, cada uma tem uma função específica no ordenamento jurídico.

6.1. A coisa julgada *erga omnes* e o precedente

Outro ponto a considerar é o que relaciona a coisa julgada *erga omnes*, que, por exemplo, ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, quando a própria questão constitucional é o objeto de decisão *principaliter*[40], e o precedente. A coisa julgada *erga omnes* e a *ultra partes* também ocorrem nos processos coletivos, a exemplo da previsão constante no art. 103, do CDC.

Em tais situações, o benefício outorgado pela decisão alcançará todos os titulares daquele mesmo direito. Todos os sujeitos de direito que sejam afetados diretamente por aquela decisão podem se valer dos efeitos da respectiva coisa julgada. No entanto, ainda assim, não se pode compará-la com a garantia de que o direito será tutelado em conformidade com o que ocorre com os precedentes obrigatórios. Enquanto "o precedente é destinado a garantir a estabilidade da aplicação do direito, (...) a coisa julgada garante a inalterabilidade da aplicação do direito em determinado caso concreto".[41] Como já destacado nos tópicos anteriores, a coisa julgada implica imutabilidade do direito discutido naquele caso concreto; o precedente, por sua vez, pode ser posteriormente alterado, independentemente de um remédio jurídico específico.

O direito garantido pela mencionada decisão é incorporado à situação jurídica dos seus beneficiários, tornando-se indiscutível e imutável, apenas sendo revisado por remédios jurídicos processuais específicos. Por outro lado, o precedente não é imutável. Em qualquer momento no futuro, pode haver

39 - TROPER, Michel, GRZEGORCZYCK, Cristophe. Precedent in France. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents*: a comparative study. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 116-117.

40 - "Assim, a questão constitucional, no controle concentrado, assume a natureza de questão principal, porque relacionado ao próprio objeto da demanda, distinguindo-se do controle difuso, no âmbito do qual – relembremos – a questão constitucional se limita à mera questão prejudicial, suscitada como incidente ou causa de pedir, porém jamais como pedido". CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 183-184.

41 - MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*... cit., p. 141.

sua superação e, embora exista a discussão sobre a sua eficácia temporal, não existe qualquer proibição genérica de sua alteração.

Na situação da coisa julgada sobre questão constitucional com eficácia *erga omnes* ainda há um detalhe. Inexiste qualquer remédio jurídico para os casos de decretação da inconstitucionalidade, havendo expressa proibição da utilização da ação rescisória (v. p. ex., o art. 26, da Lei 9.868/1999).

A lei ou ato normativo decretado inconstitucional por meio do controle abstrato e concentrado é impedido de produzir efeitos, não mais sendo possível a revisão; é como se ele deixasse de existir no ordenamento jurídico, embora não seja tecnicamente revogado.[42] A vinculação não teria esse objetivo; ela atuaria sobre a *ratio decidendi*, impondo que, na análise dos demais órgãos do Poder Judiciário (e nesse caso, também do Poder Executivo) acerca de atos normativos semelhantes, apliquem o mesmo raciocínio desenvolvido pelo STF.[43]

Tudo isso implica afirmar que a coisa julgada, em termos de estabilização de uma decisão, é muito mais forte e densa do que o precedente. Acobertar uma determinada decisão da eficácia da coisa julgada implica uma imutabilização que não existe para o precedente. O presente artigo objetiva justamente trabalhar com a (im)possibilidade da existência da coisa julgada nas questões prejudiciais conhecidas pelo STF. Quanto à eficácia vinculante, que não é propriamente o objeto deste texto, há expressa previsão legal no CPC/2015 de sua concessão para as decisões derivadas do controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I), para os julgamentos em recursos repetitivos (art. 927, III) e para as decisões tomadas pelo plenário do STF em matéria constitucional (art. 927, V). Portanto, mesmo que seja inviável a aplicação da coisa julgada nas questões prejudiciais decididas pelo STF, ainda assim, estas serão protegidas, em certas hipóteses, pela eficácia vinculante dos precedentes.

---

42 - A situação ocorrida no caso do reconhecimento da constitucionalidade no controle concentrado é diversa, pois é passível de revisão. Para uma visão aprofundada do tema, que foge aos propósitos deste texto, cf.: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação n. 4.374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, 2015. O tema também foi alvo de ampla discussão no STF no seguinte julgado: STF, Tribunal Pleno, Rcl 4.374, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe 04/09/2013.

43 - O STF, no entanto, não tem conhecido de reclamações ajuizadas com base na violação da *ratio decidendi,* sob o argumento de que apenas o dispositivo teria eficácia vinculante. De certa forma, ele acaba igualando a eficácia *erga omnes* com o efeito vinculante, ao restringir o segundo ao dispositivo da decisão. (STF, Primeira Turma, Rcl 11.477 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/05/2012, DJe 30/08/2012; STF, Tribunal Pleno, Rcl 3294 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/11/2011, DJe 29/11/2011). Trata-se de entendimento com nítido objetivo de diminuir o número de reclamações a serem ajuizadas naquele tribunal e, em tese, conflita com o conceito de precedente obrigatório construído pelo CPC/2015 a partir da teoria dos precedentes. O efeito vinculante atua sobre os motivos determinantes, sendo a norma de caráter geral, construído a partir do raciocínio desenvolvido pelos julgadores e não a partir do seu dispositivo.

7. AS FORMAS DE ANÁLISE DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Supremo Tribunal Federal, coexistem duas formas de análise da questão constitucional.

A primeira está prevista no art. 102, §2º, da CF, para as ações do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, em que a questão constitucional é o próprio objeto da ação[44]. Trata-se do controle por via principal ou ação direta. É uma espécie de controle exercido para além de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto tão somente a discussão acerca da validade ou não de um determinado ato normativo.

No direito brasileiro, *apenas* o Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar, *principaliter* a questão de constitucionalidade que envolva a Constituição Federal; os tribunais estaduais apenas podem fazê-lo quanto às Constituições Estaduais. Por meio deste procedimento, a coisa julgada incide sobre a lei ou ato normativo questionado, tendo eficácia contra todos e efeito vinculante.

Em outros termos, a indiscutibilidade atinge a própria questão constitucional, bloqueando a aplicação da lei (em caso de procedência da ação declaratória de inconstitucionalidade). O tema não pode mais ser discutido por ninguém e nem em qualquer âmbito, muito embora não impeça o Poder Legislativo de editar ato normativo com o mesmo conteúdo do reconhecido como inconstitucional pelo STF[45].

Deve ser destacado: apenas no STF e por meio de uma das ações do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade é que a questão constitucional pode ser decidida *principaliter*. Não é possível, mesmo no STF, que a questão constitucional seja o próprio objeto da demanda em qualquer outra espécie de remédio jurídico processual.

Além disso, destaque-se que um dos requisitos para a utilização de tais ações refere-se à legitimidade, que, embora tenha sido bastante ampliada com o decorrer do tempo, ainda é bastante restrita. Apenas os entes elencados

44 - Talvez a exceção seja a ADPF incidental prevista no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/99. Como esse ponto não repercute diretamente nas conclusões deste ensaio, indicamos, inclusive com comentários acerca da possível inconstitucionalidade do preceito: CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2012, pp. 352 e ss.

45 - "Embora censurável, juridicamente o legislativo tem a liberdade de reeditar a lei inconstitucional." CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 237. Isso, contudo, não significa quebra à coisa julgada. A discussão sobre determinada lei "X" tida por inconstitucional não será reaberta. O que eventualmente o legislativo pode fazer é propor lei "Y" novamente com conteúdo inconstitucional e não reavivar a lei "X". Com mais vagar sobre a discussão sobre a vinculação ou não do legislativo às decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade, cf.: ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 143-150.

no art. 103 da Constituição podem se utilizar de tais remédios jurídicos processuais – voltaremos ao tema no próximo tópico –.

A segunda hipótese está relacionada com a análise da questão constitucional como questão prejudicial. Trata-se aqui do controle por via incidental. Apenas a título de esclarecimento, o julgamento *incidenter tantum* da questão constitucional pode ser realizado por qualquer juiz, não sendo uma exclusividade do Supremo Tribunal Federal.[46] Uma vez que o Poder Judiciário está sujeito ao princípio da legalidade ao decidir, tanto por disposição expressa do CPC/2015 (art. 8º) quanto da Constituição Federal (art. 37, *caput*), impõe-se a realização do controle de constitucionalidade de todas as leis e atos a ele submetidos para julgamento. Portanto, como cabe ao juiz aplicar o direito ao caso concreto, deve ter ele o poder de controlar incidentalmente os atos e leis utilizados pelas partes em suas argumentações.[47]

No STF, ela pode aparecer através da interposição de um recurso extraordinário, de um recurso ordinário, de uma ação originária etc. Nessas hipóteses, a questão *principaliter* não pode ser a validade de texto normativo infraconstitucional. O pedido, nesses casos, deve ser relativo a algum direito coletivo ou individual cuja tutela é requerida pela parte no remédio jurídico processual utilizado. A questão constitucional, em tais hipóteses, apenas pode atuar a título de questão prejudicial (questão *incidenter tantum*), seja como uma causa de pedir da parte autora, como da parte ré.

Por exemplo, em uma demanda de natureza tributária, o contribuinte pode requerer a repetição do indébito, tendo, como *causa petendi*, a inconstitucionalidade de um determinado tributo. O pedido da ação é a devolução dos tributos pagos pelo contribuinte, atuando a alegação de inconstitucionalidade apenas como suporte do direito material. Em outros termos, a coisa julgada clássica, que atua sobre a questão principal expressamente decidida, incidirá apenas sobre a devolução dos tributos; jamais sobre a análise da questão constitucional, seja ela reconhecendo a inconstitucionalidade ou não.

8. A (IN)ADAPTABILIDADE DO REGIME DA COISA JULGADA DA QUESTÃO PREJUDICIAL AO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Até o presente momento, este texto abordou a coisa julgada incidente sobre a questão prejudicial incidental e seus respectivos requisitos.

46 - BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946.* 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, t. V, p. 299. No mesmo sentido: STF, 1ª T., RE 117.805, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04/05/1993, DJ 27/08/1993.

47 - SARLETT, Ingo; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 816.

Também analisamos a diferença entre coisa julgada e eficácia vinculante dos precedentes bem como as maneiras pelas quais as questões acerca da (in) constitucionalidade das leis ou atos normativos chegam ao STF.

Agora é o momento de verificar a possibilidade de aplicação do regime de coisa julgada do §1º do art. 503 do CPC sobre a questão constitucional quando ela for decidida pelo Supremo Tribunal Federal *incidenter tantum*. Para isso, basta que verifiquemos a ocorrência dos pressupostos dessa coisa julgada especial nos processos de controle difuso de constitucionalidade litispendentes no STF[48].

Dos cinco pressupostos listados acima, o da competência é justamente o que provoca o debate deste artigo. É que a coisa julgada somente será estendida às questões analisadas *incidenter tantum* caso o órgão judicante tenha competência para resolvê-las se elas fossem trazidas em análise *principaliter*.

Assim, de pronto, já excluímos da possibilidade dessa coisa julgada especial em decisões *incidenter tantum* de (in)constitucionalidade feitos fora do STF. É evidente que ela não poderia ocorrer quando do julgamento por qualquer outro juiz ou tribunal, uma vez que apenas o STF, como visto, pode, por meio das ações do controle concentrado de constitucionalidade, analisar a questão constitucional *pincipaliter tantum*. Haveria, nesses casos, a ausência do preenchimento do requisito da competência em razão da matéria, exigido pelo art. 503, §1º, III, do CPC/2015.

Mas então se o STF é competente para analisar da inconstitucionalidade como questão principal, então poderíamos defender a possibilidade de coisa julgada sobre questão prejudicial incidental constitucional quando o julgamento de uma causa ocorresse por lá? A questão não é tão simples.

É preciso que se perceba a importância deste tema. Havendo coisa julgada sobre a questão constitucional, haverá, tal qual ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, em caso de decretação da inconstitucionalidade, o bloqueio da aplicação do texto normativo. Há, praticamente, a retirada do texto normativo do ordenamento jurídico – com eficácia *ex tunc* - e ela poderia ocorrer em um processo individual de Tício contra Mévio e não mais apenas nas ações do controle concentrado de constitucionalidade. As consequências para o tráfego jurídico são muito mais drásticas do que a decorrente da concessão da eficácia vinculante à análise das questões constitucionais pelo STF.

A questão principal ainda continuaria atingindo apenas as partes. Contudo, a prejudicial de inconstitucionalidade, uma vez com aptidão para coisa julgada, deve ter efeitos *erga omnes* por decorrência lógica: a questão

48 - Em verdade, a discussão apenas ocorrerá para os processos iniciados após a vigência do CPC/2015, conforme o disposto no seu art. 1.054.

constitucional é sempre decidida em abstrato, mesmo quando atue como prejudicial.

Se, por exemplo, em um determinado recurso extraordinário, o STF reconhecesse a inconstitucionalidade de um tributo, determinando a devolução ao contribuinte, essa declaração de inconstitucionalidade – se atingida pela coisa julgada na prejudicial – atingiria todos os demais contribuintes. Ao ente público seria impossível retomar a discussão – com a exceção do ajuizamento da ação rescisória – e, enquanto isso, não poderia, sob pena de violar a coisa julgada, cobrar o referido tributo de qualquer contribuinte. Assim, a análise da (im)possibilidade dessa coisa julgada sobre a questão constitucional prejudicial deve ser realizada com bastante cuidado.

Mas há um problema ainda maior a ser pontuado atinente à competência para as hipóteses em que esse tribunal atua como instância recursal ordinária ou extraordinária. Isso porque, imaginando a questão constitucional como questão prejudicial em um determinado caso concreto em processo não iniciado no STF, haveria a configuração da seguinte situação: *a formação da coisa julgada sobre aquela determinada questão seria dependente da interposição do recurso – seja ele ordinário ou extraordinário* –. Em outros termos, na instância originária ou na instância recursal ordinária, o referido órgão do Poder Judiciário seria incompetente para conhecer da matéria prejudicial constitucional como questão principal e, por isso, sequer se poderia cogitar da formação da coisa julgada especial sobre ela nessas instâncias. Essa possibilidade apenas seria aberta por meio do recurso – ordinário ou extraordinário –. Não parece ser admissível que essa coisa julgada em face da questão prejudicial possa decorrer da "sanação" do vício da competência por meio do recurso. Este é um requisito de eficácia da coisa julgada sobre a questão prejudicial e este deve existir desde a instância originária. Em outros termos, não seria possível admitir o preenchimento posterior do requisito da competência. Ou o órgão judiciário é originariamente competente para conhecer da questão prejudicial como principal e pode haver a sua formação *ab initio*, ou seria vedada a sua formação apenas em grau recursal. A formação de coisa julgada apenas em grau recursal poderia, inclusive, impossibilitar o duplo grau de jurisdição que apenas excepcionalmente é mitigado em nosso ordenamento.

Afinal, para que haja a coisa julgada sobre a questão prejudicial, o órgão judiciário há de ser competente em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal (art. 503, §1º, CPC). O órgão recursal não seria detentor dessa competência, eis que uma ação que tivesse esse objeto não poderia ser validamente proposta nele – haveria incompetência absoluta -. *A competência a que faz menção o artigo não pode ser a recursal, mas apenas a originária*.[49]

49 - No mesmo sentido, embora sem indicar as razões para o posicionamento adotado: REDONDO, Bruno

De qualquer forma, ainda resta uma hipótese em que o requisito da competência seria preenchido originariamente: nas ações originárias do STF. Nada impede que surja uma questão constitucional em um mandado de segurança contra ato do presidente da república (art. 102, I, *d*, CF) ou uma ação penal contra um senador da república (art. 102, I, *b*). Outra hipótese seria uma ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados (art. 102, I, *n*, CF)

Vencido o óbice da competência, é preciso ainda verificar se os demais pressupostos para a ocorrência da coisa julgada especial seriam configurados e um deles é a ocorrência do "contraditório prévio e efetivo".[50]

Como mencionado, apenas existem poucos legitimados à utilização do controle concentrado de constitucionalidade. Se, por acaso, houvesse alguma ação originária no STF que tivesse uma questão constitucional como prejudicial sem a presença de um daqueles legitimados, seria possível a alegação da ausência de contraditório efetivo[51]-[52]. É que, como uma dessas partes não teria tido a oportunidade de se manifestar adequadamente sobre o tema, não haveria o preenchimento do requisito do contraditório efetivo. Por mais que se possa mencionar que alguns deles poderiam ingressar como *amicus curiae* não é possível comparar os poderes das partes no comando do processo com a posição desse interveniente, que, por exemplo, tem poderes de recorrer bastante reduzidos.

Há, ainda, mais um problema atinente à existência do contraditório efetivo. Pela importância do reconhecimento da inconstitucionalidade em abstrato pelo Poder Judiciário, na ação direta de inconstitucionalidade, será ouvido, de forma obrigatória, o Advogado Geral da União (art. 8º, da Lei

Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC... cit., p. 53-54; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 307.

50 - Cabe aqui uma breve diferenciação entre "efetivo contraditório" (art. 7º, CPC/2015) e "contraditório efetivo" para efeito de preenchimento do art. 503, §1º, II. O efetivo contraditório está relacionado com a oportunização do contraditório e com o dever, para o magistrado, de levar em consideração os argumentos das partes. Por outro lado, o *contraditório efetivo* estaria relacionado com uma devida manifestação dos sujeitos processuais (não apenas a oportunização). Além disso, ainda estaria conexo à participação dos sujeitos legitimados a deduzir aquela questão por meio de uma ação autônoma, pois, apenas dessa forma, haveria um contraditório efetivo em que todos os que deveriam participar do processo o fazem *de forma adequada*.

51 - Alguém poderia, em tese, antes mesmo de discutir acerca da ocorrência ou não do contraditório efetivo, alegar que não se pode pedir formação de coisa julgada sobre questão prejudicial incidental parte ilegítima para deduzi-la em ação autônoma. Embora concordemos com a observação, há quem defenda diferente. Basta ver as observações de Nelson Nery sobre o §1º do art. 503: "O requisito é que os legitimados para requerer a resolução da prejudicial com força de coisa julgada sejam partes na ação principal, não havendo necessidade de serem, também, partes legítimas (de direito material) para a ação subordinante, se deduzida autonomamente". NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1223. Ora, não se pode concordar com esse raciocínio. Estar-se-ia burlando um requisito processual, de qualquer forma, o contraditório efetivo, afinal, se a parte legítima não atua no processo no qual é produzida a coisa julgada, é evidente que não haverá contraditório efetivo.

52 - Exatamente nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil.* 11. ed... cit., p. 551.

9.868/1999 e art. 103, §3º, da CFRB). Por mais que ele não esteja obrigado a defender a inconstitucionalidade em todos os casos,[53] ele tem, ao menos, a possibilidade de se manifestar em tais ações, de trazer mais argumentos para o caso concreto. Trata-se de mais uma forma de se garantir um contraditório efetivo e que deveria ser garantido nos casos em que a questão constitucional atuasse apenas como prejudicial para que fosse possível cogitar da formação da coisa julgada especial. E, entretanto, ele não tem uma atuação devidamente garantida nos demais processos de competência do STF. Talvez, a única forma de suprir esse requisito fosse por meio da sua atuação a título de *amicus curiae*, permitindo a sua participação mesmo em processos individuais.

No entanto, ainda permanecem algumas possibilidades: as ações originárias em que um dos legitimados para o controle de constitucionalidade está em um dos polos da ação e eventualmente o AGU seja admitido a atuar como *amicus curiae* com base no art. 138, do CPC/2015. Um dos exemplos seria uma ação penal movida contra um senador da república pelo Ministério Público Federal. Como apenas o procurador geral da república pode atuar no Supremo Tribunal Federal, haveria tanto a competência originária para conhecer da questão constitucional como objeto principal e um dos legitimados para a proposição de uma das ações do controle concentrado de constitucionalidade. Mesmo neste caso não há a coisa julgada extensiva às prejudiciais incidentais vez que na ação penal, cujo objeto é o crime, as discussões civis não permitem amplo e efetivo contraditório sobre a questão prejudicial incidental civil, pelo que aquele processo penal teria sua finalidade desviada.

Seria ainda possível imaginar um mandado de segurança impetrado por um Partido Político contra um ato do Presidente da República, em que, mais uma vez, o AGU fosse admitido a atuar como *amicus curiae*. Teríamos um dos legitimados para a ação declaratória de inconstitucionalidade – um partido político com representação no Congresso Nacional (art. 103, VIII, CF) – e a competência do STF, por conta do legitimado passivo – o presidente (art. 102, I, *d*, CF).

Mas afinal, vencidos, em tese, todos os empecilhos constantes no art. 503, §§1º e 2º do CPC, ainda é possível imaginar mais alguma exigência para a formação da coisa julgada sobre a prejudicial incidental no STF?

Sim, é possível. E todos eles estão na Constituição da República Federativa do Brasil, o que tornaria a coisa julgada sobre a questão prejudicial constitucional *inconstitucional*.

53 - Ver, por exemplo, os casos em que o STF já havia reconhecido em outro momento a inconstitucionalidade do texto normativo: STF, Tribunal Pleno, ADI 1.616, rel. min. Maurício Corrêa, j. 24/5/2001, DJ de 24-8-2001. Com posição semelhante em sede doutrinária: MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 289-294.

O art. 102, §2º, da CF é bastante claro ao apontar que é apenas por meio da utilização das ações do controle concentrado se torna possível a concessão da eficácia da coisa julgada sobre a questão constitucional. Ao que parece, não poderia a legislação infraconstitucional ampliar as hipóteses em que poderia a questão constitucional ser acobertada pela coisa julgada material. Haveria uma nítida violação aos procedimentos que possuem aptidão para o conhecimento da questão constitucional como objeto principal do processo.

A constituição deixa consignado em quais ações a questão constitucional pode figurar como questão principal, entre outras coisas, para conferir segurança jurídica a todos. É que, conhecendo o resultado das discussões no controle concentrado, o jurisdicionado saberá de pronto qual comportamento seu seguirá a constituição. Por outro lado, a formação da coisa julgada prejudicial é incerta. Mesmo constando expressamente na fundamentação, o jurisdicionado nem sempre terá a certeza de sua formação, pois dúvidas sobre a ocorrência ou não de seus requisitos podem permanecer. Então se espera que eventualmente em outra demanda alguém suscite essa coisa julgada como causa de pedir (efeito positivo da coisa julgada). Apenas neste segundo processo haverá uma certificação da formação daquela coisa julgada de questão prejudicial incidental. Não se pode permitir essa incerteza pairando sobre questões constitucionais.

Além disso, há um outro óbice diretamente relacionado ao controle difuso. De acordo com o art. 52, X, da CF, compete *privativamente* – exclusivamente – ao Senado Federal – de forma discricionária – decidir, por meio de resolução, suspender a eficácia de ato normativo decretado inconstitucional pelo STF. Ao admitir a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial constitucional estar-se-ia negando eficácia ao referido texto normativo, afinal, a decisão de inconstitucionalidade no controle difuso passaria a ter, *diretamente*, o poder de impedir a aplicação da legislação.

Já se tentou realizar uma mutação constitucional no art. 52, X, tendo por base a argumentação do Ministro Gilmar Mendes de que este serviria apenas para a publicização do entendimento do STF. Por meio do entendimento defendido por ministro, ter-se-ia a abstrativização do controle difuso, que teria, por si só, eficácia erga omnes, retirando, por si só, a possibilidade de aplicação da lei do ordenamento jurídico. No entanto, o posicionamento dominante do STF no caso concreto em que surgiu o tema foi o de que, o controle difuso realizado pelo tribunal tem apenas eficácia *inter partes*.[54] Bem se percebe que

54 - STF, Tribunal Pleno, Rcl 4335, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/03/2014, DJe 22/10/2014. O posicionamento de Gilmar Mendes não parecia ser juridicamente possível, promovendo, na verdade, uma espécie de mutação constitucional *inconstitucional* do art. 52, X, da CF, fugindo por completo aos limites semânticos do texto constitucional. Para uma visão crítica do posicionamento do Ministro, cf.: STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 550-559.

o STF não tem sido muito afeto a admissão da ampliação da eficácia *erga omnes* para além dos casos da própria constituição.

CONCLUSÕES

Para a ocorrência da coisa julgada do §1º do art. 503 do CPC, necessário, entre outras coisas, que o órgão judicante seja competente para analisar a questão principal – evidentemente – e, ainda, competente, em tese, para analisar a questão incidental, caso ela tivesse sido arguida *principaliter*. Talvez a maior conclusão deste artigo paire justamente sobre esse ponto.

O preceito do inc. III do art. 503 necessita cuidadosa leitura. Ao estabelecer que a coisa julgada especial somente ocorre se: "o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.", é preciso entender que essa competência deve ocorrer de forma originária. Ou seja, se apenas o eventual órgão recursal tiver competência para conhecer da questão prejudicial incidental nos moldes do inc. III do art. 503, então não há que se falar na extensão da coisa julgada à fundamentação.

É que, como visto, não teria sentido que alguém, ao litigar, na esperança da formação dos dois regimes de coisa julgada – incidente sobre as questões principais e incidente sobre as questões prejudiciais na forma do §1º do art. 503 – somente obtivesse o segundo em eventual recurso, quando somente o órgão recursal ou a corte de vértice possuir competência para a análise *principaliter* da questão prejudicial incidental.

Além disso, como visto, existem diversos outros óbices que impedem a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial constitucional mesmo no Supremo Tribunal Federal. É inegável que a inserção (ou resgate, pelo que remetemos ao parágrafo único do art. 287 do CPC/1939) de um relevante instituto– coisa julgada sobre questão prejudicial – implica grandes desafios doutrinários para que se verifique todas as suas consequências e eventuais problemas. Tentamos, neste texto, resolver apenas um deles.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*/ Tereza Arruda Alvim Wambier... [et al.], coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buril de; FREIRE, Alexandre (coord). *Doutrina selecionada – Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: EJEA, s/a, v. I.

DELLORE, Luiz. Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (L. 13.105/2015): conceito e limites objetivos. PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buril de; FREIRE, Alexandre (coord). *Doutrina selecionada – Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil.* 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. II.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil.* 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. II.

_____. *"Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro."* In: Procedure Review, v.6, n.1: 81-94, jan-apr., 2015.

DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação n. 4.374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade.* São Paulo: RT, 1988.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil.* Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil.* São Paulo: RT, 2015, v. II.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2015, versão digital.

MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiciale nel processo civile*. Viena: Manz, 1904.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "*Questões preliminares e questões prejudiciais*". In: Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. *Temas de direito processual* – 2ª série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica.* Salvador: Juspodivm, 2015

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica.* 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946.* 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, t. V.

PRATES, Marília Zanella Prates. *A coisa julgada no direito comparado:* Brasil e Estados Unidos. Salvador: Juspodivm, 2013.

REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 248, out.-2015.

SARLETT, Ingo; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents*: a comparative study. Aldershot: Dartmouth, 1997.

THEODORO JÚNIOR. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TROPER, Michel, GRZEGORCZYCK, Cristophe. Precedent in France. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents*: a comparative study. Aldershot: Dartmouth, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, abr.-2014.

ÍNDICE DE FUNCIONALIDADE BRASILEIRO APLICADO PARA FINS DE CLASSIFICAÇÃO E CONCESSÃO DA APOSENTADORIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – IF-BRA, INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 142/2013: ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO TÉCNICA E JURÍDICA DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE SUSTENTAM A SUPOSTA REVOGAÇÃO DA PORTARIA INTERMINISTERIAL SDH/MPS/MPOG/AGU Nº 1/2014.

BRAZILIAN FUNCTIONALITY INDEX APPLIED FOR THE PURPOSES OF CLASSIFICATION AND GRANTING OF RETIREMENT OF PERSONS WITH DISABILITIES – IF-BRA, INSTITUTED BY THE COMPLEMENTARY LAW Nº 142/2013: ANALYSIS OF THE TECHNICAL AND LEGAL ADEQUACY OF JUDICIAL DECISIONS THAT SUPPORT THE REVOCATION OF THE INTERMINISTERIAL ORDINANCE SDH/MPS/ MPOG/AGU Nº 1/2014.

Orion Sávio dos Santos
Analista Técnico de Políticas Sociais – ATPS em exercício na Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda. Advogado. Foi professor substituto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia ministrando as disciplinas de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário

José Maurício Lindoso de Araujo
Analista Técnico de Políticas Sociais – ATPS. Em exercício na Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda. Bacharel em direito

RESUMO: Analisa-se a vigência da Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1, de 27 de janeiro de 2014, que aprova o Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para fins de Classificação e Concessão da Aposentadoria da Pessoa com Deficiência – IF-BrA, em face de decisões judiciais que entendem que o benefício da LC nº 142/2013 careceria da devida regulamentação própria, o que permitiria à perícia judicial ou ao próprio juízo avaliar o grau de deficiência – se leve, moderado ou grave –, para fins da aposentadoria dos segurados com deficiência.

ABSTRACT: It is analyzed the validity of the Interministerial Ordinance SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1, of January 27, 2014, which approves the Brazilian Functionality Index Applied for the purposes of Classification and Granting of Retirement of Persons with Disabilities – IF-BrA, in the context of judicial decisions that consider that the benefit of the Complementary Law **nº** 142/2013 lacks proper regulation, which would allow a judicial expert or the judge himself to define the degree of deficiency – whether mild, moderate or severe – for the purposes of the retirement of the insured person with disabilities.

1. INTRODUÇÃO

A Portaria Interministerial SDH/MPS/MPOG/AGU nº 1, de 27 de janeiro de 2014, aprova o instrumento destinado à avaliação do segurado do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, para os fins da aposentadoria da pessoa com deficiência instituída pela Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013. Compete à perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS aplicar esse instrumento de avalição médica e funcional, que é denominado de Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para fins de Classificação e Concessão da Aposentadoria da Pessoa com Deficiência – IF-BrA. Cuida-se, por conseguinte, de importante marco normativo no âmbito das políticas previdenciárias voltadas para as pessoas com deficiência, mediante o qual se efetiva o direito desses trabalhadores à aposentadoria com critérios diferenciados de tempo de contribuição e de idade.

Ocorre que sentenças proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região – TRF4 têm acolhido tese no sentido de que o ato de publicação da Portaria Interministerial SDH/MPS/MPOG/AGU nº 1/2014 teria sido revogado, razão pela qual o benefício da LC nº 142/2013 careceria da devida regulamentação própria, o que permitiria à perícia judicial ou ao próprio juízo avaliar o grau de deficiência – se leve, moderado ou grave –, para fins da aposentadoria dos segurados com deficiência. Inclusive, as Turmas Recursais da Região Sul veem confirmando parte dessas sentenças, estabelecendo um conjunto de precedentes que questionam a vigência desse ato normativo[1].

1 - Foram analisados oito recursos cíveis, dos quais 5 acolhem a tese de que a Portaria Interministerial SDH/MPS/MPOG/AGU nº 1/2014 estaria revogada: 1) Recurso Cível nº 5007563-18.2014.404.7114/RS; 2) Recurso Cível nº 5020333-61.2014.404.7205/SC; 3) Recurso Cível nº 5009587-28.2014.404.7208/SC; 4) Recurso Cível nº 5017148-15.2014.404.7205/SC; 5) Recurso Cível nº 5016269-71.2015.404.7205/SC; 6) Recurso Cível nº 5019633-85.2014.404.7205/SC; 7) Recurso Cível nº 5019633-85.2014.404.7205/SC; e 8) Recurso Cível nº 5028046-02.2014.404.7201/SC.

Nesse contexto normativo e jurisprudencial, este artigo visa examinar, especificamente, a adequação técnica e jurídica dos fundamentos que sustentam a suposta revogação da Portaria Interministerial SDH/MPS/MPOG/AGU nº 1/2014, bem como discorrer sobre algumas das principais consequências para as políticas previdenciárias dos trabalhadores com deficiência da não aplicação pelo Poder Judiciário dessa Portaria e do instrumento que ela aprova.

O presente trabalho encontra-se dividido em três partes. Preliminarmente, é necessário promover um breve resgate das normas que versam sobre os direitos da pessoa com deficiência. Desse modo, será possível tratar das peculiaridades do IF-BrA e discorrer acerca dos entendimentos judiciais que negam a sua vigência. Ao final, são lançadas as conclusões acerca do cenário de insegurança jurídica que decorre da não aplicação desse instrumento em face da suposta revogação da Portaria Interministerial SDH/MPS/MPOG/AGU nº 1/2014.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA DA APOSENTADORIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO DO RGPS

Mostra-se necessário, de início, examinar o conjunto normativo que precede à edição da Portaria Interministerial SDH/MPS/MPOG/AGU nº 1/2014, a fim de se compreender os pressupostos jurídicos e normativos que balizaram a regulamentação do direito à aposentadoria da pessoa com deficiência.

A **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas – ONU**, assinada em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, consiste em um tratado internacional sobre direitos humanos, com o propósito principal de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência. Até novembro de 2016, 172 Países-membros da ONU haviam ratificado essa Convenção e 15 configuravam como signatários, o que realça a importância dessa norma de direitos humanos no plano internacional[2].

No campo dos estudos sobre a deficiência, dentre as diversas contribuições da Convenção da ONU, destaca-se a adoção de uma definição geral de pessoa com deficiência a partir do modelo social, em oposição a

2 - Conforme informações disponibilizadas pelo Comitê da ONU para os Direitos das Pessoas com Deficiência, instituído pelo Artigo 34 da Convenção. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx. Acesso em: 20 mar. 2017.

outras abordagens conceituais existentes, em especial, ao tradicional modelo médico[3].

No **modelo médico,** a deficiência é compreendida como uma lesão a ser tratada no corpo da pessoa mediante cuidados biomédicos[4]. Pelo **modelo social**, a deficiência é resultante da interação entre a limitação funcional da pessoa e o meio no qual ela se encontra inserida, motivo pelo qual o ambiente social é identificado como o fator limitador da situação de deficiência da pessoa, na medida em que são as diversas barreiras existentes que impedem a sua plena inclusão social[5].

> O Artigo 1 da Convenção da ONU dispõe que:
>
> Artigo 1
> Propósito
> (...)
>
> Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Cabe lembrar que a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF, aprovada em 2001, já antecipava a necessidade de se considerar as barreiras e as restrição de participação social das pessoas com deficiência. A Organização Mundial de Saúde – OMS, agência especializada em saúde e vinculada à ONU, possui duas classificações de referência para a descrição de condições de saúde: a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, que corresponde à décima revisão da Classificação Internacional de Doenças – CID-10, e a CIF[6]. Essa última representa clara superação do modelo estritamente médico para o modelo social, conforme se verificará mais adiante neste trabalho.

3 - Com relação à **conceituação de deficiência**, é preciso observar que apesar da opção expressa dos elaboradores da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, sabe-se que esse é um campo de estudo historicamente complexo, inserido em um contexto maior de constante formulação e reformulação teórica e prática.

4 - DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

5 - LOPES, Laís de Figueirêdo de. Artigo 1: Propósitos. In: **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). Brasília, 2014.

6 - Anteriormente à CIF, a OMS utilizava do documento "International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps" – ICIDH, pressupondo um modelo médico (DINIZ, Débora; BARBOSA, Lívia; e SANTOS, Wederson Rufino dos. **Deficiência, Direitos Humanos e Justiça.** Revista Internacional de direitos humanos, V.6, n. 11, dez. 2009. Disponível em: http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/11.).

No Brasil, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo foram incorporados formalmente ao ordenamento jurídico com equivalência de Emenda Constitucional, uma vez que essa norma internacional de direitos humanos foi aprovada pelo Congresso Nacional, conforme o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição, incluído pela **Emenda Constitucional nº 45, de 2004**. Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação da Convenção e do seu Protocolo Facultativo junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008, e que o Congresso Nacional aprovou tais atos por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, o Presidente da República promulgou a Convenção da ONU nos termos do **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Logo, a Convenção da ONU se reveste de força, hierarquia e eficácia constitucionais, servindo de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos[7].

Com a promulgação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, as suas disposições devem ser observadas na construção das políticas sociais brasileiras, a fim de identificar os destinatários da proteção social e os direitos a serem garantidos de acordo com a legislação interna. Por conseguinte, a conceituação de pessoa com deficiência, assim como as demais disposições dessa norma internacional, são parte integrante formal e materialmente da Constituição.

No que diz respeito às políticas de Previdência Social, o **Artigo 28 da Convenção da ONU** dispõe que as Partes deverão tomar as medidas necessárias para salvaguardar e promover a realização do direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, assegurando, dentre outros direitos, o **igual acesso a programas e benefícios de aposentadoria.**

Vale ressaltar que a Convenção da ONU não dispõe expressamente sobre a necessidade de criação de um benefício com critérios de acesso diferenciados. No entanto, entende-se do todo adequado interpretar a palavra "igual" a partir tanto da sua dimensão formal quanto material[8].

7 - Com efeito, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo representa a única norma internacional incorporada pelo rito especial instituído pela EC nº 45/2004.

8 - Sabe-se que a Constituição de 1988 contempla a igualdade formal no "caput" do art. 5º e a igualdade material. Inclusive, especificamente com relação às pessoas com deficiência, é possível destacar diversos dispositivos que visam assegurar o acesso igualitário a direitos e as medidas que efetivamente possibilitem a sua concretização mediante tratamento diferenciado, conforme se constata nos arts. 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 40, § 4º, I; 201, § 1º; 203, IV e V; 208, III; 227, § 1º, II; e § 2º, e 244 da Constituição.

Em 2005, a **Emenda Constitucional nº 47** alterou o § 1º do art. 201 da Constituição[9] para estabelecer a previsão de aposentadoria com critérios diferenciados quando para os segurados com deficiência, nos termos definidos em lei complementar. Dessa maneira, esse dispositivo constitucional, que veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias no RGPS, passou a comportar duas exceções: (i) para os segurados que exercem suas atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física; e (ii) nos casos dos trabalhadores com deficiência. No âmbito do RGPS, a Constituição também admite distinções nas regras de aposentadoria para os trabalhadores rurais, mulheres e professores.

Diante dessa nova moldura constitucional dos direitos previdenciários das pessoas com deficiência, o Congresso Nacional editou a **Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013**, que regulamenta a aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do RGPS.

O **conceito de deficiência** trazido pelo **art. 2º da LC nº 142/2013** é idêntico ao definido na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, reiterando que a **deficiência se encontra na interação da pessoa com o seu ambiente, e não no indivíduo como resultado de um impedimento corporal**:

> Art. 2º Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Os **critérios de acesso à aposentadoria** da pessoa com deficiência estão definidos no **art. 3º da LC nº 142/2013**, consistindo objetivamente em

9 - Com relação aos **servidores públicos**, a EC nº 47, de 2005, também alterou o § 4º do art. 40 da Constituição, para estabelecer a necessidade de aposentadoria com critérios e requisitos diferenciados às pessoas com deficiência titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. No entanto, esse dispositivo carece de regulamentação infraconstitucional, tal como já ocorria com a aposentadoria especial dos servidores públicos que exercem suas atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Nesse particular, registre-se que a Súmula Vinculante nº 33 do Supremo Tribunal Federal – STF faz referência expressa apenas a hipótese de aposentadoria especial do servidor público com base no inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição para determinar que se aplicam ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial. Porém, a orientação jurisprudencial do STF tem se firmado no sentido de que também aos servidores públicos com deficiência deveriam ser aplicadas analogicamente as regras do RGPS, no que couber (MI 1.885 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 22-5-2014, P, DJE de 13-6-2014; e MI 5126 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 27-09-2013, P, DJE de 02-10-2013). Inclusive, em 2016, iniciou-se julgamento da Proposta de Revisão da SV nº 33 formulada pelo Procurador-Geral da República, a fim de que contemple também a situação dos servidores públicos com deficiência.

redução do tempo de contribuição e da idade, considerando as regras gerais para aposentadoria por tempo de contribuição e por idade no RGPS:

> Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:
> I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;
> II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;
> III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou
> IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Observe-se que, no dispositivo supratranscrito, o legislador também se utilizou de **critérios de deficiência *grave*, *moderada* ou *leve*** para regulamentar a aposentadoria da pessoa com deficiência[10]. Nos termos do **parágrafo único do art. 3º e do art. 5º da LC nº 142/2013**, trata-se de norma legal que carece de regulamentação própria:

> Art. 3º (...):
> (...)
>
> Parágrafo único. Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar.
> (...)
>
> Art. 5º O grau de deficiência será atestado por perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por meio de instrumentos desenvolvidos para esse fim.

10 - A LC nº 142/2013 se originou, em especial, de duas proposições legislativas: os **Projetos de Lei Complementar – PLP nº 277/2005**; e o nº 280/2005. O PLP nº 277/2005 tratava da concessão de aposentadoria com redução variável do tempo de contribuição e da idade de acordo com a deficiência considerada leve, moderada ou grave. No entanto, o PLP nº 280/2005, apensado à proposição principal, disciplinava esse benefício apenas com a redução de cinco anos nos requisitos de tempo de contribuição e de idade. Quando da análise desses projetos de lei na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, ainda em 2005, o Congresso Nacional passou a tratar desses critérios visando compatibilizar as duas propostas, ou seja, com manutenção da redução de cinco anos nos requisitos de tempo de contribuição e de idade, assim como com possibilidade de redução maior de acordo com a deficiência considerada leve, moderada ou grave.

No âmbito da **LC nº 142/2013**, com relação à contagem de tempo de contribuição na condição de segurado com deficiência, o **art. 6º e seus parágrafos** dispõem que: **(a)** a contagem de tempo de contribuição na condição de segurado com deficiência deve ser comprovada, exclusivamente, na forma dessa Lei Complementar; **(b)** a existência de deficiência anterior à data da vigência dessa norma deve ser certificada, inclusive quanto ao seu grau, por ocasião da primeira avaliação, sendo obrigatória a fixação da data provável do início da deficiência; **(c)** e a comprovação de tempo de contribuição na condição de segurado com deficiência em período anterior à entrada em vigor desta Lei Complementar não será admitida por meio de prova exclusivamente testemunhal.

A renda mensal da aposentadoria da pessoa com deficiência observa as mesmas regras das disposições da Lei nº 8.213/1991, consoante o **art. 8º da LC nº 142/2013**. No entanto, cabe destacar que o **Fator Previdenciário** nas aposentadorias das pessoas com deficiência somente será aplicado se resultar em renda mensal de valor mais elevado, de acordo com **o inciso I do art. 9º da LC nº 142/2013**. Ademais, o **inciso II** desse mesmo dispositivo resguarda a **contagem recíproca do tempo de contribuição na condição de segurado com deficiência** relativo à filiação ao RGPS, ao regime próprio de previdência do servidor público ou a regime de previdência militar, devendo os regimes compensarem-se financeiramente.

Note-se que as regras de acesso e de cálculo do benefício, instituído pela LC nº 142/2013, são diferenciadas com relação às regras gerais dos benefícios do RGPS, a fim de efetivar, de forma adequada, o direito à aposentadoria dos trabalhadores com deficiência.

O **art. 11 da LC nº 142/2013** estipulou período de *vacatio legis* de seis meses da data de sua publicação. Nesse prazo, coube ao Poder Executivo criar um instrumento capaz de captar o conceito de deficiência, algo até então inédito no ordenamento Pátrio. Para tanto, foi necessário desenvolver um **instrumento de avaliação que captasse não apenas, isoladamente, o impedimento do indivíduo, mas, também, relacioná-lo às barreiras sociais por ele enfrentadas, de modo a identificar desigualdades na participação social efetiva.** Dessa forma, criou-se um **procedimento pericial composto por uma avaliação médica e por uma avaliação funcional.**

O **Decreto nº 8.145, de 3 de dezembro de 2013**, alterou o **Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**, para dispor sobre a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade da pessoa com deficiência.

Dentre outras disposições, o § 4º do art. 70-D passou a dispor que ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos

da Presidência da República, dos Ministros de Estado da Previdência Social, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Advogado-Geral da União definirá impedimento de longo prazo para os efeitos da LC nº 142/2013. E, ainda, nos termos do **art. 3º do Decreto 8.145/2013**, estipulou-se o prazo de 45 dias para edição do mencionado ato conjunto.

O resultado foi o instrumento denominado Índice de Funcionalidade Brasileiro aplicado à Aposentadoria da Pessoa com Deficiência – **IF-BrA**, **aprovado pela Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU Nº 1, de 27 de janeiro de 2014**. Ademais, nos termos do art. 3º dessa Portaria, considera-se **impedimento de longo prazo**, para efeitos previdenciários, aquele que produza efeitos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, pelo prazo mínimo de 2 anos, contados de forma ininterrupta.

3. DA PORTARIA INTERMINISTERIAL SDH/MPS/MPOG/AGU Nº 1/2014, E DAS DÚVIDAS ACERCA DA SUA VIGÊNCIA

3.1. Do Índice de funcionalidade Brasileiro Aplicado para fins de classificação e concessão da aposentadoria da pessoa com deficiência

O instrumento pericial aprovado pela Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU Nº 1, de 27 de janeiro de 2014, é inédito no Brasil e encontra poucas experiências internacionais semelhantes, haja vista que grande parte dos países utiliza os denominados "**BAREMAS**", ou seja, quadros de graduação estabelecidos para avaliar o comprometimento das funções do corpo do indivíduo. Entretanto, experiências interessantes estão sendo construídas, a exemplo do Model Disability Survey – MDS[11], projeto da OMS e do Banco Mundial iniciado no final de 2011 com o intuito de preencher este hiato e desenvolver um instrumento padronizado para coleta de dados sobre deficiência que tenha base no modelo de deficiência e funcionalidade proposto na CIF e que torne possível o monitoramento da Convenção em toda sua complexidade[12].

Assim, o desenvolvimento de um instrumento capaz de captar não só o conceito de deficiência trazido pela Convenção, como também permitir a gradação da deficiência em leve, moderada ou grave exigiu a busca de uma solução até então não existente no ordenamento pátrio, motivo pelo qual se

11 - Disponível em: http://www.who.int/disabilities/data/mds/en/.

12 - SABARIEGO, Carla. **Avaliação da Deficiência Após a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência**: Estudo Comparativo entre os Instrumentos Utilizados para a Efetivação de Direitos Previdenciários no Brasil e na Alemanha. 2016. Disponível em http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/09/sausegtrabestudos.pdf.

utilizou, como ponto de partida, o Índice de Funcionalidade Brasileiro – IF-Br, instrumento científico elaborado pelo Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade – IETS, em parceria com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH, o qual define a **funcionalidade** como eixo central, abrangendo todos os tipos de deficiência, com a identificação de possíveis barreiras externas, e aponta para a relevância dos fatores externos nas condições de vida das pessoas com deficiência, advindas dos ambientes físico, social e das atitudes, tendo como estrutura a CIF.

Isto porque a CID mostrou-se insuficiente para a aferição da deficiência, sendo necessário considerar fatores físicos, psíquicos e sociais para que a conclusão seja mais justa e confiável. Assim, a CIF, que faz parte da "família" de classificações desenvolvida pela OMS, é o amparo científico mais sólido para a construção de um instrumento para avaliação da deficiência. Nesse aspecto, as Professoras Cassia Maria Buchalla e Norma Farias esclarecem que:

> O propósito de "A Família de Classificações Internacionais" da OMS (WHO Family of International Classifications - WHO-FIC) consiste em promover a seleção apropriada de classificações em vários campos da saúde em todo o mundo. Estas facilitam o levantamento, consolidação, análise e interpretação de dados; a formação de bases de dados nacionais consistentes, e permitem a comparação de informações sobre populações ao longo do tempo entre regiões e países.[13]

O IF-Br é composto por **atividades** que estão divididas em **sete domínios**, correspondentes àqueles que constam na CIF, quais sejam: i) **sensorial**; ii) **comunicação**; iii) **mobilidade**; iv) **cuidados pessoais**; v) **vida doméstica**; vi) **educação**, **trabalho** e **vida econômica**; vii) **socialização** e **vida comunitária**. Cada domínio tem um número variável de atividades, que totalizam 41. Por exemplo, no domínio sensorial, encontram-se as atividades de *observar* e de *ouvir*; e, no domínio comunicação, têm-se as atividades de comunicar-se/recepção de mensagens e comunicar-se/produção de mensagens.

Cada uma dessas 41 atividades do instrumento é avaliada por uma **escala de pontuação** que considera a dependência dos sujeitos avaliados em relação a outras pessoas ou a produtos e tecnologias, sempre em comparação às demais pessoas no contexto em que o sujeito está inserido.

Essa medida de dependência é inspirada na Medida de Independência Funcional – MIF, instrumento que tem por objetivo avaliar a incapacidade de indivíduos com restrições funcionais de origem variada. Este instrumento busca avaliar, de forma quantitativa, a carga de cuidados demandada por uma pessoa para a realização de uma série de tarefas motoras e cognitivas de vida

13 - FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cássia Maria**. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial de Saúde**: Conceitos, Usos e Perspectivas. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/rbepid/v8n2/11.pdf. Acesso em 02.02.2017.

diária[14]. Entretanto, diferentemente da MIF, que possui uma pontuação que varia de 1 a 7, o **IF-Br estabeleceu 4 escalas de pontuação**, quais sejam:

Escala de pontuação do nível de independência das atividades funcionais para o IF-BrA

25	Não realiza a atividade ou é totalmente dependente de terceiros para realizá-la. O indivíduo não participa de nenhuma etapa da atividade.	
50	Realiza a atividade com o auxílio de terceiros. O indivíduo participa de alguma etapa da atividade ou realiza algum preparo necessário para a realização da atividade ou supervisiona a atividade.	Supervisão: quando há necessidade da presença de terceiros sem a necessidade de um contato físico. Exemplo: a pessoa necessita de incentivo, de pistas para completar uma atividade, ou a presença de outra pessoa é necessária como medida de segurança. Preparo: quando há necessidade de um preparo prévio para a atividade ser realizada. Exemplo: a colocação de uma adaptação para alimentação, colocar pasta na escova de dente.
75	Realiza a atividade de forma adaptada, sendo necessário algum tipo de modificação (do ambiente ou do mobiliário ou da forma de execução) ou realiza a atividade de forma diferente da habitual ou mais lentamente. Com as adaptações e modificações não depende de terceiros para realizar a atividade: tem uma independência modificada.	Exemplo: passar a fazer uma atividade sentado que antes realizava em pé; ou de alguma adaptação que permita a execução da atividade por exemplo uma lupa para leitura ou um aparelho auditivo.
100	Realiza a atividade de forma independente, sem nenhum tipo de adaptação ou modificação, na velocidade habitual e em segurança.	

Obs.: A pontuação deverá se basear na informação disponível mais confiável (do avaliado, de uma pessoa de convívio próximo, de um profissional de saúde, do prontuário). A pontuação dos níveis de independência de cada atividade deverá refletir o desempenho do indivíduo e não a sua capacidade. O desempenho é o que ele faz em seu ambiente habitual, e não o que ele é capaz de fazer em uma situação ideal ou eventual.

14 - Riberto M, Miyazaki MH, Jucá SSH, Sakamoto H, Pinto PPN, Battistella LR. Validação da Versão Brasileira da Medida de Independência Funcional . Acta Fisiátr. 2004;11(2):72-76.

O IF-BrA também se volta à **identificação das barreiras externas (fatores ambientais)** ao indivíduo, que possivelmente sejam capazes de influenciar nas incapacidades identificadas, restringindo o desempenho das atividades habituais e a participação social, uma vez que a funcionalidade não depende tão-somente dos aspectos diretamente ligados ao corpo. A identificação dos fatores que agem como barreira impedindo a execução de uma atividade ou participação ocorre por meio de um questionário que divide os fatores ambientais em cinco categorias:

Identificação de Barreiras Externas: Categorias de Fatores Ambientais

Categoria	Descrição
Produtos e Tecnologia	Qualquer produto, instrumento, equipamento ou tecnologia adaptado ou especialmente projetado para melhorar a funcionalidade de uma pessoa com deficiência. Exclui cuidadores e assistentes pessoais.
Ambiente	Refere-se ao ambiente natural ou físico. Aspectos geográficos, populacionais, da flora, da fauna, do clima, guerras e conflitos.
Apoio e Relacionamentos	Pessoas ou animais que fornecem apoio físico ou emocional prático, educação, proteção e assistência, e de relacionamento com outras pessoas em todos os aspectos da vida diária. Exclui as atitudes das pessoas que fornecem o apoio.
Atitudes	São as consequências observáveis dos costumes, práticas, ideologias, valores, normas, crenças. Exclui as atitudes da própria pessoa.
Serviços, Sistemas e Políticas	Rede de serviços, sistemas e políticas que garantem proteção social.

Ademais, foi adotado o **modelo linguístico Fuzzy** na metodologia do IF-BrA, utilizado quando lidamos com questões complexas, que têm subjetividade e imprecisão[15]. A adoção deste modelo tem por finalidade mitigar as dificuldades surgidas quando da transformação de questões qualitativas em padrões quantitativos. Assim, a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU Nº 1, de 27 de janeiro de 2014, traz algumas perguntas emblemáticas e estabelece que:

> "havendo resposta afirmativa para a questão emblemática relacionada às situações de maior risco funcional para cada tipo de deficiência, será automaticamente atribuída a todas as atividades que compõe o domínio a menor nota de atividade atribuída dentro do domínio sensível pelo avaliador, corrigindo, assim, a nota final"[16].

15 - Franzoi AC, Xerez DR, Blanco M, Amaral T, Costa AJ, Khan P, et al. **Etapas da elaboração do Instrumento de Classificação do Grau de Funcionalidade de Pessoas com Deficiência para Cidadãos Brasileiros: Índice de Funcionalidade Brasileiro - IF-Br**. Acta Fisiátr. 2013;20(3):164-170.

16 - BRASIL. **Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº** 1, de 27 de janeiro de 2014.

Considerando os aspectos multidisciplinares que envolvem a deficiência, ultrapassando o saber puramente médico e transpondo para diversos ramos da saúde e das ciências sociais, a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU Nº 1, de 27 de janeiro de 2014, definiu que o mesmo **instrumento deve ser aplicado por dois profissionais distintos no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social, quais sejam, o médico perito e o assistente social**. Logicamente, os dados de diagnóstico médico são de preenchimento exclusivo da medica pericial, tendo em vista as atribuições específicas desta profissão.

Ressalta-se, portanto, que, para efeito de concessão da aposentadoria da pessoa com deficiência, compete à perícia própria do INSS avaliar o segurado e fixar a data provável do início da deficiência e o respectivo grau, assim como identificar a ocorrência de variação no grau de deficiência e indicar os respectivos períodos em cada grau, por meio da aplicação do IF-BrA.

Assim, a pontuação total é soma da pontuação dos domínios que, por sua vez, é a soma da pontuação das atividades. A pontuação final será a soma das pontuações de cada domínio aplicada pela medicina pericial e serviço social. Considerando tais regras, bem como o acima exposto, é possível chegar à conclusão que a pontuação mínima possível é 2050 (hipótese em que o avaliado obtenha pontuação mínima de 25 em todas as 41 atividades na avaliação do médico perito e do assistente social) e a pontuação máxima é de 8200 (hipótese em que o avaliado obtenha pontuação máxima de 100 em todas as 41 atividades na avaliação do médico perito e do assistente social).

Observa-se, então, que a avaliação do IF-BrA poderá atribuir ao segurado uma pontuação que varia de 2050 a 8200, sendo que, para atender ao disposto na LC nº. 142, de 2013, neste intervalo devem estar contidas as gradações de deficiência em leve, moderada e grave. Para que o estabelecimento de tais pontuações de corte pudesse ocorrer com um mínimo de segurança, foram realizados pré-testes no intuito de viabilizar tal gradação.

Assim, a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1, de 27 de janeiro de 2014, estabeleceu que, neste intervalo de 2050 a 8200 pontos, os avaliados teriam sua deficiência considerada leve, moderada ou grave de acordo com os seguintes parâmetros:

Publicada no Diário Oficial da União de 30 de janeiro de 2014.

Classificação da Deficiência em Grave, Moderada e Leve

Grau	Pontuação
Grave	Quando a pontuação for menor ou igual a 5.739
Moderada	Quando a pontuação total for maior ou igual a 5.740 e menor ou igual a 6.354
Leve	Quando a pontuação total for maior ou igual a 6.355 e menor ou igual a 7.584
Pontuação insuficiente para concessão do benefício	Quando a pontuação for maior ou igual a 7.585

Obs.: A Pontuação Total mínima é de 2.050: 25 (pontuação mínima) multiplicado por 41 (número total de atividades em todos os domínios) vezes 2 (número de aplicadores). A Pontuação Total máxima é de 8.200: 100 (pontuação mínima) multiplicado por 41 (número total de atividades em todos os domínios) vezes 2 (número de aplicadores).

Este instrumento foi objeto de amplo debate no Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Interministerial MPS/SDH nº 334, de 18/7/2013, composto por representantes do MPS, da SDH, do INSS, de representantes de pessoas com deficiência intelectual, deficiência auditiva, deficiência física, deficiência visual, representantes de trabalhadores e representantes da área jurídica, chegando-se, então, ao disposto na Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1/2014.

Entretanto, o instrumento denominado IF-Br, elaborado pelo IETS, o qual foi adaptado para a aplicação à aposentadoria da pessoa com deficiência, não havia passado, ainda, pela fase de validação científica, sendo tal etapa imprescindível para obter as conclusões acuradas sobre a presença (ou grau) de algum atributo, que é a validade da medida, a partir de margens de erro calculadas.

Assim, tornou-se imprescindível a validação do IF-BrA, sendo necessário um corpo técnico-científico robusto, multidisciplinar e com amplo e reconhecido conhecimento sobre deficiência e suas diversas interações, assim como epidemiologia, estatística, serviço social, antropologia, terapia ocupacional, analista de sistemas, dentre outros. Para tanto, foi celebrado, em 21 de novembro de 2013, Termo de Cooperação Técnica com a FUB/UnB, por intermédio do Centro de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico – CDT daquela fundação.

A validação foi concluída com êxito, extraindo-se do relatório da UnB que o IF-BrA é válido na forma como definido pela Portaria Interministerial

SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1, de 27 de janeiro de 2014, sendo certo que o direito garantido pela Lei Complementar nº 142, de 2013, está assegurado com grau de certeza muito bom.

3.2. Da vigência da Portaria Interministerial

Por ser o instrumento definido na Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1/2014 adequado ao fim para o qual se propõe, ele continua em vigor e a ser aplicado da forma como concebido, sendo utilizado pelo INSS para a concessão dos benefícios requeridos com fundamento na LC nº142/2013.

Observa-se, no entanto, a existência de um ruído quanto à vigência da referida Portaria Interministerial em virtude da **publicação da Portaria SDH nº 30, de 9 de fevereiro de 2015**, **no Diário Oficial da União de 10 de fevereiro de 2015**, tema que merece cautelosa análise do intérprete para que se obtenha uma correta conclusão.

Em 9 de fevereiro de 2015, por equívoco, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH-PR republicou tal Portaria Interministerial no Diário Oficial da União, na Seção 1, página 01, com idêntico teor. Tendo em vista que a publicação ocorreu de forma incorreta, em 10 de fevereiro de 2015, a SDH publicou, no Diário Oficial da União, Seção 1, página 02, a Portaria nº. 30, tornando sem efeito a REPUBLICAÇÃO da Portaria Interministerial nº. 01, realizada em 09.02.2015:

> PORTARIA Nº - 30, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2015
>
> A MINISTRA DE ESTADO CHEFE DA SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhes confere o art. 87, da Constituição Federal, e tendo em vista o disposto no art. 3º do Decreto nº 8.145, de 3 de dezembro de 2013, resolve:
>
> TORNAR SEM EFEITO, a publicação da Portaria Interministerial nº 1, de 27 de janeiro de 2014, **publicada no Diário Oficial da União de 9 de fevereiro de 2015, seção 1, página 1**.
>
> IDELI SALVATT
> *(Grifamos)*

Assim, a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 01, de 27 de janeiro de 2014, publicada no Diário Oficial da União de 30

de janeiro de 2014, continua plenamente em vigor, sendo que a definição de pessoa com deficiência para fins do benefício previsto na LC nº. 142, de 2013, é realizada com base no instrumento definido na Portaria, qual seja, o IF-BrA.

Entretanto, entendimentos judiciais equivocados estão se tornando constantes, como pode ser verificado no trecho abaixo transcrito:

> (...)
> Todavia, em 09/02/2015, foi editada a Portaria SEDH nº 30/2015, da Ministra de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que tornou sem efeito a publicação da Portaria Interministerial PR/MPS/MF/MP/AGU nº 1/2014 (DOU de 09/02/2015).
> Desta forma, o artigo 3º da LC 142/2013 continua pendente de regulamentação pelo Poder Executivo para fins de classificação dos graus de deficiência.
> (5009587-28.2014.404.7208, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DE SC, Relatora LUÍSA HICKEL GAMBA, julgado em 27/07/2016)

Decisões como essa se replicam em diversos processos, tais como os de número 5007563-18.2014.4.04.7114, 5017148-15.2014.4.04.7205, 5019633-85.2014.4.04.7205, todos em curso perante Juizados Especiais Federais do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Conquanto a leitura atenta dos termos da Portaria nº 30/2015 da SDH seja suficiente para se compreender inequivocamente que não houve a intenção de se revogar a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1/2014, e, sim, a simples republicação ocorrida por equívoco, em 9 de fevereiro de 2015, é possível acrescentar algumas breves considerações do ponto de vista do próprio direito administrativo.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello[17], a revogação de ato administrativo ocorre quando uma autoridade, no exercício de competência administrativa, conclui que um dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público e, por isso, resolve extingui-los a fim de prover de maneira mais satisfatória às conveniências administrativas. Nesse passo, tal doutrinador conceitua a revogação da seguinte forma:

> Revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes.

17 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

Além disso, sabe-se que a revogação é um ato administrativo e, por conseguinte, reveste-se dos mesmos elementos, pressupostos e características dos atos administrativos em geral.

Com relação ao sujeito ativo da revogação e seu pressuposto subjetivo, é preciso registrar que a SDH não possui a competência hierárquica ou autorização legal para revogar a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1/2014, que constitui ato conjunto editado nos termos do § 4º do art. 70-D do RPS, na redação dada pelo Decreto nº 8.145/2013. Ao tempo em que, ressalvada eventual autorização legal, não há fundamento que justifique a revogação de atos administrativos de outras autoridades no exercício de suas funções e competências, é certo que inexiste possibilidade de um único órgão revogar ato conjunto expedido pela vontade de vários órgãos que não possuem relação hierárquica entre si.

Acerca da competência para revogar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[18], encampando lição de Miguel Reale, destaca que só quem pratica o ato, ou quem tenha poderes, implícitos ou explícitos, para dele conhecer de ofício ou por via de recurso, tem a competência legal para revogá-lo por motivos de oportunidade ou conveniência. Desse modo, considerando que o Decreto nº 8.145/2013, ao alterar o RPS, concede competência a determinado conjunto de órgãos para a edição do ato que deverá pautar a perícia do INSS, por consequência, é de se concluir que somente essas autoridades ministeriais ou autoridade superior hierárquica são que detêm a competência para revogar a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1/2014. Assim, por exemplo, esse ato poderia ser revogado por decreto subscrito pelo Presidente da República ou por outro ato subscrito pelas autoridades elencadas no art. 70-D do RPS ou correspondentes[19].

Ao se analisar o motivo da revogação e seu pressuposto objetivo, não se constata a possibilidade de justificar a revogação da Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1/2014 por razões de conveniência ou oportunidade em face do interesse público, porquanto sem esse ato administrativo a Administração Pública, em específico na atuação do INSS, carece de instrumento próprio para efetivar o direito à aposentadoria da pessoa com deficiência nos termos da LC nº 142/2013. Em realidade, existiria uma situação de inconveniência e inoportunidade em revogar o ato que institui o instrumento mediante o qual se é capaz de avaliar a deficiência a partir de um critério de funcionalidade, tal como disposto pela Convenção da ONU. Logo, não há pressupostos de direito ou de fato que possam fundamentar o

18 - Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27ª ed. São Paulo. Atlas, 2014.

19 - Com a Lei nº 13.341, de 2016 (conversão da MP nº 726, de 12 de maio de 2016), o Ministério da Previdência Social foi incorporado ao Ministério da Fazenda e, com a MP nº 768, de 2017, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República se transformou no Ministério dos Direitos Humanos.

ato de revogação da Portaria Interministerial em exame de forma unilateral pela SDH, na medida em que o resultado é em uma situação administrativa inadequada e prejudicial ao interesse público.

4. Da insegurança jurídica decorrente dos entendimentos judiciais analisados

Com o objetivo de se ressaltar o profundo impacto que a tese da revogação da Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1/2014 traria para as políticas das pessoas com deficiência, caso fosse adotada de forma irrestrita pelo Poder Judiciário, procurou-se explicitar, ao longo deste trabalho, o extenso caminho normativo percorrido até se instituir o IF-BrA, instrumento que, conforme visto, concretiza a difícil tarefa de estabelecer critérios técnicos que possibilitem a avaliação e a identificação da deficiência a partir de uma perspectiva funcional/social, em respeito ao previsto na Convenção da ONU.

Ao se afirmar que a LC nº 142/2013 carece de regulamentação, sem fundamento idôneo a justificar a revogação da Portaria que aprova o IF-BrA, exsurge verdadeira situação de insegurança jurídica, tanto para os segurados quanto para o INSS, uma vez que se desconsidera a necessidade de proteção da confiança e da isonomia na aplicação da LC nº 142/2013.

A norma previdenciária, em especial, quando dispõe sobre regras excepcionais e diferenciadas, tal como ocorre com a aposentadoria da pessoa com deficiência, não pode prescindir de mecanismos concretos que permitam direcionar a sua aplicação àqueles que fazem jus a essa política. Desse modo, naturalmente, a principal dúvida que se coloca é em torno de qual instrumento pericial o INSS e o Poder Judiciário deveriam se utilizar caso se admitisse a revogação do IF-BrA.

Nesse particular aspecto, não seria adequado substituir a perícia funcional do INSS por uma perícia médico-pericial, ainda que no âmbito do Poder Judiciário. Tampouco se poderia admitir que, sem a devida fundamentação adequada, o juiz pudesse decidir acerca da deficiência ou do seu grau. Em ambas as situações, haveria o risco potencial de um indesejado retrocesso ao modelo médico para fins de avaliação da deficiência.

Além disso, não se pode olvidar que a definição de "impedimento de longo prazo" também se encontra unicamente na Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1/2014.

Por isso, com todo o devido respeito a eventual entendimento contrário, tem-se que o argumento de que a Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP nº 1/2014 fora revogada não pode ser utilizado com o

único propósito de permitir a revisão das conclusões da perícia multidisciplinar promovida pelo INSS. Conforme apontado anteriormente, tal entendimento se pauta em premissas equivocadas e enseja insegurança jurídica para todas as partes envolvidas.

Por evidente, deve-se admitir a contestação e revisão das conclusões da perícia funcional do INSS, tal como já ocorre em processos administrativos e judiciais, nos quais se discute o direito a benefício cuja concessão dependa de pronunciamento técnico da perícia do INSS; por exemplo, o direito à concessão de auxílio-doença ou à aposentadoria por invalidez.

Nesse sentido, caso o Poder Judiciário entenda de forma justificada pela necessidade de reavaliar a deficiência do segurado, será possível promover perícia judicial que se paute pelos critérios da LC nº 142/2013 e com a aplicação do IF-BrA. Porém, conforme dito, considera-se criticável a substituição das conclusões da perícia multidisciplinar do INSS por decisão do juízo sem amparo em prova pericial ou com base em laudo da perícia judicial que não se paute por critérios de deficiência funcional.

A avaliação de deficiência para fins de acesso de determinado grupo de indivíduos a políticas públicas específicas é complexo e desafiante. Para garantir justiça social e segurança neste processo é fundamental que as regras de acesso e os instrumentos de avaliação estejam totalmente aderentes aos preceitos legais e que sejam baseados no conhecimento científico sobre o tema. Nesse contexto, a construção do IF-BrA incorpora o conceito de deficiência trazido pela Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual possui *status* de Emenda Constitucional, bem como se pauta em conhecimento acadêmico robusto, desenvolvido e validado por especialistas altamente reconhecidos pela academia, possibilitando a transposição de questões qualitativas em expressões quantitativas de forma técnica e segura.

Discordâncias de eventuais enquadramentos realizados no âmbito administrativo ocorrerão e são fundamentais para a constante evolução da política pública, permitindo capturar desvios e aperfeiçoar os instrumentos utilizados. Questões como essas são comuns sempre que a discussão verse sobre elementos de cunho subjetivo, pois a percepção da deficiência se dá tanto por terceiros quanto pela própria pessoa com deficiência, as quais podem ter definições distintas para uma mesma situação, motivo pelo qual a construção de padrões claros facilitam a harmonização e o entendimento dos conceitos legais.

A alteração do modelo biomédico da deficiência, o qual tinha como foco único o corpo do indivíduo que "portava" a deficiência para um modelo biopsicossocial, o qual parte de uma perspectiva inclusiva, tirando o foco do

indivíduo e transpondo-o para o ambiente que circunda essa pessoa que, por não estar adaptado, impede que a participação em igualdade de condições, representa uma conquista das pessoas com deficiência e destaca a importância de toda a sociedade e o Estado atuarem no sentido de diminuir estas barreiras, garantindo a efetiva participação de todos. Entretanto, esta alteração é recente, sendo sua implementação um desafio global. A difusão e incorporação deste novo conceito levará tempo e demanda o esforço constante de todos os órgãos públicos, em especial d'aqueles que decidem em última instância sobre a interpretação das leis.

Assim, sempre que conflitos surgirem, é necessário que todos conheçam e estejam aderentes ao conceito de deficiência trazido pela Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, garantindo o pleno cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

5. CONCLUSÕES

A partir das considerações acima apresentadas e tendo em vista a finalidade a que se propõe o presente artigo, qual seja, apresentar argumentos normativos e científicos que fundamentaram a edição da Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SDH/MP nº 1/2014, e analisar as decisões judiciais que negam vigência ao referido instrumento, é possível extrair duas importantes conclusões.

A primeira é no sentido de que a referida Portaria está em vigor e, em momento algum, deixou de produzir seus efeitos, haja vista que a competência para dispor sobre o instrumento de avaliação da deficiência para fins de concessão do benefício previsto na LC nº 142, de 2013, é conjunta de cinco Órgãos Públicos, não podendo o ato de um único Ministro tornar sem efeito a publicação do ato conjunto. Ademais, de uma simples leitura, é possível concluir que a Portaria nº 30 da SDH, publicada no Diário Oficial da União de 10 de fevereiro de 2015, torna sem efeito a republicação realizada no Diário Oficial na União de 09 de fevereiro de 2015, Seção 1, página 1, conforme expresso no ato, não afetando a validade da publicação da Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1, de 27 de janeiro de 2014, realizada no Diário Oficial da União de 30 de janeiro de 2014.

A segunda conclusão relevante é no sentido da evidente necessidade de pautar eventual perícia judicial para aferição da deficiência nos critérios estabelecidos pela Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1, de 27 de janeiro de 2014, considerando que o IF-BrA possui amparo normativo no conceito de deficiência trazido pela Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual possui *status* constitucional, bem como possui a robustez científica necessária para garantir segurança na concessão da aposentadoria regulamentada pela LC nº 142/2013. O IF-BrA foi elaborado e

validado por profissionais altamente qualificados e especializados, permitindo que a percepção subjetiva da deficiência seja adequadamente objetivada, garantindo justiça social e idênticos parâmetros na concessão do benefício.

Assim, os profissionais da medicina e do serviço social indicados pelo juízo para promover uma nova avaliação devem estar adequadamente qualificados para aplicar o IF-BrA e alinhados ao conceito de deficiência definido pela legislação pátria, sob pena do *expert* captar a sua percepção pessoal de deficiência, subjetivando a concessão de um direito e trazendo insegurança de desigualdade nas regras para aferição do benefício, distanciando os critérios utilizados em ações judiciais daquele definido para a concessão administrativa do direito e configurando, em última hipótese, uma substituição do órgão responsável pela normatização, regulamentação e promoção da política pública. Não é suficiente, para avaliação do direito ao benefício previsto na LC nº 142/2013, a simples indicação de um profissional de determinado ramo para realizar a avaliação, pois diversos outros aspectos estão envolvidos, inclusive a necessidade de utilizar um instrumento uniforme e consistente para garantir justiça na avaliação realizada.

REFRÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **Lei Complementar n. 142, de 8 de maio de 2013.** Regulamenta o § 1º do art.
201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm. Acesso em: 16 mar. 2017.

_____. **Decreto nº 8.145, de 3 de dezembro de 2013.** Altera o Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, para dispor sobre a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade da pessoa com deficiência. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8145.htm. Acesso em: 16 mar. 2017.

_____. **Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1, de 27 de janeiro de 2014.** Aprova o instrumento destinado à avaliação do segurado da Previdência Social e à identificação dos graus de deficiência, bem como define impedimento de longo prazo, para os efeitos do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em:

http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/65/SDH-MPS-MF-MOG-AGU/2014/1.htm. Acesso em: em várias datas.

_____. **Portaria nº 30, de 9 de fevereiro de 2015.** Torna sem efeito a publicação da Portaria Interministerial nº 1 de 2014, que aprova o instrumento destinado à avaliação do segurado da Previdência Social e à identificação dos graus de deficiência, bem como define impedimento de longo prazo, para os efeitos do Decreto nº 3.048 de 1999. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=281035. Acesso em: em várias datas.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

DINIZ, Débora; BARBOSA, Lívia; e SANTOS, Wederson Rufino dos. **Deficiência, Direitos Humanos e Justiça.** Revista Internacional de direitos humanos, V.6, n. 11, dez. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella,. **Direito Administrativo.** 27ª ed. São Paulo. Atlas, 2014.

FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cássia Maria**. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial de Saúde**: Conceitos, Usos e Perspectivas. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/rbepid/v8n2/11.pdf. Acesso em 2 fev. 2017.

FRANZOI, A.C.; XEREZ, D.R.; BLANCO, M.; AMARAL, T.; COSTA, A.J.; KHAN, P.; et al. **Etapas da elaboração do Instrumento de Classificação do Grau de Funcionalidade de Pessoas com Deficiência para Cidadãos Brasileiros: Índice de Funcionalidade Brasileiro - IF-Br**. Acta Fisiátr. 2013;20(3):164-170.

LOPES, Laís de Figueirêdo de. Artigo 1: Propósitos. In: **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). Brasília, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Comitê da ONU para os Direitos das Pessoas com Deficiência.** Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **Model Disability Survey.** Disponível em: http://www.who.int/disabilities/data/mds/en/. Acesso em: 20 mar. 2017.

RIBERTO M., MIYAZAKI M.H., JUCÁ S.S.H., SAKAMOTO H., PINTO P.P.N., BATTISTELLA, L.R. **Validação da Versão Brasileira da Medida de Independência Funcional**. Acta Fisiátr. 2004;11(2):72-76.

SABARIEGO, Carla. **Avaliação da Deficiência Após a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência**: Estudo Comparativo entre os Instrumentos Utilizados para a Efetivação de Direitos Previdenciários no Brasil e na Alemanha. 2016. Disponível em http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/09/sausegtrabestudos.pdf

A EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO BRASILEIRO NO REGIME INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: HÁ MUDANÇA NO PARADIGMA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?

Pedro Henrique de Faria Barbosa
Doutorando em Direito do Comércio Internacional Pela Universidade Federal de Pernambuco (2016)Possui mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco (2015) Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2009).

RESUMO: Este artigo foi desenvolvido com o objetivo de analisar o atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro na temática de proteção dos direitos humanos, comparando-o com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. O presente trabalho busca tal análise por meio de uma abordagem histórico-jurídica do Brasil no tratamento do tema, apontando as principais normativas do regime de direitos humanos nacional. Trata também do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e suas nuances, de onde é feita uma análise da efetividade e aplicabilidade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos frente ao Brasil, os desafios para sua implementação e possíveis pontos de conexão capazes de solucionar conflitos na interação entre os sistemas.
Palavras-chave: Direitos Humanos. Redemocratização. Supremo Tribunal Federal. Tratados Internacionais. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Diálogo das Cortes.

ABSTRACT: This article was developed with the objective of analyzing the current state of the Brazilian legal order regarding the protection of human rights, comparing it to the Inter-American Human Rights System. The present work seeks such analysis through a legal-historical approach of Brazil's treatment regarding the theme, pointing out the main norms in the national human rights regime. It also centers on the Inter-American Human Rights System and its nuances, analyzing the effectiveness and applicability of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights against Brazil,

the challenges for its implementation and possible connection points capable of solving conflicts in the interaction between systems.
Keywords: Human Rights. Redemocratization. Supreme Court. International Treaties. Inter-American Human Rights System. Inter-American Court of Human Rights. Court Dialogue.

1. INTRODUÇÃO

Com o fim do regime de exceção a redemocratização - tomando como base sua plena ocorrência com a criação da Constituição Federal de 1988 -, o Brasil se viu inserido não apenas em um novo contexto nacional, mas em um cenário regional e internacional bastante diverso daquele experimentado nas últimas décadas. A restauração da ordem democrática brasileira foi acompanhada do fim da Guerra Fria e de uma onda de renovação da atuação de organismos internacionais e adesão a tratados e regimes internacionais, principalmente em temas comuns aos indivíduos e costumeiramente tratados em bases soberanas pelos Estados (Meio ambiente, direitos humanos,etc.).

Nesse diapasão, a mudança constitucional brasileira contribuiu para que ele se integrasse, tanto na esfera global quanto regional, a diversos regimes internacionais. Em verdade, o embaixador Gelson Fonseca Jr. considera que há um esforço brasileiro de "renovação de credenciais"[1], ou seja, de superação da posição soberanista brasileira em certos temas debatidos internacionalmente - notadamente não proliferação, meio ambiente e direitos humanos.

Um dos principais "passivos" brasileiros dizia respeito à proteção aos direitos humanos, matéria tradicionalmente sensível durante regimes de exceção, o que motivou uma pressão da sociedade civil e ONGs (nacionais e internacionais) em normatizar essa temática não apenas legalmente, mas constitucionalmente. Assim, atualmente, percebe-se que a proteção aos Direitos Humanos é um dos conceitos caros ao constitucionalismo brasileiro. Além dos diversos artigos referentes à proteção desses direitos no corpo da Constituição, a prevalência dos Direitos Humanos é um dos princípios que expressamente regem as relações internacionais brasileiras, conforme contido no art. 4º, II da Constituição Federal.

Esse movimento nacional foi acompanhado por diversos outros Estados que se redemocratizaram na América Latina no curso da década de 80 e 90. A experiência regional foi essencial para que se buscasse um constitucionalismo sintonizado com o regime internacional de Direitos Humanos, conforme demonstra o entendimento de Flávia Piovesan:

1 - FONSECA JR., Gelson. **A legitimidade e outras questões internacionais -** Poder e ética entre as nações. 2ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 355.

> Importa ressaltar que estas Constituições, na qualidade de marcos jurídicos da transição democrática nestes países, fortaleceram extraordinariamente a gramática dos direitos humanos, ao consagrar o primado do respeito a estes direitos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Este princípio invoca a abertura das ordens jurídicas nacionais ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional, mediante a adoção de cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos.[2]

Essa integração pode ser percebida, no âmbito regional, com a adesão do Brasil ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, buscando harmonizar a jurisprudência doméstica às diretivas da Comissão e às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A adesão nacional a um regime jurídico internacional de um tema que, por muito tempo, foi soberanamente limitado ao ordenamento jurídico interno foi considerada uma evolução do sistema jurídico brasileiro. Ainda assim, há avanços e recuos na temática, principalmente no que tange ao cumprimento interno das decisões emitidas por tribunais internacionais.

Um dos temas mais sensíveis da interação entre os tribunais internos e as cortes internacionais se refere ao tratamento das violações de direitos humanos praticadas durante o regime militar e a Lei de Anistia brasileira. Percebe-se, hodiernamente, um descompasso entre o posicionamento doméstico e internacional, o que tem trazido um questionamento bastante atual de como deve o Supremo Tribunal Federal agir em relação a decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sabe-se que o tratamento democrático aos crimes perpetrados durante um regime de exceção são um tema sensível e com múltiplas possíveis soluções. Nas palavras de Bruno Galindo:

> As experiências constitucionais democráticas após períodos de autoritarismo político sempre enfrentam dificuldades acerca dos problemas advindos dos anos de exceção. As graves violações de direitos humanos que normalmente têm lugar nessas experiências políticas autoritárias deixam interrogações muito fortes sobre qual deve ser o melhor rumo a adotar a partir do advento democrático,

2 - PIOVESAN, Flávia. A justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas .Escola Superior do Ministério Público da União. Boletim Científico n. 4 – Julho/Setembro de 2002. p. 8-9. Disponível em: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/boletim-cientifico-n.-4-2013-julho-setembro-de-2002/a-justicializacao-do-sistema-interamericano-de-protecao-dos-direitos-humanos-impacto-desafios-e-perspectivas>.

> especialmente se considerarem a necessidade de fortalecimento do Estado democrático de direito e de bloqueio de possíveis retornos ao autoritarismo.
> Os problemas daí decorrentes são muitos. As decisões políticas sobre como deve proceder uma eventual justiça de transição variam nas respostas que dão a eles. É preciso decidir se as graves violações de direitos humanos ocorridas no período devem ser criminalmente punidas, se o Estado é responsável também civilmente pelas violações em questão com deveres de reparação para com as vítimas, se serão estabelecidas políticas públicas de esclarecimento da verdade histórica e judicial do período e como isso será feito, e ainda, se e como devem ser realizadas reformas institucionais na direção da consolidação do regime democrático.[3]

O Brasil, desde 1998, reconhece a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso significa que, a partir dessa data, o país integrou-se plenamente ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, de modo que, ao contrário das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que não possuem caráter obrigatório, o país pode ser condenado por eventuais violações às normas do sistema interamericano, expresso principalmente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). A adequação interna a esse regime jurídico requer a atuação de nossos tribunais, conforme analisa André de Carvalho Ramos:

> Após a adesão brasileira a mecanismos internacionais de respeito a normas de direitos humanos, cabe, agora, compatibilizar a jurisprudência do STF sobre os diversos direitos protegidos com a posição hermenêutica dos citados órgãos internacionais. Assim, a postura do STF será plenamente condizente com os compromissos internacionais de adesão à jurisdição internacional de direitos humanos assumidos pelo Brasil, superando a tradicional fase da 'ambiguidade', na qual o Brasil ratifica os tratados de direitos humanos, mas não consegue cumprir seus comandos normativos interpretados pelos órgãos internacionais.[4]

Esse debate reveste-se de especial pertinência no contexto recente, no qual o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos no tema concernente à guerrilha do Araguaia – **Caso Gomes Lund e outros**

3 - GALINDO, Bruno. **Justiça de Transição na América do Sul**: Possíveis lições da Argentina e do Chile ao processo constitucional de transição no Brasil. in. **O Judiciário e o discurso dos Direitos Humanos**. Volume 2. Recife: Editora Universitária UFPE. 2012. p. 197-198.

4 - RAMOS, André de Carvalho, **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos,** *in* **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Alberto do Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut (org.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 850.

(Guerrilha do Araguaia) VS. Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010 –, onde a referida Corte emitiu decisão contrária ao entendimento previamente esposado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual rejeitou as alegações dos reclamantes. Há o entendimento da Corte que o sistema judiciário brasileiro furtou-se de adequar devidamente a interpretação do ordenamento interno à inteligência das normas do sistema interamericano, conforme verifica-se de trecho da referida decisão:

> 176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um "controle de convencionalidade" ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.[5]

Assim, verifica-se que ainda há um debate interno sobre a adequação do ordenamento jurídico brasileiro, e principalmente à aplicação adequada do Poder Judiciário nacional, às normas internacionais de proteção de direitos humanos no sistema americano. É notável a evolução brasileira em não mais tratar o tema exclusivamente em bases soberanas, o que foi a tônica de certos períodos da história nacional, contudo o diálogo entre os direitos doméstico/internacional ainda demonstra certas incongruências.

O presente ensaio busca analisar a evolução brasileira no regime de Direitos Humanos, analisando a normatização no ordenamento interno, bem como na adesão brasileira a tratados de Direitos Humanos - inclusive integrando órgãos capazes de emitirem decisões condenatórias ao Estado brasileiro. Em seguida, adentrando no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, irá se analisar a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos na interpretação de outros regimes de transição e eventuais leis de

5 - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. – Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) VS. Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 176. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

anistia na América, demonstrando a formação de uma possível jurisprudência da referida Corte sobre o tema. Por fim, considerando o recente posicionamento da Corte no Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) VS. Brasil, considerar se há um descompasso entre o adensamento normativo - expresso não só na assinatura de tratados internacionais de direitos humanos, como também pelo caráter especial com que eles são internalizados no ordenamento brasileiro - e a posição jurisprudencial dos tribunais nacionais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, na referida matéria.

Sabe-se da importância de uma crescente normatização de proteção dos direitos humanos, contudo muito de sua eficácia depende de sua efetiva aplicação pelos tribunais nacionais. A mudança de paradigma é essencial para que haja uma posição coerente do Brasil no regime internacional de Direitos Humanos, não apenas para evitar condenações de tribunais internacionais, mas principalmente para assegurar a efetiva integração brasileira ao sistema internacional e a superação de quaisquer resquícios de autoritarismo internamente.

2. EVOLUÇÃO DO REGIME NORMATIVO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

É inegável que há um processo contínuo de superação dos danos causados durante o regime militar brasileiro. Distintos governos adotaram diversas medidas para buscar, se não averiguar e punir violações de Direitos Humanos, ao menos acabar com os resquícios do regime autoritário e instituir órgãos de proteção de Direitos Humanos. Nesse sentido analisam Paulo Abrão e Marcelo D. Torelly:

> No Brasil, tem sido uma tarefa constante o aperfeiçoamento das instituições, levado a cabo por um conjunto de reformas que são implantadas em mais de 25 anos de governos democráticos: a extinção do Serviço Nacional de Informações (SNI); a criação do Ministério da Defesa, submetendo os comandos militares ao poder civil; a criação do Ministério Público, com missão constitucional que envolve a proteção do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; a criação da Defensoria Pública da União; a criação de programas de educação em direitos humanos para as corporações de polícia promovidos pelo Ministério da Educação; a extinção dos DOI-CODI e DOPS; a revogação da lei de imprensa criada na ditadura; a extinção das divisões de segurança institucional (DSI's) ligados aos órgãos da administração pública direta e indireta; a criação da Secretaria Especial de Direitos Humanos; as mais variadas e

> amplas reformas no arcabouço legislativo advindo do regime ditatorial; a criação dos tribunais eleitorais independentes, com autonomia funcional e administrativa. Enfim, nessa seara, verifica-se um processo ininterrupto de adequação das instituições do Estado de Direito visando a não repetição, embora esse seja um processo permanente e constante. O fato é que existe inegável institucionalização da participação política e da competência política com efetiva alternância no poder de grupos políticos diferenciados, crescentes mecanismos de controle da administração pública e transparência, além de reformas significativas no sistema de Justiça. Restam reformas a serem cumpridas especialmente nas Forças Armadas e nos sistemas de Segurança Pública.[6]

No âmbito normativo, uma das principais inovações no âmbito de proteção de Direitos Humanos é não somente uma maior proteção constitucional do instituto, mas principalmente a adesão aos mais diversos tratados internacionais de Direitos Humanos. Assim, o sistema de proteção de Direitos Humanos no Brasil segue uma tendência atual de buscar meios efetivos de integrar-se às normas de Direito Internacional.

2.1. Normas constitucionais referentes a tratados de Direitos Humanos

A Constituição Federal de 1988, desde sua promulgação, buscou garantir direitos fundamentais aos indivíduos. É possível identificar-se, especificamente em se tratando da utilização do Direito Internacional para a promoção dos Direitos Humanos, não só uma preocupação do constituinte originário, como também emendas constitucionais destinadas à garantia desses direitos. Nesse sentido, pode-se apontar alguns artigos de relevância premente:

> **Art. 4º, II** - Traz a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios que rege as relações internacionais brasileiras;
> **Art. 5º, §3º (Incluído pela EC nº 45/2004)** - Cria a possibilidade de inclusão de tratados de direitos humanos no bloco de constitucionalidade (ressalte-se que, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, o STF reconheceu o status de supralegalidade dos demais tratados de direitos humanos não integrados ao bloco de constitucionalidade);
> **Art. 5º, §4º (Incluído pela EC nº 45/2004)** - Apesar de não ser, *stritu sensu,* uma norma de Direitos Humanos, submete o Brasil à jurisdição

6 - ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D.. **As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça** in **A anistia na era da responsabilização** : o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília : Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford : Oxford University, Latin American Centre, 2011.p.223-224.

de Tribunal Penal Internacional, o qual, atualmente, julga algumas das principais violações de Direitos Humanos;
Art. 109, §5º (Incluído pela EC nº 45/2004) - Cria o incidente de deslocamento de competência, o qual busca assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos;
Art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - Insta pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos, o que acabou se efetivando com a adesão a tribunais específicos nesse tema.

Esses artigos comprovam que, para além de apenas um discurso político retórico, o Brasil de fato se empenhou em garantir a prevalência dos acordos internacionais de Direitos Humanos, inclusive dotando-os de hierarquia especial no ordenamento jurídico. A importância disso se torna ainda maior na medida em que se identifica que, principalmente a partir da década de 90, o Brasil vem, cada vez mais, aderindo a tratados de direitos humanos, o que só fortalece o sistema de proteção dos mesmos.

2.2. Tratados internacionais de Direitos Humanos que o Brasil aderiu pós redemocratização

A década de 90 observou uma proliferação não apenas de acordos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, bem como uma maior preocupação dos Estados em aderir a pactos e tratados já existentes. Nesse sentido, na América Latina, com a onda de redemocratização da região, diversos países passaram não só a integrar regimes específicos de Direitos Humanos, como também a assumir posições protagonistas. Nessa esteira, o Brasil adere aos mais diversos tratados, entre eles podendo ser mencionados:

- **Pacto de Direito Civis e Políticos e Pacto de Direito Sociais, econômicos e culturais** (ambos aderidos em 1992) - Ambos os pactos contam com Comitês específicos de monitoramento, nos quais o Brasil coopera com o envio de relatórios;
- **Pacto de São José da Costa Rica** (1992) (Brasil aceita a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 1998) - Principal acordo regional de proteção dos Direitos Humanos;
- **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher** (1984) e **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial** (1968) - Desde 2002, o Brasil aderiu ao protocolo facultativo dessas Convenções, autorizando seus Comitês a receber petições de vítimas de violações de direitos por eles protegidos;
- **Estatuto de Roma** (2002) - Reconhece, sem reservas, a jurisdição

do Tribunal Penal Internacional, permitindo o julgamento contra crimes graves contra os direitos humanos;

- **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** (2008) - Marco normativo, por se tratar do primeiro tratado de Direitos Humanos aprovado com equivalência a Emenda Constitucional

Esses são alguns exemplos da disposição brasileira em aderir a regimes internacionais de Direitos Humanos. É importante notar que, independente do governo que está no poder, há um esforço contínuo de cooperação internacional para promoção desses direitos, o que demonstra o amadurecimento do posicionamento nacional.

Além disso, é notável analisar o número de adesões brasileiras a tratados que preveem mecanismos para monitoramento e mesmo julgamento do Brasil em matéria de Direitos Humanos. A importância de integrar iniciativas dessa ordem é patente, uma vez que se assegura que os tratados não se limitarão a meras normas programáticas sem eficácia real - como já foi a tônica em outros períodos. A possibilidade de investigação e mesmo condenação internacional impõe uma relevância bem maior aos sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Como analisa André de Carvalho Ramos:

> Assim, ao mesmo tempo em que se prestigia o Direito Internacional dos Direitos Humanos, alçando os tratados internacionais a um estatuto supralegal (Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes) ou mesmo constitucional (Carlos Velloso e agora Celso Mello), deve ser iniciada, também, a valorização das deliberações dos órgãos internacionais judiciais ou quase-judiciais, que podem condenar o Brasil por violação de direitos humanos[7]

Nesse contexto, é particularmente importante a análise da interação brasileira com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por diversos fatores. Inicialmente, a mesma tem o condão de emitir decisões condenatórias aos Estados que, como o Brasil, reconhecem sua jurisdição. Não só isso, mas a Corte pode julgar, como de fato julgou, eventuais violações a Direitos Humanos perpetradas durante o período do regime militar. Em verdade, verifica-se que, nas últimas décadas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem atuado perante diversos países que experimentaram regimes de exceção nas Américas. Tais julgados, muito além de importarem apenas aos Estados diretamente envolvido, são verdadeiras fontes jurisprudenciais para compreender a atuação da Corte Interamericana na interpretação dos atos praticados em regimes de exceção e eventuais leis de anistia.

7 - RAMOS, André de Carvalho, **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos,** *in* **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Alberto do Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut (org.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 809.

3. O POSICIONAMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO JULGAMENTO DE REGIMES DE EXCEÇÃO E EVENTUAIS LEIS DE ANISTIA

Inicialmente, é essencial considerar certas peculiaridades do funcionamento do Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos. Como se sabe, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão que emite decisões com caráter vinculante para os Estados em matéria de Direitos Humanos, baseando-se, principalmente, no Pacto de São José da Costa Rica. Uma primeira peculiaridade desse sistema é a preocupação do mesmo com a restituição do gozo dos direitos violados. Conforme explana André de Carvalho Ramos:

> Os arts. 62 e 63 da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, preveem que a Corte Interamericana de Direitos Humanos deve estabelecer a reparação devida a determinar o gozo do direito em questão. Com isso, nota-se que há uma grande diferença entre efeito de uma sentença de procedência em uma ação de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos no sistema europeu e no sistema interamericano. No sistema europeu, é possível a fixação de uma satisfação equitativa pecuniária pela Corte Europeia de Direitos Humanos, como alternativa à existência de impedimentos internos à plena execução da sentença internacional. Assim, admite-se que uma decisão internacional, no caso da Corte Europeia de Direitos Humanos, não possa ser cumprida em sua integridade pelo Estado e isso não acarretará nova responsabilização internacional, mas apenas a outorga de uma indenização pecuniária à vítima.
> Já no sistema judicial interamericano há o dever do Estado de cumprir integralmente a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aliás, na literalidade do art. 63. 1, preocupa-se a *Convenção Americana de Direitos Humanos* com a *restitutio in integrum* em primeiro lugar, estipulando ser dever do Estado restaurar o gozo do direito ou liberdade violados. No caso de fixação de indenização pecuniária, há a previsão na *Convenção Americana de Direitos Humanos* de execução da parte da sentença que determinar a citada indenização de acordo com os procedimentos internos de execução de sentenças contra o Estado.
> Assim, exige-se o cumprimento no sistema interamericano *das necessárias obrigações de fazer e não-fazer exigidas para que a vítima possa fazer valer o seu direito violado*. Para tanto, não pode o Estado infrator alegar impedimento de Direito interno, como podem alegar seus pares europeus (vide a *Convenção Europeia de Direitos Humanos* e sua satisfação equitativa). Colabora para isso, também, o art. 2º

> da Convenção Americana de Direitos Humanos, *que firma o dever genérico dos Estados de introduzir toda e qualquer medida interna necessária para o cumprimento dessa Convenção*. Assim, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser totalmente cumpridas, existindo a obrigação internacional derivada de cumprir de boa-fé tais decisões."(grifo nosso)[8]

Uma importante questão deriva desse fato, a de que a Corte Interamericana é pouco sensível a alegações de normas de Direito interno como justificativa para obstar eventuais garantias de Direitos Humanos. Esse ponto é de vital importância para compreender a base das decisões da referida Corte em considerar inaplicável elementos das leis de anistia de países que passaram por regimes ditatoriais. Uma vez que a Corte busca aplicar o conteúdo da Convenção Americana de Direitos Humanos, ela tende a afastar a aplicação das normas internas que se contraponham à Convenção.

Tal entendimento da Corte Interamericana é verificado em uma série de julgados recentes. Especificamente considerando violações perpetradas durante regimes militares, há uma vasta jurisprudência nesse sentido:

- Caso Velásquez Rodriguez vs Honduras (1988);
- Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras (1989);
- Caso Godínez Cruz Vs. Honduras (1989);
- Caso Loayza Tamayo Vs. Perú (1998) - Afastou a proteção prevista pela Lei de Anistia do país;
- Caso Barrios Altos vs. Perú (2001) - Afastou a proteção prevista pela Lei de Anistia do país;
- Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006) - Afastou a proteção prevista pela Lei de Anistia do país;

Esses são alguns exemplos pontuais de uma série de decisões que julgaram violações perpetradas durante ditaduras na Argentina, Uruguai, El Salvador, Chile, etc. Percebe-se que há a formação de um entendimento que remonta ao final da década de 80, não muito após a promulgação da atual Constituição Federal brasileira. Assim, não é de causar grande perplexidade a possibilidade de qualquer país que se submetesse à jurisdição da Corte Interamericana, o Brasil incluso, de ser julgado por violações de Direitos Humanos praticadas em regimes de exceção, independentemente de eventuais disposições de suas leis de anistia.

8 - RAMOS, André de Carvalho, **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos,** *in* **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Alberto do Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut (org.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 816.

No Brasil, verifica-se que houve uma grande valorização da ideia de uma anistia "ampla geral e irrestrita", que abarcasse exilados, "inimigos do regime" e os próprios militares. Mais do que apenas a argumentação da aplicação da Lei de Anistia, percebe-se que há um interesse de diversas esferas do poder público brasileiro em não averiguar os crimes praticados durante o regime militar. Viviana Krsticevic e Beatriz Affonso analisam que:

> Passados 25 anos da redemocratização no país, as poucas iniciativas de investigação dos crimes da ditadura militar apresentadas têm sido recorrentemente arquivadas com base em institutos legais como a Lei de Anistia, a prescrição da pretensão punitiva e a falta de informações sobre a autoria. Com caráter secundário, mas não menos importante, destaca-se a ausência no Brasil de tipo penal para o desaparecimento forçado de pessoas. O que determina a utilização de outros tipos penais - como sequestro, ocultação de cadáver e homicídio – os quais não incorporam a natureza permanente/continuada e pluriofensiva do delito de desaparecimento forçado. Portanto, podem, consequentemente, como resultado da sua aplicação, produzir dispositivos legais de extinção da pretensão punitiva como a prescrição, ou mesmo, a declinação para a competência da jurisdição militar.[9]

O posicionamento brasileiro, além de trazer uma inquietação no âmbito interno (ao contrário do Brasil, verifica-se em outros de regimes de transição, como o da África do Sul, que há a coexistência não apenas de reparações pecuniárias de vítimas e familiares, mas também de pedidos de desculpas e publicidade/informação das violações de direitos humanos, os quais têm um importante caráter restaurador na sociedade), também geram uma contradição entre a atuação dos tribunais internos e cortes internacionais de direitos humanos.

Tal contradição verifica-se especialmente entre o Supremo Tribunal Federal (que é, por excelência, tanto o tribunal competente para analisar possíveis violações à Constituição Federal, como figura em diversos casos como instância última de recursos internos) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Verificou-se na decisão da Corte referente ao Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) VS. Brasil de 2010 um posicionamento diverso do esposado pelo STF - que alegava a impossibilidade de revisão de fatos encobertos pelo manto da Lei de Anistia.

9 - KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz. **A dívida histórica e o Caso Guerrilha do Araguaia na Conrte Interamericana de Direitos Humanos impulsionando o direito à verdade e à justiça no Brasil** in **A anistia na era da responsabilização** : o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília : Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford : Oxford University, Latin American Centre, 2011.p.375-376

Há de se questionar se essa contradição deriva de um posicionamento de resistência do Supremo Tribunal Federal em fazer valer decisões de cortes de Direitos Humanos - ou mesmo resistência à submissão a normas internacionais sobre a matéria -, ou se é possível considerar outras questões subjacentes.

4. O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM QUESTÕES DE DIREITOS HUMANOS

Há, inequivocamente, uma progressiva preocupação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos Direitos Humanos, em sintonia com o atual posicionamento do Direito Internacional. Para além de um levantamento jurisprudencial do volume de julgados em que o STF trata de matéria de Direitos Humanos com aplicação do Direito Internacional - que não é objetivo do presente ensaio -, diversos fatos apontam para essa maior preocupação.

Não apenas a presença nas últimas décadas de ministros profundamente conhecedores do Direito Internacional (a exemplo de Francisco Rezek que inclusive figurou como ministro da Corte Internacional de Justiça) e preocupados com a promoção dos Direitos Humanos (a exemplo de Celso Mello, que já manifestou reconhecer o valor constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos), como também interpretações como a esposada no julgamento do RE 466.343/SP corroboraram o status especial dos tratados de direitos humanos no ordenamento pátrio.

Assim, é possível considerar que a mencionada "renovação de credenciais" alcançou também o STF em matéria de Direitos Humanos, na qual, não raro, a corte reconhece a prevalência dos tratados internacionais. Se é possível verificar esses fatos, qual seria o motivo para a manutenção de um paradigma para alguns superado - notadamente para a Corte Interamericana de Direitos Humanos - de aplicação irrestrita da Lei de Anistia para sepultar as violações de Direitos Humanos praticadas durante o regime militar?

Inicialmente, verifica-se que o Brasil apenas aderiu à jurisdição da Corte Interamericana em 1998, ocasião em que já se havia formado uma posição jurisprudencial relativamente sólida em matéria de interpretação de fatos ocorridos sob o manto da Lei de Anistia. Mais que isso, observa-se que não há um diálogo aprofundado entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que contribui para que, apesar de haver no Brasil um corpo normativo denso de Direitos Humanos, a interpretação hermenêutica das cortes divirja. Há também um questionamento do STF em como recepcionar e efetivar as sentenças da Corte Interamericana - as quais, ressalte-se, são sentenças de tribunal internacional, com plena eficácia perante o Brasil e que não carecem de processo de internalização.

Para além de todas essas questões, é possível verificar também a influência do discurso político no posicionamento do STF. Conforme analisado, houve um grande esforço do governo brasileiro em advogar a ideia de uma anistia generalizada e que não daria margem a futuras reinterpretações, posição essa que se perpetuou no discurso político dos demais governantes futuros. Mesmo iniciativas como a Comissão Nacional da Verdade - instituída sob a presidência de uma presidenta que foi vítima de perseguições durante o regime militar - constantemente esbarra nos impedimentos da Lei de Anistia. Não é de todo descabido, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, órgão que não está isento de pressões políticas e posicionamentos diversos, reflita essa posição do governo brasileiro, endossando a ideia de "ponto final" atribuída à Lei de Anistia.

Em suma, é possível atribuir, de fato, uma mudança de paradigma do Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas em matéria de interpretação dos tratados internacionais de Direitos Humanos, no sentido de superar uma posição soberanista prévia em favor de uma postura mais cooperativa com os regimes internacionais. Ainda assim, certos posicionamentos persistem com uma interpretação pretérita, em descompasso como posicionamento já reiterado de cortes de Direitos Humanos que o Brasil reconhece e se submete, como a Corte Interamericana. Esse descompasso verifica-se na recente condenação brasileira no caso da guerrilha do Araguaia, o que gerou maiores estranhamentos entre os âmbitos doméstico/internacional.

O presente cenário apresenta oportunidades e riscos. Oportunidades de revisão de posicionamentos não benéficos à sociedade brasileira e de adensamento do diálogo com mecanismos regionais e riscos de consolidação de violações praticadas e afastamento do âmbito regional. Não há soluções simples para a questão e muito do que pode ser feito passa por uma disposição de diversos setores da administração brasileira em rever seus posicionamentos.

5. CONCLUSÃO E EVENTUAIS INSINUAÇÕES PARA O FUTURO

A observância de uma dicotomia entre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que tange à interpretação das violações perpetradas durante o regime militar e aplicação da Lei de Anistia, apesar de essencial para a compreensão do cenário, pouco oferece de solução para o impasse. Como analisado, não há uma resposta inequívoca, mas alguns pontos podem servir de embasamento para promover uma aproximação entre tais Cortes.

Primeiramente, é importante notar que há, no Direito Internacional, em matéria de Direitos Humanos, uma valorização da ideia de primazia da

norma mais favorável ao indivíduo. Desse modo, mais do que discutir o status ou hierarquia das normas internacionais, sempre se buscaria uma interpretação dos Direitos Humanos de modo a assegurar a melhor proteção do indivíduo.

Há, todavia, um questionamento acerca de o que, efetivamente, constituiria a norma mais favorável ao indivíduo, bem como a maneira com que se faria sua aferição. Esse cenário de colisão aparente seria especialmente verificado em situações onde duas garantias de Direitos Humanos fossem confrontadas, fragilizando tal instituto. Em verdade, parece que, assim como na confrontação de princípios ou normas fundamentais, a melhor solução pode ser encontrada por meio de uma ponderação de interesses. Uma interpretação ponderada da primazia da norma mais favorável ao indivíduo tem o condão de garantir que não apenas a atuação dos tribunais competentes proteja as eventuais vítimas, como harmoniza o posicionamento jurisprudencial dos tribunais competentes para julgar tal matéria.

Mas como conhecer da interpretação hermenêutica de um tribunal, notadamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, evitando eventuais descompassos entre o âmbito doméstico e internacional? Talvez um dos mais efetivos mecanismos para evitar tais descompassos repouse nos pareces consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esses, ademais de serem consultas requeridas por Estados para aclarar temas de direitos humanos – não apenas no âmbito das normas interamericanas, mas no regime como um todo –, funcionam para demonstrar o entendimento da Corte em determinados temas. Uma opinião expressa em um parecer revela ao Estado qual seria o posicionamento da Corte em um eventual litígio, permitindo que ele possa harmonizar sua atuação antes mesmo que eventual violação de direitos humanos ocorra e seja levada à corte. Conforme analisa André de Carvalho Ramos:

> As opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos por certo não vinculam os Estados, mas fornecem preciosa fonte de informação sobre a visão do órgão responsável, justamente por interpretar as obrigações internacionais de direitos humanos dos Estados que ratificaram o Pacto de San José da Costa Rica. Nasce, como já escrevi anteriormente, o fenômeno da 'coisa julgada interpretativa', que orienta os Estados e que deve ser acatada justamente para que se evite uma condenação futura.
>
> De fato, seria ilógico que o Brasil não cumprisse a orientação contida em uma opinião consultiva e logo depois fosse processado e condenado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito

> de sua jurisdição contenciosa que, como já mencionamos, o Brasil reconhece como obrigatória desde 1998.[10]

Por meio desse mecanismo, cria-se, efetivamente, um canal de diálogo entre o doméstico e o internacional, assegurando que a posição do Supremo Tribunal Federal, considerando os dispostos no parecer consultivo, não apenas se harmonize aos julgados da Corte Interamericana, como de fato seja coerente com a crescente importância da proteção dos direitos humanos no âmbito internacional.

Sabe-se que qualquer iniciativa de modificação do posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é um processo sensível. Ainda assim, na esteira das mudanças de paradigma na promoção dos Direitos Humanos, o STF tem paulatinamente adotado uma postura mais coerente com as interpretações das cortes internacionais.

O debate acerca da investigação das violações de Direitos Humanos perpetrada durante o regime militar espraia-se muito além de um mero debate jurídico, adentrado em um juízo de valor político, o que dificulta uma posição mais isenta das cortes nacionais. Doravante os desafios, é essencial que haja um esforço nesse sentido de modo a finalmente efetivamente superar os resquícios danosos do regime de exceção.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. **As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça** in **A anistia na era da responsabilização** : o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília : Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford : Oxford University, Latin American Centre, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos – Volume II**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organização_dos_Estados_Americanos.pdf>.

10 - RAMOS, André de Carvalho, **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos,** *in* **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Alberto do Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut (org.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 825.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. – Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) VS. Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 176. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ). Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf>.

GALINDO, **Bruno. Justiça de Transição na América do Sul**: Possíveis lições da Argentina e do Chile ao processo constitucional de transição no Brasil. in. **O Judiciário e o discurso dos Direitos Humanos**. Volume 2. Recife: Editora Universitária UFPE. 2012.

KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e direitos humanos.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz. **A dívida histórica e o Caso Guerrilha do Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos impulsionando o direito à verdade e à justiça no Brasil** in **A anistia na era da responsabilização** : o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília : Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford : Oxford University, Latin American Centre, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 3 ed.São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia Cristina; GOMES, Luiz Flávio; BEVILACQUA, Maria Beatriz Galli, DE MELLO, Monica e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **A justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas**. Escola Superior

do Ministério Público da União. Boletim Científico n. 4 – Julho/Setembro de 2002. Disponível em: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/boletim-cientifico-n.-4-2013-julho-setembro-de-2002/a-justicializacao-do-sistema-interamericano-de-protecao-dos-direitos-humanos-impacto-desafios--e-perspectivas>.

RAMOS, André de Carvalho. **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos,** *in* **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos***,* Alberto do Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut (org.), São Paulo, Quartier Latin, 2009.

O REGIME REMUNERATÓRIO DAS CONCESSÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS

THE PAYMENT REGIME OF PUBLIC CONCESSIONS IN BRAZIL

Pedro Dias de Oliveira Netto
Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2013). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco (2016). Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduando em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Pernambuco. Conciliador voluntário do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da JFPE (CEJUSC).

RESUMO: A concessão de serviço público trata-se de instituto dos mais antigos no Brasil. Em momento anterior à proclamação da República, em 1808, já é possível verificar atos de concessões praticados pelo príncipe regente D. João VI. Parte essencial dos contratos de concessões públicas diz respeito à forma em que a remuneração do parceiro privado ocorrerá. O objetivo deste trabalho é analisar os parâmetros da remuneração obtida pela cobrança da tarifa aos usuários; a natureza jurídica das contraprestações pagas pelo Poder Público nos contratos de PPPs; bem como, a possibilidade dos incentivos fiscais atuarem como mecanismo (in)direto de pagamento e seus efeitos nos contratos de concessões.
Palavras-chave: concessões públicas. tarifa. contraprestação pública. incentivo fiscal.

ABSTRACT: The public service concession is one of the most ancient institute in Brazil. Previously the Proclamation of the Republic, in 1808, it is possible to recognize acts of concessions managed by regent prince D. João VI. Essential part of public concessions contracts concerns how to manage and which are the correct form over the concessionaire's remuneration. The intent of this work is to analyze the parameters of the remuneration obtained by users fees; the legal nature of the amount paid by the Government in PPPs contracts; as well as the possibility of tax incentives acts as (in)direct mechanism of payment and its effects on contracts of public concessions.
Key-words: public concessions. fee. public payment. tax incentives.

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará as possibilidades de remunerações das concessões de serviços públicos no Brasil. Embora sejam amplas e diversificadas as pesquisas realizadas sobre as concessões públicas no direito comparado, o estudo limitar-se-á, em grande parte, em analisar este instituto através da doutrina nacional e a legislação pertinente ao tema, sendo dividido em quatro capítulos.

No Capítulo I, serão feitas considerações iniciais para demonstrar a evolução histórica das concessões públicas nacionais. Assim sendo, mostra-se imprescindível analisar as transformações dos modelos econômicos abarcados entre os séculos XVIII e XXI e algumas concepções fundamentais para permitir compreender os moldes das concessões de serviços públicos dos dias atuais.

No Capítulo II, as concessões públicas serão analisadas sob a ótica da Lei n.º 8.987/95. Neste ponto, a remuneração do concessionário será tratada, sobretudo, como aquela obtida pela cobrança das tarifas aos usuários. Também serão estudados os métodos para a fixação da tarifa e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O Capítulo III examinará a natureza jurídica das contraprestações pagas pelo Poder Público à concessionária na modalidade de uma concessão patrocinada ou administrativa (Parcerias Público-Privadas), sendo estas consideradas como concessões especiais que surgiram com a vigência da Lei n. 11.079/04.

O incentivo fiscal como mecanismo (in)direto de pagamento será o tema do Capítulo IV. Assim sendo, serão abordadas as modalidades de incentivos fiscais previstas no ordenamento jurídico brasileiro e os efeitos acarretados às concessionárias e aos usuários do serviço público em decorrência dos incentivos concedidos.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL

1.1. Transformações dos modelos econômicos (sécs. XVIII-XXI)

O sistema de fornecimento de serviços públicos, ao longo do tempo, passou por diversas transformações. As tendências econômicas desenvolvidas por países estrangeiros influenciaram as formas em que o Estado brasileiro atuava, direta ou indiretamente. Deste modo, diversas mudanças ocorreram na relação entre o setor público e o setor privado.

Importante, no entanto, ainda que de modo conciso e para melhor contextualização da pesquisa, mencionar a conjuntura em que as nações encontravam-se a partir do século XVIII até os tempos atuais.

Em primeiro lugar, no período posterior à Revolução Francesa (1789-1799), o Estado Liberal arrimou-se como uma referência a ser seguida, sendo marcado pela forte abstenção do Poder Público. O Estado somente deveria atuar nas hipóteses em que sua presença fosse indispensável para garantir os direitos previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, de maneira bem simplista, podem ser sintetizados como os direitos à propriedade privada, liberdade, igualdade e fraternidade, lema dos revolucionários franceses.

Destarte, o período supramencionado não foi propício para que ocorressem intervenções do Estado a nível operacional ou normativo.

A participação mínima do Estado não foi suficiente para reduzir as desigualdades econômicas e sociais que se instalavam em grandes proporções. As questões atinentes aos serviços de interesse social eram, por muitas vezes, repassados ao setor privado sem qualquer forma de regulação ou fiscalização da atividade.

O cenário era de crescente tensão, conflitos sociais e, principalmente, as crises econômicas das primeiras décadas do século XX, da qual a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque (1929) tornou-se um marco histórico por consequência do impacto econômico substancial que ocasionou.

Importante mencionar neste momento que em 1936 foi publicado o livro "*Teoria geral do emprego, do juro e da moeda"*, por John Maynard Keynes, que, de certo modo, foi utilizado como base para as medidas econômicas adotadas pelo governo de Roosevelt no *New Deal*, oferecendo um claro argumento para a intervenção governamental, sobretudo pela utilização da política fiscal.[1]

Sem olvidar, ainda, o período conturbado vivenciado nesta época em decorrência dos conflitos bélicos que, ao seu término, e somado com os outros fatores, necessitavam realizar mudanças na concepção e atuação do Estado para assegurar amplos direitos sociais e reduzir as desigualdades econômicas.

Em substituição ao modelo pretérito, ganha força o Estado do Bem-estar Social (*Welfare State*) com grandes referenciais a Constituição Mexicana de 1917 e a Carta Alemã de Weimar.

O Estado do Bem-estar Social defende a atuação ativa do Estado na busca da justiça social e, para tanto, centralizava a realização de serviços públicos e até de interesse econômico através da criação de instituições típicas do setor privado por parte da Administração Pública.

1 - BLANCHARD, Olivier. Macroeconomia. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004, p. 576.

Para atingir as metas de intervenção do Poder Público e garantir o bem-estar social, foi necessário ampliar a estrutura administrativa e as atribuições do Estado. Este modelo elevou o aumento da burocracia, estabeleceu monopólios estatais, tornou pouco eficiente a execução direta de determinados serviços públicos, e elevou bastante os gastos públicos.

Destarte, o enfraquecimento do *Welfare State* ocorreu de maneira gradual e com aspectos diferentes entre os países. Nos países industrializados, a crise fiscal, provocada pelos elevados gastos públicos, contribuiu para agravar as divergências entre o poder público, empresários e trabalhadores, que almejavam assegurar seus próprios interesses.

A partir dos anos de 1970, com o surgimento do modelo que ficou conhecido como Estado Subsidiário, ou Estado Neoliberal, desenvolve-se a ideia da necessidade de desburocratizar o Estado e reduzir a estrutura administrativa com a entrega ao setor privado das tarefas de caráter puramente econômico.

Não obstante, tal mudança não deve ser interpretada como uma referência completa ao modelo estatal adotado pelo Estado Liberal. Somado à menor intervenção direta do Estado na economia, foram acrescentados mecanismos de gestão, controle, fiscalização e regulação, objetivando que os serviços públicos prestados contemplem também a justiça social.

Na Grã-Bretanha, a Primeira-Ministra Margaret Thatcher (1979-1990) propôs uma série de desestatizações para frear o abismo econômico britânico, sendo precursora deste modelo de Estado que estava tornando-se tendência entre os países. Observa-se a título de curiosidade, que a fábrica britânica de carros *Rolls Royce*, até o ano de 1987, também era uma empresa estatal, sendo privatizada posteriormente.

De maneira bastante concisa, podemos apontar algumas vertentes principais do modelo de Estado Subsidiário: (i) reduzida participação estatal nas decisões da economia do país; (ii) privatização das empresas estatais que atuam em atividades econômicas não-essenciais; (iii) desburocratização do estado com a criação de leis e regras de regulação, fiscalização e controle; (iv) proibição do controle de preços dos produtos e serviços por parte do Estado; (v) base da economia formada por empresas privadas.

1.2. As concessões de serviços públicos

Após esta breve menção aos modelos econômicos mundiais, torna-se possível realizar uma compreensão holística no que diz respeito ao surgimento dos contratos de concessões de serviço público ao longo da sua história, haja vista se tratar de instituto dos mais antigos do direito administrativo.

O conceito clássico dos contratos de concessões remete ao julgamento do caso *Gaz de Bordeaux*, de 1916, onde o Conselho de Estado da França deu os primeiros passos para delimitar o que, de fato, consistiria a concessão de serviço público, o qual se disseminou perante outros países que se espelhavam no ordenamento jurídico francês.[2]

O objetivo desta caracterização era identificar quais contratos administrativos poderiam ser considerados uma concessão ou não. Assim sendo, a definição ficou estabelecida da seguinte maneira:

> A concessão é um modo de gestão resultante de um ato denominado de 'contrato de concessão', pelo qual uma pessoa administrativa (o concedente) encarrega outra pessoa, física ou jurídica, privada ou por vezes pública (o concessionário), de gerir e de fazer funcionar por sua conta e risco um serviço público, mediante diversas vantagens, notadamente o recebimento de taxas dos usuários.[3]

Para analisar o instituto das concessões brasileiras é preciso compreender que foram absorvidas várias características de herança portuguesa. O recurso da Coroa portuguesa às concessões, seja para ocupação de extensões territoriais, seja para delegar a exploração de atividades comerciais e rotas marítimas, foi determinante na colonização brasileira.[4]

Durante o período da vinda da família real para o Brasil, em 1808, é possível verificar atos concessórios emanados do príncipe regente D. João VI. Já no ano de sua chegada ao país, o regente editou a Carta Régia de 24 de novembro de 1808, concedendo a Luiz de Souza Menezes, por dez anos, o direito e o privilégio de explorar a mineração de ferro em Minas Gerais.[5] Fato semelhante ocorreu à concessão de comércio entre as capitanias de Goiás e do Pará, outorgada por meio da Carta Régia de 5 de setembro de 1811, onde foram concedidos privilégios de realização do comércio entre as duas capitanias.[6]

Destarte, o recurso às concessões seguiu firme após a independência do Brasil. Em 29 de agosto de 1828 D. Pedro I editou a lei que estabelecia regras para a construção de obras públicas necessárias para navegações de rios, aberturas de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos.[7]

2 - PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 58.
3 - AUBY, Jean-Marie; DUCOS-ADER, Robert, 1969. In: SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 26.
4 - MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 75.
5 - Cartas de Alvarás, Decretos e Cartas Régias, 1891, p. 165. In: MARQUES NETO, op. cit. p. 77.
6 - Coleção de Leis do Império do Brasil, 1811, p. 101. In: MARQUES NETO, op. cit. p. 77.
7 - MARQUES NETO, op. cit. p. 79.

D. Pedro II, em seu longo período de reinado efetivo, foi o governante que mais recorreu ao instituto da concessão, seja para permitir a implantação e a operação de utilidades públicas, ou para admitir que particulares explorassem atividades ou inventos.[8]

Objetivando estabelecer uma comparação pretérita e atual das concessões públicas brasileiras, importante se faz abordar as lições doutrinárias predominantes, das quais cito, por exemplo, os juristas Mauricio Portugal Ribeiro[9], Navarro Prado e Francisco Cavalcanti[10], que, por via de regra, dividem a evolução dos contratos de concessão no Brasil em três fases.

A primeira fase ocorreu no final do século XIX, em período no qual a carência de recursos técnicos e capital nacional para viabilizar a implantação dos projetos de infraestrutura fazia necessária a criação de um ambiente que desse aos investidores internacionais a segurança para a realização dos investimentos. A principal função dos contratos de concessão então celebrados era proteger o concessionário de eventual concorrência pelos anos necessários à amortização do seu investimento, e, dessa forma, garantir o adequado retorno na implementação e operação do serviço.[11]

Salienta, desta maneira, o professor Francisco Cavalcanti, que as concessões desta época foram utilizadas em atividades que demandariam elevados investimentos e representavam o domínio de tecnologia mais avançada. Deste modo, as concessões durante o período Imperial representaram importante forma de exploração econômica de serviços de competência estatal.[12]

Um dos exemplos típicos dessa fase das concessões eram os contratos para a construção de ferrovias e prestação do serviço ferroviário de carga e de passageiros e, conforme mencionado anteriormente, seu marco temporal situou-se na época Imperial do final do século XIX. As primeiras ferrovias brasileiras, como a D. Pedro II, a Estrada de Ferro do Recife, a Estrada de Ferro da Província de Pernambuco, a Estrada de Ferro da Bahia à Vila de Juazeiro, a Estrada de Ferro de Mauá, a Estrada de Ferro Santos-Jundiaí[13], são algumas concessões de serviço público deste período.

No que tange ao aspecto remuneratório, o concessionário era ressarcido integralmente pelo custo da obra e, também, pelo valor de até 5%

8 - MARQUES NETO, op. cit. p. 80.
9 - RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de Parceria Público-Privada – Fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.
10 - CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (orgs.). Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.
11 - RIBEIRO; PRADO, op. cit. p. 37.
12 - CAVALCANTI, op. cit. p. 239.
13 - CAVALCANTI, op. cit. p. 237.

sobre o valor total a título de remuneração. Ainda, a Administração Pública garantia ao concessionário a exclusividade do uso de cinco léguas de terra, para cada lado, ao longo da ferrovia, as quais podiam ser exploradas pelo concessionário e nas quais nenhuma outra infraestrutura de transporte poderia ser implantada.[14]

Observa-se que algumas características das concessões de serviço público pretéritas podem ser comparadas com o modelo atual. Para tanto, faço menção à pesquisa elaborada por Francisco Cavalcanti, ao analisar a obra de Veiga Cabral, cujos elementos da concessão da Estrada de Ferro D. Pedro II podem ser sintetizados da seguinte maneira:

> *a) autorização legislativa, na Resolução Legislativa n. 641, de 26 de junho de 1852;*
> *b) a concessão, compreendendo o "privilégio do caminho de ferro", por prazo não superior a noventa anos, contado da incorporação da companhia;*
> *c) direito da companhia de desapropriar, na forma da lei, os terrenos particulares necessários ao leito do caminho de ferro, estações, armazéns e demais obras adjacentes, "sendo-lhe para o mesmo fim concedidos os terrenos devolutos e nacionais";*
> *d) exclusividade, não se podendo conceder outros caminhos de ferro a uma distância de cinco léguas de cada um dos lados, salvo acordo com a concessionária;*
> *e) durante o prazo da concessão, teria a concessionária "direito de perceber os preços de transportes fixados pelo governo na tabella organizada de accordo com a companhia, cujo máximo não excederá o custo actual das conducções garantindo o governo à concessionária o juro de até 5% do capital empregado na construcção da estrada de ferro.*[15]

A segunda fase da evolução dos contratos de concessão ocorreu a partir dos anos 30 do século XX[16]. Especificamente durante o Governo de Getúlio Vargas, com a criação de instrumentos para intervenção direta do Estado na atividade econômica, tais como a criação de diversas empresas estatais, sobretudo nos setores de infraestrutura e de indústria de base.

Diante deste cenário os contratos de concessões perderam sua força. Como os contratos eram celebrados com entidades administrativas controladas pelo Governo, o contrato de concessão se tornou, de certo modo, dispensável

14 - RIBEIRO; PRADO, op. cit. p. 37.
15 - VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares. Direito administrativo brasileiro, 1857, p. 408/409. In: CAVALCANTI, op. cit. p. 238.
16 - RIBEIRO; PRADO, op. cit. p. 38.

em relação ao poder que o Governo já detinha enquanto controlador das estatais. Em alguns casos os contratos sequer eram celebrados, ou o foram anos após o início da exploração do serviço pelas respectivas estatais.

Destarte, salienta-se a opinião de Walter Álvares, no final dos anos setenta do século passado, onde abordou questões atinentes à desorganização e a insegurança jurídica do instituto das concessões no setor de energia elétrica:

> *(...) como a União, há mais de quarto de século, não tem assinado contratos de concessão, segue-se que todas essas atuais concessões outorgadas estão sem condições expressas e, na hipótese de encerrada a concessão ao fim de trinta anos (...) será necessariamente com indenização (...) como essas não tem sido assinadas segue-se que todas as atuais concessões estão sem prazo certo. Por conseguinte, se não se conhece o prazo, a rigor não se poderá falar em reversão, desde que a reversão só ocorre ao término do contrato de concessão.*[17]

Verifica-se, portanto, que diversos problemas foram encontrados nesta segunda fase das concessões de serviço público no Brasil. O preço político das tarifas, a insegurança jurídica dos procedimentos impositivos de sanção, entre outros vícios formais e materiais, apresentaram-se em praticamente todas as áreas nas quais a figura da concessão esteve presente. Não obstante, em alguns casos as concessões foram outorgadas sem procedimentos seletivos, muitas vezes em função de meros favorecimentos, como aconteceu com o setor de transporte rodoviário de passageiros no âmbito interestadual.[18]

Por fim, a terceira fase da história dos contratos de concessão de serviço público ocorreu a partir dos anos noventa, onde ocorreram modificações de relevo para atender ao novo modelo de Estado pretendido.

Neste período foram suprimidos monopólios; alteraram-se as regras restritivas à existência de concessionárias não-estatais em áreas relevantes como telecomunicações, petróleo, gás canalizado nas áreas urbanas; também foram modificadas as regras referentes às licitações para empresas estatais exploradoras de atividades econômicas.[19]

Com a vigência das Leis n.º 8.987/95 (Lei Geral das Concessões) e 9.074/95, estas foram consideradas instrumentos indispensáveis, ao lado da criação do modelo de agências reguladoras, para se alcançar sucesso no programa de reforma pretendido pela Constituição de 1988.

17 - ÁLVARES, Walter. Curso de direito da energia, 1978, p. 328. In: CAVALCANTI, op. cit. p. 243.
18 - CAVALCANTI, op. cit. p. 243.
19 - CAVALCANTI, op. cit. p. 244.

Assim sendo, a reforma do Estado brasileiro foi uma inversão da tendência adotada a partir da década de 1930. Baseada nos preceitos do modelo de Estado Subsidiário (ou Neoliberal), pretendeu-se transferir para a iniciativa privada o investimento e a operação dos serviços públicos, com objetivos, entre outros:

a) Reduzir os compromissos de investimento direto do Estado em setores nos quais é viável a exploração pela iniciativa privada;
b) Permitir a concentração do Estado no provimento de serviços que não geram retornos suficientes para interessar a iniciativa privada e na regulação e fiscalização dos serviços públicos cuja exploração se tenha transferido para a iniciativa privada;
c) Utilizar os recursos obtidos com a alienação das estatais para abatimento da dívida pública; e
d) Beneficiar a sociedade com o aparente aumento de eficiência trazida pela gestão privada dos serviços.

Analisando o instituto das concessões de serviço público sob a ótica do direito positivo, verifica-se que a Constituição da República de 1988 estabeleceu, em seu art. 175, os princípios básicos do regime de concessão e permissão de serviços públicos do seguinte modo:

> *Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*
> *Parágrafo único. A lei disporá sobre:*
> *I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;*
> *II – os direitos dos usuários;*
> *III – política tarifária;*
> *IV – a obrigação de manter o serviço adequado.*

O conceito infraconstitucional do instituto da concessão de serviços públicos pode ser verificado na Lei nº 8.987/95, que em seu art. 2º, II, define como

> *(...) a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.*

Destarte, no que tange à delimitação do conceito de "serviço público", é possível admitir diversas acepções, que podem adotar sentido amplo, como sinônimo de atividade estatal, bem como um sentido mais restrito, compreendendo exclusivamente as atividades prestacionais diretas e *uti singuli* a cargo do Estado.

Nesse passo, a doutrina de Floriano de Azevedo Marques Neto aduz que a compreensão do objeto das concessões de serviço público pode ser interpretada da seguinte maneira:

> *(...) analisando o regime normativo constante da Lei n.º 8.987/1995 (em particular a partir do recorte dado pelo advento da Lei n.º 11.079/2004), podemos passar ao largo dessa discussão conceitual e identificar o objeto da concessão comum a partir de três elementos: ser ela uma atividade prestacional (serviço) (i) sobre a qual o Poder Público tem um dever de oferta; (ii) a que possa ser objeto de uma relação econômica explorável pelo privado e (iii) cuja exploração econômica possa ser valorada em unidades individuais de fruição, o que obriga a que tal prestação seja divisível e quantificável.*[20]

No final do ano de 2004 surgiram novas modalidades especiais de concessões públicas. Com o advento da Lei nº 11.079, foram constituídas as parcerias público-privadas: intituladas de concessão patrocinada e concessão administrativa.[21]

A concessão patrocinada, de acordo com o conceito legal contido no art. 2º, §1º, da Lei n.º 11.079/04, é modalidade de concessão de serviço público ou de obra pública de que trata a Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A modalidade estabelecida como concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, conforme versa o art. 2º, §2º, desta mesma Lei.

Ao analisar os contratos de concessões públicas de maneira conglobante, é possível compreender que nestes instrumentos administrativos são produzidos efeitos trilaterais. Apesar de ser celebrado entre o poder concedente e o concessionário, os seus efeitos refletem em terceiros, os usuários.

20 - MARQUES NETO, op. cit. p. 177-178.

21 - Aspectos doutrinários referentes às divergências do enquadramento jurídico das Parcerias Público-Privadas como espécie do gênero concessões públicas serão abordados em capítulo posterior neste trabalho.

Bastante elucidativa é a lição de Héctor Jorge Escola[22] sobre os efeitos trilaterais da concessão pública:

> *A situação do usuário, nos serviços públicos concedidos, é idêntica à que lhe cabe quando o serviço é prestado diretamente pela administração: é o beneficiário, é o destinatário do serviço público, e como tal não é parte na relação contratual concedente-concessionário, mas sobre ele repercutem os efeitos do contrato celebrado, que se estendem em relação a ele. De tal modo, a situação, do usuário não é senão uma situação jurídica objetiva, que se origina no fato mesmo da utilização do serviço público. São indiferentes – estando sempre no campo dos serviços públicos uti singuli – as modalidades que ofereça o serviço e as formas adotadas para sua prestação. Só o fato de sua utilização é que dá lugar ao nascimento de relações entre o concessionário e o usuário; só dita utilização gera direitos e impõe obrigações.*

Ainda, acrescenta o autor que

> *(...) estas relações jurídicas, estabelecidas entre o concessionário e o usuário, resultantes da utilização potencial ou efetiva do serviço, podem aparecer às vezes com o caráter e o alcance de uma relação contratual, quando as normas legais assim o estabeleçam, quando efetivamente se formaram sob a forma de uma relação dessa classe, ou quando a regulamentação do serviço permite utilizar o mecanismo contratual, e em outras aparecem com o caráter e o alcance de uma relação regulamentar.*

É evidente a possibilidade de existirem interesses conflitantes e de certa forma antagônicos desta relação trilateral.

O interesse primário do Poder Público será alcançado através da garantia dos interesses coletivos, cuja efetivação decorre através de duas consequências: a) Administração Pública exerce seu controle e poder sobre o serviço por meio de poderes como a encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais, aplicação de sanções etc.; b) o concessionário deve ser submetido aos princípios inerentes à prestação dos serviços de interesse público como forma de garantir a satisfação dos objetivos sociais buscados com a prestação.[23]

Do outro lado, a empresa concessionária do serviço público que explore atividade lucrativa, visa sempre à maximização do maior lucro possível,

22 - ESCOLA, Jorge Héctor, 1979. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97.
23 - SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do Concessionário – Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 38.

pois, diante de um cenário capitalista, não estará prestando um serviço por exclusiva finalidade social. Para tanto, a remuneração deve alcançar os custos da prestação do serviço, bem como a garantia de um retorno justo em termos de lucratividade.

Destarte, para que a concessão alcance a finalidade social a que se propõe, a remuneração do concessionário não pode ser uma barreira ao acesso dos usuários ao serviço fornecido. Ao dificultar ou impedir o acesso ao serviço, em decorrência das altas tarifas cobradas, o Estado estaria omitindo-se no fornecimento de serviço público cuja titularidade é detentor.

Objetivando fornecer uma visão conglobante sobre elemento essencial do contrato de concessão de serviço público, o presente artigo será delimitado na análise do regime jurídico da remuneração paga aos concessionários em suas diversas modalidades e possíveis consequências no orçamento da Administração Pública.

2. A REMUNERAÇÃO PROVENIENTE DAS TARIFAS

2.1. A tarifa e os métodos para a sua fixação

Prevista no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição da República de 1988, a tarifa corresponde a um valor estabelecido pelo Poder Público, mediante a celebração de um contrato administrativo, por vezes com base na proposta formulada pelo concessionário na licitação.

No âmbito infraconstitucional a lei geral das tarifas corresponde à Lei n.º 8.987/95, que trata da política tarifária. Entretanto, é preciso ressalvar a possibilidade de leis específicas afastarem a aplicação da lei geral em determinados setores e, deste modo, apresentarem peculiaridades na especificação da política tarifária. Refiro-me, a título exemplificativo, à Lei n.º 9.472/97 – Lei de Telecomunicações, que em seu art. 210 afasta expressamente a aplicação das Leis 8.666/93, 8.987/95 e 9.074/95 às concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência.[24]

A escolha da tarifa como, em regra, opção de pagamento ao concessionário decorre da ideia de atribuir aos usuários o custeio das despesas (com pessoal, com manutenção e ampliação da estrutura, aquisição de equipamentos etc.) e o lucro decorrente do serviço prestado. Assim sendo, pode-se dizer que não há serviço público gratuito em termos econômicos. Uma frase bastante conhecida em países ingleses é *"there ain't no such thing as a free lunch"*[25], pois sintetiza a ideia de que tudo cujo acesso possa ser

24 - SCHWIND. op. cit. p. 47
25 - Tradução livre: não existe almoço grátis.

considerado limitado, restrito, terá um custo, podendo ser pago diretamente ou por terceiros.

Em relação à tarifa, embora o art. 9º, caput, estabeleça que seja fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação, tem-se que entender que, dependendo do critério a ser adotado para julgamento das propostas, a fixação da tarifa poderá ser da competência do poder concedente. Isso porque o art. 15 da Lei nº 8.987/95 estabeleceu sete critérios distintos de julgamento.

> *Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:*
> *I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;*
> *II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;*
> *III – a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;*
> *IV – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;*
> *V – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de técnica;*
> *VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou*
> *VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após a qualificação de propostas técnicas.*

Destarte, imprescindível abordar a temática da fixação das tarifas inseridas em um contexto de política tarifária. Para tanto, serão analisados os termos definidos como tarifa social, tarifa com efeito arrecadatório em benefício do poder concedente, tarifas regulatórias e tarifas mínimas.[26]

A tarifa social é bastante utilizada para retratar situações em que os recursos de parcela dos usuários do serviço são, em geral, escassos para custear as despesas do serviço e o retorno financeiro da concessionária. Há uma série de questões relacionadas na fixação de tarifas em decorrência da situação econômica.

As lições de Rafael Wallbach Schwind contextualizam, de maneira concisa, esta modalidade tarifária:

> *O Poder Público tem o dever de criar condições para que o maior número de pessoas possa efetivamente se utilizar do serviço, muitas vezes essencial para a satisfação das necessidades humanas mais fundamentais. Trata-se, em última análise, de uma preocupação com a universalização do serviço. Não basta apenas garantir o acesso físico ao serviço. É preciso instituir condições nas quais ele seja efetivo e*

26 - SCHWIND, op. cit. p. 112.

> *concreto. Somente dessa forma haverá realmente a universalização de determinado serviço.*
> *Isso significa que eventual impossibilidade econômica apresentada por determinado universo de usuários para arcar com os custos da prestação de um serviço tem de se resolver por meio da transferência desses encargos a outras pessoas, segundo instrumentos de solidariedade social, de modo que as pessoas desprovidas de riqueza não percam o acesso ao serviço.*[27]

O estabelecimento de uma tarifa social provoca certa divergência doutrinária. O motivo desta desavença cinge-se em torno da possibilidade de repassar os efeitos econômicos da tarifa social para as tarifas cobradas dos demais usuários.

O doutrinador supracitado entende ser impossível transferir os efeitos da tarifa social aos demais usuários, exemplificativamente, pelas seguintes razões[28]:

a) Como nem todos os membros da comunidade são usuários do serviço, o repasse dos efeitos econômicos das tarifas sociais aos demais usuários não atingirá um universo tão amplo de pessoas em comparação com a instituição de um subsídio estatal;
b) Ao se compensar a instituição de uma tarifa social com o aumento da tarifa cobrada dos demais usuários, isso significa que aqueles usuários que mais utilizam o serviço arcarão com um peso maior em comparação com aqueles que consomem menos o serviço prestado, mesmo que o consumo mais elevado não seja resultado de uma posição econômica mais privilegiada.

Nesta mesma linha de raciocínio encontra-se o jurista Guimarães Pereira, cujo pensamento cinge-se da seguinte forma:

> *As tarifas sociais não devem ser compensadas por subsídios internos, mas por subsídios públicos oriundos de receitas gerais. Essa é a única das alternativas cogitáveis – ônus do concessionário, subsídio interno ou cruzado ou subsídio público – que atende integralmente aos princípios constitucionais aplicáveis (especialmente ao da capacidade contributiva.*[29]

Entretanto, há quem defenda a possibilidade de existir diferenciação entre as tarifas cobradas àqueles que demonstrem precária condição

27 - SCHWIND, op. cit. p. 113.
28 - SCHWIND, op. cit. p. 114.
29 - PEREIRA, César A. Guimarães. Usuários de serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 377.

econômica. Para tanto, será preciso que ocorra uma autorização legislativa. Este é o entendimento de Marçal Justen Filho, ao abordar a questão:

> *É que a decisão sobre distribuição e redistribuição de riqueza depende da concordância dos titulares da riqueza. O princípio da legalidade destina-se, nesse campo, a evitar que o ocupante de cargo executivo valha-se da atividade administrativa para introduzir decisões políticas fundamentais. A instituição de tarifas sociais importa transferência de riquezas entre os usuários e não pode ser considerada como pura e simples atividade administrativa. Pressupõe a aprovação legislativa, instrumento pelo qual os representantes do povo manifestam sua concordância com soluções de reforma social. Caberá à lei autorizar essa solução e estabelecer os critérios fundamentais para a sua aplicação.*[30]

Em sequência, serão analisadas as tarifas com efeitos arrecadatórios em benefício do poder concedente. Nesses casos, a tarifa se destina não apenas a custear o serviço fornecido, mas também a ampliação da arrecadação estatal.

Exemplo extraído da lição de Rafael Wallbach Schwind[31] diz respeito ao fato verificado em concessões de rodovias, em que muitas vezes se prevê que uma parcela da tarifa cobrada dos usuários seja revertida ao Estado a fim de que haja a manutenção e ampliação da malha viária não concedida à iniciativa privada.

Outra hipótese bastante usual trata-se das situações em que o concessionário deve pagar um valor pela outorga. É notório que o valor pago pela outorga represente um custo ao concessionário, que deve compensá-lo justamente na tarifa cobrada pela prestação do serviço. Observa-se que, diante do cenário de recessão econômica do Brasil, em 2015, o Governo Federal empenhou-se para tentar realizar outorgas de hidrelétricas com a finalidade principal de obter receita para equilibrar o orçamento público federal.

Em alguns momentos, a fixação da tarifa tem o objetivo de produzir uma indução de comportamento dos usuários quanto ao uso do serviço ou da infraestrutura. Para tanto, a doutrina denominou esse mecanismo como "tarifa regulatória".[32]

Por via de regra, a tarifa regulatória ocorrerá nos serviços que dependem de bens escassos, como, por exemplo, o abastecimento de água, ou cuja prestação encontra limites na capacidade instalada do sistema, como o fornecimento de energia elétrica. Nesses casos, o valor unitário consumido

30 - JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 377.
31 - SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do Concessionário..., p. 118.
32 - SCHWIND, op. cit. p. 121.

pelos usuários é elevado de modo progressivo em função da intensidade do consumo ou do momento em que se dá a utilização do serviço.

Marçal Justen Filho denomina as tarifas nessa modalidade de "tarifas extrafiscais" em razão da semelhança com a extrafiscalidade tributária em que há previsão de tributos com o objetivo indutor de determinados comportamentos.[33]

Observa-se, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça consolidou a possibilidade de tarifas regulatórias ao editar a Súmula n.º 407, cuja redação estabeleceu o seguinte teor: "É legítima a cobrança de tarifa de água, fixada de acordo com as categorias de usuários e faixas de consumo".

Destarte, é válida a previsão de tarifas com efeito regulatório para incentivar o uso racional do serviço público que depende de bens escassos.

Por fim, existe a modalidade das tarifas mínimas (ou tarifas básicas). Estas consistem na cobrança de um valor periódico mínimo dos usuários por conta da disponibilidade do serviço. Trata-se de sistemática de cobrança prevista em diversos serviços de interesse social, prestados tanto sob delegação como diretamente pelo Estado.

Bastante precisa é a explicação de Rafael Wallbach Schwind para esta modalidade de tarifa:

> *A maioria dos serviços de interesse social depende de um sistema de prestação, ou seja, de uma infraestrutura que se encontra sob responsabilidade do prestador. Para que esse sistema seja mantido e possa ser acionado a qualquer momento pelo usuário, é imprescindível a permanente realização de investimentos e a adoção de uma série de providências, as quais envolvem certos custos para o delegatário. O prestador, portanto, enfrenta diversos custos fixos, que não são diretamente relacionados à efetiva utilização do serviço pelo usuário.*[34]

Em junho de 2008, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n.º 356 para confirmar a legitimidade da cobrança de tarifas mínimas (ou básicas): "É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa".

Ainda que a súmula supracitada tenha abordado as tarifas mínimas apenas no serviço de telefonia fixa, é possível cogitar que os mesmos critérios devem ser aplicados a outros serviços nos quais a simples disponibilidade ao usuário provoca custos elevados que precisam ser cobertos de alguma forma. Por exemplo, os serviços de abastecimento de água, coleta de esgoto, fornecimento de energia elétrica, gás canalizado etc.

33 - JUSTEN FILHO, op. cit. p. 378.
34 - SCHWIND, op. cit. p. 124.

Para dar maior completude ao estudo realizado neste artigo, se faz imprescindível trazer um caso prático que aborda a questão tarifária. Destarte, será analisado parecer técnico proferido pelo jurista Carlos Ari Sundfeld[35].

O episódio gira em torno do pagamento de tarifa diferenciada em favor de usuária de grande porte dos serviços de saneamento básico.

A usuária do serviço entende se enquadrar nos requisitos de cliente de grande porte e por isso pleiteia uma tarifa diferenciada de 25% abaixo do preço normal. Ainda, pretende negociar o critério de reajuste anual dessa tarifa especial. Defende que o índice de reajuste da tarifa deve acompanhar algum dos índices oficiais que espelhem a inflação do período, por exemplo, IGP, IPCA, INPC, IPC etc.

No entanto, a concessionária estadual pretende aplicar os índices de reajustes e de atualização que vierem a ser aplicados em função da política tarifária geral, a que está submetida a prestadora estadual. Esses índices têm embutido uma recuperação tarifária ano a ano, situando-se acima da inflação, o que tem representado aumento real da tarifa pública cobrada dos usuários de aproximadamente 15% ao ano, o que, se aplicado, inviabilizaria comercialmente o contrato em negociação.

Para este caso, importante verificar que a matéria encontra-se regulada pela Lei nº 11.445/07, que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento público, estabelecendo o art. 37 da referida lei que "os reajustes de tarifas de serviços públicos de saneamento básico serão realizados observando-se o intervalo mínimo de 12 meses, de acordo com as normas legais, regulamentares e contratuais".[36]

Portanto, a questão cinge-se em relação a possibilidade de a concessionária praticar tarifa diferenciada para clientes de grande porte, comparativamente às cobradas dos usuários comuns, e, ainda, se o índice de reajustamento de preços nesse caso também pode ser diferenciado, desatrelado dos índices aplicáveis às tarifas públicas usualmente cobradas dos usuários.

Deste modo, Sundfeld começa analisando a viabilidade legal da tarifa especial para usuários de grande porte. Afirma que a tendência, cada vez mais presente nas legislações contemporâneas, é prever a possibilidade de diferenciação entre usuários em matéria tarifária. No entanto, só deve ser admitida quando houver diferenças quanto ao perfil de fruição do serviço pelos usuários que justifiquem, de fato, contraprestações distintas. Não fere a isonomia a previsão de que usuários com perfis objetivamente diferentes tenham tratamento tarifário também diferenciado.[37]

35 - SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo contratual – Coleção pareceres; v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95.
36 - SUNDFELD, op. cit. p. 96.
37 - SUNDFELD, op. cit. p. 96.

A própria Lei nº 8.987/95, em seu art. 13, prevê tal possibilidade, *in verbis*: *Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários*.

No setor de saneamento básico, também há previsão na legislação nacional sobre a possibilidade de pactuação de tarifa especial para grandes usuários, art. 41 da Lei nº 11.445/07.

As regras gerais pressupõem a existência efetiva de porte diferenciado na contratação específica a ser firmada, que seja suficiente para justificar vantagens na tarifa cobrada da usuária em relação à tarifa comum.

Por fim, Sundfeld analisa a viabilidade legal da tarifa especial ter critério próprio de reajuste. Entende o autor que não há qualquer norma que impeça o tratamento diferenciado do contrato específico também em relação ao modo de atualização das tarifas. Muito pelo contrário. Se houver razão para a contratação apartada, é natural que também se justifique a instituição de modelo de atualização próprio. Isso serve para garantir a preservação da lógica econômico-financeira inicialmente pactuada entre as partes.[38] A justificativa econômica para tal fato é que os índices de reajuste da tarifa comum têm embutida a recuperação de perdas tarifárias passadas, que não faz sentido aplicar em tarifa especial nova, calculada com base em custos reais.

Entendemos acertada a colocação do parecer emitido por Carlos Ari Sundfeld. No entanto, pela própria dicção do art. 13 da Lei nº 8.987/95, seria possível fixar um valor monetário acima da tarifa comum, e não abaixo, como analisado no caso em tela.

Para determinar o valor diferenciado deve-se levar em consideração "os custos específicos provenientes do atendimento". Ora, e se estes custos forem acima do modelo ordinário? Tal risco já estaria calculado no valor das tarifas comuns, onerando, assim, todos os usuários? Ou seria possível aplicar um valor maior isoladamente àqueles que determinaram custos elevados?

Assim sendo, acreditamos que devam ser utilizados fundamentos econômicos, como analisar o custo marginal, a eficiência na prestação do serviço de maneira conglobante, os limites da maximização dos lucros da concessionária, para, assim, poder estabelecer o valor apropriado pela tarifa.

2.2. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato

A relação entre a fixação de tarifas e o equilíbrio econômico-financeiro é bastante evidente no momento de definição dos termos concretos do contrato administrativo pactuado entre o poder concedente e o concessionário.

38 - SUNDFELD, op. cit. p. 100.

Ao propor o valor estipulado para a tarifa durante o processo licitatório, o licitante leva em consideração os riscos que terá de assumir caso seja o vencedor do certame e, desse modo, elabora proposta que preveja uma remuneração adequada em função daqueles encargos.

Destarte, a equação econômico-financeira constitui uma precificação do risco em face das oportunidades de ganhos.[39]

Do ponto de vista legal, a Lei n.º 8.987/95 cuidou desta questão em três dispositivos. No art. 9º, três parágrafos tratam da preservação do equilíbrio no tocante às tarifas, ao prever sua revisão como forma de recomposição do equilíbrio (§2º); que essa revisão ocorra no caso de alteração de ordem tributária (§3º); e do ajuste concessório que traga desbalanceamento da equação contratual (§4º).

Floriano de Azevedo Marques Neto aduz que a aferição do desequilíbrio em uma concessão comum, ou seja, aquela prevista na Lei n.º 8.987/95, envolve quatro momentos, a saber:

> *(i) a constatação de ocorrência de um evento com o condão de afetar o equilíbrio inicial;*
> *(ii) a verificação quanto à responsabilidade, à luz das disposições contratuais, pelo risco associado ao evento ocorrido;*
> *(iii) a avaliação do impacto do evento, tomando como parâmetro o critério de apuração do equilíbrio; e*
> *(iv) a escolha da medida mais adequada e eficiente para recompô-lo.*[40]

No que tange às concessões celebradas com a roupagem de uma parceria público-privada, como bem observa professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora a Lei n.º 11.079/04 não fale literalmente em equilíbrio econômico-financeiro, não há como negar às partes a observância desse direito. Na concessão patrocinada, tal direito decorre da aplicação subsidiária da Lei n.º 8.987/95, em especial os arts. 9º e 10. Na concessão administrativa, não há disposição expressa nem aplicação subsidiária dos artigos anteriormente mencionados. No entanto, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro resulta de princípios como os da equidade, razoabilidade, continuidade etc.[41]

Não obstante, continua a autora supracitada, o art. 5º, III e IV, da Lei das PPPs prevê, entre as cláusulas que devem ser incluídas no contrato de parceria, a que diz respeito à repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária e à forma de remuneração e de atualização dos valores

39 - SCHWIND, op. cit. p. 74.
40 - MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 191.
41 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. São Paulo: Atlas, 2015, p. 159.

contratuais. Sendo, portanto, técnicas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos celebrados nas PPPs.[42]

Ao aprofundar o tema em pesquisas doutrinárias, é possível verificar que o conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos cinge-se em torno das compensações de uma parte a outra, na ocorrência de eventos que configurem um risco atribuído a um contratante, mas que impacte, de um modo econômico e financeiro, a outra parte.[43]

Não apenas os eventos gravosos geram direito à recomposição ao equilíbrio econômico-financeiro. Muitas vezes a ocorrência de evento benéfico para apenas uma das partes também pode gerar o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Para o jurista Mauricio Portugal Ribeiro, o motor de arranque de qualquer processo de reequilíbrio econômico-financeiro é a verificação da distribuição contratual dos riscos. É indispensável a verificação da matriz de riscos contratual, pois o direito ao reequilíbrio só surge se o risco do evento gravoso estiver alocado a uma parte contratual diversa daquela que sofreu as consequências da sua ocorrência. A função, portanto, do sistema de equilíbrio é o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual.[44]

Nesse contexto, o processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro terá como objetivo trazer o contrato real para a condição anterior à ocorrência do evento gravoso, utilizando como referência para tanto a representação do contrato em estado de equilíbrio.

No entanto, também é possível haver compensação entre as partes pela alteração, inclusão e supressão de escopos contratuais, particularmente no caso de inclusão de novos investimentos no contrato.

Ainda, utilizando as lições de Mauricio Portugal, o sistema de equilíbrio econômico-financeiro deve atender basicamente três funções:

> *a) desestimular a realização de alterações oportunistas pelo governante, exigindo que qualquer alteração seja devidamente compensada;*
> *b) proteger, estabilizar e dar cumprimento ao cerne do contrato, permitindo que seja dado cumprimento adequado à matriz de riscos ao longo do tempo;*
> *c) possibilitar a realização de alterações no objeto (quantitativas ou qualitativas) e em outros aspectos do contrato para adequá-lo às necessidades e mudanças consequentes da passagem do tempo.*[45]

42 - DI PIETRO, op. cit. p. 159.
43 - RIBEIRO, Mauricio Portugal. O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre o equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs, 2014. Disponível em: http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-todo-profissional-de-infraestrutura-precisa-saber-sobre-equilibrio-economico-financeiro-versao-publicada-na-internet-39170396. Acesso em: 20 de março de 2016.
44 - RIBEIRO, O que todo profissional de infraestrutura...,2014.
45 - RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São

Em relação à função (a), o autor supracitado entende que uma das finalidades do sistema de equilíbrio econômico-financeiro seria mitigar o risco de mudanças no contrato realizadas por oportunismo político.[46]

Já a função (b), mencionada acima, seria um instrumento para garantir o adequado cumprimento da matriz de riscos do contrato, pois permite que se realizem as compensações de parte a parte. É preciso, por isso, que haja um sistema contratual que permita a compensação do parceiro privado por ter sofrido as consequências gravosas de um risco atribuído pelo contrato à Administração Pública.[47]

A função (c) tem por objetivo permitir alterações no contrato para adequá-lo às necessidades que decorram da passagem do tempo, mudança tecnológica, ou outras circunstâncias que requeiram alterações quantitativas ou qualitativas.[48]

Destarte, sintetizando os casos mais usuais, o contrato administrativo das concessões pode estabelecer que o poder concedente proceda ao reequilíbrio econômico-financeiro diante das seguintes hipóteses: a) pagamento direto de uma parte à outra; b) variação do valor da tarifa; c) variação do valor da contraprestação ou aporte público; d) variação do valor dos investimentos a serem realizados pelas partes; e) variação do prazo do contrato.

3. CONTRAPRESTAÇÕES PAGAS PELO PODER PÚBLICO

3.1. As concessões patrocinadas e administrativas (PPPs)

As parcerias público-privadas foram instituídas pela Lei n.º 11.079/04 como novas modalidades de contratos administrativos no âmbito das concessões de serviço público. Verifica-se que o objetivo do legislador foi ampliar a utilização do modelo concessionário para alcançar situações que até então seriam inviáveis se realizadas exclusivamente sob os ditames da Lei n.º 8.987/95.

Para tanto, foi necessária a criação de um regime jurídico que disciplinasse os diversos aspectos da participação estatal no custeio da remuneração do parceiro privado.

Esse entendimento é salientado pelo jurista Francisco Cavalcanti, ao lecionar que

> *Mostrar-se-ia, hoje, insuficiente tal conceito para alcançar, ou abarcar, aquilo que a legislação veio a estabelecer ao passar a incluir a figura*

Paulo: Atlas, 2011, p. 105.
46 - RIBEIRO, op. cit. p. 106.
47 - RIBEIRO, op. cit. p. 106.
48 - RIBEIRO, op. cit. p. 106.

> *da parceria público-privada, expressamente como concessão, figura essa, as PPP, que, ontologicamente, não se enquadra naquele conceito tradicional, pois pode abranger serviços dos quais o Estado não é titular, que os exerce simultaneamente com particulares e, também, sem que haja remuneração por parte dos usuários. Em verdade, conforme será visto, as PPP têm uma acepção bem mais ampla, tanto à luz das situações em que podem ser utilizadas, no Brasil, como, explicitamente, em países que as utilizam com maior densidade e desenvoltura.*[49]

Nesse sentido, importante mencionar a observação inicial levantada por Francisco Cavalcanti, que, ao comparar as características das PPP com as pertinentes às concessões, ter-se-ia, para enquadrar uma PPP como concessão, que admitir ter havido uma "metamorfose das concessões".[50] Como bem mencionado pelo doutrinador, nos seguintes termos:

> *A inserção das PPP como figuras representativas de um gênero de concessões é um grande equívoco científico.*
> *Sabido é que, muitas vezes, a PPP pode valer-se de uma estrutura contratual de concessões, mas a sua abrangência é maior. A utilização de eventual e parcial da moldura de concessão não pode ter o condão de transformá-la naquele antigo modelo. Nas PPP, o ente público é partícipe do empreendimento, bancando parte do financiamento, é sócio na sociedade de propósito específico. E, como já se disse, a PPP, um instrumento intermediário entre a delegação, por conta e risco do delegado, e o exercício direto da atividade. O objetivo básico é aquele bem expresso pelo Tribunal de Contas português:*
> *'As parcerias público-privadas (PPP) constituem um modelo de contratação que permite ao Estado promover a obtenção de serviço público, através de uma estrutura contratual firmada com um parceiro privado, na qual se estabelecem obrigações mútuas que refletem uma alocação, a ambas as partes, dos riscos envolvidos.*[51]

Advertidas as observações fundamentais quanto ao enquadramento das PPPs como representante do gênero das concessões, passaremos para a análise das definições das novas modalidades, quais sejam, as concessões patrocinadas e administrativas.

A concessão patrocinada trata-se da espécie de concessão de serviço ou obra pública (regida pela Lei n.º 8.987/95) em que a remuneração do

49 - CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (orgs.). Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis Librería Jurídica, 2013, p. 249.
50 - CAVALCANTI, op. cit. p. 252.
51 - CAVALCANTI, op. cit. p. 256.

concessionário esteja vinculada em uma contraprestação pecuniária provida pela Administração Pública. A esta modalidade aplicam-se as disposições da Lei n.º 11.079/04 e, subsidiariamente, a disciplina da Lei n.º 8.987/95.

Já a concessão administrativa configura um contrato administrativo de prestação de serviços (não necessariamente serviços públicos estritos), podendo envolver outras prestações, como o fornecimento de bens e/ou a execução de obra, em que a remuneração do parceiro privado seja provida por diversas formas jurídicas admitidas pelo ordenamento. O serviço objeto desta concessão poderá ser tomado diretamente pela Administração ou pelos usuários, hipótese em que a Administração figurará como usuária indireta. À concessão administrativa aplicam-se as disposições da Lei n.º 11.079/04, os arts. 21, 23, 25, 27 e 39 da Lei n.º 8.987/95 e o art. 31 da Lei n.º 9.074/95.[52]

Deste modo, verifica-se que o modelo das PPPs serve a dois propósitos de natureza imediata: primeiro, revestir juridicamente os contratos que tenham por objeto concessões de serviços públicos cuja receita tarifária e outras receitas marginais se mostrem insuficientes a custear a prestação do serviço público, o qual engloba o custo operacional da concessão mais o lucro do concessionário; segundo, balancear o nível de risco envolvido em certos projetos estruturantes e de serviço público, permitindo, com a participação do Poder Público, na remuneração do concessionário, mitigar riscos que tornariam as possibilidades de financiamento pelo capital privado pouco atrativas.[53]

Aspecto importante ao analisar o instituto das parcerias público-privadas, é entender por quais razões o administrador público deve optar por este modelo de concessão especial em detrimento de outras já consagradas formas como as licitações, as privatizações e as concessões previstas na Lei n.º 8.987/95.

Para tal questionamento, o professor Marcos Nóbrega[54] afirma que o primeiro ponto relevante é analisar a viabilidade do projeto sob a ótica dos investidores. Em projetos financeiramente autossustentáveis, a modelagem de concessões de serviços públicos (Lei n.º 8.987/95) seria a mais adequada, pois o empresário assumirá o risco do empreendimento e, decerto, somente o aceitará diante da autossustentabilidade do projeto. No caso de projetos que, diante dos altos riscos envolvidos e do elevado valor para a sua execução, não sendo possível o total ressarcimento apenas com a cobrança das tarifas aos usuários, não atraindo por completo o interesse da iniciativa privada, inserem-se as PPPs. Por fim, para projetos que devem ser assumidos integralmente pelo poder público, deve-se utilizar a Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93) para a sua execução.

52 - GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Parceria público-privada. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 20.
53 - GUIMARÃES, op. cit. p. 101.
54 - NÓBREGA, Marcos. Direito da infraestrutura. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 152.

Todavia, para a escolha do melhor procedimento, o autor supracitado também defende a utilização do critério *Value of Money*: este procura captar o benefício total do projeto executado, considerando seu custo durante toda a sua vida útil, a qualidade do bem ou serviço prestado e as externalidades geradas, tais como o crescimento econômico, impacto ambiental, mobilização de recursos, impacto social e governança.[55]

Ressalva-se, no entanto, caso a Administração Pública opte pela escolha das modalidades de concessões patrocinadas ou administrativas em detrimento das demais opções de prestação do serviço público, deverá provar a superioridade de tal escolha, demonstrando os ganhos de escala e atentando para o princípio da eficiência.[56]

Outro aspecto basilar a ser mencionado encontra-se na estrutura econômica em que os contratos de PPPs são submetidos.

A execução do contrato subdivide-se em uma fase de investimentos, em que o parceiro privado incumbe-se de implementar a infraestrutura necessária para a execução do serviço, seguida por uma fase de operação, quando, a partir deste momento, passam a ser viáveis as contraprestações públicas que serão vinculadas ao cumprimento de metas de qualidade e de disponibilidade pelo parceiro privado.

Frisa-se, por oportuno, que o surgimento deste novo instituto veio permeado por controles diversos sobre a responsabilidade fiscal do Estado que passa a assumir compromissos financeiros de longo prazo em contratos administrativos.

3.2. Natureza jurídica das contraprestações em contratos de Parcerias Público-Privadas

Antes de analisar os enquadramentos jurídicos presentes na Lei n.º 11.079/04 que determinam as formas de contraprestações públicas, faz-se importante compreender a sua natureza econômica. Diante da diversidade de opiniões que possam ocorrer para determinar o conceito das contraprestações pagas pelo Poder Concedente, passamos a mencionar as lições de Rafael Wallbach Schwind, ao aludir que

> *As contraprestações públicas nas PPP, sob o ponto de vista econômico, têm a natureza de subsídios estatais. Destinam-se a viabilizar a aplicação da técnica concessória a determinados serviços que, de outra forma, para serem prestados de acordo com as exigências do Poder Público, não comportariam exploração por entidades privadas.*

55 - NÓBREGA, op. cit. p. 153.
56 - NÓBREGA, op. cit. p. 153.

> *Também reforça a natureza econômica de subsídio o fato de as contraprestações públicas constituírem a aplicação de recursos obtidos perante toda a sociedade a serviços que serão desempenhados a um universo menor de pessoas. O Estado, portanto, aplica recursos amealhados perante toda a sociedade em benefício direto de uma parcela mais restrita de pessoas.*[57]

Prevista nos incisos do art. 6.º da Lei Geral das PPPs, as contraprestações públicas podem ser divididas em pecuniárias e não pecuniárias. As pecuniárias correspondem àquelas arroladas nos incisos I e II; do outro lado, as não pecuniárias são aquelas relacionadas nos incisos III e IV.

Importante, neste momento, mencionar a opinião de Carlos Ari Sundfeld[58], ao afirmar que, para existir uma concessão patrocinada, é necessário, entre outros fatores, que o parceiro privado receba uma contraprestação de natureza pecuniária do poder concedente.

Entretanto, entende de maneira divergente Rafael Schwind[59] ao afirmar que toda contraprestação pública tem valor econômico e, portanto, pode ser convertida em pecúnia.

Da redação do art. 6.º da Lei n.º 11.079/04 é possível verificar quatro formas preestabelecidas de contraprestação do Poder Concedente ao concessionário, quais sejam: ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública e outorga de direitos sobre bens públicos dominicais. Contudo, em seu inciso V, o artigo supracitado estabelece que podem ser criados outros meios de contraprestação, desde que admitidos em lei.

A ordem bancária trata-se do mecanismo mais usual de pagamento, pois envolve apenas o depósito do valor da contraprestação em conta bancária aberta pelo parceiro privado.

Em sequência, a contraprestação pode ser realizada através da cessão de créditos não tributários para o concessionário. Consiste em um negócio jurídico no qual o titular de uma obrigação a transfere a um terceiro, o qual fica sub-rogado nos direitos do cedente, é regida pelos arts. 286 e 298 do Código Civil. Observa-se que o Poder Concedente, ainda que se libere de tomar medidas acautelatórias do crédito cedido e não responda pela solvência do devedor, sempre será responsável ao menos pela existência do crédito, conforme prevê o art. 295 do Código Civil.[60]

57 - SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do Concessionário – Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 219.
58 - SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p.
59 - SCHWIND, op. cit. p. 225.
60 - SCHWIND, op. cit. p. 226.

A outorga de direitos em face da Administração Pública é outra hipótese de contraprestação ao parceiro privado. Por ter um conceito jurídico bastante amplo, torna-se difícil elencar todas as situações de outorga. Para isso, recorro aos exemplos encontrados na literatura de Rafael Wallbach Schwind[61], assim sintetizados: a) a outorga do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento adotado para determinada área; b) outorga do direito do uso de solo; c) outorga de opções de compra de ações de sociedades na qual a Administração Pública detenha participação.

Por fim, a última forma de contraprestação pública prevista na Lei das PPPs consiste na outorga de direitos sobre bens públicos dominicais.

Os bens públicos são classificados pelo art. 99 do Código Civil em bens de uso comum do povo (por exemplo, rios, mares, estradas, ruas e praças), bens de uso especial (tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração pública), e bens dominicais. Ainda, o parágrafo único deste mencionado artigo, estabelece que, se a lei não dispuser ao contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

A previsão de utilizar os bens dominicais para exploração de atividade da concessionária é defendida por Floriano de Azevedo Marques Neto como positiva. Pois, para o autor, é descabido que o Poder Público detenha um acervo de bens dominicais e não promova qualquer uso:

> *É imperativo o emprego econômico dos bens dominicais de forma a que eles cumpram a finalidade de gerar receitas para a Administração Pública. Isto não apenas pelo sobredito princípio da função social da propriedade (que interdita a ociosidade, a não utilização dos bens), mas também pelo princípio da economicidade, consagrado também pela Constituição e objeto de tutela pelos Tribunais de Contas (artigo 70, caput, CF).*[62]

Portanto, após esta breve análise, concluímos ser indispensável que o edital do certame de licitação da parceria público-privada preveja claramente quais serão as formas de contraprestações públicas aplicáveis ao caso concreto, de modo que os participantes possam mensurar adequadamente os riscos abarcados. Como cada forma de contraprestação apresenta peculiaridades, a sua definição prévia constitui um importante elemento para estabelecer

61 - SCHWIND, op. cit. p. 228.
62 - MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 222.

adequadamente a equação econômico-financeira aplicada ao contrato de concessão.[63]

4. INCENTIVO FISCAL COMO MECANISMO (IN)DIRETO DE PAGAMENTO

4.1 Modalidades de incentivos fiscais

Uma variedade de termos pode ser utilizada para explicar, ou até mesmo delimitar, o campo de atuação dos incentivos fiscais. Algumas nomenclaturas são utilizadas internacionalmente para a abordagem deste instituto, por exemplo, *tax benefits*, *tax incentives*, *tax expenditure*, *exemptions*, *subventionen*.

Diante da necessidade de estabelecer parâmetros e regular a forma como o Administrador irá gerir os bens e o Erário, a doutrina nacional aprofundou a pesquisa acerca da matéria. Assim sendo, os incentivos foram divididos basicamente entre aqueles que operam na órbita da despesa pública ou na receita pública.[64]

Inicialmente, para melhor compreensão do campo de atuação financeira dos incentivos fiscais, utilizamos como referência as lições de Ricardo Lobo Torres, ao afirmar que

> *os incentivos que operam na vertente da receita estão em simetria e podem ser convertidos em privilégios financeiros, a gravar a despesa pública. A diferença entre eles é apenas jurídico-formal. A verdade é que a receita e a despesa são entes de relação, existindo cada qual em função do outro, donde resulta que tanto faz diminuir-se a receita pela isenção ou dedução, como aumentar-se a despesa, pela restituição ou subvenção, que a mesma consequência será obtida: o empobrecimento do ente público e o enriquecimento do contribuinte.*[65]

Analisando sob a ótica da despesa pública, podemos encontrar a existência de três modalidades: subvenção, créditos presumidos e subsídios.

A subvenção trata-se de uma doação modal destinada a um fim específico que há de se coadunar com a intenção política da pessoa jurídica de direito público concedente. As principais subvenções de cunho econômico são aquelas destinadas ao custeio (correntes) ou ao investimento.

63 - SCHWIND, op. cit. p. 233.
64 - CATÃO, Marcos André Vinhas. Regime jurídico dos incentivos fiscais. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 58.
65 - TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 293-294.

Quanto à natureza jurídica, pode ser entendida como um incentivo financeiro ou creditício, pois, segundo a doutrina majoritária, dos quais cito Modesto Carvalhosa e Marcos Vinhas Catão, a subvenção deve ser enquadrada como figura típica do direito financeiro, dadas as disposições legais[66] do nosso ordenamento jurídico.[67]

Em sequência, a próxima modalidade trata-se do crédito presumido, que pode assumir natureza jurídica diversa, sendo por muitas vezes um subsídio, uma subvenção ou mera redução da base de cálculo. Nestes casos, o crédito presumido é utilizado como uma técnica tributária para adequação do montante a ser tributado. O Código Tributário Nacional, ou até mesmo os dispositivos constitucionais, não cuidou de detalhar a sua definição.[68]

Como última hipótese de incentivos fiscais que atuam na despesa pública, temos os subsídios. Para Adilson Rodrigues Pires, esta modalidade pode ser definida da seguinte forma:

> *Entende-se como subsídio toda ajuda oficial de governo, com o fim de estimular a produtividade de indústrias instaladas no país. O subsídio tem por objetivo promover o desenvolvimento de setores estratégicos sob o ponto de vista econômico, ou de regiões mais atrasadas, além de servir como instrumento de incentivo às exportações, sobretudo em países em desenvolvimento.*[69]

Não obstante, há opiniões divergentes na doutrina quanto à natureza dos subsídios. Para Ricardo Lobos Torres "os subsídios podem ser incluídos no conceito mais abrangente de subvenção". Pois, ao se basear nas lições de Karehnke, entende que os subsídios seriam apenas "falsas subvenções".[70]

O conceito de subsídio não deve compreender apenas o subsídio fiscal puro, enquadrado como espécie, mas toda e qualquer outra forma de ajuda que o governo possa oferecer, direta ou indiretamente, como, por exemplo, juros subsidiados em financiamentos realizados por instituições de fomento governamentais.

Como se sabe, o capital obtido pelas concessionárias de serviço público é oriundo, em grande parte, do banco de fomento do Governo Federal, através de juros subsidiados. Daí resulta a importância da análise, ainda que de modo perfunctório, desta modalidade de incentivo fiscal para a pesquisa deste estudo.

66 - Lei n.º 4.506/64, art. 3º. Decreto-Lei n.º 1.598/77 – subvenções de custeio.
67 - CATÃO, op. cit. p. 60.
68 - CATÃO, op. cit. p. 71.
69 - PIRES, Adilson Rodrigues. Práticas abusivas no comércio internacional, 2001. In: CATÃO, Marcos André Vinhas. Regime jurídico..., p. 73.
70 - TORRES, op. cit. p. 296.

Já a modalidade dos incentivos que atuam no campo da receita pública, encontramos a isenção, o diferimento, a remissão e a anistia.

As isenções podem ser aplicadas sob duas óticas. Primeira, seria baseada no caráter negativo da norma. Segunda, teria o fim deliberado de atingir determinado ramo econômico ou segmento social sem priorizar aspectos como a capacidade contributiva, por exemplo. Portanto, as isenções seriam separadas em fiscais e extrafiscais.

Aurélio Pitanga Seixas Filho, baseado na doutrina espanhola e italiana, defende esta dicotomia (fiscal e extrafiscal) das isenções, *in verbis*:

> *Assim, o que acontece na realidade é que na hipótese de exclusão (isenção fiscal), em decorrência de o fato excluído denotar carência de capacidade contributiva, razão de ser um elemento negativo dentro dos demais pressupostos de fato, que são indicadores de capacidade contributiva, estes, então, compondo os elementos positivos da tipicidade tributária, o legislador não excepciona ou condiciona a exclusão tributária com algum encargo, pois não se trata de nenhum incentivo ou favor, porém mera adequação ou compatibilização da definição legal do fato gerador com a situação especial da pessoa vinculada ao mesmo.*
> *De outro lado, desejando o legislador incentivar ou favorecer uma determinada atividade econômica, que não é desprovida de capacidade contributiva, mas que, a critério político do legislador, merece ser particularizada, compensa, então, a concessão deste tratamento excepcional com a exigência do cumprimento de encargos, que virão ao fim de tudo, justificar e distinguir essas isenções tributárias.*[71]

Ainda, importante mencionar, que não deve ser confundido o prazo de fruição do favor fiscal já contratualmente adquirido com o prazo de vigência da norma isencional, pois a situação jurídica subjetiva que é imodificável, e não a norma isentiva. Por oportuno, menciono a lição de Aliomar Baleeiro, nos seguintes termos:

> *Em princípio, a regra deve ser a revogabilidade ou a redutibilidade da isenção em qualquer tempo em que o Estado entenda que ela já não corresponde ao interesse público do qual promanou. Mas há exceções, quando a isenção, pelas condições de sua outorga, conduziu o contribuinte a uma atividade que ele não empreenderia se estivesse sujeito aos tributos da época. Nesses casos, a revogabilidade, total ou*

71 - SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Teoria e prática das isenções tributárias, 1989. In: CATÃO, Marcos André Vinhas. Regime jurídico..., p. 78.

> *parcial, seria um ludíbrio à boa-fé dos que confiaram nos incentivos acenados pelo Estado.*[72]

Outra hipótese de incentivo que atua no campo da receita pública é o diferimento. Apesar da ausência expressa dessa modalidade pelo Código Tributário Nacional, é qualificada como uma isenção condicionada.

Assim, no diferimento, a isenção só se aperfeiçoaria pelo implemento de um evento futuro, para o qual deveriam concorrer os fatos jurídicos necessários ao seu enquadramento. Somente neste momento é que o crédito tributário se tornaria exigível.

Por fim, o instituto da remissão e anistia, embora não sejam propriamente espécies típicas de incentivos fiscais por não atuarem diretamente na função regulatória do tributo, podem ser consideradas no conjunto de estímulos a certas atividades econômicas.[73]

Segundo os arts. 172 e 180 do Código Tributário Nacional, a remissão e anistia tratam-se de formas de extinção e exclusão do crédito tributário submetidas a determinados requisitos e que tem por traço distintivo operarem seus efeitos sobre obrigação já devida ou sobre créditos tributários já constituídos.

Ao analisar brevemente os incentivos fiscais em espécie, procurou-se fazer referência às noções gerais, pois será objeto de estudo neste trabalho a implicação dos incentivos fiscais nas concessões de serviço público, em especial, na remuneração dos concessionários.

4.2. Os efeitos acarretados às concessionárias e aos usuários do serviço público

Diante da previsão decorrente do art. 17 da Lei n.º 8.987/95, o subsídio estatal deve estar à disposição de todos os interessados na prestação do serviço público. O Estado não poderá condicionar a concessão de um subsídio à circunstância de determinado concorrente lograr êxito na licitação, excluindo-se da sua incidência qualquer outro interessado. Em princípio, a aplicação de um subsídio estatal deve estar prevista no edital da licitação que objetive conceder determinado serviço público.

Entretanto, tal fato não se torna, por si só, um óbice à instituição de subsídios estatais no curso de uma concessão, desde que devidamente justificada. Exemplificando tal hipótese, Rafael Wallbach Schwind alerta para as situações em que o Estado complemente a remuneração do concessionário

72 - BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro, 1999. In: CATÃO, Marcos André Vinhas. Regime jurídico..., p. 82.
73 - CATÃO, op. cit. p. 89.

com a finalidade de compensar as perdas derivadas de um benefício tarifário instituído supervenientemente – decorrente da aplicação do art. 35 da Lei n.º 9.074/95. Também, o mesmo pode ocorrer em função da criação de qualquer encargo adicional ou redução de vantagens do concessionário como a antecipação de obras, redução do prazo contratual etc.[74]

Segundo entendimento de parte da doutrina, onde mencionamos a consideração feita pelo jurista Marçal Justen Filho, ao defender que a possibilidade do emprego de recursos estatais para o reequilíbrio de uma concessão não constituiria propriamente um subsídio, pois deve haver um "desembolso com cunho de liberalidade"[75]. Se o Poder Concedente produzir uma modificação unilateral que amplie os encargos ou reduza as vantagens do concessionário, diante do dever da Administração Pública em realizar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não haveria propriamente um subsídio.

Outro ponto importante trata-se dos efeitos concorrenciais que possam ser derivadas da instituição de um subsídio.

Em geral, é instituída uma vantagem ao concessionário para viabilizar determinados objetivos sociais que não seriam alcançados mediante a aplicação de uma lógica estritamente empresarial. É, de fato, uma das formas de atuação do Estado no domínio econômico.

Por produzir alterações nos mecanismos de mercado, os incentivos fiscais podem gerar efeitos concorrenciais que devem ser analisados com cautela pela Administração Pública. Importante ressaltar que, se não houver justificativa plausível para isso, a situação enquadra-se numa ofensa ao princípio da isonomia.

Situação controversa ocorre quando dois concessionários prestam serviços diferentes, mas que acabam competindo em um mesmo mercado. Tal fato pode ocorrer, por exemplo, no setor de transporte de passageiros, em que o transporte aéreo e o rodoviário competem pela preferência. Nessa situação, a instituição de um subsídio estatal também deverá observar o princípio da isonomia, podendo ocorrer a necessidade de reequilibrar o contrato da concessão caso o concessionário não contemplado pelo benefício seja prejudicado com a redução da procura pelo serviço derivada da criação do subsídio.[76]

Apesar do risco da demanda em uma concessão de serviço público regida apenas pela Lei n.º 8.987/95, ser atribuído exclusivamente ao concessionário, onde a lucratividade não é garantida pela Administração

74 - SCHWIND, op. cit. p. 204.
75 - JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público, 2003. In: SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração..., p. 204.
76 - SCHWIND, op. cit. p. 205.

Pública, esta não pode inviabilizar o empreendimento por meio de subsídios exclusivamente a um serviço concorrente. O ato estatal equipara-se ao "fato do príncipe", e, portanto, ensejaria o reequilíbrio econômico-financeiro.

CONCLUSÕES

O presente artigo pretendeu analisar as principais características e os mecanismos diretos e indiretos que envolvem o regime remuneratório das concessões de serviço público no Brasil.

Para tanto, imprescindível tornou-se uma revisão doutrinária do instituto das concessões públicas, abarcando uma visão histórica e contemporânea, para compreender a essencialidade de um elemento sempre presente nos contratos de concessões: a remuneração do concessionário.

Destarte, podemos alçar algumas conclusões sobre os aspectos abordados:

(1) Ao analisar os contratos de concessões públicas é possível verificar que estes instrumentos administrativos produzem efeitos trilaterais. Muito embora seja celebrado entre o poder concedente e o concessionário, os seus efeitos refletem nos usuários do serviço;

(2) Para que a concessão alcance a finalidade social a que se propõe, a remuneração do concessionário não pode ser uma barreira ao acesso dos usuários ao serviço fornecido. Ao dificultar ou impedir o acesso ao serviço, em decorrência das altas tarifas cobradas, o Estado estaria omitindo-se no fornecimento de serviço público;

(3) No que tange ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, é possível verificar que este incide em torno das compensações de uma parte a outra, no caso do surgimento de eventos que configurem um risco atribuído a um contratante, mas que impacte, de um modo econômico e financeiro, a outra parte;

(4) A tarifa cobrada dos usuários pode ter concepções distintas, podendo ser classificada como: tarifa social, tarifa com efeito arrecadatório em benefício do poder concedente, tarifas regulatórias e tarifas mínimas;

(5) Originariamente, por força do art. 6.º da Lei n.º 11.079/04, é possível verificar quatro formas pré-estabelecidas de contraprestação do Poder Concedente ao concessionário: ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública e outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;

(6) Destarte, faz-se imprescindível que o edital do certame de licitação da parceria público-privada preveja claramente quais serão as formas de contraprestações públicas aplicáveis ao caso concreto, de modo que os

participantes possam mensurar adequadamente os riscos abarcados;

(7) O capital obtido pelas concessionárias de serviço público é oriundo, em grande parte, do banco de fomento do Governo Federal, através de juros subsidiados. Não obstante, outras formas de incentivos fiscais podem ser utilizadas como mecanismo indireto de remuneração do parceiro privado, inclusive, para colaborar com a modicidade das tarifas. Deste modo, os incentivos podem operar na órbita da despesa pública ou na receita pública, portanto, com consequências diferentes no orçamento do ente público;

(8) Por produzir alterações nos mecanismos de mercado, os incentivos fiscais podem gerar efeitos concorrenciais desleais. Se não houver justificativa plausível para a concessão de um incentivo, a situação enquadra-se numa ofensa ao princípio da isonomia, por exemplo, quando dois concessionários prestam serviços diferentes, mas que acabam competindo em um mesmo mercado de usuários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Uma Introdução à Ciência das Finanças.** 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BLANCHARD, Olivier. **Macroeconomia.** 3ª edição. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

CAVALCANTI, Francisco. **Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro.** In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (orgs.). **Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP**. Cuba: Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.

CATÃO, Marcos André Vinhas. **Regime jurídico dos incentivos fiscais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bokmann. **Estudos de direito econômico, volume 2.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP – Parceria público-privada.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Concessões.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura.** São Paulo: Quartier Latin, 2011.

OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (orgs). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas.** 1ª edição. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de Parceria Público-Privada – fundamentos econômico-jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2007.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos.** São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Aspectos relevantes do subsídio a investimento em concessões e PPPs.** Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/ijpc>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

_____. **Devemos proibir que recomposição do equilíbrio econômico-financeiro altere a distribuição de riscos originária do contrato?.** Disponível em: <pt.slidesshare.net/portugalribeiro/equilíbrio-economicofinanceiro-e-distribuicao-de-riscos>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

_____. **O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre o equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs**, 2014. Disponível em: http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-todo-profissional-de-infraestrutura-precisa-saber-sobre-equilibrio-economico-financeiro-versao-publicada-na-internet-39170396. Acesso em: 20 de março de 2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias público-privadas.** São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito administrativo contratual, vol. II – (coleção pareceres: concessões e contratos).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

ALGUMAS NOVIDADES NA TRAMITAÇÃO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS NO CPC/2015

SOME NEWS ON THE PROCESSING OF EXCEPTIONAL RESOURCES AT CPC / 2015

Vinicius Silva Lemos
Advogado. Doutorando em Processo Civil pela UNICAP/PE. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF/RJ. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Rondônia – FARO. Professor de Processo Civil da FARO e na UNIRON. Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil da Uninter/FAP. Vice-Presidente do Instituto de Direito Processual de Rondônia – IDPR. Diretor-Geral da ESA/RO. Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo – ANNEP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo – CEAPRO. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO.

RESUMO: Esse artigo tem por objetivo analisar as alterações trazidas pelo CPC/2015 para os recursos excepcionais – especial e extraordinário. A explicação de sua excepcionalidade, a inserção de uma nova visão de admissibilidade, reflexos do princípio da primazia ao julgamento de mérito, fungibilidade entre os recursos, aproveitamento e sanabilidade, juízo de mérito diversos, pedido de efeito suspensivo, dentre outras mudanças.
Palavras-Chave: Recursos Excepcionais; Alterações Legislativas; Admissibilidade; Mérito.

ABSTRACT: This article aims to analyze the results presented by CPC / 2015 for exceptional resources - special and extraordinary. An explanation of its exceptionality, an insertion of a new vision of admissibility, reflections from the principle of primacy to the judgment of merit, fungibility between resources, use and sanability, various merits judgment, request for suspensive effect, changes among others.
Keywords: Exceptional Resources; Legislative changes; Admissibility; Merit.

1. INTRODUÇÃO

A nova norma processual é uma realidade no cotidiano jurídico, seja na academia ou na prática forense, com a necessidade de estudo de suas mudanças, principalmente as mais impactantes neste dia a dia do labor judicial.

O CPC/2015 trouxe diversas alterações em toda a sistemática recursal, com modificações pertinentes a vários recursos e não foi diferente sobre os recursos excepcionais – especial e extraordinário – com grandes inovações e adaptações possíveis, com o intuito de proporcionar uma melhora sintonia e recorribilidade para o jurisdicionado e, ainda, um melhor trâmite recursal.

O impacto nos recursos aos Tribunais Superiores é enorme, com novos institutos, como a fungibilidade entre ambos os recursos; em comparação com a concomitância de interposição; a flexibilização da admissibilidade como regra; extinção da forma de interposição retida em acórdão de agravo de instrumento; juízo de mérito com amplitude maior sobre o capítulo impugnado, dentre outros.

Esse estudo visa delinear alguns pontos novos sobre os recursos excepcionais e o trâmite nos Tribunais Superiores.

2. EXCEPCIONALIDADE DA JURISDIÇÃO SUPERIOR

Os recursos são atos processuais voluntários, realizados pelos legitimados prejudicados, com a finalidade de impugnar uma decisão, proporcionando um reexame por um órgão colegiado, hierarquicamente superior[1], almejando uma melhora na sua situação processual. Entretanto, a finalidade recursal dos recursos excepcionais é bipartida, almejando a defesa do direito e sua interpretação uniforme[2], para, como consequência, possibilitar ao recorrente a melhora pretendida.

Não há, ao menos na visão jurídica maior, um interesse primordial na prestação jurisdicional para as partes processuais no âmbito dos Tribunais Superiores, mas uma prioridade em proporcionar a segurança jurídica com uma uniformização de jurisprudência, a defesa jurídica estatal ao direito elencado na demanda, seja lei federal no caso do STJ ou a Constituição Federal no STF.

1 - Comentário do autor: com legitimidade pela parte, MP ou terceiro prejudicado. Alguns recursos não tem a característica do "hierarquicamente superior", entretanto, na normalidade do duplo grau de jurisdição caracteriza essa visão hierárquica.

2 - "As Cortes Supremas definem o sentido da lei federal e da Constituição, agregando sentido à ordem jurídica, e apenas por isso os seus precedentes devem ser obrigatoriamente respeitados pelos juízes e tribunais. Toca às raias do absurdo elencar entre os pronunciamentos com força obrigatória as decisões proferidas em recursos repetitivos, esquecendo-se das demais decisões, inclusive das tomadas em repercussão geral pelo STF. Isso apenas teria lógica se a função das Cortes Supremas estivesse limitada a otimizar o trabalho do Poder Judiciário. Ora, a função da Corte Suprema, mais do que evitar decisões diferentes para casos em que se repetem em massa, dirige-se a casos que abrem oportunidade para a orientação da sociedade mediante a instituição de precedentes." MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o novo CPC. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. n. 65 – Mar/Abr/2015. p. 21.

Recorrer aos Tribunais Superiores não é direito das partes; não basta somente a existência da sucumbência na demanda para possibilitar a existência do interesse recursal, como ocorre nos recursos que cumprem o duplo grau de jurisdição – os recursos ordinários. O acesso à jurisdição superior nasce da necessidade de defesa do direito, teoricamente ofendido na demanda[3], proporcionando aos Tribunais Superiores a realizarem essa análise, para, se for o caso, julgarem a decisão prolatada em única ou última instância e, ainda que seja fora da órbita da interpretação jurídica, realizando a manutenção da jurisprudência e aplicabilidade do direito de maneira eficaz e uniforme, garantindo uma igualdade para os jurisdicionados daquele processo, tanto quanto para os cidadãos de forma ampla.

Os Tribunais Superiores não são, meramente, de revisão, não possibilitando qualquer matéria, bem como todos os processos terem acesso, mas somente matéria restrita, definida em norma constitucional como importante para uma revisão, tornando esta limitada, com caráter de excepcionalidade, fugindo do processo de objeto ordinário/comum, para processo de objeto extraordinário/diferente, necessitando da intervenção de defesa da lei federal ou da norma constitucional. Por causa disso, o recurso especial para o STJ e o extraordinário para o STF, juntos, ganham a denominação de *recursos excepcionais.*

Quando há a prestação jurisdicional de primeiro e segundo grau, o direito das partes na revisão material ilimitada encerra ali, com o acórdão perante o Tribunal de revisão e, somente em casos em que aquele Tribunal interpretou a norma de modo equivocado, diferente da letra legal ou de interpretação de outros Tribunais ou dos Tribunais Superiores, que possibilita o cabimento recursal nessa modalidade excepcional. Dessa feita, não são todos os processos que podem chegar até as instâncias superiores; são as exceções, dependendo do resultado material da ação – no acórdão do Tribunal de segundo grau – e seus fundamentos.

Sobre essa jurisdição excepcional, de forma diversa do duplo grau de jurisdição, realizada somente em determinadas situações, Mancuso explica que o fato de "*os recursos extraordinário e especial pertencem à classe dos "excepcionais" reside em que seus pressupostos não são dados pela lei processual, e sim pela Constituição Federal*[4]." O normal do regramento

3 - "Para a solução do problema certamente não terá trazido a mínima contribuição o caráter analítico da Constituição: quanto maior a quantidade de normas que contém, maior é naturalmente a quantidade de questões que suscita, e maior a probabilidade de que se tente submetê-las ao crivo da Suprema Corte. O problema aqui se agrava substancialmente pela formidável instabilidade do texto constitucional, objeto de dezenas de emendas ao longo de sua vigência" ASSUMPÇÃO, Hélcio Alves de. Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade. in Meios de Impugnação ao Julgado Civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Adroaldo Fabrício (coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2007. p. 265.

4 - MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 169.

recursal é a disposição em torno do cabimento e sua recorribilidade sobrevir do ordenamento processual, do código de processo. No entanto, em relação a esses dois recursos – especial e extraordinário, a disposição é constitucional, sendo menciona na lei processual como uma especificação das regras de interposição e detalhes menores do andamento processual, ou seja, somente sobre a procedimentalidade recursal, mas a base da existência e hipóteses de utilização está na Constituição Federal, nascendo, legalmente, de modo diverso dos demais recursos.

Esse aspecto constitucional demonstra a importância não somente dos recursos excepcionais, mas também dos próprios Tribunais Superiores, com funções diversas dos Tribunais locais, no intuito de realizar análises recursais diferentes das demais explicitadas na legislação processual.

A visão passa por realizar, antes de tudo, uma defesa do direito, a manutenção da ordem jurídica, a interpretação da lei, de modo a proporcionar segurança jurídica, esses são os pontos positivos da existência dessa revisão jurisdicional realizada pelos Tribunais Superiores. O direito do recorrente, aquele bem jurídico específico da demanda, é consequente da análise de proteção à lei federal ou à Constituição, não podendo ser a base central do recurso, o que diferimos, aqui, dos recursos de duplo grau. Não se recorre, no âmbito excepcional, para garantir um êxito na demanda, mas para alcançar a proteção normativa e, depois, realizada a proteção à norma – federal ou constitucional – alcança-se o direito reivindicado pela parte, como uma prestação jurisdicional secundária.

A função desses recursos excepcionais é maior do que o seu próprio processo, com um viés de objetivação[5] da própria análise recursal, bem maior do que o bem jurídico pretendido e, também, das partes ali presentes, de forma a serem "mais do que recursos, são meios de possibilitar ao STF o controle da constitucionalidade e ao STJ o controle da validade, inteireza positiva, autoridade e uniformidade do direito federal[6]."

3. ALGUMAS NOVIDADES NA TRAMITAÇÃO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS NO CPC/2015

3.1. Fungibilidade entre os recursos: especial e extraordinário

Os recursos para os Tribunais Superiores – especial e extraordinário – atacam, por vezes, a mesma espécie de decisão, o acórdão do Tribunal de segundo

5 - Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In.: OLIVEIRA, Bruno Silveira de (coord.). Recursos e duração razoável do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

6 - MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 169.

grau. Um quando há ofensa à lei/norma federal, outro quando há matéria constitucional pertinente para tanto. É necessário, portanto, uma análise pelo possível recorrente sobre o conteúdo do acórdão para realizar, corretamente, o enquadramento recursal, intentar o recurso especial, quando for o caso de ofensa a dispositivo de lei federal e suas vertentes ou, o recurso extraordinário, quando contiver matéria constitucional. Um enquadramento equivocado, uma possível confusão entre a matéria federal ou constitucional pelo recorrente, se intentasse o recurso equivocado, pelo CPC/73, o recurso seria inadmissível, totalmente prejudicado, diante do erro processual realizado.

Quando, em um acórdão, houver pluralidade de pedidos ou matérias e, cada ofensa for em pontos ou questões diversas e autônomas, caberá a concomitância entre os recursos especiais e extraordinários, podendo intentar ambos contra o mesmo acórdão. O cerne da questão da fungibilidade, como veremos na construção de raciocínio, ocorre quando, em uma mesma questão ou, em um acórdão que somente tem uma matéria, nesta mesma, o Tribunal recorrido consegue, ao mesmo tempo, infringir a lei federal e o texto constitucional.

Nessa hipótese de dupla ofensa, ao mesmo ponto material interno do acórdão, somente caberá um dos recursos, com a necessidade de escolha sobre qual recorribilidade realizar. No direito brasileiro, muitas normas têm o mesmo teor, tanto na Constituição Federal, quanto na lei federal. A dúvida? Quando um desses dispositivos multifacetados for infringido, de certo modo, ambos os textos legais foram ofendidos, mas, como somente cabe um recurso excepcional, qual intentar? Essa dúvida sempre houve no cotidiano forense.

No CPC/73, quando persistia a dúvida se havia uma ofensa a dispositivo da Constituição ou lei federal, normalmente, o recurso extraordinário interposto era inadmitido por falta de adequação correta. O STF, por muitas vezes, entendia como ofensa reflexa[7] à Constituição, não enquadrando na hipótese do art. 102, III, A, respondendo pelo não conhecimento recursal[8]. Por outro lado, o STJ entendia, em situações idênticas, que havia uma contrariedade

7 - "O STF não admite recursos extraordinários nos quais se pretenda discutir o que denomina de i*nconstitucionalidade reflexa ou indireta*. Esse conceito descreve, de forma geral, hipóteses nas quais a parte interpõe o recurso alegando que a decisão recorrida interpretou equivocadamente a legislação infraconstitucional e, ao fazê-lo, violou normas constitucionais." BARROSO. Luis Roberto. Recurso extraordinário e a violação indireta da Constituição: ilegitimidade pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/recurso-extraordinario-violacao-indireta-da-constituicao-ilegitimidade-da-alteracao-pontual-e-casuistica-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal. Acesso em 04/04/2017.

8 - "Vale destacar que milhares de recursos extraordinários são negados pelo fundamento de ofensa reflexa ou indireta e que, com o disposto no art. 1.033, serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para o juízo de admissibilidade." SILVA, Christine Oliveira Peter da. Sistemática da Repercussão Geral no Novo Código de Processo Civil. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. v. 13 n. 97, set/out/2015, IOB. p. 382.

à Constituição e não à lei federal, não admitindo a interposição de recurso especial.

Em uma situação dessa, no ordenamento revogado, o jurisdicionado com um caso idêntico a esse, se via diante de um limbo processual[9], sem saída sobre a recorribilidade correta, sem ter uma visão de adequação e correspondência[10] fácil sobre a real ofensa existente no acórdão a ser impugnado pelo recurso excepcional.

Desse modo, seja no CPC/73 ou no CPC/2015, há um conflito negativo[11] de admissibilidade entre os Tribunais Superiores, justamente pelo fato dessa dúvida sobre a matéria a ser impugnada no acórdão do Tribunal de apelação.

Já no CPC/2015, existe a aplicação do princípio da fungibilidade entre os recursos excepcionais, tanto na interposição do recurso especial na hipótese do extraordinário, quanto na situação inversa. Entretanto, há de se imaginar que o equívoco somente será possível de ser tergiversado, quando houver uma dúvida plausível, em hipóteses complementes subjetivas de cabimento de ambos os recursos. Pelo princípio da primazia de mérito e a possibilidade criada nos art. 1.032 e 1.033[12], o novel ordenamento imaginou uma saída processual para a eventual omissão de um ou ambos Tribunais Superiores, quando houver

9 - "Exemplo disso é a regra no sentido de que o STF só cabe conhecer de "ofensa direta" à Constituição Federal. Isto significa dizer que, se para demonstrar que houve a ofensa à Constituição Federal, a argumentação da recorrente tem necessariamente de passar pela lei ordinária (que, v.g., repete o princípio constante na Constituição Federal) e porque se estaria diante de ofensa "indireta" à Constituição Federal, que, por isso, não deveria ser examinada pela via do recurso extraordinário. Esta regra, em nosso entender, leva a um paradoxo: a Constituição Federal consagra certo princípio e se, pela relevância, a lei ordinária repete, por isso, o tribunal, cuja função é de zelar pelo respeito à Constituição Federal, abdica de examinar a questão." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio dos recursos de estrito direito e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: RT. 2001. p. 169.

10 - "Sabe-se que o sistema recursal brasileiro é informado por uma série de princípios, entre eles o da singularidade e o da correspondência. Pelo princípio da singularidade, para cada pronunciamento judicial recorrível existe, em regra, somente um recurso previsto. E, pelo princípio da correspondência, existe verdadeira correlação entre os pronunciamentos judiciais e os tipos de recurso cabíveis. O princípio da fungibilidade recursal consiste, então, numa atenuação desses princípios, num abrandamento das respectivas regras, na medida em que autoriza o recebimento de um recurso por outro, proporcionando o conhecimento de mais de uma espécie de recurso contra uma única decisão judicial." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os Agravos no CPC Brasileiro. 3a. Edição. São Paulo: RT, 2000. p. 34.

11 - "E os artigos 1.032 a 1.033 do CPC/2015 têm, exatamente, a virtude de permitir, vez por todas, uma solução concreta para o conflito negativo de atribuição, gerando, com isso, padrões decisórios a serem seguidos pela própria Corte (vinculação horizontal) e pelos demais tribunais de 2o grau e juízes (vinculação vertical), tudo por observância aos arts. 926 a 928 do CPC/2015." CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A fungibilidade de mão dupla entre os recursos excepcionais no CPC/2015. Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada – v. 6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm. 2015. p. 817.

12 - "Para obviar aos inconvenientes de se impedir a análise da questão de direito aventada no recurso extraordinário, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu que, caso o STF entenda que a violação à Constituição é reflexa, porque a questão foi resolvida à luz de norma federal infraconstitucional, deverá remeter o recurso extraordinário ao STJ, para que este o julgue como recurso especial (art. 1.033 do CPC/2015)." MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 2ª Edição. RT: São Paulo. 2015. p. 706.

essa negatividade sobre o cabimento recursal. Pela nova regra, não há a inadmissibilidade e, consequentemente, algum dos Tribunais julgará o recurso interposto, nem que seja pela fungibilidade.

No entanto, para a aplicabilidade dessa fungibilidade, algumas regras devem ser seguidas; a primeira é a existência de dúvida plausível entre o cabimento de qual recurso excepcional e não um erro grosseiro. Dentre as hipóteses de cabimento de cada um dos recursos excepcionais, há aquelas subjetivas e, outras, objetivas. Não há como imaginar que um recurso especial que tentou impugnar um acórdão com declaração de inconstitucionalidade de uma norma federal – alínea B do art. 102, III – seria possível de fungibilidade. Em casos como esse, o equívoco deve ser encarado como erro grosseiro, já que não se pode arguir dúvida plausível entre uma hipótese objetiva e outra subjetiva. Podemos entender, dessa maneira, que o normal será a fungibilidade entre as alíneas A de cada dispositivo – art. 102, III e 105, III – pelo fato de, ambas, falarem sobre a contrariedade à norma, mesmo que em níveis diferentes, mas que possibilitam uma confusão entre elas[13]. Não há como imaginar uma fungibilidade sem ser por essas hipóteses, por total falta de possibilidade de aproveitamento do recurso equivocadamente interposto.

Ultrapassada essa questão sobre a hipótese de cabimento do recurso excepcional, sendo que ambos os recursos são para os Tribunais Superiores, em caso de enquadramento equivocado, o recorrente tem a oportunidade do seu recurso ser reaproveitado, remetido para o órgão correto, não sendo declarado diretamente inadmissível[14]. Na dicção do art. 1.032, quando o relator do STJ entender que não houve o enquadramento correto, em vez de questão federal, o correto seria a impugnação a uma matéria constitucional, há a possibilidade de aproveitamento de tal recurso, mesmo com a delimitação e fundamentação material equivocada, transformando-o em recurso extraordinário, com a devida remessa ao STF, para processamento e julgamento. Da mesma forma ocorre o inverso; quando o relator do STF, ao receber o recurso extraordinário, verificar

13 - "Com efeito, se determinado tema é previsto na Constituição e, novamente, em lei ordinária, significa que o legislador, sensível aos anseios populares, deu ao assunto um grande valor, daí porque, se judicializa a questão, esta deve, havendo repercussão geral, ser decidida, em último nível, pelo órgão que tem o dever de dar a palavra final em matéria constitucional. Se, de outro lado, o STF entender que a matéria é afeta ao STJ, deve remeter o recurso à outra Corte e não, como ocorre hoje, negar seguimento ao recurso extraordinário, porque, com a devida vênia, o Poder Judiciário não pode aplicar uma interpretação que deixe o jurisdicionado sem resposta, positiva ou negativa, às suas pretensões." CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A fungibilidade de mão dupla entre os recursos excepcionais no CPC/2015*. Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada - v.6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 817.

14 - "A regra nasceu da dificuldade que há em se distinguir ofensa à lei de ofensa à Constituição. De fato, há questões que são simultaneamente constitucionais e legais. Há matérias que comportam análise sob a ótica constitucional sob a perspectiva de lei ordinária. Em muitas ocasiões, a distinção entre ofensa direta e reflexa à Constituição Federal é tarefa bastante difícil, senão impossível." MIRANDA, Pedro de Oliveira. Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015. 1ª. Ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2015. p. 267.

que a matéria ali exposta é uma questão federal, somente com um reflexo constitucional, pode, da mesma maneira, aproveitar a existência recursal, para transformá-lo em recurso especial, com a devida remessa ao STJ, conforme disposto no art. 1.033[15].

No entanto, devemos analisar a prerrogativa de competência para tal decisão. No caso do art. 1.032[16], na fungibilidade do recurso especial recebido para transformá-lo em extraordinário, a decisão cabe ao relator, com a sua discricionariedade em decidir monocraticamente. Já, no STF, acontece de igual forma? Uma dúvida pertinente. A princípio, há de se imaginar que sim, mas, analisando a dicção do art. 1.033, o ali disposto passa pelo *"se o Supremo Tribunal Federal considerar,"* o que, num primeiro momento, coloca como uma competência colegiada, pelo STF, como uma forma de julgamento conjunto, sem a possibilidade do relator fazê-lo monocraticamente. Há plausibilidade em imaginar essa hipótese? Não há como pensar que a fungibilidade seria somente pelo colegiado, ainda que, durante o julgamento, possam realizar a decisão, todavia, o normal é que seja realizada, quando possível, pelo relator, até para não enviar a matéria, desnecessariamente, para o colegiado/pleno.

Como a fungibilidade acaba por ser uma *via de mão dupla,* uma simetria em suas possibilidades, é e deve ser visualizada como possível e plausível. Marinoni denominada como *livre trânsito entre os recursos excepcionais*.

Dessa maneira, mesmo não dispondo, no art. 1.033, que a função de análise é do relator, para transformar o extraordinário em especial, não há problema que assim o faça, se entender pertinente. Em ambos os casos, o relator deve fazer[17], sempre que possível e pertinente, a fungibilidade, com a possibilidade somente de fundo e em última situação, do colegiado realizá-lo.

Essa decisão monocrática pode ser agravável? A princípio, se imagina que o relator realizou tal desiderato, com uma clara "ajuda" ao

15 - "A ideia de que os tribunais superiores ocupariam "nichos" bem separados e definidos, em que o STF julgaria apenas questões constitucionais através de recursos extraordinários, e o STJ resolveria somente questões federais infraconstitucionais ao julgar recursos especiais, resta, segundo pensamos, totalmente comprometida. O Código de Processo Civil de 2015, atento a esses problemas, estabeleceu, para os casos em que os tribunais superiores controverterem quanto a tratar-se de constitucional ou federal a questão de direito suscitada na decisão recorrida, a possibilidade de conversão do recurso extraordinário em recurso especial, ou vice-versa." MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 2ª Edição. RT: São Paulo. 2015. p. 706.

16 - "O art. 1.032 do CPC traz regra que concretiza o princípio da fungibilidade dos recursos e, por consequência, também, o princípio da primazia da decisão de mérito e o princípio da cooperação. Em vez de levar à extinção do procedimento recursal sem exame do mérito, o fato de o recurso versar sobre questão constitucional leva à conversão dele em recurso extraordinário, com a remessa dos autos ao STF." CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 137

17 - Enunciado n.º 566 do FPPC: Na hipótese de conversão do recurso extraordinário em recurso especial, nos termos do art. 1.033, cabe ao relator conceder o prazo do caput do art. 1.032 para que o recorrente adapte seu recurso e se manifeste sobre a questão infraconstitucional.

recorrente, para adequar o recurso excepcional equivocado ao que seria correto para aquela situação. Por qual motivo, então, o recorrente teria interesse recursal em agravar da decisão que, teoricamente, lhe é auxiliar? Em todo caso, a decisão judicial pode ser falível, com erro/equívoco na questão, decidindo pela fungibilidade quando não seria necessário, desse modo, quando ocorrer qualquer situação em que o recorrente entenda que não é pertinente a fungibilidade, com a possibilidade do colegiado se manifestar.

A fungibilidade será, de todo modo, pouco utilizada, a recorribilidade de sua decisão menos ainda, contudo, plenamente possível.

O intuito de existência dessa fungibilidade, entre os recursos excepcionais, perfaz a utilização do princípio da primazia ao julgamento de mérito[18], como uma evolução do princípio da instrumentalidade das formas[19], para almejar que se julgue o mérito recursal, relativizando a formalidade processual do cabimento, para almejar a resolução do conflito, a prestação jurisdicional ao cidadão.

A confusão da matéria e as ofensas existe, não de forma sazonal ou excepcional, mas com certa frequência, ocasionando, muitas vezes, o não conhecimento ou o improvimento do recurso para o Tribunal Superior, gerando prejuízo ao jurisdicionado[20]. Sem uma certeza de qual espécie de ofensa foi

18 - "Vale destacar que milhares de recursos extraordinários são negados pelo fundamento de ofensa reflexa ou indireta e que, com o disposto no art. 1.033, serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para o juízo de admissibilidade." SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Sistemática da Repercussão Geral no Novo Código de Processo Civil*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. v. 13 n. 97, set/out/2015, IOB. p.382.

19 - "Sem transformar as regras formais do processo num sistema orgânico de armadilhas ardilosamente preparadas pela parte mais astuciosa e estrategicamente dissimuladas do caminho do mais incauto, mas também sem renegar o valor que têm, o que se postula é, portanto, a colocação do processo em seu devido lugar de instrumento que não pretenda ir além de suas funções; instrumento cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais do que instrumento". DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 329.

20 - Decisão. Vistos. Trata-se de agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário amparada no seguinte fundamento: "No entanto, observo que o STF já se manifestou sobre a questão constitucional levantada pela parte autora, no julgamento do AI 801429 SP. Eis o inteiro teor da decisão: Agravo regimental no agravo de instrumento. Coisa julgada. Ofensa ao art. 5º, incisos XXXVI, LIV e LV, da CF. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição. 1. A agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar a decisão agravada. 2. A suposta violação do art. 5º, XXXVI, LIV e LV, da CF/88, configura-se, em regra, como no presente caso, mera ofensa reflexa. 3. Agravo regimental não provido. (Ministro Dias Toffoli, Data do Julgamento: 07.02.2012, 1ª Turma)". Decido. O entendimento da Corte é no sentido de que deve a parte impugnar todos os fundamentos da decisão que não admitiu o apelo extremo, o que não ocorreu na espécie, uma vez que mantida incólume a motivação acima reproduzida. A jurisprudência de ambas as Turmas deste Tribunal é no sentido de negar provimento ao agravo quando, como no caso, não são atacados os fundamentos da decisão que obsta o processamento do apelo extraordinário. Nesse sentido: AI nº 488.369/RSAgR, 4/5/04, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 28/5/04, e AI nº 330.535/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 21/9/01, e ARE nº 637.373/MS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15/6/11, esse último assim ementado: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RAZÕES DO RECURSO NÃO ATACAM OS FUNDAMENTOS DA AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 287 DO STF. ARTIGO 543 DO CPC. REMESSA DO FEITO AO STJ. DESNECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I O agravo não atacou os fundamentos da decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, o que o torna inviável,

realizada, há uma dúvida sempre no ar.

As hipóteses apresentadas nos arts. 1.032 e 1.033 devem ser vistas como fungibilidade ou *eventual conversão recursal*? O relator está aceitando um recurso como outro ou, simplesmente, transformando-o um recurso em outro, adequando à hipótese recursal para a situação correta. A dúvida parece irrelevante, no sentido prático de que o efeito seria possibilitar julgar o mérito, entretanto, a fungibilidade existe para aceitar-se a interposição de um recurso, com os efeitos do outro. A conversão seria transformar um recurso interposto em outro; uma diferença sutil, mas contundente para esta situação. Muito mais me parece que houve a aceitação de um recurso como outro, do especial como extraordinário e vice-versa.

A preocupação com o direito material, baseada na utilização do princípio da primazia de mérito cominado com o princípio da efetividade do processo, com o alcance da resolução meritória do recurso, relativizando eventuais percalços processuais para um fim comum, a prestação jurisdicional mais ampla, com um resultado mais prático da resposta estatal. O processo deve ser um meio em busca da resolução material, um procedimento para a finalidade da solução ao conflito de interesses, não impedindo que ele, quando for possível, julgar o recurso, mediante alguma relativização. Esse é um avanço da legislação, com um olhar mais material ao direito do que uma rigidez processual.

3.1.1. A necessidade da complementação na hipótese do recurso especial aceito como recurso extraordinário

Com a possibilidade da fungibilidade recursal entre as espécies excepcionais, a interposição para os Tribunais Superiores ganha, como já vimos, uma flexibilidade processual, de modo a reaproveitar o que seria um recurso inadequado, transformando-o em outro recurso, seja do especial para o extraordinário, como vice-versa.

Entretanto, quando a fungibilidade ocorre na aceitação do recurso especial como extraordinário, para a mutação processual ser completa, há a necessidade da complementação recursal, concedendo prazo para o recorrente adequar o recurso à nova situação, fundamentando sobre o requisito de admissibilidade do extraordinário, a repercussão geral – no prazo de 15 dias, argumentando sobre a sua existência, aproveitando,

conforme a Súmula 287 do STF. Precedentes. II É desnecessário aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ quando o extraordinário não possuir condições de admissibilidade. Precedentes. III Agravo regimental improvido." Ante o exposto, não conheço do agravo. Publique-se. (STF - ARE: 808688 PE , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 13/06/2014, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31/07/2014 PUBLIC 01/08/2014)

também, para motivar a questão constitucional, delimitando os pontos em que compreende, fundamentado pelo fato da fungibilidade, haver alguma matéria pertinente.

Sem essa complementação, não há possibilidade da fungibilidade, diante da necessidade de qualquer recurso extraordinário de manifestar-se sobre a repercussão geral. O recurso nasce, aqui, como especial, pelo fato de ter sido interposto desse modo, transformando-o, por interpretação do ministro-relator, em extraordinário, exigindo do recorrente, para o aproveitamento, a adequação aos ditames de admissibilidade recursal específicos da espécie recursal ao STF.

A utilização do princípio da complementariedade não somente será vista como eficaz, mas, também, como obrigatória, pela alteração do viés recursal determinado pelo ministro-relator. O recorrente não imaginava intentar um recurso extraordinário, preparando-se com as regras do recurso especial, necessitando de prazo para a complementação recursal[21].

Com a remessa realizada, nos moldes da fungibilidade, com base no parágrafo único do art. 1.032, na chegada do recurso no STF, o relator pode discordar sobre a matéria recursal conter cunho constitucional, podendo, nessa hipótese, determinar a devolução dos autos ao STJ para análise do recurso especial. Essa competência e discricionariedade dada ao STF para decidir se aceitará ou não a fungibilidade, devolvendo os autos em caso de negativa, não ocorre quando a situação for inversa, qual seja, quando o STJ, ao receber um recurso extraordinário, em que houve a mutação em especial pelo STF, não pode rever essa conclusão, necessariamente, acatando-o como especial, concedendo o prosseguimento da instrução recursal, da mesma maneira que os demais recursos especiais.

3.1.2. A complementação inversa: recurso extraordinário aceito como especial

A complementação faz parte do art. 1.032, no entanto, não há, no caminho inverso, a necessidade da complementação do recurso extraordinário aceito como especial, com a decisão somente para realizar a remessa do STF para o STJ. Mas, será que isso é correto?

Imaginemos que um recurso extraordinário, que impugna a contrariedade direta à Constituição Federal será aceito como especial

21 - "A fim de evitar tal situação, o CPC/2015 estabeleceu que, se o relator do REsp entender que o objeto do recurso tem cunho constitucional, deverá intimar o recorrente para que demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional, convertendo-se, na verdade, o REsp em RE. Em seguida remeterá o novo recurso extraordinário ao STF, que poderá devolvê-lo ao STJ se entender que a matéria é de natureza infraconstitucional." MIRANDA, Pedro de Oliveira. Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015. 1a. Ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2015. p. 269.

pelo relator no STF. Não há, nesse recurso, nenhuma menção à lei federal, nenhuma formalidade que o coloque como plausível de impugnação à lei federal.

Dessa forma, sem uma adequação, um prazo para a complementariedade recursal, não há nenhuma chance para tal recurso, ainda que o relator tenha concedido ali uma relativização com o anúncio de uma fungibilidade.

Com isso, pertinente se faz a interpretação de que o prazo de 15 dias para a adequação do recurso, após a fungibilidade, deve ser em qualquer das vias, seja a do recurso especial para a aceitação como extraordinário, como já preconizado na norma e, por analogia a essa, quando extraordinário for fungível para especial, utilizando como uma regra para este instituto.

3.1.3. A necessidade de permissão de prazo para as contrarrazões recursais após a fungibilidade

Com o relator decidindo pela fungibilidade recursal dos recursos excepcionais, como vimos, há plausibilidade que conceda, em qualquer dos casos e hipóteses, o prazo para a complementação recursal, seja para adequar ao requisito da repercussão geral, seja para adequar as questões – federais ou constitucionais – tornando o recurso aceito pela fungibilidade, com chances mais reais de provimento.

O prazo deve ser para ambos os recursos, ainda que, somente na hipótese do recurso especial em extraordinário, seja prevista legalmente. De qualquer modo, necessita-se também, de que haja a abertura de prazo para novas contrarrazões[22], de igual tamanho temporal.

Elas seriam as contrarrazões parciais para impugnar a parte que foi acrescida pelo recorrente para adequar a fungibilidade decidida para aquele recurso.

Se o recorrente tem um prazo para aditar seu recurso, ainda que de forma mínima, o recorrido, deve, em igual prazo, manifestar-se sobre essas alterações, com a possibilidade de impugnar, tanto a admissibilidade como na repercussão geral, pleiteando sua inexistência ou falar dos pontos de adequação da questão federal ou constitucional que, eventualmente, foram alteradas/adequadas.

Não há como possibilitar o recorrente de uma manifestação, tolhendo o direito do recorrido de, igual maneira, se manifestar. Pelo

22 - Enunciado n.º 565 do FPPC: Na hipótese de conversão de recurso extraordinário em recurso especial ou vice-versa, após a manifestação do recorrente, o recorrido será intimado para, no prazo do caput do art. 1.032, complementar suas contrarrazões.

princípio da ampliação do contraditório, deve possibilitar que o recorrido possa impugnar, não somente a fungibilidade em si, bem como qualquer outro argumento realizado nesta complementação recursal.

E a pergunta fica: o recorrido pode, neste momento, realizar a *recorribilidade adesiva*? Imaginemos que a recorrida não se manifestou por recorrer adesivamente, quando da interposição do recurso especial, justamente, por não visualizar motivos para impugnar a decisão com uma questão federal, mas, agora, com a alteração para uma questão constitucional, se o recorrido entender que há plausibilidade, pode, nesse momento impróprio, recorrer adesivamente? Não vejo óbice para tanto, uma vez que, realmente, deve ter as contrarrazões para tanto, com a possibilidade da interposição do recurso adesivo.

3.1.4. O problema da cumulação de pedidos na ação e no recurso excepcional: a fungibilidade diante dessa hipótese[23]

Existe um problema procedimental nas disposições dos arts. 1.032 e 1.033, com a visão de que o recurso excepcional – qualquer deles – seria somente com um pedido ou com uma matéria, fato totalmente desprendido da realidade cotidiana. O normal de uma demanda e, consequentemente, de um recurso[24], é ter uma pluralidade de pedidos ou, ainda, de matérias, como preliminares, prejudiciais e o próprio mérito da demanda, mesmo que seja somente um pedido.

Com isso, há de se imaginar, quando falarmos de cumulação de pedidos, sobre pontos ou capítulos diferentes do acórdão, via recurso excepcional, importa-se, em algum momento, em recursos diferentes para pontos diferentes, com a necessidade de verificar se a fungibilidade, quando um recurso contiver vários pedidos, possa ser aplicável e, principalmente, o meio de sistematização.

Primeiramente, não há óbice para tal fungibilidade, uma vez que os artigos pertinentes em nada obstaculizam tal procedimento. A grande complicação está na existência, interna ao recurso, de vários recursos ao mesmo tempo. A princípio, se todos os pedidos forem com pertinência para a fungibilidade, não há nenhuma diferença sobre a aplicação de tal aproveitamento, com a fungibilidade e, ainda, com a aplicabilidade em

23 - Mais sobre o assunto: LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos recursais. Revista de Processo , v. 258, p. 235-254, 2016.

24 - "Tudo isso, que é aplicável à cumulação de pedidos na petição inicial, também se aplica no recurso. O recurso pode veicular mais de um pedido. Pode haver cumulação própria de pedidos: o recorrente pode postular a reforma de mais de um capítulo diferente da decisão." CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 136/137.

qualquer das esferas, para transformar um recurso especial com dois ou mais pedidos em um extraordinário com igual quantidade de pedidos ou vice-versa.

O problema ocorre quando, em um recurso excepcional, tiver um pedido fungível e o outro não. Nessa hipótese, a sistematização é um pouco diversa.

A *primeira hipótese* seria um recurso especial com um pedido fungível e outro pertinente ao STJ mesmo. Nesse caso, seria necessária a análise de prejudicialidade, com a necessidade de visualização se o pedido fungível afeta ao pedido de questão federal, se afetar, já se procede com a fungibilidade, para que o STF julgue o pedido fungível e, aquele que não era fungível aguarda. Por outro lado, sem a prejudicialidade, o pedido fungível aguarda no STJ, para, após o julgamento da questão federal, remeter-se ao STF, como ocorre quando há a concomitância.

A *outra hipótese* ocorre quando um recurso extraordinário contiver dois ou mais pedidos e, ao menos um deles, for passível de fungibilidade. Nessa situação, os pedidos que permanecem com questões constitucionais terão prioridade, com a necessária espera daquele que contém a questão federal. Depois da análise e julgamento das questões constitucionais, remeter-se-á o recurso, com a fungibilidade sobre um dos pedidos para a análise do STJ.

No entanto, em qualquer das hipóteses, é necessária a delimitação, tão logo se inicie a análise, de que certo pedido e, consequentemente, parte do recurso, é passível de fungibilidade, demonstrando, desde o início da análise recursal, a visão sobre tal fungibilidade, mesmo que a remessa ocorra somente a posterior.

3.1.5. O impacto da Lei nº 13.256/2016 na fungibilidade dos recursos excepcionais

Houve a mudança realizada, pela lei nº 13.256/1016, no juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, retornando-os para o formato bifásico, com a análise preliminar realizada pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido, para, somente após, remeter-se ao Tribunal Superior, talvez até via agravo do art. 1.042 para tanto. E, para o instituto da fungibilidade, há alguma diferença? Com isso, creio que o instituto da fungibilidade entre os recursos excepcionais perde quase toda a sua força e aplicabilidade.

O instituto nascia pela possibilidade do relator, ao analisar o recurso excepcional – tanto faz se o especial ou o extraordinário – não tinha nenhuma análise anterior de admissibilidade, tampouco decisão sobre o seu aceite ou

não. O relator, ao receber o recurso excepcional, seria o primeiro (talvez, o único) a analisá-lo, sem posicionamentos anteriores. Agora, com a volta da admissibilidade bifásica, com o presidente ou vice-presidente do Tribunal anterior manifestando-se, temos alguns problemas para a efetividade do instituto.

O *primeiro problema* é a possibilidade na análise preliminar, realizada pelo presidente ou vice-presidente, inadmitir um recurso excepcional, justamente pela possibilidade que, posteriormente, o relator poderá recebê-lo pela fungibilidade, remetendo ao outro Tribunal. Nessa situação, quase que de forma esdrúxula, com o presidente ou vice-presidente inadmitindo por adequação equivocada, o recorrente interpondo o agravo – aquele do art. 1.042 – para forçar a ida ao Tribunal Superior, com o relator invocando a mesma argumentação feita na inadmissibilidade para tornar o recurso fungível. Estranho, mas completamente possível.

Outro ponto negativo, o *segundo problema*, será o fato de que essa inadmissibilidade anterior, de certa maneira, macula o pensamento e posicionamento do relator no Tribunal Superior, com a possibilidade muito maior de somente se manter essa inadmissibilidade, sem a visualização maior de uma possível fungibilidade.

E, o *terceiro problema*, dentre tantos pontos negativos, é a forma que, talvez, quase sempre que a admissibilidade via fungibilidade for possível, somente será realizada com a necessária interposição de um agravo para tanto. Ou seja, ao voltar a admissibilidade em formato bifásico, há um impacto de dimensão sobremaneira no instituto da fungibilidade recursal excepcional, justamente por criar empecilhos e dificuldades para tanto.

3.2. Concomitância entre os recursos excepcionais

Quando o Tribunal de segundo grau, em acórdão, com diversos pedidos ou matérias, perfazendo uma pluralidade cognitiva decisória, se, nesse momento, versar, em pontos diferentes e autônomos, tanto sobre matéria de lei federal e constitucional, posicionando ambas as questões possíveis da interposição do recurso especial e recurso extraordinário, o recorrente deve realizá-los de forma simultânea, impugnando uma parte do acórdão com um recurso endereçado para o STJ, e outra parte do acórdão com outro recurso, endereçado para o STF. Ambos devem ser interpostos no mesmo momento, no mesmo dia, para não ocasionar a preclusão consumativa a qualquer dos recursos. O recolhimento do preparo deve ser realizado para ambos os recursos, cada qual anexo a seu ato correspondente.

Mesmo com a possibilidade de interposição de ambos os recursos, ao mesmo tempo, em concomitância, sobre aquele acórdão, não seria uma exceção ao princípio da singularidade, pelo motivo da impugnação de cada recurso ter limitação constitucional, debatendo e impugnando a decisão somente de forma parcial, dentro do enquadramento de cada recurso, somente em trechos específicos do acórdão. Cada recurso ataca um ponto diferente, possibilitando a concomitância de interposição entre os recursos, sem ofender o princípio da singularidade.

Desse modo, é correto falar que esse acórdão terá capítulos diversos e, assim, internamente, contém pontos decisórios independentes, o que resulta em um conjunto de decisões materiais que estão, formalmente, no mesmo ato decisório. Os recursos excepcionais – especial e extraordinário – a serem interpostos não impugnarão, materialmente, a mesma decisão, cada qual se desprenderá em debater sobre um capítulo diverso do acórdão, tornando possível a concomitância.

O art. 1.031 dispõe sobre essa possibilidade, adjetivando-a como interposição conjunta, estipulando que os autos, mesmo com recursos diferentes, são remetidos para o STJ, para o julgamento, primeiro do recurso especial, restando como sobrestado o recurso extraordinário, priorizando a questão federal, para, somente após, julgado esse primeiro recurso, remeter-se ao STF para apreciação da questão constitucional.

Ao chegar no STJ, com a devida distribuição, o ministro-relator deve realizar a *análise de prejudicialidade* da concomitância dos recursos.

Nesse momento processual, a análise será se um recurso afeta a matéria do outro, se realmente há uma independência entre ambos e suas matérias. Se houver uma confusão entre as matérias dos recursos, deve-se entender o recurso especial como prejudicado, por envolver questão constitucional, decidindo pela remessa dos autos ao STF para apreciação do recurso extraordinário, uma vez que, ao analisarem este, estariam, desde logo, enfrentando a questão material do processo como um todo, impactando, também, na questão federal.

Dessa maneira, pelo fato de conter confusão entre as duas questões, a prioridade será para a constitucional, mais importante e que, se houver dependência, engloba a questão federal, nos ditames do § 2º do art. 1.031.

Essa decisão pela remessa dos autos para o STF ocorre em decisão irrecorrível.

No caso dessa remessa, ao chegar ao STF, após distribuído o recurso extraordinário, o ministro-relator analisa se a prejudicialidade imputada pelo relator do STJ procede ou não. Na hipótese da prejudicialidade, o recurso extraordinário tem o seu processamento comum e eventual

julgamento. Em sentido diverso, caso o ministro-relator entenda que não há a prejudicialidade, decide, de forma irrecorrível, pela devolução dos autos para o STJ, para julgamento do recurso especial, entendendo as questões recursais serem independentes.

Essa decisão pela devolução dos autos, para o julgamento do recurso especial, não é um indeferimento ou não conhecimento do recurso extraordinário, mas a análise de não prejudicialidade, possibilitando, após o julgamento do recurso especial, os autos retornarem ao STF para o devido processo do recurso extraordinário.

De modo diverso, com o ministro-relator, do recurso especial no STJ, decidindo pela não existência de prejudicialidade, prossegue naturalmente com o processamento comum dessa modalidade recursal, analisando-o como um recurso especial normal.

Depois de todo o trâmite recursal, se, após o julgamento do recurso especial, a questão constitucional ainda persistir na matéria daquele processo, finda-se a competência do STJ para o julgamento, realizando a remessa para o STF, uma vez que o recurso especial foi decidido, agora para que seja realizada a análise do recurso extraordinário interposto contra a decisão do Tribunal de segundo grau, aquele que esteja à espera.

Esse ponto é importante explicar minuciosamente, a remessa realizada pelo STJ para o STF versa sobre o julgamento do recurso extraordinário que impugna o acórdão do Tribunal de segundo grau, não o acórdão do STJ. Importante realizar esse esclarecimento, o julgamento, mesmo realizado somente agora pelo STF, ainda versa sobre a matéria da impugnação ao acórdão do Tribunal de segundo grau.

Mas, se alguma das partes entender que o acórdão do STJ, do julgamento do recurso especial, viola uma das hipóteses do art. 102, III, da Constituição Federal, há a possibilidade de interposição de novo recurso extraordinário? Não vejo nenhum óbice, sendo possível a interposição desse recurso para a impugnação do acórdão do STJ e, ainda, por qualquer das partes, seja o autor ou réu, dependendo da sucumbência proveniente do referido acórdão.

Dessa forma, o STJ remete para o STF o recurso extraordinário sobre matéria do acórdão do Tribunal de segundo grau e remete, se houver, recurso extraordinário sobre matéria do acórdão do próprio STJ. Um exemplo:

> Para uma devida exemplificação, a parte A recorreu, utilizando, concomitantemente, as espécies recursais especiais e extraordinárias, da decisão de um Tribunal de segundo grau. Remetido ao STJ, após o julgamento do recurso especial, dependendo da sucumbência, ambas as partes podem recorrer para o STF, possibilitando, consequentemente, a

> remessa de recurso extraordinário sobre a decisão do STJ, tanto da parte A quanto da parte B e, estes, em nada afetando a remessa do recurso extraordinário já existente e sobrestado, aquele que impugna o acórdão do Tribunal de segundo grau. Podem ser remetidos, nesse caso, até três recursos extraordinários para o STF, o primeiro recurso impugnando a decisão do Tribunal de segundo grau e, eventualmente, recursos de ambas as partes sobre a decisão do STJ, se houver sucumbência para tanto.

A existência de uma concomitância entre os recursos excepcionais perfaz a necessidade de que um recurso seja julgado primeiro – geralmente o recurso especial – e, somente após, a remessa para julgar aquele que esperou – o recurso extraordinário. Mediante o julgamento do recurso especial pelo STJ, não é impossível imaginar que esse acórdão pode conter uma questão constitucional, sendo passível, dessa maneira, de recurso extraordinário. Dessa feita, não há problemas ou é até mais viável que se pense em um recurso extraordinário impugnativo da decisão do Tribunal de segundo grau e, outro, para a decisão do STJ.

Na hipótese de um recurso extraordinário remetido, quando chegar ao STF, o trâmite será como qualquer outro recurso da mesma estirpe, sem diferenciação, mesmo tendo ficado parado, à espera do julgamento do recurso especial. Não há nenhuma especialidade em relação a essa situação. Por outro lado, se qualquer das partes recorrer do acórdão do STJ, com a remessa de dois ou mais recursos extraordinários – um impugnativo do acórdão do Tribunal de segundo grau e outro do STJ, o primeiro deve ser julgado antes dos demais, pelo seu caráter antecedente aos demais, contudo o trâmite é inalterado, dentro do recurso extraordinário para a existência dessas questões de vários recursos, prosseguindo com o mesmo processamento, requisitos e consequências.

3.2.1. A flexibilização (relativização) da admissibilidade recursal

O CPC/2015, com a primazia ao julgamento de mérito, relativiza o vício na interposição do recurso, com base no parágrafo único do art. 932[25], permitindo ao recorrente sanar a irregularidade no prazo de cinco

25 - "O que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento a recurso é atitude correta e é altamente recomendável, toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando motivos de não conhecimento circunstância de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento." MOREIRA, José Carlos Barbosa. in *Restrições ilegítimas do conhecimento dos recursos*, Revista AJURIS, ano XXXII, nº 100, dezembro de 2005. p.187-188.

dias, a contar da intimação para tal feito. Uma verdadeira flexibilidade em diversos vícios possíveis nos recursos e, em qualquer recurso.

Desse modo, a existência de um vício na interposição do recurso não gera mais, automaticamente, uma inadmissibilidade sumária, com a necessidade de uma oportunização ao recorrente de uma chance para correção recursal. Uma busca pelo aproveitamento recursal, uma forma de possibilitar ao máximo o julgamento do mérito pelo qual o recurso existe, realizar realmente a revisão da decisão[26].

Obviamente que essa oportunidade é preclusiva, encerrando-se com a correção do vício ou com o transcurso do prazo, quando o recorrente permanecer inerte. Tanto o princípio da primazia ao julgamento de mérito, quanto a regra contida no art. 932, parágrafo único, têm valor para todos os recursos, permitindo a todos os Tribunais utilizarem em qualquer julgamento, de qualquer recurso, inclusive nos excepcionais.

No entanto, o art. 1.029, § 3º define regra específica para a flexibilização da admissibilidade no tocante aos recursos excepcionais e os Tribunais Superiores. A primeira dúvida pertinente é se tal dispositivo é uma reedição do art. 932, parágrafo único, para os Tribunais Superiores. E, ainda, se havia necessidade de um dispositivo com conteúdo parecido? Os dispositivos são próximos em alguns pontos e divergentes em outros. Expliquemos.

O art. 932, parágrafo único, insere uma regra geral de sanabilidade recursal, com a necessidade de que o relator – em qualquer recurso – determine a correção do vício. Ou seja, sobre a determinação da sanabilidade, esse dispositivo abrange todas as espécies recursais, inclusive os recursos excepcionais. No entanto, o art. 1.029, § 3º vai além, com a possibilidade de flexibilização para a sanabilidade, há, também, a possibilidade de desconsideração do vício, o que não é possível no âmbito dos recursos ordinários ou no dispositivo do art. 932, parágrafo único. Esse último dispositivo é, evidentemente, maior do que o primeiro.

Entretanto, temos duas formas visualizáveis, na dicção do art. 1.029, § 3º: *a flexibilização/relativização para a correção de vício e a relativização para a desconsideração de vício.*

Na *primeira hipótese*, de fato, não há o que se diferenciar quanto às relativizações provenientes entre os arts. 932, parágrafo único (regra geral de relativização) e o 1.029, § 3º (regra específica dos Tribunais Superiores). No entanto, sobre a *segunda hipótese*, a desconsideração de vício, é um ponto maior, algo além do que a mera correção. Simplesmente, o relator,

26 - Enunciado n.º 219 do FPPC: O relator ou o órgão colegiado poderá desconsiderar o vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

no Tribunal Superior, pode tergiversar aquele requisito de admissibilidade e adentrar no mérito, sem determinar a devida correção ou sanabilidade.

Evidentemente, uma diferença entre os institutos e flexibilizações. Uma diferença legal tamanha, com uma liberdade imensa para que o vício não seja somente relativizado, mas totalmente desconsiderado, com a oportunidade de julgamento meritório, ainda que haja a presença de um vício, o que torna a regra mais abrangente, com um maior poder para o relator, apesar de totalmente subjetivo.

O grande problema do art. 1.029, § 3º, está na inserção, ao final, da necessidade de que tal requisito a ser relativizado não seja grave. O que seria essa gravidade? Como determinar que um vício seja ou não grave, quanto a sua admissibilidade? A questão é altamente subjetiva e, de certo modo, coloca em risco a sua própria viabilidade, dada a alta visão dos Tribunais Superiores, na jurisprudência pacificada em diversos pontos de admissibilidade dos recursos excepcionais, de barrar o exame do mérito recursal.

Diante de tal discricionariedade, como sistematizar para uma melhor objetividade? A visão do termo grave deve ser visto como uma impossibilidade de sanabilidade ou desconsideração, em um olhar comparativo com a sistemática possível no âmbito recursal. De certo modo, fora a tempestividade, qualquer vício é sanável, dependendo, então, da interpretação dos limites para tal flexibilização. Há de se flexibilizar qualquer vício, fora a tempestividade? Para a manutenção de um sistema recursal com fluidez e paridade entre as partes, não há de imaginar que qualquer vício seja possível de flexibilização, justamente o ponto que deve ser relacionado sobre o termo grave.

Alguns vícios são impossíveis de admitir-se como sanáveis, principalmente no que se refere à falha de fundamentação, seja ela deficiente, sem dialeticidade e impugnabilidade insuficiente ou aquela alheia aos pontos da decisão recorrida. Seria possível admitir-se a complementariedade em qualquer recurso, com um prazo para sanabilidade, caso o relator tenha a visualização de que há deficiência argumentativa no recurso? O nosso posicionamento é de que não há tal possibilidade, justamente pelo fato de que a parte tem o controle impugnativo sobre o que pretende, sem admitir-se que controles externos, inclusive do relator, interfira nessa faculdade material de recorrer.

Mas, esses pontos são muito mais subjetivos do que formais, e o art. 1.029, § 3º, determina que o vício deve ser no âmbito da formalidade, o que torna mais complexa a construção da gravidade, uma vez que, se o vício é meramente formal, deve ser visualizável como sanável, sem a possibilidade

de impedimento de análise de mérito, antes do prazo para correção ou, ainda, a possibilidade direta de conhecimento da matéria recursal.

Esse ponto é pertinente pelo fato de que nem sempre os Tribunais Superiores seguem as mesmas regras gerais dos recursos ordinários, impondo dispositivos e interpretações próprias aos recursos excepcionais, como podemos exemplificar com a falta de procuração do subscritor do recurso, o que, durante todo o processo é vício sanável, e, durante o processamento recursal superior, era tido como vício insanável[27], na jurisprudência do CPC/73. Será que há espaço para discricionariedade dessa magnitude? Mesmo com o termo grave? O legislador reeditar a regra da sanabilidade no art. 1.029, § 3º, sobre a disposição do aproveitamento processual e primazia ao julgamento do mérito recursal, impõe que há total pertinência, mesmo no âmbito dos Tribunais Superiores, a abertura de prazo para que o recorrente possa sanar eventual vício em recurso tempestivo.

Evidente que, em quaisquer dos recursos excepcionais, há requisitos de admissibilidade impossíveis de serem tergiversados, como os cabimentos descritos nas disposições constitucionais[28], o prequestionamento, a matéria somente de direito, esgotamento das vias recursais, dentre outros. Não pode ser um requisito que inviabiliza o recurso em si, mas algum vício sanável que pode não acarretar um não conhecimento, como a já mencionada juntada de procuração/substabelecimento, complementação ou pagamento das custas, indicação do pagamento correto da guia de preparo, adequação recursal no caso da fungibilidade dos recursos excepcionais etc[29].

Uma maneira de deixar claro aos Tribunais Superiores que a regra vale também para estas instâncias processuais[30].

E, não somente tal regra tem valor para os recursos excepcionais, mas, de forma ampliada, pode aumentar essa possibilidade de admitir

27 - PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO SUBSCRITOR DA PETIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 115/STJ. POSTERIOR REGULARIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. 1. Na linha da jurisprudência do STJ, a regularidade da representação processual deve ser comprovada no ato da interposição do recurso, considerando-se inexistente a irresignação apresentada por advogado sem procuração. Inteligência da Súmula 115/STJ. Ademais, não se permite a ulterior regularização da representação processual, porquanto já operada a preclusão consumativa. Precedentes. 2. Agravo regimental não conhecido. (STJ, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 03/02/2015, T2 - SEGUNDA TURMA)

28 - Comentário do autor: o art. 102, III CF para o recurso extraordinário e o art. 105, III CF para o recurso especial.

29 - Enunciado n.º 220 do FPPC: O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça inadmitirá o recurso extraordinário ou o recurso especial quando o recorrente não sanar o vício formal de cuja falta foi intimado para corrigir.

30 - Enunciado n.º 83 do FPPC: Fica superado o enunciado 115 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC ("Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos").

recursos com algum requisito que possa ser desconsiderado, desde que, no mínimo, seja tempestivo.

Desse modo, a gravidade deve ser vista como a impossibilidade prática de análise recursal, com a total inviabilidade daquele ato. Com isso, não entendo como diferentes as disposições entre os dois normativos do CPC/2015 – art. 932, parágrafo único e o art. 1.029, § 3º – apesar de que este último é mais abrangente do que o primeiro.

Não há uma delimitação de qual vício pode ser corrigido ou, simplesmente, relativizado, variando em cada caso. E, sobre esse ponto, o art. 1.029, § 3º amplia as possibilidades de relativização para os Tribunais Superiores, uma vez que há essa discricionariedade maior, seja pela possibilidade de desconsideração ou, ainda, com uma evidente subjetividade do termo grave. Um exemplo de tal ponto, que já discorremos sobre a relativização do prequestionamento para reconhecer a repercussão geral, uma hipótese realizada uma vez pela, então, Ministra Ellen Gracie, no julgamento do AI 375011, Informativo 365, justamente por, mesmo sem prequestionamento, entender que o vício não teria, naquele caso específico, gravidade para o julgamento da questão.

3.2.2. A flexibilização (relativização) da admissibilidade em juízo bipartido: o problema de simetria[31]

Para os recursos excepcionais, o CPC/2015 criou uma regra específica sobre a flexibilização da admissibilidade, como já visto, com a possibilidade de relativização da admissibilidade recursal, com o intuito de determinar, de forma clara, que essa regra dos recursos ordinários também vale para os Tribunais Superiores.

No entanto, há um problema sobre a própria admissibilidade. O CPC/2015 tinha almejado um só rito de análise dos requisitos recursais, com competência para o juízo pertinente a realizar o julgamento meritório, momento em que realizaria, de modo anterior, a presença, ou não, da admissibilidade. Dessa feita, a aplicação do art. 1.029, § 3º, seria diretamente pelo STJ ou STF, seja pelo relator ou pelo colegiado, realizando, somente nesse momento, a primazia ao julgamento de mérito, dada a admissibilidade ser monofásica

31 - Mais sobre o assunto em: LEMOS, Vinicius Silva. A volta do juízo bipartido de admissibilidade do recurso especial e extraordinário e a assimetria legal como consequência da lei 13.256/2016. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2016, Brasília, DF. DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.. Florianópolis ? Santa Catarina: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2016. p. 210-230.

Se o primeiro a analisar o recurso seria o relator, ele faria a verificação do preenchimento, ou não, dos requisitos recursais e, ainda, a possibilidade de sanabilidade ou desconsideração. Essa era a visão basilar do instituto previsto no art. 1.029, § 3º.

No entanto, a lei 13.256/2016, alterou o art. 1.030 do CPC/2015, dias antes do final da *vacatio legis* para manter a admissibilidade para os recursos excepcionais com um sistema bifásico, com duas análises a serem realizadas: uma preliminar pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido; uma definitiva pelo relator ou colegiado do Tribunal Superior.

A preocupação está na permanência, para os recursos excepcionais, da admissibilidade no parâmetro bifásico, com a dúvida sobre a competência do presidente ou o vice-presidente para, ao analisarem, preliminarmente, o recurso, terem o poder de relativizar a admissibilidade? Essa dúvida é importante pelo fato de que o instituto, imaginado pelo legislador diante de um sistema, foi alterado para a sua vigência.

Dessa maneira, com o recurso excepcional interposto e encaminhado para o presidente, ou vice-presidente, e caso ele entenda que falta um dos requisitos de admissibilidade, tem de tomar algumas providências.

A *primeira* é a análise sobre a sanabilidade do vício presente no recurso; se for possível, o presidente ou vice-presidente tem, de forma idêntica ao relator, a prerrogativa de intimar para a devida correção, com o prazo de 5 dias para o recorrente proceder à sanabilidade do recurso. Se o relator, no Tribunal Superior, tem pelo art. 1.029, § 3º essa possibilidade de permitir a manifestação pela correção, o presidente ou o vice-presidente utilizará a regra geral, aquela contida no art. 932, parágrafo único.

Por outro lado, em uma *segunda hipótese*, se o caso não for de correção, mas de desconsideração, com a possibilidade de julgamento do mérito, sem nem corrigir o vício, o presidente ou o vice-presidente do Tribunal recorrido não tem a prerrogativa de desconsiderar o vício existente, como disposto no art. 1029, § 3º. Essa possibilidade de desconsideração somente pode ocorrer no Tribunal Superior, pelo relator ou pelo colegiado, o que, de forma nenhuma, pode ser realizado neste juízo preliminar de admissibilidade. Então, nesse momento e hipótese, pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido, somente correção, nunca se poderá optar pela desconsideração.

Em caso de inadmissão, por qualquer requisito de admissibilidade, caberá o agravo nos próprios autos, de acordo com o art. 1.042, no prazo de 15 dias, com o intuito de forçar a ida do recurso inadmitido para o Tribunal Superior. Ou seja, mesmo que seja hipótese passível de desconsideração, o presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido não pode desconsiderar,

por fugir totalmente de sua competência, com a necessária inadmissão, o que cria, de certa maneira, uma assimetria do instituto imaginado pelo teor original do CPC/2015 e aquele vigente após a lei nº 13.256/2016.

Se o intuito era permitir ao relator, mediante a primeira análise recursal, sem nenhuma opinião ou decisão anterior sobre admissibilidade, ter a sua própria visão sobre tal ponto, agora, diante da nova sistemática, o presidente ou vice-presidente deve realizar tal análise e, somente após, em caso de admissão ou de interposição de agravo do art. 1.042 que o recurso chegará ao relator, o que já deixa clara a inviabilidade, ao menos no mesmo âmbito e alcance, do disposto no art. 1.029, § 3º.

Por causa da mudança realizada na admissibilidade, muitas vezes, o Tribunal local, por meio de seu presidente ou vice-presidente, acabará por negar a admissibilidade a um recurso excepcional, sendo que, posteriormente, o Tribunal Superior poderá desconsiderar aquele mesmo vício apontado pelo Tribunal recorrido. É uma situação curiosa, o presidente ou vice-presidente nega a admissibilidade por motivo que pode ser desconsiderado, mas são obstados de realizar tal desconsideração por falta de competência para tanto.

Uma total falta de simetria legal.

Como a lei veio a posterior, entrando em um sistema imaginado sem a admissibilidade bifásica, a conjuntura recursal excepcional e a adaptação ao art. 1.029, § 3º, com o princípio da primazia de mérito, tal instituto restou diante de uma assimetria, com a possibilidade de total esvaziamento de sua própria aplicabilidade, seja pela possibilidade de o presidente ou vice-presidente já determinar a correção do vício ou pela inadmissibilidade existente desse existir no processo e, de certo modo, ser mais fácil manter tal decisão do que reformá-la.

Uma demonstração de que uma lei para preencher algumas lacunas legislativas pode conter malefícios em institutos bem pensados e com grande serventia.

3.2.3. A necessidade de contraditório prévio para a inadmissibilidade?

Um dos pontos importantes do CPC/2015 passa, como já vimos, pela impossibilidade de decisões surpresas. O art. 10 estipula, de forma sábia, a necessidade do contraditório antes da decisão sobre matéria que as partes ainda não tiveram oportunidades para se manifestarem. Se há matéria pela qual o juízo deva decidir, ainda que seja de ofício, e as partes não tiveram ciência da matéria ou oportunidade para se manifestarem, necessária a abertura de prazo para cada parte poder realizar a sua manifestação.

A provocação das partes pelo juízo para manifestação é salutar, além de obrigatória, não somente para o processo, mas também para a melhora do conteúdo da decisão. Quanto maior a possibilidade de as partes se manifestarem, expondo as suas razões e argumentos, maior o entendimento pelo juízo, das peculiaridades da causa, com a pormenorização dos fundamentos, a precaução para evitar nulidades e melhora na prestação judicial.

A dúvida passa pela análise do relator, ou do colegiado, sobre a admissibilidade, com a tendência pela inadmissibilidade, há a necessidade de cumprimento do art. 10, com a abertura de prazo para a oitiva do recorrente sobre tal falta de requisito? Esse é um ponto duvidoso. A admissibilidade recursal é momento conhecido das partes, principalmente pelo recorrente, uma vez que, ao intentar tal recurso, deve cumprir todos os requisitos.

Diante da análise do relator, se houver um requisito sem o devido cumprimento, há o dever de prevenção, como já vimos, para que o recorrente possa sanar o vício. Mas, se o relator entender que o vício é insanável, deve intimar o recorrente para manifestar-se sobre tal ponto? Tal insanabilidade? Creio que não há tal necessidade, uma vez que, apesar de o recorrente não debater tal matéria, a questão não é surpresa, uma vez que aquela fase, mediante a possibilidade de faltarem requisitos, é conhecida das partes, como o resultado de todos os requisitos de admissibilidade e, ainda, o recorrente e o recorrido tiveram o seu prazo para versar sobre tais requisitos, seja o recorrente para convencer de seu cumprimento ou o recorrente nas contrarrazões, em modo inverso, para desconstruir a admissibilidade.

Dessa feita, não imagino que a inadmissibilidade necessite - quando for insanável o vício, com a análise pela impossibilidade de flexibilização -, de uma intimação do recorrente para manifestar-se sobre a matéria, uma vez que teve a oportunidade recursal para convencer o relator ou o colegiado sobre o cumprimento integral dos requisitos de admissibilidade.

3.3. Interposição dos recursos excepcionais em agravo de instrumento e a extinção da forma retida

No CPC/73, era possível interpor recurso especial ou extraordinário de acórdãos que julgavam os agravos de instrumento sobre decisões interlocutórias, e, no caso destas, por serem proferidas antes da sentença, na fase de conhecimento, era observado um sistema de retenção recursal. Ou seja, os recursos ficavam retidos nos autos, à espera da decisão final do processo de conhecimento em primeiro grau, para serem reiterados no prazo da interposição do recurso contra o acórdão de segundo grau.

Desse modo, enquanto o processo não tivesse um regular andamento na fase de conhecimento, culminando em uma sentença, em um recurso de apelação e, posteriormente, em um acórdão do Tribunal de segundo grau e, um eventual recurso para o Tribunal Superior, o recurso impugnativo ao acórdão do agravo de instrumento continuava parado e sobrestado, impugnando matéria de competência de Tribunal Superior, mas retido à espera do desenrolar da demanda principal, conforme determinava o art. 542, § 3º do CPC/73[32]. Somente no prazo para a impugnação da decisão final que havia a possibilidade de reiteração do recurso retido, ou na ausência de interesse recursal, no momento das contrarrazões.

O legislador almejava, naquela legislação, não remeter aos Tribunais Superiores, um recurso anterior à sentença de primeiro grau, pelo motivo de quando esta viesse a existir, podia o incidente que ensejou o recurso retido, nem influenciar no conteúdo da decisão final, o que perderia a parte o interesse recursal[33]. A doutrina e a jurisprudência seguiam outro caminho, identificando que, a questão federal ou constitucional, por ter competência do Tribunal Superior, com possível urgência, era cabível mandado de segurança ou medida cautelar[34] para destrancar esse recurso e remeter para o respectivo Tribunal Superior, perdendo a característica da forma retida[35]. Se há matéria de questão

32 **- Código de Processo Civil – 1973** - Art. 542, (..) § 3º. O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões.

33 - "Inspirou o § 3ª do artigo 542 do CPC o empenho, de manifestação omnímoda, de se aliviar a formidável carga de trabalho dos tribunais superiores". BERMUDES, Sérgio. *O recurso especial retido e a tutela cautelar do recorrente.* Superior Tribunal de Justiça 10 anos. Obra Comemorativa 1989-1999, Brasília, 1999. p. 271.

34 - "Quando a decisão recorrida se mostra absurda e a procedência do especial ou extraordinário se torna evidente, a solução para evitar a ruinosa execução provisória do acórdão, tem sido a postulação de medida cautelar junto ao STJ ou STF, com que se obtém efeito suspensivo ao apelo extremo. Como, na nova sistemática o recurso retido não será desde logo processado, surgirão sérios obstáculos para se alcançar junto ao STJ ou ao STF o reconhecimento de sua competência para a tutela cautelar". THEODORO JR. *Humberto. As alterações do Código de Processo Civil introduzidas pela Lei 9756/98*. Superior Tribunal de Justiça 10 anos. Obra Comemorativa 1989-1999, Brasília, 1999. p.69.

35 - PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PEDIDO DE DESMEMBRAMENTO OU EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO DE AÇÃO POPULAR. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO ESPECIAL RETIDO. ART. 542, § 3º, DO CPC. EXCEPCIONALIDADE DO DESTRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO EM TELA. EXISTÊNCIA DE DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PARA O PROCESSAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. 1. Cuida-se de medida cautelar inominada ajuizada com o objetivo de destrancar recurso especial interposto contra acórdão que manteve decisão liminar na qual o requerente foi arrolado no polo passivo de ação popular. A referida ação foi ajuizada contra atos administrativos do Poder Legislativo local que efetuaram mudanças na estrutura da Assembleia Legislativa. 2. A parte requerente alega que a liminar seria nula - em síntese porquanto considera necessário o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade -, bem como porque argumenta não ter sido beneficiado por reenquadramentos, além de ter saúde frágil e idade avançada. 3. A retenção - com fulcro no art. 542, § 3º do CPC - é o corriqueiro destino imposto aos recursos especiais interpostos contra os acórdãos que apreciam agravos de instrumento aviados em face de decisões interlocutórias. O deferimento de excepcional destrancamento exigiria a presença dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, os quais - quando inexistentes - determinam a improcedência do incidente cautelar. 4. No caso, tem-se que a decisão da origem está fortemente baseada

pertinente à apreciação de Tribunal Superior, ela deve ser encaminhada para o referido tribunal, independente da fase processual da decisão[36].

Com esse posicionamento, o CPC/2015 primou pela extinção da forma retida em seu conteúdo, não estipulando nenhuma regra específica para a impugnação de acórdãos que julga agravo de instrumento. Havendo questão federal ou constitucional nesses acórdãos, cabe à parte impugnar, via recursos excepcionais pertinentes ao caso, com o processamento idêntico ao que impugna um acórdão de apelação, não contendo nenhuma diferença entre os ritos.

Era um ponto de necessária mudança, uma vez que a decisão interlocutória tem uma outra amplitude, com a possibilidade real e positivada de decisões parciais, com conteúdo de sentença, com base no arts. 485 ou 487, colocando o agravo de instrumento como um recurso que impugna, imediatamente, essa parte decisória. Com isso, a sistemática de recorribilidade excepcional, no tocante aos acórdãos que definem o agravo de instrumento, mudou, com a visão de que não há necessidade, tampouco viabilidade de nenhum represamento recursal desses recursos.

3.4. O juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais

O juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, no CPC/73, era de maneira bifásica, com a divisão entre o momento preliminar, realizado pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido e a definitiva, realizada pelo relator/colegiado do Tribunal Superior.

No entanto, quando da sanção do CPC/2015, imaginou-se uma admissibilidade recursal para os recursos excepcionais ocorrendo

nos fatos dos autos - legitimidade passiva ad causam - do requerente para figurar na lide. Não é possível rever os critérios de concessão da liminar sem que haja incursão em meio ao contexto fático do processo original. Precedentes: MC 22.608/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13.8.2014; e AgRg na MC 21.231/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4.9.2013. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg na MC: 23384 SC 2014/0259633-5, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 06/11/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/11/2014)

36 - "A interpretação, como se sabe, deve conduzir ao entendimento que assegure a maior utilidade prática do dispositivo – princípio da máxima efetividade – princípio da máxima efetividade -, e não que esvazie ou comprometa seu significado. No ponto, propõe Tereza Arruda Alvim Wambier 'que se deve admitir, nestes casos, a apresentação de um requerimento 'avulso', no sentido de 'desvinculado de qualquer recurso', já que a lei alude à necessidade de reiteração no prazo do recurso, e não necessariamente com o recurso'. Assim também entende José Miguel Garcia Medina, que traça, ainda, interessante cotejo: 'Nota-se, aqui, uma diferença substancial entre os regimes dos recursos extraordinário/especial retidos e do agravo retido. É que, no caso deste último, a parte deverá requerer expressamente o julgamento do agravo 'nas razões ou na resposta da apelação' (cf. art. 523, §1°, do CPC). Assim, o agravo retido somente será conhecido se houver apelação e, ainda, se nas razões de apelação ou nas contrarrazões de apelação o agravante requerer, expressamente, o julgamento do agravo. No caso do art. 542, §3°, do CPC, não há necessidade de interpor outro recurso para provocar o julgamento do recurso extraordinário ou especial retido'." MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e recurso especial*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 376/377.

somente no Tribunal competente para o julgamento do recurso, no caso de recurso especial no STJ e de recurso extraordinário no STF. Uma forma meramente monofásica.

Todavia, essa alteração não prosperou, apesar da sanção do código positivar nesse sentido, uma vez que a lei que alterou o novo ordenamento – nº. 13.256/2016, reimplantou a admissibilidade na forma bifásica, com a divisão entre o Tribunal *a quo*, na figura do seu presidente ou vice-presidente e o Tribunal *ad quem*, seja pelo relator ou pelo colegiado.

Dessa maneira, o protocolo da petição recursal acontece perante o presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido, com a função de ele proceder à intimação para as contrarrazões e, após esse prazo, com o oferecimento, ou não, da resposta, ocorrre a realização do juízo de admissibilidade pelo presidente ou vice-presidente desse Tribunal, analisando todos os requisitos – gerais ou específicos – de admissibilidade. O único requisito de admissibilidade impossível de ser realizado, nesse momento, se for recurso extraordinário, é da repercussão geral, com a competência legalmente exclusiva do STF. Nos demais, há a possibilidade da análise, com eventual decisão positiva ou negativa de admissibilidade.

O recurso interposto, se estiver com todos os requisitos de admissibilidade presentes, será remetido ao Tribunal Superior, seguindo o disposto no art. 1.030.

No entanto, se o presidente ou vice-presidente entender que falta um dos requisitos, há a necessidade de se tomarem algumas providências. A *primeira* é a análise sobre a sanabilidade do vício presente no recurso; se for possível, o presidente ou vice-presidente tem, de forma idêntica ao relator, a prerrogativa de intimar para a devida correção, com o prazo de 5 dias para o recorrente proceder à sanabilidade do recurso. Porém, o prazo é preclusivo, com a possibilidade dada ao recorrente para realizar aquela correção recursal; se o prazo passar, sem a devida sanabilidade, nesse caso, o recurso deve ser inadmitido.

Como já vimos, não tem a prerrogativa o presidente ou vice-presidente do Tribunal em desconsiderar o vício existente, como disposto no art. 1.029, § 3º. A possibilidade de desconsideração de vício somente pode acontecer no Tribunal Superior, pelo relator ou pelo colegiado, o que, de forma nenhuma, pode ser realizado neste juízo preliminar de admissibilidade. Nesse momento, nessa hipótese, somente correção, nunca desconsideração.

Em caso de inadmissão, por qualquer requisito de admissibilidade, caberá o agravo nos próprios autos, de acordo com o art. 1.042, no prazo de 15 dias, com o intuito de forçar a ida do recurso inadmitido para o Tribunal Superior, contudo é pertinente salientar que, em algumas hipóteses, como

o recurso em confronto com repetitivo ou repercussão geral, apesar de inadmissível, não caberá a interposição desse agravo, justamente pela previsão no mesmo dispositivo.

Em qualquer das formas que o recurso chegar ao Tribunal Superior – via admissão direta ou agravo do art. 1.042 – a admissibilidade é novamente analisada, agora, de forma definitiva, pelo Tribunal *ad quem*[37].

Essa admissibilidade, no âmbito do Tribunal Superior, pode ser realizada pelo relator, quando houver alguma hipótese da prolação de uma decisão monocrática, nos moldes do art. 932. Se o relator for decidir sem o colegiado, deve, portanto, realizar, também, a admissibilidade, podendo ser de modo positivo, adentrando-se no mérito recursal ou, ainda, para negar tal admissibilidade, quando entender não estar presente algum dos requisitos para tal interposição. Se houver sanabilidade desses, antes da inadmissibilidade, oportuniza-se o prazo para tal correção e, após tal ato, sem manifestação ou com inadequação, o relator pode inadmitir tal recurso. Sem sanabilidade, pode o relator, diretamente, já inadmitir o recurso. Se o vício não for grave, pode até desconsiderá-lo, com o intuito de julgar o mérito recursal.

Em qualquer das hipóteses de decisão monocrática no recurso excepcional, o agravo interno será possível para a interposição e remessa ao colegiado.

Se o recurso for para o colegiado, seja diretamente ou via agravo interno, o colegiado deve realizar a análise definitiva sobre a sua admissibilidade, seguindo os mesmos trâmites da decisão monocrática, ou seja, a inadmissibilidade deve ser precedida, se o vício for sanável, da oportunização da correção ou, ainda, pela desconsideração daquele requisito faltante, desde que não seja grave. Se a admissibilidade for positiva, com o conhecimento do recurso excepcional, o mérito será analisado.

O CPC/2015 havia alterado essa sistemática de análise de admissibilidade, de um viés bipartido entre o Tribunal e o Tribunal *ad quem*, para um novo juízo de admissibilidade, realizado de modo único, com a competência somente do Tribunal competente para o julgamento do mérito recursal. O intuito era a opção pela celeridade processual, poupando do juízo *a quo* a realização de uma análise sobre o processo, somente

37 - "Inadmitido o recurso especial ou extraordinário, cabe agravo para o STJ ou para o STF, respectivamente. O agravo em recurso especial ou extraordinário é cabível contra a decisão que, em juízo provisório de admissibilidade, inadmite o recurso especial ou extraordinário. (…) O agravo em recurso especial ou extraordinário não é processo por instrumento. Diferentemente do agravo de instrumento, o agravo em recurso especial ou extraordinário deve ser processado nos próprios autos do processo em que foi proferida a decisão agravada." CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 379/380.

contendo uma função automática e processual, sem cunho decisório. Recurso excepcional interposto, intimação para as contrarrazões e remessa ao Tribunal Superior, essas seriam as funções almejadas pelo CPC/2015 em sua redação original[38].

Acreditava-se que haveria uma enorme economia temporal processual, uma vez que não seria mais necessária a existência da análise preliminar perante o Tribunal recorrido e, tampouco, de um recurso específico para o caso de inadmissão, o antigo agravo nos próprios autos, ou agravo do art. 544 do CPC/73. Se a análise, na redação original do CPC/2015, havia saído do ordenamento, com a remessa direta, sem admissibilidade, sem existir a decisão do presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido pela negativa de admissibilidade, sem função de decidir, de igual maneira, não haveria recurso para essa fase.

Essa mudança era geral nos recursos, não somente nos recursos excepcionais, mas uma alteração na regra dos recursos, deixando a forma bifásica para uma regra monofásica, como já vimos na apelação e no recurso ordinário.

A alteração, no entanto, gerou inúmeras críticas dos Tribunais Superiores, com o receio de remessa em grande quantidade de recursos excepcionais, de imediato, sem um filtro de admissibilidade, inviabilizando, tanto fisicamente quanto processualmente, tais Tribunais, atrasando a prestação jurisdicional. O argumento apresentado pelo ministro Luiz Fux, que participou da comissão de estudos da nova codificação, foi de que a grande maioria dos processos que chegava aos Tribunais Superiores era por via de agravo nos próprios autos, o que forçava a ida do processo para tais instâncias excepcionais[39].

Entretanto, com a sanção presidencial do texto original do CPC/2015, os Tribunais Superiores não acataram essa ideia e trabalharam contra essa admissibilidade monofásica, com o intuito de derrubá-la,

38 - Num exercício de revisão, ao tempo da redação original, o *modus operandi* imaginado era dessa maneira: "Recebida a petição de recurso, haverá intimação ao recorrido, para contrarrazoar, no prazo de 15 (quinze) dias. Depois disso, diz o parágrafo único, os autos serão remetidos ao Tribunal Superior, onde será feito o primeiro juízo de admissibilidade. Trata-se de alteração relevante que teve como objetivo evitar um recurso: o que cabe, à luz do CPC/73, da decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário e ao recurso especial. Esta supressão torna evidentemente o sistema mais simples e a simplicidade foi um dos principais objetivos almejados pelo legislador." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. 1a. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1.497

39 - "O que hoje ocorre? Inadmissível lá embaixo, as partes oferecem agravo de instrumento, vem pra cá, vem por ARE (agravo em recurso extraordinário). Nós decidimos monocraticamente o ARE e vem agravo regimental. Então, de três nós passamos para dois recursos", disse Fux. "Então isso já mostra que há um compromisso com a duração razoável do processo. E se tem alguém que tem que ter esse compromisso é o STF." Matéria sobre a reação do Ministro Fux às críticas ao novo CPC realizadas por estudo do STF, pelo link: www.jota.info/fux-rebate-criticas-ao-novo-cpc

mesmo com a existência expressa legalmente, com o intuito de restaurar a dualidade no juízo de admissibilidade. O argumento foi que menos da metade[40] dos recursos excepcionais subiam via agravo, com a necessidade da continuidade desse filtro de admissibilidade.

Argumento justo e complexo, o que fez a alteração do CPC/2015 ocorrer em plena *vacatio legis*.

De certa maneira, os Tribunais Superiores tinham razão imediata, o que geraria um evidente aumento indevido de recursos recepcionados em suas distribuições, a partir de 2016, com a vigência do novel ordenamento, caso nada fosse feito. Todavia, como o CPC/2015 concedeu ênfase aos incidentes formadores de precedentes, com a necessidade de uniformização e pacificação de entendimentos, talvez, com uma boa e devida utilização desses institutos, resultando em uma formação devida de precedentes, com a pacificação de controvérsias e matérias, não chegariam, a médio prazo, a mesma quantidade recursal. O normal, com todas as novidades sendo efetivadas, seria caírem os números de recursos excepcional. No entanto, não houve tempo para visualizar qualquer realidade[41], positiva ou negativa, uma vez que a alteração, proposta no CPC/2015, já caiu por terra, quando da alteração legislativa da lei nº 13.256/2016.

Não havia, nessa alteração no juízo de admissibilidade, a princípio, para um juízo de admissibilidade monofásica, o intuito de inviabilizar, processualmente, qualquer demanda, tampouco um ataque à celeridade processual, uma vez que, ao extinguir uma modalidade recursal, o agravo

40 - No entanto, os tribunais superiores pensaram o hoje, a aflição, correta em parte, que seria o recebimento, para cada tribunal, de cerca de 200 mil recursos a mais anualmente, que são represados pelos tribunais de segundo instância. Números citados nessa matéria: http://www.conjur.com.br/2015-out-19/fim-juizo-admissibilidade-agilizar-processofux

41 - "Entretanto, demonstra-se totalmente compreensível a preocupação de nossas cortes supremas com o aumento de trabalho diante da assunção do exercício do juízo de admissibilidade nos recursos extraordinário e especial, dada a extrema quantidade de trabalho já exercida por estas Cortes. Devemos considerar ainda que os processos que tramitam atualmente têm decisões proferidas sem levar em consideração o sistema de precedentes do novo CPC, o qual terá sua vigência iniciada em março de 2016 e levará algum tempo para ter seu sistema de precedentes implementado, mediante decisões sendo proferidas em respeito aos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos no artigo 927 do novo CPC, até porque algum destes precedentes passarão a ser criados apenas na vigência do novo CPC, tais como os decorrentes da assunção de competência e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Neste sentido, propomos ao Congresso Nacional uma regra de transição para o novo CPC no tocante ao juízo de admissibilidade nos recursos extraordinário e especial, de modo a conciliar a necessidade de manter íntegro o sistema de precedentes, bem como a atender a preocupação do STF e do STJ pelo aumento de trabalho pelo exercício do juízo de admissibilidade nestes recursos, estabelecendo-se uma emenda ao PLC 168 para impor uma regra de transição ao novo CPC, incluindo-se nas disposições finais e transitórias deste diploma legal um prazo de cinco anos para o fim do juízo de admissibilidade pelos tribunais de origem nos recursos extraordinário e especial, pois, neste prazo, haveria a sedimentação do sistema de precedentes e a consequente diminuição drástica da quantidade destes recursos, sendo mantido assim, incólume o sistema de precedentes idealizado e que deverá impactar muito positivamente em nosso sistema judiciário." PANUTTO, Peter. Juízo de admissibilidade deve ser mantido e criada regra de transição. http://www.conjur.com.br/2015-dez-15/juizo-admissibilidade-mantidocriada-regra-transicao#author

do antigo art. 544, haveria, de igual modo, uma diminuição, não somente da fase processual de análise sobre a admissibilidade do recurso excepcional, bem como da extinção de um recurso, diminuindo o tempo processual[42]. Uma pena, mas uma realidade processual do antigo ordenamento foi novamente reintroduzida no ordenamento.

3.5. Juízo de mérito dos recursos excepcionais

Após a realização do juízo de admissibilidade, seja somente pelo relator ou pelo colegiado, com o resultado positivo, ultrapassa-se a análise formal do recurso, para adentrar-se no enfrentamento da questão meritória. Importante frisar que somente ocorre o juízo de mérito com o juízo de admissibilidade restando positivo, com o cumprimento de todos os requisitos de admissibilidade.

As questões federais ou constitucionais perfazem o mérito dos recursos excepcionais, cada qual diante do seu cabimento recursal. O relator, de acordo com o art. 932, pode decidir o mérito recursal monocraticamente, quando houver posicionamento pacificado e reiterado sobre a matéria, cabendo, dessa decisão monocrática, agravo interno, de acordo com o art. 1.021, impugnando-a, com base na impossibilidade de decidir monocraticamente, seja pela falta de pacificação na matéria ou pela necessidade de decisão colegiada.

Caso o relator não decida monocraticamente, quando a análise e o seu voto estiverem prontos, o recurso é remetido para a secretaria, para que seja inserido em pauta para julgamento pelo colegiado, com a prerrogativa do presidente deste sobre quando essa inclusão acontece. Com a inserção no julgamento, o relator deve proferir o voto, contendo o relatório e a fundamentação, além de seu posicionamento decisório sobre o recurso. Os demais membros do colegiado votarão em seguida, de acordo com as regras de cada Tribunal.

Sobre o mérito recursal excepcional, apesar das hipóteses de cabimento necessitarem de ofensas às leis federais – questão federal no recurso especial – ou à Constituição – questão constitucional no recurso extraordinário, os Tribunais Superiores não são meramente de cassação; após realizarem a "defesa" da norma jurídica de sua competência, ou seja, ao verificarem a ofensa à lei ou à Constituição Federal, depois da identificação do erro no acórdão recorrido, aplicarão o direito sobre a questão, não somente anulando os julgamentos anteriores, mas, também,

42 - **Código de 1973 - Art. 544.** Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010).

decidindo, e respondendo ao recorrente sobre o direito ali reivindicado, dando provimento, parcial provimento ou improvimento.

Essa aplicação posterior do direito faz, de certa maneira, o termo *provimento* ser equivocado para a situação, uma vez que estaríamos diante de uma bipartição judicante, com a decretação de uma ilegalidade que gera a anulação da decisão anterior, concedendo o provimento do recurso; contudo, quando o julgamento passa para a aplicação do direito, não há um provimento recursal, mas um verdadeiro rejulgamento, sem ter a base da decisão anterior, pelo fato de ela ser anulada pela ilegalidade – seja à lei federal ou à Constituição – que possibilitou o cabimento e a admissão do recurso excepcional.

As questões devolvidas a julgamento são somente aquelas impugnadas pelo recurso excepcional, tanto outros pedidos do acórdão recorrido que não foram fruto de impugnação ou, ainda, questões de ordem pública não mencionadas no recurso, não são devolvidas para revisão pelo Tribunal Superior, impossibilitando análise recursal sobre estes pontos.

A *primeira hipótese* recai na faculdade do recorrente sobre a escolha da matéria recursal, a devolutividade material proporcionada pelo recurso. Se um acórdão contiver diversos pedidos e matérias independentes, não há nenhuma obrigatoriedade de que o recurso alcance todos com a sua impugnação, podendo, o recorrente, resignar-se sobre um ou alguns dos pedidos ou matérias, intentando o recurso somente sobre outro pedido ou matéria.

Desse modo, com a escolha pela impugnação parcial à decisão de segundo grau, a devolutividade, desse recurso excepcional, alcança somente uma parte do acórdão recorrido, sem alcançá-lo por inteiro, impedindo, portanto de que o Tribunal Superior possa analisar tal parte decisória, pela ocorrência do trânsito em julgado, formando coisa julgada parcial.

Sobre a *segunda hipótese*, há a impossibilidade de aplicação do efeito translativo nos recursos excepcionais, mesmo sendo matéria de ordem pública ou, ainda, sobre questão discutida e não solucionada, sem a devida impugnação no recurso. O impedimento para tal análise é a falta de decisão sobre tal pedido ou matéria no segundo grau e, portanto, sem o necessário prequestionamento, o que importa na impossibilidade do colegiado apreciar matéria em caráter translativo em grau superior, seja pela causalidade ou ordem pública.

Se houver o pedido recursal envolvendo a questão translativa, pela causalidade ou pela ordem pública, esta pode ser analisada pelo Tribunal Superior? A resposta é pelo viés positivo, contudo, há de se imaginar duas situações diversas, mas que permitem tal rediscussão. A primeira será na existência da discussão sobre a translatividade – causalidade ou ordem pública

– no acórdão recorrida e, a devolutividade no recurso excepcional, autorizando, portanto, a análise pelo Tribunal Superior, pelo fato de que a matéria foi decidida pelo Tribunal de segundo grau, cumprindo o prequestionamento e constando na impugnação específica recursal.

A outra possibilidade está na ausência de decisão sobre a matéria translativa pelo Tribunal de segundo grau, qualquer que seja a matéria e a interposição, pelo recorrente, dos embargos de declaração com fins de prequestionamento sobre tais pontos e, após, em recurso excepcional, a impugnação específica sobre as mesmas matérias. Nessa hipótese, o recorrente cumpriria o prequestionamento, nos moldes do art. 1.025, com a autorização de repetir tais pontos e matérias no recurso excepcional, mesmo sem a real decisão pelo Tribunal recorrido.

No entanto, nesses casos, a análise não seria pelo efeito translativo, pelo fato de que constam, no pedido recursal, tais matérias, importando no efeito aplicado ser o devolutivo, com a escolha material a ser analisada pelo Tribunal Superior.

3.5.1. Âmbito do julgamento de mérito dos recursos excepcionais

Ao interpor qualquer dos recursos excepcionais, os pedidos recursais delimitam o mérito, com a devolutividade da matéria de acordo com os limites impostos pela impugnação realizada, como qualquer outro recurso. No entanto, sobre os recursos para os Tribunais Superiores, a delimitação de mérito deve ater-se aos cabimentos necessários dispostos na Constituição, as denominadas questões federais para o recurso especial e as questões constitucionais para o recurso extraordinário.

Para a interposição recursal excepcional, o mérito é vinculado materialmente, com a necessidade de fundamentação nessas questões excepcionais. Sem vislumbre, mediante análise do acórdão do Tribunal de segundo grau, de existência de alguma questão, não haveria meios para a interposição de tal recurso. Por outro lado, com a existência material de alguma questão, o cabimento é pertinente.

Desse modo, na análise de admissibilidade, nos excepcionais, a pertinente temática material é essencial para o julgamento de mérito e a devolutividade do processo e da impugnabilidade ali constante. Quando o recurso for admitido em um dos fundamentos materiais, com a questão excepcional, haverá a devolução, também, de todos os fundamentos sobre aquele capítulo da decisão, independentemente de ventilados ou não no recurso. A matéria e pedido pertinente são devolvidos para a reapreciação, não somente o fundamento recursal do recorrente, permitindo a reanálise, pelo

Tribunal Superior, daquela parte da decisão impugnada, com aspectos gerais e amplos de visualização jurídica, desde que atrelados ao capítulo impugnado.

Não se deve entender, sobre essa possibilidade, como um efeito translativo ou, ainda, a possibilidade do Tribunal Superior de alcançar outros pontos não solucionados na lide, via acórdão recorrido. O intuito é diverso, passa pela ampliação dos fundamentos, com amplitude cognitiva e exaurimento material sobre o pedido ali realizado, com limitação ao seu próprio alcance.

O art. 1.034, em seu parágrafo único, positiva a possibilidade dos Tribunais Superiores, para a solução do pedido recursal, analisarem de forma ampla o capítulo da decisão recorrida, não se limitando ao argumento apresentado pelo recorrente, com a abertura de um leque de fundamentos e análises possíveis sobre a questão, seja federal ou constitucional. O importante, para essa instância superior, é a interpretação da norma, de acordo com sua competência, aplicando-a sobre a situação ali posta, entendendo como a melhor situação jurídica, não somente para a questão fática ali descrita, mas para a aplicabilidade do próprio direito.

Dessa maneira, não pode, o julgador do Tribunal Superior, ficar adstrito à fundamentação do recorrente, mas com a existência do pedido, este delimita o mérito, contudo não a amplitude da argumentação impugnativa. A finalidade precípua desses Tribunais recai na segurança jurídica da interpretação pacífica das leis, firmando posicionamento para a melhor aplicabilidade possível, independente dos fundamentos do recurso, que tem serventia para atribuir o efeito devolutivo e delimitar o pedido a ser respondido, mas não há vinculação com a fundamentação do recurso, contendo, então, autonomia da discussão meritória.

3.6. A falta de efeito suspensivo dos recursos excepcionais e a forma de concessão em eventual pedido de efeito suspensivo

Os recursos excepcionais não têm efeito suspensivo sobre os acórdãos que impugnam, podendo estas decisões serem utilizadas, mesmo com trâmite recursal pendente de julgamento, como base de uma execução provisória. Evidente que o caráter da exigibilidade de um acórdão que tem um recurso excepcional pendente é provisório, pela possibilidade de alteração do resultado da demanda, justamente pela existência de um recurso a ser julgado.

Como o caráter dessas modalidades recursais é excepcional, mediante a existência de uma decisão, em regra, de duplo grau de jurisdição, com uma cognição exauriente, a parte que teve êxito na demanda pode, desde já, executar a demanda. O recurso, nesse caso, é exceção e, assim, a decisão impugnada já detém eficácia imediata, com a possibilidade do vencedor, até ali, executar o teor da condenação já existente.

Todavia, com base no art. 1.029, § 5º, pode se requerer a atribuição do efeito suspensivo para o recurso excepcional, ainda que este não o detenha.

Essa possibilidade, mediante a vigência do CPC/73, tinha pacificação na jurisprudência sobre sua viabilidade processual, utilizando, para tanto, uma *medida cautelar inominada*, com o intuito de conseguir o efeito suspensivo via liminar. No CPC/2015, não houve a repetição de tal modo, com a inserção de um rito próprio, no qual o recorrente realiza uma mera petição com os fundamentos do pedido de concessão do efeito suspensivo, discorrendo sobre o perigo de dano na possibilidade de execução e também da própria plausibilidade do recurso excepcional interposto, com demonstração de eventual chance de provimento do recurso.

Como já vimos, o pedido de efeito suspensivo recursal, no CPC/2015, mediante o art. 995, parágrafo único, é uma espécie de tutela provisória, dado que os requisitos ali existentes são os mesmos da tutela provisória, como um juízo de probabilidade, cominado com a existência de um risco ao resultado útil do processo.

No entanto, mesmo com a existência, nos recursos excepcionais, dessa possibilidade de pedido da concessão de efeito suspensivo, este continua sendo uma *exceção*, nunca uma *regra*.

O pedido deve ser feito em *petição avulsa* ao recurso, demonstrando a sua necessidade, requerendo a concessão do referido efeito, direcionando o requerimento para três possibilidades de órgãos: *ao Tribunal Superior*, se realizado durante o período entre a decisão de admissão do recurso excepcional e a distribuição no respectivo na instância superior, enquanto ainda estiver em trâmite de remessa pelo Tribunal recorrido, ocasionando a prevenção, no Tribunal Superior, do relator designado para a resposta desse pedido, também vinculado ao próprio recurso; *ao próprio relator*, no caso de o recurso estar já distribuído no Tribunal Superior; *ao presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido*, se for situação em que o recurso excepcional está sobrestado, ainda no Tribunal *a quo*, por julgamento de demandas repetitivas ou, ainda, passível de análise do juízo de admissibilidade do respectivo recurso excepcional.

No entanto, o recorrente pode utilizar do bojo recursal para realizar tal pedido? Não há, formalmente, nenhum óbice para tanto[43], contudo o próprio recurso e, consequentemente, o recorrente seria prejudicado com a escolha por tal meio de realizar-se o pleito, pela ineficácia temporal para a análise. Na petição avulsa, há um incidente a ser solucionado e, com isso, a

43 - Enunciado nº 609 do FPPC. O pedido de antecipação da tutela recursal ou de concessão de efeito suspensivo a qualquer recurso poderá ser formulado por simples petição ou nas razões recursais

necessidade de uma resposta judicial para tanto, fato que não ocorre quando o pedido for interno ao próprio recurso.

A concessão do efeito suspensivo ao recurso excepcional impede o prosseguimento da execução provisória, suspendendo-a até o julgamento do recurso excepcional pelo Tribunal Superior.

4. CONCLUSÃO

O CPC/2015, diante da sua base de mudanças, tentou melhorar a procedimentalidade recursal, tanto dos recursos ordinários, quanto dos recursos excepcionais. O intuito, de um modo geral, foi permitir maior quantidade de julgamentos de méritos e menos demandas a serem intentadas, sistematizando uma nova ordem recursal.

Esse estudo teve como objetivo delinear algumas novidades sobre os recursos excepcionais, algumas reedições de normas e, ainda, visualizar como a procedimentalidade desses recursos ocorrerá diante do novel ordenamento e receptividade nos Tribunais Superiores.

O juízo recursal realizado no STJ e no STF não são de mera revisão, tampouco de duplo grau de jurisdição, mas de uma excepcionalidade para proteção da lei federal ou a norma constitucional e, diante dessa visão, alguns pontos foram alterados para uma melhor procedimentalidade desses recursos. O primeiro ponto é a fungibilidade entre os recursos excepcionais – especial e extraordinário – constante no art. 1.032 e 1.033, uma novidade para flexibilizar a chamada ofensa reflexa à Constituição Federal. O intuito dessa novidade está para que o recurso excepcional interposto seja julgado, independentemente de qual Tribunal Superior, quando houver uma discussão sobre a ofensa reflexa. É uma novidade pertinente para que haja um livre trânsito entre os recursos excepcionais.

Uma outra novidade está na flexibilização da admissibilidade recursal excepcional – art. 1.029, § 3º – com a possibilidade do relator, no Tribunal Superior, relativizar algum defeito na admissibilidade, desde que o vício não seja grave. É uma grande diferença do ordenamento anterior, com a possibilidade de que um recorrente em grau excepcional corrija o vício formal em seu recurso. Uma clara demonstração do princípio da primazia ao julgamento de mérito.

Não há mais recursos excepcionais retidos, o que possibilita claramente a interposição dos recursos excepcionais em agravo de instrumento, até pelo fato de que inovou com a criação da decisão parcial sem mérito e com mérito. Se as decisões interlocutórias ganharam nova definição, com outras amplitudes,

os recursos excepcionais diante do acórdão do agravo de instrumento seguirão diretamente aos Tribunais Superiores.

Os recursos excepcionais não têm efeito suspensivo, o que continua no novel ordenamento, contudo a forma de concessão em eventual efeito alterou para um mero pedido interligado ao recurso, extinguindo as ações cautelares para essa concessão, uma clara mudança sobre o ordenamento anterior.

O juízo de mérito dos recursos excepcionais foi levemente ampliado, com a permissão, via art. 1.034, em seu parágrafo único, dos Tribunais Superiores, para a solução do pedido recursal, analisarem de forma ampla o capítulo da decisão recorrida, não se limitando ao argumento apresentado pelo recorrente, com a abertura de um leque de fundamentos e análises possíveis sobre a questão, seja federal ou constitucional.

5. BIBLIOGRAFIA

ASSUMPÇÃO, Hélcio Alves de. Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade. in Meios de Impugnação ao Julgado Civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Adroaldo Fabrício (coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

BARROSO. Luis Roberto. Recurso extraordinário e a violação indireta da Constituição: ilegitimidade pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/recurso-extraordinario-violacao-indireta-da-constituicao-ilegitimidade-da-alteracao-pontual-e-casuistica-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal. Acesso em 04/04/2017.

BERMUDES, Sérgio. *O recurso especial retido e a tutela cautelar do recorrente.* Superior Tribunal de Justiça 10 anos. Obra Comemorativa 1989-1999, Brasília, 1999,

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A fungibilidade de mão dupla entre os recursos excepcionais no CPC/2015. Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada – v. 6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre;

MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm. 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016

DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In.: OLIVEIRA, Bruno Silveira de (coord.). Recursos e duração razoável do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos recursais. Revista de Processo , v. 258, p. 235-254, 2016.

_____. A volta do juízo bipartido de admissibilidade do recurso especial e extraordinário e a assimetria legal como consequência da lei 13.256/2016. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2016, Brasília, DF.

DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.. Florianópolis ? Santa Catarina: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2016. p. 210-230.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o novo CPC. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. n. 65 – Mar/Abr/2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 2ª Edição. RT: São Paulo. 2015.

MIRANDA, Pedro de Oliveira. Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015. 1ª. Ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. in *Restrições ilegítimas do conhecimento dos recursos*, Revista AJURIS, ano XXXII, nº 100, dezembro de 2005,

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Sistemática da Repercussão Geral no Novo Código de Processo Civil. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. v. 13 n. 97, set/out/2015, IOB.

PANUTTO, Peter. Juízo de admissibilidade deve ser mantido e criada regra

de transição. http://www.conjur.com.br/2015-dez-15/juizo-admissibilidade-mantidocriada-regra-transicao#author

THEODORO JR. *Humberto. As alterações do Código de Processo Civil introduzidas pela Lei 9756/98*. Superior Tribunal de Justiça 10 anos. Obra Comemorativa 1989-1999, Brasília, 1999,

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os Agravos no CPC Brasileiro. 3a. Edição. São Paulo: RT, 2000.

_____.Controle das decisões judiciais por meio dos recursos de estrito direito e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: RT. 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. 1a. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

www.jota.info/fux-rebate-criticas-ao-novo-cpc

www.conjur.com.br/2015-out-19/fim-juizo-admissibilidade-agilizar-processofux

O DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E O PARADIGMA DA CONFIANÇA

LAW OF OBLIGATIONS AND THE PARADIGM OF TRUST

Vitor Galvão Fraga
Pós-graduando lato sensu em Direito Administrativo pelo Programa de Pós-graduação em Direito-UFPE.
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife-UFPE.
Advogado inscrito na OAB-PE.

RESUMO: Tradicionalmente o direito civil, e, por conseguinte, o direito das obrigações, é identificado com o império da vontade, com um paradigma da voluntariedade. Neste estudo, porém, buscou-se explorar o vasto terreno dos deveres gerais de conduta e dos princípios corolários da boa-fé objetiva, a fim de demonstrar-se que o direito das obrigações hoje é balizado por um paradigma da confiança que se contrapões e limita a autonomia individual. Conclui-se que o postulado da confiança é a pedra angular de um direito obrigacional que, funcionando paralelamente à constitucionalização, atua protegendo expectativas legítimas que circundam as cada vez mais complexas relações obrigacionais.

ABSTRACT: Civil Law and its branch the Law of Obligations are traditionally identified with the rule of will: a paradigm of voluntarity. However, this research aimed to explore the realm of general duties of conduct and the corollary principles of objective good faith, in order to demonstrate that today's Law of Obligation is based on a paradigm of trust that goes against and limits individual autonomy. It is concluded that the postulate of trust is the angled stone of an obligational law that parallel to the constitutionalisation works protecting legitimate expectations that circle evermore complex obligational relations.

O Direito das Obrigações e o Paradigma da Confiança

"Pacta sunt servanda" – os pactos devem ser obedecidos - aprendemos nos primeiros anos da universidade. Mesmo nas aulas de Introdução ao Estudo do Direito já se elenca o direito civil como o ramo por excelência do direito privado, onde vale a máxima de que tudo é permitido quando não proibido e a vontade faz lei.

Apesar de não exatamente errada, essa ideia simplista não faz jus à complexidade que o direito civil adquiriu hodiernamente. Partindo-se de uma concepção solidarista, é possível entrever que o direito civil prescreve uma série de deveres que circundam as relações obrigacionais, de tal forma que na celebração de um contrato, não apenas aquilo que foi acordado obriga. De tal maneira, também no terreno da responsabilidade civil a clássica obrigação de indenizar é acompanhada de outros deveres que incidem mesmo contra a vítima do ato ilícito.

O texto a seguir busca desbravar o terreno desses deveres objetivos, gerais e mesmo implícitos que incidem sobre as relações obrigacionais e derivam do princípio basilar da boa-fé objetiva. Começamos por uma breve visão das fontes das obrigações, da visão clássica sobre a relação obrigacional, para paulatinamente analisarmos a boa-fé objetiva e os diversos institutos dela derivados, análise esta que nos serve de premissa para três conclusões que serão apresentadas ao final

1. FONTES DAS OBRIGAÇÕES

O direito, com seu caráter eminentemente social, é dinâmico, e com o passar do tempo a técnica legislativa deixa certas pretensões e obrigações à mercê dos indivíduos; assim são determinadas as fontes das obrigações. Enquanto direito pessoal e relativo, a principal fonte das obrigações são os negócios jurídicos por seu caráter voluntarista, seja bilateral (como nos *contratos*) ou unilateral (como nas *promessas unilaterais*).

A obrigação advinda do negócio jurídico é contraída voluntariamente pelo obrigado, ele se auto-obriga. Nas palavras de Orlando Gomes[1]: "... *essa liberdade de obrigar-se, aspecto particular da autonomia da vontade, que distingue os negócios jurídicos como uma categoria especial de fatos constitutivos das obrigações*.".

Porém, o negócio não é a única fonte do direito obrigacional, atos ilícitos, matéria da teoria da responsabilidade civil, geram dever de indenização, como no caso dos *delitos civis*; e cada vez mais cresce o número

1 - GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8ª edição – 1ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 38

de situações de fato que geram obrigações, são as chamadas *obrigações legais* por derivarem diretamente da lei.[2]

Observa-se que a dinâmica adaptativa do direito, enquanto sistema social, tende ao surgimento de maior quantidade de regras cogentes, diminuindo o âmbito de atuação da autonomia da vontade[3].

Tal entendimento amplo das fontes obrigacionais é premissa necessária para a construção do raciocínio que se segue, é preciso superar a natural associação de obrigações e contratos/atos ilícitos. Apenas a título de exemplo, podemos mencionar todos os deveres advindos dos vínculos familiares, como o dever de guarda, as prestações alimentícias, etc.

2. A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL: VISÃO CLÁSSICA

O conceitualismo no direito civil como o temos hoje é uma herança da Escola Histórica, da tentativa de construção de uma civilística sistemática, ou como foi chamada, uma pandectística, pois era essencialmente baseada nos *pandectas* de Justiniano. Essa tradição foi aberta por Feuerbach e por Savigny e desenvolvida por Puchta, para quem era correto deduzir normas a partir do desenvolvimento de conceitos lógicos criando um processo legítimo para construção do direito, baseado no positivismo científico e compreendendo o direito como um sistema fechado.[4]

É possível dizer, com certas exceções aqui e acolá, que toda nossa tradição jurídica ocidental decorreu da Escola Histórica alemã, não por outra razão o *Civil Law* é chamado de família romano-germânica do direito. O direito das obrigações é, talvez, a seção do direito civil que mais conservou a pandectística, criando para si um vocabulário muito estrito, começando pelo próprio conceito de obrigação, que aqui ganha um sentido técnico específico, diferente daquilo que se chama de "obrigação" em sentido lato como qualquer dever ou qualquer dever jurídico[5], o que leva Pontes de Miranda a dizer que "*melhor teria sido que às obrigações que são objeto do Direito das Obrigações se houvesse dado outro nome*"[6].

2.1 Direito Obrigacional como Direito Pessoal

Do direito romano nos vem a separação entre ação pessoal (*actio in personam*) e ação real (*actio in rem*) e daí analogamente direitos pessoais

2 - GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8ª edição – 1ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 39 - 40
3 - MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p. 11
4 - WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4º edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1967. p. 491 - 492
5 - MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 4. 29ºed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 04-05
6 - MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p. 7

(*jus in personam*) e reais (*jus in rem*); na relação jurídica real o objeto é uma coisa, na pessoal é uma prestação.[7] Obrigação é uma relação jurídica que vista do lado passivo é a dívida (há a obrigação[8]), e do lado ativo é o crédito (há a pretensão), ou seja, seu sujeito ativo, o credor, tem o poder de exigir prestação ao sujeito passivo, devedor; o sujeito ativo é o que titulariza o crédito, passivo, o que deve a prestação;[9]

A prestação deve corresponder a um interesse legítimo do credor, o interesse do credor é a razão de ser da relação jurídica obrigacional, é seu fim,[10] se o negócio jurídico versou sobre prestação que não poderia ser de interesse do outorgado, não surge crédito; caso o negócio produziu crédito e pretensão, mas depois de irradiados os efeitos extinguiu-se o interesse, então extinguiu-se o crédito; nesse sentido é possível a estipulação em favor de terceiro, pois a satisfação do interesse do credor é sinal do cumprimento da dívida.[11]

Sempre a pretensão é referente a uma prestação. O direito processual estabelece divisão entre pretensões declaratória e constitutivas, mas a pretensão oriunda de qualquer direito, supõe uma pretensão ao seu reconhecimento, à declaração de tal direito e à extensão da relação jurídica.[12]

Via de regra, o credor não tem o dever de exigir a prestação; afinal, a pretensão é o direito do credor de exigir judicialmente o cumprimento da prestação, há um direito subjetivo sobre essa pretensão, facultativo[13]. É nesse sentido que Pontes de Miranda é categórico ao concluir que o credor não é vinculado à obrigação, e um terceiro não pode exigi-lo, apesar de nada impedir que outra relação jurídica imponha que o credor seja diligente, e exija a prestação. Nesse caso, na segunda relação jurídica o credor torna-se devedor, e assim é obrigado a uma pretensão (ser diligente)[14].

O bem é ato do devedor, e o devedor é obrigado a esse ato, sendo sujeito passivo da relação. Isso significa que numa relação jurídica do direito pessoal, ao contrário da de direito real, o sujeito ativo não tem o bem quando surge a obrigação, ele tem uma pretensão a que o bem venha a ele, mesmo que esse bem ainda não exista, pois a pretensão pode corresponder a um objeto que deva ser construído pelo devedor.

7 - PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 48
8 - Observa-se que há o uso do conceito "obrigação" para indicar também a dívida, ora, como estamos a tratar de um conceito mais estrito, devemos cortar da nossa denotação as "obrigações" que estão fora dos direitos obrigacionais, e dizemos obrigação onde há, às vezes, só dívida. (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 12
9 - COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2007. p.10
10 - COSTA, Mario Júlio de. **Direito das obrigações**. 9.ed. Coimbra : Almedina, 2003, p.93
11 - MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. P. 8
12 - MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. P. 17
13 - DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 2. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 38
14 - MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p. 16

O que deve ser observado é que mesmo quando há um objeto pretendido, a pretensão corresponde sempre a uma prestação, uma conduta, que pode ser exigida do sujeito passivo - seja um dar (*dare*), fazer (*facere*), ou não fazer (*non-facere*)[15] - por essa razão se diz que o bem é ato do devedor, e o devedor é obrigado a esse ato.

O direito obrigacional é o direito pessoal por excelência. No direito romano destacava-se ainda mais essa pessoalidade, pois as pessoas do devedor e do credor estavam presas pelo "vínculo jurídico" (*vinculum juris*), como a obrigação era definida nas institutas: "*o vínculo jurídico ao qual nos submetemos coercitivamente, sujeitando-nos a uma prestação, segundo o direito de nossa cidade*"[16]. Sendo assim, o *obligatus* era aquele que com sua própria pessoa garantia o pagamento da dívida.

A execução no caso de inadimplemento era pessoal, a *manus interjectio*, por meio da qual o credor podia até vender o devedor como escravo, sendo ela não uma consequência necessária da obrigação, mas uma técnica executiva. Foi esse o clássico caso do contrato entre Pórcia e o vingativo Shylock, o agiota judeu em O Mercador de Veneza de Shakespeare.

A *manus interjectio* se dava após 30 dias do momento estipulado para solução da dívida, após eles o devedor era conduzido até o pretor, que, não aparecendo fiador, adjudicava o devedor ao credor. O devedor seria ainda exposto no mercado por 3 dias para que alguém o resgatasse solvendo a dívida, caso isso não acontecesse o credor poderia matá-lo ou vendê-lo fora de Roma[17].

2.2. Direito Obrigacional como Direito Patrimonial

A garantia na obrigação deixa de vincular o corpo do devedor para tornar-se apenas patrimonial com a *Lex Poetelia Papiria*, em 428, a.C., que substituiu a *manus interjectio* pela *pignoris capio*, executando-se não mais a pessoa do devedor, mas seus bens, estabelecendo a identidade entre débito e obrigação.[18] Mas não há que se pensar em vínculo de patrimônio, o vínculo da relação jurídica só se dá entre pessoa e pessoa, seja totalmente (direito real) ou singularmente (direito pessoal), de outro modo confundir-se-ia sujeito passivo e objeto.

15 - BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 8.ed., Rio de Janeiro: ed. Paulo de Azevedo, 1954, p.14
16 - PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. 2. 17ºed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.03
17 - MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. P. 23-24
18 - WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro** – Obrigações e contratos. 10 ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 17; e MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações**. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 5 e 6.

Economicamente os direitos podem ser patrimoniais ou não-patrimoniais. Aqueles são os que formam relações jurídicas com expressão econômica, que podem converter-se em crédito econômico, avaliáveis pecuniariamente; os direitos não-patrimoniais são os que não são economicamente apreciáveis, tais quais os direitos da personalidade.[19]

Os direitos obrigacionais são direitos patrimoniais, o que significa que a prestação da obrigação deve ser suscetível a valoração econômica, deve ser negociável como bem coloca Umberto Breccia[20], *"...Para fins normativos ou preceptivos o único critério relevante aponta para ressaltar que a prestação não é tal em termos jurídicos se não é 'negociável'"*.

Isso não significa dizer que o interesse do credor deva ser sempre estritamente patrimonial, mas sim que o objeto da prestação não pode estar imediatamente ligado à personalidade. Há de se destacar nesse sentido certas obrigações em que o interesse do credor é só moral, como esse interesse será executado é um problema de direito processual, correspondendo à questão da ressarcibilidade do dano moral[21].

2.3. Direito Obrigacional como Direito Relativo

Os direitos patrimoniais podem radicar numa relação jurídica em que o sujeito ativo exerce um poder de sujeição sobre a coisa, exigindo respeito de todos os outros membros da coletividade, tomando forma de direito absoluto (direitos reais). Por outro lado, podem radicar numa relação jurídica em que o sujeito ativo detêm o direito de exigir a determinada pessoa ou grupo de indivíduos determinável (direito relativo, *erga singulum*) a prática de um ato ou abstenção (direitos obrigacionais)[22].

A pessoalidade e a relatividade do direito obrigacional são notáveis, há na relação obrigacional pretensão pessoal a que alguém possa exigir de outrem prestação em virtude da relação jurídica. Contrariamente, no negócio jurídico de direito das coisas o objeto da relação é a coisa, sobre a qual o titular do direito real tem poder *erga omnes*.

Os direitos absolutos podem não ser reais, como os direitos da personalidade. Todavia, de toda infração a direito absoluto, surge uma obrigação (direito relativo). Se alguém ofende algum direito da personalidade, por exemplo, surge ao titular do direito pretensão e ação contra o ofensor, nasce

19 - PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 396 - 397
20 - BRECCIA, Umberto. Apud LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil In: CANEZIN, Claudete (org). **Arte Jurídica**. v.I. Curitiba : Juruá, 2004, p. 277-291
21 - MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. P. 25
22 - WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro** – Obrigações e contratos. 10 ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 17

uma relação com vínculo transitório com sujeito passivo individualizável, o ofensor do direito absoluto[23].

Por fim, observa-se então, três caracteres fundamentais nos direitos obrigacionais: São direitos relativos; têm caráter patrimonial; e exigem certo comportamento do devedor (dar, fazer ou não fazer). Tendo em vista esses caracteres, destacamos então a definição de obrigação dada por Washington de Barros Monteiro[24]:

> Obrigação é uma relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através do seu patrimônio.

3. PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO CIVIL: DEVERES ACESSÓRIOS E DEVERES GERAIS DE CONDUTA

Do dever de prestar, típico da relação obrigacional, decorrem outros deveres que afetam a execução da obrigação e, como aponta parte da doutrina, são imputáveis apenas ao devedor além de não poderem ser demandados autonomamente por derivarem e dependerem da relação obrigacional. Logo, assumem caráter secundário em relação ao dever de prestar.[25]

Porém, o direito civil não escapou à constitucionalização e alguns valores dentro da civilística foram erigidos como princípios norteadores, independentemente do caráter constitucional.[26] Desse modo, certos deveres de conduta, que antes eram considerados acessórios, tomam caráter autônomo por derivarem de princípios normativos e não da relação obrigacional. São assim chamados deveres gerais de conduta, obrigando tanto o credor quanto o devedor. Isso não leva ao desaparecimento dos deveres acessórios, pois alguns deveres continuam surgindo da relação obrigacional e dependente dela, como a evicção e a responsabilidade pelos vícios redibitórios.[27]

Os deveres gerais de conduta derivam de princípios, e para seu entendimento é pressuposto o entendimento do princípio referente. Tais princípios podem ser explícitos, quando positivados, ou implícitos quando

23 - MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. P. 11-12
24 - MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 4. 29ºed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 08
25 - LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73
26 - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?. In: Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). São Paulo: Malheiros, 2000
27 - EHRHARDT JR., Marcos. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais. D**isponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/deveres_gerais_de_conduta_e_boa_fe_marcos_ehrhardt.pdf> acesso em: 04 de janeiro de 2013

derivam de uma interpretação de valores do ordenamento.

Os deveres gerais de conduta surgem independentemente da relação obrigacional, são por sua vez heterônomos, independem da vontade dos sujeitos, e cogentes. Sua aplicação se dá numa concreção de seu conteúdo, não estabelece um fato que dará estopim à sua incidência. A sua aplicação vai do fato à norma, e nesse sentido são, como diz Alexy, "*sujeitos a possibilidades fáticas e jurídicas*", pois não são previamente determinados os fatos que os suscitam, os elementos da situação é que darão suporte para o reconhecimento da incidência de um princípio (e por razão dele de um dever geral de conduta), ou de mais de um, pois eles não se excluem no plano da validade, levando-se sempre em conta os valores sociais dominantes.

4. A BOA-FÉ OBJETIVA

A Boa-fé objetiva é a obrigatoriedade de cooperação entre as partes da relação jurídica, é um padrão de comportamento exigido a ambas as partes, em que respeitando-se os interesses legítimos de cada uma, limita-se a possibilidade de atuação da autonomia da vontade em prol do escopo da relação jurídica.[28] Importa-se aí uma conduta dita honesta, ou leal, supõe-se a confiança mútua na relação e espera-se um comportamento adequado. É o maior e mais abrangente princípio do direito privado, e por isso merece atenção especial, dele derivam-se diversos deveres gerais que com o passar do tempo tomaram importância tal a tornarem-se institutos autônomos.

O dever de boa-fé tem claramente um conteúdo indeterminável, ao menos em abstrato, e de cunho eminentemente moral[29], mas não se deve entender com isso que se abre totalmente ao arbítrio e a construção subjetiva do intérprete. A boa-fé objetiva reflete valores e costumes objetivos, observáveis, expectativas geradas pelo próprio meio social determináveis no tempo e no espaço, é nesse sentido, como aponta Jacques Ghestin[30], um valor superior e exterior à psicologia de um agente; nas palavras de Caio Mário Pereira[31]:

> ...representando sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das

28 - NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 122 - 123

29 - "La bonne foi est l'um de smoyen utilisés par lelegislateur et lês tribunaux pour faire penetre rla régle morale dans Le droit positive" (Tradução livre:a boa fé é um dos meios utilizados pelo legislador e os tribunais para fazer penetrar a regra moral dentro do direito positivo.) RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. Paris: LGDJ, 1947, *reprint* 1994. p. 294

30 - "La bonne foi exprime une référenceà une valeurextérieure et superieure à lapsycologie d'um contratanct..." GHESTIN, Jacques. **Traité de Droit Civil**, laformationducontract. 3e ed. Paris : LGDJ, 1993, p. 239

31 - PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 79

expectativas reciprocamente confiadas.

A boa-fé não se confunde com o dever de observância dos bons costumes, que tem dimensão muito maior; a boa-fé é um limite ético apenas no âmbito do direito e deve ser entendido um imperativo, uma prescrição vinda do ordenamento, que como toda norma jurídica, reflete uma escolha ética, não há que se falar em razão objetiva. A razão objetiva não passa de um preconceito, um instinto, resultado da historicidade dos povos e, por isso, também contingente, falar o contrário seria basear-se em frágil pressuposto metafísico, é, como diria Nietzsche[32], cair na rígida e virtuosa tartufice do velho Kant, em suas trilhas ocultas da dialética que (des)encaminham a seu imperativo categórico.

Preferimos a noção de que ética é a esfera normativa que se refere à conduta humana vista em sua finalidade, seu conteúdo é ilimitado e refere-se a uma sociedade, sendo assim é relativo, e nesse contexto se insere a boa-fé como dever ético e jurídico, manifestação social.

E isso não é cair na completa arbitrariedade, pois a boa-fé objetiva tem limites, que se dão através dos institutos em que se desdobra (*tu quoque*, v*enire*, princípio da equivalência, *post pactum finitum*, dever de cooperação, etc.), e noutros deveres que a concretizam. De acordo com as lições de Menezes Cordeiro, do dever de boa-fé derivam 3 deveres: os deveres de proteção, que determinam que os sujeitos devem tomar cuidado em não causar nenhum dano à outra parte; os deveres de informação, que se referem à necessidade de se explicitar qualquer circunstância relevante para a formação do consenso da outra parte; deveres de lealdade, que são deveres que importam no cuidado de ser leal com a outra parte.[33]

Com efeito, deve-se considerar também a sua atuação genérica enquanto princípio[34] não apenas se impondo através desses deveres, que muitas vezes se confundem em sua aplicação, mas também como mandamento de otimização sujeito a possibilidades fáticas (valorações fáticas) e jurídicas (valorações jurídicas), ou seja, de uma maneira geral a boa-fé impõe ao sujeito de direito o dever de agir reduzindo complexidade, conforme as expectativas existentes nas relações jurídico-sociais, e, consequentemente, de maneira inesgotável.

Aplicar a boa-fé enquanto princípio implica agir topicamente, os princípios só funcionam segundo a singularidade dos casos concretos; por

32 - NIETZSCHE, Friederich. **Para além do bem e do mal**. São Paulo: Companhia das letras, 2000. p. 13
33 - CORDEIRO, Menezes. Apud LÔBO, Paulo. Direito Civil. **Obrigações**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77
34 - Vide: ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**.vol. 13, n. 3.Ratio Juris, 2000. p. 295 - 298

isso, acerta Bonavides[35] ao dizer que a ponderação de princípios assemelha-se à tópica enquanto, nas próprias palavras de Viehweg, uma '*techné do pensamento que se orienta ao problema*'. Isso não impede que a boa-fé seja usada para (re)confirmar decisões assentes noutros institutos: trata-se duma sindicância salutar do sistema sobre o problema, sem enfraquecer a própria boa-fé.[36]

Como já explicitado anteriormente, a boa-fé objetiva é um princípio, e por essa razão não comporta hipótese normativa definida, sua situação de incidência será definida no caso concreto. Mas vai além disso, a boa-fé torna-se princípio norteador do direito obrigacional pátrio. Dois artigos do Código Civil elevam o princípio da boa-fé a tal categoria, o art. 113 ("*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*") e o art. 422. ("*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade[37] e boa-fé*"). Desses artigos percebe-se que a boa-fé é cogente e deve ser sempre seguida, por essa razão quanto mais diminuto o espaço da autonomia da vontade, maior intensidade da boa-fé, que indica não uma conduta devida, mas o "como" essa conduta deve ser desenvolvida. O princípio da boa-fé é regra interpretativa e legitimadora de qualquer relação jurídica obrigacional, uma metarregra do sistema; como leciona Miguel Reale[38]:

> a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências.
> Daí a necessidade de ser ela analisada como *conditio sine qua non* da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial.

Identifica-se então a boa-fé como tutela da confiança, enquanto redutor de complexidade como já explicado acima, mas também como primazia da realidade. Nesse último sentido enxergamos o princípio da boa-fé como uma tomada de consciência da incompatibilidade recíproca entre a linguagem e a ideia, ou como chama João Maurício Adeodato, o abismo gnoseológico[39].

35 - BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª edição. São Paulo, Malheiros, 2009. p. 426
36 - CORDEIRO, Antônio Menezes**. Litigância de Má-fé Abuso do Direito e Culpa "In Agendo"**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 135
37 - A probidade, no direito privado, é princípio intrínseco à boa fé, sendo redundante sua referência.
38 - REALE, Miguel. **A Boa-fé no Código Civil.** Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm> acesso em: 05 de janeiro de 2013.
39 - ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 186

Assim, a boa-fé leva sempre a uma análise global das situações fáticas em jogo, a fim de se superar o formalismo e buscar os significados esperados numa relação em detrimento dos significantes estipulados.

A aplicação do princípio da boa-fé objetiva se dá não só durante a execução da obrigação, mas ocorre nas condutas a serem tomadas nas fases pré-contratual (*in contrahendo*) ou após o encerramento do negócio (*post pactum finitum*). Tal eficácia é observada nos Enunciados 25 e 170 das Jornadas de Direito Civil realizadas pelo STJ, que dizem respectivamente: "*o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós -contratual*."; E "*A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato*."

O Código de Defesa do Consumidor inclui claras referências a esse efeito quando, por exemplo, estabelece dever de informação, publicidade e cognoscibilidade do produto ao fornecedor. No Código Civil tal interpretação é implícita ao próprio art. 422 quando se refere à conclusão e a execução do contrato, sendo entendidas extensivamente como todas as etapas do antes, durante e depois do negócio.

5. *CULPA IN CONTRAHENDO* E *POST PACTUM FINITUM*

A doutrina da *culpa in contrahendo* remonta ao memorável artigo de Rudolf von Jhering publicado em 1861, intitulado *"Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertragen."*. Defendia a tese de que danos deveriam ser indenizados pela parte cujas condutas durante a negociação pré-contratual levou à invalidade do contrato ou o impediu de perfectuar-se.[40]

Segundo Larenz, não apenas procede indenização do dano em favor da parte que confiou na validade do contrato, mas todo dano que seja infração de um dever de diligência contratual, segundo o estado em que estaria a outra parte caso tivesse sido cumprido o dever de lealdade, proteção e informação; ou seja, os mesmos deveres que culminam a execução do contrato devido ao princípio da boa-fé, devem ser cumpridos no âmbito pré-contratual.[41]

Afasta-se assim da ideia de culpa da teoria de Jhering e da responsabilidade civil extranegocial, é sim efeito do princípio da boa-fé objetiva estando inserido na categoria de responsabilidade negocial. Nesse

40 - KESSLER, Friedrich; FINE, Edith. **Culpa in Contrahendo**, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. Yale: Faculty Scholarship Series, Paper 2724, 1964. P. 401
41 - LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79 - 78

sentido está a dogmática pátria, como se observa no artigo 30 do CDC, que inclui deveres pré-contratuais na própria constituição do contrato, *Ipsis Litteris*:

> Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Porém, como já afirmado, o dever de boa-fé estende-se para as condutas pós-contratuais. Nesse sentido, nota-se o princípio da boa-fé não apenas como princípio interpretativo, mas como dever objetivo, como fonte de obrigações. Assim temos, por exemplo, o dever do fornecedor de garantir o fornecimento de peças de um veículo mesmo após 10 anos deste parar de ser fabricado, e o dever do vendedor de auxiliar o comprador com dificuldades no registro de transferência da propriedade.[42]

Alguns autores entendem que o dever de responsabilidade pós-contratual, *culpa post factum finitum*, tem natureza diversa do princípio da boa-fé[43]. Porém, pensamos diferente, como tal dever decorre da ideia de que o contrato se concretiza com o tempo, pois as expectativas das partes ao contratar visam os efeitos mediatos da obrigação, e nesse sentido é "justo" que as partes cooperem para que tais efeitos sejam os esperados, vemos aí própria substância da boa-fé, a ideia de cooperação para o real objetivo do contrato, mesmo após o fim do negócio.[44]

A tese da *culpa post factum finitum* surgiu na Alemanha em 1910 e foi acolhida em 1925 em decisão do *Reichsgericht* estipulando que após o término de uma cessão de crédito, aquele que o cedeu ainda é obrigado a não impor obstáculos ao cessionário. Novamente em 1926 tal teoria foi aplicada no caso paradigmático dos herdeiros de Flaubert, titulares do direito de publicação das obras de Flaubert, que ficaram impedidos de fazer concorrência ao editor com novas publicações enquanto não esgotassem-se as anteriores.[45]

Menezes Cordeiro assevera que o princípio da boa-fé como recurso de solução para casos de responsabilidade pós-contratual deve ser fundado em um dos três deveres que derivam da boa-fé: lealdade, confiança e proteção. A confiança estipula deveres mútuos de manter a expectativa do parceiro contratual, mesmo findada a obrigação; a lealdade sendo a necessidade,

42 - LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79
43 - DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade Civil Pós Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109
44 - CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 630.
45 - LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81 - 82

mesmo posterior ao fim do contrato, de fornecerem-se meios para a efetiva obtenção e manutenção do escopo do contrato; e o princípio da proteção impõe obrigações de não atentar contra o bem do outro após o término do contrato.[46]

6. O ABUSO DO DIREITO

Abuso do direito exprime a ideia de exercício de uma posição jurídica que, apesar de não ilícita em si, torna-se contrária ao ordenamento no caso concreto em razão do seu exercício. Por posição jurídica queremos dizer que não se restringe a "direitos subjetivos", mas a qualquer posição dentro de uma relação jurídica.[47]

A expressão "abuso do direito" é uma *contraditio in terminis*, pois, como sustenta Planiol[48], quando se usa o direito seu ato é lícito, quando seu ato é ilícito é quando se agiu sem direito, um mesmo ato não pode ser conforme e contrário ao direito ao mesmo tempo.

De certo, o que existe é o ato conforme certas regras do ordenamento, que analisado de forma singular seria lícito, mas que em visão sistemática contraria outras normas do ordenamento, fazendo que numa análise do todo o ato seja ilícito. Em outras palavras, o ato abusivo é sempre ilícito, apesar de aparentemente lícito quando se observa uma norma singularmente. Vê-se, então, que não há abuso de um direito, pois não há direito algum, somente há contrariedade ao direito.[49]Assim, pode-se dizer que sempre que aja alguém, pretendendo apenas exercer um seu direito, excede os limites de sua pretensão.[50]

O abuso do direito se desdobra em algumas situações típicas, mas ressalva-se que não apenas por elas se expressa o abuso do direito, havendo situações atípicas.

6.1 *Venire contra factum proprium*

A primeira situação é a vedação ao *venire contra factum proprium*, ou simplesmente *venire*. Esse dever é expresso num antigo aforismo, *venire contra factum proprium nulli conceditur*, significando que a ninguém é lícito fazer valer direito em contradição com conduta anterior. Duas doutrinas

46 - LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83

47 - CORDEIRO, Antônio Menezes**. Litigância de Má-fé Abuso do Direito e Culpa "In Agendo"**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 89

48 - "Sa formule <<usageabusif de droits>> est une logomachie, car si j'use de mondroit, monacte est licite; etquandil est illicite, c'est que jedépassemondroit e que j'agissansdroit (...) um seul et mêmeacte ne peutpasêtre tout à lafois conforme audroit et contraireaudroit." PLANIOL, Marcel. **Traitéélémentaire de droit civil** – tomo 2. 10ª ed. Paris: LibrarieGenerale de Droit e Jurisprudence, 1926, p. 298

49 - CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 293

50 - NORONHA, Fernando**. Direito das obrigações** – vol. 1. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 370

se erigiram na explicação do *venire*, a teoria do negócio e a da confiança. Prevaleceu na doutrina a teoria da confiança, assentada no princípio da boa-fé.[51]

Ninguém pode voltar-se contra ato praticado quando este não o for mais conveniente, é inadmissível pretensão que, mesmo lícita, seja contraditória com as ações pretéritas do sujeito[52]. Como já esclarecido, é cogente na boa-fé o dever de respeitar-se as expectativas criadas por uma obrigação (dever de confiança), ora, ir de encontro a atos próprios é quebrar expectativas criadas pelo próprio sujeito através de seus atos anteriores, e por isso é ofensa expressa à boa-fé objetiva.[53] Nas palavras de Judith Martins Costa[54]:

> A proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais do que uma abstração, um castigo. Estar-se-ia a enrijecer todas as potencialidades da surpresa, do inesperado e do imprevisto na vida humana. Portanto, o princípio que o proíbe como contrário ao interesse digno da tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfego negocial.

A ideia da proteção da confiança tem a ver com a ideia de segurança das relações sociais, na verdade, uma verdadeira acentuação do papel do direito como redutor de complexidade, segundo Luhmann, "*una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantar se em La mañana (...) pues cualquier cosa e todo sería posible*"[55].

A tutela da confiança, porém, não pode operar sem parâmetros, deve ser aplicada quando observados certos pressupostos. Menezes Cordeiro fala em quatro: a) uma situação de confiança, traduzida numa boa-fé objetiva e subjetiva; b) uma justificação para essa confiança, ou seja, elementos objetivos que gerem uma expectativa plausível; c) um investimento de confiança, expresso pelo assentamento de atividades jurídicas sob a crença consubstanciada; d) a imputação da situação de confiança a ato de pessoa determinada. Assevera ainda que o modelo funciona mesmo na falta de alguma

51 -CORDEIRO, Antônio Menezes**. Litigância de Má-fé Abuso do Direito e Culpa "In Agendo"**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 105 - 107

52 - EHRHARDT JR., Marcos. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais. D**isponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/deveres_gerais_de_conduta_e_boa_fe_marcos_ehrhardt.pdf> acesso em: 04 de janeiro de 2013

53 - AZEVEDO, Antonio Junqueira de. E**studos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 167

54 - COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no Direito privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 469

55 - LUHMANN, Niklas. **Confianza**. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 05

dessas condições, quando a força de uma delas suplanta a falta de outra.[56]

Devemos fazer um adendo em relação aos requisitos elencados por Menezes Cordeiro, nos parece que eles funcionam apenas para caracterizar a situação da confiança e o *factum proprium*, mas esquece de elencar a violação à confiança e a ocorrência de dano efetivo ou potencial que nos parecem ser fundamentais para a caracterização do *venire*, na esteira da lição de Anderson Shreiber[57].

6.2. Inegabilidade Formal

A Inegabilidade Formal é a exigência de que alguém não se valha da nulidade de um negócio jurídico causada por si mesmo. É a ideia consubstanciada na negativa do ato de quem se vale da própria torpeza. O Código Civil tem dispositivo expresso sobre tal vedação, como se depreende da leitura do art. 243: "*Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa*."

O efeito da Inegabilidade Formal é a negativa da nulidade, porém isso é bastante problemático, pois em quase todos os casos de nulidade o ordenamento é expresso e absoluto, a nulidade é o grau mais elevado de invalidade, inspira-se na prevalência do interesse coletivo, público e social, sobre o interesse individual[58], não pode simplesmente ser relevada, pois envolve a perfecção do próprio elemento volitivo dos atos[59].

Como solução, Menezes Cordeiro diz ser preferível a indenização como sanção pela Inegabilidade. É instituto muito próximo do *venire*, podendo ser considerado uma modalidade de *venire*, muitas vezes sendo aplicado este em lugar daquele a fim, de superar o problema da nulidade.[60]

6.3. Supressio e Surrectio

A *supressio* ocorre quando um credor que não exercita seu direito de crédito por bastante tempo, gerando uma expectativa para o devedor de que nunca o será, e não pode mais o fazê-lo por ir de encontro com essa

56 - CORDEIRO, Antônio Menezes**. Litigância de Má-fé Abuso do Direito e Culpa "In Agendo"**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 107 - 108

57 - SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factumproprium. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 132.

58 - LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 231

59 - MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – plano da existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37 ss.

60 - CORDEIRO, Antônio Menezes**. Litigância de Má-fé Abuso do Direito e Culpa "In Agendo"**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 110

expectativa gerada e assim indo de encontro à boa-fé[61], é o "fenômeno da supressão de determinadas faculdades jurídicas pelo decurso do tempo"[62].

Vemos a *supressio*, por exemplo, na situação do Art. 330 do Código Civil brasileiro, o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato, nessa situação o credor não pode mais exigir a previsão contratual de local diverso. Mais uma vez aqui são tuteladas as expectativas legítimas, é o direito agindo contrafaticamente para garantir a previsibilidade das relações sociais.

A *supressio* surge no século XIX, se intensificando no período entre guerras na Alemanha. Diante de tamanha instabilidade do momento histórico, o direito precisou de alguma forma enfatizar a previsibilidade, pois no contexto em que se inseria, o exercício retardado de direitos podia ser socialmente muito prejudicial.[63]

Dogmaticamente, a *supressio* pode ser justificada na penalização pelo não exercício de um direito ou na proteção do beneficiário. Em se tratando da primeira hipótese, seria preciso prazos seguros que determinassem até onde o não-exercício do direito seria ilícito e mereceria sanção, confundindo-se em muito com os prazos prescricionais. Na segunda hipótese há uma verdadeira proteção da confiança, expressa na figura do beneficiário e em suas expectativas, constituindo mais uma espécie de *venire*.[64]

Problemas imanentes à *supressio* são a aferição da situação de confiança, comum a toda modalidade de *venire* (desdobrando-se naqueles quatro requisitos), o prolongamento temporal de um não-exercício, e a determinação de um quantum indenizatório, e por isso mais uma vez sustentamos a necessidade da aferição de um dano ao menos em potencial.[65] Ressalta-se também a posição de Diez-Picasso quanto necessidade do exercício posterior do direito, após a omissão prolongada, ser executado com má-fé.[66]

A *surrectio* é o outro lado da *supressio*, e corresponde ao surgimento de uma expectativa legítima pela continuação de uma conduta contrária ao direito (pactuado ou não) e que se estabiliza juridicamente tornando-se lícita[67].

61 - SEGALLA, Alessandro Schirrmeister. **Da possibilidade de utilização da ação de despejo pelo fiador do contrato de locação**. Disponível em:<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=605>. Acesso em: 13 de maio de 2014

62 - DUARTE, RonniePreuss. A cláusula geral da boa-fé no novo código Civil brasileiro. São Paulo: Método, 2004. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo [coord.]. **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2004. v. 2. p. 427.

63 - CORDEIRO, Antônio Menezes**. Litigância de Má-fé Abuso do Direito e Culpa "In Agendo"**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 113

64 - Idem. **Ibidem**. p. 114

65 - Idem. **Ibidem**. p. 114

66 - Apud LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 76

67 - POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá,

Os fundamentos e repercussões de tal instituto são os mesmos da *supressio*, não sendo necessário repeti-los. A título de exemplo, podemos imaginar um condômino que usa área do condomínio edilício como sendo sua, e dessa maneira é respeitado e tolerado pelos outros condôminos; com o tempo, essa situação jurídica pode se estabilizar e geral espécie de usufruto se o condomínio gerar no condômino legítima expectativa, cobrando, por exemplo, uma taxa especial pelo uso[68].

6.4. *Tu Quoque*

O dever de não agir contra ato próprio é frequentemente confundido com o *tu quoque*, que é, nas palavras de Anderson Schreiber[69], "*o emprego, desleal, de critérios valorativos diversos para situações substancialmente idênticas*"; ou seja, um sujeito que viola uma norma jurídica é inapto para exigir de outrem seu cumprimento, exercer a posição jurídica violada ou prevalecer de qualquer modo da situação decorrente. A pessoa que viola uma situação jurídica perturba o equilíbrio material subjacente, do qual se depreendem exigências ético-jurídica, deveres gerais de conduta.

O *Tu Quoque* deve ser aplicado tendo-se em consideração apenas o âmbito jurídico das partes, diferentemente do que acontece no sistema da equity[70]. Nos sistema da *equity* inglesa tal instituto se concretiza na máxima: "*He who comes in equity must come with clean hands*", o que se traduz num procedimento do sistema jurídico que exige a quem pleiteia qualquer direito que tenha conduta ilibada, daí a metáfora das "mãos limpas" (*clean hands*), que "*não tendo cometido nenhum erro e nenhuma incúria*".[71]

No nosso direito, pode-se dizer que o *tu quoque* existe quando um sujeito viola uma norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação em seu benefício[72]. Em outras palavras, o sujeito não pode valer-se daquela norma que ele mesmo violou, não pode pretender seus direitos quando não cumpriu seus deveres. Como exemplo, pode-se citar a exceção

2001, p. 132

68 - FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 695

69 - SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 132.

70 - A equity é um sistema paralelo de justiça que surgiu na Inglaterra em contraposição à rigidez do Common Law, se dava através dos tribunais de chancelaria. "*A figura do Chanceler, o Cousellor, o confessor do rei, tornou-se cada vez mais autônoma da figura real, estatuindo em nome do rei e do conselho de onde derivava seu poder delegado; e cada vez mais essa exceção tornou-se comum, devido à esclerose e lentidão da Common Law, a equity tornou-se um sistema paralelo e forte, com seu próprio procedimento*." FRAGA, Vitor Galvão. O sistema do Common Law. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3394, 16 out. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22816>. Acesso em: 6 jan. 2013

71 - FRANCO, José Alexandre. **Sistemas de Direito Contemporâneos**. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10012.pdf> acessado em: 06 de janeiro de 2013

72 - DUARTE, Ronnie Preuss. **Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro**. Revista dos Tribunais. RT 817/50, 2003, p. 754

do contrato não cumprido, quando é ilícito ao contratante inadimplente exigir seus direitos com base naquele contrato.

6.5. O Abuso do Direito no Processo

> ... todo o ordenamento jurídico se acha comprometido, a um só tempo, com uma dupla perspectiva (a) em primeiro lugar, a própria ordem jurídica revela seus propósitos, suas metas, seu sistema; (b) em segundo lugar, a ordem jurídica tem de relacionar-se com a perspectiva ética inafastável do comportamento humano em sociedade.[73]

O princípio da boa-fé, apesar de ser o principal princípio do direito privado, não se restringe a ele, inclusive, não se limita nem ao direito material: Dentro do direito processual, o dever de boa-fé impera. Fora do direito privado, o processo civil foi o primeiro ramo que recepcionou a boa-fé, desde o direito romano com a superação de certos formalismos processuais[74].

Hoje é unânime a doutrina e a jurisprudência na aceitação da boa-fé e do abuso do direito dentro do processo. Aliás, o próprio direito de ação tem seu exercício limitado e é sujeito a caracterizar situações de abuso. A doutrina alemã distinguiu quatro situações de aplicação da boa-fé no processo: a proibição de consubstanciar dolosamente posições processuais, a proibição do *venire*, a proibição do abuso de direitos processuais, e a *supressio*.[75]

Porém, como já dito, não podemos olvidar das outras manifestações da boa-fé, em especial enquanto princípio do processo através da tutela da confiança (vedação de ações judiciais contrárias à confiança) e da primazia material (situações de grave desequilíbrio processual em razão da forma), não havendo assim maiores problemas na aplicação desse instituto também ao direito processual.[76]

Por fim, não se confunde o abuso do direito de ação e a litigância de má-fé, há autores que pugnam pela diferença se dar em o abuso do direito constituir uma situação sui generis, diferente do ilícito, enquanto a litigância de má-fé é uma violação de um dever jurídico, sendo assim um ato ilícito[77]. Essa ideia não nos parece prosperar, pois como já explicamos acima, o abuso do direito é categorizado dentro do sistema jurídico como ato ilícito, na

73 - THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-Fé e Processo: princípios éticos na repressão de litigância de má-fé –Papel do Juiz.in:. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual civil**São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 643

74 - NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134

75 - CORDEIRO, Antônio Menezes**. Litigância de Má-fé Abuso do Direito e Culpa "In Agendo"**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 143 - 144

76 - CORDEIRO, Antônio Menezes**. Litigância de Má-fé Abuso do Direito e Culpa "In Agendo"**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 144 - 145

77 - ANDRADE, Valentino Aparecido de. **Litigância de Má-fé**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 122

verdade não conseguimos compreender outra categoria fora do código binário lícito/ilícito sem que isso comprometa toda a estrutura do sistema; não se pode reconhecer algo "jurídico" sem que seja lícito ou ilícito, nas palavras de Luhmann[78]:

> Gracias al código binário existe un valor positivo que llamamos derecho, y um valor negativo que llamamos no-derecho. El valor positivo se aplica cuando um assunto coincide com las normas del sistema. El valor negativo se aplica cuando um assunto infringe las normas del sistema. Aquello que acabamos de llamar "assunto", es construído por el próprio sistema. El sistema no reconoce ninguna instância externa que pudiera ditarle o que ES un assunto (...) Fuera Del derecho, no existe ningunadisposición acerca Del derecho y el no-derecho.

Assim, nos parece que os dois institutos caminham no terreno da ilicitude, e sua delimitação se dá mesmo pelo seu âmbito de incidência. Em termos processuais a litigância de má-fé é apreciada imediatamente e até oficiosamente na mesma ação, enquanto o abuso de direito pode ser apreciado numa ação *ad hoc*. Materialmente, o suporte fático da litigância de má-fé é mais restrito, o abuso do direito se configura em: qualquer violação de boa-fé, independentemente de elemento subjetivo, todos os danos são consideráveis e qualquer pessoa pode ser responsável, e mesmo em não gerando responsabilidade civil sua configuração faz nascer a obrigação de cessar o abuso.[79]

7. FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Enquanto direito pessoal e relativo, a principal fonte das obrigações são os negócios jurídicos por seu caráter voluntarista, seja bilateral (como nos *contratos*) ou unilateral (como nas *promessas unilaterais*). A obrigação advinda do negócio jurídico é contraída voluntariamente pelo obrigado, ele se auto-obriga. Nas palavras de Orlando Gomes[80]: "...*essa liberdade de obrigar-se, aspecto particular da autonomia da vontade, que distingue os negócios jurídicos como uma categoria especial de fatos constitutivos das obrigações*.". E nesse sentido, no direito das obrigações prevalece a colaboração de interesses individuais na formação do negócio.

78 - LUHMANN, Niklas. **El Derecho de laSociedad**. 2ª ed. Ciudad de Mexico: Heder, 2005, p. 236 – 237 (Ressalta-se que a tradução espanhola de Luhmann utiliza as expressões derecho/no-derecho quando seria mais correto falar-se em lícito/ilícito, pois o ilícito também é direito, também é jurídico. Tal ambiguidade é inexistente no original em alemão pois "Unrecht ist nicht Nichtrecht", o ilícito (Unrecht) não é o não-direito (Nichtrecht))

79 - CORDEIRO, Antônio Menezes**. Litigância de Má-fé Abuso do Direito e Culpa "In Agendo"**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 146 - 147

80 - GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8ª edição – 1ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 38

Mas mesmo numa seção do direito civil tão influenciada pela autonomia da vontade, determinada pelos interesses individuais a força da axiologia do Estado Social é sentida, e isso se dá quando se percebe a colisão entre interesses individuais e coletivos, e nesse conflito, apenas o interesse social pode subsistir[81]; Regra tal positivada no código civil no art. 421 funcionando como diretiva da ação contratual, sendo não apenas um limite da mesma. Ipsis Litteris: "*Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*."

De acordo com Reale, essa é uma forma do Estado impedir o abuso de direito, não significa apenas ceifar liberdades, mas proteger os indivíduos de situações prejudiciais, e nesse sentido atua sempre ao lado da boa-fé, direcionando as atividades contratuais de forma a garantir-se o interesse das partes sem maiores prejuízos[82]; É um imperativo que funciona especialmente para impedir a vulnerabilidade de uma das partes em face da exploração da parte oposta, tem assim por essência o conteúdo ideológico do Estado Social e dos direitos fundamentais de 2ª geração, a ideia de igualdade material.[83]

Na Constituição Federal, tal ideia está explícita em relação à posse (art. 170, CF), imperando assim em toda atividade econômica, e em todo direito patrimonial. Sendo os direitos obrigacionais também direitos patrimoniais[84], a justiça social também se estende aos contratos, e nessa razão que temos o princípio da função social dos contratos.

8. DESEQUILÍBRIO NO EXERCÍCIO DE POSIÇÕES JURÍDICAS

O desequilíbrio no exercício de posições jurídicas é a forma residual de atuação contrária à boa-fé. De forma geral, há o exercício formal de um direito porém fora dos limites impostos pelo sistema. O desequilíbrio é o abuso de forma geral, e pode ser aplicado às formas de abuso de direito não consubstanciadas num dos institutos vistos até aqui.[85]

O princípio da equivalência material das prestações visa o real equilíbrio entre direitos e deveres dentro de um contrato, com efeitos

81 - GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Curso de Direito Civil: Parte Geral. Vol I. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51

82 - REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm> acesso em: 07 de janeiro de 2013

83 - BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 564

84 - entende-se que a prestação da obrigação deve ser suscetível a valoração econômica, deve ser negociável. (*"...Para fins normativos ou preceptivos o único critério relevante aponta para ressaltar que a prestação não é tal em termos jurídicos se não é 'negociável'*") BRECCIA, Umberto. Apud LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil In: CANEZIN, Claudete (org). **Arte Jurídica**. v.I. Curitiba : Juruá, 2004, p. 277-291

85 - CORDEIRO, Antônio Menezes**. Litigância de Má-fé Abuso do Direito e Culpa "In Agendo"**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 119

estendíveis para antes de sua celebração e após seu fim. É uma ferramenta de impedir que haja excesso de vantagens para um dos polos e desvantagem excessiva para outro, abrangendo assim o princípio da vulnerabilidade jurídica. É princípio que surge dos novos valores do Estado social, diminuindo a força das liberdades contratuais que estabeleciam "lei entre as partes" no contrato, conhecido como princípio da obrigatoriedade.

Tal princípio foi relativizado, não deixa de existir, só não pode ser mais alegado para dar razão a proveito injustificado de uma das partes, sendo assim, o princípio da equivalência material está sempre ao lado da função social do contrato.[86]

O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos, o subjetivo e o objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação dos estados das partes, identificando uma vulnerável e uma dominante; A lei traz previsões legais de vulnerabilidade em alguns casos, como o trabalhador no direito do trabalho e o consumidor no direito do consumidor, sendo tais presunções entendidas como absolutas. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres que levam a desvantagens excessivas para uma das partes.[87]

9. DEVER DE EQUIDADE

No meio jurídico, entende-se equidade, ou juízo de equidade, como aqueles juízos em que o juiz está autorizado a resolver uma lide específica sem recorrer a uma norma anterior do sistema[88]. A sociedade é dinâmica, os valores das condutas mudam e o direito não pode ficar a par disso, como a deliberação democrática a nível de produção normativa legislativa é muito lenta, e as lides devem ser sanadas objetivando-se o valor maior de "justiça". O juiz deve apreciar as especificidades de cada caso e dar a solução que corresponda melhor à dialética dos valores éticos e jurídicos da sociedade inseridos na concretude de cada caso; sendo assim, a aplicação exegética das normas legais pode não trazer o melhor resultado, como já dizia Cícero "*Summum jus, summa injuria*", e então o juiz está autorizado a extrapolar os limites legais para se alcançar a "melhor decisão".

A ideia de equidade como justiça no caso concreto não é nova e remonta a Aristóteles. Para ele, equidade é a justiça abstrata ajustada à realidade, sendo então a justiça em si. Por isso fazia analogia com a régua de

86 - BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 30

87 - LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88

88 - BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 9ª ed.. Brasília: UnB, 1997. p.56

Lesbos, uma régua de material maleável que se adaptava à sinuosidade dos objetos a medir, a equidade é a isonomia flexível, é dar justiça segundo as proporções de cada ser humano, a aplicação das leis exige adaptação.[89] Sobre o caráter corretivo da equidade diz Aristóteles[90]:

> O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie.

Interpretar e aplicar o direito são atos complexos, não se resumem a meras técnicas ou deduções; as palavras carregam diversos significados e o bom operador sabe trabalhar com eles, extraindo das fontes a norma desejada. O juiz competente deve se ater a essas manipulações e saber aplicar a regra da melhor forma, um ato que envolve sempre a ida e volta entre os mundos das normas e dos fatos, de forma a alcançar o valor teleológico do direito, a justiça. "*Ao passar do terreno das abstrações para os da realidade, pululam os embaraços; por isso a necessidade da Interpretação é permanente, por mais bem formuladas que sejam as prescrições legais*."[91]

Os juízos de equidade retomaram força com o Estado Social de Direito, pois o excesso de princípios e valores positivados demandam uma posição valorativa do juiz, e a própria ideologia social de difusão de uma justiça material dá maior espaço para o juiz ampliar os limites legais no objetivo de materializar tal preceito.

O juízo de equidade não se fundamenta no arbítrio do juiz, mas em padrões objetivos, em valores consagrados e observáveis na sociedade. Além, é claro, da interpretação teleológica e sistemática do ordenamento jurídico como um todo e dos seus princípios maiores, considerando-se padrões que são seguidos pelos tribunais, pela doutrina e pelo meio jurídico em geral, mas

89 - DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía del derecho**. Trad. Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, 1969, p. 14

90 - ARISTOTELES. **Ética a Nicomaco**. Tradução Torrieri Guimarães. 4ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 121

91 - MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 11

são mais ou menos mutáveis, dinâmicas, como é o próprio direito, ou como nomeia Katharina von Schlieffen, a regularidade[92].

Não é válida nesse sentido a ideia de que uma leitura moral das lides no momento da decisão a abre totalmente à arbitrariedade do julgador, até mesmo por ser impossível um julgamento isento dos valores inerentes à experiência e a história de quem julga, e porque existem padrões de aceitação no meio jurídico que rejeitariam decisões absurdas, sendo o juiz sujeito a tais juízos ele é limitado, mantendo-se a segurança jurídica[93]. Apenas a título de exemplo, pode-se citar o instituto da *substantial performance* como consolidação da equidade, ocorrendo quando o devedor adimple a maior parte da dívida, tornando ilícita a resolução do contrato pelo credor[94].

Há de se fazer referência especial à possibilidade de arbitragem no direito obrigacional. Um contrato pode estipular um árbitro para dirimir futuros conflitos entre as partes, e este árbitro ganha poderes de declarar o direito naquele caso, podendo-se usar dos critérios quais o contrato determina, sejam critérios estritamente legais ou de equidade. Mas independente dos critérios, é imperativo o direito de agir segundo a equidade no contrato.[95]

10. CONCLUSÕES

Por tudo que foi exposto, é possível observar a amplitude de deveres que incidem sobre o cumprimento das obrigações. Não se pretende com o elenco de institutos acima que se tenha exaurido a matéria, pelo contrário, outras conhecidas fórmulas doutrinárias como o *duty to mitigate the loss* e a violação positiva do contrato foram colocadas de fora por razões práticas, para se privilegiar os institutos que julgamos mais relevantes.

Essa afirmação por si só demonstra uma das conclusões que podemos extrair da matéria. Existe verdadeira inesgotabilidade de deveres de conduta baseados na boa-fé e na proteção da confiança. Como já explicitado, os deveres elencados são meras concretizações históricas que se desenvolveram na doutrina e na jurisprudência do direito civil, mas o desenvolvimento de novos institutos é constante na medida em que novos problemas se apresentam ao direito. Eis novamente o caráter tópico da nossa ciência sendo evidenciado e como princípios como a boa-fé objetiva funcionam reduzindo complexidade.

Aliás, a função redutora de complexidade é natural consequência dos ideais de justiça que se manifestam enquanto fórmulas de contingência

92 - SOBOTA, Katharina. "Don't Mention the Norm". **International Journal for Semiotic of Law**, IV/10 (1991).
93 - DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution.** New York: Oxford University Press, 1996. p. 7-11
94 - Vide: STJ, REsp 272.739/MG, rel. Min Ruy Rosado de Aguiar
95 - LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 90

do direito. Em outros termos, enquanto certas situações formalmente lícitas continuarem a chocar as noções coletivas do justo, haverá sempre uma força criadora dentro do sistema jurídico que corresponda e alivie esse sentimento. Foi nessa dinâmica que surgiu o abuso do direito, a *surrectio*, a *supressio*, etc.

Uma segunda conclusão é que todos esses institutos têm em comum a proteção da confiança, a ideia de que existe uma série de expectativas qualificadas pelo ordenamento jurídico que devem ser observadas. Isso aponta para a tão anunciada superação do paradigma liberal do direito civil. É possível dizer que hoje o direito civil enquanto sistema é organizado pela noção de confiança, que transpassa todos os institutos vistos e se manifesta especialmente no princípio da boa-fé subjetiva.

O voluntarismo do pacta sunt servanda foi abandonado por um direito civil que protege as expectativas dos sujeitos de direito enquanto agentes inseridos numa sociedade, por isso é comum enfatizar-se tanto essa atual noção coletivista do direito civil na doutrina mais atual.

Em terceiro lugar, é possível concluir que esse paradigma da confiança é descolado da tão mencionada constitucionalização do direito civil. Dentre todos os institutos mencionados, não citamos nenhum que tivesse como fonte norma constitucional (com exceção, talvez, da função social do contrato), pelo contrário, a maioria dos dispositivos citados são constantes do código civil. O direito civil calcado na boa-fé e na confiança é um fenômeno anterior ao advento do neoconstitucionalismo, da supremacia constitucional e da constitucionalização do direito.

Apesar disso é inegável que o paradigma da confiança ganha uma ênfase muito maior com o surgimento de toda a plêiade de valores e princípios constitucionais que indubitavelmente invadiram o direito civil, isso porque tanto a constitucionalização como o paradigma da confiança são fenômenos que vão de encontro aos priscos valores do direito civil liberal das grandes codificações.

Assim, nos é claro que a visão clássica da relação obrigacional se tornou limitada com a força que ganhou o princípio da boa-fé e com a proliferação dos deveres gerais de conduta dele decorrentes, afastando-se, de tal maneira, qualquer noção reducionista do direito obrigacional que mais do que nunca merece seu título no plural: direito das obrigações.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**. vol. 13, n. 3.Ratio Juris, 2000.

ANDRADE, Valentino Aparecido de. **Litigância de Má-fé**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 122.

ARISTOTELES. **Ética a Nicomaco**. Tradução Torrieri Guimarães. 4ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2001.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. E**studos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 8.ed., Rio de Janeiro: ed. Paulo de Azevedo, 1954.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 9ª ed.. Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª edição. São Paulo, Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional** – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

CORDEIRO, Antônio Menezes**. Litigância de Má-fé Abuso do Direito e Culpa "In Agendo"**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no Direito privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COSTA, Mario Júlio de. **Direito das obrigações**. 9.ed. Coimbra : Almedina, 2003.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 2005.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía del derecho**. Trad. Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, 1969.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 2. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade Civil Pós Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo código Civil brasileiro. São Paulo: Método, 2004. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo [coord.]. **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro**. Revista dos Tribunais. RT 817/50, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution.** New York: Oxford University Press, 1996.

EHRHARDT JR., Marcos. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais. D**isponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/deveres_gerais_de_conduta_e_boa_fe_marcos_ehrhardt.pdf> acesso em: 04 de janeiro de 2013

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil** – vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

FRAGA, Vitor Galvão. O sistema do Common Law. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3394, 16 out. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22816>. Acesso em: 6 jan. 2013

FRANCO, José Alexandre. **Sistemas de Direito Contemporâneos**. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10012.pdf> acessado em: 06 de janeiro de 2013

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. Vol I. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GHESTIN, Jacques. **Traité de Droit Civil**, la formation du contract. 3e ed. Paris : LGDJ, 1993.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8ª edição – 1ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

KESSLER, Friedrich; FINE, Edith. **Culpa in Contrahendo**, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. Yale: Faculty Scholarship Series, Paper 2724, 1964.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil In: CANEZIN, Claudete (org). **Arte Jurídica**. v.I. Curitiba : Juruá, 2004.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de laSociedad**. 2ª ed. Ciudad de Mexico: Heder, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – plano da existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações**. Saraiva: São Paulo, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 4. 29ºed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NIETZSCHE, Friederich. **Para além do bem e do mal**. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

NORONHA, Fernando**. Direito das obrigações** – vol. 1. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. 2. 17ºed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil** – tomo 2. 10ª ed. Paris: LibrarieGenerale de Droit e Jurisprudence, 1926.

POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001.

REALE, Miguel. **A Boa-fé no Código Civil.** Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm> acesso em: 05 de janeiro de 2013.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm> acesso em: 07 de janeiro de 2013

RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. Paris: LGDJ, 1947, *reprint* 1994.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SEGALLA, Alessandro Schirrmeister. **Da possibilidade de utilização da ação de despejo pelo fiador do contrato de locação**. Disponível em:<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=605>. Acesso em: 13 de maio de 2014

SOBOTA, Katharina. "Don't Mention the Norm". **International Journal for Semiotic of Law**, IV/10 (1991).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-Fé e Processo: princípios éticos na repressão de litigância de má-fé –Papel do Juiz.in:. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro** – Obrigações e contratos. 10 ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4º edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1967.

Este livro foi editado eletronicamente,
em fonte Times New Roman, corpo 11, sendo a tiragem de
230 exemplares,
capa impressa em papel Triplex 250 gr/m^2 e o miolo
em Off-Set de 75 gr/m$^{2.}$
Produzido no Parque Gráfico da Nacional Gráfica e Editora - NGE,
em outubro de 2017.
Fone: (81) 3081.0454
www.ngegrafica.com.br